

LEITFADEN ZUR BESCHAFFUNG VON STANDARD-SOFTWARE DURCH ÖFFENTLICHE AUFTRAGGEBER UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG VON GEBRAUCHTSOFTWARE

Rechtsanwalt Dr. Roderic Ortner, LL.M., Fachanwalt für IT-Recht

Dieser Leitfaden soll öffentlichen Auftraggebern nützliche Hinweise und Handlungsanleitungen für die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens zum Kauf von Standardsoftware geben¹. Er enthält Praxistipps und eine Checkliste am Ende. Vor dem Hintergrund der Safe-Harbour-Entscheidung des EuGH dürfte der Kauf von Standardsoftware gegenüber Cloud-Lösungen derzeit auch wieder an Attraktivität gewonnen haben².

Da ein öffentlicher Auftraggeber beim Kauf von Standardsoftware auch sog. Gebrauchtssoftware berücksichtigen muss, wird er sowohl bei der Vorbereitung der Vergabeunterlagen als auch bei der Durchführung des Vergabeverfahrens vor besondere Herausforderungen gestellt. Gerade der richtige Umgang mit Gebrauchtssoftware im Vergabeverfahren fällt vielen Auftraggebern in der Praxis schwer, es herrscht Unsicherheit. Einen Beitrag hierzu hat so mancher Softwarehersteller selbst geleistet, indem er Software-Audits beim Auftraggeber einfordert oder durchführt, um dann vermeintliche Lizenzverstöße in Bezug auf die erworbene Gebrauchtssoftware festzustellen. Die Besonderheiten bei Gebrauchtssoftware werden daher in diesem Leitfaden besonders erläutert.

Inhalt

- | | | | |
|------|--|----|----------------------------|
| 1. | Leistungsgegenstand und Leistungsbeschreibung | 3. | Vertragsbedingungen |
| 2. | Zuschlagskriterien | 4. | Eignungskriterien |
| 2.1. | Umfang der Nutzungsrechte als Zuschlagskriterium | 5. | Zulässige Vergabeverfahren |
| 2.2. | Nachweis der Rechtekette als Zuschlagskriterium | 6. | Checkliste |

Zusammenfassung

Beim (Erst-) Kauf von Standardsoftware genügt es, das Softwareprodukt und die Versionsnummer sowie die Art und Weise der beabsichtigten Verwendung zu benennen. Eine Nachbeschaffung gleicher Softwarelizenzen verstößt in der

Regel nicht gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung. Anforderungen in der Leistungsbeschreibung bzw. im Kriterienkatalog, dass es sich bei der Standardsoftware zwingend um Neusoftware handeln muss, sind zu vermeiden. Die Festlegung der Nutzungsrechte stellt eine der größeren Herausforderungen für öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung von Software dar. Dieser Leitfaden gibt daher konkrete Formulierungshilfen. Befinden sich unter der angebotenen Standardsoftware auch Anbieter von Gebrauchtssoftware, so sollte sich der Auftraggeber im Vergabeverfahren die Ordnungsmäßigkeit der Rechtesituation durch Offenlegung der Rechtekette nachweisen lassen und sich nicht mit einer Erklärung begnügen, dass kein Rechtsmangel bestehe. Dieser Leitfaden enthält einen konkreten Formulierungsvorschlag für ein die Rechtesituation absicherndes Zuschlagskriterium. Der EVB-IT Vertrag ist Bestandteil der Vergabeunterlagen und damit für die Bieter bereits vorausgefüllt zur Verfügung zu stellen. Ein Ausfüllen nach Bezuschlagung und gar ein Nachverhandeln ist dagegen unzulässig.

1. Leistungsgegenstand und Leistungsbeschreibung

Zunächst sollte sich die Vergabestelle noch einmal darüber bewusst werden, was eigentlich unter „Standardsoftware“ zu verstehen ist. Hierzu sollte sie auf die Definition der EVB-IT zurückgreifen und diese Definition auch der Leistungsbeschreibung zugrunde legen. Unter Standardsoftware verstehen die EVB-IT in Abgrenzung zu Individualsoftware Softwareprogramme, Programm-Module, Tools etc., die für die Bedürfnisse einer Mehrzahl von Kunden am Markt und nicht speziell vom Auftragnehmer für den Auftraggeber entwickelt wurden.³

Ein wesentlicher Baustein der Vergabeunterlagen ist bekanntlich die Leistungsbeschreibung.⁴ Der Auftraggeber sollte diese daher auch als separates Dokument anführen und auch als „Leistungsbeschreibung“ bezeichnen. In ihr ist der Auftragsgegenstand möglichst eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote auch miteinander verglichen werden können.⁵

Beim Kauf von Standardsoftware genügt es zunächst das Softwareprodukt und die Versionsnummer sowie die Art und Weise der beabsichtigten Verwendung, d.h. die Lizenzarten, zu benennen.⁶ Diese Informationen reichen in der Regel für alle Unternehmen aus, um einen Preis abzugeben, der sodann verglichen werden kann. In rechtlicher Hinsicht wurde durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)¹⁰ sowie des Bundesgerichtshofs (BGH)¹¹ die Verkehrsfähigkeit sog. „gebrauchter“ Software bestätigt, so dass für eine unterschiedliche Behandlung von Neusoftware und „gebrauchter“ Software kein sachlicher Grund besteht. Es ist öffentlichen Auftraggebern daher verboten Beschränkungen hinsichtlich neuer oder gebrauchter Software vorzunehmen.¹²

2. Zuschlagskriterien

Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorge-

Praxistipps // Leistungsgegenstand und Leistungsbeschreibung:

1. | Soweit Sie als öffentlicher Auftraggeber bereits über Lizenzen einer bestimmten Standardsoftware verfügen und nun weitere Lizenzen benötigen, ist deren Nachbeschaffung in aller Regel aufgrund der erforderlichen Kompatibilität und Einheitlichkeit vergaberechtlich „gerechtfertigt“.⁷ Handelt es sich dagegen um eine Erstbeschaffung, so müssen Sie zunächst bestimmen, welche Anforderungen und Funktionalitäten Sie von der Software erwarten und dies in der Leistungsbeschreibung beschreiben. Diese Beschreibung unterliegt grundsätzlich Ihrem Bestimmungsrecht.⁸ Aufgrund der Komplexität von Software ist es jedoch in aller Regel zulässig eine Standardsoftware, von der Sie wissen, dass diese alle Ihre Anforderungen erfüllen kann, als Leitprodukt anzugeben. Sie müssen dann in der Leistungsbeschreibung bzw. im Kriterienkatalog nach der Benennung der Software hinzusetzen: „oder gleichwertig“.⁹

2. | Vermeiden Sie Anforderungen in der Leistungsbeschreibung bzw. im Kriterienkatalog, dass es sich bei der Standardsoftware zwingend um Neusoftware handeln muss (und „gebrauchte“ Software nicht zugelassen ist). Auch eine umgekehrte Festlegung wäre übrigens unzulässig.

gebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.¹⁹ Anders als die Eigenungskriterien sind die Zuschlagskriterien also rein leistungsbezogen.

Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird.²⁰ Die Zuschlagskriterien und deren Ge-

Lizenzmodelle

Die Ausgestaltung einer Lizenz erfolgt normalerweise durch die Lizenzbedingungen des Softwareherstellers, es handelt sich hierbei um Vertragsbedingungen. Diese können zunächst entweder die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts gegen Einmalzahlung (Kauf¹³) oder die Einräumung eines zeitlich begrenzten Nutzungsrechts (Miete¹⁴) beinhalten.¹⁵ Das Nutzungsrecht (die Lizenz) kann als ausschließliches oder als einfaches Recht eingeräumt werden. Zahlreiche weitere Ausgestaltungen sind denkbar. Bei einer Unternehmenslizenz wird das Zugriffsrecht für das ganze Unternehmen bereitgestellt, eine Volumenlizenz umfasst eine bestimmte Anzahl an Zugriffsrechten, eine Standortlizenz dagegen Zugriffsrechte innerhalb eines bestimmten Standorts. Bei Client-Server-Lizenzen werden mehrere Zugriffsrechte auf ein nur einmal auf dem Server gespeichertes Programm eingeräumt. Bei einer OEM¹⁶-Lizenz wird das Nutzungsrecht an der Software in der Regel nur in Verbindung mit dem Erwerb einer Hardware eingeräumt. Weiterhin gibt es noch bzgl. Open Source Software (OSS) unterschiedliche Lizenzmodelle.¹⁷ Da OSS für den Kauf von Standardsoftware jedoch nicht relevant ist, wird hierauf nicht weiter eingegangen.¹⁸

wichtung müssen spätestens in den Vergabeunterlagen aufgeführt werden.²¹

2.1 Umfang der Nutzungsrechte als Zuschlagskriterium

Beim reinen Kauf von Softwarelizenzen drängt sich zunächst der Preis als Zuschlagskriterium auf. Als weiteres Zuschlagskriterium kommen dann in der Regel noch Liefer- und Ausführungsfristen hinzu. Die Anbieter von Standardsoftware werden häufig versuchen, das Angebot unter die Bedingung zu stellen, dass die Lizenzbedingungen des Softwareherstellers gelten sollen. Wenn der öffentliche Auftraggeber diesen Umstand in den Vergabeunterlagen unberücksichtigt lässt, führt eine solche Bedingung im Angebot in aller Regel zum zwingenden Ausschluss des Angebots wegen Änderung der Vergabeunterlagen. Legt der Auftraggeber keine gesonderten Nutzungsrechte im EVB-IT Vertrag fest, so gilt stets (als Auffangregime) Ziffer 3.1 EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A). Danach räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber mit Vertragsschluss

- das nicht ausschließliche,
- mit der Einschränkung der Ziffer 3.3 übertragbare,
- dauerhafte, unwiderrufliche und unkündbare,
- örtlich unbeschränkte,
- in jeder beliebigen Hard- und Softwareumgebung ausübbar

Recht ein, die Standardsoftware* zu nutzen, das heißt insbesondere dauerhaft oder temporär zu speichern und zu laden, sie anzuzeigen und ablaufen zu lassen.

Das Problem bei dieser Standardklausel ist, dass diese sich mit zahlreichen Standardlizenzbedingungen von Softwareherstellern beißt. Sollte dieses Risiko bestehen, dann wäre es ein Fehler, wenn der Auftraggeber darüber hinwegsähe und das Risiko etwa auf den Zwischenhändler schiebt, der sich ebenfalls in aller Regel an den Standardlizenzbedingungen des Herstellers richten muss. Ein weiteres Risiko besteht auch darin, dass der Wettbewerb beeinträchtigt wird, da viele von einem Angebot in Ansehung an die o.g. Klausel absehen. Vor diesem Hintergrund muss sich der Auftraggeber im Vorfeld zumindest ein grobes Bild über die Standardlizenzbedingungen der Hersteller machen. Soweit dies unzumutbar ist (z.B. sind die Lizenzbedingungen völlig unübersichtlich und liegen nicht auf Deutsch vor), dann ist das Verhandlungsverfahren zulässig und über die Nutzungsrechte sollte dann auch verhandelt werden.

Festzuhalten ist, dass Auftraggeber aus o.g. Gründen in aller Regel die Nutzungsrechte selbst vorher festlegen müssen. Eine Möglichkeit besteht darin, die Nutzungsrechtsmatrix (Muster 2) zu verwenden. Da in der Praxis öffentliche Auftraggeber häufig Schwierigkeiten haben, die Nutzungsrechtsmatrix (Muster 2) anzuwenden, können sie auch selbst eine Rechterege lung formulieren. Solche sind dann über Spalte 8 in einer gesonderten Anlage zu

Praxistipps // Umfang der Nutzungsrechte als Zuschlagskriterium:

1. | Es ist Ihnen zu empfehlen, dass Sie als Zuschlagskriterium den Umfang der vom Auftragnehmer einzuräumenden Nutzungsrechte bewerten. Hierzu lassen Sie am besten die Beigabe der Lizenzbedingungen durch die Bieter zunächst zu, schränken aber gleichzeitig deren Inhalt durch eigene vorrangige Regeln ein, auf die sie keinesfalls verzichten wollen. Auf diese Weise können Sie zumindest sicherstellen, dass Sie das gewünschte Mindestmaß an Nutzungsrechten erhalten. Die EVB-IT zeichnen diesen Weg vor. Dort können Sie in der Nutzungsrechtsmatrix (Muster 2) angeben, auf welche Nutzungsrechte und Arten Sie keinesfalls verzichten wollen (A-Kriterien) und welche nur ein „nice to have“ wären (B-Kriterien). Letztere könnten dann in einer Bewertungsmatrix neben dem Preis als qualitatives Zuschlagskriterium gewertet werden.

2. | Anstatt der Nutzungsrechtsmatrix können Sie auch eine komplett eigene Formulierung wählen, z.B.: „Die Standardsoftware ist in Form einer Volumenlizenz zu liefern.“ Diese Formulierung berücksichtigt auch, dass Gebrauchtssoftware nicht diskriminiert werden darf.

beschreiben (siehe unten). Hierzu heißt es im EVB-IT Vertrag: „Die hier bezeichnete Anlage ist entweder eine Nutzungsrechtsmatrix gemäß Muster 2 oder eine vom Auftraggeber selbst erstellte Rechterege lung, keinesfalls bezieht sie sich aber auf Lizenzbedingungen des Herstellers der Standardsoftware*. In der Nutzungsrechtsmatrix erhält der Auftragnehmer im Rahmen der Vorgaben des Auftraggebers die Möglichkeit von Ziffer 3.1 EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A) abweichende Nutzungsrechte an der Standardsoftware* einzuräumen. In der vom Auftraggeber selbst erstellten Rechterege lung (in der Regel die Leistungsbeschreibung) legt der Auftraggeber den Mindestumfang an Rechten fest, den er an der Standardsoftware* erwerben will (z.B. Volumenlizenz, keine OEM-Lizenz etc.), wenn er die Nutzungsrechtsmatrix nicht nutzt. Die Nutzungsrechtsregelungen aus den Lizenzbedingungen für die jeweilige Standardsoftware* gelten jeweils nachrangig.“²²

Beispiel: Der öffentliche Auftraggeber will eine Standardbürosoftware beschaffen. Die Leistungsbeschreibung enthält in Kapitel 2.1.1 eine Beschreibung der Nutzungsrechte, die der öffentliche Auftraggeber an der Software erhalten möchte. Der Auftraggeber verwendet etwa den o.g. Formulierungsvorschlag. Damit diese Nutzungsrechte im Einklang mit den EVB-IT stehen, könnte der öffentliche Auftraggeber z.B. wie folgt vorgehen:

- Der öffentliche Auftraggeber füllt die Tabelle unter Nummer 3 EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A (lang mit Pflege bzw. Nummer 2 ohne Pflege) aus und veranlasst die Bieter im Aufforderungsschreiben oder in den Bewerbungsbedingungen die offenen Stellen zu vervollständigen.
- Der öffentliche Auftraggeber füllt die Tabelle unter Nummer ___ des Vertragsmusters aus und nach Zuschlagung werden die offenen Stellen auf Grundlage des Angebots vervollständigt und von beiden Parteien unterschrieben.

Wie auch immer er vorgeht, die Tabelle sollte vollständig ausgefüllt sein. In dem nachstehenden Beispiel sind die vom Bieter stammenden Einträge kursiv markiert.

3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware* (Verkauf)

Dem Auftraggeber wird vom Auftragnehmer nachstehend aufgeführte Standardsoftware* überlassen (siehe Tabelle unten)

Durch Verweis auf Kap. 2.1.1 Leistungsbeschreibung signalisiert der Auftraggeber, dass dort eine von ihm formulierte Nutzungsrechtregelung steht, aus der sich der Mindestumfang der Rechte ergibt, die er erwerben möchte. Damit diese Nutzungsrechtsregelung eindeutig Vorrang hat, muss er in dem Vertragsmusters sodann Nummer 3.1 ankreuzen:

3.1 Abweichende Nutzungsrechte

Es gelten bezüglich der Nutzungsrechte an der jeweiligen Standardsoftware* Nummer 3 lfd. Nr. 1 in der folgenden Rangfolge:

- Nutzungsrechtsmatrizen oder sonstige Rechte Regelungen des Auftraggebers (gemäß Nummer 3, Spalte 8),
- Ziffer 3.1 EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A),
- die Nutzungsrechtsregelungen aus den jeweiligen Lizenzbedingungen in Anlage Nr. _____. Die jeweiligen Nutzungsrechtsregelungen gelten aber nur, soweit sie den sonstigen vertraglichen Regelungen weder entgegenstehen noch diese beschränken.

Praxistipp // Umfang der Nutzungsrechte als Zuschlagskriterium:

1. | Auch wenn aus Kostengründen zunächst nur solche Nutzungsrechte „eingekauft“ werden sollen, die tatsächlich erforderlich sind, sollten Sie stets überlegen, bereits vorhersehbare Nutzungen (z.B. bei einer anstehenden Umstellung der internen IT-Struktur) in der Vergabe zu berücksichtigen, ggf. auch als Option.

Bei der Art der Lieferung ist dem Auftraggeber zu empfehlen, diese in der Leistungsbeschreibung offen zu lassen, um möglichst breiten Wettbewerb zu gewährleisten und bei Nummer 3.2 daher vorerst kein Kreuz zu machen:

3.2 Art der Lieferung der Standardsoftware*

Der Auftragnehmer liefert dem Auftraggeber die Standardsoftware* wie folgt:

- gemäß Tabelle in Nummer 3 lfd. Nr. ___ auf Datenträger:
Typ: ___, Kennzeichnung: ____.
- gemäß Tabelle in Nummer 3 lfd. Nr. ___ in folgender Form: ___ (z.B. durch Bereitstellung zum Download*).
- gemäß Tabelle in Nummer 3 lfd. Nr. ___, wie in Anlage Nr. ___ beschrieben.

2.2 Nachweis der Rechtekette als Zuschlagskriterium

Ein vom Softwarehersteller beauftragter Auditor erwartet im Fall eines Audits beim öffentlichen Auftraggeber, dass dieser nachweisen kann, dass er über die erforderlichen Rechte verfügt. Die hierzu erforderlichen Dokumente sollte der Auftraggeber daher griffbereit in der Schublade haben. Dies gilt gerade beim Kauf von „gebrauchter“ Software, will sich der öffentliche Auftraggeber nicht dem Risiko aussetzen, dass die gebrauchte Software einen Rechtsmangel aufweist.

Tabelle: Dem Auftraggeber wird vom Auftragnehmer nachstehend aufgeführte Standardsoftware* überlassen

Lfd. Nr.	Produktbezeichnung und -beschreibung, Produkt-Nr. (inklusive Lizenzart)	Menge	EXP ¹	Anzahl Sicherungskopien	Version ²	Liefertermin	Abweichende Nutzungsrechte ³ gemäß Anlage Nr.	Preis	
								Einzelpreis	Gesamtpreis
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
1	Microsoft Office Professional Plus	20	EU	1	2013	01.01.17	Kap. 2.1.1 Leistungsbeschreibung	185,00 €	3.700,00 €
Überlassungsvergütung									3.700,00 €

Es sei daran erinnert, dass sich der Auftraggeber diesem Risiko nicht durch Ausschluss solcher Software von dem Vergabeverfahren im Vorhinein entledigen darf.

Es dürfte daher naheliegen, dass die Vergabestelle die Ordnungsgemäßheit der Rechtssituation im Rahmen des Vergabeverfahrens prüft. Hierfür bietet es sich an, ein Zuschlagskriterium in Form eines Ausschlusskriteriums festzulegen, nach welchem der Anbieter der gebrauchten Software mit dem Angebot die Rechtekette nachweisen muss. Eine solche Festlegung ist zulässig. Gemäß § 127 Abs. 3 GWB müssen die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

Der Gesetzeswortlaut legt bereits nahe, dass es zulässig ist als Zuschlagskriterium Belege zu verlangen, die den rechtlichen Bestand der Software absichern, auch wenn dies ein Faktor ist, der nicht die materielle Eigenschaft der Software selbst betrifft. Bei einer Ausschreibung von Softwarelizenzen könnten dem öffentlichen Auftraggeber sowohl neue als auch „gebrauchte“ Lizenzen angeboten werden, wobei die gebrauchten Lizenzen häufig preislich günstiger sein werden und dadurch die Zuschlagschancen für den Anbieter erhöht sind. Bei gebrauchten Lizenzen besteht für den öffentlichen Auftraggeber allerdings das Risiko, dass diese einen Rechtsmangel aufweisen, wenn an diesen keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eingetreten ist (siehe hierzu Hintergrundwissen „Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter Software“). Das Oberlandesgericht Hamburg befand im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens, dass ein Verkäufer von Gebrauchsoftware einem Verbraucher darüber informieren müsse, wie seine Rechte zur bestimmungsgemäßen Nutzung ausgestaltet sind, damit der Verbraucher eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen könne, andernfalls handle der Verkäufer wettbewerbswidrig.²³ Nach dem BGH hat außerdem derjenige, der sich auf eine „saubere“ Rechtekette beruft dies auch darzulegen und erforderlichenfalls nachzuweisen.²⁴

Das Risiko eines Nutzungsrechtsdefizits sollte der öffentliche Auftraggeber deutlich herabsetzen, indem er sich von

Praxistipp // Nachweis der Rechtekette als Zuschlagskriterium

1. | Öffentlichen Auftraggebern ist zu empfehlen, als Zuschlagskriterium Folgendes festzulegen: „Zuschlagskriterium: Beleg der Erschöpfung des Verbreitungsrechts. Sollte ein Angebot über eine Gebrauchsoftware nach Wertung in die engere Zuschlagswahl gelangen, so wird der öffentliche Auftraggeber den betreffenden Bieter noch vor Zuschlagserteilung auffordern darzulegen, dass sich das Verbreitungsrecht an der angebotenen Software erschöpft hat. Hierzu sind folgende Erklärungen und Unterlagen vorzulegen²⁷:

1. Den Namen des Ersterwerbers sowie die Namen aller nachfolgenden Erwerber, („Rechtekette“) unter Offenlegung der zugrundeliegenden Lizenzvertragsnummern,
2. Belege über die Unbrauchbarmachung aller Kopien der Software beim Ersterwerber und aller nachfolgenden Erwerber,
3. Vorlage mindestens der Produktnutzungsrechte zwischen dem Rechtsinhaber und dem Ersterwerber,
4. Bestätigung, dass Verbesserungen und Aktualisierungen von einem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Vertrag gedeckt sind,
5. Nachweis, dass die Softwarelizenzen in der EU bzw. einem Staat des EWR in Verkehr gebracht wurden,
6. Erklärung, dass der Bieter im Fall der Bezuschlagung vor Überlassung der Software sämtliche bei ihm verbliebenen Kopien unbrauchbar macht.

Sollte dem Bieter die Darlegung misslingen, so ist sein Angebot zwingend auszuschließen.“

dem Verkäufer Unterlagen vorlegen lässt, die die Erschöpfung darzulegen geeignet sind. Ähnlich einer Teststellung wird der öffentliche Auftraggeber somit in die Lage versetzt, zu prüfen, ob der Bieter das, was er anbietet, auch tatsächlich erfüllt, und zwar noch vor Bezuschlagung.

Die Ausgestaltung einer Lizenz erfolgt normalerweise durch die Lizenzbedingungen des Softwareherstellers, es handelt sich hierbei um Vertragsbedingungen. Diese können zunächst entweder die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts gegen Einmalzahlung (Kauf) oder die Einräumung eines zeitlich begrenzten Nutzungsrechts (Miete) beinhalten. Das Nutzungsrecht (die Lizenz) kann als ausschließliches oder als einfaches Recht eingeräumt werden. Zahlreiche weitere Ausgestaltungen sind denkbar. Bei einer Unternehmenslizenz wird das Zugriffsrecht für das ganze Unternehmen bereitgestellt, eine Volumenlizenz umfasst eine bestimmte Anzahl an Zugriffsrechten, eine Standortlizenz dagegen Zugriffsrechte innerhalb eines bestimmten Standorts. Bei Client-Server-Lizenzen werden mehrere Zugriffsrechte auf ein nur einmal auf dem Server gespeichertes Programm eingeräumt. Bei einer OEM-Lizenz wird das Nutzungsrecht an der Software in der Regel nur in Verbindung mit dem Erwerb einer Hardware eingeräumt. Weiterhin gibt es noch bzgl. Open Source Software (OSS) unterschiedliche Lizenzmodelle. Da OSS für den Kauf von Standardsoftware jedoch nicht relevant ist, wird hierauf nicht weiter eingegangen.

Nutzungsrechte

Eine Prüfung nach Bezuschlagung birgt bei einem Negativbefund die Gefahr, dass der öffentliche Auftraggeber etwas gekauft hat, das er nicht nutzen darf; er muss dann die Vergabe neu durchführen, ein „Nachrücken“ anderer „Bieter“ ist vergaberechtlich nach Zuschlag nicht mehr möglich.²⁵

Das Fördern einer bloßen Erklärung des Bieters, dass dieser nach Bezuschlagung die Erschöpfung belegen wird, ist daher weder zu empfehlen noch vergaberechtlich geboten.²⁶

3. Vertragsbedingungen

Neben der Leistungsbeschreibung sind auch die Vertragsbedingungen fester Bestandteil der Vergabeunterlagen und als separates Dokument zu behandeln. Öffentliche Auftraggeber haben dabei die VOL/B³⁷ in der Regel in den Vertrag einzubeziehen. Bei der Vergabe von IT-Leistungen sind auf Bundesebene³⁸ und in den meisten Ländern daneben die EVB-IT³⁹ anzuwenden. Für den hier relevanten Kauf von Standardsoftware stehen die EVB-IT Überlassung (Typ A) in der Version 2.0 vom 16.07.2015 zur Verfügung.⁴⁰ Der öffentliche Auftraggeber kann dabei zwischen dem Standardvertrag mit und ohne anschließenden Softwarepflegeleistungen wählen. Stets aber gelten als „Blaupause“ die EVB-IT Überlassung-AGB.⁴¹ Ziffer 2.3 EVB-IT Überlassung-AGB enthält in der aktuellen Version die sog. technische no-spy-Klausel. Das BMI hat eine Handreichung vom 17.03.2015 hinterlegt, in welcher die neue Klausel näher erläutert wird.⁴⁴ Problematisch ist

– ähnlich wie bei den Nutzungsrechten – dass ein Bieter, der eine Software mit solchen spy-Funktionen anbietet, zwingend aufgrund von Änderung an den Vergabeunterlagen auszuschließen ist. Schließt der Auftraggeber dagegen das Angebot des Bieters, der eine solche Software mit spy-Funktionen anbietet, nicht aus, würde der Auftraggeber mit Bezuschlagung des Angebots die abweichende Funktionalität akzeptieren, obwohl sie seinem Interesse letztlich zuwiderlaufen.

4. Eignungskriterien

Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen worden sind.⁴⁵ Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt.⁴⁶ Die Eignungskriterien sind zwingend bereits in der Bekanntmachung anzugeben.⁴⁷ Beim reinen Kauf von Standardsoftware, d.h. ohne Pflegeleistungen, sollte sich die Anzahl an Eignungskriterien auf das allernötigste beschränken. Ähnlich wie bei dem Kauf von Standardprodukten könnten Vorerfahrung mit vergleichbaren Lieferungen abgefragt werden (Referenzen), Qualitätssicherungsmaßnahmen, Umsatzzahlen und ggf. das Bestehen einer Betriebshaftpflichtversicherung.⁴⁸ Bei der Festlegung der Eignungskriterien missachten Vergabestellen häufig, dass die im Gesetz genannten Eignungsnachweise zum Beleg der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit abschließend sind, d.h. es dürfen keine neuen Kriterien erdacht werden.

Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter Software“

des Rechtsinhabers vornehmen oder gestatten darf, wie etwa die Vervielfältigung des Computerprogramms oder dessen Übersetzung, Bearbeitung, Verbreitung oder Vermietung. § 69d UrhG enthält wiederum Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen. So bedürfen nach Abs. 1 bestimmte Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, „wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten notwendig ist.“ Was zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogramms nach § 69d Abs. 1 UrhG gehört, ergibt sich aus dem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber geschlossenen Lizenzvertrag bzw. den Produktnutzungsrechten.²⁹ Hat der Urheberrechtsinhaber dem Herunterladen der Kopie eines Computerprogramms aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt, folgt aus der Used-Soft-Entscheidung des EuGH, dass der zweite oder jeder weitere Erwerber einer Lizenz zur Nutzung dieses Computerprogramms als rechtmäßiger Erwerber einer Programmkopie (und i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG als zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigter) anzusehen ist, wenn das Recht zur Verbreitung der Programmkopie nach Art. 4 Abs. 2 der RL 2009/24/EG erschöpft ist und der Weiterverkauf der Lizenz an den Erwerber mit dem Weiterverkauf der von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers heruntergeladenen Programmkopie verbunden ist.³⁰ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann der Urheberrechtsinhaber diese Rechtsfolge auch nicht durch vertragliche Bestimmungen abändern, indem er beispielsweise in die Lizenzbedingungen ein Abtretungsverbot oder die Pflicht des Ersterwerbers, die Lizenzen ausschließlich für interne eigene Geschäfts- oder Schulungszwecke zu nutzen aufnimmt oder gar die Erschöpfung ausschließt. Solche Klauseln sind AGB-rechtlich unwirksam. Denn die Erschöpfung des Verbreitungsrechts dient dem Interesse der Verwerter und der Allgemeinheit, mit Zustimmung des Rechtsinhabers in Verkehr gebrachte Software verkehrsfähig zu halten. Könnte der Rechtsinhaber, wenn er die Software verkauft oder seine Zustimmung zur Veräußerung gegeben hat, noch in den weiteren Vertrieb der Software eingreifen, ihn untersagen oder von Bedingungen abhängig machen, wäre dadurch der freie Warenverkehr in nicht hinzunehmender Weise behindert.³¹ Für die Verkehrsfähigkeit einer „gebrauchten“ Software ist daher

Computerprogramme werden grundsätzlich durch das Urheberrecht geschützt.²⁸ Das Urheberrecht steht somit dem Hersteller der Software als ursprünglichen Rechtsinhaber zu. § 69c UrhG setzt Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen um. Er enthält Handlungen, die der Softwareanwender nur mit Zustimmung

Praxistipps // Vertragsbedingungen

1. | Ein häufiger Fehler, den Sie begehen können, ist, dass Sie den EVB-IT Vertrag erst nach Zuschlag aufsetzen und abschließen, während Sie zuvor in den Vergabeunterlagen lediglich darauf hingewiesen haben, dass „der EVB-IT Überlassungsvertrag (Typ A) zu Grunde zu legen ist“. Durch diese Vorgehensweise wird gegen den Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz sowie das nachträgliche Verhandlungsverbot verstoßen.⁴² Richtigerweise müssen Sie den EVB-IT Vertrag bereits vor Veröffentlichung der Vergabeunterlagen soweit wie möglich ausfüllen, da hier wichtige Weichen gestellt werden, die für die Preiskalkulation und somit für den Angebotsvergleich unerlässlich sind. Der vorausgefüllte EVB-IT Vertrag ist den Vergabeunterlagen beizufügen. Damit die Bieter erkennen können, welche Anpassungen Sie vorgenommen haben,

sollten Sie diese in dem EVB-IT Vertrag kenntlich machen.⁴³

2. | Wenn Sie es sich als öffentlicher Auftraggeber „einfach“ machen wollen, ist zu empfehlen, in der Leistungsbeschreibung den Bietern zu verbieten, von Ziffer 2.3 EVB-IT Überlassung-AGB abzuweichen, da sonst der Ausschluss erfolgt. Ebenfalls als „einfache“ Lösung bietet sich eine Eigenerklärung an, dass die angebotene Software über eine solche Funktion nach bestem Wissen des Bieters nicht verfügt. Sollte dies jedoch dazu führen, dass dann jede Software auszuschließen wäre, was Sie vorher im Rahmen der Markterkundung festzustellen haben, dann ist zu empfehlen, die Reichweite und Tiefe von spy-Funktionen als Zuschlagskriterium vorzusehen.

5. Zulässige Vergabeverfahren

Beim bloßen Kauf von Standardsoftware handelt es sich vergaberechtlich gesehen um einen Lieferauftrag. Im Anwendungsbereich des 4. Teil des GWB ist der Kauf nach Wahl des Auftraggebers im offenen Verfahren oder im nicht offenen Verfahren auszuschreiben.⁵¹ Die anderen Verfahrensarten kommen für die Erstbeschaffung grundsätzlich nicht in Betracht. Bei Zukauf von bereits vorhan-

den Lizenzen ist denkbar, dass dieser über § 14 Abs. 4 Nr. 5 VgV direkt vom Vorlieferanten erfolgen darf. Im nationalen Vergaberecht können zahlreiche Auftraggeber bis zu bestimmten Wertgrenzen auf die Freihändige Vergabe oder eine Beschränkte Ausschreibung zurückgreifen (sog. Bagatellgrenzen), oberhalb dieser Wertgrenzen kommt derzeit nur die Öffentliche Ausschreibung in Betracht.⁵²

entscheidend, ob die Erschöpfung des Verbreitungsrechts eingetreten ist. Dies setzt nach der Rechtsprechung des BGH voraus:

- dass der Urheberrechtsinhaber seine Zustimmung gegen Zahlung eines Entgelts erteilt hat, was ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie seines Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen;
- dass der Urheberrechtsinhaber dem Ersterwerber ein Recht eingeräumt hat die Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen;
- dass Verbesserungen und Aktualisierungen, die das vom Nacherwerber heruntergeladene Computerprogramm gegenüber dem vom Ersterwerber heruntergeladenen Computerprogramm aufweist, von einem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt sind;
- dass der Ersterwerber seine Kopie unbrauchbar gemacht hat.

Nach dem BGH hat derjenige, der sich auf die Erschöpfung beruft darzulegen und erforderlichenfalls nachzuweisen, dass die Voraussetzungen der Erschöpfung erfüllt sind.³² Dies bedeutet insbesondere die Erbringung des Nachweises der Rechtekette und der Unbrauchbarmachung der Ersterwerber-Kopie.³³ Bei Volumenlizenzen kann sich das Verbreitungsrecht nicht nur hinsichtlich der heruntergeladenen Kopie aller Computerprogramme, sondern auch hinsichtlich der anzufertigenden Kopien der Computerprogramme erschöpfen.³⁴ Hat der Ersterwerber eine Softwarelizenz erworben, die die Nutzung mehrerer eigenständiger Kopien des Computerprogramms erlaubt, ist er dazu berechtigt, das Recht zur Nutzung des betreffenden Programms für eine von ihm bestimmte Zahl von Nutzern weiterzuverkaufen und für die verbleibende Zahl von Nutzern weiter zu nutzen. Bei den einzelnen Lizenzen handelt es sich um jeweils selbständige Nutzungsrechte, die eigenständig übertragen werden können.³⁵ In einem solchen Fall kann sich der Nacherwerber von Kopien dieses Computerprogramms daher bereits dann mit Erfolg auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an diesen Kopien berufen, wenn der Ersterwerber eine entsprechende Anzahl von Kopien unbrauchbar gemacht hat.³⁶ Ein Nacherwerber, der sein Nutzungsrecht aus § 69d Abs. 1 UrhG herleitet und nicht über ein vertragliches, vom Rechtsinhaber herrührendes Nutzungsrecht verfügt, ist nur zu Handlungen berechtigt, die für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms notwendig sind. Was aber die bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms ist, ergibt sich allein aus dem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber geschlossenen Lizenzvertrag, bzw. den Produktnutzungsrechten. Die Darlegungs- und Beweislast, dass dem Kunden eines Gebrauchtsoftwarehändlers die zur Feststellung der bestimmungsgemäßen Nutzung erforderlichen Informationen in geeigneter Weise erteilt werden, trägt der Händler. Gegenüber dem Hersteller, bzw. einem Auditor, ist jedoch der Auftraggeber darlegungspflichtig.

Praxistipp // Eignungskriterien

1. | Es ist zu empfehlen, dass Sie die Eignungskriterien möglichst nah an dem Gesetzeswortlaut festlegen.⁴⁹ Da nun Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen, wäre es aber nun ein weiterer Fehler, pauschal die im Gesetz genannten Belege abzufragen.⁵⁰ Bedenklich wäre etwa folgende Anforderung: „Die Bieter haben Referenzen vorzulegen, die belegen, dass sie in den letzten drei Jahren vergleichbare Softwarelizenzen an öffentliche Auftraggeber verkauft haben.“ Hier dürfte es grundsätzlich unangemessen sein, den Beleg der fachlich-technischen Leistungsfähigkeit davon abhängig zu machen, dass der Verkauf an öffentliche Auftraggeber erfolgte, ohne dass man private Auftraggeber zuließe. Für die Zulässigkeit einer solchen Einschränkung müsste der Auftraggeber einen sachlichen Grund nachweisen können. Folgende Formulierung dürfte unbedenklich sein: „Vorlage geeigneter Referenzen über früher ausgeführte vergleichbare Lieferleistungsaufträge (Softwarelizenzverkäufe) in Form einer Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten wesentlichen Softwarelizenzverkäufe, mit Angabe des Werts, des Liefer- beziehungsweise Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers.“

6. Checkliste

- ✓ Ist der Auftragsgegenstand hinreichend und verständlich beschrieben, so dass mit vergleichbaren Angeboten gerechnet werden kann?
- ✓ Lässt die Leistungsbeschreibung neue und Gebrauchsoftware gleichermaßen zu?
- ✓ Werden die Begriffe in der (technischen) Leistungsbeschreibung mit den Begriffsbestimmungen am Ende der EVB-IT AGB gleich verwendet und wenn nicht, ist deutlich gemacht, welcher Begriff Vorrang hat?
- ✓ Ist der EVB-IT Überlassungsvertrag (Typ A) ausgefüllt und liegt den Vergabeunterlagen bei?
- ✓ Wurde dabei die Nutzungsrechtsmatrix verwendet oder eine individuelle Regelung?
- ✓ Wurden zulässige Eignungskriterien definiert und sind diese angemessen?
- ✓ Wurden Zuschlagskriterien festgelegt und hinreichend detailliert gewichtet?
- ✓ Wurde bei den Zuschlagskriterien berücksichtigt, dass ein Bieter den Nachweis der Lizenzherkunft auf Basis der Rechtekette zu führen hat?
- ✓ Für den Fall, dass nicht im offenen bzw. im nicht offenen Verfahren (Oberschwellenbereich) / öffentliche Ausschreibung (Unterschwellenbereich) ausgeschrieben werden soll: Ist hinreichend begründet und dokumentiert, weshalb ausnahmsweise eine andere Vergabeart gewählt wurde?

Fußnoten

11 Dieser Leitfaden umfasst somit nicht die Miete von Standardsoftware (Überlassung auf Zeit), das Erstellenlassen von Individualsoftware, die Anpassung (Customizing) von Software sowie Cloud-Dienste. Siehe hierzu Kruth/Ortner/Deiters (Hrsg.), EVB-IT Praxisleitfaden, Hinweise zur Vertragsgestaltung, Bundesanzeiger Verlag, Loseblattwerk, Stand:10. Ergänzung Dez. 2015. **21** Urteil vom 06.10.2015, C-362/14, Maximilian Schrems / Data Protection Commissioner. Der EuGH hat in der Entscheidung festgestellt, dass die USA kein angemessenes Schutzniveau übermittelter personenbezogener Daten gewährleisten. Dadurch können zahlreiche Unternehmen, deren Server in den USA stehen, in der EU rechtmäßiger Weise keine Cloud-Dienste mehr anbieten. Ob das Nachfolgeabkommen, der sog. EU-US Privacy Shield den Anforderungen des EuGH genügen wird, ist

noch offen. **31** Vgl. Begriffsbestimmungen am Ende der EVB-IT Überlassungs-AGB (Typ A), Version 2.0 vom 16.07.2015. **41** Das Vergaberecht verwendet als Oberbegriff „Vergabeunterlagen“ (in der Praxis häufig auch „Aus-schreibungsunterlagen“ genannt). Bestandteile dieser Vergabeunterlagen sind in der Regel die Aufforderung zur Angebotsabgabe (Anschreiben), die Bewerbungsbedingungen sowie die Vertragsunterlagen. Letztere wiederum bestehen aus der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen, vgl. § 29 VgV. **51** § 121 Satz 1 GWB. **61** Umgangssprachlich wird auch von „Softwarelizenzen“ oder „Lizenzkauf“ gesprochen. Gemeint ist das Nutzungsrecht an einer bestimmten Software. **71** Vgl. § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV. **81** Zum Bestimmungsrecht des Auftraggebers und den Grenzen siehe OLG Düsseldorf v. 12.02.2014 - Verg 29/13 - CampusNet; v. 22.05.2013 - VII-Verg 16/12 - Hochschulverwaltungs-SW; v. 01.08.2012 - VII-Verg 10/12 - MoWaS; v. 03.03.2010 - VII-Verg 46/09 - Kleinlysimeter; v. 15.06.2010 - VII-Verg 10/10 - unterbrechungsfreie Stromversorgung; v. 22.09.2009 - VII-Verg 25/09 - Latexfreiheit; v. 11.02.2009 - VII-Verg 64/08 - Diktiergeräte. **91** Vgl. § 31 Abs. 6 Satz 2 HS 2 VgV. **101** Urteil vom 03.07.2012, C-128/11, UsedSoft **111** Urteil vom 17.07.2013 - I ZR 129/08, UsedSoft II, Urteil vom 11.12.2014 - I ZR 8/13, UsedSoft III, Urteil vom 19.03.2015 - I ZR 4/14, Green IT. **121** Anders als z.B. bei einem Kfz „verschleißt“ Software nicht. Nicht ohne Grund setzt der BGH „gebraucht“ im Zusammenhang mit Software stets in Anführungszeichen. **131** Engl. „perpetual licence“. **141** Engl. „fixed term licence“. **151** Das einfache Nutzungsrecht berechtigt den Inhaber, das Werk (die Software) auf die erlaubte Art zu nutzen, ohne dass eine Nutzung durch andere ausgeschlossen ist, § 31 Abs. 2 UrhG. Typischerweise wird daher bei Standardsoftware dem öffentlichen Auftraggeber ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt. Das ausschließliche Nutzungsrecht berechtigt den Inhaber, das Werk (die Software) unter Ausschluss aller anderen Personen auf die ihm erlaubte Art zu nutzen und Nutzungsrechte einzuräumen, eines solche „Exklusivität“ ist in der Praxis die Ausnahme und kommt bei Individualsoftware in Betracht. **161** Abk. für „Original Equipment Manufacturer“, dt. „Originalausrüstungshersteller“. **171** Überblick über die unterschiedlichen Lizenzen: <http://www.ifross.org/lizenz-center>. **181** Siehe hierzu ausführlich: Ortner, „Beschaffung von Open-Source Software“, in: Vergaben von IT-Leistungen - Komplexe Projekte und Standardprodukte, Bundesanzeiger-Verlag, 2013. **191** § 127 Abs. 1 GWB. **201** § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB. **211** Vgl. § 127 Abs. 5 GWB. **221** Erläuterung in Fußnote 3 zur Tabelle unter Nr. 2 im EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A (lang ohne Pflege) bzw. Nr. 3 Überlassungsvertrag Typ B (lang mit Pflege). **231** OLG Hamburg, Beschluss vom 16.06.2016, Az.: 5 W 36/16. „Insoweit benötigt der Verbraucher insbesondere Informationen darüber, in welcher Art die Lizenz ursprünglich eingeräumt wurde und ob bereits dem Ersterwerber eine verkörperte Kopie bereit gestellt wurde (...). Der Verbraucher, der sich für das Angebot interessiert, kann nicht nachvollziehen, wie sich die Lieferkette und die Berechtigung hinsichtlich der angebotenen Software darstellen. Er kann auch nicht darlegen, ob und an wen der Produktschlüssel, der entsprechend dem Angebot übermittelt werden soll, von Microsoft ausgegeben wurde und ob insoweit eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts i.S.d. § 69c Nr. 3 UrhG nach der oben dargestellten Rechtsprechung eingetreten ist. Des Weiteren kann der Verbraucher nicht beurteilen, in welcher Weise dem Erst- oder möglichen Zwischenverwerber eine oder mehrere Programmkopie(n) zur Verfügung gestellt worden sein könnten und ob, falls vorhanden, solche Programmkopie(n) vom Erst- oder Zwischenverwerber vernichtet bzw. dem jeweiligen Folgerwerber ausgehändigt worden sein könnten. Es handelt sich bei den genannten Voraussetzungen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts um Umstände, die dem Betrieb oder dem Verantwortungsbereich des Anbietenden zuzuordnen sind.“ **241** BGH Used Soft II. **251** Ein Fall von Dringlichkeit ließe sich bei einer Softwarebeschaffung nur sehr selten begründen, z.B. wenn es um die Software zur Koordinierung von Rettungsdienstleistungen ginge. Abgesehen davon nutzt dem Auftraggeber eine Garantie nichts, wenn der Gebrauchsoftwarehersteller insolvent ist. Dann kann dieser den Käufer auch nicht mehr im Prozess unterstützen. **261** Anderer Auffassung ist die Vergabekammer Thüringen in einem Beschluss vom 16.12.2015, Az. 250-4003-6712/2015-N-024-UH, die (ohne Beleg) postuliert, es spreche den „allgemeinen Gepflogenheiten“, die für die Vertragsausführung notwendigen Materialien bzw. notwendigen Erzeugnisse erst dann zu erwerben, wenn der Zuschlag erteilt wurde und damit Gewissheit besteht, dass diese auch tatsächlich benötigt werden (Rn. 72). Das Gegenteil ist aber richtig: Üblicherweise prüft ein öffentlicher Auftraggeber bei anspruchsvollen Materialien vor Beschlagung, ob diese auch die Eigenschaften und Funktionalitäten aufweisen, die im Angebot angepriesen werden. Im Bereich der Beschaffung von IT-Leistungen wird dies auch von den VfAB VI, Vers. 1.0 empfohlen, dort Kap. 4.24.3., Seite 201. Gerade bei Gebrauchsoftware besteht ebenfalls ein Bedürfnis, deren „rechtliche“ Qualität vor Zuschlag zu prüfen. Sinn und Zweck der Angebotsprüfung ist es auch, dass öffentliche Auftraggeber nicht „die Katze im Sack“ kaufen und damit der Verschwendung von Steuergeldern Vorschub geleistet wird. **271** Diese Pflicht verstößt nicht gegen den Nichtdiskriminierungsgrundsatz, da hier ein sachlicher Grund vorliegt. Sie verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der Eigenklärung, da dieser bei der Eignung prüft und nicht wie hier auf Zuschlagsseite. Eine Rücepfllicht gemäß § 377 HGB bezüglich der Unterlagen besteht nicht, dies würde die Rücepfllicht gemäß § 377 HGB überstrapazieren (a.A. Kubach/Hunzinger, CR 2016, 213, 215). Unabhängig davon handelt es sich bei Geschäften mit öffentlichen Auftraggebern in aller Regel ohnehin nicht um Handelsgeschäfte. Vorsichtshalber könnte der öffentliche Auftraggeber die Prüfpflicht in den Vertragsunterlagen abbilden. **281** Nach § 69a Abs. 3 Satz 1 werden Computerprogramme dann geschützt, „wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind.“ **291** BGH, Urt. v. 17.7.2013 - I ZR 129/08. **301** Vgl. EuGH, GRUR 2012, 904 Rn. 88 und 72 - UsedSoft/Oracle; BGH Used Soft II. **311** Vgl. BGHZ 145, 7, 10 bis 13 [= MMR 2000, 749 m. Anm. Leistner/Klein] - OEM-Version; BGH Green IT: „Eine (schuldrechtliche) wirksame Beschränkung des Nutzungsrechts wirkt sich nicht in der Weise (dinglich) aus, dass der Berechtigte nach dem mit seiner Zustimmung erfolgten Inverkehrbringen weitere Verbreitungsakte daraufhin überprüfen könnte, ob sie mit der ursprünglichen Begrenzung des Nutzungsrechts im Einklang stehen (vgl. zu auf Datenträgern verkörpertem Programmkopien BGHZ 145, 7 [10-13] = GRUR 2001, 153 - OEM-Version; BGH, GRUR 2015, 772 Rn. 36 = WRP 2015, 867 - UsedSoft III). Vertragliche Bestimmungen, die das Recht zur Weiterveräußerung der überlassenen Software ausschließen oder beschränken, haben allenfalls schuldrechtliche, aber keine dingliche Wirkung (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim, UrheberR, 4. Aufl., § 69c UrhG Rn. 32f., mwN).“ **321** BGH Used Soft II. **331** Im Einzelnen ist noch ungeklärt, welche Handlung genau ausreicht, um diesen Beweis zu erbringen. **341** So BGH Used Soft II; bei Client-Server-Lizenzen ist dagegen eine „Abspaltung“ einzelner Zugriffrechte ausgeschlossen. **351** BGH, Used Soft III mwN. **361** BGH, Used Soft III mwN. **371** Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 2003 (BAnz. Nr. 178a). Die Einbeziehungspllicht folgt aus § 29 Abs. 2 VgV. **381** Nr. 3.1 VV-BHO zu § 55 (Stand: 01.01.2014). **391** Ergänzende Vertragsbedingungen für die Vergabe von IT-Leistungen, abrufbar unter http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Noch_geltende_BVB/noch_geltende_bvb_node.html. **401** http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_evb_it_node.html#doc4623280bodyText7. **411** Weitere Hinweise speziell zur Nutzung der neuen EVB-IT Überlassung Typ A befinden sich nach Auskunft des Beschaffungssamtes vom 25.02.2016 noch in Bearbeitung. **421** Außerdem ist nach § 41 Abs. 1 VgV eine elektronische Adresse anzugeben, unter welcher die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. **431** Im Einzelnen hierzu, siehe Kruth/Deiters/Ortner, EVB-IT Praxisleitfaden, a.a.O. **441** http://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publicationen/DE/IT-Beschaffung/evb_it_handreichung_z_tech_n_no_spy_klausel_download.pdf?__blob=publicationFile. **451** § 122 Abs. 1 GWB. **461** § 122 Abs. 2 GWB. **471** Dies wird häufig übersehen. Es genügt keinesfalls, in der Bekanntmachung nur zu schreiben „siehe Vergabeunterlagen“ o.ä. **481** Stets sollten die Erklärungen nach §§ 123 und 124 GWB abgefragt werden, die nach dem GWB/VgV aber nicht mehr zur Eignung als solche gehören. In ihm überschwelligen Bereich ist dies weiterhin als „Eigenklärung zur Zuverlässigkeit“ bekannt. **491** Im Anwendungsbereich der VgV etwa § 43 Abs. 3. **501** § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB. **511** Es handelt sich hierbei um eine echte Wahlfreiheit, siehe Willweber, JURIS-Praxiskommentar, § 14 VgV, Rn. 4 f. **521** Da dies aktuell ein Wertungswiderspruch zum Oberschwellenbereich darstellt ist anzunehmen, dass die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb bald der Öffentlichen Ausschreibung gleich gestellt werden wird. Das Land Brandenburg hat diese Gleichstellung bereits vollzogen, siehe Schreiben des Brandenburgischen Ministeriums des Innern und für Kommunales vom 13.4.2016. **531** Sämtliche Fragen sollten von der Vergabestelle mit „JA“ beantwortet werden.