Landgericht Köln, 28 O 482/05

Datum:	14.09.2011
Gericht:	Landgericht Köln
Spruchkörper:	28. Zivilkammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	28 O 482/05
ECLI:	ECLI:DE:LGK:2011:0914.28O482.05.00

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin wird auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte EUR 17.964,24 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.11.2005 zu zahlen. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 10 % und die Beklagte zu 90 %.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

T a t b e s t a n d: 1

Die Parteien streiten über die Frage der unberechtigten Nutzung von Software der Beklagten durch die Klägerin im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs und etwaiger hieraus abgeleiteter Ansprüche. 2

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin der F eG, die durch Eintragung im Handelsregister vom 12.08.2003 auf die Klägerin verschmolzen wurde. Die Klägerin bietet Dienstleistungen auf dem Gebiet der Informationstechnologie an, unter anderem für genossenschaftlich organisierte Volks- und Raiffeisenbanken. Die Banken sind überwiegend Aktionäre der Klägerin, für die die Klägerin alle mittels elektronischer Datenverarbeitung anfallenden Bankgeschäfte abwickelt. Zu diesem Zweck stellt die Klägerin den Banken die erforderliche Hardware und Software zur Verfügung. Dazu zählte auch das Software-Produkt A-Map, mit 3

dem sich vorhandene Kundendaten der angeschlossenen Banken betriebswirtschaftlich auswerten lassen.

Die Beklagte ist die deutsche Tochtergesellschaft der Z Inc. mit Sitz in den Vereinigten Staaten. Die Beklagte und ihre Muttergesellschaft entwickeln und vertreiben Softwareumgebungen für Unternehmen, darunter die Z Business Z1 Plattform, die umfangreiche und benutzerfreundliche Lösungen zu Datenabfragen, Berichtswesen und komplexen Analysen ermöglicht. 4

Die Klägerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin nutzte ab dem Jahr 2001 auch von der Beklagten vertriebene Software-Produkte, auf deren Grundlage die Klägerin ihre eigene Software A-Map für ihre Bankkunden entwickelte. Um die Software der Beklagten im Rahmen der Anwendung A-Map nutzen zu können, schlossen die Parteien am 19.03.2001 einen Softwarelizenzvertrag (Anlage K 2, Bl. 41 d. A.) und einen Softwarepflegevertrag (Anlage K 3, Bl. 46 d. A.) ab, mit dem die Parteien die Grundsätze der Lizenzgewährung und der Softwarepflege regelten. Im Softwarelizenzvertrag heißt es unter anderem (Anlage K 2, Bl. 41 ff.): 5

„2.1.A Lizenzgewährung. Z gewährt dem Lizenznehmer eine einfache und (sofern in diesem Vertrag nichts anderes vereinbart ist) nicht übertragbare Lizenz, die Software in Objektcodeform ausschließlich für interne Datenverarbeitungsoperationen des Lizenznehmers zu benutzen und die Dokumentation zum Support der Benutzung der Software zu verwenden. Die Benutzung der Produkte muss der Art der gewährten Lizenz entsprechen, die im Bestellformular für Produktlizenzen von Z angegeben sind. Die Produkte dürfen nur von der Anzahl der Benutzer und der Anzahl der CPUs verwendet werden, für die eine Lizenzgebühr entrichtet wurde, und nur in dem im Bestellformular für Produktlizenzen von Z angegebenen Gebiet. Der Lizenznehmer darf die Produkte nur entsprechend den Bedingungen in diesem Vertrag und dem jeweils geltenden Bestellformular für Produktlizenzen von Z einsetzen. Der Lizenznehmer muss jedem Benutzer und/oder Server eine eindeutige Kennnummer zuweisen. 6

2.1.E Unbefugte Benutzung.... Der Lizenznehmer darf die Produkte nicht zur Schulung von dritten verwenden, soweit das in diesem Vertrag nicht gestattet ist. 7

2.1.G Andere Produkte. Der Lizenznehmer ist sich darüber im Klaren, dass Z die...Produkte... auf einem Datenträger liefern kann, der alle allgemein erhältlichen Produkte von Z enthält. Der Lizenznehmer ist nicht dazu berechtigt, Software zu verwenden, die u.U. mit den bestellten Produkten geliefert werden, für die der Lizenznehmer jedoch nicht die jeweils geltenden Lizenzgebühren entrichtet hat. 8

... 9

2.3.B Prüfung. Z kann auf eigene Kosten die Verwendung der Produkte durch den Lizenznehmer überprüfen. Eine derartige Prüfung findet während normaler Geschäftszeiten beim Lizenznehmer vor Ort statt... Wird bei einer Prüfung festgestellt, dass der Lizenznehmer mehr Produkte verteilt oder die Verwendung von mehr Produkten zugelassen hat als im Rahmen dieses Vertrages zulässig ist, bezahlt der Lizenznehmer Z für diese unbefugte Verwendung auf der Grundlage der Preisliste von Z, die zum Zeitpunkt des Prüfungsabschlusses in Kraft ist...." 10

Nach den Bedingungen des Softwarelizenzvertrags unterscheidet das Lizenzmodell der Beklagten weiter zwischen so genannten CPU-Lizenzen und Named User-Lizenzen. Die 11

Standard-Lizenzierung erfolgt durch die Erteilung einer Named User-Lizenz, bei der eine individuelle Kennung und Berechtigung an nur einen bestimmten Nutzer vergeben wird (Ziffer 1.5). Im Gegensatz zur Named User-Lizenz berechtigt die CPU-Lizenz zur Nutzung der Software für einen Hauptprozessor mit einer festgelegten Taktung (Ziffer 1.9). Eine CPU-Lizenz ermöglicht so eine Nutzung der Software durch eine unbeschränkte Anzahl von Nutzern, ohne dass auf dem Rechner des jeweiligen Nutzers die Software der Beklagten installiert sein müsste.

Neben einer einmaligen Lizenzgebühr für den Erwerb der jeweiligen Software sehen die Bedingungen des Softwarepflegevertrags (Anlage K 3, Bl. 46 d. A.) eine jährliche Gebühr für die Programmpflege von 18 % der Lizenzgebühren vor. Außerdem ist der Lizenznehmer verpflichtet, bei Wiederaufnahme abgelaufener technischer Unterstützungsdienste eine Wiederaufnahmegebühr von 150 % der Gebühren für die technische Unterstützung zu entrichten, die der Lizenznehmer während der Dauer des Ablaufs bezahlt hätte (Ziffer 4.1). 12

Ab dem Jahr 2001 erwarb die Klägerin für die Software „Z Z1 Server“ (nachfolgend: Z1 Server) mit Einzelverträgen oder Bestellscheinen von der Beklagten eine CPU-Lizenz mit einer Taktung von 2000 MHz (Anlagen K 7, K 10, K 11, Bl. 67 / 1659 / 75 d. A.) und sechs Named User-Lizenzen (Anlage K 8, Bl. 68) sowie für die Software „Z Web Analyst“ (nachfolgend: Web Analyst) eine CPU-Lizenz mit einer Taktung von 2.000 MHz (Anlagen K 7, K 10, K 11, Bl. 67 / 1659 / 75 d. A.) und acht Named User-Lizenzen (Anlage K 7, Bl. 67 d. A.). Im Bestellschein für ein Upgrade der CPU-Lizenzen für die Software Z1 Server und Web Analyst heißt es: 13

„Der Kunde hat das Recht, je eine CPU-Lizenz Z1 Server Enterprise Edition und eine CPU Web Analyst auf einer Maschine mit zwei CPUs zu betreiben.“ 14

Außerdem erwarb die Klägerin für das Produkt „Z Desktop Designer“ (nachfolgend: Desktop Designer) und für das Produkt „Z Architect“ (Anlage K 7, K 8, Bl. 67 / 68 d. A.; nachfolgend Architect) jeweils sieben Named User-Lizenzen. 15

Die von der Beklagten erworbenen CPU-Lizenzen für die Software Z1 Server und Web Analyst installierte die Klägerin auf ihrem Produktionsserver, zuletzt in der Version 7.2.2. Der Produktionsserver diente der Nutzung der von der Klägerin entwickelten Software A-Map durch die angeschlossenen Banken, die über ihren Webbrowser die Möglichkeit hatten, auf den Produktionsserver der Klägerin zuzugreifen und dort Rechenoperationen durchführen zu lassen. 16

Neben dem Produktionsserver verfügte die Klägerin über einen Orga- und Testserver, der der Nutzung durch vier Second Level Support Mitarbeiter der Klägerin vorbehalten war, was zwischen den Parteien umstritten ist. Der Orga- und Testserver diente den Support-Mitarbeitern der Klägerin dazu, kundenseitige Anwendungsprobleme zu lösen und im laufenden Betrieb auftretende Fehler und Störungen zu beseitigen sowie die Lauffähigkeit neu entwickelter Berichte vor dem Einsatz auf dem Produktionsserver zu testen. 17

Um Schulungen für Mitarbeiter der Banken vornehmen zu können, unterhielt die Klägerin neben dem Produktions- und dem Orga-/Testserver noch einen weiteren Server, den Schulungsserver, auf dem wiederum die Produkte Z1 Server und Web Analyst der Beklagten eingerichtet wurden. Ob die Klägerin zur unentgeltlichen Nutzung dieser Programme aufgrund mündlicher Abreden auf dem Schulungsserver berechtigt war, ist zwischen den Parteien umstritten. Am 08.03.2002 bot die Beklagte der Klägerin 12 Softwareschulungslizenzen für die Programme Z1 Server und Web Server sowie das 18

Evaluation Package an (Anlage K 22, Bl. 95). Das Angebot wurde von der Klägerin nicht angenommen. Stattdessen stellte die Beklagte der Klägerin mit Lieferschein vom 26.07.2002 (Anlage K 14 f., Bl. 78) kostenlose 24 Testlizenzen für die Programme Z1 Server und Web Professional aus, die nach dem Vertragstext bis zum 31.12.2002 befristet waren. Mit Lieferschein vom 06.04.2003 erneuerte die Beklagte die Testlizenzen für die Produkte Z1 Server und Web Analyst bis zum 30.06.2003. Die Klägerin führte sodann bis zum 24.11.2005 mit Bankmitarbeitern auf dem Schulungsserver Softwareschulungen durch.

Während der Nutzung der von der Beklagten erworbenen Software erhielt die Klägerin über entsprechende Bildschirmanzeige Warnhinweise über eine vertragswidrige Nutzung der Software. Die Kunden der Beklagten erhalten für jede erworbene Lizenz einen speziellen Lizenzschlüssel, der bei der Erstinstallation abgefragt wird und verschlüsselte Angaben zu den lizenzierten Produkten und der Anzahl und Art der Lizenz enthält. Die Software wird an die Kunden der Beklagten – unabhängig vom Umfang der Lizenz – als Vollversion ausgeliefert, die alle von der Beklagten entwickelten Softwaremodule der jeweiligen Produktplattform beinhaltet. In welchem Umfang die von der Beklagten gelieferte Software genutzt werden darf, hängt vom jeweiligen Lizenzschlüssel ab. Während des Softwarebetriebs prüft ein Unterprogramm, der Lizenzmanager, ob die Anzahl der Benutzerkonten der Anzahl der erteilten Lizenzen entspricht. Bei Abweichungen erzeugt die Software Warnmeldungen (vgl. Anlage B 3, Bl. 186 d. A.) sowie einen Eintrag in einer Logdatei. Ob die Klägerin von einem Mitarbeiter der Beklagten, dem Zeugen Q2 dazu aufgefordert wurde, die wiederkehrenden Warnhinweise auf dem Bildschirm zu ignorieren, ist zwischen den Parteien umstritten. 19

Am 28.08.2004 führte die Beklagte bei der Klägerin einen so genannten Lizenzaudit für die Produktplattform „P“ durch, die die Klägerin ebenfalls von der Beklagten erworben hatte, und am 12.10.2004 einen weiteren Lizenzaudit für die zwischen den Parteien umstrittenen Produkte. Während des am 12.10.2004 durchgeführten Lizenzaudits fragte die Beklagte den mit der Software installierten Lizenzmanger ab, der Daten über Lizenzschlüssel, Systemsoftware und Benutzerberechtigungen anzeigt und in Form von Metadateien abspeichert. Während des bei der Klägerin durchgeführten Audits kam es zu technischen Schwierigkeiten, die einen Ausdruck der Audit-Ergebnisse nicht ermöglichten. Es wurden lediglich vier Screenshots der Audit-Ergebnisse anfertigt, die nach Auffassung der Beklagten eine vertragswidrige Nutzung der Software durch die Klägerin anzeigen (Anlage K 17, Bl. 82). Die Zuverlässigkeit der Auswertung ist zwischen den Parteien umstritten. 20

Am 13.10.2004 informierte die Beklagte die Klägerin telefonisch, dass der durchgeführte Lizenzaudit eine massive Verletzung von Schutzrechten ergeben habe. Mit Schreiben vom 24.11.2004 (Anlage K 4, Bl. 59 d. A.) wandte sich die Beklagte dann schriftlich an die Klägerin und teilte dieser mit, dass während des Audits in 108 Fällen eine ungenehmigte Nutzung des Programms Desktop Designer V 7.2.2, in 107 Fällen des Programms Architekt V 7.2.2 und in 1.746 Fällen des Programm Web Professional V 7.2.2 auf dem Produktionsserver festgestellt worden sei. Außerdem rügte die Beklagte die unberechtigte Nutzung der Software Z1-Server V 7.2.2 im Form von zwei CPU-Lizenzen (1.500 MHz), Web Professional V 7.2.2 in Form von zwei CPU-Lizenzen (2.000 MHz) sowie die unberechtigte Nutzung der Software Architect V 7.2.2 in Form von fünf Named User-Lizenzen und der Software Desktop Designer V 7.2.2 in Form von 16 Named User-Lizenzen für Test- und Schulungszwecke auf dem Orga-/Test- bzw. Schulungsserver. Aufgrund der behaupteten unberechtigten Nutzung der Software forderte die Beklagte von der Klägerin die Nachentrichtung eines Lizenzentgelts in Höhe von insgesamt EUR 9.168.379,00. 21

22

Mit Schreiben vom 13.12.2004 (Anlage B 16, 228 d. A.), das vom stellvertretenden Geschäftsleiter und Leiter der Rechtsabteilung der Beklagten unterzeichnet war, erklärte die Beklagte die Kündigung des Softwarelizenzvertrags und des Softwarepflegevertrags vom 19.03.2001 unter Bezugnahme auf die angeblichen Lizenzverletzungen der Klägerin, falls bis zum 20.12.2004 kein Eingang der geforderten Zahlung festzustellen sei; zugleich erhöhte sie den geforderten Lizenzbetrag auf EUR 9.225.073. Die Klägerin wies die Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 20.12.2004 mangels Lizenzverletzungen und wegen Fehlens einer Originalvollmacht zurück (Anlage K 23, Bl. 99 d. A.). Mit Schreiben 19.01.2005 forderte die Beklagte vertreten durch ihren Geschäftsführer von der Klägerin dann die Zahlung eines Betrags von EUR 9.348.466,83 (Anlage B 17, Bl. 234); zugleich „bestätigte“ der Geschäftsführer die außerordentliche Kündigung. Mit Schreiben vom 11.02.2005 erklärte die Beklagte dann ein weiteres Mal die Kündigung der Verträge (Anlage K 25, Bl. 113). Nach Scheitern der außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen forderte die Klägerin die Beklagte auf, schriftlich zu bestätigen, dass die Beklagte an den Kündigungen der Verträge und den Zahlungsaufforderungen nicht weiter festhalten werde (Anlage K 5, Bl. 64).

Am 05.08.2005 hat die Klägerin negative Feststellungsklage bezüglich des von der Beklagten geltend gemachten Lizenzentgelts erhoben, woraufhin die Beklagte mit Schriftsatz vom 03.11.2005 Widerklage auf Zahlung eines Lizenzentgelts in Höhe von EUR 9.348.466,68 erhoben hat, das sie wie folgt berechnet: 23

Lizenzgebühren: 24

Produktionsserver: 25

Software	Lizenztyp	Einzelpreis	Menge	Preis
Web Professional	Named User	€ 1.034,00	1.746	€ 1.805.364,00
Desktop Designer	Named User	€ 3.894,00	108	€ 420.552,00
Architect	Named User	€ 6.494,00	107	€ 694.858,00

26

Zwischensumme € 2.920.744,00 27

Orga-/Testserver 28

Software	Lizenztyp	Einzelpreis	Menge	Preis
Z1 Server	CPU 1.500 MHz	€ 156.000,00	1	€156.000,00
Web Professional	CPU 2.000 MHz	€ 279.500,00	1	€ 279.500,00
Desktop Designer	Named User	€ 3.894,00	3	€ 11.682,00
Architect	Named User	€ 6.494,00	3	€ 19.482,00

29

Zwischensumme € 466.664,00 30

Schulungsserver: 31

Software	Lizenztyp	Einzelpreis	Menge	Preis
Z1 Server	CPU 1.500 MHz	€ 156.000,00	1	€156.000,00
Web Professional	CPU 2.000 MHz	€ 279.500,00	1	€ 279.500,00
Desktop Designer	Named User	€ 3.894,00	13	€ 50.622,00
Architect	Named User	€ 6.494,00	2	€ 12.988,00

32

Zwischensumme € 499.100 33

Gesamtlizenzgebühren € 3.886.548,00 34

Technischer Support: 35

Wartungsgebühr (26.01.2005 – 25.01.2006) € 699.579 36

Wartungsgebühr / Wiederaufnahmegebühr (19.01.2001 – 26.01.2005) € 3.472.897,00 37

Gesamtforderung: € 9.348.466,68 38

Die Parteien haben auf die Widerklage der Beklagten den Antrag der Klägerin auf Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld in gleicher Höhe in der mündlichen Verhandlung vom 14.12.2005 (Bl. 297 d. A.) für erledigt erklärt. 39

Die Klägerin ist der Ansicht, ein Zahlungsanspruch der Beklagten in vorgenannter Höhe bestehe nicht. Die Kündigung des Softwarelizenzvertrags und des Softwarepflegevertrags sei unwirksam. Die Klägerin habe die Software der Beklagten nicht vertragswidrig genutzt. Die Warnmitteilungen der Software sowie das Audit-Tool (Lizenzmanager) seien fehlerhaft. Die Fehlerquelle des Audit-Tools sei möglicherweise darin zu sehen, dass Bestandteile der Software Web Professional (“Web Report SQL” und “Web Save Templates and Filters”) in Vorgängerversionen in der Software Web Analyst enthalten gewesen seien, die die Klägern rechtmäßig und unbeschränkt habe nutzen dürfe. 40

Die Klägerin habe zu keinen Zeitpunkt das Programm Web Professional auf ihrem Produktionsserver genutzt oder 1.746 Fremdnutzern eine entsprechende Nutzung ermöglicht. Die Klägerin habe auf ihren Servern einen Lizenzschlüssel des Mitarbeiters der Beklagten, des Zeugen Q2, genutzt, der ein Update der Computersoftware ausgeführt habe. Der auf dem Server installierte Lizenzschlüssel “#####…” ermögliche keine Nutzung des Programms Web Professional. Der Schlüssel des Zeugen Q2 sei auch auf den anderen Servern installiert gewesen. Erstmals nach der Installation des Updates der Version 7.2.2 durch den Zeugen Q2 seien Warnmeldungen aufgetreten. Die Klägerin habe sich daraufhin sofort an diesen gewandt, der zugesagt habe, neue gültige Lizenzschlüssel zu beschaffen. Dies sei jedoch nicht erfolgt; stattdessen habe der Zeuge Q2 die Klägerin angewiesen, den von ihm installierten Schlüssel zunächst weiter zu nutzen. Die Nutzung eines falschen Schlüssels stelle jedoch keine rechtswidrige Nutzung der Software dar. Die Software Web Professional 41

sei nie auf dem Produktionsserver genutzt worden, da eine Nutzung für die Software der Klägerin A-Map nicht erforderlich gewesen sei.

Die Fehlermeldung (Anlage K 17/1, Bl. 82 d. A.), wonach 115 Nutzer die Software Desktop Designer und 114 Nutzer die Software Architect genutzt hätten, sei allein darauf zurückzuführen, dass die Service-Mitarbeiter der Klägerin, die über gültige Software-Lizenzen für diese Softwarekomponenten verfügten, zu Testzwecken virtuelle Benutzerkonten (“Kennungen”) eingerichtet hätten, um Fehlermeldungen der Kunden am Server zu simulieren. Eine Nutzung der Softwaremodule durch die Kunden der Klägerin sei jedoch weder möglich gewesen noch erfolgt. Da kein eigenständiger Zugriff auf die Software durch weitere Nutzer möglich gewesen sei, liege durch diese „virtuellen Nutzer“ kein Verstoß gegen den Softwarelizenzvertrag vor. Der Vertrag ermögliche den Gebrauch der Software durch “Nutzer”, was nicht mit der Anzahl von Benutzerkennungen gleichzusetzen sei. Schließlich sei eine Nutzung der Software nur mit Hilfe des Programms Desktop Designer möglich gewesen, welches nur bei den vier Support-Mitarbeitern installiert gewesen sei. 42

Soweit die Beklagte ihren Zahlungsanspruch nunmehr mit Schriftsatz vom 18.04.2011 auch auf eine vertragswidrige Nutzung der Software Z1 Server und Web Analyst auf zwei unterschiedlichen CPU des Produktionsservers „im gemischten Betrieb“ stütze, sei hierin kein Vertragsverstoß zu sehen. Nach dem Bestellschein (Anlage K 10) habe die Klägerin das Recht, die Software jeweils auf zwei CPU zu nutzen. Die Software sei durch den Mitarbeiter der Beklagten, den Zeugen Q2, entsprechend installiert worden. Dieser habe die Genehmigung erteilt, dass beide Software-Module auf beiden Rechnern betrieben werden dürften. Dieses Verständnis sei im Übrigen auch das des zuständigen Mitarbeiters der Beklagten gewesen, was aus einer E-Mail vom 24.09.2003 deutlich werde (Anlage K 21, Bl. 94 d. A.). Nichts anderes sei auch mündlich mit dem Zeugen T3 vereinbart worden. Des Weiteren sei der Beklagten die tatsächliche Art der Nutzung seit langem bekannt gewesen. Der Zeuge Q2 habe die tatsächliche Art der Nutzung in einer Beschreibung der „Testumgebung“ (Anlage K 42) festgehalten. Da er Kenntnis von der Art der Nutzung gehabt habe, sei die Einrede der Verjährung gegenüber der geltend gemachten Forderungssumme von EUR 870.342,20 zu erheben. 43

Die Klägerin habe die Software der Beklagten auch nicht unrechtmäßig auf dem Orga-/Testserver oder dem Schulungsserver genutzt. Die Software Web Professional sei auf keinem der beiden Server installiert gewesen. Der vom Zeugen Q2 installierte Lizenzschlüssel verhindere eine Nutzung dieser Software-Komponente durch die Klägerin. Eine vertragswidrige Nutzung der Software-Produkte Z1 Server und Web Analyst der Beklagten läge ebenfalls nicht vor, da für den Orga-/Testserver entsprechende Named User-Lizenzen erworben worden seien. Für den Schulungsserver sei der Klägerin die Software durch die Beklagte kostenlos überlassen worden, so dass ebenfalls keine Lizenzverletzung festzustellen sei. Die Mitarbeiterin der Klägerin, die Zeugin L, habe mit dem zuständigen Mitarbeiter der Beklagten, dem Zeugen T3, mündlich vereinbart, dass der Klägerin die Software der Beklagten für Schulungszwecke unentgeltlich zur Verfügung gestellt werde, solange die Klägerin ihr Produkt auf der Grundlage der Software der Beklagten auf dem Produktionsserver betreibe und dafür die notwendigen Lizenzen erwerbe. Die Klägerin habe das Angebot zum Erwerb von Schulungslizenzen vom 08.03.2002 über EUR 15.586,82 (Anlage K 22, Bl. 95 d. A.) abgelehnt, weil dies zu teuer gewesen sei. Der Zeuge T3 habe daraufhin die kostenlose Nutzung der Software der Beklagten für Schulungszwecke telefonisch zugesagt und diese Absprache mit Schreiben vom 26.07.2002 (Anlage K 14, Bl. 78) bestätigt. Aus rein organisatorischen Gründen habe die Beklagte zunächst nur eine Bestätigung über die kostenlose Nutzung bis zum 31.12.2002 erteilt. Nach Ausscheiden der 44

Zeugin L als zuständige Mitarbeiterin der Klägerin (01.07.2003) sei es unterlassen worden, die weiteren, rein förmlichen Zusagen über die kostenlose Nutzung in einem halbjährlichen Turnus einzuholen.

Die Klägerin ist außerdem der Ansicht, die fristlose Kündigung des Softwarelizenzvertrags und des Softwarepflegevertrags durch die Beklagten sei unwirksam, so dass das Fortbestehen beider Verträge im Wege der positiven Feststellungsklage zu bestätigen sei. Mit Schriftsatz vom 23.12.2008 (Bl. 1029 d.A.) hat die Klägerin ihre Klage um einen Zahlungsantrag erweitert, mit dem sie von der Beklagten die Zahlung von Schadenersatz wegen vorsätzlicher Nichterfüllung der Pflichten aus dem Softwarepflegevertrag vom 19.03.2001 in Höhe von EUR 393.195,42. Sie behauptet, die Beklagte sei ihrer Verpflichtung aus Ziffer 1.2 des Software-Pflegevertrages zur Pflege der Softwareprodukte spätestens ab dem 01.01.2005 eingestellt. Die Beklagte sei daher berechtigt, zuviel gezahlte Wartungsentgelte von EUR 67.675,83 zurückzufordern. Außerdem sei aufgrund der Einstellung von Pflegeleistungen erforderlich gewesen, die Softwareprodukte der Beklagten auszutauschen. Dadurch seien der Klägerin Umstellungskosten auf die Software V über EUR 190.519,59 und auf SAP-BW über EUR 135.000,00 entstanden. 45

Die Klägerin beantragt, 46

1. festzustellen, dass die seitens der Beklagten mit Schreiben vom 13.12.2004 und 11.02.2005 ausgesprochenen außerordentlichen Kündigungen des Software-Lizenzvertrages vom 19.03.2001 (Anlage K 2) rechtsunwirksam sind und dass der Software-Lizenzvertrag vom 19.03.2001 zeitlich unbefristet fortbesteht. 47

2. festzustellen, dass die seitens der Beklagten mit Schreiben vom 13.12.2004 und 11.02.2005 ausgesprochenen außerordentlichen Kündigungen des Software-Pflegevertrages vom 19.03.2001 (Anlage K 3) rechtsunwirksam sind und dass der Software-Pflegevertrag vom 19.03.2001 als Rahmenvertrag zeitlich unbefristet fortbesteht; 48

3. die Beklagte zu verurteilen, an sie 393.195,42 € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten hieraus über dem Basiszinssatz ab Klageerhebung (30.01.2009) zu zahlen. 49

Die Beklagte beantragt, 50

die Klage abzuweisen. 51

Widerklagend stellt sie die Anträge, 52

1. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte € 9.348.466,68 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.12.2004 zu zahlen; 53

2. festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten allen denjenigen über den in Ziffer 1. genannten Betrag hinausgehenden Schaden zu ersetzen, der dieser durch die unlizenzierte Nutzung der Softwareprodukte „Architect 7.2.2", „Desktop Designer 7.2.2.", „Web Professional 7.2.2", Web Professional 7.2.2" und „Z1 Server 7.2.2" entstanden ist und noch entsteht. 54

3. die Klägerin zu verurteilen, der Beklagten Rechnung über den Umfang der unter Ziffer 2. genannten Handlungen zu legen, und zwar insbesondere - untergliedert nach den einzelnen Softwareerzeugnissen - unter Angabe der einzelnen Angebote, der einzelnen Liefer-/Lizenzverträge, der getätigten Umsätze sowie des erzielten Gewinns unter Einschluss 55

der direkt zurechenbaren Kosten (Personal-, Material- und Betriebskosten) sowie der indirekt zurechenbaren Kosten unter Angabe der Grundlagen der jeweiligen Zurechnungsschlüssel.

4. die Klägerin zu verurteilen, der Beklagten Auskunft über die Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer zu erteilen, welchen die Widerbeklagte die Nutzung der unter Ziffer 2. genannten Softwareprodukte der Beklagten ermöglicht hat, und zwar unter Angabe des Beginn des jeweiligen Nutzungszeitraums. 56

Mit Schriftsatz vom 30.04.2007 (Bl. 808 d. A.) hat die Beklagte außerdem beantragt, der Klägerin „im Wege der Zwischenentscheidung“ aufzugeben, die Besichtigung der in ihrem Besitz befindlichen Softwareprodukte Architect, Z1 Server mit Web Professional sowie das Programm Dezentales Kompetenztool nebst aller dazugehöriger Dateien einschließlich der Dateien und Teil der Datenbank mit der für dies Programme eingerichteten Zugangsberechtigungen durch einen Sachverständigen zu gestatten. Mit Schriftsatz vom 22.07.2009 hat die Klägerin diesen Antrag für erledigt erklärt (Bl. 1193 d. A.); die Beklagte hat der Erledigung mit Schriftsatz vom 21.08.2009 widersprochen (Bl. 1259 d. A.). 57

Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe die Software Web Professional entgegen erster Annahmen zu Beginn des Rechtsstreits zwar nicht auf ihrem Produktionsserver genutzt. Eine Nutzung sei aber auf dem Orga-/Testserver sowie dem Schulungsserver erfolgt, wie die Testergebnisse des Audit-Tools ergäben. Auch wenn aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen im Laufe des Rechtsstreits unstreitig geworden sei, dass die Funktionalitäten von Web Professional auf dem Produktionsserver im Rahmen der Anwendung A-Map nicht genutzt werden könnten, lasse sich nicht darauf schließen, dass diese Funktionalitäten nicht durch die Support-Mitarbeiter der Klägerin auf dem Orga-/Testserver oder dem Schulungsserver genutzt worden seien. Der Testserver diene dem Entwickler gerade dazu, die Endanwendung ständig weiter zu entwickeln, wozu auch weitere Funktionalitäten von Web Professional hätten genutzt werden können. Die Entwicklungstätigkeit der Klägerin spreche dafür, dass auf dem Orga-/Testserver alle und damit auch die Web Professional Funktionalitäten eingesetzt worden seien. Dies habe der von der Klägerin vertragswidrig eingesetzte Named User-Schlüssel des Zeugen Q2 ermöglicht. Gleiches gelte für den Schulungsserver, da die Klägerin auf dem Schulungsserver den Desktop Designer installiert habe. Dieser diene dazu, Softwareentwicklungen weiter zu entwickeln und zu administrieren. Die Installation auf dem Schulungsserver deute auf eine Fortentwicklung der Software an einem größeren Kreis von Nutzern; anderenfalls hätte man das Programm auf dem Schulungsserver nicht gebraucht. 58

Die fälschliche Berücksichtigung von Web Professional Funktionalitäten auf dem Produktionsserver beruhe darauf, dass bei Einsatz eines Named User-Schlüssels ohne Web Professional Funktionalität den Nutzern über eine Sicherheitsrolle solche Funktionalitäten zugewiesen worden seien. Diese Nutzer seien als Web Professional Nutzer gezählt worden, ohne dass sie jedoch Zugang zu diesen Funktionalitäten gehabt hätten. Diese Feststellung lasse sich vom Produktionsserver aber nicht auf die anderen Server der Klägerin übertragen, da die Metadaten, die das Audit-Tool auswerte, nicht identisch seien. Jeder Server habe eine separate Metadatenumgebung gehabt; es sei auch davon auszugehen, dass sowohl Orga-/Testserver als auch Schulungsserver andere Grundeinstellungen gehabt hätten, die die Nutzung der Software in einem anderen Umfang hätten ermöglichen können. Es könne nur eine konkrete Untersuchung am jeweiligen Server darüber Auskunft geben, ob die Web Professional Funktionalitäten nutzbar gewesen seien, worauf der Sachverständige mehrfach hingewiesen habe. Der Umstand, dass Audit-Tool bei den beiden anderen Servern den Einsatz anderer Software und die Freischaltung ganz unterschiedlicher Anwenderzahlen 59

ergeben habe, spreche dafür, dass das Audit-Tool, das die Metadaten lediglich auslese, zuverlässig gezählt habe.

Es sei auch unzutreffend, dass der angeblich auf allen drei Servern installierte Named User-Schlüssel “#####...” eine Nutzung Web Professional Funktionalitäten verhindere. Dies sei lediglich auf dem Produktionsserver der Fall gewesen. Es stehe auch nicht fest, dass der Schlüssel “#####...” zum Zeitpunkt des Audits installiert gewesen sei. Es seien Änderungen in der Log-Datei kurz vor dem Audit erfolgt, was auf eine Änderung der Installationshistorie hindeute. So sei eine wesentliche Inkonsistenz der Daten in der Log-Datei gegenüber den Eintragungen im Lizenzmanager festzustellen. Die Funktion des Audit-Tools (Lizenzmanager) hänge im Übrigen nicht davon ab, welcher Schlüssel verwendet worden sei. Das Audit-Tool erfasse vielmehr die den Nutzern zugewiesenen Funktionalitäten von Web Professional. 60

Des Weiteren habe die Begutachtung durch den Sachverständigen ergeben, dass die Klägerin die Software Z1 Server und Web Analyst durch den Einsatz von zwei CPU „im gemischten Betrieb“ auf dem Produktionsserver genutzt habe, was aus dem Bildschirmausdruck des Sachverständigentermins am 20./21.01.2010 zu entnehmen sei (Anlage B 51, 1640 d. A.). Die Nutzung sei möglich gewesen, da die Klägerin ein Named User-Schlüssel eingesetzt habe, der entgegen einem CPU-Schlüssel nicht die Nutzung mehrerer CPU sperre. Eine solche gemischte Nutzung verstoße jedoch gegen die vertragliche Vereinbarung in Ziffer 1.9 des Softwarelizenzvertrags (Anlage K 2), da die Klägerin durch die Kombination der CPU die Möglichkeit gehabt habe, die doppelte Rechenkapazität zu erreichen. Für die erfolgte unrechtmäßige Nutzung einer weiteren CPU stehe der Beklagten ein Schadensersatzanspruch zu in Höhe von EUR 512.720 zuzüglich Wartungsentgelte von EUR 357.622,20, insgesamt mithin EUR 870.342,20. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berechnung der Beklagten auf Seite 22 des Schriftsatzes vom 18.04.2011 Bezug genommen (Bl. 1633 d. A.). 61

Die Beklagte ist weiter der Auffassung, dass die Einrichtung von virtuellen Nutzern für die Module Desktop Designer und Architect auf dem Produktionsserver einen Vertragsverstoß darstelle, da auch ein virtueller Nutzer im Sinne der Ziffer 1.5 des Softwarelizenzvertrags als „Nutzer“ zu behandeln sei. Ob ein solcher Nutzer auf die Module habe zugreifen können, sei nach dem eindeutigen Wortlaut des Lizenzvertrags unerheblich. Das Audit-Tool habe ausgelesen, dass von der Klägerin 115 bzw. 114 Zugangsmöglichkeiten angelegt worden seien. Darin sei eine lizenzpflichtige Aktivierung der Module zu sehen. 62

Soweit die Klägerin wegen der Kündigung des Softwarelizenz- und Softwarepflegevertrags durch die Beklagte Schadensersatz verlange, gelte Folgendes: Die Klägerin habe bereits Mitte 2003 einen Wechsel von der Software P zur Software V beschlossen, die von einem anderen Mitbewerber angeboten werde. Die geltend gemachten Kosten von EUR 393.195,42 seien daher nicht kausal. Eine Zurückerstattung im Voraus geleisteter Wartungsentgelte werde durch Ziffer 2 S. 4 des Softwarepflegevertrages (Anlage K3, Bl. 47 d. A.) ausgeschlossen, da dort geregelt sei, dass die Beklagte nach der Kündigung des Vertrags keine Pflegeleistungen mehr erbringen müssen. Rein vorsorglich erhebt die Beklagte gegen die Forderung der Klägerin die Einrede der Verjährung (Bl. 1136 d. A.). 63

Das Gericht hat durch die Vernehmung von Zeugen S2, W3, W, Q3, C, L und T3 Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der Sitzung der Kammer vom 14.02.2007 (Bl. 774 ff. d. A.) und vom 27.07.2007 (Bl. 947 ff. d. A.) verwiesen. Außerdem ist mit Beschluss vom 25.08.2009 die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens angeordnet worden. Von der weiteren Ausführung des Gutachtens ist im Laufe des Verfahrens abgesehen worden, nachdem die Beklagte 64

bestimmte Feststellungen in Bezug auf den Produktionsserver unstreitig gestellt hat.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 65

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e: 66

A. 67

Die Klage ist unbegründet. 68

I. 69

Die Klägerin kann von der Beklagten nicht die mit dem Klageanträgen zu 1) begehrte Feststellung verlangen, dass der Softwarelizenzvertrag vom 19.03.2001 zwischen den Parteien unbefristet fortbesteht. Die Beklagte war berechtigt, den Softwarelizenzvertrag vom 19.03.2001 ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist außerordentlich zu kündigen. 70

1. 71

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 13.12.2004 wirksam die Kündigung des Softwarelizenzvertrags vom 19.03.2001 erklärt (Anlage B 13, Bl. 228 d. A.). Der Wirksamkeit der Kündigungserklärung steht nicht entgegen, dass sie unter der Bedingung erklärt worden ist, dass bis zum 20.12.2004 kein Eingang der geforderten Geldsumme bei der Beklagten zu verzeichnen ist. Da die Bedingung allein vom Willen der Klägerin abhängig war, konnte keine Ungewissheit über den Bedingungseintritt entstehen (vgl. MünchKomm/Gaier, 5. Aufl. 2007, § 314 BGB Rn. 16). Ob die Höhe der Forderung der Beklagte berechtigt war, ist für den Eintritt der Bedingung unerheblich, da die Berechtigung zur Geltendmachung der Forderung nicht zur Bedingung der Ausübung des Gestaltungsrechts gemacht worden ist. 72

Die Kündigungserklärung vom 13.12.2004 ist auch nicht wegen Formmangels gemäß § 174 Satz 1 BGB unwirksam. Ein einseitiges Rechtsgeschäft kann vom anderen Teil zurückgewiesen werden, wenn der Bevollmächtigte zusammen mit der rechtserheblichen Erklärung keine Vollmachtsurkunde vorlegt. Zwar wurde die Kündigungserklärung vom 13.12.2004 nicht vom organschaftlichen Vertreter der Beklagten unterzeichnet, sondern vom „stellvertretenden Geschäftsleiter“ und „Leiter der Rechtsabteilung“ J („Vice President,“). Eine Zurückweisung der Kündigungserklärung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen Teil von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat; § 174 Satz 2 BGB. Dafür genügt es, dass der Vertreter eine Stellung bekleidet, mit der üblicherweise eine Vollmacht verbunden ist, die auch das konkrete Rechtsgeschäft umfasst (BGH NJW 2009, 293, 294). Dies ist bei einem stellvertretenden Geschäftsleiter und Leiter der Rechtsabteilung in einem international tätigen Konzern anzunehmen, was letztlich auch durch das vom Geschäftsführer unterzeichnete Schreiben vom 19.01.2005 (Anlage B 17, Bl. 234 d. A.) bestätigt wird. Die Erklärung des Geschäftsführers der Beklagten, dass er der Kündigungserklärung des Leiters der Rechtsabteilung („General Counsel“) der Beklagten vom 13.12.2004 zustimme („to ratify and confirm the assertions and notices contained in those letters, including the termination of the contract“) wäre zudem ebenfalls als Kündigungserklärung auszulegen, da sie den Willen erkennen lässt, den Vertrag zwischen den Parteien mit sofortiger Wirkung und unter die Bezugnahme auf die in dem Schreiben der Beklagten vom 24.11.2004 geschilderten Vertragsverletzungen zu beenden; §§ 133, 157 BGB. 73

74

2.

Die Beklagte war gemäß Ziffer 3.3 der Vertragsbedingungen auch berechtigt, den Softwarelizenzvertrag vom 19.03.2011 außerordentlich zu kündigen. Nach Ziffer 3.3 des Softwarelizenzvertrags kann der Lizenzgeber den Softwarelizenzvertrag durch schriftliche Mitteilung beenden, wenn der Lizenznehmer gegen den Lizenzvertrag verstoßen hat und der Vertragsbruch nicht innerhalb von 30 Tagen nach der schriftlichen Mitteilung, die die Vertragsverletzung angibt, behoben wird. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. 75

Im Einzelnen: 76

a) 77

Die Klägerin hat in schwer wiegender Weise gegen den Lizenzvertrag verstoßen, indem sie die Software Z1 Server und Web Analyst über eine Dauer von mehreren Jahren auf dem Schulungsserver zu Schulungszwecken mit jeweils bis zu 12 Teilnehmern genutzt hat, ohne über die erforderlichen Lizenzen zu verfügen. Denn gemäß Ziffer 2.1.E der Lizenzbedingungen berechtigt der Erwerb von Softwareprodukten der Beklagten nicht zur Schulung von Dritten, sofern dies nicht im Vertrag ausdrücklich gestattet ist. 78

Eine Verletzung des Softwarelizenzvertrags steht zwar nicht schon deshalb fest, weil die Klägerin lediglich behauptet, dass ihr die erforderlichen Schulungslizenzen für einen Einsatz auf dem Schulungsserver aufgrund einer mündlichen Absprache unentgeltlich überlassen worden seien. Zwar trifft es zu, dass beide Parteien in Ziffer 6.11 A des Lizenzvertrags vereinbart haben, dass die Bedingungen des Lizenzvertrags, die eine entgeltliche Überlassung von Software vorsehen, jeweils nur schriftlich durch einen ordnungsgemäß bevollmächtigten Vertreter beider Parteien geändert oder ergänzt werden können. Eine derartige Vertragsklausel schließt eine individualvertragliche Aufhebung des Schriftformerfordernisses durch eine konkludente Absprache zwischen den Parteien nicht aus. Eine solche stillschweigende Aufhebung des Schriftformerfordernisses ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben und zwar auch dann, wenn die Parteien an den Formzwang nicht gedacht haben (BGH NJW 2006, 138). Die Klägerin hat vorgetragen, dass die Zeugin L, als Mitarbeiterin der Klägerin, mit dem Zeugen T3, als Mitarbeiter der Beklagten, im Jahr 2002 mündlich vereinbart habe, dass die Klägerin 24 Lizenzen für die Softwareprodukte der Beklagten Z1 Server und Web Analyst zum Zwecke von Kundenschulungen unentgeltlich haben nutzen dürfen und nur aus formalen Gründen von der Beklagten halbjährliche Bestätigungen übermittelt werden sollten, die den Bestand der Zusage nicht berührt hätten. Diese Behauptung der Klägerin ist erheblich, da sie die Voraussetzungen einer konkludenten Abänderung des Softwarelizenzvertrags und der darin enthalten Schriftformklausel erfüllten würde. 79

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht jedoch nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Mitarbeiterin der Klägerin L mit dem Mitarbeiter der Beklagten T3 vereinbart hat, dass die Beklagte die Softwareprodukte Z1 Server und Web Analyst zu Schulungszwecken habe unentgeltlich nützen dürfen. 80

Zwar hat die Zeugin L in ihrer Vernehmung vom 27.06.2007 bestätigt, dass es aus ihrer Sicht eine solche zeitlich unbefristete Vereinbarung gab. Genaue Angaben zum maßgeblichen Gesprächsinhalt mit dem Zeugen T3, die diese Schlussfolgerung nach dem objektiven Empfängerhorizont belegen könnten, hat die Zeugin in ihrer Vernehmung jedoch nicht 81

gemacht. Sie hat lediglich sie geschildert, dass man telefonisch übereingekommen sei, dass die Beklagte die Überlassung der Software zu Schulungszwecken schriftlich bestätigen solle. Dies spricht aber dafür, dass nach dem Willen der Parteien die rechtlich erhebliche Erklärung erst in der Übersendung der entsprechenden Bestätigung gesehen werden sollte, wie dies der dann zwischen den Parteien praktizierten Vorgehensweise entsprach. Dass es sich bei diesen Bestätigungen nicht um reine Förmelei handelte, wird auch daran deutlich, dass die Zeugin L die zeitliche Beschränkung der Lizenz zur Kenntnis genommen hat und sich die Sache auf Wiedervorlage gelegt hat. Danach hat die Zeugin der schriftlichen Bestätigung eine entsprechende Rechtserheblichkeit beigemessen, so dass sie bei Ausbleiben der Bestätigung nicht von einer fortgesetzten kostenlosen Berechtigung zur Nutzung der Software für Schulungszwecke ausging. Nichts anderes folgt aus der Tatsache, dass der Zeuge T3 sich gegenüber der Zeugin L am Telefon dafür entschuldigt haben soll, die Verlängerung nicht automatisch übersandt zu haben. Dies spricht allenfalls dafür, dass man davon ausging, dass einer Verlängerung aus Sicht der Beteiligten grundsätzlich nichts entgegengestanden habe. Aus einer entsprechenden Äußerungen des Zeugen T3 lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass beide Parteien die Übersendung einer derartigen Bestätigung für unerheblich hielten und damit die Schriftformklausel des Softwarelizenzvertrags über die regelmäßigen schriftlichen Bestätigungen hinaus abbedingen wollten. Dies liegt auch deshalb fern, weil die Zeugin L sich zum Umfang der Vertretungsbefugnis des Zeugen T3 keine Gedanken gemacht hat und daher zu Recht eine schriftliche Bestätigung der Beklagten erwartete.

Ebenso wenig lässt sich aus der Aussage der Zeugin S2 auf eine Vereinbarung über eine zeitlich unbeschränkte kostenlose Nutzung der Software zu Schulungszwecken schließen. Die Zeugin S2 konnte lediglich bestätigen, dass die Klägerin entgegen dem Angebot der Beklagten vom 08.03.2002 nicht bereit war, für Schulungslizenzen eine zusätzliche Vergütung zu entrichten, die die Beklagte gefordert hatte. Welche genaue Vereinbarung zwischen den Akteuren letztlich zur Lösung dieser Problematik getroffen wurde, konnte Frau S2 in ihrer Vernehmung nicht aus eigener Kenntnis bekunden. Sie hat vielmehr das Verständnis zugrunde gelegt, was der Auffassung ihrer Kollegin, der Zeugin L, entsprach. Inwieweit dies jedoch mit den Absprachen der Parteien in Einklang steht, lässt sich der Aussage der Zeugin S2 als Zeugin vom Hörensagen nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen. Nach den vorliegenden Unterlagen, die die Parteien zu den Akten gereicht haben, spricht vielmehr einiges dafür, dass die Parteien ein Einverständnis zwischen den Vergütungserwartungen der Beklagten und der mangelnden Bereitschaft für Schulungslizenzen zunächst nicht erzielen konnten und sich daher dazu entschlossen haben, die Nutzung lediglich für einen begrenzten Zeitraum kostenlos zu gewähren, was der Praxis der Parteien in Form der eingereichten Lieferscheine der Anlagen K 14 und K 15 entspricht. Insofern ist es auch verständlich, wenn die Zeugin S2 im Umfang der Nutzungsberechtigung nicht zwischen Test- und Schulungslizenzen unterscheidet, sondern in einer Testlizenz lediglich eine Form einer Schulungslizenz sieht. Eine wirksame Abbedingung der Ziffer 2.1.A/E des Vertrags ist in diesem Fall jedoch allein während der Laufzeit der jeweiligen Bestellscheine zu sehen, deren Ausstellung für eine rechtmäßige Nutzung der Software der Beklagten konstitutiv war. 82

Dieses Verständnis liegt auch der Aussage des Zeugen T3 zugrunde, der schildert, dass die Beklagte nur für einen begrenzten Zeitraum „ausnahmsweise“ bereit war, die Testsoftware kostenlos zur Verfügung zu stellen. Im Gegensatz zur Aussage der Zeugin L konnte der Zeuge T3 in seiner Vernehmung nicht bestätigen, der Zeugin L eine zeitlich unbeschränkte kostenlose Nutzung der Software zugesagt zu haben. Dies ist auch plausibel, da der Zeuge bekundete, hierzu die nicht berechtigt gewesen zu sein, weshalb er die Zustimmung seines 83

Vorgesetzten habe einholen müssen. Eine derart weitgehende eigenmächtige Zusage des Zeugen T3 wäre vor dem Hintergrund seiner Stellung bei der Beklagten daher eher ungewöhnlich. Für die Glaubhaftigkeit seiner Aussage spricht im Übrigen, dass der Zeuge entsprechend seinen Bekundungen durch Übersenden zeitlich befristeter Lieferscheine verfahren ist. Soweit auf einem Lieferschein der Zusatz vorhanden ist, „wie mit Herrn T3 besprochen“, lässt sich hieraus nicht ohne weitere Anhaltspunkte auf eine bereits bestehende Absprache zwischen den Parteien schließen. Vielmehr kann hierin ebenso gut eine Bezugnahme auf eine Anfrage der Klägerin zu sehen sein, die durch den Lieferschein der Beklagten im Einzelfall entsprechend beschieden worden ist. Insgesamt ist nicht daher nicht zu erkennen, dass die Aussage der Zeugin L der Aussage des Zeugen T3 überlegen ist. Im Gegenteil widerspricht das Verhalten der Zeugin L der von ihr aus dem Telefonat mit dem Zeugen T3 geschilderten Schlussfolgerung.

Da die Zeugin S2 es nach dem Ausscheiden der Zeugin L zum 30.06.2003 unterlassen hat, weitere Testlizenzen zu Schulungszwecken einzuholen, liegt seitens der Klägerin eine unberechtigte Nutzung der Software auf dem Schulungsserver ab dem diesem Zeitpunkt vor. 84

b) 85

Die Klägerin hat die erfolgte Lizenzverletzung auch nicht binnen einer Frist von 30 Tagen nach Anzeige der Lizenzverletzung vom 20.11.2004 behoben, was als weitere Kündigungsvoraussetzung in Ziffer 3.3 des Softwarelizenzvertrags vorgesehen ist. Zwar trägt die Klägerin vor, nach Zugang des Schreibens der Beklagten vom 24.11.2004 keine weiteren Schulungen mehr mit Bankenmitarbeitern unter Nutzung der Softwareprodukte der Beklagten durchgeführt zu haben. Die Vertragsklausel in Ziffer 3.3 des Softwarelizenzvertrags knüpft die Berechtigung zur Aufhebung des Vertrags jedoch nicht an die sofortige Einstellung der Verletzungshandlung, sondern an die Behebung des vertragswidrigen Zustands, wozu auch der Erwerb der erforderlichen Lizenzen für den Nutzungszeitraum zu rechnen ist, zu dem die Klägerin gemäß Ziffer 2.3.B Satz 2 des Softwarelizenzvertrags verpflichtet gewesen wäre. Der Erwerb der erforderlichen Schulungslizenzen ist unstreitig nicht erfolgt, so dass die Kündigungsvoraussetzungen erfüllt sind. 86

c) 87

Die Bestimmung der Ziffer 3.3 des Softwarelizenzvertrags ist letztlich auch unter Berücksichtigung des Umstands wirksam, dass nach dem Willen der Parteien angesichts der über Jahre erfolgten komplexen Zusammenarbeit der Parteien nicht jeder kleinere Verstoß der Klägerin gegen die Vertragsbedingungen bereits eine Vertragsaufhebung rechtfertigen kann. Die Klägerin hat jedoch über einen längeren Zeitraum gegen die Bestimmungen des Softwarelizenzvertrags verstoßen und dies in einer erheblichen Anzahl von Schulungen, die ohne die erforderliche Schulungslizenz durchgeführt wurden, wie aus der Aussage der Zeugin S2 folgt. Nach dem 30.07.2003 wurden Seminare mit etwa 120 bis 130 Teilnehmern durchgeführt, für die die Klägerin selbst eine eigene, nicht unbedeutende Vergütung von etwa EUR 30.000,00 erhalten hat. Dies lässt auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, die sofortige Vertragsbeendigung durch die Beklagten nicht als unangemessene Benachteiligung der Klägerin erscheinen (vgl. § 307 Abs. 2 BGB). 88

3. 89

Die unberechtigte Nutzung der Software der Beklagten auf dem Schulungsserver der Klägerin berechtigt die Beklagte auch zur außerordentlichen Kündigung des Softwarepflegevertrags gemäß § 314 BGB, so dass die Klägerin nicht entsprechend dem 90

Klageantrag zu 2) die Feststellung verlangen kann, dass der Softwarepflegevertrag mit der Beklagten vom 19.03.2001 unbefristet fortbesteht.

a) 91

Die Kündigungserklärung vom 13.12.2004 (Anlage B 16, Bl. 228 d. A.) erfolgte innerhalb angemessener Frist nach Kenntniserlangung des Vertragsverstoßes; § 314 Abs. 3 BGB. Wegen der Vielgestaltigkeit der Dauerschuldverhältnisse kann die Bemessung der Frist gemäß § 314 Abs. 3 BGB nicht einheitlich, sondern nur aufgrund des Einzelfalls bestimmt werden (Palandt/Grüneberg, 70. Aufl. 2011, § 314 BGB Rn. 10). Die Beklagte hat die Kündigung zwei Monate nach Durchführung des Lizenzaudits, in dem sie von den behaupteten Rechtsverstößen Kenntnis erlangt hat, erklärt, was bei komplexeren Vertragstypen aufgrund der vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung anzustellenden Überlegungen im Regelfall noch angemessen ist (vgl. BGH NJW 1994, 722, 723 für den Handelsvertretervertrag). Die Regelung des § 314 Abs. 3 BGB dient dem Zweck, in angemessener Zeit klare Verhältnisse über die Fortdauer des Vertragsverhältnisses zu schaffen, zum anderen liegt ihr die Erwägung zugrunde, dass ein Zuwarten über einen längeren Zeitraum auch die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht unzumutbar macht (MünchKomm/Gaier, 5. Aufl. 2007, § 314 BGB Rn. 20). Dieser Zweck der gesetzlichen Regelung ist vorliegend erfüllt. Die Klägerin hat bereits mit Schreiben vom 24.11.2004 zum Ausdruck gebracht, dass sie die behauptete Rechtsverletzung als schwerwiegend erachte und deshalb gewillt sei, die erforderlichen Konsequenzen zu ziehen, falls die Klägerin die berechnete Lizenzgebühr nicht binnen einer Frist bis zum 03.12.2004 nachentrichte (Anlage K 4, Bl. 48 d. A.). Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist hat die Beklagte die Kündigung beider Verträge mit Schreiben vom 13.12.2004 erklärt. 92

b) 93

Die Beklagte war auch berechtigt, den Softwarepflegevertrag wegen wichtigen Grundes ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist außerordentlich zu kündigen. 94

Nach Ziffer 2 des Softwarepflegevertrags war jede Vertragspartei berechtigt, den Programmpflegevertrag mit einer Kündigungspflicht von drei Monaten zum Ablauf des Pflegevertragsjahres zu kündigen oder entsprechend der gesetzlichen Vorschriften außerordentlich. Nach § 314 BGB kann jeder Vertragsteil ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund kündigen. Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig; § 314 Abs. 2 S. 1 BGB. Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn der Schuldner die Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht ernsthaft und endgültig verweigert; §§ 314 Abs. 2 S. 2, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB. 95

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Der Beklagten war die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin unzumutbar, da diese in gravierender Form gegen die Bestimmungen des Softwarelizenzvertrags hat. Diese Vertragsverletzung ist nicht nur für die Fortgeltung der Lizenzvereinbarungen, sondern für die Fortsetzung der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien insgesamt von Bedeutung. Da der wichtige Grund vorliegend aus einer Verletzung der Verpflichtungen aus dem Softwarelizenzvertrag resultiert, setzt eine Kündigung des Softwarepflegevertrags gemäß § 314 BGB voraus, dass die Beklagte die Klägerin auf das unrechtmäßige, den Softwarepflegevertrag verletzende Verhalten hingewiesen hat. Dies ist mit Schreiben vom 24.11.2004 mit Fristsetzung zum 03.12.2004 erfolgt. Zwar erfüllt diese Frist nicht die Voraussetzungen des § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB, wonach der Gläubiger dem Schuldner eine Frist zur Abhilfe der Vertragsverletzung, das 96

heißt zur Einstellung einer etwaigen unberechtigten Nutzung der Software auffordern muss. Die Klägerin hat jedoch die Ansprüche der Beklagten, auch soweit sie berechtigt waren, mit Schreiben vom 20.12.2004 (Anlage K 23, Bl. 103) „insgesamt als unbegründet“ zurückgewiesen, worin eine ernsthafte und endgültige Weigerung zu vertragsgemäßem Verhalten zu sehen ist; §§ 314 Abs. 2 Satz 2, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Der Vertragsverstoß der Klägerin ist auch als so schwerwiegend zu erachten, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses auch unter dem strengen Maßstab des § 314 Abs. 1 BGB als gerechtfertigt erscheint. Die Klägerin hat über einen längeren Zeitraum gegen die Lizenzvereinbarungen bezüglich einzelner Produktgruppen verstoßen und ohne die erforderlichen Softwarelizenzen eine erhebliche Anzahl von Schulungen gegen Entgelt durchgeführt, was eine gravierende Verletzung des Vervielfältigungsrechts der Beklagten darstellt und Zweifel an der Vertragstreue der Klägerin begründet hat. Die Vertragsverletzung hat auch Auswirkungen auf den Softwarepflegevertrag, da die Beklagte die nach Ziffer 1.1 vereinbarte Vergütung für die Softwarepflege beanspruchen konnte. Da die Klägerin die Abmahnung der Beklagten vom 24.11.2004 insgesamt zurückwies, musste die Beklagte davon ausgehen, dass zukünftig weitere Pflichtverletzungen zu besorgen sind, was zu einer dauerhaften Störung der Vertrauensgrundlage geführt hat. 97

II. 98

Da die Beklagte die bestehenden Rahmenverträge zur Softwarenutzung und Softwarepflege rechtswirksam gekündigt hat, sind auch die mit dem Klageantrag zu 3) verfolgten Zahlungsansprüche der Klägerin über EUR 393.195,42 unbegründet. 99

a) 100

Die Klägerin kann von der Beklagten insbesondere keinen Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 281, 280 BGB in Form der Erstattung von Softwareumstellungskosten über EUR 190.519,59 (V) und EUR 135.000,00 (SAP) verlangen, da die Beklagte aufgrund der berechtigten außerordentlichen Kündigung des Softwarepflegevertrags vom 19.03.2011 nicht mehr zur Erbringung von Wartungsdienstleistungen für die Softwareprodukte P und Z Plattform 7 verpflichtet war. Die von der Beklagten erklärte Kündigung des Softwarepflegevertrags beendet den Vertrag als Ganzes, auch wenn es beim Lizenzaudit bezüglich des Produkts „P“ vom 26.08.2004 zu keinen Beanstandungen gekommen war. Die Pflichtverletzungen der Klägerin, die ihren Bezug in einer ungenehmigten Nutzung der Programme Z1 Server und Web Analyst auf dem Schulungsserver haben, beeinträchtigen die Vertrauensgrundlage zwischen den Vertragsparteien insgesamt, was ohne Unterscheidung nach den einzelnen Softwareprodukten eine vollständige Beendigung des Rahmenvertrags rechtfertigt. 101

b) 102

Soweit die Klägerin ihren Zahlungsanspruch auf die Erstattung überzahlter Wartungsentgelte in Höhe von EUR 67.675,83 für den Zeitraum vom 01.01.2005 bis zum 31.03.2005 bzw. 30.09.2005 stützt, war ein entsprechender Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Klageerhebung bereits verjährt. Da die Kündigungserklärung der Beklagten vom 13.12.2004 der Klägerin noch im Jahr 2004 zugegangen ist, beginnt die Verjährung des Anspruchs auf zeitanteilige Rückzahlung der im Voraus geleisteten Vergütung bereits mit dem Schluss des Jahres 2004; § 199 Abs. 1 BGB. Der Anspruch ist daher innerhalb dreijähriger Frist mit Ablauf des 31.12.2007 gemäß § 195 BGB verjährt. Unter Berücksichtigung der zwischen den Parteien im Jahr 2005 geführten 103

Vergleichsverhandlungen bis zum 30.06.2005 kommt eine Hemmung der Verjährung gemäß § 203 BGB nur über einen Zeitraum etwa sechseinhalb Monaten in Betracht, die auf die Verjährungsfrist anzurechnen wären, was dem Eintritt der Verjährung zum Zeitpunkt der Klageerhebung am 29.12.2008 jedoch nicht entgegensteht.

B. 104

Die Widerklage der Beklagten ist teilweise begründet. 105

I. 106

Die Beklagte kann von der Klägerin wegen der unberechtigten Nutzung von Software zu Schulungszwecken die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr in Höhe von EUR 17.964,24 verlangen. Ein darüber hinaus gehender Anspruch für eine rechtswidrige Nutzung der Software auf dem Schulungsserver der Klägerin besteht nicht. 107

1. 108

Wie in den vorstehenden Entscheidungsgründen ausgeführt, steht nach der durchgeführten Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Klägerin nach den Vereinbarungen der Parteien berechtigt sein sollte, die Software der Beklagten auf dem Schulungsserver unentgeltlich zu nutzen. Dementsprechend ist die Beklagte verpflichtet, für die Nutzung der Software der Beklagten auf dem Schulungsserver eine angemessene Lizenz zu entrichten. 109

Ein entsprechender Anspruch der Klägerin folgt aus Ziffer 2.3.B Satz 2 des Softwarelizenzvertrags. Danach ist der Lizenznehmer verpflichtet, dem Lizenzgeber die unbefugte Verwendung der Mehrnutzung anhand der Preisliste des Lizenzgebers zu vergüten. Die maßgebliche Preisliste der Beklagten ist ihrem Angebot vom 08.03.2002 zu entnehmen, indem sie der Klägerin den Erwerb von 12 Named User-Lizenzen für das Software-Paket Z Eval Packages perpetual zu einem Preis von netto EUR 13.209,00 angeboten hat. Ausweislich der begleitenden E-Mail sollte dieses Software-Paket die zeitlich unbeschränkte Nutzung (perpetual) der benötigten Software auf dem Schulungsserver gestatten. Dagegen verbietet es sich nach Auffassung der Kammer, die Vergütung der Klägerin anhand der üblichen Preislisten für den Erwerb von Business Software zu berechnen. Denn die Klägerin hat die Software auf dem Schulungsserver zu Schulungszwecken von Bankmitarbeitern genutzt, für das die Beklagte ein spezielles Angebot unterbreitet hat und daher eine Rückgriff auf allgemeine Preislisten ausschließt. 110

2. 111

Ein weitergehender Anspruch der Klägerin folgt auch nicht aus schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkten infolge einer vertraglichen Pflichtverletzung (§ 280 BGB) oder entsprechenden Bestimmungen des Urheberrechts (§§ 97 Abs. 2, 69 c UrhG). 112

Dem in seinem Urheberrecht Verletzten stehen nach allgemeiner Ansicht im Rahmen des Schadensersatzanspruches aus § 97 Abs. 2 UrhG drei Möglichkeiten der Schadensberechnung zur Verfügung, die auch im Rahmen vertraglicher Ansprüche anzuwenden sind. Er kann zum einen die Herausgabe des Verletzergewinns verlangen, zum anderen seinen Schaden als konkreten Schaden im Sinne des § 249 BGB berechnen. Er hat weiterhin die Möglichkeit, die von einem konkreten Schaden unabhängige angemessene Lizenzgebühr geltend zu machen (vgl. zur Schadensberechnung BGH GRUR 1973, 663 – 113

Wählamt; Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 58 m.w.N.). Zwischen diesen Möglichkeiten der Schadensberechnung besteht ein Wahlrecht des Verletzten (Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 68). Vorliegend haben die Klägerinnen ihren Schaden auf der Grundlage der Lizenzanalogie berechnet und die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr verlangt. Für diese Art der Schadensberechnung ist der Eintritt eines konkreten Schadens nicht erforderlich. Der Verletzer hat vielmehr dasjenige zu zahlen, was vernünftige Parteien bei Abschluss eines fiktiven Lizenzvertrages in Kenntnis der wahren Rechtslage und der Umstände des konkreten Einzelfalles als angemessene Lizenzgebühr vereinbart hätten (Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 61 m.w.N.). Hat der Verletzte eigene Preislisten, sin diese im Rahmen der Schätzung einer angemessenen Lizenzgebühr zugrunde zu legen (Schricker/Loewenheim/Wild, 4. Aufl. 2010, § 97 UrhG Rn. 156).

Der von der Beklagten mit Angebot vom 08.03.2002 angebotene Preis für Schulungslizenzen entspricht dem Wert der objektiven Nutzungsberechtigung an der Software. Zwar trifft es zu, dass die Klägerin von der Beklagten im Ergebnis keine Schulungsversion auf ihren Rechnern installiert hat, sondern eine Testlizenz für die Produkte Z1 Server / Web Analyst bzw. Web Professional (Anlagen K 14, K 15, Bl. 78 ff. d. A.). Da die Beklagte der Klägerin diese Versionen jedoch kostenlos zur Verfügung gestellt haben, spricht alles dafür, dass die Beklagte den Testlizenzen keinen über die Schulungslizenzen hinaus gehende Wert beigemessen hat, so dass nicht auf die allgemeinen Preislisten der Beklagten für den operativen Einsatz der Software, wie dies etwa auf dem Produktionsserver und dem Orga-/Testserver geschehen ist. Da die Klägerin die Software letztlich unberechtigt zu Schulungszwecken genutzt hat, ist der hierfür von der Beklagten angesetzte Preis (EUR 13.209,00) auch der Bemessung des objektiven Werts der Berechtigung zugrunde zu legen. 114

3. 115

Für die Bemessung des vertraglichen Vergütungsanspruchs gemäß Ziffer 2.3 B des Softwarelizenzvertrags bzw. die Ermittlung des objektiven Werts der Nutzungsberechtigung im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs ist weiter unerheblich, ob die Klägerin auf dem Schulungsserver neben der Software Z1 Server und Web Analyst auch noch weitere Module wie Web Professional oder Desktop Designer und Architect genutzt hat. Denn ausweislich des Angebotsschreibens der Beklagten vom 08.03.2002 (Anlage K 22, Bl. 99 d. A.) hätte das für Schulungszwecke zusammengestellte Software-Paket der Beklagten einen Zugriff auf diverse Komponenten des Business-Informationssystems ermöglicht, so dass einer zusätzlichen Nutzung von Web Professional oder Desktop Designer kein zusätzlicher Wert beizumessen ist. Dies wird bezüglich des Moduls Web Professional dadurch bestätigt, dass die Beklagte der Klägerin für Testzwecke das eine Mal Web Professional (Anlage K 14, Bl. 78 d. A) und das andere Mal Web Analyst (Anlage K 15, 79 d. A.) zur Verfügung gestellt hat. Auch ein Aufpreis für Schulungszwecke erscheint daher nicht geboten. 116

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, der angemessenen Lizenzgebühr seien aufgrund der Vielzahl von Nutzern die Kosten für eine CPU-Lizenz zugrunde zu legen, ist eine derartige Forderung angesichts des Angebots vom 08.03.2002 ebenfalls nicht plausibel. Bereits das Angebot der Beklagten vom 08.03.2002 sieht eine Anzahl von 12 wechselnden Nutzern vor, was der später erfolgten tatsächlichen Nutzung durch die Klägerin entspricht, was wiederum die Zeuginnen S2 und L bekundeten Eine darüber hinausgehende Verletzungshandlung durch einen größeren Personenkreis wurde von der Beklagten nicht dargelegt, so dass der Ansatz einer CPU-Lizenz einer angemessenen Vergütung nicht entsprechen würde. 117

4. 118

Die angemessene Lizenzgebühr der Beklagten ist allerdings um eine jährliche Wartungsgebühr von 18 % zu erhöhen, die bei ordnungsgemäßer Lizensierung angefallen wäre. Die Wartungsgebühr ist von der Beklagten gemäß Angebot vom 08.03.2002 mit jährlich EUR 2.377,62 in Rechnung zu stellen. Da vorliegend eine unberechtigte Nutzung vom der Software auf dem Schulungsserver vom 30.06.2003, dem Zeitpunkt, bis zu dem die Testlizenz eingeräumt wurde (Anlage K 15, Bl. 79), und dem 22.11.2004, dem Zeitpunkt, für den die Klägerin mitgeteilt hat, keine weiteren Schulungen durchgeführt zu haben, in Rede steht, ist die Wartungsgebühr für eine zweijährige Nutzung zugrunde zu legen. Eine darüber hinausgehende rechtswidrige Nutzung hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. 119

5. 120

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist ein Zuschlag in Höhe einer Wiederaufnahmegebühr von 150 % nicht geboten. Die angemessene Lizenzgebühr ist danach zu bemessen, was verständige Vertragspartner verständigerweise vereinbart hätten (Schricker/Loewenheim/Wild, 4. Aufl. 2010, § 97 UrhG Rn. 155). In diesem Fall hätte die Klägerin das vereinbarte Lizenzentgelt zuzüglich der vereinbarten Wartungspauschale von 18 % jährlich zu entrichten gehabt. Für die Abrechnung einer Wiederaufnahmegebühr gemäß Ziffer 4.1 des Softwarepflegevertrags ist daneben kein Raum. Die Vertragsklausel betrifft den Fall, indem der Lizenznehmer ihm angebotene technische Unterstützungsdienste während der Vertragslaufzeit nicht in Anspruch nimmt. Die von der Klägerin geschuldete fiktive Lizenzgebühr ist jedoch gerade danach zu bemessen, welchen Wert die Parteien der Nutzung der Software bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrags zugrunde gelegt hätten. Dies schließt eine Wiederaufnahmegebühr gerade aus. 121

6. 122

Die geltend gemachte Nebenforderung ist nur in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Widerklage begründet; §§ 291, 288 ZPO. Die Zahlungsaufforderungen der Beklagten waren nicht geeignet, die Beklagte hinsichtlich des geringen Teils der berechtigten Forderung gemäß § 286 Abs. 1 BGB in Verzug zu setzen. In Anbetracht der erheblichen Mehrforderung der Beklagten liegt eine gravierende Zuvielforderung vor, die Eintritt der Verzugswirkungen ausschließt (vgl. Palandt/Grüneberg, 70. Aufl. 2011, § 286 BGB Rn. 20). Die Beklagte kann daher nur Prozesszinsen ab Rechtshängigkeit der Widerklage (14.11.2005) verlangen. Der Zinsfuß beträgt gemäß § 288 Abs. 1 BGB fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz; bei der geltend gemachten Schadensersatzforderung handelt es sich nicht um eine Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB 123

II. 124

Die Widerklage war im Übrigen abzuweisen. 125

1. 126

Der Beklagten stehen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt weitere Zahlungsansprüche wegen der von der Klägerin erfolgten Nutzung von Produkten der Software Z Plattform 7, Version 7.2.2, auf dem Produktionsserver zu. 127

a) 128

129

Die Beklagte hat gegen die Klägerin weder einen vertraglichen Vergütungsanspruch aus Ziffer 2.3.B noch einen Anspruch auf Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von EUR 1.805.364,00 nebst hierauf entfallender Wartungspauschalen wegen einer angeblichen Nutzung der Software „Web Professional“ auf dem Produktionsserver der Klägerin.

Die Beklagte hat zunächst unter Bezugnahme auf die Ergebnisse des Audit-Tools (Anlage K 17/1) behauptet, die Klägerin habe 1.746 Nutzern eine Nutzung des Softwaremoduls „Web Professional“ ermöglicht, worin eine Verletzung der der Klägerin eingeräumten CPU-Lizenz zu sehen sei. Aufgrund der mit dem Sachverständigen durchgeführten Ortstermine hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 06.07.2010 (Bl. 1461 ff. d. A.) unstreitig gestellt, dass die bloße Aktivierung der Web Professional-Funktionalität „Abfragefilter – Editor im Web verwenden“ nicht zu einer tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit dieser Funktionalität im Rahmen der von der Klägerin erstellten Software „A-Map“ für die in der Sicherheitsrolle aufgeführten Benutzer auf dem Produktionsserver geführt hat, sondern sich die Nutzung auf die Komponenten „Schablonen und Filter“ und „SQL anzeigen“ beschränkte, an denen der Klägerin im Rahmen ihrer CPU-Lizenz für die Software Web Analyst entsprechende Nutzungsrecht übertragen worden waren. Die Änderung im Sachvortrag der Beklagten hat zur Folge, dass weder eine unbefugte Verwendung der Software Web Professional im Sinne der Ziffer 2.3.B des Softwarelizenzvertrags noch eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts der Beklagten an dieser Software auf dem Produktionsserver der Klägerin festzustellen ist. Mangels Beweiserheblichkeit war der Beweisbeschluss des Gerichts vom 25.08.2009 insoweit daher nicht weiter auszuführen. 130

b) 131

Der Beklagten steht des Weiteren kein Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr in Höhe von EUR 420.552,00 bzw. EUR 694.858,00 zuzüglich entgangener Wartungsentgelte wegen der Ermittlung von 115 bzw. 114 Nutzern der Softwaremodule Desktop Designer und Architect auf dem Produktionsserver der Klägerin zu. 132

Nach Ziffer 2.1.A des Softwarelizenzvertrags war die Klägerin berechtigt, aufgrund der ihr für die Software Desktop Designer und Architect eingeräumten Named User-Lizenzen die entsprechende Software auf insgesamt sechs Arbeitsplätzen zu installieren. Die Produkte der Beklagten dürfen gemäß Ziffer 2.1.A Satz 3 nur von der Anzahl der Benutzer und der Anzahl der CPUs verwendet werden, für eine Lizenzgebühr entrichtet wurde. Gegen diese vertragliche Auflage des Lizenzvertrags hat die Klägerin nicht dadurch verstoßen, dass sie zum Zwecke der technischen Kundenbetreuung lediglich virtuelle Zugangskennungen auf den Produktionsserver angelegt hat, die es den Second Level Support-Mitarbeitern der Klägerin ermöglichten, Anwendungsprobleme der Kunden zu lösen, ohne diesen einen eigenständigen Zugriff auf die Programmkomponenten zu gewähren. 133

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass auf dem Produktionsserver der Klägerin allein zu Zwecken des Kundensupports virtuelle Zugangskennungen angelegt wurden, auf die lediglich die Kundendienstmitarbeiter der Klägerin Zugriff hatten. Der für die Klägerin tätige T-Systems-Mitarbeiter Milan W3 hat in seiner Vernehmung bestätigt, dass die Produkte Desktop Designer und Architect nur auf drei Laptops und einem PC installiert gewesen sind. Zum Zwecke der technischen Reproduzierbarkeit von auftretenden Problemen seien durch den Zeugen und einen weiteren Mitarbeiter der Wartungsfirma von ihren Rechnern technische Kennungen auf dem Produktionsserver angelegt worden, um allein zu Testzwecken Zugriff auf Daten der jeweiligen Kundenbank zu erhalten. Während der Dauer der Einrichtung der technischen Benutzerkonten sei es den Bankkunden der Beklagten nicht möglich gewesen, auf die 134

Produkte Desktop Designer und Architect, die allein auf den Rechnern der vier Second Level Support-Mitarbeiter installiert waren, zuzugreifen.

Die Aussage des Zeugen W3 wird durch die Vernehmung der Zeugen C, Q3 und W bestätigt. 135
Die Zeugen gaben ebenfalls an, dass die technischen Kennungen nur zu Zwecken der Fehlerverfolgung und Fehlerbehebung angelegt wurden, ohne das Dritte, insbesondere Bankmitarbeiter Zugriff auf diese als „virtuelle Konten“ bezeichneten Benutzerprofile hatten. Die Zeugen haben außerdem bestätigt, dass gleichzeitig nicht mehr als vier Mitarbeiter der Klägerin Zugriff auf die Software Desktop Designer und Architect hatten.

Die Aussagen der Zeugen sind insgesamt glaubhaft, da sie übereinstimmend die technischen 136
Gegebenheiten bei der Klägerin und die Praxis der Anwenderbetreuung schildern. Der Zeuge W3 hat die technischen Vorgänge zur Einrichtung derartiger virtueller Benutzerkonten detailliert und nachvollziehbar beschrieben. Der Zeuge war als externer Mitarbeiter der Klägerin gemeinsam mit den bei der Klägerin beschäftigten Mitarbeitern beauftragt, Problemlösungen für die Kunden der Klägerin mit Hilfe technischer, virtueller Benutzerkonten zu simulieren. Der Zeuge W3 hatte ebenso wie die Zeugen C, Q3 und W einen guten Einblick in das technische Equipment der Klägerin und wusste, wer Zugriff auf verwandte Hard- und Software hatte. Der Zeuge W3 hat weiterhin den Vorgang der Einrichtung und Löschung der virtuellen Benutzerkennungen eingängig und zusammenhängend in seiner Zeugenaussage darstellt, so dass das Gericht keine Zweifel daran hat, dass das Verfahren bei der Klägerin auch entsprechend der Schilderung des Zeugen praktiziert worden ist. Nachvollziehbar ist auch die Motivation des Zeugen für dieses Vorgehen, da die Anlegung technischer Kennungen verglichen mit der Abänderung der bestehenden eigenen Kennungen der Service-Mitarbeiter eine vereinfachte Wartung der Hauptanwendung A-Map für die Kunden ermöglichte. Durch dieses Vorgehen konnte vermieden werden, Fehler zu reproduzieren, die der eigenen Nutzerkennung zugrunde lagen.

Der Vorgang der Einrichtung der Benutzerkonten wird außerdem durch die Aussage der 137
Zeugin W veranschaulicht, die ebenso wie der Zeuge Q3 ausgeführt hat, dass der Datenbestand der jeweiligen Bank zum Zwecke der Kundenbetreuung kopiert und die Zugangskennung sodann geändert wurde, so dass nur die jeweiligen Support-Mitarbeiter Zugang zu den geänderten Benutzerkonten der Banken und den auf ihren Rechnern installierten Produkte Desktop Designer und Architect hatten. Durch das geschilderte Vorgehen erklärt sich auch, warum das Audit-Tool eine entsprechende Nutzung der Software Desktop Designer und Architect registriert hat, ohne dass dies allen Nutzern von A-Map zur Verfügung gestanden hätte. Insofern hat wiederum der Zeuge W3 plausibel geschildert, dass die Benutzerkennungen zum Teil wieder gelöscht wurden und zum Teil fortbestanden, um erneut auftretende Probleme bei Kunden schnell und effektiv beheben zu können, wodurch sich die ermittelte Anzahl von 115 bzw. 114 Nutzern erklärt.

Das vorstehende von den Service-Mitarbeitern der Klägerin praktizierte Vorgehen lässt keine 138
Verletzung der vertraglichen oder gesetzlichen Rechte der Beklagten erkennen. Die Einrichtung virtueller Benutzerkonten stellt keine unbefugte Form der Nutzung oder Verwendung der Software dar, wie sie durch Ziffer 2.1.E des Lizenzvertrags ausgeschlossen werden soll. Einen Rechtsnachteil erleidet die Beklagte nur, wenn mehr physische Nutzer Zugang zu Softwareprodukten erhalten als dies vertraglich vereinbart ist. Die Bestimmungen des Lizenzvertrags sind daher nicht zu verstehen, dass bereits die Anlegung einer Kennung ohne entsprechende Nutzungsmöglichkeit durch Dritte einen vertraglichen Vergütungsanspruch oder Schadensersatzanspruch begründen würde. Da zu keinem Zeitpunkt mehr als vier Supportmitarbeiter Zugriff auf die Funktionen Desktop Designer und

Architect gehabt haben und keine Unterlizensierung an Kunden der Klägerin erfolgt ist, entspricht die erfolgte Art der Nutzung den der Klägerin eingeräumten sechs Named User-Lizenzen.

c) 139

Soweit die Klägerin ihre Klage mit Schriftsatz von 11.04.2011 um den Zahlungsbetrag von EUR 870.342,20 wegen angeblichen vertragswidrigen Nutzung der Software Z1 Server auf zwei CPU erweitert hat, ist auch der auf diesen Sachverhalt gegründete Anspruch der Beklagten unbegründet. 140

Die erfolgte Nutzung der Software auf zwei CPU des Produktionsservers entspricht ebenfalls der vertraglichen Vereinbarung, wie sie im Bestellschein vom 20.03.2003 dokumentiert ist (Anlage K 10, Bl. 1659 d. A.). Danach hat der Kunde das Recht, je eine CPU-Lizenz Z1 Server und eine CPU-Lizenz Web Analyst auf einer Maschine mit zwei CPU zu betreiben. Diese klare vertragliche Abrede der Parteien ermöglicht somit entgegen der Auffassung der Beklagten den Einsatz der erworbenen Software jeweils auf zwei CPU. Zwar trifft es zu, dass Ziffer 1.9 des Softwarelizenzvertrags vorsieht, dass eine CPU-Lizenz grundsätzlich nur zur Verwendung der Software auf einer CPU berechtigt. Dieser allgemeinen Vereinbarung steht jedoch die spezielle Regelung der Parteien aus dem Bestellschein vom 20.03.2003 gegenüber, die eine abweichende Berechtigung zugunsten der Klägerin enthält und als spezielle Abrede der Parteien der generellen Regelung in Ziffer 1.9 des Softwarelizenzvertrags vorgeht. Soweit die Beklagte meint, der Bestellschein der Beklagten bestätigte das Verständnis, wonach die jeweilige Software nicht auf zwei CPU eingesetzt werden dürfte, weil hierdurch die gewährte Leistung von 2 GHz überschritten werde, findet dieses Verständnis in dem Zusatz des Bestellscheins keinen Rückhalt. Die englische Übersetzung des relevanten Zusatzes im Bestellscheins („speziellen Anweisung“) verdeutlicht, dass die Klägerin die ihr gewährte Lizenz nur so verstehen konnte, als dass der Einsatz der erworbenen Software jeweils („each“) auf einer zwei CPU Maschine erfolgen dürfte, die nach Kenntnis der Beklagten jeweils mit einem 2 GHz-Prozessor bestückt waren. Dies folgt wiederum aus der E-Mail des zuständigen Mitarbeiters der Beklagten, des Zeugen T3, vom 24.09.2003 (Anlage K 21, Bl. 94 d. A.), in der dieser anlässlich der Umfirmierung der Klägerin nochmals ausdrücklich bestätigt, dass die Klägerin mit „der Unterschrift unter den Bestellschein“ die Produktionsumgebung auf eine Zwei-Prozessor-Umgebung mit je 2 GHz anhebe. Aus den der Klägerin überlassenen Unterlagen konnte diese somit lediglich den Schluss ziehen, dass sie aufgrund der „Unterschrift unter den Bestellschein“ zum Einsatz der Software Z1 Server und Web Analyst auf zwei CPU im gemischten Betrieb berechtigt sei würde. Dieses aus den Urkunden folgende Verständnis ist den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien gemäß §§ 133, 157 BGB zugrunde zu legen. 141

Die Beklagte hat im Übrigen weder in ihrem Schriftsatz vom 11.04.2001 noch im nachgelassenen Schriftsatz vom 13.07.2011 Tatsachen vorgetragen, die ein abweichendes Verständnis rechtfertigen könnten. Wer aus Umständen außerhalb der Urkunde ein für sich günstiges Verständnis ableiten will, trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast (BGH NJW 1999, 1702). Die Beklagte hat vorgetragen, dass es nicht das Verständnis zwischen den jeweils Verantwortlichen auf beiden Seiten gewesen sie, mit dem Zusatz im Bestellschein („spezielle Anweisung“) ein Parallelbetrieb der Software auf zwei CPU zu ermöglichen. Aus welchen äußeren Tatsachenauf diese innere Tatsache geschlossen werden könnte, trägt die Beklagte nicht vor, so dass es an der Erheblichkeit des Sachvortrags für die Ermittlung des objektiven Empfängerhorizonts fehlt. Hinzu tritt, dass die Beklagte nicht Beweis durch die Vernehmung der Personen angeboten hat, die die Absprachen getroffen haben, sondern 142

durch die Vernehmung eines Dritten, des Zeugen M, der eine entsprechende innere Tatsache Dritter allenfalls anhand äußerer Umstände bekunden könnte, die jedoch nicht mitgeteilt werden. Die beantragte Beweiserhebung durch die Beklagte stellt daher einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dar, dem durch das Gericht nicht nachzugehen ist.

2. 143

Der Beklagten stehen auch keine Ansprüche bezüglich einer rechtswidrigen Nutzung von Software auf dem Orga-/Testserver zu. 144

a) 145

Die Beklagte kann von der Klägerin insbesondere nicht die Zahlung eines Schadensersatzbetrags von EUR 279.500,00 für die Nutzung von Web Professional auf dem Orga-/Testserver verlangen, da die Beklagte keine hinreichenden Anknüpfungstatsachen für eine mögliche Verletzungshandlung der Klägerin vorgetragen hat. 146

Die Beklagte stützt sich zum Beleg für ihre Behauptung, die Klägerin habe die Software Web Professional auf dem Orga-/Testserver vertragswidrig genutzt, auf die Ergebnisse des so genannten Audit-Tools, das für den Orga-/Testserver im Rahmen des durchgeführten Lizenzaudits vom 12.10.2004 eine Nutzung von Web Professional im Umfang von vier Lizenzen angezeigt hat. Die Aussagen des Audit-Tools sind für die Begründung eines verfolgbaren Anspruchs nach Auffassung der Kammer jedoch unbrauchbar, da es keinerlei Weise Aufschluss über Art und Umfang der Softwarenutzung auf dem jeweiligen Server der Klägerin bietet. Es fehlt daher an einem substantiierten Sachvortrag, der tatsächliche Anhaltspunkte für eine Rechtsverletzung der Klägerin bezüglich des Orga-/Testservers nahe legen würde. Die Beklagte beantragt daher im Ergebnis nicht eine Beweiserhebung, sondern Beweisermittlung durch das Gericht, die einem unzulässigen Ausforschungsbeweis darstellt (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, 32. Aufl. 2011, § 284 ZPO Rn. 3). 147

Wie die zunächst begonnene Beweiserhebung durch den Sachverständigen bezüglich des Nutzungsumfangs von Software auf Produktionsserver der Klägerin und die hierauf erfolgte Reaktion der Beklagten gezeigt haben, ist das Audit-Tool nicht geeignet, eine tatsächliche Nutzung von Software der Beklagten auszuweisen. Die Beklagten haben mit Schriftsatz vom 06.07.2010 mit Bezug auf die Untersuchungen durch den Sachverständigen in den Ortsterminen am 20./21.02.2010 und 18.05.2010 ausdrücklich unstreitig gestellt, dass das Audit Tool bestimmte Nutzer des Produktes Web Professional gezählt hat, obwohl diese Nutzer tatsächlich keinen Zugang zum Produkt hatten. Auf der Grundlage dieser unstreitig gestellten Tatsache und des weiteren Sach- und Streitstands der Parteien ist nicht mehr erkennbar, warum das Audit-Tool der Beklagten hinreichende konkrete Anhaltspunkte für eine rechtswidrige Nutzung von Softwareprodukten der Beklagten liefern soll. 148

Zwar mag es zutreffen, dass jeder Server über unterschiedliche Metadateien verfügt, wie die Beklagten auf den Hinweisbeschluss des Gerichts vom 17.02.2011 mit Schriftsatz vom 11.04.2011 vorgetragen haben. Das Audit-Tool zählt aber selbst nach dem Sachvortrag der Beklagten lediglich die den Nutzern zugewiesenen Funktionalitäten von Softwareprodukte, die freigeschaltet worden sind. Eine solche Freischaltung unterstellt wäre jedoch im vorliegenden Fall kein hinreichendes Indiz, um auf eine tatsächliche Nutzung durch die Klägerin zu schließen. Denn zum um einem haben weder die Klägerin noch ihre Kunden das Modul Web Professional auf dem Produktionsserver der Klägerin im Rahmen der eigenen Software der Klägerin A-Map genutzt. Der Orga-/Testserver hat gegenüber dem Produktionsserver lediglich „dienende Funktion“, da er den Betrieb der Software auf dem 149

Produktionsserver vorbereiten oder einer Fehlerhebung dienen soll. Zwar ist es denkbar, wie die Beklagte meint, dass unabhängig von einer Nutzung auf dem Produktionsserver die Software zur Entwicklung neuer Berichte etc. auf dem Orga-/Testserver genutzt worden sein kann. Hierfür sprechen jedoch keine greifbaren Anhaltspunkte, da Berichte, die auf Web Professional Basis erstellt worden sind, auf dem Produktionsserver in den mehreren Jahren der Softwarenutzung gerade nicht zur Verfügung standen. Vor diesem Hintergrund stellt das Aufzeigen einer solchen Möglichkeit durch die Beklagte bloße Spekulation dar, die keinen Anlass für eine weitere Begutachtung des Orga- /Testservers durch einen Sachverständigen begründen kann.

Zum anderen begründet die reine Nutzbarkeit der Software, wie sie mit einer Freischaltung verbunden wäre, keine tatsächlich erfolgte Nutzung zu Lasten der Beklagten. Die Freischaltung der Software stellt nach den Vereinbarungen keine Pflichtverletzung der Klägerin dar, die einer rechtswidrigen Verwendungs- oder Vervielfältigungshandlung gleichkäme und daher als Schadensfolge eine vertraglichen Vergütungs- oder entsprechenden Schadensersatzanspruch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr begründen könnte (s. die obigen Ausführungen unter Ziffer II 2). Denn die Freischaltung führt nicht zu einer vorübergehenden Festlegung der Software im Sinne des Ladens, Anzeigen, Ablaufens, Übertragens oder Speichern, wie es als Vervielfältigungshandlung im Sinne des § 69 c UrhG anerkannt wäre. Ein entsprechender Anspruch folgt auch nicht aus Ziffer 2.3.B des Vertrags, wonach der Lizenznehmer verpflichtet ist, der Klägerin für die „Verwendung von mehr Produkten als zugelassen“ die entsprechende Vergütung zu zahlen. Dass an die Erfüllung dieses Tatbestands geringere Anforderungen zu stellen wären als an eine unberechtigte Vervielfältigungshandlung im Sinne des § 69 c UrhG ist angesichts der mit der Vertragsklausel verbundenen Rechtswirkung weder der Klausel selbst noch dem Vertrag mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, so dass dieser Zweifel zu Lasten der Beklagten geht; § 305 c Abs. 2 BGB. 150

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, mangels Kenntnis von Einzeltatsachen nur eine vermutete Behauptung in den Prozess einführen zu können, die allein ein Sachverständiger ermitteln und bestätigen kann (vgl. BGH NJW-RR 2002, 1419). Die Beklagte hat sich in Ziffer 2.3 des Softwarelizenzvertrags das Recht vorbehalten, auf eigene Kosten die Verwendung der Produkte durch den Lizenznehmer im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebs zu überprüfen. Diese Überprüfung durch die Beklagte ist am 26.08.2004 und 12.10.2004 in Form des durchgeführten Lizenzaudits erfolgt, so dass es keiner weiteren Erleichterungen in der Darlegungslast der Beklagten bedarf. 151

b) 152

Die Klägerin ist des Weiteren nicht zur Zahlung eines Schadensersatzbetrags von EUR 466.664,00 für die Nutzung der Software Z1 Server, Web Analyst, Desktop Designer und Architect zuzüglich geltend gemachter Wartungsentgelte auf dem Orga-/Testserver verpflichtet, da die Klägerin die Software der Beklagten weder entgegen Ziffer 2.3.B des Softwarelizenzvertrags vom 19.03.2001 noch entgegen § 69 c UrhG unbefugt genutzt hat. 153

Ausweislich der zu den Akten gereichten Bestellscheine hatte die Klägerin für die Nutzung der Software Z1 Server sechs Named User-Lizenzen, für die Software Web Analyst acht Named User-Lizenzen und für die Produkte Desktop Designer und Architect jeweils sieben Named User-Lizenzen erworben. Diese Produkte wurden von den jeweiligen Support-Mitarbeitern für Testzwecke auf dem Orga-/Testserver genutzt, wie aus den Aussagen der Support-Mitarbeiter im Rahmen der Beweisaufnahme folgt. Die von der Beklagten vorgelegten Auswertungsergebnisse des Audit-Tool (Anlage K 17/2, Bl. 83 d. A.) belegen 154

daher schon vor dem Hintergrund der zugunsten der Klägerin erworbenen Lizenzen keine Rechtsverletzungen. Es ist auch nicht so, dass die vorhandenen Lizenzen für eine Nutzung der jeweiligen Software auf den Produktionsserver „anzurechnen“ wären, wie die Beklagte meint, da für den Betrieb der Software auf dem Produktionsserver eigene CPU-Lizenzen zur Verfügung standen.

3. 155

Die mit dem Widerklageantrag zu 2) begehrte Feststellung ist unzulässig. 156

Die Beklagte kann ihren Schaden abschließend beziffern, so dass es am erforderlichen Feststellungsinteresse fehlt. Die Beklagte verlangt von der Klägerin mit dem Widerklageantrag zu 1) die Zahlung von Schadensersatz für die behauptete unberechtigte Nutzung der Software der Beklagten auf allen drei Servertypen, die sie anhand einer Lizenzanalogie berechnet. Ein neben die Lizenzgebühr tretender Schaden erscheint auf der Grundlage des Parteivorbringens nicht hinreichend wahrscheinlich. Dies gilt insbesondere auch für die Nutzung der Software der Beklagten auf dem Schulungsserver und die dort durchgeführten Schulungen. 157

4. 158

Der Widerklageantrag zu 3) auf weitere Rechnungslegung durch die Beklagte ist unbegründet. 159

Die Klägerin hat die Software der Beklagten auf dem Produktionsserver und dem Orga-/Testserver im Rahmen der ihr eingeräumten Lizenz genutzt, so dass kein Rechnungslegungsanspruch gemäß § 242 BGB in Betracht kommt. Soweit die Beklagte eine entsprechende Rechnungslegung bezüglich des Schulungsservers begehrt, ist diese ebenfalls unbegründet, da sie ihren Schadensersatzanspruch anhand einer angemessenen Lizenzgebühr berechnet und insoweit ihr Wahlrecht ausgeübt hat. Ein Anspruch auf die Zahlung des Verletzergewinns kommt daneben nicht mehr in Betracht, so dass auch die hierauf bezogene Rechnungslegung nicht geschuldet ist. 160

5. 161

Die Beklagte hat auch keinen Anspruch auf Erteilung der mit dem Widerklageantrag zu 4) verfolgten Auskünfte. Soweit die Beklagte den Antrag auf die vermeintliche Verletzung ihrer vertraglichen Rechte oder einen Anspruch aus § 69 c UrhG bezüglich der Nutzung der Software auf dem Produktions- und Orga-/Testserver stützt, ist der Antrag mangels Rechtsverletzung unbegründet. 162

Soweit die Beweisaufnahme dagegen ergeben hat, dass die Klägerin die Software der Beklagten auf dem Schulungsserver ohne erforderliche Lizenz genutzt hat, hat die Klägerin die entsprechende Auskunft über die durchgeführten Schulungen im Laufe des Rechtsstreits erteilt und dadurch den Auskunftsanspruch erfüllt. Sie hat mit Schriftsatz vom 22.07.2010 mitgeteilt, dass sie im Zeitraum vom 01.07.2003 bis zuletzt am 14./15.06.2004 Schulungen mit Schulungsteilnehmern durchgeführt hat (Bl. 1497 d. A.). Aus der Aussage der Zeugin S2 (Bl. 778 d. A.) ergibt sich, dass insgesamt 120 bis 130 Schulungsteilnehmer mit der Software der Beklagten gearbeitet haben. Es ist davon auszugehen, dass sich die Klägerin diese Darstellung, der sie nicht widersprochen hat, zumindest konkludent zu eigen und dadurch die entsprechende Auskunft erteilt hat. Die Erteilung einer weitergehenden Auskunft in Form der namentlichen Benennung der Schulungsteilnehmer ist vor dem Hintergrund, dass die 163

Schulungsteilnehmer ohne Kenntnis der vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien an den Schulungen teilgenommen haben, nicht erforderliche. Etwaige Schadensersatzansprüche diesen gegenüber scheiden mangels Verschulden von vornherein aus.

6. 164

Die Beklagte kann nach der Erledigungserklärung vom 22.07.2009, der die Klägerin mit Schriftsatz vom 22.07.2009 widersprochen hat, auch nicht die Feststellung beanspruchen, dass sich der zunächst geltend gemachte Besichtigungsanspruch erledigt hat. Denn die Klägerin hat den im Prozess geltend gemachten Besichtigungsanspruch bereits vor Klageerhebung durch Gestattung der Besichtigung ihrer EDV-Anlage erfüllt, so dass es an einem erledigenden Ereignis während des Rechtsstreits fehlt. 165

Die Beklagte hat sich vertraglich in Ziffer 2.3.B das Recht ausbedungen, die Verwendung ihrer Produkte durch die Klägerin im laufenden Geschäftsbetrieb zu überprüfen. Dieser vertragliche Anspruch, der in seiner Rechtsfolge dem Besichtigungsanspruch der §§ 809 BGB, 101a Abs. 1 UrhG entspricht, ist unabhängig vom Vorliegen eines konkreten Verdachts oder einer entsprechenden Wahrscheinlichkeit, so dass er eine Besichtigung der EDV-Anlage bereits unterhalb der von den §§ 809, 101 a UrhG aufgestellten Schwelle ermöglicht. Die Beklagte hat eine solche Besichtigung der EDV-Anlage der Klägerin in Form des so genannten Lizenzaudits am 12.10.2004 durchgeführt. Indem die Klägerin der Beklagten die Durchführung dieses Lizenzaudits gestattete, hat sie der Beklagten die „Sache zur Besichtigung vorgelegt, wie dies auch in den §§ 809 BGB, 101 a UrhG vorgesehen ist. 166

Die Sache wird dem Gläubiger zur Besichtigung vorgelegt, wenn ihm die Gegenstände so präsentiert werden, dass er sich eingehend betrachten und untersuchen kann. Erfüllt der Schuldner diese Anforderungen, kann ein weiterer Besichtigungsanspruch nicht mehr geltend gemacht werden (OLG Hamburg, Urt. v. 26.05.2004, 3 U 91/04, BeckRS 209, 09886). Wie die Parteien übereinstimmend vortragen, hat die Beklagte die Klägerin für den 13.10.2004 um Durchführung eines Lizenzaudits gebeten, dem die Klägerin gefolgt ist. Zwar beanstandet die Beklagte, dass sie den Lizenzaudit nicht am jeweiligen Server selbst vornehmen konnte, wie dies beim Lizenzaudit für das Produkt „P“ der Fall gewesen sei. Nach der Darstellung der Beklagten hat sie jedoch zur Durchführung des Lizenzaudits eigens zwei eigene Mitarbeiter entsandt, denen mittels Fernzugriff Zugang zum jeweiligen Server gewährt worden ist. Diesen Zugang hat die Beklagte dazu genutzt, die im Lizenzmanager abgelegten und in den Medadateien enthalten Daten auszulegen. Welche weiteren Prüfungshandlungen die Beklagte hätte vornehmen wollen, die ihr nicht gestattet worden wären, trägt sie nicht vor. Hinsichtlich der von der Beklagten gewonnenen Daten hat sie die Auffassung vertreten, dass aus ihnen ersichtlich sei, „in welchem Umfang die Klägerin Lizenzen für die Software der Beklagten erworben hatte, sowie in welchem Umfang tatsächlich Software der Beklagten von der Klägerin eingesetzt wurde“ (Bl. 159 d. A.). Dass der Beklagten nicht möglich war, die Ergebnisse auszudrucken, war nach dem eigenen Vortrag der Beklagten im Ergebnis unschädlich, da die Prüfungsergebnisse in Form von Screenshots gesichert werden konnten und nach ihrer Ansicht die Rechtsverletzung ausreichend belegten. Damit hat die Klägerin der Beklagten jedoch alle diejenigen Handlungen gestattet, zu denen sie der Beklagten gemäß §§ 809 BGB, 101a UrhG bzw. ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines konkreten Verdachts gemäß Ziffer 2.3.B verpflichtet gewesen ist. 167

III. 168

169

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 709 ZPO. Soweit die Parteien die ursprünglichen negative Feststellungsklage der Klägerin übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist dies auf die Kostenentscheidung ohne Auswirkung, da hierfür kein gesonderter Streitwert angegeben ist.

Streitwert:		170
für die Klage:		171
Klageantrag zu 1)	EUR 564.882,39	172
Klageantrag zu 2)	EUR 297.975,40	173
Klageantrag zu 3)	EUR 393.195,42	174
EUR 1.256.053,21		175
für die Widerklage:		176
Widerklageantrag zu 1)	EUR 10.218.808,00	177
Widerklageantrag zu 2)	EUR 250.000,00	178
Widerklageantrag zu 3)	EUR 25.000,00	179
Widerklageantrag zu 4)	EUR 25.000,00	180
Besichtigungsantrag	EUR 1.021.880,80	181
EUR 11.540.688,80		182
Insgesamt:	EUR 12.796.742,01	183

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE