

Prof. Dr. Thomas Hoeren

Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht

Universität Münster

Leonardo-Campus 9

D-48149 Münster

hoeren@uni-muenster.de

IT-Recht

Stand: Februar 2014

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis.....	17
Erstes Kapitel: Der Rechtsschutz für EDV-Produkte	18
I. Vorüberlegung: Der Ideenschutz	18
II. Softwareschutz – eine Übersicht	21
1. Patentschutz.....	22
2. Titel- und Markenschutz	25
3. Laufbildschutz	28
4. Geheimnisschutz	29
5. Strafrechtlicher Schutz	29
6. Ergänzender Leistungsschutz	30
7. Datenbankschutz	32
III. Der urheberrechtliche Schutz	41
1. Schutzgegenstand (§ 69a UrhG).....	43
2. Standard der Originalität	50
3. Urheberrecht und Arbeitsverhältnis	53
a) Reichweite von § 69b UrhG.....	54
b) Rechteverteilung im Team.....	60
4. Rechte des Softwareurhebers	61
a) Vervielfältigung	61
b) Verbreitung	64
c) Bearbeitung	72
d) Bereithalten zum Abruf.....	73
5. Schranken	74
a) Der bestimmungsgemäße Gebrauch (§ 69d Abs. 1 UrhG)	76
b) Sicherungskopie	79
c) Testläufe	80
d) Dekompilierung	81
6. Umgehungsschutz	86
IV. Der Softwareverletzungsprozess.....	88
1. Ansprüche des Verletzten.....	89
a) Unterlassungsansprüche	89
b) Vernichtungsansprüche	90
c) Schadensersatz	90
d) Auskunft und Rechnungslegung	92

e) Anträge.....	93
2. Verfahrensgang	95
3. Kosten.....	100
4. Vollstreckung	100
Zweites Kapitel: EDV-Vertragsrecht	102
I. Einführung: Wirtschaftliche Vorüberlegungen.....	102
II. Einordnung der Vertragsarten	103
1. Standardsoftware	103
2. Individualsoftware.....	105
3. Die EVB-IT	107
III. Allgemeine Regeln für den Aufbau eines IT-Vertrags	112
Drittes Kapitel: Softwareüberlassungsverträge	113
I. Präambel	113
II. Hauptleistungspflichten und Nutzungsrechte	114
1. CPU-Klauseln.....	115
2. Weitergabeklauseln	117
3. LAN-Verbote	120
4. Wartungsverbote	123
5. Zusammenfassung	124
III. Gewährleistung.....	125
1. Gewährleistung im Kaufrecht	125
a) Mangel.....	125
aa) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft	127
bb) Vereinbarte Beschaffenheit.....	127
cc) Vertraglich vorausgesetzte Verwendung.....	128
dd) Gewöhnliche Verwendung.....	128
b) Fehlertypen	128
aa) Funktionsdefizite	129
bb) Funktionsmängel.....	130
cc) Kapazitätsmängel/Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten	131
dd) Programmsperren	131
ee) Fehlen oder Fehler der Dokumentation.....	132
ff) Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers.....	134
gg) Montage	135
hh) Montageanleitungen.....	136
2. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 HGB	136

3. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels	137
4. Verjährung (§ 438 BGB).....	138
a) Der Begriff der „Ablieferung“	138
b) Verjährungshemmung.....	138
c) Vereinbarung über die Verjährung.....	140
5. Rechtsfolgen.....	140
a) Einzelne Gewährleistungsrechte	140
aa) Nacherfüllung	140
bb) Rücktritt und Minderung.....	142
cc) Aufwendungs- und Schadensersatz.....	145
b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung	145
aa) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB)	146
bb) Gesamtrücktritt und Teilleistungen.....	146
IV. Haftung.....	150
1. Haftung für Mängel im Kaufrecht.....	150
2. Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§ 280 Abs. 1 BGB)	150
a) Vorüberlegungen.....	150
b) Abgrenzung zum selbständigen Beratungsvertrag.....	152
3. Haftung wegen der Verletzung von Vertragsdurchführungspflichten	152
4. Haftung nach ProdHaftG.....	153
5. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB.....	155
V. Regelung der Gewährleistung und Haftung durch AGB.....	157
1. Ausschluss der Gewährleistung (§ 309 Nr. 8b aa) BGB)	158
2. Beschränkung der Nacherfüllung.....	161
3. Kosten der Nacherfüllung	165
4. Rügepflichten	167
5. Haftung.....	170
a) Trennung Gewährleistung – Haftung.....	171
b) Garantie.....	171
c) Klauselverbote in § 309 BGB	172
aa) § 309 Nr. 7a BGB	173
bb) § 309 Nr. 7b BGB	173
cc) § 309 Nr. 8a BGB.....	176
6. Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen.....	182
7. Verjährung.....	185

8. Verzug und Unmöglichkeit/Leistungsstörungen.....	187
9. UN-Kaufrecht.....	188
10. Musterklausel Gewährleistung/Haftung.....	188
a) AGB-Vorschläge zur Gewährleistung (nicht für Verbrauchsgüterkauf)	189
aa) Gewährleistung.....	189
bb) Untersuchungs- und Rügepflicht	189
b) Vorschläge zur Haftung (inkl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 475 Abs. 3 BGB)...	190
VI. Sonstiges	190
VII. Das Erkenntnisverfahren bei Gewährleistungs- und Verzugsprozessen	194
1. Vorbereitung des Prozesses.....	194
a) Beweisprobleme bei Mängeln.....	194
b) Fristsetzung	195
c) Risikoanalyse und Alternativen	196
d) Selbständiges Beweisverfahren	197
aa) Zuständigkeit	198
bb) Verfahrensgegenstand und Auftragsbefugnis	199
cc) Inhalt des Antrags.....	200
dd) Möglichkeit des Antragsgegners.....	201
ee) Kosten.....	201
2. Das Verfahren vor Gericht – Zuständigkeit	202
a) Örtliche Zuständigkeit.....	202
b) Sachliche Zuständigkeit	203
3. Die Klageschrift	203
a) Standardsoftware.....	204
b) Individualsoftware	204
c) Abwicklung des Rücktritts.....	204
d) Rücktrittsklage bei Leasingverträgen	205
4. Die Darstellung des Klagestoffes	205
5. Darlegungs- und Beweislast.....	207
a) Rücktritts- und Minderungsprozess	207
b) Schadensersatzklage	211
c) Verjährungsprobleme	212
6. Verfahrensablauf vor (der) Beweisaufnahme	212
7. Die Beweisaufnahme.....	213
a) Der Beweisbeschluss.....	213
b) Die Beweismittel.....	214

c) Insbesondere der Sachverständigenbeweis	215
aa) Auswahl des Sachverständigen	215
bb) Aufgaben des Sachverständigen	216
cc) Befugnisse des Sachverständigen.....	217
dd) Das Sachverständigengutachten und seine Bewertung.....	218
8. Das Urteil	219
a) Der Inhalt des Urteils	219
b) Gutachterkosten	220
9. Vollstreckung von Urteilen	220
a) Zug-um-Zug-Titel	220
b) Nachbesserungstitel	222
c) Zwangsvollstreckung in Software.....	222
aa) Anwendbare Vorschriften	222
bb) Durchführung der Pfändung.....	223
cc) Mögliche Pfändungshindernisse.....	223
Viertes Kapitel: Softwareerstellungsverträge	225
I. Abgrenzung Werk- und Kaufvertragsrecht.....	232
II. Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht	235
III. Hauptleistungspflichten.....	237
1. Pflichten des Auftragnehmers/Unternehmers	237
a) Überlassung der Software und Dokumentation	237
b) Übertragung der Rechte	238
c) Leistungsänderungen.....	241
2. Pflichten des Auftraggebers/Bestellers: Vergütung	242
a) Angemessene Vergütung (§§ 32, 32a UrhG).....	242
b) Vergütung im Werkvertragsrecht	243
c) Abnahme	247
IV. Nebenvertragliche Pflichten.....	250
1. Vertraulichkeit und Datenschutz	250
2. Vorvertragliche Pflichten	252
a) Aufwendungsersatz	253
b) Pflichtenheft	254
V. Gewährleistung im Werkvertragsrecht.....	254
1. Fehler i.S.d. § 633 BGB	254
2. Gewährleistungsrechte	256
a) Nacherfüllung.....	256

b) Rücktritt oder Minderung	261
c) Verjährung.....	262
VI. Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB	263
VII. Kündigung	271
VIII. Verjährung.....	276
IX. Besonderheiten bei der Haftung.....	277
1. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel	277
2. Vertragsgestaltung.....	278
X. Ausschluss der Gewährleistung.....	279
XI. Ausschluss oder Beschränkung der Nacherfüllung	280
XII. Kosten der Nacherfüllung.....	282
XIII. Rügepflichten	284
XIV. Ausschluss der Selbstvornahme	284
XV. Haftungsfreizeichnung	285
XVI. Kündigung.....	286
XVII. Vergütung des Kostenanschlags	287
XVIII. Verjährung.....	288
XIX. Sonstige Klauseln.....	288
Fünftes Kapitel: Softwarevermietung	293
I. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen	293
II. Beschränkung der Gewährleistung.....	294
1. Bestätigung als „vertragsgemäß“	294
a) §§ 308, 309 BGB.....	294
b) § 307 BGB	295
2. Ausschluss der Gewährleistung	295
III. Schadensersatzansprüche	296
Sechstes Kapitel: Softwareleasing.....	299
I. Ausschluss der Gewährleistung nach bisherigem Recht.....	300
1. §§ 474 ff. BGB	301
2. § 307 BGB.....	302
II. Dauer der Gewährleistungsfrist	305
III. Beschränkung der Nacherfüllung auf Mängelbeseitigung	305
IV. Kündigung.....	306
Siebttes Kapitel: Softwarewartungs- und Pflegeverträge.....	307
I. Der allgemeine Servicevertrag.....	308
1. Hauptleistungspflichten.....	308

a) Pflichten des Dienstverpflichteten	308
b) § 307 BGB	310
c) Pflichten des Dienstberechtigten.....	311
2. Nebenpflichten	312
II. Nicht- und Schlechterfüllung.....	313
III. Beendigung des Servicevertrages.....	315
1. Ordentliche Kündigung	316
2. Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB).....	317
3. Kündigung auf Grund besonderen Vertrauens (§ 627 BGB).....	317
IV. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Updates/Upgrades: Kaufvertrag	317
V. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag.....	319
1. Abgrenzung AÜG	319
2. Problem: AGB-rechtliche Vergütungsregeln	323
3. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	323
a) Ausschluss und Beschränkung der Haftung.....	323
b) Beschränkung von Leistungspflichten	324
4. Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche	326
a) § 309 BGB.....	326
b) § 307 BGB	326
5. Änderungsvorbehalte	327
6. Änderungen der AGB.....	328
a) Vorbehaltloses Änderungsrecht	328
b) Widerspruchsrecht	329
Achtes Kapitel: Besondere Softwareverträge.....	330
I. Hinterlegungsvereinbarungen	330
1. Pflicht zur Überlassung des Quellformats.....	331
2. Hinterlegung des Quellformats	335
a) Hinterlegungspflichten.....	335
b) Hinterlegungsvereinbarungen	335
aa) EDV-technische Probleme	336
bb) Insolvenzsrechtliche Probleme	337
cc) Vertragsgestaltung.....	340
3. Pflichten des Anwenders	341
II. Schutzhüllenverträge	341
III. Application Service Providing und Cloud Computing	343
1. Vertragszweck.....	344

2. Rechtsnatur.....	345
3. Vermietung: urheberrechtlich – vertragsrechtlich.....	347
4. Hauptleistungspflichten.....	347
a) Leistungspflicht.....	347
aa) Geschuldeter Erfolg.....	347
bb) Sachen.....	348
cc) Rechte.....	348
b) Entgelt.....	348
5. Nebenleistungspflichten.....	349
6. Datenschutzrecht.....	350
a) Verarbeitung personenbezogener Daten.....	350
b) Auftragsdatenverarbeitung.....	351
aa) Auftrag im Sinne von § 11 BDSG.....	351
bb) Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung.....	351
cc) Richtige Auswahl des Auftragnehmers.....	352
dd) Richtige Auftragserteilung an den Auftragnehmer.....	352
c) Auftragserteilung EU/EWR.....	353
d) Auftragserteilung in Drittstaat.....	353
aa) Feststellung eines angemessenen Datenschutzniveaus durch die EU-Kommission (Argentinien, Australien, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Kanada, Schweiz).....	354
e) Besonderheiten USA.....	355
f) Umgehungsmöglichkeit durch Verschlüsselungstechniken (Encryption).....	355
7. Abgabenordnung (AO).....	356
a) Finanzbuchführung im Inland.....	356
b) Finanzbuchführung im Ausland.....	356
aa) In EU/ EWR.....	356
bb) Außerhalb EU/EWR.....	357
c) Folgen einer fehlerhaften Buchführung.....	358
8. Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).....	358
IV. General Public License (GPL).....	360
V. IT-Outsourcing und Change Request.....	364
VI. IT-Vertriebsvertragsrecht.....	373
1. Die Einordnung.....	374
a) Gewerbe und Kaufmann.....	374
b) Handelsvertreter.....	374

c) Eigenhändler	378
2. (Regress-)Ansprüche des Händlers gegen den Hersteller	379
3. Ansprüche der Rechteinhaber gegen Händler von Raubkopien.....	381
4. Kartellrecht und IT-Vertriebsverträge.....	384
Neuntes Kapitel: Musterverträge	391
I. Softwareüberlassungsvertrag	391
II. Softwareerstellungvertrag	393
III. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern	398
IV. Muster einer Geheimhaltungsvereinbarung mit Arbeitnehmern.....	402
V. Muster einer Vereinbarung zum Change Request.....	405
VI. Vertrag über Softwarepflege	409
VII. Die General Public License	411
VIII. Düsseldorfer Modell – Antrag.....	425

Abkürzungsverzeichnis

A

a.A.	anderer Ansicht
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
ADR	Alternative Dispute Resolution
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation (Zeitschrift)
ARPA	Advanced Research Projects Agency
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)

B

BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BNetzA	Bundesnetzagentur
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer

C

CD-ROM	Compact Disc Read-Only Memory
c.i.c.	Culpa in contrahendo
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CPU	Central Processing Unit
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)

D

DAB	Digital Audio Broadcasting
DANA	Datenschutznachrichten
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DFÜ	Datenfernübertragung
Digma	Zeitschrift für Datenrecht und Datensicherheit
DRiZ	Deutsche Richterzeitschrift
DRM	Digital Rights Management
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
DV	Datenverarbeitung
DVD	Digital Versatile Disc
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)

E

ECLIP	Electronic Commerce Legal Issues Platform
ECLR	European Comparative Law Review
EDI	Electronic Data Interchange
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGG	Elektronisches Geschäftsverkehrsgesetz
EIPR	European Intellectual Property Review
E-Mail	Electronic Mail
EU	Europäische Union
EULA	End User License Agreement
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EuGVVO	Europäische Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
F	
FG	Finanzgericht
FTC	Federal Trade Commission
FTP	File Transfer Protocol
G	
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte
GewO	Gewerbeordnung
GMVO	Verordnung über die Gemeinschaftsmarke
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International (Zeitschrift)
GVBl.	Gesetzes- und Verordnungsblatt
H	
HGB	Handelsgesetzbuch
hrsg.	herausgegeben
I	
ICC	International Chamber of Commerce
IHK	Industrie- und Handelskammer
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i.S.v.	im Sinne von
ITM	Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
ITRB	Der IT-Rechts-Berater (Zeitschrift)
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
K	

K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
KUG	Kunsturheberrechtsgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
L	
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Leits.	Leitsatz
M	
MA	Markenartikel (Zeitschrift)
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
N	
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-CoR	Neue Juristische Wochenschrift – Computerreport (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift/Rechtsprechungsreport
NW	Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
O	
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OEM	Original Equipment Manufacturer
OLG	Oberlandesgericht
ONP	Open Network Provision
OVG	Oberverwaltungsgericht
P	
PatG	Patentgesetz
PC	Personal Computer
PersR	Der Personalrat (Zeitschrift)
POP	Point of Presence

pVV positive Vertragsverletzung

R

R + S Recht und Schaden (Zeitschrift)

RabelsZ Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

RAM Random Access Memory

RBÜ Revidierte Berner Übereinkunft

RdA Recht der Arbeit (Zeitschrift)

RDV Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)

RdW Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)

RefE Referentenentwurf

RegE Regierungsentwurf

RegTP Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation

RIW Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)

RL Richtlinie

S

SigG Signaturgesetz

SigV Signaturverordnung

SLA Service Level Agreement

U

UCITA Uniform Computer Information Transaction Act

UFITA Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Zeitschrift)

UN United Nations

UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law

UPR Urheberpersönlichkeitsrecht

UrhG Urheberrechtsgesetz

URL Uniform Resource Locator

US United States

UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

V

VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VAR	Value Added Reseller
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VG	Verwertungsgesellschaft
VO	Verordnung
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VPRT	Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

W

WCT	World Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WTO	World Trade Organisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WWW	World Wide Web

Z

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Rechtsprechungsdienst
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Literaturverzeichnis

Allgemeine Werke zum deutschen EDV-Recht

Deister/Meyer-Plasche, Anwaltsstrategien im Software-Recht, Stuttgart 2010.

Gennen/Völkel, Recht der IT-Verträge, Heidelberg 2009.

Hoeren, IT-Vertragsrecht, Köln 2. Aufl. 2012

Kilian, Wolfgang/Heussen, Benno (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, Loseblattausgabe, München.

Lehmann (Hg.), Handbuch Fachanwalt Informationstechnologierecht, Köln 2. Auflage. 2011

Leupold/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, München 2. Aufl. 2011.

Marly, Jochen, Praxishandbuch Softwarerecht, 6 Aufl. München 2014.

Redeker, Helmut, IT-Recht, 5. Aufl., München 2012.

Redeker, Helmut (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Loseblattausgabe, Köln.

Schneider, Jochen, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., Köln 2009.

Schneider, Jochen/Westphalen, Friedrich von, Softwareerstellungsverträge, Köln 2. Aufl. 2013.

Weitnauer, Beck'sches Formularhandbuch IT-Recht, 3. Aufl., München 2012.

Zeitschriften

Computer and Law Review. International (CRI)

Computer und Recht (CR); Zeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologien

Multimedia und Recht: Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (MMR)

Der IT-Rechts-Berater (ITRB)

Computerrecht (Niederländisch)

Erstes Kapitel: Der Rechtsschutz für EDV-Produkte

I. Vorüberlegung: Der Ideenschutz

Literatur:

Seffer/Horter, IT-Vertragsklauseln über Nutzungsrechte an Residual Information, ITRB 2005, 61.

Jedes IT-Projekt, jedes neue Geschäftsmodell beginnt mit einer Idee. Daher ist es notwendig, vorab die Frage nach der Schutzzfähigkeit von Ideen zu stellen.

Ideen sind nicht schutzfähig. Das Urheberrecht z.B. schützt nicht alle Ergebnisse individueller geistiger Tätigkeit, sondern nur Werke im Sinne des § 2 UrhG. Computerprogramme sind ihrem Charakter und ihrer Verwendung nach eher weniger schöpferischer als technisch-funktionaler Natur; ihr wirtschaftlicher Wert besteht in der Regel in ihrer Funktionalität. Das Gesetz schützt **nur die Form eines Werkes**, d.h. die Art und Weise seiner Zusammenstellung, Strukturierung und Präsentation. **Die Idee, die einem Werk zu Grunde liegt, ist nicht geschützt.** Je konkreter einzelne Gestaltungselemente übernommen worden sind, desto näher ist man an einer Urheberrechtsverletzung. Schwierig, ja fast unmöglich scheint aber die Grenzziehung zwischen Idee und Form. Hier wird man sich klarmachen müssen, dass die Unterscheidung nicht ontologisch zu erfolgen hat, sondern auf einer gesellschaftlichen Entscheidung zu Gunsten des Freihaltebedürfnisses, also der freien Nutzung, beruht.¹

Zu den freien Ideen gehören z.B. **Werbemethoden**, wissenschaftliche Lehren sowie sonstige Informationen, die als Allgemeingut anzusehen sind. Auch die Umsetzung einer Idee in ein Konzept ändert nichts am Prinzip der Ideenfreiheit.² Im Softwarebereich bestimmt § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG ausdrücklich, dass Ideen und Grundsätze, auf denen ein Element des Computerprogramms basiert, sowie die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Grundsätze nicht geschützt sind. Das bedeutet, dass die Verfahren zur Lösung eines Problems und die mathematischen Prinzipien in einem Computerprogramm grundsätzlich nicht vom urheberrechtlichen Schutz umfasst werden, wobei wiederum die Abgrenzung zu der geschützten kon-

¹ Siehe *Hoeren*, in: Möhring/Nicolini, § 69a Rz. 10.

² BGHZ 155, 257 = NJW 2003, 2828.

kreten Ausformulierung dieser Grundsätze äußerst schwierig ist. Dementsprechend soll der Good Will eines IT-Unternehmens keinen objektiven Veräußerungswert haben.³

Für den Betroffenen ist die freie Nutzbarkeit von Ideen ein unlösbares Problem. Es gibt zahlreiche Branchen, deren Kreativität und Erfolg einzig und allein auf Ideen beruht. So bedarf es in der Werbebranche oft einiger Mühen, um die Idee für eine **Werbestrategie** zu entwickeln. In diesen Branchen steht der Ideengeber schutzlos da. Er kann sich gegen die Verwertung seiner Einfälle nicht zur Wehr setzen. Auch eine Hinterlegung oder Registrierung hilft hier nicht weiter, da diese nichts an der Schutzunfähigkeit von Ideen ändert. Die gewerblichen Schutzrechte (insbes. das PatentG und GebrauchsmusterG) bieten nur unter sehr hohen Voraussetzungen einen Schutz für technische Erfindungen. Auch das Wettbewerbsrecht (UWG) schützt grundsätzlich nicht vor der Übernahme von Ideen.

Auch bei IT-Projekten gibt es mit der Ideenfreiheit Probleme, und zwar wegen der Residual Information. **Residual Information** bezeichnet die Restinformation, die nach Abschluss eines Auftrags im Gedächtnis der Mitarbeiter des Projektes bleiben. Typischerweise wird hier versucht, zugunsten des Auftragnehmers ein Recht zu vereinbaren, entsprechende Ideen oder im Gedächtnis der Mitarbeiter vorhandenes Wissen nutzen zu können. Die Gefahr besteht allerdings, dass die Immaterialgüterrechte des Auftraggebers geschädigt werden. Insofern versucht man dann in der Praxis, den Bereich des freien Wissens durch das Verbot zur schriftlichen Fixierung einzuschränken und die Nutzung von betroffenen gewerblichen- oder Urheberrechten auszuschließen. Auch wird hier der Begriff der Residual Information dann auf die reine Gedächtnisleistung des Mitarbeiters einbezogen, soweit diese einem durchschnittlichen Mitarbeiter entspricht.

Besondere Probleme macht der **Ideenschutz im Arbeitsverhältnis**. Ein ausgeschiedener Arbeitnehmer ist auch ohne besondere Vereinbarung auf Grund nachwirkender Treuepflicht arbeitsrechtlich zur Verschwiegenheit über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verpflichtet. Ihm ist lediglich die Verwertung des erworbenen beruflichen Erfahrungswissens gestattet.⁴ Eine weitergehende Verschwiegenheitspflicht kann ihm nur bei Beachtung besonderer Schutzüberlegungen auferlegt werden. So hat die Rechtsprechung Bedenken gegen eine unbegrenzte Dauer der Verschwiegenheitspflicht, die Verquickung mit einer Schadensersatzpflicht bei unmittelbarer oder mittelbarer Vermittlung von entsprechenden Kenntnissen an

³ AG Münster, NJW 2007, 2645; s.a. NJW-Spezial 2007, 438.

⁴ BAG, NJW 1983, 134, 135; 1988, 1686, 1687; BGH, GRUR 2002, 91, 92.

Wettbewerber oder Gründung eines Wettbewerbsunternehmens sowie das Fehlen einer Karenzentschädigung.⁵

Ein Arbeitnehmer ist aber wettbewerbsrechtlich **nach dem Ausscheiden** aus einem Beschäftigungsverhältnis in der Weitergabe und Verwertung der dort redlich erlangten Betriebsgeheimnisse frei.⁶ Eine solche Weitergabe oder Verwertung verstößt nur unter besonderen Umständen gegen § 3 UWG.⁷ Für sie spricht insbesondere die Erwägung, dass die Arbeitnehmer nach der Fassung des § 17 UWG ihre – redlich – erworbenen beruflichen Kenntnisse grundsätzlich verwerten sollen dürfen,⁸ sowie weiter der Gesichtspunkt, dass eine sichere Abgrenzung von Geheimnis und Erfahrungswissen nur schwer möglich ist.⁹

Schwierigkeiten machen auch **Abwerbverbote**. Grundsätzlich ist der Programmierer bei einem Fremdeinsatz nicht daran gehindert, dort einen Arbeitsplatz anzunehmen; er darf sich auch nach einem dortigen Arbeitsplatz erkundigen. Auch sind Stellenangebote grundsätzlich zulässig. Verboten ist es aber, den Programmierer zum „sofortigen“ Wechsel zu bewegen, ohne die Kündigungsfrist gegenüber dem Verleiher einzuhalten. Damit wird der Arbeitnehmer zum Vertragsbruch angestiftet. Das verstößt gegen die Treuepflichten aus dem Überlassungsverhältnis und gegen § 4 Nr. 10 UWG. Ein Unternehmen kann in AGB wirksam verpflichtet werden, für jeden Fall unzulässigen Abwerbens von Fremdmitarbeitern eine Vertragsstrafe von 10 000 DM zu zahlen. Sog. Kündigungshilfe stellt dabei ein unzulässiges Abwerben dar.¹⁰ Nach § 75f HGB unlässig sind Absprachen zwischen Arbeitgebern, welche die Anstellung von Arbeitnehmern eines Arbeitgebers für andere Arbeitgeber sperren (Sperrabreden). Von diesem Verbot nicht umfasst sind Vereinbarungen, in denen sich die Arbeitgeber lediglich zur Unterlassung von Abwerbung verpflichten.¹¹

Eine **Rechtswahlklausel** im Arbeitsvertrag, etwa auf das arbeitgeberfreundliche Recht der Schweiz, hilft nicht weiter. Der Arbeitsvertrag unterliegt zwar nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO dem nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO für alle schuldrechtlichen Verträge geltenden Grundsatz der Privatautonomie. Jedoch können hierdurch zwingende Schutzvorschriften des

⁵ *BGH*, GRUR 2002, 91.

⁶ Vgl. *RGZ* 65, 333, 337 – Pomril; 166, 193, 198 – Sammlung D; *RG*, GRUR 1936, 573, 578 – Albertus Stehfix; zur Unwirksamkeit von Vertragsstrafen im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten, *BAG*, NZA 2006, 34 ff.

⁷ *BGHZ* 38, 391, 396 – Industrieböden; *BGH*, GRUR 1955, 402, 403 – Anreißgerät; *BGH*, GRUR 1964, 215, 216 – Milchfahrer; *BGH*, GRUR 1983, 179, 181 = WRP 1983, 209 – Stapel-Automat.

⁸ *BGHZ* 38, 391, 396 = NJW 1963, 856 – Industrieböden; *BGH*, WRP 2001, 1174, 1174.

⁹ Vgl. *Kraßer*, GRUR 1977, 177, 186.

¹⁰ *OLG München*, NJW-RR 1994, 867.

¹¹ So *MüKoHGB/v. Hoyningen-Huene*, 3. Aufl. 2010, Rz. 5. Anderer Ansicht *Schloßer*, BB 2003, 1382, 1383.

mangels Rechtswahl aufgrund objektiver Anknüpfung anwendbaren Rechts gem. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO nicht abbedungen werden. Voraussetzung ist, dass die von den Parteien gewählte Rechtsordnung keinen entsprechenden Schutz bietet. Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO enthält dabei die Regelanknüpfung an das Recht des Staates, in dem sich der Arbeitsort befindet. Sofern das anzuwendende Recht nach Abs. 2 nicht bestimmt werden kann, gilt nach Abs. 3 das Recht des Staates der einstellenden Niederlassung. Das so bestimmte Recht ist jedoch nach Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO nicht maßgebend, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; dann ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.¹² Primäre Anknüpfungskriterien sind der **Arbeitsort**, der **Sitz des Arbeitgebers**, die **Staatsangehörigkeit beider Vertragsparteien** und der **Wohnsitz des Arbeitnehmers**, also die räumliche Dimension des Arbeitsverhältnisses. Ergänzend sind die Vertragsdimension, also Vertragssprache und Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, zu berücksichtigen und gegebenenfalls weitere vertragswesentliche Gesichtspunkte, die in ihrer Gesamtheit hinreichendes Gewicht haben, um die Bedeutung der Regelanknüpfung zu überwinden.

II. Softwareschutz – eine Übersicht

Literatur:

Kilian: Entwicklungsgeschichte und Perspektiven des Rechtsschutzes von Computersoftware in Europa, GRUR Int. 2011, 895.

Ist ein IT-Projekt über die Phase der reinen Idee übergegangen in eine Form, muss die Frage nach dem adäquaten und effizientesten Schutz des IT-Produkts geklärt werden. Anbieten wird sich hier ein Schutz der Software über das Urheberrecht – ein Schutz, der nichts kostet und formlos ist. Eigentlich ist die Integration eines technischen Produktes wie Software in den Schutzkatalog des UrhG fragwürdig, das hauptsächlich durch den Schutz von Werken der schönen Kunst geprägt ist. Dementsprechend passen die Kategorien des Urheberrechts nicht für Computerprogramme, wenn man etwa an die Urheberpersönlichkeitsrechte oder die für Software bizarren Schutzfristen von 70 Jahren post mortem auctoris denkt. Überflüssig war die Einführung des urheberrechtlichen Softwareschutzes auch deshalb, weil nach deutschem Recht hinreichende Schutzmechanismen gegen Softwarepiraterie bestanden haben (siehe unten). In der Zwischenzeit ist jedoch die Annahme eines urheberrechtlichen Schutz für Soft-

¹² Allgemeine Meinung, vgl. BAGE 100, 130; BAGE 71, 297.

ware weltweiter Common. Art. 10 TRIPs sieht vor, dass Computerprogramme in Quell- und Maschinencode als Werke der Literatur zu schützen sind. Ähnliches ist in Art. 4 WCT verankert. Insofern ist weltweit von einem urheberrechtlichen Schutz für Computerprogramme auszugehen. Neben dem Urheberrecht gibt es aber noch andere Schutzmöglichkeiten.

1. Patentschutz

Literatur:

Brandi-Dohrn, in: Schneider/v. Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Kap. A Rz. 189 ff.; *Kraßer*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993, 221 ff.; *Kraßer*, Patentrecht, 5. Aufl., München 2004, 145 ff.; *Lejeune, Sieckmann*, Softwarepatente in den USA und die aktuelle Entwicklung in Deutschland und der EU - Analyse der Entscheidung des U.S. Supreme Court i.S. *Bilski v. Kappos*, MMR 2010, 741; *Pfeiffer*, Zur Diskussion der Software-Regelungen im Patentrecht. Zum Ausschluss von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen „als solche“ von der Patentfähigkeit, GRUR 2003, 581; *Tauchert*, Nochmals: Anforderungen an einen Patentschutz für Computerprogramme, GRUR 2004, 922; *Wiebe*, Softwarepatente und Open Source, Analyse des Konfliktpotentials zwischen Open Source und dem Patentschutz für softwarebezogene Erfindungen, CR 2004, 881.

Nach § 1 Abs. 2 PatG sind Programme für Datenverarbeitungsanlagen nicht als schutzfähige Erfindungen anzusehen. Dieser Ausschluss von der Patentfähigkeit gilt jedoch nur insoweit, als für **Software „als solche“** Schutz begehrt wird (§ 1 Abs. 3 PatG). Diese Regelung wurde durch das Gesetz über internationale Patentübereinkommen vom 21.6.1976 mit Wirkung zum 1.1.1978 in das Patentgesetz aufgenommen. Sie bewirkt, dass Software im Regelfall nicht patentfähig ist. Historisch basiert diese Regelung darauf, dass das US Patent Office Anfang der siebziger Jahre mit zahlreichen, arbeitsintensiven Softwareanmeldungen überlastet war.¹³ Von daher wurde in den US Patent Act der Ausschluss der Patentierbarkeit übernommen; von dort gelangte er auch in die europäischen Patentgesetze. Der *BGH* ging in Deutschland bereits vor Verabschiedung der Neuregelung davon aus, dass es Computerprogrammen regelmäßig am technischen Charakter fehle und sie daher nicht patentfähig seien.¹⁴

Die derzeitige Rechtslage findet sich im Wesentlichen in den **alten Prüfungsrichtlinien des DPA** vom 24.6.1981¹⁵ wieder, die zum 1.1.1987 in Kraft getreten sind.¹⁶ Hiernach sind Erfindungen auch dann dem Patentschutz zugänglich, wenn sie ein DV-Programm, eine Rechen- oder eine Organisationsregel, sonstige Software-Merkmale oder ein programmartiges Verfah-

¹³ *Kraßer*, in: Lehmann V 12; siehe auch *Gottschalk v. Benson* 409 US 65, 68 (1972).

¹⁴ BGHZ 67, 22 = NJW 1976, 1936 – „Dispositionsprogramm“.

¹⁵ BIPMZ 1981, 263.

ren enthalten (programmbezogene Erfindungen). Allerdings sei bei solchen Erfindungen entscheidend, dass sie technischen Charakter haben (Nr. 1). Dies sei dann der Fall, wenn zur Lösung der ihr zu Grunde liegenden Aufgabe von **Naturkräften**, technischen Maßnahmen oder Mitteln (z.B. hydraulischen, elektronischen Strömen in Schaltelementen und Regeleinrichtungen oder von Signalen in DV-Anlagen) Gebrauch gemacht werden müsse (Nr. 3). Anders als der *BGH*¹⁷ stellt das DPA für die Beurteilung des technischen Charakters nicht auf den als neu und erfinderisch beanspruchten Kern der Lehre ab. Vielmehr sei vom angemeldeten **Gegenstand in seiner Gesamtheit**, über die neuen und erfinderischen Elemente hinaus, auf seinen technischen Charakter hin zu untersuchen (Nr. 3). Eine programmbezogene Erfindung sei technisch, wenn zur Lösung der Aufgabe Schaltelemente eingesetzt werden, selbst wenn die Elemente für sich genommen in bekannter Weise arbeiteten (Nr. 5a). Auch könne der technische Charakter darin liegen, dass die Erfindung einen neuen und erfinderischen Aufbau der Anlage erfordere (Nr. 5b). So soll z.B. ein Verfahren zur Satzanalyse nach grammatikalischen Gesichtspunkten nicht auf technischem Gebiet liegen, auch wenn es computerimplementiert ausgeführt wird.¹⁸

Ein nichttechnisches Verfahren erhält auch durch die beiläufige Nennung eines Vorrichtungsmerkmals keinen technischen Charakter. Der Trend geht allerdings dahin, immer weitergehend die Tore des Patentrechts für Software zu öffnen, indem man den **Begriff der technischen Natur extensiv auslegt**.¹⁹ So soll zum Beispiel auch eine medizinische Software, die unmittelbar Untersuchungsgeräte steuert, patentierbar sein.²⁰ Der Gegenstand, für den Patentschutz begehrt wird, muss über das reine Programm hinausgehen. Es muss klargestellt werden, dass im Kern der Patentlösung Anweisungen vorliegen, die eine schutzwürdige Bereicherung der Technik beinhalten. Die Erteilung eines Patents für ein Verfahren, das der Abwicklung eines im Rahmen wirtschaftlicher Betätigung liegenden Geschäfts mittels Computer dient, kommt nur in Betracht, wenn der Patentanspruch über den Vorschlag hinaus, für die Abwicklung des Geschäfts, Computer als Mittel zur Verarbeitung verfahrensrelevanter Daten einzusetzen, weitere Anweisungen enthält, denen ein konkretes technisches Problem zu Grunde liegt, so dass bei der Prüfung auf erfinderische Tätigkeit eine Aussage darüber mög-

¹⁶ Siehe allgemein zur Rechtslage *Betten*, GRUR 1995, 775 ff.; *Engel*, GRUR 1993, 194 ff.; *Raubenheimer*, CR 1994, 328 ff.

¹⁷ BGHZ 67, 22 = NJW 1976, 1936 – „Dispositionsprogramm“; ähnlich BPatGE 29, 24 85 = CR 1989, 902; modifiziert in BGHZ 115, 11 = CR 1991, 658 – Seitenpuffer. Siehe auch *BGH*, GRUR 2002, 143 – Suche fehlerhafter Zeichenketten; GRUR 2002, 791 – Elektronischer Zahlungsverkehr.

¹⁸ *BPatG*, GRUR 2003, 413.

¹⁹ *Betten/Körber*, GRUR 1997, 118; *Loewenheim*, in: Schrickler, vor §§ 69a ff. Rz. 9.

²⁰ *BGH*, Urt. v. 11.12.2008 – 17 W (pat) 54/05; ähnlich *BPatG*, Beschl. v. 25.5.2009 – 17 W (pat) 123/05.

lich ist, ob eine Bereicherung der Technik vorliegt, die einen Patentschutz rechtfertigt.²¹ In der Zwischenzeit hat die Präsidentin des EPA Ende 2008 ausführliche Rechtsfragen zur Klärung durch die Große Beschwerdekammer nach Art. 112 EPÜ vorgelegt, zu der nunmehr auch zahlreiche Stellungnahme Dritter vorliegen.²² Der *BGH* wiederum hat in zwei Fällen das Tor zum Patentschutz von Software weit aufgestoßen. So sollen jetzt auch rein konzeptionelle Überlegungen unter bestimmten Umständen ein technisches Problem lösen können und somit prinzipiell schutzwürdig sein. Dabei stellt der *BGH*²³ fest, dass ein Verfahren, welches das unmittelbare Zusammenwirken der Elemente eines DV-Systems (hier: eines Servers mit einem Client zur dynamischen Generierung strukturierter Dokumente) betrifft, stets technischer Natur ist, ohne dass es darauf ankäme, ob es in der Ausgestaltung, in der es zum Patent angemeldet wird, durch technische Anweisungen geprägt ist. Eine Lösung mit technischen Mitteln liege nicht nur dann vor, wenn Systemkomponenten modifiziert oder in neuartiger Weise adressiert werden. Es reiche vielmehr aus, wenn der Ablauf eines DV-Programms, das zur Lösung des Problems eingesetzt werde, durch technische Gegebenheiten außerhalb der DV-Anlage bestimmt werde, oder wenn die Lösung gerade darin bestehe, ein DV-Programm so auszugestalten, dass es auf die technischen Gegebenheiten der DV-Anlage Rücksicht nehme. Geschützt sei demnach auch – so der *BGH* im zweiten Fall²⁴ – ein Verfahren, das der datenverarbeitungsähnlichen Abarbeitung von Verfahrensschritten in Computer-Netzwerken dient. Diese Öffnung für den Patentschutz von Software bedeutet aber noch nicht, daß jede Software patentfähig ist. Es ist vielmehr auch die erfinderische Tätigkeit und die Neuheit der Software im Einzelfall zu prüfen.²⁵ Ferner ist ein Schutz ausgeschlossen, wenn eine Software lediglich ein reines Problem der Datenverarbeitung löst, etwa der Bereitstellung von Informationen, deren Aufbereitung, Abruf und Auswertung. Mangels eines Bezugs zur Welt der Technik scheidet dann ein Schutz nach dem PatG aus.²⁶

In den **Vereinigten Staaten** ist die Patentierbarkeit von Software spätestens seit der Entscheidung *State Street Bank v. Signature*²⁷ aus dem Jahr 1998 anerkannt und auch das Europäische

²¹ *BGH*, MMR 2004, 780.

²² <http://www.ipweblog.de/20090520/epa-g308-amicus-curiae-briefe-zur-softwarepatentierung/>.

²³ *BGH*, Beschl. v. 22.4.2010 – Xa ZB 20/08.

²⁴ *BGH*, Urt. v. 24.2.2011 – X ZR 121/09 (BPatG), GRUR-Prax 2011, 239 = GRUR 2011, 610.

²⁵ *BPatG*, Beschl. v. 28.7.2011 – 17 W (pat) 71/04.

²⁶ *BPatG*, Beschl. v. 23.2.2012 – 17 W (pat) 11/08; *BPatG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 17 W (pat) 84/07.

²⁷ GRUR Int. 1999, 633 ff.

Patentamt (EPA) hat seit 1978 ca. 20 000 bis 30 000 Softwarepatente vergeben.²⁸ Das Problem ist, dass sowohl auf europäischer, als auch auf deutscher Ebene ein Patentschutz für Computerprogramme durch Art. 52 Abs. c, Abs. 3 EPÜ und § 1 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 PatG explizit ausgeschlossen ist. Der Versuch der Kommission, diesen Bereich durch eine Richtlinie über softwarebasierte Erfindungen²⁹ zu harmonisieren, ist im Juli 2005 am Widerstand des Europäischen Parlaments gescheitert.

Gemäß einem US-Bundesgesetz von 1952 und einer frühen Entscheidung des Obersten US-Gerichtshofs von 1851 hat eine Erfindung in den USA eigentlich als trivial und somit nicht schutzwürdig zu gelten, wenn ein Experte auf dem betroffenen Fachgebiet sie als offensichtlich bezeichnet. Das für Berufungsklagen auch in Patentstreitigkeiten zuständige Gericht, der Federal Circuit Court of Appeals, schränkte dieses Ausschlusskriterium für gewerbliche Schutzrechte aber in den vergangenen Jahrzehnten stark ein. Demnach reichte selbst eine einfache Neukombination bereits bekannter Techniken oder Verfahren aus, um einen staatlichen Monopolanspruch zu erhalten. Diese enge Auslegungspraxis der Offensichtlichkeitsregel kassierte der **Supreme Court** in dem viel beachteten Fall der US-Firma **Teleflex** gegen den kanadischen Autozulieferer KSR International aber größtenteils wieder.³⁰ Seiner Ansicht hat eine Erfindung als offensichtlich und nicht patentrechtlich schutzwürdig zu gelten, wenn ein gewöhnlicher Fachmann „die Lehre vieler Patente“ dafür „wie Stücke in einem Puzzle zusammenfügen“ könnte. „Die Erteilung eines Patentschutzes für Fortschritte, die sich im normalen Entwicklungsverlauf ohne echte Innovation abspielen, verhindern den Fortschritt und können im Fall von Patenten, die zuvor bekannte Elemente zusammenführen, frühere Erfindungen ihres Wertes und ihres Nutzens berauben“, urteilte der Oberste Gerichtshof nun in seiner Mehrheitsmeinung.

2. Titel- und Markenschutz

Literatur:

Betten, Titelschutz von Computerprogrammen, GRUR 1995, 5; *Betten*, Erwiderung – Titelschutz von Computerprogrammen, CR 1995, 383; *Lehmann*, Titelschutz für Software, CT 1998, 2; *Lehmann*, Neuer Titelschutz von Software im Markengesetz, CR 1995, 129; *Poll/Brauneck*, Rechtliche Aspekte des Gaming-Markts, GRUR 2001, 389; *Schneider*, Titelschutz für Software. Rechtsschutz, CI 1998, 37; *Stratmann*, Titelschutz für Software nach

²⁸ Vgl. <http://swpat.ffii.org/patente/zahlen/>.

²⁹ „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen, v. 20.2.2002 – Richtlinienvorschlag der Kommission (RLVK) – http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/com02-92de.pdf.

³⁰ KSR v. Teleflex, 550 U.S. 127 S. Ct. 1727 (2007).

dem neuen deutschen Markengesetz, Mitt. 1995, 366; *Zahrnt*, Titelschutz für Software-Produkte – ein Irrtum?!, BB 1996, 1570.

Software ist **titelschutzfähig**.³¹ Der Schutz erstreckt sich auch auf Computerspiele.³² Wie der *BGH*³³ betont, setzt der Titelschutz voraus, dass die Software einen umsetzungsfähigen geistigen Gehalt aufweist, der für den Verkehr das Wesen des Programms ausmacht und den Warencharakter der konkreten Verkörperung der Softwareidee in den Hintergrund treten lässt. Der Schutz erstreckt sich auf alle Bezeichnungen, unter denen ein Softwareprodukt auf den Markt gebracht wird. Der Schutz entsteht durch Ingebrauchnahme der Bezeichnung, etwa im Rahmen der Werbung oder des Vertriebs. Eine hausinterne Erprobung der Software reicht nicht aus.³⁴ Eine Registrierung beim Deutschen Patent- und Markenamt ist nicht erforderlich. Der Schutz kann dadurch zeitlich vorverlagert werden, dass die Absicht der Ingebrauchnahme in geeigneten Publikationsorganen **öffentlich bekannt gemacht** wird (etwa im „Börsenblatt des Deutschen Buchhandels“ oder im „Titelschutzanzeiger“). Mit der Ankündigung verlagert sich der Schutz um sechs Monate vor. In dieser Zeit hat der Schutzberechtigte dann die Vermarktung in die Wege zu leiten. Tut er dies nicht oder nicht rechtzeitig, verfällt die Wirkung der Titelschutzanzeige. Der Schutz erstreckt sich vom Umfang nur auf branchennahe Fragen. So hat das *LG Hamburg* beim Computerspiel „emergency“ die Durchsetzbarkeit des Werktitelschutzes mit der Begründung abgelehnt, dass es zwischen den Parteien des Rechtsstreits an der für die Inanspruchnahme eines Werktitelschutzes erforderlichen **Branchennähe** gefehlt habe. Der Hersteller des Computerspiels stehe in keinem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis zu seinem Gegner, der unter der Internetadresse „emergency.de“ einen Online-Dienst für Informationen zu Notfällen anbot.³⁵

Der *BGH*³⁶ hat inzwischen seine liberale Haltung zum Titelschutz für Software relativiert. Zwar sei Software titelschutzfähig. Allerdings seien bei der Frage der **Verwechslungsgefahr** Abstriche zu machen. Computersoftware könne vom Typ und vom Verwendungszweck her sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Dem durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher sei dies bekannt. Nach seinem Verständnis könnten sich daher Softwareprodukte, die sich in ihrer Ausgestaltung voneinander unterscheiden und insbesondere für unter-

³¹ *BGH*, CR 1998, 5 – PowerPoint; *BGH*, CR 1998, 6 – FTOS; *OLG Hamburg*, CR 1995, 335 – PowerPoint; so auch *Fezer*, § 3 MarkenG Rz. 144; *Ingerl*, WRP 1997, 1127 ff.; *Lehmann*, CR 1998, 2 ff.; a.A. *Betten*, GRUR 1995, 5 und *Betten*, CR 1995, 383.

³² *LG Hamburg*, MMR 1998, 485 – Emergency; *Fuchs*, GRUR 1999, 460, 461.

³³ *BGH*, NJW 1993, 1465.

³⁴ *BGH*, CR 1998, 6 = NJW 1997, 3315 – FTOS.

³⁵ *LG Hamburg*, MMR 1998, 485 – Emergency.

³⁶ *BGH*, MMR 2006, 602 – SmartKey.

schiedliche Verwendungszwecke bestimmt sind, als unterschiedliche Werke darstellen, die sogar denselben Titel tragen können, ohne dass sie miteinander verwechselt werden.

Für die Entstehung des Titelschutzes an einem Computerprogramm ist die **Aufnahme des Vertriebs des fertigen Produkts** oder eine der Auslieferung, des fertigen Produkts unmittelbar vorausgehende werbende Ankündigung erforderlich.³⁷ Es reicht nicht aus, in Schreiben an einen einzelnen Interessierten auf ein „Grob-Konzept“ zu verweisen. Es muss ein fertiges Computerprogramm zum Zeitpunkt der Bewerbung vorliegen und ein tatsächlicher Vertrieb möglich sein. Zwei Schreiben an mögliche Interessenten reichen für eine derartige Ankündigung nicht aus. Vielmehr ist hierfür erforderlich, dass aufgrund der Ankündigung mit der Möglichkeit einer breiten Kenntnisnahme durch die interessierten Konkurrenten gerechnet werden kann. Nicht ausreichend ist es, dass das Programm auf einer kleinen Fachmesse vorgestellt worden ist, wenn zu diesem Zeitpunkt erst mit der Akzeptanzprüfung und Markteinführung dieses Programmes begonnen wurde.³⁸

Die Bezeichnung einer App ist grundsätzlich dem Werktitelschutz im Sinne des § 5 Abs. 3 MarkenG fähig.³⁹ Durch die Zusammenstellung und Aufbereitung der Daten sowie deren Aufmachung und Anordnung in Bezug auf Übersichtlichkeit und Benutzerführung wird eine eigenständige und charakteristische Leistung, mithin ein Produkt im Sinne des § 5 Abs. 3 MarkenG geschaffen, das durch das Symbol bzw. Icon inhaltsbezogen gekennzeichnet ist. Für die Entstehung des Werktitelschutzes bei Apps ist zur Bestimmung der originären Kennzeichnungskraft der allgemeine Maßstab anzulegen.⁴⁰ Für App-Titel gelten dagegen nicht die deutlich vereinfachten Voraussetzungen wie für Zeitungs- oder Zeitschriftentitel. Anders als auf dem Zeitungs- und Zeitschriftenmarkt, wo seit jeher Zeitungen und Zeitschriften unter mehr oder weniger farblosen Gattungsbezeichnungen angeboten werden, ist eine entsprechende Gewöhnung des Verkehrs in Bezug auf Apps nicht ersichtlich. Hier stehen reine Phantasiebezeichnungen ("skype", "WhatsApp") neben sprechenden Zeichen ("traffic4all") und beschreibenden Titeln ("wetter").⁴¹

Neben dem Titelschutz kommt ein **Markenschutz für Software** in Betracht.⁴² In diesem Fall kann durch Eintragung oder auf Grund einer entsprechenden Verkehrsgeltung ein Schutz im Rahmen von § 14 MarkenG in Anspruch genommen werden. Wird eine Bezeichnung als Na-

³⁷ *BGH*, WRP 1997, 1181 ff. – FTOS; *BGH*, GRUR 1998, 1010 ff. – WINCAD.

³⁸ *LG Düsseldorf*, Urt. v. 14.11.2003 – 2a 230/00.

³⁹ *LG Hamburg*, Beschl. v. 8.10.2013 – 327 O 104/13.

⁴⁰ *LG Hamburg*, Beschl. v. 8.10.2013 – 327 O 104/13.

⁴¹ *LG Hamburg*, Beschl. v. 8.10.2013 – 327 O 104/13.

me eines Computerspiels genutzt, ist eine markenmäßige Benutzung eher zweifelhaft und es kommt eine Benutzung nicht als Marke, sondern als Werktitel i.S. des § 5 Abs. 3 MarkenG in Betracht.⁴³ Für die Annahme, dass es sich bei der Bezeichnung auch um einen Herkunftshinweis handele, bedarf es im Einzelfall konkreter Anhaltspunkte.⁴⁴

Der Schutz bezieht sich jedoch auf den jeweiligen Markt. So besteht keine Verwechslungsgefahr zwischen Marken für Software und elektronisch gestützter Dienstleistung für den Finanzsektor. Aus der Tatsache, dass eine Dienstleistung elektronisch gestützt erbracht wird, folgert der Verkehr nicht, dass mit dem Angebot der Dienstleistung zugleich die Software beworben und mit der Bezeichnung der Dienstleistung auch die genutzte Software benannt wird.⁴⁵ Der Markenschutz hilft auch gegen die Umgehung technischer Sperren, wie etwa DRM-Systeme. Baut ein Markeninhaber in seine Produkte eine (wie auch immer geartete) technische Sperre gegen bestimmte Arten der Benutzung ein, so stellt es eine Veränderung i.S. von § 24 Abs. 2 MarkenG dar, wenn ein Dritter ohne seine Zustimmung diese Sperre überwindet und so eine vom Markeninhaber nicht gewünschte Benutzung ermöglicht.⁴⁶

3. Laufbildschutz

Einen einfach zu erlangenden Schutz gewährleistet der **Laufbildschutz** nach § 95 UrhG, insbesondere bei Computerspielen.⁴⁷ Hier werden häufig laufende Bilder in filmähnlicher Folge aneinandergereiht,⁴⁸ so dass der Eindruck einer Bewegung entsteht. Damit fallen Computerspiele – unabhängig von ihrer Originalität – in den Leistungsschutz des § 95 UrhG.⁴⁹ Der Inhaber eines solchen Leistungsschutzes verfügt über das ausschließliche Recht, den Bildträger zu vervielfältigen und zu verbreiten (§ 94 UrhG). Bei Verletzungen dieses Rechts steht dem Inhaber u.a. ein Unterlassungs- und/oder Schadensersatzanspruch zu (§§ 97 ff. UrhG). Den Laufbildschutz genießen alle bewegten Bilder unabhängig davon, ob sie auf einer schöpferischen Leistung beruhen und insofern im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG schutzfähig sind.

⁴² Vgl. *BGH*, GRUR 1985, 1055 – Datenverarbeitungsprogramme als Ware; *BGH*, NJW 1989, 2624 = GRUR 1989, 421 – CONDUCTOR.

⁴³ *OLG Hamburg*, Urt. v. 18.1.2012 – 5 U 147/09.

⁴⁴ *OLG Hamburg*, Urt. v. 18.1.2012 – 5 U 147/09.

⁴⁵ *BGH*, GRUR 2004, 241; *BGH*, WRP 2004, 357.

⁴⁶ *BGH*, MMR 2005, 94.

⁴⁷ Dazu *Katko/Maier*, Computerspiele – die Filmwerke des 21. Jahrhunderts?, MMR 2009, 306.

⁴⁸ A.A. *Bezirksgericht Tokyo*, GRUR Int. 2001, 183.

⁴⁹ So *OLG Hamburg*, FuR 1983, 432, 433 – Puckman; *OLG Hamburg*, CR 1995, 603; *OLG Karlsruhe*, CR 1986, 723, 725 – A1942; *LG Hannover*, CR 1988, 826 f.; *AG Mainz*, CR 1989, 626, 627; *Katzenberger*, in: Schricker, § 95 Rz. 12; a.A. *OLG Frankfurt*, GRUR 1984, 509 – Donkey Kong Junior II.

Der Schutz spielte eine besondere Rolle, als die Rechtsprechung bei Software noch sehr hohe Anforderungen an die Gestaltungshöhe stellte. Mit Inkrafttreten der §§ 69a ff. UrhG hat die Bedeutung nachgelassen. Dennoch ist der Laufbildschutz immer noch ein sehr bequemes Instrument, um die Piraterie gerade in Bezug auf Computerspiele zu bekämpfen.⁵⁰ Allerdings bleibt ausländischen Nicht-EU-Softwareerstellern bei korrekter Auslegung der internationalen Vertragslage dieser Schutz versagt.⁵¹ Im Übrigen kommt ein Laufbildschutz nicht in Betracht, wenn die beweglichen Bilder allein durch die zu Grunde liegende Software erzeugt werden.⁵²

4. Geheimnisschutz

Literatur:

Ernst, Die Verfügbarkeit des Source Codes – Rechtlicher Know-How-Schutz bei Software und Webdesign, MMR 2001, 208; *Kiethel/Hohmann*, Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, NStZ 2006, 185; *Wiebe*, Know-How-Schutz von Computersoftware, München 1993; *Wiebe*, Reverse Engineering und Geheimnisschutz von Computerprogrammen, CR 1992, 134.

Eine begrenzte Bedeutung hat der Know-How-Schutz nach § 17 UWG. Zum geschützten Know-How zählt das **Quellformat**, das der Softwareersteller typischerweise nicht an Dritte weitergibt. Ferner gehören hierzu **Schnittstelleninformationen** und **der zu Grunde liegende Algorithmus**, solange diese nicht allgemein zugänglich sind. Der Object Code selbst ist nicht geschützt, da er den Nutzern des Programms allgemein zugänglich gemacht wird. Aus dieser Konstellation heraus ergibt sich, dass das Dekompilieren des Programms als Verletzung des Know-How-Schutzes mit technischen Mitteln gem. § 17 Abs. 2 Nr. 1a UWG anzusehen ist.⁵³

5. Strafrechtlicher Schutz

Nach Ansicht des *OLG Stuttgart*⁵⁴ verstößt die unbefugte Beschaffung und Verwertung von Software gegen § 202a Abs. 1 StGB. Damit wäre Softwarepiraterie strafbar; Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche würden sich über §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB ergeben.

Die Anwendung des § 202a StGB auf Softwarepiraterie ist allerdings nicht unproblematisch: § 202a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter „Daten“ i.S.d. § 202a Abs. 2 StGB ausspäht. Fraglich ist aber, ob Software mit Daten gleichgesetzt werden kann. Allerdings unterscheidet

⁵⁰ Siehe auch *LG Bochum*, CR 1995, 274.

⁵¹ Insofern falsch *OLG Hamburg*, GRUR 1990, 127.

⁵² *LG Köln*, Ur. v. 21.4.2008 – 28 O 124/08, MMR 2008, 556.

⁵³ Siehe dazu *Harte-Bavendamm*, CR 1986, 615 ff.

⁵⁴ DB 1989, 876 – „Dongle“.

§ 263a StGB ausdrücklich zwischen Daten und Programmen. Darüber hinaus ist § 202a StGB keine Urheberschutzvorschrift.⁵⁵ Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auch auf Software würde den Sinn des Urheberstrafrechts weitgehend ad absurdum führen.

Nach § 202a Abs. 2 StGB sind nur solche Daten strafrechtlich geschützt, die **nicht unmittelbar** wahrnehmbar sind. Warum sich der Gesetzgeber gerade bei Daten auf das Merkmal der Wahrnehmbarkeit gestützt hat, ist äußerst fragwürdig. Dieses Merkmal führt auf jeden Fall zu ungereimten Ergebnissen: Eine Speicherung auf Lochkarte oder die Überlassung von Software in Form einer ausführlichen Programmbeschreibung fällt nicht unter § 202a StGB, da in diesen Fällen eine unmittelbare Wahrnehmbarkeit der Daten gegeben ist. Nach der Legaldefinition in § 202a Abs. 2 StGB sind Daten nur solche, die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Der Schutz des § 202a Abs. 1 StGB greift daher nur ein, wenn die Software mit einem Kopierschutz versehen worden ist.

Die Einführung eines Kopierschutzes kann jedoch auch negative Folgen für den Hersteller der Software haben: Es besteht u.U. ein Recht des Anwenders, Sicherungskopien des von ihm erworbenen Programms ziehen zu dürfen (§ 69d Abs. 2 UrhG). Kann der Anwender eine Sicherungskopie nicht erstellen, so stehen ihm gegen den Hersteller/Händler gewährleistungs- und haftungsrechtliche Ansprüche zu, wenn das Programm auf Grund eines Defekts nicht genutzt werden kann.⁵⁶ Bislang liegt hierzu allerdings noch keine Rechtsprechung vor; eine endgültige Klärung steht noch aus.

6. Ergänzender Leistungsschutz

Literatur:

Alpert, Befehlssätze für Computersoftware: Zum urheberrechtlichen und ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, CR 2003, 718; *Brandi-Dohrn*, Softwareschutz durch Wettbewerbsrecht, Mitt. 1993, 77; *Körner*, Die Behandlung der Software als Gegenstand ergänzenden Leistungsschutzes und die Auswirkung auf die Gestaltung von Software-Verträgen, FS Nirk 1992, 515; *Walch*, Ergänzender Leistungsschutz nach § 1 UWG, 1992.

Schließlich kommt auch noch der **ergänzende Leistungsschutz nach §§ 3, 4 Nr. 9 UWG** in Betracht. Dieser Schutz greift nicht bei der Softwarepiraterie im privaten Kontext oder im unternehmensinternen Bereich. Erforderlich ist vielmehr das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses.

⁵⁵ So auch *Dreher/Tröndle*, § 202a Rz. 7.

⁵⁶ Vgl. auch zur Kopiersperre bei DAT-Recordern *Wiechmann*, ZUM 1989, 111 ff.

Dem wettbewerblichen Leistungsschutz kommt insoweit ergänzende Funktion mit dem Ziel zu, eine außerhalb gesetzlichen Sonderrechtsschutzes verbleibende Lücke zu schließen. Insbesondere ist hier das **Verbot der unmittelbaren Leistungsübernahme** und der **sklavischen Nachahmung** zu beachten (§ 4 Nr. 9 UWG). Beide Vorgänge sind zwar nicht per se verboten, da abseits des immaterialgüterrechtlichen Sonderschutzes vom Grundsatz der Gemeinfreiheit von Wissen auszugehen ist. Programmierlösungen, die mangels entsprechender Qualifikation keinen Sonderrechtsschutz erhalten, würde ansonsten über das UWG ein Leistungsschutz garantiert, der an sich nach der spezielleren gesetzlichen Regelung nicht gewährt sein soll. Es ist insofern zu beachten, dass der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz nicht dazu dienen darf, Grundgedanken für die Gestaltung von Produkten gegen die Übernahme durch Wettbewerber zu schützen.⁵⁷

Es sind daher alle **Umstände des Einzelfalls** daraufhin zu würdigen, ob sie einen besonderen Vorwurf der Unlauterkeit rechtfertigen. So kann ein Anspruch gegeben sein, wenn bei dem Vertrieb von Nachahmungen eines Erzeugnisses die Gefahr einer Herkunftstäuschung besteht und der Nachahmer zumutbare und geeignete Maßnahmen zur Vermeidung der Herkunftstäuschung unterlassen hat.⁵⁸ Dieser ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz gegen eine vermeidbare Herkunftstäuschung hat nicht nur zur Voraussetzung, dass das nachgeahmte Erzeugnis wettbewerbliche Eigenart besitzt, sondern in aller Regel auch, dass es bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erlangt hat. Es genügt jedenfalls, dass das wettbewerblich eigenartige Erzeugnis bei nicht unerheblichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise eine solche Bekanntheit erreicht hat, dass sich in relevantem Umfang die Gefahr der Herkunftstäuschung ergeben kann, wenn Nachahmungen vertrieben werden.⁵⁹ Die erforderliche wettbewerbliche Eigenart ist gegeben, wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen. Zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht eine Wechselwirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen. So soll z.B. die individuell gestaltete Bildschirmmaske einer Reisebürosoftware mit einem Markt-

⁵⁷ *BGH*, GRUR 2005, 166 – Barbie; *BGH*, NJW-RR 2005, 685.

⁵⁸ Vgl. *BGH*, GRUR 2004, 941, 943 = WRP 2004, 1498 – Metallbett, m.w.N.

⁵⁹ Vgl. *BGH*, GRUR 2002, 275, 277 = WRP 2002, 207 – Noppenbahnen; *BGH*, GRUR 2004, 941, 943 – Metallbett.

teil von über 80 % in Deutschland gegen eine wettbewerbswidrige vermeidbare Herkunftstäuschung gemäß § 4 Nr. 9a UWG geschützt sein.⁶⁰

7. Datenbankschutz

Literatur:

Lopez, El derecho sui generis del fabricante de bases de datos, Madrid 2001; *Benecke*, Was ist „wesentlich“ beim Schutz von Datenbanken?, CR 2004, 608; *Calame*, Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, Bamberg 2002; *Flehsig*, Der rechtliche Rahmen der Europäischen Richtlinie zum Schutz von Datenbanken, ZUM 1997, 577; *Gaster*, Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie, CR 1997, 660 (Teil I) und 717b (Teil II); *Gaster*, Der Rechtsschutz von Datenbanken im Lichte der Diskussion zu den urheberrechtlichen Aspekten der Informationsgesellschaft, ÖSGRUM Bd. 19, Wien 1996, 15; *Hoebbel*, EG-Richtlinienentwurf über den Rechtsschutz von Datenbanken, CR 1991, 12; *Hoebbel*, Der Schutz von Sammelwerken, Sachprosa und Datenbanken im deutschen und amerikanischen Urheberrecht, München 1994; *Hoebbel*, European Sui Generis Right for Databases, CR Int. 2001, 74; *Knöbl*, Der Schutz von Datenbanken nach der Feist-Entscheidung des amerikanischen Supreme Court, UFITA 2002/II, 355; *Lehmann*, Die neue Datenbank-Richtlinie und Multimedia, NJW-CoR 1996, 249; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht, München 2000; *Leistner*, Verwandte Schutzrechte im europäischen Urheberrecht: Eine Untersuchung am Beispiel des Datenbankherstellerschutzes; *Ganea u.a. (Hrsg.)*, Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 493; *Mehring*, Der Rechtsschutz computergestützter Fachinformationen, 1990; *Nippe*, Urheber und Datenbank, München 2000; *Sendrowski*, Zum Schutzrecht sui generis an Datenbanken, GRUR 2005, 369; *Westkamp*, Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht, München 2003; *Wiebe*, Rechtsschutz von Datenbanken und europäische Harmonisierung, CR 1996, 198.

Bestandteile eines Softwarepakets können als **Datenbankwerke** (§ 4 Abs. 2 UrhG) geschützt werden. Nach § 4 Abs. 1 UrhG werden Sammlungen von Werken oder Beiträgen, die durch Auslese oder Anordnung eine persönlich-geistige Schöpfung sind, unbeschadet des Urheberrechts an den aufgenommenen Werken wie selbständige Werke geschützt.⁶¹ Eine digitale Datenbank kann in dieser Weise geschützt sein, sofern

- in ihr Beiträge (auch unterschiedlicher Werkarten) **gesammelt** sind und
- die Auslese bzw. Anordnung der Beiträge eine **persönlich-geistige Schöpfung** darstellt (fehlt diese Schöpfungshöhe, kommt allerdings noch ein Schutz als wissenschaftliche Ausgabe nach § 70 UrhG in Betracht).

⁶⁰ LG Frankfurt, Urt. v. 23.8.2006 – 2-06 O 272/06, ZUM-RD 2006, 530.

Das erste Merkmal bereitet wenig Schwierigkeiten: Im Rahmen einer Website können eine Reihe verschiedener Auszüge aus Musik- und Filmwerken und Texten miteinander verknüpft werden. Das Merkmal einer persönlich-geistigen Schöpfung bereitet bei der Subsumtion die meisten Schwierigkeiten. Die Rechtsprechung stellt hierzu darauf ab, dass das vorhandene Material nach eigenständigen Kriterien ausgewählt oder unter individuellen Ordnungsgesichtspunkten zusammengestellt wird.⁶² Eine rein schematische oder routinemäßige Auswahl oder Anordnung ist nicht schutzfähig.⁶³ Es müssen **individuelle Strukturmerkmale** verwendet werden, die **nicht durch Sachzwänge diktiert sind**.⁶⁴

Schwierig ist allerdings die Annahme eines urheberrechtlichen Schutzes bei **Sammlungen von Telefondaten**. Die Rechtsprechung hat bislang einen solchen Schutz – insbesondere in den Auseinandersetzungen um D-Info 2.0⁶⁵ – abgelehnt und stattdessen einen Schutz über § 3 UWG überwiegend bejaht.⁶⁶ Hier käme auch ein Schutz als Datenbank nach § 87a UrhG in Betracht.

Im Übrigen hat der *EuGH*⁶⁷ nunmehr den Hinweis auf die geistigen Anstrengungen und die Sachkenntnis, die für die Erzeugung der Daten aufgewandt wurden, als Argument für einen Schutz als Datenbankwerk abgelehnt. Es sei hierfür auch gleichgültig, ob die Auswahl oder Anordnung der Daten beinhaltet, dass diesen eine „wesentliche Bedeutung hinzugefügt“ wird. Ein Schutz könne auch nicht durch einen bedeutenden Arbeitsaufwand und die bedeutende Sachkenntnis, die für die Erstellung der Datenbank erforderlich waren, gerechtfertigt werden, wenn durch sie keinerlei Originalität bei der Auswahl oder Anordnung der in der Datenbank enthaltenen Daten zum Ausdruck kommt.

Von zentraler Bedeutung sind im Übrigen auch die §§ 87a–87e UrhG mit dem dort verankerten Sui-generis-Recht, das infolge der EU-Datenbankrichtlinie⁶⁸ in das Urheberrechtsgesetz

⁶¹ Vgl. zum urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken auch *Erdmann*, CR 1986, 249, 253 f.; *Hackemann*, ZUM 1987, 269; *Hillig*, ZUM 1992, 325, 326; *Katzenberger*, GRUR 1990, 94; *Raczinski/Rademacher*, GRUR 1989, 324; *Ulmer*, DVR 1976, 87.

⁶² *BGH*, GRUR 1982, 37, 39 – WK-Dokumentation; *OLG Düsseldorf*, Schulze, OLGZ 246, 4; *OLG Frankfurt*, GRUR 1986, 242 – Gesetzessammlung.

⁶³ *BGH*, GRUR 1954, 129, 130 – Besitz der Erde.

⁶⁴ *LG Düsseldorf*, Schulze, LGZ 104, 5.

⁶⁵ *OLG Karlsruhe*, CR 1997, 149; *LG Hamburg*, CR 1997, 21; *LG Trier*, CR 1997, 81. Siehe bereits *OLG Frankfurt*, Jur-PC 1994, 2631 – Tele-Info-CD; *LG Frankfurt*, CR 1997, 740.

⁶⁶ Anders die Rechtsprechung des *Supreme Court* in Australien; siehe <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCAFC/2002/112.html>.

⁶⁷ Urt. v. 1.3.2012 – C-604/10 *Football Dataco Ltd. u.a./Yahoo! UK Ltd., Football Dacato/Yahoo*.

⁶⁸ Richtlinie 96/9/EG v. 11.3.1996, ABl. Nr. L 77 v. 27.3.1996, 20. Siehe dazu *Flechsig*, ZUM 1997, 577; *Gaster*, ZUM 1995, 740, 742; *Gaster*, CR 1997, 669 und 717; *Gaster*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), *Handbuch Multimediarecht*, München 2006, Teil 7.8; *Gaster*, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, Köln 1999; *Wiebe*, CR 1996, 198, 201 f.

aufgenommen worden ist.⁶⁹ Geschützt werden die **Datenbankhersteller**. Als Hersteller gilt nicht nur die natürliche Person, die die Elemente der Datenbank beschafft oder überprüft hat, sondern derjenige, der die **Investition in die Datenbank** vorgenommen hat. Aus diesem Grund fällt nach der Legaldefinition des § 87a Abs. 1 Satz 1 UrhG unter diesen Schutz jede Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind, sofern deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang **wesentliche Investition** erfordert. Aufwendungen für den Erwerb einer fertigen Datenbank oder einer „Lizenz“ an einer solchen Datenbank rechtfertigen keine Datenbankrechte.⁷⁰

Wie der *EuGH* in seiner Entscheidung zum Datenbankschutz für **Wett- und Fußballdaten** bestimmt hat,⁷¹ bedarf es hierfür einer nicht unerheblichen Investition in die Ermittlung und Zusammenstellung von Elementen in der Datenbank. Irrelevant sollen die Mittel sein, die eingesetzt werden, um die Elemente zu erzeugen, aus denen der Inhalt der Datenbank besteht. Mit dieser Begründung hat sich der *EuGH* geweigert, eine Zusammenstellung von Ergebnissen einzelner Fußballspiele oder Hunderennen zu schützen. Entscheidend sei insofern der Aufwand an Arbeit und Geld bei der Datenbankaufbereitung, nicht jedoch bei der Datenerzeugung. Die Abgrenzung ist schwierig und wird im Ergebnis zu heftigen Kontroversen für künftige Fälle führen. Der *BGH* hat in zwei neueren Entscheidungen⁷² auf jeden Fall die Vorgaben des *EuGH* verdreht. Ein Eingriff in das Datenbankrecht soll hiernach schon gegeben sein, wenn Daten entnommen und auf andere Weise zusammengefasst werden. Auf die Übernahme der Anordnung der Daten in der Datenbank des Herstellers soll es für den Schutz nach § 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht ankommen. Folglich sei das Recht des Datenbankherstellers durch den Vertrieb einer CD-ROM mit Daten aus einer urheberrechtlich geschützten Sammlung nicht verletzt; Schutz komme nur dem Urheber der Zusammenstellung über § 4 Abs. 2 UrhG zu.⁷³

Unter den Schutz können eine umfangreiche Sammlung von Hyperlinks,⁷⁴ online abrufbare Sammlungen von Kleinanzeigen⁷⁵ und die meisten Zusammenstellungen von Informationen

⁶⁹ Siehe dazu *Raue/Bensinger*, MMR 1998, 507.

⁷⁰ *BGH*, GRUR 2009, 852 – Elektronischer Zolltarif.

⁷¹ *EuGH*, MMR 2005, 29 m. Anm. *Hoeren*.

⁷² *BGH*, GRUR 2005, 857, 860 – Musikcharts; ähnlich bereits *BGH*, GRUR 2005, 940, 943 – Marktstudien.

⁷³ *BGH*, MMR 2007, 589 – Gedichttitelliste I.

⁷⁴ *LG Köln*, NJW CoR 1999, 248; *AG Rostock*, MMR 2001, 631, 632; s. dazu auch *Schack*, MMR 2001, 9 ff.

⁷⁵ *LG Berlin*, MMR 2000, 120, das unter Anwendung des neuen Schutzrechts dem Anbieter einer Metasuchmaschine, die verschiedene Online Angebote von Kleinanzeigenmärkten systematisch durchsuchte, unter-

auf einer Website⁷⁶ fallen. Der Schutz von Datenbanken ist auch auf Printmedien, etwa „Lists of Presses“⁷⁷ oder ein staatliches Ausschreibungsblatt,⁷⁸ anwendbar. Auch Zugpläne fallen unter § 87b UrhG.⁷⁹ Auszüge aus solchen Datenbanken mit Hilfe einer Meta-Suchmaschine verstoßen gegen das dem Urheber der Datenbank zustehende Vervielfältigungsrecht. § 87a UrhG schützt eBay gegen eine Vervielfältigung ihrer Bewertungsdatenbank.⁸⁰ Auch Bewertungsdatenbanken, die von Nutzern der Plattform mit Inhalten gefüttert werden, fallen unter § 87a UrhG, so dass die Veröffentlichung von Bewertungsdatensätzen auf einer konkurrierenden Website gegen § 87b verstößt.⁸¹ Streitig ist, ob **Klassenbibliotheken** im Rahmen der objektorientierten Programmierung Datenbankschutz genießen.⁸² Nicht unter den Schutz fallen z.B. Rechtschreibprogramme, da sie zwar eine integrierte Datenbasis beinhalten, deren Elemente für den Nutzer jedoch nicht einzeln zugänglich sind.⁸³ Betriebssysteme sind als solche bloße Zusammenstellungen ohne systematischer Anordnung, so dass ihnen auch kein Schutz nach § 87a UrhG zugebilligt werden kann.

Eine wegen der hohen Praxisrelevanz besondere Rolle spielt der sui generis Schutz bei der Piraterie von **Telefonteilnehmerverzeichnissen**. Die Rechtsprechung hat bislang einen urheberrechtlichen Schutz für solche Datensammlungen – insbesondere in den Auseinandersetzungen um D-Info 2.0⁸⁴ – abgelehnt und stattdessen einen ergänzenden Leistungsschutz über § 3 UWG überwiegend bejaht. Hier kommt nunmehr vorrangig auch ein Schutz als Datenbank nach § 87a UrhG in Betracht.⁸⁵ Allerdings reicht es nicht aus, wenn jemand Daten für ein Internet-Branchenbuch lediglich aus öffentlich zugänglichen Quellen sammelt und per Computer erfassen lässt.⁸⁶ In dem Aufrufen der Suchmaske der Online-Auskunft der Bahn, dem Starten der Suchabfrage und dem anschließenden (fern-)mündlichen Mitteilen des Suchergebnisses soll nach Auffassung des *LG Köln* eine wiederholte und systematische Verbrei-

sagte, die Ergebnisse dieser Suche seinen Kunden per E-Mail verfügbar zu machen; *LG Köln*, AfP 1999, 95, 96; hierzu auch *Schmidt/Stolz*, AfP 1999, 146. Anderer Ansicht *Schweizerisches Bundesgericht*, MMR 2005, 442, wonach veröffentlichte Immobilieninserate immaterialgüterrechtlich nicht schutzfähig seien.

⁷⁶ S. die Entscheidung des *Berufungsgerichts Helsinki*, MMR 1999, 93; *Köhler*, ZUM 1999, 548.

⁷⁷ *OLG Köln*, MMR 2001, 165.

⁷⁸ *OLG Dresden*, ZUM 2001, 595.

⁷⁹ *LG Köln*, MMR 2002, 689.

⁸⁰ *LG Berlin*, MMR 2006, 46.

⁸¹ *LG Köln*, MMR 2008, 418 (nicht rechtskräftig; nachgehend *OLG Köln*, 6 U 57/08 – MMR 2009, 191).

⁸² Bejaht von *OLG Hamburg*, CR 2002, 485, 486 – CT-Klassenbibliothek.

⁸³ *Haberstumpf*, GRUR 2003, 14, 19; *Schricker/Vogel*, § 87a Rz. 14.

⁸⁴ *OLG Karlsruhe*, CR 1997, 149; *LG Hamburg*, CR 1997, 21; *LG Trier*, CR 1997, 81; siehe bereits *OLG Frankfurt/M.*, Jur-PC 1994, 2631 – Tele-Info-CD; *LG Frankfurt/M.*, CR 1997, 740.

⁸⁵ *BGH*, MMR 1999, 470 m. Anm. *Gaster*; *Wiebe*, MMR 1999, 474; s. auch *HandelsG Paris*, MMR 1999, 533 m. Anm. *Gaster*.

⁸⁶ *LG Düsseldorf*, ZUM 2002, 65 – Branchenbuch.

tung bzw. öffentliche Wiedergabe von Teilen der Online-Auskunfts-Datenbank der Bahn gesehen werden können.⁸⁷

In Bezug auf **Gesetzessammlungen** hat das *OLG München* in seiner Entscheidung vom 26.9.1996⁸⁸ einen urheberrechtlichen Schutz ausdrücklich abgelehnt: Eine solche Sammlung stelle allenfalls eine Aneinanderreihung von Texten dar, die auch hinsichtlich der redaktionell gestalteten Überschriften zu einzelnen Paragraphen keinen urheberrechtlichen Schutz genießen könne. Auch ein wettbewerbsrechtlicher Schutz scheide im Hinblick auf die fehlende Eigenart aus. In Betracht kommt jedoch ein Schutz über § 87a UrhG, da die Erstellung umfangreicher Textsammlungen (wie im Falle des „Schönfelder“) im Allgemeinen mit einer wesentlichen Investition des Verlegers verbunden ist.⁸⁹

Eine Ausnahmebestimmung, die **amtliche Datenbanken** ungeschützt lässt, findet sich in § 87a UrhG zwar nicht; allerdings scheint der *BGH* insoweit § 5 UrhG (Bereichsausnahme vom Urheberrechtsschutz für amtliche Werke) auch auf durch das UrhG geschützte Leistungsergebnisse – und damit auch auf Datenbanken – anwenden zu wollen.⁹⁰ Unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit, durch eine investitionsintensive Zusammenstellung von amtlichen Werken, Dokumenten oder anderen Materials (z.B. Gesetzessammlungen) sui generis Schutz für die daraus erstellte Datenbank zu beanspruchen.

Beim Investitionsschutz nach §§ 87a ff. UrhG ist das Kriterium der **wesentlichen Investition** das Pendant zur Schöpfungshöhe beim Schutz der Urheber. Bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus § 87a UrhG muss u.a. dargelegt und bewiesen werden, ob und in welchem Umfang die Antragstellerin Aufwendungen für die Aufbereitung und Erschließung des Datenbankinhaltes durch die Erstellung von Tabellen, Abstracts, Thesauri, Indizes, Abfragesystemen u.a., die erst die für eine Datenbank charakteristische Einzelzugänglichkeit ihrer Elemente ermöglichen, Kosten des Erwerbs der zur Datenbanknutzung erforderlichen Computerprogramme sowie Kosten der Herstellung eines Datenbankträgers getätigt hat. Sodann fallen die Kosten der Datenaufbereitung, einschließlich der Optimierung der Abfragesysteme, ins Gewicht, die sich im Wesentlichen in Lohnkosten für ihre systematische oder sonstige methodische Anordnung niederschlagen, sowie Kosten der Bereitstellung. Diese Aufwendungen sind abzugrenzen von unbeachtlichen Investitionen in die Datenerzeugung.⁹¹

⁸⁷ *LG Köln*, MMR 2002, 689, 690.

⁸⁸ *OLG München*, CR 1997, 20.

⁸⁹ Einen sui generis Schutz bejaht das *Bezirksgericht Den Haag*, MMR 1998, 299 m. Anm. *Gaster*.

⁹⁰ *BGH*, MMR 1999, 470, 472; m. Anm. *Gaster*; zur niederländischen Situation siehe *Bezirksgericht Den Haag*, MMR 1998, 299.

⁹¹ *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 7.8.2008 – I 20 W 103/08 – BeckRS 2008, 20245.

Das Schutzregime umfasst ein **15 Jahre währendes Recht** des Datenbankherstellers, die Datenbank ganz oder in **wesentlichen Teilen** zu vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben⁹² (§ 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG). Gerade gegenüber einer kommerziellen Verwendung fremder Netzinhalte, z.B. mittels virtueller Suchroboter (intelligent or electronic agents), die Inhalte fremder Webseiten übernehmen, kann das sui generis Recht herangezogen werden.⁹³ Damit stellt sich z.B. für Anbieter von Suchmaschinen die Frage, inwieweit die von ihnen angewandten Suchmethoden nicht im Hinblick auf einen eventuellen sui generis Schutz für die durchsuchten Webseiten problematisch sein könnten. Kein Verstoß gegen das Datenbankrecht liegt darin, dass ein Konkurrent sein Produkt mit einer Import-/Exportfunktion für eingegebene Benutzerdaten versieht.⁹⁴ Schon die einmalige Entnahme aller geänderten Daten aus einer bestimmten Version der CD-ROM – durch Erstellung einer (ggfls. nur zwischengespeicherten) Änderungsliste oder unmittelbare Übernahme – bezieht sich nach Meinung des *BGH*⁹⁵ auf einen qualitativ wesentlichen Teil der Datenbank. Deshalb stehe dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen, dass der rechtmäßige Benutzer qualitativ oder quantitativ unwesentliche Teile einer öffentlich zugänglichen Datenbank zu beliebigen Zwecken entnehmen könne. Die Übernahme von 10 % einer Internet-Bewertungsdatenbank ist noch nicht „wesentlich“.⁹⁶ Nach Auffassung des *EuGH* liegt eine relevante Vervielfältigung auch vor, wenn ein Teil der Kopie, der aus Textauszüge von elf Wörtern besteht, ausgedruckt wird.⁹⁷

§ 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG sanktioniert im Übrigen auch die Verwendung **unwesentlicher Teile** einer Datenbank, wenn damit eine unzumutbare Beeinträchtigung der Interessen des Datenbankherstellers verbunden ist. Dies soll zum Beispiel beim Ablesen von Zugverbindungsdaten aus einer öffentlichen Datenbank und der mündlichen Mitteilung dieser Daten an Dritte der Fall sein.⁹⁸ Das Datenbankherstellerrecht aus § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG wird nicht verletzt, wenn aus Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln, die in einer Datenbank gespeichert sind, durch einen Internet-Suchdienst einzelne kleinere Bestandteile auf Suchwortanfrage an Nutzer übermittelt werden, um diesen einen Anhalt dafür zu geben, ob der Abruf des Volltextes für sie sinnvoll wäre. Dies gilt auch dann, wenn der Suchdienst dabei wiederholt und sys-

⁹² Wobei in richtlinienkonformer Auslegung der Verwertungsrechte des § 87b UrhG grundsätzlich auch vorübergehende Vervielfältigungen und ein zum Abruf im Internet Bereithalten von dem sui generis Schutz umfasst sind.

⁹³ Vgl. *LG Berlin*, AfP 1998, 649.

⁹⁴ *BGH*, GRUR 2006, 493.

⁹⁵ Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 191/05 – Elektronischer Zolltarif; siehe dazu auch *OLG Köln*, GRUR-RR 2006, 78.

⁹⁶ *OLG Köln*, MMR 2009, 191.

⁹⁷ Urt. v. 16.7.2009 – C-5/08 – Infopaq.

⁹⁸ *LG Köln*, MMR 2002, 689.

tematisch i.S.d. § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG auf die Datenbank zugreift.⁹⁹ Ein Unternehmen, das Software zum automatisierten Auslesen von Online-Automobilbörsen vertreibt, verletzt nur dann das Datenbankherstellerrecht eines Automobilbörsenbetreibers, wenn die einzelnen Nutzer ihrerseits das Datenbankherstellerrecht verletzen.¹⁰⁰ Ansonsten fehlt die für eine Gehilfen- oder Störerhaftung notwendige Haupttat. Deswegen kommt es für die Beurteilung der Frage, ob ein wesentlicher Teil der Datenbank entnommen wird, nicht auf das Nutzungsverhalten der Summe aller Nutzer an, sondern darauf, ob zumindest einzelne Nutzer bei dem Einsatz der Software quantitativ wesentliche Teile der Datenbank vervielfältigen oder entnehmen. Die wiederholte und systematische Vervielfältigung und Entnahme von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen der Datenbank kann nur dann eine Verletzung des Datenbankherstellerrechts darstellen, wenn durch die Entnahmehandlungen in ihrer kumulierten Wirkung in der Summe ein wesentlicher Teil der Datenbank vervielfältigt oder entnommen wird.¹⁰¹

Das Datenbankrecht erweist sich auch als Problem für das sog. **Screen-Scraping**. Der Begriff Screen Scraping (engl., etwa: „Bildschirm auskratzen“) umfasst generell alle Verfahren zum Auslesen von Texten aus Computerbildschirmen. Gegenwärtig wird der Ausdruck jedoch beinahe ausschließlich in Bezug auf Webseiten verwendet (daher auch Web Scraping). In diesem Fall bezeichnet Screen Scraping speziell die Technologien, die der Gewinnung von Informationen durch gezieltes Extrahieren der benötigten Daten dienen. Die Vermittlung von Flugtickets durch ein anderes Unternehmen im Wege des Screen-Scrapings ist nach Ansicht des *OLG Frankfurt*¹⁰² auch dann rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Flugunternehmen diesen Vertriebsweg nicht wünscht; insbesondere kann hierin weder eine Verletzung des „virtuellen Hausrechts“ des Flugunternehmens an seiner Internetseite noch ein Verstoß gegen die Datenbankrechte (§ 87b UrhG) des Flugunternehmens gesehen werden.

Die bei dem sui generis Recht auftretenden, schwierigen Interpretationsfragen und die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit sind nur mit Hilfe der Gerichte lösen. Dies gilt insbesondere für die Auslegung des Begriffs der Wesentlichkeit, der sowohl den Schutzgegenstand (§ 87a Abs. 1 UrhG) als auch den Schutzzumfang (§ 87b Abs. 1 UrhG) bestimmt und damit maßgeblich über die Zulässigkeit einer Datenbanknutzung entscheidet. Dies gilt umso

⁹⁹ *BGH*, NJW 2003, 3406 – Paperboy.

¹⁰⁰ *OLG Hamburg*, Urt. v. 16.4.2009 – 5 U 101/08, GRUR-RR 2009, 293. Ähnlich *OLG Frankfurt*, Urt. v. 5.3.2009 – 6 U 221/08.

¹⁰¹ *OLG Hamburg*, Urt. v. 16.4.2009 – 5 U 101/08.

¹⁰² *OLG Frankfurt*, Urt. v. 5.3.2009 – 6 U 221/08.

mehr, als § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG auch das Einfallstor verfassungsrechtlicher Überlegungen, etwa im Hinblick auf die Presse- und Informationsfreiheit, sein soll.¹⁰³

Der *BGH*¹⁰⁴ legte dem europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob eine rechtswidrige Übernahme von Daten auch dann vorliege, wenn die entsprechende Entnahme aufgrund von Abfragen der Datenbanken nach einer Abwägung im Einzelnen vorgenommen werde. Es ging hierbei um den Fall eines Professors für Germanistik an der Universität Freiburg, der nach umfangreichen Recherchen eine Liste von Gedichttiteln erstellt hatte, die unter der Überschrift „Die tausendeinhundert wichtigsten Gedichte der deutschen Literatur zwischen 1730 und 1900“ im Internet veröffentlicht wurde. Die Beklagte vertrieb eine CD-Rom „1000 Gedichte, die jeder haben muss“. Bei der Zusammenstellung der Gedichte auf der CD-Rom hatte sich die Beklagte an der Gedichtliste des Freiburger Professors orientiert. Einige der dort aufgeführten Gedichte waren weg gelassen, andere hinzugefügt worden. Die vom Kläger getroffene Auswahl wurde im Übrigen jeweils kritisch geprüft. Der *EuGH* hat auf die Vorlagefrage entschieden.¹⁰⁵ Hier nach kann eine rechtswidrige Entnahme bei einer Bildschirmabfrage einer geschützten Datenbank verbunden sein, wenn die Übernahme von Elementen daraus noch einmal im Einzelnen vorgenommenen Abwägung erfolge. Entscheidend sei, dass die Bildschirmabfrage zur Übertragung eines wesentlichen Teils des Inhalts der geschützten Datenbank führe. Der Hersteller einer Datenbank dürfe Dritte nicht an der Abfrage der Datenbank zu Informationszwecken hindern, wenn er deren Inhalt Dritten zugänglich mache. Erst wenn für die Darstellung des Inhalts der Datenbank auf dem Bildschirm die ständige oder vorübergehende Übertragung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils dieses Inhalts auf einen anderen Datenträger erforderlich sei, könne die betreffende Abfrage von der Genehmigung des Herstellers abhängig gemacht werden. Für die Frage, ob eine Entnahme vorliege, sei es unerheblich, ob die Übertragung auf einem technischen Verfahren der Kopie des Inhalts einer geschützten Datenbank beruhe. Der Umstand, dass in einer Datenbank enthaltene Elemente erst nach kritischer Prüfung übernommen werden, stehe ebenfalls nicht der Feststellung entgegen, dass eine Übertragung von Elementen der ersten Datenbank zur zweiten stattfindet.

In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des *OLG Köln*¹⁰⁶ zu beachten. Hiernach sind auch die von Nutzern abgegebenen Bewertungen auf einem Bewertungsportal als Datenbank i.S.v. § 87a Abs. 1 UrhG zu qualifizieren. Bei der Beurteilung der notwendigen Investitionshöhe seien auch die Kosten für die Erstellung, Betreuung und kontinuierliche Weiterent-

¹⁰³ *BGH*, GRUR 2005, 940.

¹⁰⁴ Ur. v. 24.5.2007 – I ZR 130/4.

¹⁰⁵ Ur. v. 9.10.2008 – C 304/07.

wicklung der Datenbanksoftware zu berücksichtigen. Allerdings führe eine wiederholte und systematische Entnahme einzelner Bewertungen aus einer solchen Datenbank nicht zwangsläufig zur Annahme eines Rechtsverstoßes. Denn selbst bei einer systematischen Entnahme müssten die entnommenen Daten in der Summe die Wesentlichkeitsgrenze überschreiten. Die reine quantitativ bedeutende Entnahme einzelner Daten reiche nur aus, wenn die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung dieses Teils der Daten eine ganz erhebliche, menschliche, technische oder finanzielle Investition erforderte. Neben § 87a UrhG komme eine Anwendung von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG nicht in Betracht; eine gewisse Behinderung des Wettbewerbs sei auch bei einer Entnahme einzelner Datensätze für den Wettbewerb immanent. Daran fehle es, wenn es dem Übernehmenden nur um das Partizipieren an den Daten, nicht aber an der Verhinderung der Verwertung der Datenbank gehe.

Gerade auch wegen einer angeblich exzessiven Verwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe hat die Datenbankrichtlinie **in den USA** besonders heftige Kritik erfahren.¹⁰⁷ Anlass für eine so ausführliche Beschäftigung mit der europäischen Regelung des Datenbankschutzes dürfte jedoch das in Art. 11 Abs. 3 i.V.m. Erwägungsgrund 56 der Datenbankrichtlinie festgelegte **Erfordernis materieller Gegenseitigkeit** für die Gewährung eines sui generis Schutzes gegenüber Herstellern aus Drittstaaten sein. Danach genießen amerikanische Datenbankanhersteller für ihre Produkte in der EU nur dann den neuen Rechtsschutz, wenn in den USA ein vergleichbarer Schutz für europäische Datenbanken besteht. Obwohl vielfach Gefahren für die Informationsfreiheit, Wissenschaft und Forschung, eine Behinderung des Wettbewerbs auf dem Markt für Sekundärprodukte und eine Beschränkung des globalen Handels mit Informationsprodukten und -dienstleistungen durch die europäische Regelung befürchtet werden,¹⁰⁸ scheint die Sorge um einen Wettbewerbsnachteil für amerikanische Unternehmen auf dem europäischen Markt ein (verdecktes) Motiv für die harsche Kritik zu sein. Schließlich bleibt noch zu erwähnen, dass es in den USA seit Einführung der Datenbankrichtlinie ebenfalls Bemühungen gibt, einen Sonderrechtsschutz für „nicht-kreative“ Datenbanken einzuführen.¹⁰⁹

Vertragsrechtlich zu beachten ist § 87e UrhG. Hiernach sind Vereinbarungen über den Ausschluss der Nutzung von nach Art oder Umfang unwesentlichen Teilen einer Datenbank unwirksam, soweit die beschränkten Handlungen weder einer normalen Auswertung der Daten-

¹⁰⁶ Urt. v. 14.11.2008 – 6 U 57/08.

¹⁰⁷ Siehe *Reichman/Samuelson*, *Vanderbilt Law Review* 1997, 51; *Rosler*, *High Technology Law Journal* 1995, 105; die Richtlinie insgesamt befürwortend jedoch *Hunsucker*, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 1997, 697.

¹⁰⁸ Siehe insbesondere *Reichman/Samuelson*, *Vanderbilt Law Review* 1997, 84–137.

¹⁰⁹ Vgl. dazu *Gaster*, *CR* 1999, 669; Gesetzesvorschläge: HR.354 und HR.1858; s. auch *Knöbl*, *UFITA* 2002, 355.

bank zuwiderlaufen noch die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen. Ähnlich erlaubt § 87b UrhG die freie Nutzung unwesentlicher Teile einer Datenbank, sofern die Nutzung weder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigt noch der normalen Auswertung der Datenbank zuwiderläuft. Vertragliche Beschränkungen der §§ 87b und e UrhG sind unwirksam; AGB-Regelungen verstoßen gegen § 307 BGB.¹¹⁰

III. Der urheberrechtliche Schutz

Literatur:

Boecker, Computerprogramme zwischen Werk und Erfindung, 2008; *Kreutzer*, Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts – Eine Untersuchung des geltenden Rechts für Sicherungskopien und Schutz technischer Maßnahmen bei Computerspielen, CR 2007, 1; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, München 2002; *Bullinger/Czychowski*, Digitale Inhalte: Werk und/oder Software? – Ein Gedankenspiel am Beispiel von Computerspielen, GRUR 2011, 19; *Caduff*, Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräußerung von Computerprogrammen, Bern 1997; *Dreier*, Die internationale Entwicklung des Rechtsschutzes von Computerprogrammen, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993, 31 (zit. *Dreier* in Lehmann); *Dreier*, Rechtsschutz von Computerprogrammen, Die Richtlinie des Rates der EG vom 14. Mai 1991, CR 1991, 577; *Ernst*, Die Verfügbarkeit des Source Codes, Rechtlicher Know-how-Schutz bei Software und Webdesign, MMR 2001, 208; *Föhr*, Registrierung von Software und Copyrightvermerk, CR 1988, 453; *Gennen*, Die Software-Entwicklergemeinschaft, Voraussetzungen und Rechtsfolgen, ITRB 2006, 161; *Gennen*, „Auseinandersetzungen“ von Miturhebergemeinschaften – Möglichkeiten zur Minimierung der Auswirkungen einer Miturhebergemeinschaft bei gemeinschaftlicher Softwareentwicklung, ITRB 2008, 13; *Grütz-macher*, Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken, Baden-Baden 1999; *Grütz-macher*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen – Zu den Rechtsfragen auch jenseits der Erschöpfungslehre, CR 2007, 549; *Günther*, Änderungsrechte des Softwarenutzers, CR 1994, 321; *Günther*, Die Umsetzung der Softwareschutzrichtlinie in England und urheberrechtliche Trends im Softwareschutz aus den USA, JurPC 1994, 2488; *Haberstumpf*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993, 69 (zit. *Haberstumpf* in Lehmann); *Heinrich*, Die Strafbarkeit der unbefugten Vervielfältigung und Verbreitung von Standardsoftware, Berlin 1993; *Heutz*, Freiwild Internetdesign? – Urheber- und geschmacksmusterrechtlicher Schutz der Gestaltung von Internetseiten, MMR 2005, 567; *Hoeren*, Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen, CR 2004, 721; *Hoeren*, Die Kündigung von Softwareerstellungverträgen und deren urheberrechtliche Auswirkungen, CR 2005, 773; *Hoeren*, Urheberrecht und Vertragsfreiheit: Kritische Überlegungen am Beispiel der Verwendungsbeschränkungen, in: Klumpp/Kubicek/Roßnagel/Schulz (Hrsg.), Medien, Ordnung und Innovation, Heidelberg 2006 (zit. *Hoeren* in Klumpp/Kubicek/Roßnagel/Schulz); *Kreutzer*, Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts – Eine Untersuchung des geltenden Rechts für Sicherungskopien und Schutz technischer Maßnahmen bei Computerspielen, CR 2007, 1;

¹¹⁰ So *OLG München*, NJW-RR 2002, 401.

Lehmann, Portierung und Migration von Anwendersoftware, Urheberrechtliche Probleme, CR 1990, 625; *Lehmann*, Softwarevertragsrecht, FS Schrickler 1995, 543 (zit. *Lehmann* FS Schrickler); *Lehmann*, Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, in: *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993, 1 (zit. *Lehmann* in *Lehmann*); *Lehmann/v. Tucher*, Urheberrechtlicher Schutz von multimedialen Webseiten, CR 1999, 700; *Leistner/Bettinger*, Creating Cyberspace, CR Beilage 1999, 1; *Lesshaft/Ulmer*, Urheberrechtliche Schutzfähigkeit und tatsächliche Schutzfähigkeit von Software, CR 1993, 607; *Lindhorst*, Schutz von und vor technischen Maßnahmen, Osnabrück 2002; *Link*, Die Auswirkungen des Urheberrechts auf die vertraglichen Beziehungen bei der Erstellung von Computerprogrammen, GRUR 1986, 141; *Loewenheim*, Urheberrechtliche Probleme bei Multimedia-Anwendungen, in: *Erdmann* (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München 1996, 709 (zit. *Loewenheim* FS Piper); *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der EU, München 1995 (zit. *Marly*, Urheberrechtsschutz); *Marly*, Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogrammen – Zugleich Besprechung der EuGH-Entscheidung „BSA/Kulturministerium“, GRUR 2011, 204; *Metzger/Jaeger*, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, 839; *Ohst*, Computerprogramm und Datenbank, Definition und Abgrenzung – Eine Untersuchung beider Begriffe und ihrer Wechselbeziehungen im Urheberrechtssystem der Informationsgesellschaft, Frankfurt a.M. 2004; *Partsch/Reich*, Die Change-of-Control-Klausel im neuen Urhebervertragsrecht – Zum Wegfall des § 28 UrhG, AfP 2002, 298; *Paulus*, Software in der Vollstreckung, in: *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993, 831 (zitiert: *Paulus* in *Lehmann*); *Paulus*, Software in Vollstreckung und Insolvenz, ZIP 1996, 2; *Peukert*, Technische Schutzmaßnahmen, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, München 2003 (zit. *Loewenheim/Peukert*); *Platz*, Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht, WRP 2000, 599; *Pres*, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, Köln 1994; *Raubenheimer*, Vernichtungsanspruch gemäß § 69f UrhG, CR 1994, 129; *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl., München 2012; *Redeker*, Eigentumsvorbehalte und Sicherungsklauseln in Softwareverträgen, ITRB 2005, 70; *Roy/Palm*, Zur Problematik der Zwangsvollstreckung in Computer, NJW 1995, 690; *Royla/Gramer*, Urheberrecht und Unternehmenskauf – Reichweite von Zustimmungserfordernis und Rückrufrecht des Urhebers von Computerprogrammen, CR 2004, 154; *Sack*, Computerprogramme und Arbeitnehmer-Urheberrecht, BB 1991, 2165; *Sack*, Arbeitnehmer-Urheberrechte an Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, UFITA 121 (1993) 15; *Schack*, Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames, MMR 2001, 9; *Schlatter*, Der Schutz von Computerspielen, Benutzeroberflächen und Computerkunst, in: *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993, 169 (zit. *Schlatter* in *Lehmann*); *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl., Köln 2003; *Schneider*, Neues zu Vorlage und Herausgabe des Quellcodes? – Kritische Überlegungen zur Dissonanz zwischen vertraglicher und prozessualer Beurteilung des Quellcodes durch den BGH, CR 2003, 1; *Schneider*, Urheberrechtliche Probleme bei objektorientierten Programmen, in: *Büllesbach/Heymann* (Hrsg.), Informationsrecht 2000, Perspektiven für das nächste Jahrzehnt, Köln 2000, 143 (zit. *Schneider* in *Büllesbach/Heymann*); *Scholz*, Die rechtliche Stellung des Computerprogramme erstellenden Arbeitnehmers nach Urheberrecht, Patentrecht und Arbeitnehmererfindungsrecht, Köln 1989; *Schulte*, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, CR 1992, 648; *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Köln u.a. 2005; *Schumacher*, Schutz von Algorithmen für Computerprogramme, Münster 2004; *Seffer*, Softwareschutz beim Asset-Deal – Übertragung der gewerblichen Schutzrechte bei Individualsoftware mit Tücken, ITRB 2006, 146; *Spindler/Weber*, Die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie nach dem Regierungsentwurf für ein

Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, ZUM 2007, 257; *Sucker*, Lizenzierung von Computersoftware (II), Kartellrechtliche Grenzen nach dem EWG-Vertrag, CR 1989, 468; *Thormann*, Links und Frames und ihr Rechtsschutz im Internet, Mitt. 2002, 311; *Ullmann*, Urheberrechtlicher und patentrechtlicher Schutz von Computerprogrammen, Aufgaben der Rechtsprechung, CR 1992, 641; *Vinje*, Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität, GRUR Int. 1992, 250; *Westpfahl*, Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren und seine Bezüge zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993, 961 (zit. *Westpfahl* in Lehmann); *Wiebe*, Know-how-Schutz von Computersoftware, München 1993; *Wiebe*, „User Interfaces“ und Immaterialgüterrecht, Der Schutz von Benutzungsoberflächen in den U.S.A. und in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR Int. 1990, 21; *Wiebe*, Rechtsschutz für Software in den neunziger Jahren, BB 1993, 1094; *Wiebe/Funkat*, Multimedia-Anwendungen als urheberrechtlicher Schutzgegenstand, MMR 1998, 69; *Wimmers*, Urheberrechtliche Probleme beim IT-Outsourcing, in: Büchner/Dreier, Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk – 30 Jahre DGRI, Köln 2007, 169 (zit. *Wimmers* in Büchner/Dreier); *Witte*, Zur Schadensberechnung bei der Verletzung von Urheberrechten an Software – Die drei Berechnungsarten, der Bereicherungsausgleich und der Ausgleich für die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten, ITRB 2006, 136; *Wuermeling*, Neue U.S.-Entscheidungen zum Softwareschutz, Vorbild für Deutschland?, CR 1993, 665; *Zecher*, Zur Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes bei Computerprogrammen, Baden-Baden 2004; *Zscherpe*, Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke im Internet, MMR 1998, 404.

Der urheberrechtliche Schutz für Software ist in §§ 69a–g UrhG geregelt, die Vorschriften verweisen allerdings bei Lücken auf die allgemeinen Bestimmungen des UrhG (§ 69a Abs. 4).

1. Schutzgegenstand (§ 69a UrhG)

§ 69a UrhG regelt den Schutzgegenstand und die Schutzhöhe bei Software. Die Regelung ist im Kontext mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG zu sehen. Dort wird bereits darauf verwiesen, dass Computerprogramme als Sprachwerke für einen urheberrechtlichen Schutz in Betracht kommen. Die weiteren Besonderheiten der Gestaltungshöhe sind in § 69a UrhG geregelt.

§ 69a Abs. 1 UrhG umschreibt den Begriff der Software ausdrücklich als „**Computerprogramme in jeder Form** und einschließlich ihrem Entwurfsmaterial“. Auffällig ist hierbei, dass es sich bei § 69a Abs. 1 UrhG nicht um eine Definition des Begriffs handelt. Die Bundesregierung hielt eine solche Definition für nicht „ratsam, da zu befürchten wäre, dass sie alsbald durch die Entwicklung überholt würde“.¹¹¹ Meist wird in der Kommentarliteratur auf die Definition in § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO hingewiesen.¹¹² Hiernach umfasst

¹¹¹ BT-Drs. 12/4022, S. 9.

¹¹² BGH, GRUR 1979, 306 = GRUR Int. 1978, 286.

der Begriff des Computerprogramms eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einem maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.

Dieser Regelungsverzicht führt dazu, dass die Abgrenzung des eigentlichen Programms von anderen Teilen eines Softwarepakets im Dunkeln bleibt. Unstreitig fallen im Windows-Bereich Dateien mit der Kennung „.exe“ oder „.com“ unter den Softwarebereich. Fraglich ist aber, ob sonstige Dateien in einem Softwarepaket als „Computerprogramm“ i.S.v. § 69a UrhG subsumiert werden können. Diese Frage stellt sich etwa für **Grafikdateien** oder **Help-Texte**. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 1 Abs. 3 der EU-Datenbankrichtlinie zu berücksichtigen, der zwischen den Rechten an einer Datenbank und den Rechten an den zu ihrer Schaffung oder zu ihrem Zugang verwendeten Computerprogrammen unterscheidet. Nicht unter den Schutz nach § 69a UrhG fallen rein konzeptionelle Vorgaben, etwa in kaufmännischer oder betriebswirtschaftlicher Hinsicht.¹¹³

In Übereinstimmung mit der EG-Richtlinie erstreckt sich der Schutz auf **jede Form** des Computerprogramms (§ 69a Abs. 2 UrhG). Folglich erstreckt sich der Schutz auf Object und Source Code in gleicher Weise. Einige Autoren haben früher zwar betont, dass sich der Urheberrechtsschutz nur auf den Source Code, nicht aber auf den Object Code erstrecken könne, da letzterer eine rein technische Transformation des Source Codes sei.¹¹⁴ Diese Meinung ist nach Inkrafttreten von § 69a UrhG nicht mehr aufrechtzuerhalten. Auch die Schnittstellen sind geschützt; § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG erklärt nur die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Ideen für gemeinfrei.

Der Schutz erstreckt sich **auch auf das Entwurfsmaterial**. Geschützt sind demnach auch die Vorstufen des Source Codes, insbesondere die Problemanalyse, der Datenflussplan und der Programmablaufplan.¹¹⁵ Zum Entwurfsmaterial gehören allerdings nicht die Unterlagen, die der Benutzer erhält.¹¹⁶ Rechte nach § 69a UrhG kann nur der inne haben, der bestimmte von ihm selbst entwickelte oder von dritter Seite vorgegebene Aufgabenstellungen in ein Computerprogramm umsetzt. Die rein konzeptionellen Vorgaben – etwa in kaufmännischer und betriebswirtschaftlicher Hinsicht – sind kein nach dieser Vorschrift geschütztes „Entwurfsmaterial“, auch wenn sie für die Erstellung eines funktionstüchtigen Programms unerlässlich sind.

¹¹³ *OLG Köln*, GRUR 2005, 863 = GRUR-RR 2005, 303.

¹¹⁴ *Kullmann*, Der Schutz von Computerprogrammen und -chips, 92, 94; *Waltl*, Geschützte und nicht geschützte Computerprogramme, Berlin 1990, 74 f.

¹¹⁵ *BGH*, GRUR 1985, 1041, 1046 f. – Inkassoprogramm; *BGH*, NJW 1986, 192, 196.

Sie können allenfalls Schutz nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 7 UrhG beanspruchen und dann zur Miturheberschaft an dem Gesamtwerk führen.¹¹⁷ Für **Handbücher, Bedienungsanleitungen oder Pflichtenhefte** gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 2 ff. UrhG, was insbesondere hinsichtlich der Frage der Urheberrechtsfähigkeit praktische Relevanz hat. Diese Texte sind als Sprachwerke i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG oder als wissenschaftlich-technische Darstellungen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG nur dann schutzfähig, wenn sie als persönlich-geistige Schöpfungen i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG angesehen werden.¹¹⁸ Daten oder in Dateien gespeicherte Datenbestände für sich genommen keine urheberrechtlich nach § 69a UrhG geschützten Computerprogramme oder Schriftwerke i.S.v. § 2 UrhG Nr. 1 UrhG.¹¹⁹

Streitig ist, ob der Schutz für Software sich auf **Bildschirmmasken** erstreckt.¹²⁰ Allerdings ist dabei zu beachten, ob und inwieweit den Programmautoren ein nicht unerheblicher Spielraum bei der Gestaltung der Masken zur Verfügung stand. Erst wenn auch bei übereinstimmenden sachlichen Vorgaben andere Gestaltungsformen möglich sind, kommt ein Urheberrechtsschutz in Betracht. Diese – aus der amerikanischen Rechtsprechung entlehnte – Interpretation schließt es aus, dass z.B. der Aufbau einer Bilanz über § 69a UrhG urheberrechtlichen Schutz genießt.

Die Erstreckung von § 69a UrhG auch auf Bildschirmoberflächen wird von der Justiz und weiten Teilen der Literatur grundsätzlich abgelehnt.¹²¹ Diese Autoren plädieren für einen vom Softwareschutz unabhängigen Schutz für Bildschirmoberflächen. Diese Auffassung ist jedoch zweifelhaft. Denn die Struktur der Masken ist programmtechnisch im Source Code vorgegeben; die Entwicklung der Benutzeroberfläche ist Teil der Entwicklungsleistung des Programmierers. Auch könnte ein **wettbewerbsrechtlicher Schutz** nach §§ 3, 4 Nr. 9 UWG als effektive Lösung des „Look & Feel“-Problems in Betracht kommen. Dabei ist die Bildschirmmaske auf ihre wettbewerbliche Eigenart hin zu überprüfen; je größer diese Eigenart ist, desto größer ist auch die Vermutung für das Vorliegen eines unlauteren Wettbewerbsverhaltens. Auf jeden Fall muss der gegen Plagiatoren prozessierende Softwareersteller nachweisen, dass und wie viel ihm die Entwicklung des Programmdesigns an Kosten und Mühen gebracht hat.

¹¹⁶ Ähnlich bereits *BGH*, GRUR 1985, 1041, 1047 – Inkassoprogramm.

¹¹⁷ *OLG Köln*, GRUR 2005, 863 = GRUR-RR 2005, 303.

¹¹⁸ So auch *LG Köln*, CR 1994, 227, 228. Ähnlich auch der *EuGH*, Urt. v. 2. 5. 2012 – C-406/10 (*SAS Institute Inc./World Programming Ltd*), Rz. 64.

¹¹⁹ *BAG*, Urt. v. 24.3.2011 – 2 AZR 282/10.

¹²⁰ So grundlegend *OLG Karlsruhe*, CR 1994, 607, 609 = NJW-RR 1995, 176, 177. Aufgegeben durch *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 14.4.2010 – 6 U 46/09.

¹²¹ *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010 – C-393/09; *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 14.4.2010 – 6 U 46/09; *Loewenheim*, in: Schrickler, § 69a Rz. 7; *Günther*, CR 1994, 610, 611; *Koch*, GRUR 1991, 180; *Raubenheimer*, CR 1994, 69, 70; *Wiebe*, GRUR Int. 1990, 21, 26.

Ist dieses Design bereits marktmäßig vorgegeben, so kann er sich nicht auf § 3 UWG berufen. Weiterhin muss aber zu seinen Gunsten geprüft werden, wie bekannt und marktgängig sein Softwareprodukt ist: Gerade bei bekannten Computerprogrammen spielt die Gewöhnung des Anwenders an ein bestimmtes Bildschirmdesign eine große Rolle. Hat er sich an das Design gewöhnt, so wird er auch sehr oft geneigt sein, ein Plagiat mit gleichem Design zu billigeren Zwecken zu erwerben. Insofern nutzt der Plagiator die Zugkraft von Marktführern für eigene Zwecke aus; dies muss wettbewerbsrechtlich als unlauter geahndet werden. Neuerdings wird auch über ein Schutz von Webdesign und Benutzeroberflächen über das nicht eingetragene Geschmacksmuster/Design nachgedacht.¹²²

Unklar ist die Zuordnung bei **modernen Programmiertechniken**, etwa im Bereich der HTML- oder JAVA-Programmierung. Teilweise wird in der Diskussion vertreten, dass der Schutz multimedialer Produkte letztendlich eine Frage des Softwareschutzes sei, insbesondere wenn diese auf HTML oder ähnlichen Tools beruhen.¹²³ In der Tat ist bei einer HTML-basierten Homepage nicht mehr zwischen Benutzeroberfläche und dem zugrunde liegenden Programmcode zu unterscheiden. Allerdings verkennt diese Auslegung die dem § 69a UrhG zugrunde liegende Trennung von Programmierleistung und der Kreativität anderer Schaffender. Dass bestimmte Informationen in eine HTML-Codierung gebracht werden, macht diese noch nicht zu einer Programmierleistung.¹²⁴

Vom Schutz umfasst sind **auch Computerspiele**.¹²⁵ Daneben kommt aber weiterhin ein Schutz als Laufbilder i.S.v. §§ 94, 95 UrhG in Betracht.¹²⁶ Der Verweis in § 69a Abs. 4 UrhG auf die für Sprachwerke geltenden Regelungen bedeutet nicht, dass nicht auch andere Vorschriften außerhalb des Sprachwerkschutzes zur Anwendung kommen können. Gerade weil Computerspiele häufig Bildfolgen beinhalten, die Filmwerken entsprechen, kommt für diese Bestandteile ein Laufbildschutz in Betracht.¹²⁷ Ferner bestehen bei einer bloßen Aneinanderreihung einzelner Bilder Leistungsschutzrechte nach § 72 UrhG. So soll der **Slideshow** eines Computerprogramms bereits ein solcher Lichtbildschutz zugewiesen werden können.¹²⁸ Nicht

¹²² Nach Auffassung des *Landgerichts Düsseldorf* (Urteil vom 26.06.2013- 12 O 381/10) kann ein Webdesign als nicht eingetragenes europäisches Gemeinschaftsgeschmacksmuster i.S.v. Art. 19 Abs. 2 GGV geschützt sein, so dass bei einer Verletzung des Musters auch Schadensersatzansprüche des Verletzten i.S.v. Art. 89 Abs. 1 lit. d) GGV i.V.m. §§ 42 Abs. 2, 38 GeschmMG in Betracht kommen.

¹²³ Siehe *OLG Frankfurt*, MMR 2005, 705, 706; *OLG Düsseldorf*, CR 2000, 184.

¹²⁴ So auch *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69a Rz. 18; *Ernst*, MMR 2001, 208 (211); *Schack*, MMR 2001, 9 (10); *OLG Düsseldorf*, CR 2000, 184; *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2005, 705 f.; *OLG Rostock*, CR 2007, 737 f.; a.A. *Koch*, GRUR 1997, 417 (420); *Zscherpe*, MMR 1998, 404 (405).

¹²⁵ *LG Stuttgart*, CR 1994, 162; *OLG Düsseldorf*, CR 2009, 214.

¹²⁶ *LG Bochum*, CR 1995, 274.

¹²⁷ *LG Chum*, CR 1995, 274.

¹²⁸ *LG Bochum*, CR 1995, 274.

geschützt sind hingegen **Spielstände**. Der Schutz kommt nach Auffassung des *OLG Hamburg*¹²⁹ erst dann in Betracht, wenn die abgespeicherten Spielstände Programmbefehle, d.h. Elemente des Programmcodes enthalten, die das Computerspiel für dessen Programmablauf nutzen. Das Abspeichern von Spielständen allein genügt noch nicht für die Annahme eines Programms bzw. einer Folge von Programmbefehlen. Auch ein Schutz über § 3 UWG – etwa unter dem Gesichtspunkt des Einschlebens in eine fremde Serie – soll regelmäßig ausscheiden.¹³⁰

Web-Grafiken fehlt es regelmäßig an der erforderlichen Schöpfungshöhe. Sie genießen keinen Urheberrechtsschutz, denn es handelt sich bei ihnen im Ausgangspunkt um Fotografien, die am Computer lediglich verfremdet worden sind, um gewisse hell-dunkel-Effekte zu erzielen. Dabei ist nicht ersichtlich, inwieweit dieser Verfremdungseffekt auf besonderen Leistungen beruht, die die Grafiken über das normale handwerkliche Können hinausheben. Web-Grafiken genießen ebenso wenig Lichtbilderschutz nach § 72 UrhG, da es sich hierbei nicht um Lichtbilder handelt, die unter Benutzung strahlender Energie erzeugt worden sind.¹³¹ An dieser Art der Herstellung fehlt es bei Computerbildern, denn das Computerprogramm bringt die Grafik selbständig hervor; der schöpferische Akt liegt in der Programmierung und nicht in der Bildherstellung, so dass Schutzgegenstand bei solchen Computergrafiken daher nur das Programm selbst sein kann, welches das entsprechende Computerbild hervorbringt.¹³² Im Übrigen genießen digitalisierte Schriften jedenfalls hinsichtlich des zugrunde liegenden Computerprogramms einen urheberrechtlichen Schutz nach §§ 69a ff. UrhG.¹³³

Die Rechtsprechung ist im Übrigen, was den **Schutz von Websites** angeht, zurückhaltend.¹³⁴ Die in Werbebannern integrierte Grafik wird typischerweise auch unter Berücksichtigung der besonderen farblichen Gestaltung als nicht schutzfähig angesehen. Allenfalls soll es sich hierbei um ein Werk der angewandten Kunst handeln; dann aber erreiche eine solche Bannergrafik nicht die erforderliche Werkqualität. Im Bereich der angewandten Kunst werden strenge Anforderungen an die Schöpfungshöhe gelegt. Im Hinblick auf den parallel möglichen Designschutz muss es sich um eine Schöpfung individueller Prägung handeln, deren ästhetischer Gehalt einen solchen Grad erreicht, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen

¹²⁹ *OLG Hamburg*, NJW-RR 1999, 483 = MMR 1999, 230 – Tomb Raider. *LG Hamburg*, Urt. v. 12.5.1998 – 312 O 85/98 – Commandos; *LG Düsseldorf*, Urt. v. 12.7.1999 – 20 U 40/99 – Die Siedler III.

¹³⁰ *OLG Hamburg*, NJW-RR 1999, 483. *LG Hamburg*, Urt. v. 12.5.1998 – 312 O 85/98 – Commandos; a.A. *LG Saarbrücken*, Urt. v. 22.12.1998 – 7 IV O 26/98 – Anno 1602.

¹³¹ *OLG Hamm*, GRUR-RR 2005, 73 = MMR 2005, 106.

¹³² *OLG Hamm*, GRUR-RR 2005, 73 = MMR 2005, 106.

¹³³ *LG Köln*, NJW-RR 2000, 1150; *LG Köln*, ZUM 2000, 1099.

¹³⁴ *LG Köln*, MMR 2008, 64; *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2005, 299 = MMR 2005, 705 = CR 2006, 198.

noch von Kunst gesprochen werden kann.¹³⁵ Auch die Webseite soll weder als Sprachwerk noch als Werk der bildenden Kunst wegen der hohen Schutzanforderungen Schutz genießen.¹³⁶ Allein ein einheitliches Design und eine alltägliche grafische Gestaltung der Benutzeroberfläche genüge nicht für das Erreichen der erforderlichen Schöpfungshöhe. In solchen Fällen könne ein Schutz des Designs und der Gestaltung nicht fast „automatisch“ als „kleine Münze“ über § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG erreicht werden.¹³⁷ Inzwischen ist allerdings gerichtlich klargestellt, dass das Design einer Internetseite (und damit auch das Design einer Benutzeroberfläche) auch als nicht eingetragenes Geschmacksmuster geschützt sein kann.¹³⁸ Erforderlich ist lediglich, dass sich in der Internetseite ein Muster findet, das neu ist und Eigenart besitzt. Es ist nicht erforderlich, dass die Internetseite eine besondere gestalterische Leistung aufzeigt.

Für die Schutzfähigkeit eines Sprachwerks soll es sowohl auf seine Art als auch auf seinen Umfang ankommen.¹³⁹ Ist der Stoff des Sprachwerks frei erfunden, so erlangt es nach Auffassung des *LG Köln* eher Urnehberschutz als solche Texte, bei denen der Stoff durch organisatorische Zwecke oder wissenschaftliche und andere Themen vorgegeben ist. Denn dort fehle der im fraglichen wissenschaftlichen oder sonstigen Fachbereich üblichen Ausdrucksweise vielfach die urheberrechtsschutzfähige eigenschöpferische Prägung. Die Gerichte verweisen stattdessen als Schutzmöglichkeit auf das UWG unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden Leistungsschutzes (§ 8 Abs. 1 i.V.m. §§ 3, 4 Abs. 1 Nr. 9 UWG).¹⁴⁰

Anders argumentiert das *OLG Rostock* für eine **suchmaschinen-optimierte Webseite**.¹⁴¹ Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Suchmaschinen im Internet ihre Ergebnisse auf der Grundlage der in den Quelltexten enthaltenen Meta-Tags sowie dem Auftreten der Suchbegriffe im Dokumententitel oder in Überschriften sortieren. Um für eine gewisse Dauer die Auflistung der Webseiten an der Spitze der Suchergebnisse zu erreichen, bedürfe es besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Gestaltung des Internetauftritts. Darin liege die persönliche geistige Schöpfung. Die Auswahl, die Einteilung und die Anordnung der Suchbegriffe aus der Alltagssprache auf den Webseiten und im Quelltext bildeten hier die individuelle, schöpferische Eigenheit. Die Gestaltung mit Mitteln der Sprache erreiche die für die Urheber-

¹³⁵ *BGH*, GRUR 1981, 517, 519 – Rollhocker; *BGH*, NJW 1981, 2252, 2252.

¹³⁶ *OGH*, Urt. v. 16.1.2007 – 4 Ob 198/06f – Übernahme von Code-Schnipseln; *Wiebe*, MR 2007, 142.

¹³⁷ *LG Köln*, ZUM-RD 2008, 489 = MMR 2008, 64.

¹³⁸ *LG Düsseldorf*, Urt. v. 26.6.2013 – 12 O 381/10.

¹³⁹ *LG Köln*, MMR 2008, 64.

¹⁴⁰ *OGH*, Urt. v. 16.1.2007 – 4 Ob 198/06f – Übernahme von Code-Schnipseln. *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 14.4.2010 – 6 U 46/09.

¹⁴¹ *OLG Rostock*, GRUR 2008, 69 = MMR 2008, 116.

rechtsschutzfähigkeit hinreichende Gestaltungshöhe, denn sie übersteige deutlich das Schaffen eines durchschnittlichen Webdesigners, das auf einer routinemäßigen, handwerksmäßigen und mechanisch-technischen Zusammenfügung des Materials beruht.

Auch **multimediale Werke** sind nicht per se als Software i.S.v. § 69a UrhG anzusehen. Zwar wird für sog. Multimediawerke vertreten, dass diese einheitlich als Computerprogramm zu schützen seien.¹⁴² Die vereinzelt gebliebene Auffassung wird jedoch mit Recht von der ganz überwiegenden Auffassung abgelehnt.¹⁴³ Wie sonstige softwaregestützte Benutzeroberflächen werden Multimedia-Anwendungen technisch, nämlich nur durch ein Programm bzw. dessen Befehle und Grafikdaten generiert und dementsprechend erst durch den Programmablauf sichtbar gemacht. Es handelt sich damit aber um das Ergebnis eines Programmbetriebs und nicht um Programme selbst. Computerprogramm i.S.d. § 69a UrhG kann hier verständigerweise nur das Programm sein, welches die Ansteuerung und den Ablauf der einzelnen Bestandteile des Multimediawerks ermöglicht.¹⁴⁴

Ideen und Prinzipien, die einem Computerprogramm zugrunde liegen, einschließlich derjenigen, die den Schnittstellen zugrunde liegen, sind nicht schutzfähig (§ 69a Abs. 2 UrhG). Das Gesetz verweist an dieser Stelle auf den allgemeinen Grundsatz der Ideenfreiheit. Die technische und wissenschaftliche Lehre, die in einem Computerprogramm Eingang gefunden hat, soll gemeinfrei sein. Die Grenzziehung zwischen Idee und Form ist gerade bei Software nicht einfach.¹⁴⁵ In den USA stellt man darauf ab, ob zu der gewählten Lösung eine hinreichende Zahl von Alternativen existiert („dictated by necessities“). Sofern ein Problem nur auf eine einzige Art und Weise programmtechnisch gelöst werden kann, scheidet ein Schutz aus. Fraglich ist, ob dieser Test auf deutsche Verhältnisse übertragbar ist.¹⁴⁶ Man wird sich hier zunächst klar machen müssen, dass die Abgrenzung von Idee und Form zumindest bei Software wertend als Frage nach einem Freihaltebedürfnis geklärt werden muss. Auf dieser Grundlage gilt es zu klären, inwieweit die einzelnen Strukturmerkmale eines Programms durch externe Faktoren (Standards u.a.) diktiert werden oder lediglich Allgemeinwissen beinhalten. Sofern es nur einen einzigen Weg zur Umsetzung einer Idee in eine bestimmte Pro-

¹⁴² Koch, GRUR 1995, 459, 465 f. und wohl auch *OLG Karlsruhe*, GRUR 1994, 726, 729 = NJW 1995, 892 – Bildschirmmasken.

¹⁴³ *OLG Düsseldorf*, MMR 1999, 729; *Wiebke/Funat*, MMR 1998, 69, 71; *Loewenheim*, GRUR 1996, 831, 832; *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, § 69a Rz. 21; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 69a Rz. 18; *Loewenheim*, in: *Schricker*, § 69a Rz. 27.

¹⁴⁴ *LG Köln*, MMR 2006, 52, ZUM 2005, 910.

¹⁴⁵ So auch *OLG Celle*, ECR OLG 148; *Hoeren* in: *Möhring/Nicolini*, § 69a Rz. 10.

¹⁴⁶ Dafür votieren *Czarnota/Hart*, Legal protection of Computer Programs in Europe, 1991, 42; *Wuermeling*, CR 1993, 665, 670; kritisch hingegen *Schulte*, CR 1992, 648, 649; *Wiebe*, BB 1993, 1094, 1095.

grammgestalt gibt, scheidet ein Urheberrechtsschutz ebenfalls aus.¹⁴⁷ Mit der Ideenfreiheit fallen auch abstrakte Problemstellungen und Leitgedanken eines IT-Projektes aus dem Schutzbereich des Immaterialgüterrechts heraus.¹⁴⁸ Geschützt sind nach Auffassung des *EuGH*¹⁴⁹ daher auch nicht die Funktionalität eines Computerprogramms noch die Programmiersprache oder das Dateiformat, die im Rahmen eines Computerprogramms verwendet werden. Denn ansonsten würde man – so der *EuGH* – zum Schaden des technischen Fortschritts und der industriellen Entwicklung die Möglichkeit eröffnen, Ideen zu monopolisieren. Dementsprechend könne der Rechteinhaber einem Anwender nicht verbieten, die Ideen und Grundsätze eines Programms, also dessen Funktionalität, zu ergründen, sofern die vom Nutzer ergriffenen Maßnahmen sich im Rahmen der in der Lizenz gestatteten Handlungen bewegen.

Das Gesetz enthält keine Definition des Begriffs „**Schnittstelle**“. Die Bundesregierung weist nur auf die Präambel der EG-Richtlinie hin, die den Begriff der Schnittstelle definiert als „the parts of the program which provide for ... interconnection and interaction between elements of software and hardware“.¹⁵⁰ Gemeint sind die Informationen, deren Kenntnis zur Herstellung interoperabler Programme notwendig ist (siehe hierzu auch § 69e UrhG). Die „reinen“ Fakten als solche sind freihaltebedürftig und deshalb frei. Lediglich ihre konkrete Umsetzung in einem Computerprogramm kann geschützt werden. Ebenso wie die EU-Richtlinie enthält § 69a UrhG keine Hinweise zu Programmiersprachen und zum Algorithmus. Es ist sehr unklar, warum in der Richtlinie diese Themen ausgelassen worden sind. Nur die Präambel zur Richtlinie macht einige Hinweise zu diesen Themen, indem sie betont, dass die Ideen und Prinzipien, die den „logic algorithms and programming languages“ zu Grunde liegen, nicht urheberrechtsfähig sein können. Dieser (nicht bindende) Hinweis kann nur dahingehend verstanden werden, dass Algorithmen und Programmiersprachen selbst urheberrechtsfähig sind.

2. Standard der Originalität

Nach § 69a Abs. 3 UrhG sind Computerprogramme schutzfähig, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie als **Ergebnis einer eigenen persönlichen Schöpfung** des Autors angesehen werden können.¹⁵¹ Alle anderen Kriterien zur Bestimmung der Schutzfähigkeit, insbesondere qualitative oder ästhetische Kriterien, sind unzulässig. Mit dieser Re-

¹⁴⁷ *Günther*, CR 1994, 610, 612; *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1995, 176.

¹⁴⁸ *OLG Karlsruhe*, GRUR 1994, 726, 729.

¹⁴⁹ *EuGH*, Urf. v. 2.5.2012 – C-406/10 (SAS Institute Inc./World Programming Ltd).

¹⁵⁰ BT-Drs. 12/4022, S. 9.

¹⁵¹ Ähnlich *Cour de cassation chambre criminelle*, GRUR Int. 2004, 1033.

gelung bricht der Softwareschutz mit klassischen Kategorien des Urheberrechtsschutzes. Software ist ein Gegenstand, der auf Grund seiner eher technischen Natur eigentlich über das Patentrecht zu schützen wäre, hätte man nicht in § 1 Abs. 3 PatG die legislative Absage an die Patentfähigkeit von Computerprogrammen. Mit dem **Verzicht auf jedwedes qualitativ-ästhetische Kriterium** wird der Urheberrechtsschutz für Software eröffnet, wobei nach dem Wortlaut der Regelung jedes auch noch so banale Programm schutzfähig sein müsste.

Mit dem Merkmal der „**persönlichen**“ Schöpfung soll darauf verwiesen werden, dass die Tätigkeit eines Menschen als Schöpfer der Software zu Grunde liegen muss. Dies ist regelmäßig der Fall. Probleme entstehen jedoch bei computergenerierter Software. Diese entspricht ihrerseits nicht dem Schöpferprinzip. In Großbritannien hat man daraufhin eine eigene urheberrechtliche Regelung für diesen Bereich geschaffen. Hiernach ist bei solchen Programmen derjenige als Schöpfer anzusehen, der das Entwicklungstool erstellt hat.

Der *BGH* hat bereits in der Buchhaltungsprogramm-Entscheidung darauf hingewiesen, dass § 69a Abs. 3 UrhG auf jeden Fall zu einer **Herabsetzung der Schutzanforderungen** für Software führen müsse.¹⁵² Keine Rolle spielt folglich mehr der „ästhetische Gehalt“ eines Programms¹⁵³ oder das Erfordernis einer deutlich überdurchschnittlichen Gestaltung. Software ist auch dann schutzfähig, wenn die (niedrige) Gestaltungshöhe bei einer anderen Werkart die Annahme einer persönlich-geistigen Schöpfung nicht rechtfertigen würde.¹⁵⁴ Erfordert die Entwicklung eines Programms Fähigkeiten und Kenntnisse, die über dem Können eines Durchschnittsprogrammierers liegen, reicht dies für § 69a Abs. 3 Satz 2 UrhG aus.¹⁵⁵ Noch geringer hat das *OLG Düsseldorf* die Messlatte gesetzt. Es soll ausreichen, dass für den Programmierer bei der Lösung der ihm gestellten Aufgabe ein hinreichender Spielraum zur individuellen Gestaltung verbleibt und die Konzeption Eigentümlichkeiten aufweist, die nicht als trivial, banal und von der Sachlogik her zwingend vorgegeben erscheinen.¹⁵⁶ Das *OLG Karlsruhe* stellt darauf ab, ob für den Programmierer ein nicht unerheblicher Spielraum bei der Gestaltung der Software zur Verfügung steht bzw. inwieweit bei übereinstimmenden sachlichen Vorgaben andere Gestaltungsformen möglich gewesen wären.¹⁵⁷ Dieses Kriterium kommt vor allem bei der Gestaltung von Bildschirmoberflächen zum Tragen. Denn hier befindet sich der

¹⁵² BGHZ 208, 211 = NJW 1993, 3136, 3137 = CR 1993, 752, 753; ähnlich *Ullmann*, CR 1992, 641, 643; *Dreier*, GRUR 1993, 781, 782; *Erdmann/Bornkamm*, GRUR Int. 1991, 877, 878; *Haberstumpf*, GRUR Int. 1992, 875.

¹⁵³ So aber noch *LG Mannheim*, BB 1981, 1543.

¹⁵⁴ So *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1995, 176, 177 = CR 1994, 606, 609; offen gelassen in *LG Oldenburg*, CR 1996, 217, 218.

¹⁵⁵ *LG Oldenburg*, CR 1996, 217, 218; *LG Oldenburg*, GRUR 1996, 481, 482.

¹⁵⁶ *OLG Düsseldorf*, CR 1997, 337.

Programmierer häufig in einer Reihe von Sachzwängen, so dass der Spielraum für eine individuelle Schöpfung gering ist.

Im Ergebnis ist zumindest auch die sog. **kleine Münze** vom Schutz umfasst.¹⁵⁸ Einfache Computerprogramme genießen urheberrechtlichen Schutz, sofern sie nicht völlig banal sind. Dabei steht selbst der Ausschluss banaler Schöpfungen im Widerstreit mit dem Verbot der Verwendung qualitativer Prüfungskriterien. Das UrhG verfügt mit dem Softwareschutz vielmehr erstmals über einen Leistungsschutz im urheberrechtlichen Gewand.¹⁵⁹ Allerdings bleibt ein gewisses Mindestmaß an geistiger Schöpfung erforderlich, weil Individualität bzw. die „eigene geistige Schöpfung“ letztlich nichts anderes als eine persönliche geistige Schöpfung i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhG ist. Deswegen ist es nicht etwa ausreichend, die Individualität als „statistische Einmaligkeit“ zu verstehen oder etwa überhaupt keine Schöpfungshöhe zu verlangen.¹⁶⁰ Ausreichend soll es aber schon sein vorzutragen, dass das Computersystem marktgängig ist und/oder von einer Mehrzahl von Programmierern im Zuge jahrelanger Arbeit und Fortentwicklung entwickelt worden ist.¹⁶¹ Ähnlich stellt der österreichische *OGH*¹⁶² darauf ab, ob die gestellte Aufgabe mehrere Lösungen zuließ und der Programmierer genügend gedanklichen Spielraum für die Entwicklung individueller Merkmale hatte. Dies sei entweder bei komplexen Programmen oder dann anzunehmen, wenn sich im Werk ein ungewöhnlicher Grad an Erfahrung, Gewandtheit und Fachkenntnis manifestiere. Maßgeblich sei auch, ob ein Programm neu geschaffen wird oder ob der Programmierer im Wesentlichen auf bereits vorhandene Programmbausteine zurückgreifen kann.¹⁶³ Eigenwillig ist allerdings die Haltung des *OLG Hamm*, das davon ausgeht, die Originalität eines Quellcodes ohne technische Hilfe aus eigener Sachkunde beurteilen zu können.¹⁶⁴

Die Gerichte ziehen aus der Herabsenkung der Gestaltungshöhe **auch prozessuale Konsequenzen**, etwa für die Darlegungslast im Urheberverletzungsprozess. Nach Auffassung des *BGH* ist von einer tatsächlichen Vermutung der Urheberrechtsschutzfähigkeit auszugehen.¹⁶⁵

¹⁵⁷ *OLG Karlsruhe*, CR 1996, 606, 610; ähnlich *LG München I*, CR 1998, 655.

¹⁵⁸ *OLG Hamburg*, CR 1998, 332, 333; ähnlich *Dreier*, GRUR 1993, 781, 782; *Lehmann*, GRUR Int. 1991, 327, 329; *Raubenheimer*, CR 1994, 69.

¹⁵⁹ *LG München I*, CR 1995, 344.

¹⁶⁰ *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2002, 217.

¹⁶¹ *OLG Hamm*, GRUR-RR 2008, 154, 155.

¹⁶² *OGH*, Urt. v. 16.1.2007 – 4 Ob 198/06f = Medien und Recht 2007, 138–143 m. Anm. *Wiebke/Walter* – Übernahme von Code-Schnipseln.

¹⁶³ *OGH*, Urt. v. 16.1.2007 – 4 Ob 198/06f = Medien und Recht 2007, 138–143 m. Anm. *Wiebke/Walter* – Übernahme von Code-Schnipseln.

¹⁶⁴ *OLG Hamm*, GRUR-RR 2008, 154, 155.

¹⁶⁵ *BGH*, NJW-RR 2005, 1403 = GRUR 2005, 860 = MMR 2005, 845; *LG Mannheim*, CR 1994, 627; ähnlich auch in der Literatur *Loewenheim*, in: Schricker, § 69a Rz. 21; *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 877, 879; *Günther*, CR 1994, 610.

Auch kleinere Werke oder Werkteile sind geschützt. Bei komplexer Software spricht schon die Komplexität für eine ausreichende individuelle Schöpfung des Urhebers.¹⁶⁶ Ausreichend ist allerdings nicht der Hinweis auf die Einsatzmöglichkeiten des Programms.¹⁶⁷ Erforderlich ist vielmehr, dass der Kläger dartut, inwiefern die von ihm jeweils gewählten Einzelmerkmale nicht bereits durch die Problemstellung technisch vorgegeben sind.¹⁶⁸ Allerdings muss der Urheber die Spezifika seiner Software darlegen.¹⁶⁹ Notwendig ist eine globale Beschreibung, aus der hervorgeht, dass es sich bei dem fraglichen Programm nicht um eine völlig banale Programmgestaltung oder um eine Nachahmung eines fremden Programms handelt. Ohne eine solche Beschreibung wäre es für das Gericht unmöglich, die Übernahme der charakteristischen Merkmale durch den Verfahrensgegner nachzuvollziehen.

Restriktiver sieht das *OLG Celle* die Anforderungen an die Darlegungslast. Im Verfügungsverfahren soll es nicht möglich sein, die Urheberrechtsfähigkeit – etwa durch Vorlage des Quellformats an einen Sachverständigen – glaubhaft zu machen.¹⁷⁰ Das Gesetz biete keine Lösungen an, die es mit den Mitteln des einstweiligen Verfügungsverfahrens gestatten, zu einer so verlässlichen Entscheidungsgrundlage zu gelangen, dass es gerechtfertigt wäre, so weitreichende Folgen anzuordnen, wie sie mit einem Vertriebsverbot verbunden wären.

3. Urheberrecht und Arbeitsverhältnis

Literatur:

Buchner, Der Schutz von Computerprogrammen und Know-How im Arbeitsverhältnis; *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993; *Däubler*, Arbeitsrecht und Informationstechnologien, CR 2005, 767; *Gennen*, Die Software-Entwicklergemeinschaft, ITRB 2006, 161; *Gennen*, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Köln 2006 Kap. E I.; *Sack*, Computerprogramme und Arbeitnehmer-Urheberrecht unter Berücksichtigung der Computerprogramm-Richtlinie der EG vom 14.5.1991, BB 1991, 2165; *Sack*, Arbeitnehmer-Urheberrechte an Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, UFITA 121 (1993), 15; *Sack*, Nach §§ 69a ff. UrhG geschützte Computerprogramme, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, § 102; *Sujecki*, Vertrags- und urheberrechtliche Aspekte von Open Source Software im deutschen Recht, Jur PC 2005, Web-Dok. 145/2005; *von der Hoff*, Die Vergütung angestellter Software-Entwickler, 2008.

Die kontinentaleuropäische Urheberrechtstradition hat zahlreiche Probleme mit der Entwicklung von Werken im Beschäftigungsverhältnis. Seit der französischen Revolution wird es als

¹⁶⁶ *BGH*, Urt. v. 20.9.2012 – I ZR 90/09.

¹⁶⁷ *LG München I*, CR 1998, 655.

¹⁶⁸ *LG München I*, CR 1998, 655.

¹⁶⁹ *KG*, Urt. v. 6.9.2010 – 24 U 71/10, ZUM-RD 2011, 544.

¹⁷⁰ *ECR OLG 148*; a.A. *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2002, 217.

unveräußerliches Menschenrecht betrachtet, seine Kreativität in originellen Werken auszudrücken. Deshalb wird der Schöpfer eines Werkes als Inhaber aller Rechte angesehen, selbst wenn er von einem Arbeitgeber mit der Entwicklung dieses Werkes beauftragt worden ist (vgl. § 29 UrhG). Darüber hinaus lässt das deutsche Urheberrecht juristische Personen als Inhaber von Urheberrechten nicht zu. Folglich wird **der Arbeitnehmer grundsätzlich als Urheber** qualifiziert; vertragliche Beschränkungen dieses Prinzips sind ungültig. Der Arbeitgeber erwirbt kein Urheberrecht an der Software, selbst wenn er seinen Arbeitnehmer zur Entwicklung neuer Software beschäftigt. Allerdings kann sich der Arbeitgeber ausschließliche oder einfache Nutzungsrechte an der Software vertraglich ausbedingen.

a) Reichweite von § 69b UrhG

Wenn der Arbeitgeber dies im Arbeitsvertrag nicht tut, sollen ihm nach der sog. **Zweckübertragungsregel** diejenigen Rechte zukommen, die nach dem Zweck des Arbeitsvertrages erforderlich sind (§ 31 Abs. 5 i.V.m. § 43 UrhG). Der Arbeitgeber erhält hiernach auch die Rechte für Software, die vor Inkrafttreten der §§ 69a ff. UrhG zum 24.6.1993 entwickelt worden sind, sofern die Softwareentwicklung in Erfüllung der Arbeitspflicht vorgenommen worden ist.¹⁷¹

Dieser Grundsatz ist für Software in **§ 69b Abs. 1 UrhG** kodifiziert worden. Wenn ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in der Ausführung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten oder gemäß den Instruktionen seines Arbeitgebers entwickelt worden ist, sollen dem Arbeitgeber ausschließlich alle wirtschaftlich relevanten Rechte zustehen, es sei denn, der Vertrag sieht etwas anders vor. Diese Regelung soll sich auch auf Arbeitsverträge der öffentlichen Hand beziehen (§ 69b Abs. 2 UrhG). Für Auftragsverhältnisse kommt die Regelung jedoch nicht zur Anwendung; insofern kommt es auf die (schwierige) Abgrenzung von Auftrag und Arbeitsvertrag entscheidend an. Allerdings kann der Programmierer auch im Falle einer Tätigkeit als freier Mitarbeiter nach § 31 Abs. 5 UrhG konkludent umfassende Nutzungsrechte eingeräumt haben.¹⁷² Für eine solche Annahme spricht z.B., dass der Entwickler eines zur Vermarktung bestimmten Programms im Rahmen eines Dienstvertrages für seine Tätigkeit ein monatliches Entgelt erhielt.¹⁷³

¹⁷¹ *OLG Frankfurt*, ECR OLG 166; ähnlich bereits *BAG*, GRUR 1984, 429, 431 – Statikprogramme. Zur alten Rechtslage siehe auch *Rojahn*, in: Schrickler, UrhG, 1. Aufl., 1987, § 43 UrhG Rz. 64; *Rehbinder*, in: FS für Roeber, 1973, 481, 489; *Ullmann*, GRUR 1987, 6, 8; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, 29, 118.

¹⁷² Vgl. *BGH*, GRUR 1986, 885, 886, NJW-RR 1987, 103 – METAXA; *Ullmann*, GRUR 1987, 6, 11.

¹⁷³ *BGH*, MMR 2005, 845 = GRUR 2005, 860 = NJW-RR 2005, 1403 = CR 2005, 854 m. Anm. Heymann – Fash 2000.

Die Regelung des § 69b UrhG führt zu einem wichtigen Wechsel im deutschen Urheberrecht: Der Arbeitgeber bekommt **alle wirtschaftlichen Rechte**, selbst wenn sein Arbeitnehmer nicht als Vollzeit-Softwareentwickler beschäftigt wird. Zusätzlich braucht er seine Rechte nicht mehr rechtlich einzuklagen, falls sich der Arbeitnehmer diesbezüglich weigert; stattdessen wird er Inhaber der Rechte, selbst im Falle einer Verweigerung durch den Arbeitnehmer. Kraft Gesetzes sind dem Arbeitgeber – wie es in der Gesetzesbegründung zu § 69b UrhG heißt – „die vermögensrechtlichen Befugnisse (...) vollständig zuzuordnen“.¹⁷⁴ Mit dieser Vorschrift wird die bereits vor deren Inkrafttreten bestehende Rechtsüberzeugung fortgeschrieben, dass der als Arbeitnehmer tätige Schöpfer urheberrechtsfähiger Werke für seine Leistung regelmäßig dann mit seinem Arbeitslohn abgegolten ist, wenn die Schaffung derartiger Werke zu seinen arbeitsrechtlichen Pflichten nach den mit dem Arbeitgeber getroffenen Absprachen gehört oder von diesem sonst nach dem Arbeitsvertrag verlangt werden kann. Dieses überwiegend als gesetzliche Lizenz verstandene Benutzungs- und Verwertungsrecht fällt dem Arbeitgeber im Anwendungsbereich des § 69b UrhG in jedem Stadium der Entstehung an.¹⁷⁵

Dieser gesetzlich normierte Übergang der wirtschaftlichen Verwertungsrechte **wird nicht von einer Gegenleistung des Arbeitgebers abhängig** gemacht. Das lässt nur den Schluss zu, dass der von der Regelung betroffene Arbeitnehmer eine solche Vergütung jedenfalls grds. nicht beanspruchen kann.¹⁷⁶ Der Arbeitnehmer hat folglich – anders als im Patentrecht – keinen Anspruch auf weitere Vergütung für die Nutzung und Verwertung seiner Software durch den Arbeitgeber, da er bereits durch seinen Lohn für die Entwicklung des Programms bezahlt worden ist.¹⁷⁷ Dem Arbeitnehmer soll jedoch eine Sonderbelohnung zustehen, wenn dessen Lohn außerordentlich disproportional zum ökonomischen Erfolg seiner Software war.¹⁷⁸ Zur Begründung wurde früher auf § 36 UrhG a.F. rekurriert.¹⁷⁹ Seit dem 28.3.2002 gilt insoweit § 32a UrhG.¹⁸⁰

Die Regelung gilt für **Arbeitsverträge jedweder Art**, unabhängig vom Beschäftigungsumfang oder der Größe des beschäftigenden Unternehmens. Unter den Begriff des Arbeitsvertrages fallen somit auch Teilzeitverträge, Verträge mit Auszubildenden und Leiharbeitsverträge

¹⁷⁴ BT-Drs. 12/4022, S. 10.

¹⁷⁵ *BGH*, MMR 2002, 101 = GRUR 2002, 149 = NZA-RR 2002, 202 – Wetterführungspläne II.

¹⁷⁶ *BGH*, MMR 2002, 101 = GRUR 2002, 149 = NZA-RR 2002, 202 – Wetterführungspläne II.

¹⁷⁷ *BGH*, MMR 2001, 131 = CR 2001, 139 – Wetterführungspläne I; *LAG*, RDV 1987, 145; *OLG Düsseldorf*, ZUM 2004, 756; ähnlich auch *Ullmann*, CR 1986, 504 ff.

¹⁷⁸ *BAG*, GRUR 1966, 88.

¹⁷⁹ Siehe *BGH*, NJW 2002, 1352 = GRUR 2002, 149 – Wetterführungspläne II. Vgl. *Vinck*, in: *Fromm/Nordemann*, § 36 Rz. 4; *Buchner*, GRUR 1985, 1 ff.

im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung. Für die Beziehungen eines VerwerTERS zu freien Mitarbeitern oder Softwarehäusern gilt die Regelung nicht. Solche typischerweise über Werkvertragsrecht abzuwickelnden Vertragsverhältnisse werden über § 31 Abs. 5 UrhG i.V.m. § 69a Abs. 4 UrhG abgewickelt. Sofern also im Entwicklungsvertrag keine besondere Regelung zur Rechteübertragung enthalten ist, gilt der Grundsatz: in dubio pro auctore.¹⁸¹ Dies führt allerdings nicht zu gravierenden Unterschieden. Dem Auftraggeber eines freien Mitarbeiters steht folglich das ausschließliche Nutzungsrecht an dem Programm zu, sofern nicht anderweitige Regelungen vorliegen.¹⁸² Dies schließt das Recht ein, den Source Code zu erhalten und zu nutzen.¹⁸³

Über § 69b Abs. 2 UrhG findet die Bestimmung **auch im öffentlichen Dienst**, insbesondere auf Dienstverhältnisse der Beamten, Anwendung. Letztere Regelung findet sich nicht in der EU-Richtlinie, sondern ist erst im Umsetzungsverfahren auf Grund kritischer Stimmen in der Literatur in die Vorschrift aufgenommen worden.

Die Vorschrift ist abseits des Bereichs der Arbeitsverträge und Dienstverhältnisse **eng auszu-legen**. Dies ergibt sich aus dem Grundgedanken des § 29 Satz 2 UrhG, wonach das Urheberrecht einschließlich der verwertungsrechtlichen Befugnisse grundsätzlich beim angestellten Programmierer verbleibt. Keine Anwendung findet die Bestimmung daher auf Auftragsverhältnisse, etwa bei Softwareentwicklungsvereinbarungen mit einem Softwarehaus. Zwar sah der erste Entwurf der Softwareschutzrichtlinie noch eine entsprechende Anwendung auf Auftragsverträge vor. Dieser Vorschlag ist jedoch nicht in den endgültigen Text der Richtlinie aufgenommen worden. Auch auf arbeitnehmerähnliche Personen dürfte die Bestimmung nicht anwendbar sein. Die Konstruktion dient nur dazu, bestimmte Gruppen Selbständiger zu ihrem Schutz einem Arbeitnehmer partiell gleichzustellen. Eine Anwendung zu Lasten der Betroffenen ist damit ausgeschlossen.

Der Arbeitnehmer bzw. Dienstverpflichtete muss **in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach Anweisungen des Arbeitgebers gehandelt** haben. „Wahrnehmung von Aufgaben“ verweist auf die allgemeine Beschreibung der Arbeitsaufgaben, wie sie entweder tarifvertraglich oder im Rahmen des Arbeitsvertrages fixiert ist. Sofern also ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Pflichten mit der Entwicklung von Computerprogrammen betraut worden ist, hat der Arbeitgeber im Zweifel das ausschließliche Nutzungsrecht, um die

¹⁸⁰ Siehe zu den zeitlichen Fristen § 132 III 2 UrhG n.F.

¹⁸¹ Siehe *BGH*, NJW 1995, 3252 – Architekturbüro.

¹⁸² *OLG Frankfurt*, ECR OLG 195.

¹⁸³ *OLG Frankfurt*, ECR OLG 195.

geschaffene Software kommerziell ausnutzen zu können.¹⁸⁴ Der Begriff der Arbeitsaufgaben wird von der herrschenden Auffassung weit interpretiert. Auch die Verbesserung des Arbeitsplatzes und -umfeldes gehört zu den allgemeinen Aufgaben eines Arbeitnehmers.¹⁸⁵ Es reicht aus, dass die Computerprogramme während der Arbeitszeit mit Billigung und auf Kosten des Arbeitgebers erstellt worden sind.¹⁸⁶ Die Tatsache, dass der Arbeitnehmer seiner Arbeitstätigkeit zu Hause nachgeht, ändert an der Anwendbarkeit des § 69b UrhG nichts. Dies gilt selbst dann, wenn er in seiner Freizeit noch Arbeitsaufgaben wahrnimmt.¹⁸⁷ Der Arbeitgeber, der seinem Arbeitnehmer zur Erstellung eines Computerprogramms von sonstigen Tätigkeiten sowie der betrieblichen Anwesenheitspflicht zeitweilig freigestellt hat, ist auch dann Inhaber der in § 69b UrhG beschriebenen Rechte an dem Programm, wenn dessen Entwicklung überwiegend außerhalb der regulären Arbeitszeiten vorangetrieben worden ist.¹⁸⁸

Anweisungen des Arbeitgebers bezeichnen dessen Einzelweisungen. Zu beachten ist allerdings arbeitsrechtlich, dass Einzelweisungen sich im Rahmen der arbeitsvertraglichen Pflichten zu halten haben.¹⁸⁹ Wichtig ist der innere Zusammenhang zu den Tätigkeitsfeldern des Arbeitnehmers.¹⁹⁰

Es bleiben allerdings noch **unklare Lagen** bestehen. Unklar ist die Rechtslage, wenn ein Arbeitnehmer Software abseits seiner Arbeitsaufgaben und Einzelweisungen nebenbei im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses entwickelt. In einem solchen Fall ging bereits die ältere Rechtsprechung davon aus, dass dem Arbeitgeber ein einfaches Nutzungsrecht an der Software zustehen muss, damit dieser die Software in seinem Geschäftsbetrieb einsetzen kann.¹⁹¹ Zweifelhaft bleibt jedoch, ob dem Arbeitgeber in dieser Konstellation auch ein ausschließliches Nutzungsrecht zukommen soll. Das *LG München*¹⁹² hat im Falle eines Beamten, der nicht ausdrücklich mit der Softwareentwicklung beauftragt worden war, dem Dienstherrn jegliche Nutzungsrechte aberkannt. Allerdings hat das Gericht dann über eine analoge Anwendung der Grundsätze zum Arbeitnehmererfindungsrecht dem Dienstherrn die Möglichkeit eingeräumt, die Nutzungsrechte an sich zu ziehen, sofern die Software maßgeblich auf Erfah-

¹⁸⁴ So bereits zum alten Recht *OLG Karlsruhe*, CR 1987, 763; *LAG München*, CR 1987, 509; *LAG Schleswig-Holstein*, BB 1983, 994; *OLG Koblenz*, BB 1983, 992.

¹⁸⁵ *BAG*, DB 1984, 991 – Statikingenieur; *Schneider*, C 595.

¹⁸⁶ *KG Berlin*, NZA 1997, 718 = NJW-RR 1997, 1405 = CR 1997, 612.

¹⁸⁷ *Dreier/Schulze*, UrhG, § 69b Rz. 8; *Loewenheim*, in: Schrickler, Urheberrecht, 2. Aufl., § 69b Rz. 10.

¹⁸⁸ *OLG Köln*, CR 2005, 557 = GRUR-RR 2005, 302 = MMR 2005, 616.

¹⁸⁹ A.A. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 27.5.2004, AfP 2004, 583 = ZUM 2004, 756; hiernach soll es irrelevant sein, wann und wo das Werk geschaffen worden ist.

¹⁹⁰ *BGH*, GRUR 2001, 155 – Wetterführungspläne; *OLG München*, ZUM-RD 2000, 8. 12; *KG Berlin*, ZUM 1998, 167.

¹⁹¹ *BGH*, CR 1985, 22.

¹⁹² *LG München*, CR 1997, 351.

rungen oder Arbeiten des Betriebs beruht. Das Kammergericht geht in seiner Entscheidung „Poldok“ davon aus, dass alle Nutzungsrechte an einem Programm dem Arbeitgeber zustehen, wenn sich der Urheber der Personal- und Sachmittel des Arbeitgebers bedient und während seiner Arbeitszeit die zur Schaffung seines Werkes erforderlichen Tätigkeiten entfaltet.¹⁹³ In der Literatur wird mit einem „richtig verstandenen neugefassten Aufgabenbereich“ argumentiert.¹⁹⁴ Sofern der Arbeitnehmer mit Billigung des Arbeitgebers eine betriebliche Nutzung anvisiert habe, sei die Software freiwillig in Erweiterung des Aufgabenbereichs erstellt worden und dem Arbeitgeber konkludent ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt worden.

Ein Arbeitnehmer darf Software frei nutzen und verwerten, die er **außerhalb der Arbeitszeit** entwickelt hat. Es wurde bislang aber diskutiert, ob nicht bestimmte Vorschriften des Patentrechts in einem solchen Fall analog angewandt werden können.¹⁹⁵ Streitig ist insbesondere, ob der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen über seine Erfindung informieren und ihm die Erfindung anbieten muss.¹⁹⁶ Für die Reichweite von § 69b UrhG ist es unerheblich, ob der Arbeitnehmer das Computerprogramm in seiner Freizeit oder während der regulären Arbeitszeit geschaffen hat, sofern feststeht, dass er nur in Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben und Weisungen handelt. Einen Schöpfungsprozess in eine Phase innerhalb oder außerhalb der Freizeit aufzuteilen, ist in einem solchen Fall nicht sachgerecht. Wird also ein Programmierer von seinen sonstigen Tätigkeiten und einer betrieblichen Anwesenheit zeitweilig freigestellt, um zu Hause an dem Programm zu arbeiten, gehören die Rechte an dem entwickelten Programm dem Arbeitgeber.¹⁹⁷

Der Arbeitgeber hat keine Rechte an Software, **die vor Beginn des Arbeitsverhältnisses oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses** entwickelt worden ist.¹⁹⁸ Eine Ausnahme gilt nur, soweit ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber ein Programm unentgeltlich überlässt und dieser das Programm für seine Zwecke erkennbar adaptiert; hier soll dem Arbeitgeber zumindest ein einfaches Nutzungsrecht verbleiben.¹⁹⁹ Ein Softwareentwickler darf jedoch nicht die Entwicklung eines Programms stoppen, um sein Beschäftigungsverhältnis zu lösen und dann das Programm später für sich selbst auszunutzen; tut er dies, bekommt der Arbeit-

¹⁹³ *KG Berlin*, NJW-RR 1996, 1066 für den Fall eines programmierenden Hochschullehrers.

¹⁹⁴ *Buchner*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz, XI 31; ähnlich *Schneider*, C 597.

¹⁹⁵ *Buchmüller*, Urheberrecht und Computersoftware, Diss. Münster 1987, 99; *Henkel*, BB 1987, 836 f.

¹⁹⁶ § 19 Arbeitnehmererfindungsgesetz analog; siehe hierzu *Däubler*, AuR 1985, 169, 174 f.; *Kolle*, GRUR 1985, 1016, 1020.

¹⁹⁷ *OLG Köln*, CR 2005, 557 = GRUR-RR 2005, 302 = MMR 2005, 616.

¹⁹⁸ *BGH*, GRUR 1985, 129; *LAG München*, RDV 1987, 145.

¹⁹⁹ *BAG*, CR 1997, 88; *BGH*, NJW 1997, 1025, 1026.

geber eine ausschließliche Lizenz, obwohl das Programm unabhängig vom Beschäftigungsverhältnis zu Ende entwickelt worden ist.²⁰⁰

§ 69b UrhG sichert dem Arbeitgeber bzw. Dienstherrn **alle „wirtschaftlichen Rechte“** an dem Computerprogramm zu. Dieser Begriff ist dem klassischen Urheberrecht fremd. Gemeint sind hier die ausschließlichen, zeitlich und räumlich unbeschränkten Nutzungsrechte i.S.v. § 31 Abs. 3 UrhG. Der Begriff „wirtschaftliche Rechte“ beinhaltet nicht die Urheberpersönlichkeitsrechte. Diese ideellen Rechte wollen weder die EG-Richtlinie noch das Urheberrechtsgesetz regeln;²⁰¹ es bleibt insofern beim alten Recht. Die **Urheberpersönlichkeitsrechte** bleiben folglich immer beim Arbeitnehmer. Diese Rechte beinhalten vor allem das Recht, als Autor benannt zu werden, und das Recht, die Software zu bearbeiten (§ 39 UrhG); hinzu kommen weitere Nebenrechte.²⁰² Diese Rechtslage ist sehr unvorteilhaft für den Arbeitgeber – besonders im Vergleich zum angloamerikanischen Urheberrechtssystem, wonach der Arbeitgeber als Urheber des entwickelten Programms gilt. Allerdings wird in der Literatur ein vertraglicher Verzicht auf die Ausübung dieser Persönlichkeitsrechte für möglich erachtet.²⁰³

Die Nutzungsrechte erstrecken sich nicht nur auf das Programm im Object Code. Vielmehr ist gerade der **Source Code** von dieser Regelung umfasst. Gleiches gilt für das Entwurfsmaterial, insbesondere die technische Dokumentation. Für weitere Unterlagen ist auf § 31 Abs. 5 i.V.m. § 43 UrhG abzustellen. Löscht ein Arbeitnehmer auf dem Firmennotebook ein Programm, so dass der Arbeitgeber das Notebook und Daten darauf nicht mehr nutzen kann, ist dies ein Grund für eine außerordentliche Kündigung. Denn das Aufspielen eines Programms stellt ein **Verarbeitungsvorgang i.S.v. § 950 BGB** dar, die beim Arbeitgeber als Herstellerin i.S.v. § 950 BGB zum gesetzlichen Eigentumserwerb geführt hat. Der Arbeitnehmer hat daher das Notebook nebst dem von ihm aufgespielten Programm gem. § 985 BGB herauszugeben, unabhängig von der urheberrechtlichen Rechtslage.²⁰⁴

Für Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über die Nutzung von Computerprogrammen, die der Arbeitnehmer geschaffen oder eingebracht hat, ist der **Rechtsweg** zu den ordentlichen Gerichten gegeben (vgl. § 104 UrhG, § 2 Abs. 2b ArbGG).²⁰⁵

²⁰⁰ *BGH*, NJW 1981, 345.

²⁰¹ So ausdrücklich BT-Drs. 12/4022, 10.

²⁰² Recht auf Zugang zu Werkstücken gem. § 25 UrhG; Rückrufrechte gem. §§ 41 f. UrhG u.a.

²⁰³ *Seetzen*, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, München 1969, 49 ff.; *Schricker*, FS für Hubmann, Frankfurt 1985, 409 ff.

²⁰⁴ *Sächsisches LAG*, MMR 2008, 416.

²⁰⁵ *BAG*, NJW 1997, 1025 = ZUM 1997, 67 = CR 1997, 88.

b) Rechteverteilung im Team

Bei der Programmierung stellt sich häufig die Situation, dass diese nicht von einem einzigen Programmierer, sondern von einem ganzen **Team** vorgenommen wird. Hier kommt § 8 UrhG zum Tragen mit der Grundkonstruktion einer Miturheberschaft, die zu der notwendigen Wahrnehmung der Rechte in Gesamthand führt. § 8 UrhG setzt das Vorliegen einer einheitlichen Schöpfung voraus, bei der sich die beteiligten Urheber unter einer Gesamtidee unterordnen.²⁰⁶ So sollen z.B. **Software-Updates** regelmäßig nicht unter § 8 UrhG fallen, da es sich um losgelöste, nachträglich erstellte Produkte handelt.²⁰⁷ Der Umfang und die Größe der einzelnen Programmierleistungen sind irrelevant, sofern die einzelne Programmierleistung in sich schutzfähig ist.²⁰⁸ Erstellt jemand nur die **allgemeine Programmieraufgabe**, ohne selbst an der Programmierung beteiligt zu sein, bekommt er kein Urheberrecht und gehört insofern auch nicht zu der Miturhebergruppe.²⁰⁹ So kann insbesondere der Auftraggeber selbst nicht Urheberrecht nur deshalb reklamieren, weil er seine Ideen in ein IT-Projekt eingebracht hat. Urheber im Hochschulbereich ist nicht der Hochschullehrer, der nur die Ideen für ein IT-Projekt einbringt, ohne selbst programmierend tätig zu sein. Konzeptionelle Vorgaben betriebswirtschaftlicher Art, die in die Softwareentwicklung einfließen, rechtfertigen keine Urheberschaft an der Software.²¹⁰ Miturheberschaft liegt vor, wenn der Urheber eines unvollständigen Werks mit einem anderen bei dessen Vervollständigung zusammenarbeitet und sich die Beiträge der später in den Werkschöpfungsprozess eintretenden Personen nicht in einer bloßen Gehilfentätigkeit erschöpfen.²¹¹ Bei Miturheberschaft stehen den Miturhebern die Urheberrechte gem. § 8 Abs. 2 UrhG gesamthänderisch zu. Jeder Miturheber ist gem. § 8 Abs. 3 Satz 3 UrhG berechtigt, Ansprüche aus Verletzungen des gemeinsamen Urheberrechts geltend zu machen. Der Miturheber kann jedoch nur Leistung an alle Miturheber verlangen.

Die an der Miturhebergruppe beteiligten Programmierer bilden eine Gesamthandsgemeinschaft (§ 8 Abs. 2 UrhG). Aufgrund dessen kann zwar der einzelne Programmierer bei Urheberrechtsverletzung auf Unterlassung klagen; Schadensersatzansprüche müssen aber von der Gesamthand geltend gemacht werden.²¹² Auch ist eine Verwertung von Einzelleistungen bei einer solchen Konstruktion unmöglich; es bedarf für die Klärung der wirtschaftlichen Verwertung einer Einwilligung aller Beteiligten. Dies macht insbesondere bei Open-Source-

²⁰⁶ *BGH*, CR 2005, 854, 856; *BGH*, GRUR 2005, 860, 863.

²⁰⁷ *BGH*, CR 2005, 854, 856; *BGH*, MMR 2005, 845, 847.

²⁰⁸ *BGH*, CR 1993, 752.

²⁰⁹ *OLG Köln*, CR 2005, 624, 625.

²¹⁰ *OLG Köln*, K&R 2006, 43.

²¹¹ *LG Düsseldorf*, ZUM 2007, 559.

Produkten viele Schwierigkeiten, da hier eine Vielzahl meist unbekannter Programmierer an der Entwicklung eines solchen Open-Source-Produktes beteiligt sind.

Die Entwicklergemeinschaft ist folglich als Gesamthand ausgekleidet. Unabhängig vom quantitativen Umfang der Anteile einzelner Miturheber besteht ein **dauerhaftes gesetzliches Schuldverhältnis**, das nicht im Wege der Kündigung aufgelöst werden kann. Denkbar ist nur der Verzicht auf den Anteil (§ 8 Abs. 4 Satz 1 UrhG). Die Geschäftsführung und Vertretung hängt somit an dem Willen aller beteiligten Miturheber. Allerdings darf ein Miturheber seine Einwilligung nicht wider Treu und Glauben verweigern (§ 8 Abs. 2 Satz 2 UrhG). Insofern können ihn die anderen Miturheber auf Abgabe einer entsprechenden Einwilligung im Rahmen von § 894 ZPO verklagen. Allerdings sind die Regelungen des § 8 Abs. 2–4 UrhG dispositiv. Es bietet sich insofern an, gerade in Bezug auf Softwareteams eine abweichende Regelung zu treffen.

4. Rechte des Softwareurhebers

Literatur:

Dreier, Verletzung urheberrechtlich geschützter *Software* nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993, 781; *Günther*, Änderungsrechte des Softwarenutzers, CR 1994, 321; *Lehmann*, Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, 1822; *Lehmann*, Vermieten und Verleihen von Computerprogrammen. Internationales, Europäisches und deutsches Recht, CR 1994, 271; *Sujecki*, Vertrags- und urheberrechtliche Aspekte von Open Source Software im deutschen Recht, Jur PC 2005, eb-Dok 145/2005; *Zahrnt*, Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht, CR 1994, 455.

Der Programmierer hat das **ausschließliche Recht zur körperlichen und unkörperlichen Verwertung des Werkes**, letzteres allerdings nur hinsichtlich der öffentlichen Wiedergabe.

a) Vervielfältigung

Literatur:

Gutman, Abruf im Internet von unbekanntem und offensichtlich urheberrechtlich unrechtmäßigen Werken, MMR 2003, 706; *Nordemann*, CPU-Klauseln in Softwareüberlassungsvereinbarungen, CR 1996, 5; *Salje*, Wirksamkeitsprobleme der Lizenzvereinbarung bei Standard-Anwendersoftware, Festschrift für Rudolf Lukes, Hrsg. Leßmann, Großfeld, Vollmer, Köln 1992, S. 182 ff.; *Wand*, So the Knot Be Unknotted – Germany and the Legal Protection of Technological Measures, IIC 2002, 305.

²¹² OLG Düsseldorf, MMR 2009, 215; LG Düsseldorf, ZUM 2007, 559.

§ 69c Nr. 1 UrhG sichert dem Rechteinhaber das **Recht zur dauerhaften oder vorübergehenden Vervielfältigung**, ganz oder teilweise, des Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. Umfasst ist davon auf jeden Fall die Erstellung von Kopien auf einer Diskette, einer CD-ROM oder einer Festplatte.²¹³ Die künftige Vervielfältigung durch die Installation des Programms auf der Festplatte des PCs des Endnutzers ist meist implizit konsentiert und stellt damit keine Urheberrechtsverletzung dar.²¹⁴

Fraglich ist allerdings, ob auch temporäre Zwischenspeicherungen unter den Vervielfältigungsbegriff fallen. Solche Zwischenspeicherungen sind hardwarebedingt. Die Kopien können in diesen Zwischenspeichern für Mikrosekunden vorhanden sein; die Speicherung kann jedoch je nach den technischen Vorgaben auch länger erfolgen. Typische Beispiele sind das **Laden des Programms in den Arbeitsspeicher** oder die **Nutzung von Proxy-Servern im Internet**. Das UrhG enthielt bislang keine Definition des Vervielfältigungsbegriffs. Deshalb bestanden vor Verabschiedung des § 69c Nr. 1 UrhG Zweifel daran, ob der Ladevorgang als urheberrechtsrelevante Vervielfältigung anzusehen ist.²¹⁵ Die deutschen Gerichte hatten bis zum Inkrafttreten des 2. Änderungsgesetzes diese kontroverse Frage nicht entschieden; der Bundesgerichtshof weigerte sich, die Frage im Nixdorf-Fall zu entscheiden.²¹⁶

Auch § 69c Nr. 1 UrhG enthält keine abschließende Lösung für dieses Problem.²¹⁷ Insbesondere § 69c Nr. 1 Satz 2 UrhG hilft hier nicht weiter, sagt diese Regelung doch nichts darüber, ob das Laden, das Speichern oder der Lauf eines Programms als Vervielfältigung anzusehen sind. Die Vorschrift geht offensichtlich davon aus, dass das Laden oder Laufenlassen eines Computerprogramms grundsätzlich keine Vervielfältigung beinhaltet. Eine Zustimmung des Urhebers soll für diese Handlung nur dann erforderlich sein, wenn sie eine Vervielfältigung im Einzelfall erfordert. Der *BGH* hat hierzu im Holzhandelsprogramm-Urteil²¹⁸ als obiter dictum darauf hingewiesen, dass an der urheberrechtlichen Relevanz des Ladens insoweit Bedenken bestehen, als die reine Benutzung nicht vom Urheberrecht erfasst sei. Anders sind jedoch vermehrte Stellungnahmen zu gewichten, die das Laden als urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungsvorgang qualifizieren wollen. Dies wird zum Beispiel von einigen deut-

²¹³ *BGH*, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 – Holzhandelsprogramm.

²¹⁴ *OLG Frankfurt*, NJOZ 2004, 874 = GRUR-RR 2004, 198.

²¹⁵ *Ernestus*, CR 1989, 784; *Haberstumpf*, CR 1987, 409; *Loewenheim*, FS für Otto Friedrich Frhr. v. Gamm, 1990, 423; *Röttinger*, IuR 1987, 267.

²¹⁶ CR 1991, 80. Ähnlich später in Österreich der *Oberste Gerichtshof*, GRUR Int. 1999, 968.

²¹⁷ So auch *BGH*, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 – Holzhandelsprogramm.

²¹⁸ *BGH*, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 – Holzhandelsprogramm. Ähnlich auf *LG Mannheim*, CR 1999, 360.

schen Gerichten vertreten.²¹⁹ Auch die Europäische Kommission hat sich für eine solche Auslegung ausgesprochen und in der EU-Datenbankrichtlinie auch vorübergehende Speicherungen unter den Vervielfältigungsbegriff subsumiert.²²⁰ Vermittelnde Stellungnahmen verweisen darauf, dass technische Vorgänge nicht als Vervielfältigung angesehen werden können, wenn sie zur Benutzung des Programms erforderlich sind. Nach dieser schon im Holzhandelsprogramm-Urteil zu Grunde gelegten Perspektive würde das Laden nicht urheberrechtlich relevant werden, während das Browsen und Downloaden im Internet als eigene Verwertungshandlung zu qualifizieren wäre.

M.E. ist hier die **Wertung des § 44a UrhG** heranzuziehen. Hiernach sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen zustimmungsfrei, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Nach dieser Wertung besteht bei RAM-Kopien kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert, so dass die Erstellung solcher Kopien auch ohne Zustimmung des Urhebers zulässig ist.²²¹ Der Federal Court Australiens hat sich in einer neueren Entscheidung²²² dazu durchgerungen, das Vorliegen einer Vervielfältigung bei RAM-Kopien mangels materieller Fixierung abzulehnen. Abwegig ist die Haltung des *BGH* im Vorlagebeschluss an den *EuGH* zur Online-Erschöpfung.²²³ Hier bezweifelt der *BGH* die Anwendbarkeit von § 44a UrhG und will auch flüchtige Kopien unter § 69c Nr. 1 UrhG subsumieren. § 44a UrhG könne schon deshalb nicht greifen, weil das Laden der Software in den Arbeitsspeicher weiterer Arbeitsplatzrechner eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat. Das ergebe sich bereits daraus, dass die Beklagte für die Erteilung einer Lizenz zu dieser Nutzung eine Vergütung verlangt.²²⁴ Der *EuGH* hat dieser Argumentation den Garaus gemacht. In der Entscheidung *Sky Decoder*²²⁵ hat der *EuGH* betont, dass flüchtige Vervielfältigungshandlungen, etwa im Speicher eines Satellitendecoders und auf einem Fernsehbildschirm, die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 (= § 44a UrhG) erfüllen und daher ohne Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber vorgenommen werden dürfen.

²¹⁹ *OLG Celle*, CR 1995, 16; *OLG Hamburg*, MMR 2001, 533; *LG München*, MMR 2006, 175.

²²⁰ Ähnlich auch *Court of Appeals*, *MAI Systems Corp v. Peak Computer Inc* 991 F 2d 511 (9th Cir, 1993); certificate denied 114 S Ct 671 (1994) (Peak); *US District Court for the Eastern District of Virginia*, *Advanced Computer Services of Michigan Inc v. MAI Systems Corp* 845 F Supp 356 (ED Va, 1994).

²²¹ Ähnlich *Gutmann*, MMR 2003, 706; a.A. *Wand*, IIC 2002, 305.

²²² Urt. des *Federal Court*, IIC 2004, 1069.

²²³ *BGH*, Beschl. v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, GRUR 2011, 418 (m. Anm. *Jochen Scholz*) = GRUR Int 2011, 439 = MMR 2011, 305.

²²⁴ *BGH*, ZUM 2011, 397.

²²⁵ *EuGH*, Urt. v. 4.10.2011 – C-403/08, C-429/08, C-429/08, NJOZ 2012, 108.

Für die Glaubhaftmachung einer Vervielfältigung reicht es aus, wenn es in großem Maße wahrscheinlich ist, dass ein Programm vollständig nachprogrammiert worden ist.²²⁶ **Stimmen die Bildschirmmasken** überein, ist dies ein Indiz für die Identität des äußeren Erscheinungsbildes und der inneren Struktur der Programme.²²⁷ Kleinere Übereinstimmungen in der Benutzeroberfläche von Computerprogrammen lassen allerdings ebenso wenig auf die Übernahme urheberrechtsschutzfähiger Programmteile schließen wie die Übereinstimmung von Computerprogrammen in einzelnen Programmblöcken, wenn jene Programmblöcke bei einer Gesamtgröße der Programmdatei von über 700 000 Bytes nur jeweils ca. 100 Bytes groß sind.²²⁸ Steht nach einem Sachverständigengutachten fest, dass die fraglichen Programme in den Implikationen und den Datensammlungen identisch sind und dass ein zufälliges Zustandekommen dieser Übereinstimmungen so gut wie ausgeschlossen ist, so liegt ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vor.²²⁹

b) Verbreitung

Literatur:

Bartsch, Weitergabeverbote in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standard-Software, CR 1987, 8; *Bröckers*, Software-Gebrauchthandel: Der Teufel steckt im Detail – Technische Besonderheiten und gesetzlicher Änderungsbedarf, MMR 2011, 18; *Chrocziel*, Verwendungsbeschränkungen in Softwareverträgen, CR 1989, 675 (I), 1989, 790 (II); *Grützmacher*, „Gebrauchtsoftware“ und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302; *Haberstumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlagen des Urheberrechts, CR 2009, 345; ders., Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht, CR 2012, 651; *Haines/Scholz*, Zur Frage der Erschöpfung bei Software-Onlineverbreitung, CR 2006, 161; *Heydn/Schmidt*, Der Handel mit gebrandeter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, K&R 2006, 74; *Hoeren*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573; *Hoeren*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, GRUR 2010, 665; *Hoeren*, Die Online-Erschöpfung im Softwarebereich – Fallgruppen und Beweislast, MMR 2010, 447; *Huppertz*, Handel mit Second-Hand-Software, CR 2006, 145; *Intveen*, Möglichkeiten der Hersteller und Lieferanten von Software zur Nutzungsrechteinschränkung und Weitergabebeschränkungen bei dauerhafter Software-Überlassung, ITRB 2005, 234; *Leistner*: Gebrauchtssoftware auf dem Weg nach Luxemburg, CR 2011, 209; *Malevanny*, Die UsedSoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkungen des EuGH-Urteils, CR 2013, 422; *Marly*, Der Handel mit sogenannter „Gebrauchtsoftware“, EuZW 2012, 654; *Rath/Maiworm*, Weg frei für Second-Hand-Software?, WRP 2012, 1051; *Schneider*, Urheberrechtserschöpfung und Softwarevertragstyp, CR 1990, 503; *Schneider/Spindler*, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, in: CR 2012, 489; *Schuppert/Greissinger*, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81; *Spindler*: Der Handel mit Gebrauchtssoftware – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008,

²²⁶ *LG Mannheim*, CR 1994, 627.

²²⁷ *LG Mannheim*, CR 1994, 627.

²²⁸ *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2001, 289; *OLG Hamburg*, ZUM 2001, 519.

²²⁹ *Arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch*, GRUR Int. 1983, 669.

69; Vianello, Handel mit gebrauchter Software für Schüler, Studenten und Lehrkräfte, MMR 2012, 139; Witte, Online-Vertrieb von Software, ITRB 2005, 86.

Hinsichtlich der Verbreitung von Software steht dem Urheberrechtsinhaber das ausschließliche Recht zu, das Programm der Öffentlichkeit anzubieten und es auf den Markt zu bringen (§ 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG). Diese Regelung ist das Pendant zum allgemeinen Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG). Das Verbreitungsrecht ist das **Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in den Verkehr zu bringen**. Inverkehrbringen ist das Heraustreten des Anbietenden aus der internen Sphäre in die Öffentlichkeit.²³⁰ Ein Heraustreten in die Öffentlichkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Vertrieb an rechtlich selbständige Schwestergesellschaften oder Kooperationspartner erfolgt. Für die Frage des Inverkehrbringens ist nach der Rechtsprechung des *EuGH* bedeutungslos, ob Rechtsinhaber und Lizenznehmer demselben Konzern angehören.²³¹ Allerdings hat das Verbreitungsrecht bei Software einige Spezifika. Der Akt der Verbreitung umfasst sowohl das **Recht der Vermarktung als auch des Marketing**. Ein Verbreiten in der Form des „der Öffentlichkeit anbieten“ kann auch durch ein Einzelangebot an einen Dritten erfolgen, zu dem keine persönlichen Beziehungen bestehen.²³² Ausreichend ist insofern bereits die Suche nach einem Tauschpartner über Zeitschrifteninserate.²³³ Der Weitervertrieb von Computerprogrammen an rechtlich selbständige Konzernunternehmen und an Kooperationspartner kann eine Verbreitung i.S.d. §§ 17, 69c Nr. 3 UrhG sein.²³⁴ Ähnliches gilt für Angebote an Händler.²³⁵

Derjenige, der ein fremdes, urheberrechtlich geschütztes Computerprogramm zum Herunterladen ins Internet stellt, darf sich nicht darauf verlassen, dass es sich dabei mangels entgegenstehender Anhaltspunkte um ein Programm handelt, mit dessen öffentlicher Zugänglichmachung der Berechtigte einverstanden ist. Er muss vielmehr vorher sorgfältig prüfen, ob der Berechtigte das Programm **zur öffentlichen Zugänglichmachung freigegeben** hat.²³⁶

Das Verbreitungsrecht ist jedoch beschränkt durch den **Erschöpfungsgrundsatz**, der sich in § 69c Nr. 3 Satz 2 des Urheberrechtsgesetzes wiederfindet. Danach ist die **Weiterverbrei-**

²³⁰ So etwa BGHZ 113, 159 = NJW 1991, 1234 = GRUR 1991, 316.

²³¹ *EuGH*, Centrafarm I, NJW 1975, 516; vgl. auch *EuGH*, DStRE 2004, 1095.

²³² *BGH*, NJW 1991, 1234 f. = GRUR 1991, 316.

²³³ *LG Hamburg*, CR 1995, 222 = MarlyRC 1995 Nr. 187.

²³⁴ *BFH*, DStR 2005, 595.

²³⁵ *BGH*, GRUR 1981, 360; GRUR 1982, 102.

²³⁶ *BGH*, GRUR 2009, 864 = MMR 2009, 756 m. Anm. Kaufmann = NJW 2009, 3509 = ZUM-RD 2009, 502 = CR 2009, 642.

tung (nicht die Vervielfältigung²³⁷ oder andere Rechte!) von Werkstücken im Gebiet des EWR unbeschränkt zulässig, wenn sie zuvor mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind.

Lange Zeit war es unklar, ob dieser Erschöpfungsgrundsatz sich **auch auf Softwareverträge** erstreckt. Diese Unsicherheit bezog sich vor allem auf die Frage, ob ein Softwarevertrag eine „Veräußerung“ i.S.v. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG sein könne. Die Rechtsprechung steht – anders als ein Teil der Literatur – auf dem Standpunkt, dass dies bei den normalen Softwareverträgen der Fall ist: Der Erwerb von (maßgeschneiderter) Individualsoftware erfolgt danach im Rahmen eines Werkvertrages.²³⁸ (Konfektionierte) Standardsoftware wird hingegen im Wege eines Sachkaufs oder kaufähnlichen Vertrages auf den Markt gebracht. In beiden Fällen erwirbt der Anwender/Kunde Eigentum an einer bestimmten Programmkopie einschließlich der dazu gehörigen Programmunterlagen.²³⁹ Individual- und Standardsoftware werden daher regelmäßig im Wege von Kauf- und Werkverträgen auf den Markt gebracht werden, selbst wenn solche Verträge als „Lizenzen“ bezeichnet werden. Der Erschöpfungsgrundsatz gilt allerdings nicht bei einer Erstvermietung der Software.²⁴⁰

Von daher ist nach Auffassung der Gerichte der Erschöpfungsgrundsatz bei Softwareverträgen unmittelbar anwendbar.²⁴¹ Der Hersteller oder Händler kann sich daher nicht unter Bezugnahme auf das Urheberrecht darauf berufen, dass der Weiterverkauf von Software seine Rechte verletze. Ihm bleibt nur die Möglichkeit, mit den Anwendern Mietverträge über die Überlassung der Programme abzuschließen, da dann keine Veräußerung im Sinne des § 17 Abs. 2 UrhG vorliegt; diese Alternative scheidet aber angesichts der sehr weitgehenden Gewährleistungsregeln des Mietvertragsrechts²⁴² aus praktischen Gründen aus. Dies gilt auch für Bundlingverträge, wonach der Weiterverkauf von vorinstallierter Software nicht ohne die dazugehörige Hardware erlaubt ist.²⁴³ Eine demgegenüber einzuwendende Gefahr, dass der Endkunde die Software unter Verstoß gegen das Verbreitungsrecht mehrfach verbreitet, besteht nicht, sofern dem Händler Erklärungen vorliegen, dass die Kunden die Software auf ih-

²³⁷ Siehe dazu *LG Frankfurt a.M.*, CR 2009, 142.

²³⁸ *BGH*, WM 1971, 615; *BGH*, BB 1986, 1319.

²³⁹ So etwa *BGH*, CR 1990, 24 = *JZ* 1990, 236; *BGHZ* 102, 135 = *JZ* 1988, 460 m. Anm. *Junker*; ähnlich *BGH*, GRUR 1985, 1055; weitere Nachweise bei *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989, Rz. 33; a.A. etwa *Kindermann*, CR 1986, 447; *Kindermann*, EDV & Recht 2/1987, 8 f.; *Heussen*, GRUR 1987, 779.

²⁴⁰ *LG Köln*, CR 2010, 576 = *ZUM-RD* 2010, 636.

²⁴¹ So ausdrücklich noch zum alten Recht *LG Bielefeld*, CR 1986, 444; *OLG Nürnberg*, NJW 1989, 2634 = *CR* 1990, 118; für § 69c Nr. 3 *OLG Frankfurt*, NJW-RR 1997, 494. Für Österreich auch der *Oberste Gerichtshof*, GRUR Int. 2000, 1028.

²⁴² Gebrauchstauglichkeit während der Mietzeit; vgl. § 538 BGB.

²⁴³ *LG Düsseldorf*, CR 2009, 357 = *MMR* 2009, 216.

rer Festplatte gelöscht haben. Insofern unterscheidet der Fall sich nicht von jenen, in denen ein Weiterveräußerer eine ihm auf Diskette übergebene Lieferkopie der Software weiterveräußert, hinsichtlich derer ihm das Recht zur Installation und Nutzung auf dem Computer eingeräumt war. Auch in diesen Fällen wird es als notwendig und ausreichend erachtet, dass der Veräußerer mit der Weitergabe die von ihm auf Festplatte installierte Kopie löscht.

Fraglich ist allerdings, inwieweit das Verbreitungsrecht **vertraglich mit dinglicher Wirkung beschränkt** werden kann. § 137 Satz 1 BGB schließt dies grundsätzlich aus; die Vorschrift lässt aber eine schuldrechtliche Bindung zu (§ 137 Satz 2 BGB). Das KG Berlin hat zum Beispiel dem Unternehmen Microsoft gestattet, den Verkauf von Microsoft-Produkten in OEM-Versionen und (freie) Nicht-OEM-Versionen aufzuspalten und mit dieser Konstruktion den Verkauf von OEM-Versionen auf dem freien Markt zu untersagen.²⁴⁴ Das europäische Recht habe an der Zulässigkeit der Einräumung unterschiedlicher Nutzungsrechte für getrennte Nutzungsarten nichts geändert; so könnten weiterhin unterschiedliche Nutzungsrechte für gebundene und Taschenbuchausgaben eingeräumt werden.²⁴⁵ Diese Auffassung wird von anderen Oberlandesgerichten nicht geteilt²⁴⁶ und von der Literatur kritisiert.²⁴⁷ Der *BGH* hat inzwischen eine dingliche Beschränkung des OEM-Vertriebs für unwirksam erachtet. Der Vertrieb von OEM-Software sei nicht von vornherein beschränkbar; es gelte ungeachtet einer inhaltlichen Beschränkung des Nutzungsrechts der Erschöpfungsgrundsatz.²⁴⁸ Der *BFH* hat darüber hinaus präzisiert, dass der Begriff der Verbreitung auch den Weitervertrieb an rechtlich selbständige Konzernunternehmen und Kooperationspartner umfasse. Dies gelte auch für die Nutzung innerhalb eines Intranets oder via File-Sharing.²⁴⁹

Nach § 69c Nr. 3 UrhG beinhaltet das Verbreitungsrecht auch das ausschließliche Recht, die Software zu vermieten und die **Weitervermietung** zu kontrollieren. Das Vermietungsrecht ist demnach eine Form der Verbreitung; der Urheber ist in der Lage, jede nicht genehmigte Vermietung seiner Software zu verbieten. Jedoch ist diese gesetzgeberische Entscheidung für die deutsche Software-Industrie nicht von großer Relevanz, da die Weitervermietung keine große Rolle in Deutschland spielt (im Gegensatz zur Vermietung von CDs und DVDs).

²⁴⁴ *KG Berlin*, NJW 1997, 330 = CR 1996, 531 m. Anm. *Witte* und *Erben/Zahrnt*; ähnlich auch *LG Berlin*, CR 1996, 730 = NJW-RR 1997, 1065; *OLG Frankfurt*, ZUM 2000, 763 = CR 2000, 581.

²⁴⁵ Vgl. zu diesem Aspekt *BGH*, GRUR 1992, 310 – Taschenbuchlizenz; GRUR 1959, 200 – Heiligenhof.

²⁴⁶ Siehe etwa *OLG München*, MMR 1998, 313.

²⁴⁷ Siehe *Witte*, CR 1996, 533; *Erben/Zahrnt*, CR 1996, 535.

²⁴⁸ *BGHZ* 145, 7, 11 – OEM. Ähnlich danach auch *OLG Düsseldorf*, GRUR-RR 2005, 213 = MMR 2005, 707.

²⁴⁹ *BFH*, MMR 2005, 529; *BGH*, MMR 2005, 529 = GRUR 2005, 863.

Der Begriff „Miete“ ist im Regierungsentwurf nicht definiert. Die Bundesregierung verweist auf die Präambel zur EG-Richtlinie, die den Begriff der Miete als „the making available for use, for limited period of time and for profit-making purposes“ definiert.²⁵⁰ Vermietung bezieht sich demgegenüber nicht auf die öffentliche Verleihpraxis, die Gegenstand einer anderen EG-Richtlinie ist.²⁵¹ Dies veranlasste den Bundesrat in seiner Stellungnahme zu dem Vorschlag, durch Hinzufügung der Worte „zu Erwerbszwecken“ in § 69c Nr. 3 UrhG den Bezug des Gesetzes auf die Vermietung klarzulegen.²⁵² Dieser Vorschlag wurde von der Bundesregierung jedoch unter Verweis darauf abgelehnt, die nähere Bestimmung des Begriffs der Miete sollte der Umsetzung der Verleihrichtlinie vorbehalten bleiben.²⁵³ Problematisch ist diese Einschränkungsmöglichkeit allerdings für das **DV-Leasing**. Hier kommt es regelmäßig zum Leasing von Hard- und Software, letzteres vor allem bei der Überlassung von Betriebssystemsoftware. Das IT-Leasing ist allerdings wegen § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG nur mit Zustimmung des Inhabers der Softwarerechte zulässig.

Zugelassen hat jetzt das *OLG Karlsruhe*²⁵⁴ die vertragliche Beschränkung der Übertragung von Software Rechten. In einem Vertrag, der die Überlassung einer client-server-basierten Unternehmenssoftware regelt, halte eine Klausel, nach der es unzulässig ist, ein als Gesamtheit erworbenes Nutzungsvolumen aufzuspalten (Aufspaltungsverbot), der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB stand. Ein solches Aufspaltungsverbot verstoße auch nicht gegen das Kartellrecht. Allerdings basiert das Urteil ausdrücklich auf dem Vorlageschluss des *BGH* an den *EuGH* zur Online-Erschöpfung (s.u.) und hat daher bis zur endgültigen Klärung der Rechtsfragen durch den *EuGH* keine weitere Bedeutung.

Fraglich ist, ob auch **im Online-Bereich** eine Erschöpfung angenommen werden kann. Zum Teil wird dies verneint.²⁵⁵ So hat insbesondere die Münchener Justiz ihr Problem mit der Online-Erschöpfung. Das *OLG München*²⁵⁶ will diesen Grundsatz nicht anerkennen; die Weitergabe von Nutzungsrechten verstoße gegen das Vervielfältigungsrecht des Urhebers, weil sich der Erschöpfungsgrundsatz sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Recht nur

²⁵⁰ BT-Drs. 12/4022, S. 11.

²⁵¹ Die EG-Kommission verabschiedete am 5.12.1990 einen zweiten Vorschlag für eine Council Directive on rental right, lending right and on certain rights related to copyright (COM (90) 586 final – SYN 319. Vgl. zu dem Themenkomplex auch von *Lewinski*, Vermieten, Verleihen und verwandte Schutzrechte. Der zweite Richtlinienentwurf der EG-Kommission, GRUR Int. 1991, 104.

²⁵² Anlage 2 zu BT-Drs. 12/4022, S. 18.

²⁵³ Anlage 3 zu BT-Drs. 12/4022, S. 19.

²⁵⁴ *OLG Karlsruhe*, MMR 2011, 727.

²⁵⁵ *LG München I*, MMR 2006, 175 = CR 2006, 159 m. Anm. *Haines/Scholz*; *OLG München*, MMR 2006, 748 m. Anm. *Stögmüller* = CR 2006, 655 m. Anm. *Lehmann*. Siehe dazu *Hoeren*, CR 2006, 573.

²⁵⁶ Zuletzt MMR 2008, 601 m. Anm. *Moritz* = BeckRS 2008, 16725; K&R 2008, 538; davor CR 2006, 655 m. Anm. *Lehmann*; BeckRS 2006, 10438 = MMR 2006, 748.

auf in einem Gegenstand verkörperte Werke beziehe und hier die „gebrauchte“ Software dem Käufer nicht auf einem Datenträger verkörpert übergeben, sondern nur die Softwarelizenz verkauft wurde. Weder direkt noch analog könne der Erschöpfungsgrundsatz zur Anwendung kommen. Ferner ist nach Auffassung des *LG München*²⁵⁷ die pauschale Werbeaussage, dass die Veräußerung von „gebrauchten“ Softwarelizenzen für Standardsoftware erlaubt sei, im Lichte der §§ 3, 5 UWG irreführend und damit unzulässig. Dabei wird auch darauf abgestellt, dass ohnehin die Nutzung von Software den Eingriff in weitere Rechte impliziere, etwa das Recht zum Laden in den Arbeitsspeicher. Andere Gerichte argumentieren zu Recht damit, dass es keinen Unterschied mache, ob Software via DVD oder über das Netz vertrieben werde; in beiden Fällen müsse wirtschaftlich und juristisch im Hinblick auf eine Erschöpfung gleich argumentiert werden.²⁵⁸ Das *LG München*²⁵⁹ hat der Kaufpreisklage des mit gebrauchten Softwarelizenzen handelnden Klägers stattgegeben; das Vorbringen des Software-Käufers, der Veräußerung einer einzelnen Lizenz aus einem Volumenlizenzvertrag liege ein Rechtsmangel zu Grunde, teilte das Gericht nicht. Es sei dem Käufer eine verkörperte Kopie übergeben worden, die durch Vervielfältigung der Masterkopie des ursprünglichen Lizenzinhabers entstanden sei. Dadurch sei sowohl hinsichtlich des Verbreitungsrechts als auch des Vervielfältigungsrechts Erschöpfung gem. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG eingetreten. Durch die in Erfüllung des jeweiligen Volumenlizenzvertrags erfolgte Einräumung von Nutzungsrechten an Software habe sich das Verbreitungsrecht des Lizenzinhabers in Bezug auf jedes einzelne eingeräumte Nutzungsrecht, das jeweils als ein eigenständig zu beurteilendes Vervielfältigungsstück der Software zu behandeln sei, erschöpft. Dadurch könnten auch bei aufgespaltenen Volumenlizenzen einzelne Softwarelizenzen ohne Zustimmung des Lizenzinhabers veräußert werden.

Eine Erschöpfung wurde vom *OLG Frankfurt a.M.* in einem aktuellen Beschluss, bei dem es um den Weiterverkauf überzähliger, im Rahmen einer Volumenlizenz erworbener, Nutzungsrechte an Windows XP Professional über eBay ging, abgelehnt.²⁶⁰ Eine analoge Anwendung wurde mit der Begründung verneint, dass sich das Verbreitungsrecht nur an körperlichen Werkstücken, nicht aber an unkörperlichen Rechten erschöpfen kann und dass bei einem Er-

²⁵⁷ CR 2008, 414, m. Anm. *Moritz*.

²⁵⁸ So etwa *LG Hamburg*, MMR 2006, 827 = CR 2006, 812; *OLG Hamburg*, MMR 2007, 317 m. Anm. *Hüsch/Meuser*. Siehe dazu auch *Rössel*, ITRB 2007, 105. Ähnlich *Grützmaker*, ZUM 2006, 302; *Grützmaker*, CR 2007, 549; *Sosnitza*, K&R 2006, 206.

²⁵⁹ MMR 2006, 827 m. Anm. *Heydn/Schmidl* = CR 2006, 815 m. Anm. *Grützmaker*; *Bräutigam/Sosna*, jurisPR-ITR 12/2006, Anm. 5.

²⁶⁰ *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2009, 544 m. Anm. *Bräutigam*; ähnlich *OLG Frankfurt*, MMR 2010, 681; so auch *LG München I*, MMR 2007, 328 und bestätigend *OLG München*, MMR 2008, 601 m. Anm. *Moritz* =

werb via Download schon kein In-Verkehr-Bringen vorliege. Von dieser Sachlage zu unterscheiden ist der Handel mit gebrauchter Software bei OEM-Versionen, welche zwar in körperlicher Form in Verkehr gebracht, aber ausschließlich in Verbindung mit einem Computer vertrieben werden. Hier hob das *OLG Düsseldorf*²⁶¹ ein Urteil des *LG Düsseldorf*²⁶² auf und zwar mit der Begründung, dass der Erschöpfungsgrundsatz beim Verkauf von OEM-Software nicht greife, da die Software nie zum isolierten Vertrieb in Verkehr gebracht wurde. Vielmehr liege es beim Rechteinhaber zu entscheiden, ob er die Weiterverbreitung durch Verbreitung einzelner Werkstücke erleichtere oder erschwere, indem er eine Verkörperung wählt, welche nur schwer handelbar ist. Bei vorinstallierter Software könne sich das Verbreitungsrecht nur bezüglich des Werkstücks erschöpft haben, in dem sich das Computerprogramm verkörpert, also der Computer, auf dem das Programm vorinstalliert worden war. Ohne Weitergabe des Computers oder zumindest der Festplatte sei ein Weitervertrieb der vorinstallierten Software somit unzulässig. Vor dem Hintergrund, dass der *BGH* schon vor Jahren die Zulässigkeit der Weiterveräußerung von, allerdings noch auf CD ausgelieferter, OEM-Software erklärt hat,²⁶³ zeigt sich jedoch, dass die feste Vorinstallation lediglich ein Weg zur Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes ist und daher nicht einfach in das Belieben des Rechteinhabers gestellt werden kann. So würde der unabdingbare § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG auf technischer Ebene zur Disposition gestellt. Egal, ob Vertrieb als OEM-Version oder als Download, solange sichergestellt ist, dass es zu keiner Vermehrung von Vervielfältigungen der überlassenen Software kommt,²⁶⁴ muss der Erschöpfungsgrundsatz anerkannt werden. Andernfalls würde es zu einer ähnlich absurden Situation kommen, wie der Aushebelung des § 53 UrhG durch die von § 95a UrhG unter Schutz gestellten technischen Schutzmaßnahmen.

Der *BGH* hat im Februar 2011 die Frage dem *EuGH* zur Entscheidung vorgelegt.²⁶⁵ Die Kunden der Beklagten greifen durch das Herunterladen der Computerprogramme – so der *BGH* – in das nach § 69c Nr. 1 UrhG ausschließlich dem Rechtsinhaber zustehende Recht zur Vervielfältigung der Computerprogramme ein. Da die Beklagte ihre Kunden durch das Angebot „gebrauchter“ Lizenzen zu diesem Eingriff veranlasst, kann sie auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, falls ihre Kunden nicht zur Vervielfältigung der Programme berechtigt sind. Die Kunden der Beklagten können sich nach Auffassung des *BGH* allerdings möglich-

ZUM 2009, 70; ähnlich auch *LG Frankfurt a.M.*, CR 2009, 142, welches einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht angenommen hat. Ferner ebenso *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2011, 617.

²⁶¹ *OLG Düsseldorf*, MMR 2009, 216; ähnlich *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2010, 465.

²⁶² *LG Düsseldorf*, MMR 2009, 216 m. Anm. *Leistner/Klein* = NJW 2000, 3571.

²⁶³ *BGH*, MMR 2000, 749.

²⁶⁴ Vgl. *LG München I*, MMR 2008, 563 = ZUM-RD 2008, 496.

²⁶⁵ *BGH*, MMR 2011, 305 – UsedSoft.

erweise auf die Regelung des § 69d Abs. 1 UrhG berufen, die Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG ins deutsche Recht umsetzt und daher richtlinienkonform auszulegen ist. Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG bedarf die Vervielfältigung eines Computerprogramms – solange nichts anderes vereinbart ist – nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig ist. Es stellt sich daher die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen derjenige, der eine „gebrauchte“ Softwarelizenz erworben hat, als „rechtmäßiger Erwerber“ des entsprechenden Computerprogramms anzusehen ist. In diesem Zusammenhang kann sich auch die weitere Frage stellen, ob sich das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers erschöpft, wenn ein Computerprogramm mit seiner Zustimmung im Wege der Online-Übermittlung in Verkehr gebracht worden ist. Der *EuGH* hat jetzt in *UsedSoft vs. Oracle*²⁶⁶ den Erschöpfungsgrundsatz der Computerprogramm-Richtlinie auch auf Download-Software anwendet. Stelle der Urheberrechtsinhaber seinem Kunden eine – körperliche oder nichtkörperliche – Kopie zur Verfügung und schließe er gleichzeitig gegen Zahlung eines Entgelts einen „Lizenzvertrag“, durch den der Kunde das unbefristete Nutzungsrecht an dieser Kopie erhält, so verkaufe er diese Kopie an den Kunden und erschöpfe damit sein ausschließliches Verbreitungsrecht. Durch ein solches Geschäft werde nämlich das Eigentum an dieser Kopie übertragen. Somit kann sich der Rechtsinhaber, selbst wenn der Lizenzvertrag eine spätere Veräußerung untersagt, dem Weiterverkauf dieser Kopie nicht mehr widersetzen. Fraglich ist nun, ob künftig neue Vertriebsmodelle Kauf/Lizenz ersetzen werden (Miete, Cloud-Computing; SaaS). Im übrigen zählen zu den Vervielfältigungen, die nach Art. 5 der RL für die Benutzung der Software erforderlich und dem Zweiterwerber daher erlaubt sind, nicht die Aufspaltungen von Volumenlizenzen. Spannend ist schließlich auch, wie sich die Entscheidung auf andere Werkarten auswirkt.²⁶⁷

Klauseln, die die Online-Erschöpfung unterlaufen, sind AGB-rechtlich unwirksam. So hat das OLG Hamburg²⁶⁸ die Verwendung der Klausel

„Außerdem sind Sie berechtigt, die Software (zusammen mit der Lizenz) auf einen Computer zu übertragen, der jemand anderem gehört, wenn a) Sie der erste Lizenznehmer der Software sind und b) der neue Nutzer den Bestimmungen dieses Vertrages zustimmt.“

untersagt. Sie verstosse gegen den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz. Die Beschränkung der Übertragbarkeit der Software auf einen einzigen Übertragungsvorgang – vom

²⁶⁶ Urt. v. 3. Juli 2012 – C – 128(11). Ihm dann auch folgend *BGH*, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/08 – *Used Soft2*.

²⁶⁷ Abgelehnt durch *LG Bielefeld*, Urt. v. 5.3.2013 – 4 O 191/11.

²⁶⁸ *OLG Hamburg*, Beschl. v. 30.4.2013 – 5 W 35/13.

ersten Lizenznehmer auf einen Dritten – weiche von der gesetzlichen Regelung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG ab und verletze deshalb § 307 I 1, II Nr. 1 BGB. Verboten wurden auch Klauseln in AGB eines Softwareherstellers, wonach die Weitergabe von Software der schriftlichen Zustimmung des Softwareherstellers bedarf und dieser die Zustimmung verweigern kann, wenn die Nutzung der Software durch den neuen Nutzer seinen berechtigten Interessen widerspricht²⁶⁹. Unzulässig ist ferner eine Klausel, wonach jede Nutzung der Software des Herstellers, die über die vertraglichen Vereinbarungen hinausgeht, dem Softwarehersteller schriftlich anzuzeigen ist und eines gesonderten Vertrags mit dem Softwarehersteller über den zusätzlichen Nutzungsumfang (Zukauf) bedarf.²⁷⁰

Die Zurückweisung oder Nichtbearbeitung von sog. **Transferanträgen zur Übertragung gebrauchter Software** durch Microsoft ausschließlich aus dem Grund, dass hierbei veraltete Formulare verwendet wurden oder durch den Gebraucht-Softwarehändler eine Passage gestrichen wurde, welche die Versicherung zur Nichtübertragung an nicht verbundene Dritte beinhaltete, ist nach § 4 Nr. 10 UWG wettbewerbswidrig.²⁷¹

Probleme bereiten auch Fälle, in denen ein Nutzungsrecht an Software nur bezogen auf einen **Konzern** übertragen wurde; wird die Software dann in abgespaltenen Unternehmensteilen genutzt, ist dies nach Auffassung des *OLG Düsseldorf*²⁷² urheberrechtswidrig.

c) Bearbeitung

Nach § 69c Nr. 2 UrhG hat der Autor eines Computerprogramms das ausschließliche Recht zur **Übersetzung, Veränderung oder Bearbeitung** seines Werks in jedweder Form. In Abweichung von § 23 UrhG ist der Grundsatz der Bearbeitungsfreiheit damit für Software aufgehoben.

§ 69c Nr. 2 UrhG verbietet auch die Entfernung einer Dongleabfrage ohne Zustimmung des Rechteinhabers.²⁷³ Eine Bearbeitung liegt nicht in Veränderungen an der Verpackung, weil das Programm selbst, auf das sich § 69c UrhG bezieht, hierdurch nicht verändert worden ist; darin kann aber ein Verstoß gegen § 3 UWG liegen.²⁷⁴

²⁶⁹ *LG Hamburg*, Urt. v. 25.10.2013 – 315 O 449/12 (nicht rechtskräftig).

²⁷⁰ *LG Hamburg*, Urt. v. 25.10.2013 – 315 O 449/12 (nicht rechtskräftig).

²⁷¹ *LG Hamburg*, CR 2010, 778.

²⁷² *OLG Düsseldorf*, CR 2006, 656.

²⁷³ *OLG Karlsruhe*, NJW 1996, 2583 = CR 1996, 341.

²⁷⁴ *OLG Frankfurt*, NJOZ 2004, 874 = GRUR-RR 2004, 198.

Im Zusammenhang mit der Bearbeitung steht die urheberpersönlichkeitsrechtliche Frage nach dem **Namensnennungsrecht eines Programmiers** (§ 13 UrhG). Das *OLG Hamm*²⁷⁵ hat als erstes Gericht ein solches Recht angenommen. Die umfassende und ausschließliche Einräumung der Nutzungs- und Verwertungsbefugnis habe es nicht auch erlaubt, sich das Urheberpersönlichkeitsrecht anzumaßen und die Hinweise auf die Urheberschaft eines Programmiers wegzulassen, so insbes. den Copyrightvermerk zu ändern oder die Software entsprechend zu vertreiben. Grundsätzlich hat jeder Urheber gemäß § 13 UrhG das Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft am Werk – ergänzt durch die Entstellungs- und Änderungsverbote der §§ 14, 39 UrhG und die Pflicht zur Quellenangabe gemäß § 63 UrhG. Er kann sich, wenn jemand z.B. das Werk als eigenes bezeichnet, entsprechend hiergegen wehren. Das *OLG Hamm* hat dann weiter auch die Anforderungen an einen Verzicht auf die Namensnennung präzisiert: Eine Vereinbarung über die Urheberbezeichnung im Rahmen einer Nutzungseinräumung sei zwar zulässig. Indes seien diesbezüglich zum Schutze des Urhebers strenge Anforderungen zu stellen. Dies gelte einerseits für die Feststellung einer – gegebenenfalls auch stillschweigend – erfolgten vertraglichen Einschränkung des Namensnutzungsrechts. Andererseits bedürfe es zur Beurteilung der für den Urheber zumutbaren Resultate einer konkreten Interessenabwägung, bei der etwa die Intensität des Eingriffs, dessen Erforderlichkeit im Hinblick auf die im Rahmen der vertragsgemäßen Ausübung der Verwertung, die Branchenüblichkeit und der Vertrags- bzw. Verwertungszweck zu berücksichtigen sind.

d) Bereithalten zum Abruf

Literatur:

Dietrich, ASP – öffentliche Zugänglichmachung oder unbenannte Nutzungsart?, ZUM 2010, 567; *Hoeren*, LAN-Software. Urheber- und AGB-rechtliche Probleme des Einsatzes von Software in lokalen Netzen, UFITA 111 (1989), 5; *Kotthoff*, Zum Schutz von Datenbanken beim Einsatz von CD-ROMs in Netzwerken, GRUR 1997, 597.

§ 69c Nr. 4 UrhG gewährleistet für Software das neue Recht des Urhebers zur Kontrolle derjenigen Vorgänge, die auf eine **Bereithaltung des geschützten Inhalts für den öffentlichen Abruf** hinauslaufen (§ 15 Abs. 2 UrhG). Dies spielt eine besondere Rolle beim Download von Computerprogrammen über FTP oder vergleichbare Internetdienste. Hier gilt es zusätzlich zu beachten, dass das einmalige Herunterladen eines urheberrechtlich geschützten Werks von einem FTP-Server eine gem. § 106 UrhG strafbare Vervielfältigung darstellt.²⁷⁶ Dritten

²⁷⁵ *OLG Hamm*, GRUR-RR 2008, 154.

²⁷⁶ *LG Braunschweig*, MMR 2003, 755 = ZUM 2004, 144.

im Wege des Application Service Providing ein Computerprogramm im Internet zugänglich zu machen, verletzt auch dann die Rechte des Urhebers nach § 69c Nr. 4 UrhG, wenn im ASP-Betrieb keine Programmdateien übertragen werden.²⁷⁷

Die **Abrufbarkeit im nicht-öffentlichen Bereich** ist hingegen urheberrechtsfrei. Öffentlichkeit ist die Bestimmung für eine Mehrzahl von Personen, es sei denn, der Kreis ist bestimmt abgegrenzt und durch gegenseitige Beziehungen oder Beziehungen zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden (§ 15 Abs. 3 UrhG). An der Öffentlichkeit fehlt es, wenn lediglich der Zweck verfolgt wird, die Programme in dem überschaubaren und durch vertragliche Beziehungen verbundenen Unternehmenskreis für eigene Datenverarbeitungszwecke zu nutzen.²⁷⁸ Insofern bedarf die Nutzung von Software im Rahmen lokaler Netzwerke, die von kleinen, überschaubaren Nutzerkreisen genutzt werden, nicht der Zustimmung des Rechteinhabers. An einer persönlichen Verbundenheit fehlt es bei den **Beschäftigten eines Betriebes**.²⁷⁹ Hier fehlt es meist aufgrund der Größe des Betriebes an der persönlichen Verbundenheit. Nach Auffassung des *BGH*²⁸⁰ muss der Teilnehmerkreis über seine Zugehörigkeit zum Betrieb hinaus durch engere persönliche Beziehungen miteinander verbunden sein, um als nicht-öffentlich zu gelten.²⁸¹

Bedenklich erscheinen demgegenüber **pauschale Netzwerkbeschränkungen**, LAN-Verbote und Netzlizenzen, da solche Regelungen ohne urheberrechtliche Rechtfertigung in die Eigentümerfreiheit des Anwenders eingreifen und damit regelmäßig gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB nichtig sind.

5. Schranken

Literatur:

Grützmacher, Lizenzgestaltung für neue Nutzungsformen im Lichte von § 69d UrhG, CR 2011, 458; *Moritz*, Vervielfältigungsstück eines Programms und seine berechtigte Verwendung – § 69d UrhG und die neueste BGH-Rechtsprechung, MMR 2001, 94; *Smith*, EC Software Protection Directive – an attempt to understand Article 5 (1), Computer Law and Security Report 7 (1990/91), 149; *Sucker*, Lizenzierung von Computer-Software, CR 1989, 353 und 468; *Vinje*, Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität, GRUR Int. 1992, 250; *Weber/Hötzel*, Das Schicksal der Softwarelizenz in der Lizenzkette bei Insolvenz des Lizenznehmers, NZI 2011, 432; *Zahrnt*, Umfang des Einsatzrechts des Anwenders und Programmschutz, IuR 1986, 199.

²⁷⁷ *OLG München*, GRUR-RR 2009, 91 = CR 2009, 500.

²⁷⁸ *FG Berlin*, EFG 2004, 226.

²⁷⁹ *BGH*, NJW 1955, 1356 – Betriebsfeier; *Kotthoff*, GRUR 1997, 597.

²⁸⁰ *BGH*, NJW 1955, 1356 – Betriebsfeier.

²⁸¹ Streitig ist die Anwendbarkeit von § 69c Nr. 4 UrhG auf ASP; siehe *Dietrich*, ZUM 2010, 567.

§ 69d UrhG steht in Korrelation zu § 69c UrhG. Wenn die Rechte des Urhebers in § 69c UrhG über das sonst übliche Maß hinaus erweitert werden, muss dies auch Auswirkungen auf die **Schranken zugunsten des Nutzers** haben.²⁸² Dementsprechend enthält § 69d UrhG eine Reihe von Schutzbestimmungen im Interesse des Softwareanwenders, die zwingender Natur sind (siehe § 69g Abs. 2 UrhG).

Die **Rechtsnatur von § 69d Abs. 1 UrhG** ist allerdings unklar. Teilweise wird darin eine gesetzliche Schranke gesehen.²⁸³ Andere sehen darin wegen des Verweises auf die anderweitigen Regelungen eine Auslegungsregel in Anlehnung an § 31 Abs. 5 UrhG, wonach der Lizenznehmer sein Recht soweit benutzen kann, wie es der Zweck des Vertrages ungeachtet anderer vertraglicher Bestimmungen erfordert.²⁸⁴ Die Unklarheit ist dadurch bedingt, dass der Hinweis auf die Dispositivität auf einem inneren Widerspruch der EU-Softwareschutzrichtlinie beruht. Im Kern ist die Regelung als zwingende gesetzliche Schranke anzusehen; nur in seinem dispositiven Teil kann man eine Auslegungsregel sehen.

Die in §§ 69d und 69e UrhG verankerten Schranken sind – wie sonst auch im Urheberrecht – **weit auszulegen**, weil grundsätzlich die Nutzung fremder Ideen frei ist und der urheberrechtliche Schutz selbst eine Ausnahme von diesem Prinzip darstellt.²⁸⁵ Zwar geht eine bestimmte Schule im Urheberrecht davon aus, dass Schrankenbestimmungen stets eng auszulegen seien.²⁸⁶ Dies ist allerdings unzutreffend.²⁸⁷ Schranken geben dem Nutzer nur die Freiheit zurück, die ihm ohnehin zusteht. Grundsätzlich ist jede Nutzung fremder Ideen frei. Der Schutz von Werken über das Urheberrecht ist seinerseits eine Ausnahme, die eng auszulegen ist. Demgegenüber verweisen die Schranken auf den allgemeinen Gedanken der Informationsfreiheit und sind folglich – auch nach Maßgabe verfassungsrechtlicher Prinzipien – extensiv zu verstehen. §§ 69d und 69e UrhG sind folglich im Wege der gesetzeskonformen Auslegung als Garantie eines zwingenden Kerns urheberrechtlich relevanter Nutzungen anzusehen, die für die vertragsgemäße Verwendung des Programms unerlässlich sind.²⁸⁸

²⁸² Unzutreffend insofern *OLG München*, CR 1996, 11 = ZUM-RD 1997, 120 = MarlyRC 1995 Nr. 202, das einseitig auf die Verbesserung der Rechtsposition des Programmierers abstellt.

²⁸³ *Witte*, CR 1996, 533; *Schulte*, CR 1992, 588.

²⁸⁴ In diese Richtung etwa *OLG Karlsruhe*, NJW 1996, 2583 = CR 1996, 341.

²⁸⁵ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2002, 1049 = ZUM 2001, 795.

²⁸⁶ *Melichar*, in: Schricker, vor §§ 45 ff. Rz. 15; *von Gamm*, § 51 Rz. 2.

²⁸⁷ So auch *Wild*, in: Schricker, § 97 Rz. 23; ähnlich *Löffler*, NJW 1980, 201.

²⁸⁸ Vgl. *BGH*, NJW 2000, 3212 – Programmfehlerbeseitigung; *Loewenheim*, in: Schricker, § 69d Rz. 6 f.

a) Der bestimmungsgemäße Gebrauch (§ 69d Abs. 1 UrhG)

Die erste Schranke enthält § 69d Abs. 1 UrhG. Kernbegriff ist der Terminus „**bestimmungsgemäßer Gebrauch**“. Die EU-Softwareschutzrichtlinie spricht in Art. 5 Abs. 1 von „in accordance with its intended purpose“.

Die „Bestimmung“ eines Programms bestimmt sich **subjektiv-objektiv**. Primär ist auf den Willen der Parteien abzustellen, wie er sich aus dem Softwarevertrag oder sonstigen Abreden ergibt. Sollte ein solcher gemeinsamer Wille nicht festzustellen sein, ist die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für Standardsoftware, bei der eine gewisse Typisierung der Funktionalitäten zumindest durch Sachverständige festgestellt werden kann. Bei Individualsoftware dürfte eine objektive Verkehrsauffassung schwieriger festzustellen sein. Zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogramms kann z.B. auch die Schulung durch Dritte gehören, sofern sich dies aus dem Softwarevertrag ergibt.²⁸⁹

Schwierigkeiten dürften sich ergeben, wenn der Vertrag die **Funktionalitäten in Widerspruch zum objektiven Verkehrsgebrauch** definiert. Wenn die Parteien individuell einen Vertrag aushandeln, übersteigt der Parteiwille den Verkehrsgebrauch. Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist jedoch § 305c BGB zu beachten. Als überraschende und insoweit nicht in den Vertrag einbezogene Klauseln sind diejenigen Teile eines vorformulierten Vertrages anzusehen, die den objektiven Gebrauch wesentlich einschränken. So kann es einem User nicht verwehrt sein, nach dem Erwerb eines Textverarbeitungsprogramms eine Druckfunktion zu programmieren, die im Paket nicht vorgesehen ist und in den AGB ausgeschlossen wird.

Der bestimmungsgemäße Gebrauch umfasst nach dem Wortlaut von § 69d Abs. 1 UrhG **die Fehlerbeseitigung**. Dem User kann nicht verboten werden, Störungen durch eigenen Programmieraufwand zu beseitigen. Zu bedenken ist allerdings, dass er im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen daran gehindert sein kann, eigenmächtig Änderungen vorzunehmen. Dies gilt nicht im Rahmen des beim Erwerb von Standardsoftware anwendbaren Kaufrechts. Der User kann Fehler der Software kraft seiner Stellung als Eigentümer beseitigen. Es ist AGB-rechtlich nicht zulässig zu vereinbaren, dass eine solche Fehlerbeseitigung automatisch zum Ausschluss der Gewährleistung führt. Etwas anderes gilt, wenn der Händler mit dem Kunden eine Phase der Nachbesserung vereinbart.²⁹⁰ In diesem Fall muss der Kunde eine Fehlerbeseitigung durch den Händler dulden und kann nicht eigenmächtig vorgehen. Gleiches gilt für die

²⁸⁹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 1049 = ZUM 2001, 795.

²⁹⁰ Siehe zu den Grenzen § 309 Nr. 8 BGB.

Vereinbarung zur Erstellung von Individualsoftware, die auf Grund ihrer werkvertraglichen Natur ein Fehlerbeseitigungsrecht des Softwareerstellers beinhaltet (§ 633 Abs. 3 BGB). Der Fehlerbegriff des § 69d Abs. 1 UrhG dürfte mit dem Mangelbegriff des BGB identisch sein. Als Fehler ist daher insbesondere das ungewöhnliche Antwortzeitverhalten, fehlende Fehler-routinen oder HELP-Funktionen anzusehen. § 69d Abs. 1 UrhG legitimiert allerdings nicht das Erstellen von Kopien der Benutzerdokumentation oder das Ergänzen dieser Dokumentation um zusätzliche Features. Auch wenn eine Benutzerdokumentation vertragsrechtlich geschuldet ist, ist die Benutzerdokumentation nicht von den Regelungen der §§ 69a–69h UrhG umfasst. § 69a Abs. 1 UrhG verweist nur auf die technische Dokumentation, die aber regelmäßig nicht von der Lieferpflicht umfasst ist.

§ 69d Abs. 1 erlaubt über die Fehlerbeseitigung hinaus **das Entwickeln neuer Funktionalitäten**. Das Ausmaß der zusätzlichen Features ergibt sich aus dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Programms. Insofern entspricht das UrhG dem bürgerlich-rechtlichen Gedanken der (teilweisen) Nichterfüllung. Sofern der Lieferant seine Hauptleistungspflichten nicht erfüllt, steht dem User ein Selbsthilferecht zu.

Problematisch ist allerdings, ob der User die auf diese Weise geänderte Softwareversion weiterveräußern darf. Dies könnte im Hinblick auf das Kennzeichenrecht des Herstellers problematisch sein. Insofern greift die aus dem Arzneimittelbereich bekannte Rechtsprechung zu den Umverpackungsfällen.²⁹¹

Nicht von § 69d Abs. 1 umfasst ist die **Entfernung oder Umgehung der Dongleabfrage** als Kopierschutz.²⁹² Solchen Umgestaltungen steht der erkennbare Wille des Programmierers entgegen, für den die Dongleabfrage zum fehlerfreien Betrieb des Programms gehört.²⁹³ Im Rahmen des „bestimmungsgemäßen“ Gebrauchs ist daher zu beachten, dass der Anwender zwar ein Interesse an einem funktionsfähigen und damit auch von Dongleabfragen freien Programm hat. Der bestimmungsgemäße Gebrauch wird jedoch nicht nur aus der Sicht des Nutzers bestimmt. Vielmehr muss auch den schutzwürdigen und für den Anwender erkennbaren Interessen des Programmierers Rechnung getragen werden. Dieser muss sein Programm vor der kaum zu kontrollierenden unrechtmäßigen Vervielfältigung schützen. Sofern für den Anwender daher die Verbindung des Programms mit einem Dongle erkennbar ist, hat er diese technische Vorrichtung während der Nutzung des Programms zu respektieren. Sollte die Vorrich-

²⁹¹ *BGH*, GRUR 2001, 422 – ZOCOR; *BGH*, NJW-RR 2001, 978.

²⁹² A.A. *LG Mannheim*, NJW 1995, 3322; *Koch*, NJW-CoR 1994, 293; *König*, NJW-CoR 1995, 191; *König*, NJW 1995, 3293.

²⁹³ *OLG Karlsruhe*, NJW 1996, 2583 = CR 1996, 341.

tung nicht einwandfrei funktionieren, scheidet ein Selbsthilferecht aus; an die Stelle tritt die Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen gem. §§ 434 ff. sowie §§ 633 ff. BGB. Allenfalls dann, wenn der Rechteinhaber nicht bereit ist, einen fehlerhaften Dongle auszutauschen, ließe sich die Eigeninitiative des Anwenders legitimieren.²⁹⁴ Verboten ist nicht nur die Umgehung der Dongleabfrage seitens des Anwenders, sondern auch der **Vertrieb von Dongleumgehungsprogrammen**. Hinsichtlich letzteren Verhaltens ist auf § 3 UWG a.F. i.V.m. § 69g Abs. 1 UrhG abzustellen.²⁹⁵

Es stellt sich dann die Frage, was als **anderweitige Vereinbarung** im Sinne des § 69d Abs. 1 UrhG anzusehen ist. Ein Teil der Literatur sieht § 69d Abs. 1 UrhG generell als dispositiv an. Jedwede vertragliche Beschränkung des Selbsthilferechts soll zulässig sein. Diese Ansicht widerspricht jedoch dem Wortlaut der EU-Softwareschutzrichtlinie, die im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung zur Interpretation heranzuziehen ist. Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie lässt andere vertragliche Bestimmungen zu, die die Rechte des Benutzers beschränken. Diese Möglichkeit widerspricht jedoch der Präambel der Richtlinie, die ausdrücklich betont, dass „acts of loading and running for the use of a copy of a program which has been a lawfully obtained and the act of correction of its errors may not be prohibited by contract“. Dies hat zur Folge, dass vertragliche Beschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie zulässig wären, die durch die Präambel verboten sind.²⁹⁶ Zum Teil wurde die Annahme vertreten, dass die Präambel nicht binde, so dass Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie Vorrang habe.²⁹⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch eine andere Sichtweise angenommen. Er geht davon aus, dass die in § 69d Abs. 1 UrhG erwähnten Handlungen des Anwenders nicht vertraglich verboten werden können. Es könne vielmehr nur die Art und Weise, wie diese Handlungen ausgeführt werden können, durch Vertrag spezifiziert werden.²⁹⁸ Diese Unterscheidung führt jedoch zu einigen Rechtsunsicherheiten; dies ist der Grund, warum die Bundesregierung den Gerichten eine Klärung der zwingenden Substanz von § 69d Abs. 1 UrhG überlassen will.²⁹⁹

²⁹⁴ So *OLG München*, CR 1996, 11 = MarlyRC 1995 Nr. 202.

²⁹⁵ *OLG München*, CR 1996, 11 = MarlyRC 1995 Nr. 202; *LG München*, CR 1995, 669.

²⁹⁶ Vgl. *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. Aufl. München 1992, 174 ff.

²⁹⁷ Dies ist auch die Sichtweise der griechischen Regierung, die in ihrem Umsetzungsentwurf auf ein „agreement to the contrary“ abstellt.

²⁹⁸ BT-Drs. 12/4022, S. 12: „Artikel 5 Abs. 1 der Richtlinie – und damit auch § 69d Abs. 1 – stellt die Möglichkeit der bestimmungsgemäßen Verwendung eines Programms sicher, wenn die näheren Einzelheiten der Benutzung nicht vertraglich geregelt sind“.

²⁹⁹ BT-Drs. 12/4022, S. 12.

Man sollte insoweit versuchen, die beiden Aussagen in einen sinnvollen Zusammenhang zu bringen. Dabei wird man sich auf die Begrifflichkeit der „besonderen Vereinbarungen“ stützen können. Erlaubt ist hiernach **nicht der pauschale Ausschluss des Selbsthilferechts**, der ohnehin mit dem Gedanken eines zwingenden Kerns der Vorschrift unvereinbar wäre. Der Hinweis auf die „besonderen Vereinbarungen“ signalisiert eher, dass detailliertere Ersatzbestimmungen an die Stelle der Schranke treten können. Wenn der Sinn und Zweck der Schranke auch durch vertragliche Vereinbarungen realisiert werden kann, scheidet das Recht auf Herstellung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aus. Dies verweist auf die im Kaufvertrag rechtsgeschäftlich vorsehbare und im Werkvertragsrecht gesetzlich verankerte Möglichkeit des Distributors zur Nachbesserung (Verzug bei Änderung?). Wenn und soweit der Lieferant seinerseits einen hinreichenden Update- und Pflegedienst anbietet, ist dem Kunden die Selbsthilfe verwehrt. Insoweit ist der Hinweis auf die besonderen Vereinbarungen im Hinblick auf das BGB zu lesen, dass Nichtleistung und Gewährleistung dem Lieferanten ein Abhilferecht nach Maßgabe vertraglicher Regelungen einräumt.

b) Sicherungskopie

§ 69d Abs. 2 UrhG enthält das **Recht des Users zur Erstellung einer Sicherungskopie**. Der Wortlaut ist hinsichtlich der Zahl der Sicherungskopien eindeutig: Erlaubt ist nur eine einzige Kopie. Sofern der Nutzer ein Softwarepaket auf seinem Rechner installiert, ist dieses Recht bereits dadurch realisiert, dass er neben der Kopie auf dem Rechner noch das Originalpaket in den Händen hält. Zusätzliche Kopien dürfen dann nicht mehr erstellt werden. Anders ist die Rechtslage bei vorinstallierter Software oder Software zum Download. Hier hat der Kunde keine zusätzliche Kopie, die Backup-Zwecke erfüllen könnte. Es muss daher gewährleistet sein, dass der Kunde sich relativ einfach eine Zusatzkopie machen kann.

Das Recht ist **vertraglich nicht beschränkbar**. Wenn im Vertrag ausdrücklich das Erstellen zusätzlicher Kopien untersagt wird, muss expressis verbis ein Vorbehalt im Hinblick auf § 69d Abs. 2 UrhG formuliert werden. Will der Lieferant das Recht einschränken, kann er sich lediglich auf das in § 69b Abs. 2 UrhG genannte Merkmal der Erforderlichkeit stützen. Das Recht zur Erstellung von Sicherungskopien wird nur gewährleistet „soweit erforderlich“. Backup-Kopien sind nicht erforderlich, sofern der Lieferant seinerseits einen Backup-Service anbietet. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass der Lieferant die Lieferung von Ersatzkopien zusagt.

Die Bundesregierung hat jedoch eine andere Regelungslücke der EG-Richtlinie gefunden.³⁰⁰ In Art. 5 Abs. 2 gewährt die Richtlinie ein Recht des rechtmäßigen Benutzers zur Herstellung einer Sicherungskopie; nach Art. 7 Abs. 1c verbietet sie die kommerzielle Nutzung von Anti-kopierschutzprogrammen. Wenn solche Programme legale Sicherungskopien erstellen lassen, müssten sie eigentlich nach Art. 5 Abs. 2 zulässig vertrieben werden dürfen. Die Bundesregierung erörtert selbst keine Möglichkeit zur Lösung dieses Problems, sondern verweist stattdessen auf eine spätere Klärung durch die Gerichte.

Wird die Erstellung einer erforderlichen Sicherungskopie durch technische Sperren verhindert, liegt darin ein Mangel der Software, der Gewährleistungsrechte des Kunden, ggf. auch Schadensersatzansprüche auslöst. Allerdings rechtfertigt ein solches Verhalten des Lieferanten nicht, dass der Kunde seinerseits durch Umgehungsmechanismen einen Kopierschutz außer Kraft setzt oder umgeht. Wie die Rechtsprechung zu den Donglefällen ausdrücklich betont, ist der Einsatz solcher Umgehungsmechanismen seinerseits urheberrechtswidrig. Der Vertrieb solcher Mechanismen gilt als unlauter i.S.v. § 3 UWG a.F.³⁰¹

c) Testläufe

§ 69d Abs. 3 UrhG erlaubt das Beobachten, Untersuchen und Testen der Funktionalität eines Computerprogramms ohne Zustimmung des Rechteinhabers. Anders als § 69e UrhG ist die Programmanalyse **nicht auf bestimmte Zwecke beschränkt**. Vielmehr kann die Analyse dazu dienen, die Wartungsfähigkeit der Software zu gewährleisten, das Programm um neue Funktionalitäten zu erweitern oder technische Nachweise für den Verletzungsprozess zu generieren.³⁰² Entscheidend ist, dass die Analyse darauf gerichtet ist, die einem Programmelement zu Grunde liegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln. Damit ist die Regelung jedoch letztlich überflüssig. § 69a Abs. 2 UrhG sieht bereits vor, dass Ideen und Prinzipien, die einem Programm zu Grunde liegen, nicht durch das Urheberrecht geschützt sind; als Konsequenz darf der rechtmäßige Benutzer eines Computerprogramms in jedem Fall das Funktionieren der Software beobachten, um die zu Grunde liegenden Prinzipien herauszufinden. Insofern wiederholt dieser Teil des deutschen Gesetzes nur eine offensichtliche Regel des traditionellen Urheberrechts. Das Recht steht nur dem zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten zu. Erlaubt sind Handlungen zum Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Programms. § 69d Abs. 3 UrhG regelt folglich nur die interne Nut-

³⁰⁰ BT-Drs. 12/4022, S. 12.

³⁰¹ Siehe dazu *Raubenheimer*, CR 1996, 69.

³⁰² Siehe auch *Harte-Bavendamm*, GRUR 1990, 657; *Lietz*, CR 1991, 564.

zung durch den Nutzungsberechtigten. Die Vorschrift legitimiert jedoch nicht den Einsatz der Testergebnisse für die Entwicklung nahezu identischer Konkurrenzprodukte.³⁰³ Die freie Analyse von Programmen darf nicht mit der Dekompilierung verwechselt werden. Die neuen Bestimmungen erlauben nur, das Programm in Form des Object Codes zu untersuchen und zu testen; sie erlauben nicht eine Vervielfältigung und Übersetzung des Object Codes in den Source Code, wie dies im Rahmen einer Dekompilierung geschieht.³⁰⁴ § 69g Abs. 2 UrhG sieht vor, dass jede vertragliche Beschränkung dieses Rechts nichtig ist. Hierin liegt die eigentliche Bedeutung der Vorschrift. In Verträgen muss ein Hinweis auf die Analysefreiheit enthalten sein; sonst droht die partielle Nichtigkeit der Vereinbarung.

Über § 69d und § 69e UrhG³⁰⁵ hinaus lässt das Gesetz keine weiteren Schranken zu Gunsten des Anwenders zu. Insbesondere soll ihm der Rückgriff auf die Privatkopierfreiheit (§ 53 Abs. 1 UrhG) verwehrt sein.

Allerdings ist die Nutzung eines Programms frei möglich, wenn es als **Public Domain Software** auf den Markt gebracht worden ist. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass durch den Gebrauch des Begriffs „Public Domain“ auf die Geltendmachung etwaiger Ansprüche gegen eine Person, die das Programm vervielfältigt und weiter vertreibt, von vornherein verzichtet wird.³⁰⁶ Davon abzugrenzen ist der Sharewaremarkt, bei dem der Vertrieb von Probeversionen von Computerprogrammen im Vordergrund steht. In diesem Bereich ist das Kopieren und Verbreiten von Sharewareprodukten ohne Zustimmung des Berechtigten zumindest als unmittelbare Leistungsübernahme nach § 3 UWG a.F. verboten.³⁰⁷

d) Dekompilierung

Literatur:

Bauer, Reverse Engineering und Urheberrecht, CR 1990, 89; *Burkill*, Reverse Compilation of Computer Programs and its Permissibility under the Berne Convention, Computer Law & Practice, March-April 1990, 114; *Haberstumpf*, Die Zulässigkeit des Reverse Engineering, CR 1991, 129; *Harte-Bavendamm*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Reverse Engineering von Computerprogrammen, GRUR 1990, 657; *Olzhöfer*, Reverse Engineering von Software und Urheberrecht – eine Betrachtung aus technischer Sicht, CR 1990, 578; *Kindermann*, Reverse Engineering von Computerprogrammen, CR 1990, 638; *Kindermann*, Urheberrechtliche Voraussetzungen und Grenzen des Reverse Engineering und Schutz von Schnittstellen, Wirtschaftsinformatik 34 (1992), 175 ff.; *Lietz*, Technische Aspekte des Re-

³⁰³ *LG Mannheim*, CR 1994, 627; *LG Mannheim*, NJW-RR 1994, 1007.

³⁰⁴ Ähnlich auch *Dreier*, GRUR 1993, 781; *Vinje*, GRUR Int. 1992, 250; *Vinje*, CR 1993, 401.

³⁰⁵ Siehe dazu sogleich unten.

³⁰⁶ *OLG Stuttgart*, CR 1994, 743; a.A. noch die Vorinstanz *LG Stuttgart*, CR 1994, 162.

³⁰⁷ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 555 = CR 1995, 730; ähnlich *LG Frankfurt*, MarlyRC 1995, Nr. 205 = ECR LG 173.

verse Engineering, CR 1991, 564; *Vinje*, The development of Interoperable Products Under the EC Directive, *The Computer Lawyer* 8 (1991), Nummer 11, 13 ff.

§ 69e UrhG beruht auf Art. 6 der EU-Softwareschutzrichtlinie, einer der umstrittensten Regelungen der gesamten Richtlinie.³⁰⁸ Im Vordergrund steht die Frage, wie der freie Zugang zu Schnittstellen gesichert werden kann, wenn diese Informationen urheberrechtlich geschützt sind. § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG sieht vor, dass **die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Ideen** gemeinfrei sind. Die Abgrenzung zwischen gemeinfreier Idee und urheberrechtlich geschützter Konkretisierung der Schnittstelleninformation ist jedoch sehr schwierig. Daher musste man auch den Zugang zu schutzfähigen Schnittstellen reglementieren, wollte man nicht – wie in den berühmten Auseinandersetzungen zwischen IBM und der Europäischen Kommission – die Marktmacht von marktmächtigen DV-Herstellern urheberrechtlich zementieren. In dieser Situation hätte es sich angeboten, das Problem kartellrechtlich – über Art. 102 AEUV – zu lösen.³⁰⁹

Der Richtliniengeber hat sich allerdings dafür entschieden, einen **urheberrechtlichen Sonderweg** über die Einführung einer neuen Schranke zu gehen. Dem Anwender sollte es erlaubt sein, unter bestimmten Voraussetzungen den Object Code eines Programms in dessen Source Code rückzuübersetzen und auf diese Weise die notwendigen Informationen herauszufiltern. Die Europäische Kommission stieß aber bereits in der Frühphase der Diskussion auf erbitterten Widerstand der Softwareersteller. Diese befürchteten, dass die Zulassung des Reassemblings zu einer ungebremsten Nutzung des Source Codes führen würde, der zu den Betriebsgeheimnissen des Herstellers zählt. Der nach hartem Ringen erzielte Kompromiss ist allerdings unbrauchbar. Die Angst der Hersteller vor einem unkontrollierten Zugriff auf den Source Code ist pathologisch, da durch Reassembling technisch nie der Original-Source-Code generiert werden kann. Bei dem sehr aufwendigen Vorgang entstehen Programmzeilen in einer Art Assemblersprache, die z.B. nicht die Kommentarzeilen des Originalcodes enthalten. Insgesamt ist die Regelung zur Dekompilierung von einer großen technischen Unsicherheit geprägt. Sowohl das Dekompilieren wie auch das „Lesen“ des Endproduktes sind auch für Experten nur unter hohem Aufwand möglich. Die Dekompilierung generiert auch nicht den Original Source Code, sondern nur eine C- oder Assemblerähnliche Rekonstruktion einer Zwischenversion ohne die internen Kommentarzeilen des Programmierers. Die Kompilierung des Original Source Codes kann auch mittels einer Optimierungsoption erfolgt sein. Ferner kann

³⁰⁸ Ähnlich auch die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 12/4022, S. 13.

³⁰⁹ Siehe dazu *Pilny*, GRUR Int. 1995, 954.

der Source Code mit einem Obfuscator verschleiert werden. In solchen Fällen ist der dekompliierte Code nahezu unbrauchbar. Die Frage ist daher, welche Bedeutung die Dekompilierung tatsächlich in der Softwareindustrie hat. Unter Umständen ist bei der Frage der Dekompilierung über ein Thema gestritten worden, das auch in Zukunft keine besondere Rolle spielen wird.

§ 69e Abs. 1 UrhG regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Dekompilierung **abschließend**. Angesichts des eindeutigen Wortlauts ist eine erweiternde Auslegung – etwa im Hinblick auf die Wartung von Software – nicht möglich. § 69e UrhG verwendet den Begriff der Dekompilierung nur in der Überschrift. Im Text der Vorschrift wird stattdessen von der „Vielfältigung des Codes“ oder der „Übersetzung der Codeform“ gesprochen. Zu beachten ist technisch, dass jede Software normalerweise in zwei Versionen vorliegt. Der Programmierer verwendet eine besondere Programmiersprache, die möglichst nahe an der Umgangssprache orientiert ist. Der auf diese Weise erstellte „Source Code“³¹⁰ ist jedoch für den Computer nicht „lesbar“. Er muss in eine Maschinensprache übersetzt werden, die über binäre Signale³¹¹ Bits und Bytes generiert. Der auf diese Weise erstellte „Text“ ist der Object Code. Zur Übersetzung bedient man sich besonderer Programme, den sog. Compilern.

Nun lässt sich aber der Object Code seinerseits nicht zur Analyse des Programms nutzen. Hierzu benötigt man den Original-Source-Code oder zumindest eine Version des Programms, die diesem Format nahe kommt. Zur Rekonstruktion des Source Codes kann man sich wiederum besonderer Programme bedienen, den sog. Decompilern. Diese generieren allerdings nie den Original-Source-Code, sondern nur eine Mischform zwischen Object und Source Code.³¹²

§ 69e UrhG erlaubt eine Dekompilierung des Object Codes nur, um Interoperabilität herzustellen, nicht zu anderen Zwecken. Bei den ersten Entwürfen der EU-Softwareschutzrichtlinie war noch der **Bereich der Drittwartung** aufgeführt; dieser Vorschlag ist nicht in den endgültigen Richtlinienentwurf übernommen worden. Damit wird die Wartung von Software durch Drittunternehmen nahezu unmöglich; die einzige Lösung dieses schwierigen Problems wird die Einführung von Wartungsrechten im Softwarevertrag sein. Auch nicht legitimiert ist die Dekompilierung zwecks Fehlerbeseitigung.³¹³ Dies gilt auch für die Umgehung oder Beseitigung einer Dongle-Abfrage; hierfür kann eine Erlaubnis nicht aus § 69e UrhG abgeleitet wer-

³¹⁰ Einige sprechen auch vom „Quellformat“.

³¹¹ 1 – 0; Strom an – Strom aus.

³¹² Siehe dazu *Lietz*, CR 1991, 564.

³¹³ *Raubenheimer*, CR 1996, 67.

den.³¹⁴ Ausgeschlossen ist auch die Dekompilierung zu Zwecken der Wissenschaft und Forschung.³¹⁵ Für die Beschaffung von Beweisen im Verletzungsprozess kann die Dekompilierung nicht genutzt werden; allerdings dürfte die Verweigerung der Einwilligung des Rechteinhabers als Beweisvereitelung anzusehen sein.³¹⁶ Für die Zulässigkeit der Dekompilierung reicht es nicht aus vorzutragen, dass Software in ein anderes Programm eingefügt sei.³¹⁷

Wie bereits die Begründung zum Gesetzesentwurf erklärt,³¹⁸ bleibt bei dieser Regelung offen, ob Dekompilierung auch **zur Herstellung kompatibler Hardware** zulässig sein soll. Die EG-Richtlinie und ihr folgend der deutsche Gesetzgeber stellen ausdrücklich nur auf die Herstellung interoperabler Software ab. Dennoch könnte sich die Fragestellung nach der Zulässigkeit kompatibler Hardware als technisch überflüssig herausstellen. Hardware ist per se nie Gegenstand des Dekompilierens gewesen. Auch wenn es um die Kompatibilität von Hardware geht, handelt es sich um ein Problem software-definierter Schnittstellen. Dass software-unabhängig die Kompatibilität „reiner“ Hardware Anlass zu einer Dekompilierung gegeben hat, ist meines Wissens bislang nie der Fall gewesen.

Der Begriff der „anderen Programme“ bezieht sich zum einen **auf das dekompierte Programm selbst**. Will also jemand ein Windows-kompatibles Programm erstellen, kann er durch Dekompilierung die zentralen Schnittstelleninformationen herauskristallisieren und im Rahmen von § 69e UrhG nutzen. Zum anderen legitimiert die Interoperabilität mit sonstigen Drittprogrammen die Anwendung von § 69e UrhG. Anders als frühe Entwürfe der EU-Softwareschutzrichtlinie, die die Dekompilierungsfreiheit eng auf das ursprüngliche Programm bezogen hatten, ist die Formulierung des § 69e UrhG nunmehr offen für die Ermittlung von Schnittstellenspezifizierungen, die der Herstellung der Interoperabilität mit Konkurrenzprodukten dient. Die Herstellung konkurrierender Produkte führt insoweit nicht zum Ausschluss der Schranke.³¹⁹

§ 69e UrhG erklärt die Dekompilierung nur für rechtmäßig, soweit die erhaltenen Informationen **zur Herstellung der Interoperabilität von unabhängig geschaffenen Programmen notwendig** sind. Insofern folgt das Gesetz dem Gedanken strikter Zweckbindung. Nur im Rahmen des Interoperabilitätszweckes dürfen Daten generiert werden. Sobald die Daten nicht

³¹⁴ *OLG Karlsruhe*, CR 1996, 341 m. Anm. *Raubenheimer*; ähnlich *LG Düsseldorf*, CR 1996, 737.

³¹⁵ *Marly*, Urheberrechtsschutz, 317.

³¹⁶ So die Amtliche Begründung BT-Drs. 12/4022, S. 14.

³¹⁷ *OLG Düsseldorf*, CR 2001, 371.

³¹⁸ BT-Drs. 12/4022, S. 13 f.; ähnlich auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, 322 ff.; *Moritz*, CR 1993, 257; *Schulte*, CR 1992, 648.

mehr benötigt werden, sind sie zu löschen. Hier wird noch einmal deutlich, dass es sich bei § 69e UrhG nicht um eine Urheberrechtsbestimmung handelt, sondern vielmehr Kartellrecht in ein (unpassendes) urheberrechtliches Kleid gehüllt worden ist.

Die Dekompilierung hat sich **auch auf die notwendigen Programmteile zu beschränken**; ansonsten geht sie über den engen Rahmen der Unerlässlichkeit hinaus. Auch hier gilt die strenge Zweckbindung. Allerdings wird dem Nutzer eine gewisse Grauzone zugebilligt werden müssen, innerhalb derer er sich bei der Dekompilierung erst einmal frei im Programm orientieren kann, um die Programmteile mit den Schnittstelleninformationen herauszufiltern.

Die Dekompilierung ist ferner nicht unerlässlich, **soweit eine andere Informationsquelle rechtzeitig verfügbar ist**. § 69e UrhG kommt demnach nicht zum Tragen, wenn der Rechteinhaber die Schnittstelleninformationen ohne weiteres zugänglich macht. Dies kann durch Veröffentlichung im Internet oder im Handbuch geschehen. Ausreichen dürfte auch, dass die Daten auf Nachfrage beim Hersteller kostenlos erhältlich sind. Eine Kostenpflicht, die über die Verpflichtung zur Erstattung notwendiger Auslagen hinausgeht, führt zum Selbsthilferecht des Anwenders nach § 69e UrhG.

§ 69e Abs. 2 UrhG regelt das **weitere Schicksal der durch Dekompilierung generierten Schnittstelleninformationen**. Allerdings handelt es sich bei dieser Regelung nicht um die Konkretisierung einer urheberrechtlichen Schranke. Denn die Schnittstelleninformationen als solche sind nur selten schutzfähig. Wie bereits § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG zeigt, sind die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Ideen gemeinfrei. Auf diese Ideen kann sich folglich auch nicht § 69e Abs. 2 UrhG beziehen. Vielmehr kann diese Vorschrift nur den (seltenen und schwer greifbaren) Fall der konkreten Ausgestaltung einer Schnittstelle umfassen. Insoweit enthält § 69e Abs. 2 UrhG eine **gesetzliche Schranke** hinsichtlich der Nutzung solcher konkreten Formgestaltungen. Die Schranke ist allerdings wenig klar definiert. Zunächst verweist § 69e Abs. 2 Nr. 1 UrhG darauf, dass die Informationen nur zur Herstellung der Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms verwendet werden dürfen. Andere Zwecke scheiden aus, was allerdings auch bereits § 69e Abs. 1 UrhG betont. Ferner dürfen Informationen nicht für die Entwicklung, Produktion oder den Vertrieb urheberrechtswidriger Software benutzt werden (§ 69e Abs. 2 Nr. 3 UrhG); dies dürfte selbstverständlich sein und hätte keiner besonderen Erwähnung bedurft. Am gewichtigsten ist noch § 69e Abs. 2 Nr. 2 UrhG, der die

³¹⁹ So bereits die Stellungnahme der EG-Kommission an das Parlament, Dok. SEK (91) 87 endg. – SYN 1183 v. 18.1.1991; ähnlich Dreier, CR 1991, 577; Haberstumpf, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz, II Rz. 175; Vinje, GRUR Int. 1992, 250; a.A. Moritz, CR 1993, 257.

Weitergabe an Informationen nur dann zulässt, wenn dies zur Herstellung der Interoperabilität erforderlich ist.

6. Umgehungsschutz

Literatur:

Ernst, Kopierschutz nach neuem UrhG. Bedeutung und Tragweite des Verbots von Umgehungsmaßnahmen und Hacking-Werkzeugen für die Praxis, CR 2004, 39; *Raubenheimer*, Beseitigung/Umgehung eines technischen Programmschutzes nach UrhG und UWG, CR 1996, 69; *Schweikart*, Zum Verbraucherschutz im Urheberrecht, UFITA 2005, 7; *Schweikart*, Die jüngste Rechtsprechung zur Beseitigung/Umgehung eines Dongles, NJW-CoR 1996, 174; *Schweikart*, Vernichtungsanspruch gemäß § 69f UrhG, CR 1994, 129.

§ 69f UrhG hat zwei Komponenten. Zum einen wird dem Verletzten ein **Vernichtungsanspruch hinsichtlich von Raubkopien** zuerkannt (§ 69f Abs. 1 UrhG). Dieser Anspruch wird zum anderen auch auf Tools zur Umgehung von Kopierschutzmechanismen erstreckt (§ 69f Abs. 2 UrhG). Im Zentrum steht der Vernichtungsanspruch; Schadensersatz und Unterlassungsansprüche müssen aus den allgemeinen Bestimmungen abgeleitet werden.

Die Vorschrift geht weit über § 98 Abs. 1 UrhG hinaus. Die Vernichtung von Raubkopien (§ 69f Abs. 1 UrhG) hängt – anders als bei § 98 UrhG – nicht mehr davon ab, dass es sich um eine Kopie im Besitz oder Eigentum des Verletzers handelt. Vielmehr kommt der Vernichtungsanspruch überall dort zum Tragen, wo sich Raubkopien finden.

Neu ist auch der Anspruch hinsichtlich der **Antikopierschutzmechanismen (§ 69f Abs. 2 UrhG)**. § 98 UrhG sieht zwar einen Anspruch auf Vernichtung oder Überlassung von Kopiervorrichtungen vor; dieser richtet sich aber nicht auf den umgekehrten Fall des Einsatzes von Umgehungsmechanismen. Der Anspruch lässt sich nur teilweise aus § 3 UWG ableiten, soweit diese Mechanismen im Wettbewerbsverhältnis zum Einsatz kommen. Die private Erstellung und Weitergabe entsprechender Tools kann nur über § 69f Abs. 2 UrhG geahndet werden. Im Übrigen gelten die neuen Bestimmungen zum Kopierschutz (§§ 95a, 95b UrhG) nicht für Computerprogramme; § 69f Abs. 2 UrhG ist als spezieller und abschließend zu betrachten. Unter den Schutz des § 69f Abs. 2 UrhG fallen DRM-Systeme, Expiration Dates oder auch Nintendo-DS-Karten.³²⁰ Hingegen soll eine Software, die es ermöglicht, Videos von einem Internetportal herunterzuladen, obwohl ihr Betreiber den Videostream mit den ge-

³²⁰ LG München, Urt. v. 13.3.2008 – 7 O 16829/07.

nannten Schutzmaßnahmen gesichert hat, dem § 95a I UrhG unterliegen³²¹. Daneben kommt noch eine Anwendung von § 4 Nr. 10 UWG in Betracht.³²²

Die Abgrenzung zwischen § 95a und 69f UrhG ist allerdings unklar. So hat der BGH dem *EuGH* die Frage vorgelegt, nach welchen Regeln sich der Schutz technischer Maßnahmen zum Schutz urheberrechtlich geschützter Videospiele richtet.³²³ Es stelle sich die Frage, ob sich der Schutz von Maßnahmen zum Schutz "hybrider Produkte" wie insbesondere Videospiele nach den speziell für Computerprogramme oder nach den allgemein für Werke geltenden Bestimmungen richte oder ob sowohl die einen wie auch die anderen Bestimmungen anwendbar seien.

Neben dem Vernichtungsanspruch kommen die sonstigen Rechte zur Anwendung, die einem Betroffenen im Falle einer Urheberrechtsverletzung zustehen (§ 69a Abs. 4 i.V.m. §§ 96–111 UrhG).

Die Regelung bezieht sich auf **alle rechtswidrig hergestellten, verbreiteten oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücke**. Insofern ist die Vernichtung vor allem gegen illegal erstellte Kopien gerichtet; auf Grund ihrer rechtswidrigen Herstellung ist auch deren Verbreitung untersagt (§ 96 Abs. 1 UrhG). Zusätzlich kommt der Anspruch zum Tragen, wenn jemand ein rechtmäßig erworbenes Softwareprodukt unerlaubterweise an einen Dritten weitergibt. Dies ist dann der Fall, wenn die Weitergabe im Rahmen der Weitervermietung erfolgt (§ 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG). Schwierig ist die tatsächliche Feststellung, ob eine Kopie zur rechtswidrigen Verbreitung „bestimmt“ ist. Hier wird es objektiv-final auf eine Wertung der Tatumstände ankommen.

Die Urheberrechtsverletzung muss **tatbestandsmäßig** und **rechtswidrig** sein. Anders als in der Softwareschutzrichtlinie vorgesehen,³²⁴ ist der Anspruch als genereller Störungsbeseitigungsanspruch konzipiert; auf ein Verschulden kommt es demnach nicht an.³²⁵ Im Übrigen setzt der Anspruch nicht voraus, dass gerade der Besitzer bzw. Eigentümer seinerseits die Urheberrechtsverletzung begangen hat.³²⁶ Entscheidend ist nur, dass die Kopie auf einer Urheberrechtsverletzung beruht.

³²¹ LG Hamburg, Beschluß vom 25. April 2013 – 310 O 144/13. Dazu auch *Janisch/Lachenmann*, CR 2013, 544.

³²² LG Hamburg, Urteil vom 23.5.2013 - 312 O 390/11.

³²³ BGH, Beschluss vom 6. Februar 2013 - I ZR 124/11 - Videospiele-Konsole; siehe dazu *LG München*, MMR 2010, 341

³²⁴ Siehe Art. 7 Abs. 1.

³²⁵ *Loewenheim*, in: Schrickler, § 69f Rz. 6.

³²⁶ Amtliche Begründung, BT-Drs. 12/4022, 14.

§ 69f UrhG spricht von **Vernichtung**, ohne dass dieser Begriff näher erläutert wird. Dies ist insofern bedauerlich, als der Begriff der Vernichtung im DV-Kontext unklar ist.

Bei Programmkopien auf Diskette dürfte das bloße Löschen nicht ausreichen. Denn durch das Löschen wird nur der Eintrag der Softwarekopie im Register entfernt. Das Programm ist zwar nicht abrufbar, bleibt aber auf dem Datenträger. Durch entsprechende Tools kann es wieder „sichtbar“ gemacht werden. Eine endgültige Löschung setzt daher ein Neuformatieren des gesamten Datenträgers voraus, das bei einer Diskette problemlos möglich ist. Statt der Neuformatierung wäre angesichts des geringen Materialwerts einer Diskette deren Zerstörung denkbar. Die Wahl zwischen beiden Maßnahmen hat der Verletzer.³²⁷ Der Verletzte hat nur das Recht auf den Enderfolg, die Vernichtung der Programmdateien. Bei CD-ROM-Produkten ist weder eine Löschung noch ein **Neuformatieren** möglich. Hier kommt nur die Zerstörung des gesamten Datenträgers in Betracht.³²⁸ Bei einer Festplatte wäre das Neuformatieren mit dem Verlust aller Daten verbunden. Unter Umständen lässt sich hier § 98 Abs. 3 i.V.m. § 69f Abs. 1 Satz 2 UrhG heranziehen. Hiernach kann der Verletzte nur verhältnismäßige Maßnahmen verlangen. Sofern also das Formatieren des Datenträgers unverhältnismäßig ist, muss sich der Verletzte darauf verweisen lassen, dass ein der Vernichtung vergleichbares Instrument zur Verfügung steht. Dies wäre hier die Löschung der Datei auf der Festplatte.³²⁹

Im Übrigen spricht § 69f UrhG nicht davon, dass der Verletzte die Vernichtung durchführt. Die Formulierung „vernichtet werden“ spricht stattdessen dafür, dass dem **Verletzer die Vernichtung obliegt**. Der Verletzte kann dementsprechend nicht Herausgabe der Kopien an sich selbst oder einen Dritten verlangen. Allerdings ist § 98 Abs. 2 UrhG zu beachten, der nach § 69f Abs. 1 Satz 2 UrhG auch im Softwarerecht Anwendung findet. Hiernach kann der Verletzte statt der Vernichtung auch Überlassung der Kopien gegen eine angemessene Vergütung verlangen; die Vergütung darf die Herstellungskosten nicht übersteigen.

IV. Der Softwareverletzungsprozess

Literatur:

Bartsch, Softwareüberlassung und Zivilprozess. Gewährleistung und Urheberrechtsschutz in der prozessualen Durchsetzung. Informationstechnik und Recht, Heft 2; *Bork*, Effiziente Beweissicherung für den Urheberrechtsverletzungsprozess – dargestellt am Beispiel raub-

³²⁷ A.A. *Vinck*, in: Fromm/Nordemann, § 69f Rz. 2.

³²⁸ *Loewenheim*, in: Schricker, § 69f Rz. 7.

³²⁹ Ähnlich *Vinck*, in: Fromm/Nordemann, § 69f Rz. 2; *Loewenheim*, in: Schricker, § 69f Rz. 7; *Dreier*, GRUR 1983, 781, 787; *Raubenheimer*, CR 1994, 120, 130; ebenso die Amtliche Begründung, BT-Drs. IV/270, S. 14.

kopierter Computerprogramme, NJW 1997, 1665; *Frank/Wiegand*, Der Besichtigungsanspruch im Urheberrecht de lege ferenda, CR 2007, 481; *Gedert*, Bemessung des Schadensersatzes nach der „Enforcement-Directive“, in: *Taeger/Wiebe*, Aktuelle Rechtsfragen zu IT und Internet, Oldenburg 2006, 76; *Hoppen*, Software-Besichtigungsansprüche und ihre Durchsetzung, CR 2009, 407; *Karger*, Beweisermittlung im deutschen und US-amerikanischen Softwareverletzungsprozess 1996, 3; *Haas*, Die Klage wegen Verletzungen des Urheberrechts an Computerprogrammen nach französischem Recht: Streitgegenstand und Beweislast, GRUR Int. 1996, 20; *Kühnen*, Die Besichtigung im Patentrecht, GRUR 2005, 185; *Mellulis*, Zum Besichtigungsanspruch im Vorfeld von Schutzrechtsverletzungen, in: Festschrift Tilmann 2003, 843; *Tilmann/Schreibauer*, Die neueste BGH-Rechtsprechung zum Besichtigungsanspruch nach § 809 BGB – Anmerkungen zum Urteil des BGH „Faxkarte“, GRUR 2002, 1015.

1. Ansprüche des Verletzten

Zunächst sind die Ansprüche von Verletzten zu erörtern, vorab die Hauptansprüche auf Unterlassung, Vernichtung und Schadensersatz.

a) Unterlassungsansprüche

Bei Urheberrechtsverletzungen im Softwarebereich bestehen zunächst einmal **Unterlassungsansprüche** nach § 97 UrhG. Bei markenrechtlichen Verstößen ergeben sich die Unterlassungsansprüche aus §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4 MarkenG sowie Art. 102 GMVO. Ist die Software patentfähig, ist § 139 Abs. 1 PatG einschlägig. Der Unterlassungsanspruch setzt Wiederholungsgefahr voraus; eine Wiederholungsgefahr ist aufgrund einer vorangegangenen Verletzung gegeben. Es reicht allerdings in bestimmten Fällen auch eine drohende Begehrungsgefahr aus. Prozessual ist bei allen Unterlassungsansprüchen zu bedenken, dass die jeweilige konkrete Verletzungsform genau genannt wird. Erforderlich ist es, einen bestimmten Klageantrag zu stellen, in dem die einzelnen Verletzungshandlungen in gesonderten Anträgen als konkrete Verletzungsform umschrieben sind.³³⁰ Schwierig ist gerade bei Software der Nachweis einer Rechtsverletzung. In einem urheberrechtlichen Softwareschutzprozess ist die Vorlage des Quelltextes des Ausgangsprogramms und der Quelltexte oder Binärcodes des nach dem Vorbringen der Klägerin abgeleiteten Programms erforderlich, um hinreichend darzutun und zu belegen, welche Teile des Ausgangsprogramms aufgrund welcher Umstände als schöpferische Eigenleistung Urheberrechtsschutz beanspruchen können, also nicht etwa bloße Übernahmen oder Routinen sind. Dies betrifft bereits die Darlegungsebene.³³¹ Werden statt der Quelltexte bloß auf beiden Seiten die Binärcodes verglichen, scheidet nicht nur die Darle-

³³⁰ *BGH*, GRUR 1992, 561 – unbestimmter Unterlassungsantrag II; *BGH*, GRUR 2003, 958 – Paperboy.

³³¹ *KG Berlin*, Urt. v. 17.3.2010 – 24 U 117/08.

gung der Urheberrechtsschutzfähigkeit der Teilkomponenten, sondern auch die Darlegung, dass und wodurch gerade diese urheberrechtlich geschützten Teile übernommen worden sind.³³²

b) Vernichtungsansprüche

Zu den Unterlassungsansprüchen kommen **Vernichtungsansprüche** (geregelt in § 18 MarkenG, § 98 UrhG, § 140a PatG). Der Vernichtungsanspruch setzt Widerrechtlichkeit voraus. Ferner darf es kein schonenderes anderes Mittel geben und ist die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Bei der Verhältnismäßigkeit ist insbesondere zu prüfen, wie das Vernichtungsinteresse des Verletzten zum Erhaltungsinteresse des Verletzers steht.³³³ Berücksichtigt wird hier in der Rechtsprechung insbesondere die Schuldlosigkeit oder der Grad der Schuld des Verletzers. Hinzu kommen Fragen nach der Schwere des Eingriffs, insbesondere nach Art und Umfang der Übernahme von Programmierunterlagen. Schließlich ist auch der Umfang des entstandenen Schadens in eine Beziehung zum Vermögensverlust auf der Seite des Verletzers zu stellen. Vernichtung kann primär nur in Form der Zerstörung seitens des Verletzers erfolgen. Im Softwarebereich ist zu bedenken, dass eine Vernichtung nicht allein durch die Wahl der Delete-Taste bewirkt wird. Ist die Software auf einem Datenträger gespeichert, ist vielmehr eine grundlegendere Form der Vernichtung zu wählen, die auch eine Neuformatierung des Datenträgers beinhalten kann. Liegt die Software schon aufgrund einer Beschlagnahme bei den staatlichen Behörden, bejaht die Rechtsprechung einen Herausgabeanspruch des Verletzten als Teil der Vernichtung.³³⁴ Insbesondere im Urheberrecht soll eine Vernichtung auch in der Form verlangt werden können, dass rechtswidrig hergestellte Vervielfältigungsstücke an einen zur Vernichtung bereiten Gerichtsvollzieher herauszugeben sind.³³⁵

c) Schadensersatz

Neben den Unterlassungs- und Vernichtungsansprüchen bestehen auch noch **Schadensersatzansprüche** (geregelt in §§ 14 Abs. 6, 15 Abs. 5 MarkenG, § 97 UrhG sowie § 139 Abs. 2 PatG). Zu beachten ist hier die Möglichkeit der **dreifachen Schadensberechnung**. Der Schaden kann im Wege der Lizenzanalogie nach Wahl des Verletzten berechnet werden, durch Bestimmung des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) oder durch die Herausgabe des Verletzersgewinns. Der Verletzte kann bis zur rechtsfähigen Zuerkennung zwischen den verschie-

³³² *KG Berlin*, Urt. v. 17.3.2010 – 24 U 117/08.

³³³ *BGH*, GRUR 1997, 899 – Vernichtungsanspruch.

³³⁴ *BGH*, GRUR 1997, 899, 902 – Vernichtungsanspruch.

denen Berechnungsmethoden wechseln.³³⁶ Künftig wird wahrscheinlich in Umsetzung von Art. 13 der EU-Enforcement-Richtlinie³³⁷ ein Berechnungsmix möglich sein.³³⁸ Nach Art. 13 soll der Verletzte für die Rechtsverletzung einen Ersatz des tatsächlichen Schadens in angemessener Form bekommen müssen. Dabei soll bei der Schadensersatzberechnung eine umfassende Betrachtung aller in Frage kommenden Aspekte, einschließlich der Gewinneinbußen, möglich sein. Stattdessen kann aber auch ein Pauschalbetrag in Höhe der Lizenzanalogie verlangt werden. Nach dem bisherigen Entwurf zum deutschen Umsetzungsgesetz soll es beim alten Wahlrecht zwischen den drei Schadensberechnungsmethoden bleiben.

Die Berechnung des Schadensersatz wird typischerweise durch einen **Auskunftsanspruch** vorbereitet. Der Verletzte verlangt erst einmal Auskunft über die verschiedenen Verletzungsvorgänge und deren Umfang und begehrt darüber hinaus Schadensfeststellung nach § 256 ZPO. Aufgrund der Komplexität der Schadensberechnungen wird im gesamten gewerblichen Rechtsschutz vom Vorliegen eines Feststellungsinteresses ausgegangen.³³⁹

Im Wege der **Lizenzanalogie** erhält das betroffene Softwarehaus einen Ausgleich in der Form, dass es so gestellt wird, als habe der Verletzer einen Nutzungsvertrag abgeschlossen.³⁴⁰ Zu der sich daraus berechnenden angemessenen „Lizenz“ gibt es keine Verletzerzuschläge.³⁴¹ Zuschläge werden allenfalls dann gewährt, wenn die verletzende Ware den Absatz einer Hauptware gefördert hat.³⁴² Hinzu kommt ein Lizenzzuschlag in Höhe von derzeit 5 % über dem Basiszinssatz (§ 288 BGB). Maßstab für die Ermittlung der Höhe des zu zahlenden Schadensersatzes nach einer Urheberrechtsverletzung wegen des Verkaufs unautorisierter Software-Kopien ist nicht der Preis der Einzelhandelsversion, sondern der Vergleichspreis einer legalen OEM-Version.³⁴³

Neben der Lizenzanalogie besteht auch die Möglichkeit, den eigenen **entgangenen Gewinn** zu fordern (§ 252 BGB). Allerdings ist hier das Problem, dass der Verletzte ausführlich Rechenschaft über seine betriebsinterne Gewinnstruktur geben muss. Im Übrigen müsste er nachweisen, dass er tatsächlich alle Aufträge des Verletzers bekommen hätte und dieser nicht die Rechte bei einem Dritten hätte einholen können. Daher wird diese Form der Schadensbe-

³³⁵ *BGH*, GRUR 2003, 228 = NJW 2003, 668 – P-Vermerk.

³³⁶ *BGH*, GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolox II = NJW 1992, 2753.

³³⁷ Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 157/45 v. 30.4.2004.

³³⁸ Die Bundesregierung veröffentlichte am 24.1.2007 einen Regierungsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie (BR-Drs. 64/1/07).

³³⁹ *BGH*, GRUR 2001, 1177 – Feststellungsinteresse II; *BGH*, GRUR 2003, 900 – Feststellungsinteresse III.

³⁴⁰ *BGH*, GRUR 1980, 841 – Tolbutamid.

³⁴¹ *BGH*, GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolox II.

³⁴² *BGH*, GRUR 1992, 509, 513 – Diarähmchen II.

³⁴³ *OLG Düsseldorf*, GRUR-RR 2005, 213 = MMR 2005, 707 = CR 2006, 17.

rechnung selten gewählt. Größter Beliebtheit erfreut sich die Form des Schadensersatzes, die auf die **Herausgabe des Verletzergewinns** zielt (abgeleitet aus §§ 687 Abs. 2, 666 BGB).³⁴⁴ Die Gewinnherausgabe ist im Urheberrecht ausdrücklich als andere Möglichkeit der Schadensberechnung anstelle des Schadensersatzes vorgesehen (§ 97 Abs. 1 UrhG). Streitig ist bis heute, wie weit die Gemeinkosten bei der Kalkulation des Verletzergewinns abzugsfähig sind. Der *BGH* hat den Einwand des Verletzers abgeschnitten, dass sein Verletzergewinn auch auf den besonderen eigenen Vertriebsleistungen beruhe.³⁴⁵ Im Übrigen sollen Gemeinkosten nur abgezogen werden können, wenn und soweit sie ausnahmsweise den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können.³⁴⁶ Allerdings ist diese Haltung des 1. Zivilsenats des *BGH* nicht common sense bei allen anderen *BGH*-Senaten; die Richter des für Patentrechts zuständigen 10. Zivilsenats halten eine solch scharfe Haltung in Sachen Gemeinkostenanteil für problematisch.³⁴⁷

Fraglich ist auch, wie der Verletzergewinn in der **Absatzkette** zu berechnen ist. Nach Ansicht des *BGH*³⁴⁸ ist dieser nach einer Verletzung urheberrechtlicher Nutzungsrechte nach § 97 Abs. 1 UrhG nur insoweit herauszugeben, als er auf der Rechtsverletzung beruht. Beim urheberrechtsverletzenden Verkauf einer unfreien Bearbeitung kommt es insoweit maßgeblich darauf an, inwieweit der Entschluss der Käufer zum Erwerb der angegriffenen Ausführung gerade darauf zurückzuführen ist, dass diese die Züge erkennen lässt, auf denen der Urheberrechtsschutz des benutzten Werkes beruht. Haben innerhalb einer Lieferkette mehrere Lieferanten nacheinander urheberrechtliche Nutzungsrechte verletzt, ist der Verletzte zwar grundsätzlich berechtigt, von jedem Verletzer innerhalb der Verletzerkette die Herausgabe des von diesem erzielten Gewinns als Schadensersatz zu fordern. Der vom Lieferanten an den Verletzten herauszugebende Gewinn wird aber durch Ersatzzahlungen gemindert, die der Lieferant seinen Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Verletzten erbringt.

d) Auskunft und Rechnungslegung

Neben den Hauptansprüchen auf Unterlassung, Vernichtung und Schadensersatz stehen die **Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung**. Diese ergeben sich zum einen aus § 242 BGB sowie aus dem Produktpirateriegesetz. Aus § 242 BGB lässt sich ein so genannter **unselbständiger Auskunftsanspruch** dahingehend ableiten, dass der Verletzer die zur An-

³⁴⁴ S. hierzu grundlegend *ROHG* 22, 336 sowie *RGZ* 70, 249.

³⁴⁵ *BGH*, GRUR 2001, 329 = NJW 2001, 2173.

³⁴⁶ *BGH*, GRUR 2001, 329.

³⁴⁷ S. dazu *Meyer/Beck*, GRUR 2005, 617 sowie *Rojahn*, GRUR 2005, 623.

³⁴⁸ *BGH*, GRUR 2009, 856 = NJW 2009, 3722 – Tripp-Trapp-Stuhl.

spruchsberechnung erforderlichen Angaben machen muss. Als Hilfsanspruch zum Schadensersatzanspruch muss zunächst einmal dem Grunde nach feststehen, dass der Verletzte Schadensersatz begehren kann. Daneben muss die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts plausibel gemacht werden. Schließlich ist auch ein entsprechendes Verschulden des Verletzers nachzuweisen. Daneben stehen die **selbständigen Schadensersatzansprüche** nach dem Produktpirateriegesetz, die insofern spezialgesetzlich in den einzelnen Schutzgesetzen geregelt sind (§ 101a UrhG, § 19 MarkenG; § 140b PatG). Bei diesen Ansprüchen spielt die Frage der Schadensersatzpflicht keine Rolle, ebenso wenig die Frage der Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts sowie das Verschulden des Verletzers. Neben der klassischen Auskunft stellt sich immer noch die Frage des so genannten Wirtschaftsprüfervorbehaltes. Bei einem solchen Vorbehalt darf der Auskunftspflichtige Namen und Anschriften seiner Abnehmer sowie der diesbezüglichen Lieferungen einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten, meist einem Wirtschaftsprüfer, offenbaren. Dies setzt allerdings voraus, dass der Wirtschaftsprüfer auch ermächtigt wird, den Verletzten darüber zu informieren, ob sich in den Unterlagen bestimmte konkret bezeichnete Abnehmer oder Lieferungen finden. Ein solcher Wirtschaftsprüfervorbehalt ist nach dem Produktpirateriegesetz nicht mehr möglich;³⁴⁹ er spielt allerdings noch für den unselbständigen Auskunftsanspruch eine Rolle.

e) Anträge

Schwierigkeiten bereitet die **Bestimmtheit des Klageantrags**. Hier wird man regelmäßig sehr sorgfältig vorgehen müssen, wie der *BGH* in der Entscheidung „Planfreigabesystem“³⁵⁰ betont hat. Steht nicht eindeutig fest, welches Computerprogramm mit einer bestimmten Bezeichnung gemeint ist, sind die sich auf ein solches Computerprogramm beziehenden Klageanträge auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung sowie auf Feststellung der Schadensersatzpflicht – ebenso wie entsprechende Unterlassungsanträge – grundsätzlich nur dann hinreichend bestimmt, wenn sie den Inhalt dieses Computerprogramms auf andere Weise so beschreiben, dass Verwechslungen mit anderen Computerprogrammen soweit wie möglich ausgeschlossen sind. Dabei kann die gebotene Individualisierung des Computerprogramms durch Bezugnahme auf Programmausdrucke oder Programmträger erfolgen.

³⁴⁹ *BGH*, GRUR 1995, 338 – Kleiderbügel = NJW 1995, 1905.

³⁵⁰ *BGH*, GRUR 2008, 357 = ZUM-RD 2008, 225.

Allerdings soll zum Beispiel auch die bloße Marktbezeichnung eines Programms selbst dann ausreichen, wenn nur Teile eines Programms angeblich kopiert worden sind.³⁵¹ Entscheidend ist die **Konkretisierung** durch vorgelegte Unterlagen oder Datenträger,³⁵² sofern diese nicht nur allgemeine Leistungsanforderungen des zu entwickelnden Programms enthalten.³⁵³ Der bloße Verweis auf Anlagen reicht nicht aus, wenn diese nur aus Listen bestehen, in denen die Namen der jeweiligen Datei, ihre Größe in Bytes, die Daten der letzten Änderung, des letzten Zugriffs und der Erstellung sowie ein Zuordnungskriterium angegeben sind.³⁵⁴ Nicht ausreichend ist auch der bloße Hinweis auf die Programmbezeichnung.³⁵⁵ Geht es bei dem Verbandsantrag um Nachahmungen oder Teilübernahmen, sind die Antragspezifika am verletzenden Programm auszurichten.³⁵⁶ Pauschale Unterlassungsanträge dahingehend, dass der Programmcode nicht „abgeändert“ oder „in diesen eingegriffen“ werden dürfe, sind mangels Bestimmtheit unzulässig. Denn die bloße Wiedergabe des Wortlautes von § 69c Nr. 2 UrhG reicht nicht aus, um die konkrete Verletzungshandlung zu umschreiben.³⁵⁷ Nimmt ein beantragtes Verbot der Vervielfältigung und Bearbeitung nicht den Bereich der zulässigen Dekompilierung aus (§ 96e UrhG), ist ein solcher Antrag insoweit unbegründet.³⁵⁸

Aus den oben genannten Ansprüchen resultiert folgender **Formulierungsvorschlag** in Bezug auf die Anträge:

Namens und in Vollmacht des Klägers erhebe ich Klage und werde beantragen,

I. die Beklagte zu verurteilen,

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250 000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, zu unterlassen, die nachfolgend spezifizierte Software herzustellen und in den Verkehr zu bringen,

II. dem Kläger Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der Software zu erteilen, insbesondere unter Angabe der Namen und Anschriften der Hersteller, der Lieferanten und deren Vorbesitzer, der gewerblichen Abnehmer oder Auftragnehmer sowie unter

³⁵¹ *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, Rz. 18; *Brandi-Dorn*, CR 1987, 853, 838.

³⁵² Vgl. BGHZ 112, 264, 268 = NJW 1991, 1231 = GRUR 1991, 449 m. Anm. *Frhr. v. Gravenreuth* – Betriebssystem.

³⁵³ *BGH*, ZUM-RD 2008, 225, 227 = GRUR 2008, 357.

³⁵⁴ *BGH*, GRUR 2003, 786, 787 – Innungsprogramm.

³⁵⁵ *OLG Hamm*, GRUR 1990, 185.

³⁵⁶ *BGH*, GRUR 2003, 786, 787 – Innungsprogramm.

³⁵⁷ *OLG Düsseldorf*, CR 2001, 371, 372.

³⁵⁸ *OLG Düsseldorf*, CR 2001, 371, 372.

- Angabe der Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Vervielfältigungsstücke,
- III. der Klägerin über den Umfang der vorstehend beschriebenen Handlungen Rechnung zu legen, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses mit der Angabe der Herstellungsmengen und -zeiten sowie der einzelnen Lieferungen unter Nennung,
- a) der Lieferzeiten, Liefermengen, Lieferpreise und Namen und Anschriften der Abnehmer,
 - b) der Herstellungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren,
 - c) des erzielten Gewinns unter Angabe der einzelnen Angebote und der Werbung unter Nennung,
 - d) der Angebotszeiten und Angebotspreise sowie Namen und Anschriften der Angebotsempfänger,
 - e) der einzelnen Werbeträger, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet,
- IV. die in unmittelbarem oder mittelbarem Besitz oder Eigentum des Beklagten befindlichen Vervielfältigungsstücke der Software zu vernichten,
- V. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu erstatten, der ihm aus den vorstehend bezeichneten Handlungen des Beklagten entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

2. Verfahrensgang

Der Softwareverletzungsprozess beginnt typischerweise mit einer **Verwarnung**. Dabei handelt es sich um eine Abmahnung mit ernsthafter Unterlassungsaufforderung unter Androhung gerichtlicher Schritte. Die Verwarnung ist wegen der sonst auftretenden Kostenfolge wichtig, da ein ohne Verwarnung geführter Verletzungsprozess unter Umständen dazu führen kann, dass der Verletzte die gesamten Kosten des Prozesses trägt (§ 93 ZPO). Zu bedenken ist bei der Verwarnung, dass dem Verletzten bei einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung auch noch Regressansprüche drohen (§ 823 BGB).³⁵⁹ Die Verwarnung muss hinreichend deutlich formuliert sein, eine bloße Berechtigungsanfrage ist keine Verwarnung.³⁶⁰ Eine bloße **Be-**

³⁵⁹ Siehe dazu ausführliche *BGH*, WRP 2005, 1408 – unberechtigte Schutzrechtsverwarnung.

³⁶⁰ Siehe *OLG München*, Mitteilungen 1998, 117.

rechigungsanfrage³⁶¹ reicht dementsprechend auch nicht aus, um die Kostenfolgen des § 93 ZPO zu vermeiden. Deshalb kann der Softwarenutzer auf die Berechtigungsanfrage eine gegenteilige Rechtsauffassung äußern, ohne dass er bei einer unmittelbar folgenden gerichtlichen Inanspruchnahme die Möglichkeit verliert, den Anspruch noch kostenfrei gem. § 93 ZPO anzuerkennen. Denn der Austausch von unterschiedlichen Rechtsansichten macht eine vorherige Abmahnung nicht schon wegen voraussichtlicher Erfolglosigkeit entbehrlich.³⁶² Unberechtigte Verwarnungen lösen Gegenansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz aus, wobei das verwarnende Unternehmen die Beweislast für alle Tatbestandsvoraussetzungen des zugrunde liegenden Anspruchs trägt.³⁶³ Eine Verwarnung ist auch unberechtigt, wenn sie zu pauschal gefasst ist.³⁶⁴ Der Schutzrechtsinhaber ist dazu angehalten, vor einer Unterlassungsaufforderung die gebotenen, von ihm zu erwartenden und ihm zumutbaren Prüfungen zur Berechtigung seines Verlangens vorzunehmen.³⁶⁵

Ebenso löst eine reine Berechtigungsanfrage nicht beim Verletzer das Recht aus, seinerseits **Klage auf negative Feststellung zu erheben**.³⁶⁶ Bekommt der Verletzer eine Verwarnung, sollte er sorgfältig seine eigene Verteidigung vorbereiten. Zu prüfen sind die Möglichkeiten, den Angreifer selbst als Rechtsverletzer anzugreifen. Auch ist daran zu denken, im Wege eines Vergleichs oder einer Abgrenzungsvereinbarung einen Rechtsstreit vor staatlichen Gerichten zu vermeiden, da diese sehr häufig mit Softwareverletzungsprozessen überfordert sind.

Soll dennoch Klage erhoben werden, ist die Frage der **Gerichtszuständigkeit** zu prüfen. Hier bestehen gerade im Bereich des Urheberrechts Spezialzuständigkeiten bei einigen Landgerichten innerhalb des Landes. Marken- und Patentsachen gehören ohnehin ohne Rücksicht auf den Streitwert zur Zuständigkeit der Landgerichte (§ 140 MarkenG, § 143 PatG). Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Sitz des Beklagten (§ 12 ZPO) oder dem Ort der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO). Der Ort der unerlaubten Handlung liegt überall da, wo die rechtsverletzende Software angeboten oder vertrieben wird. Dies kann bei einem Vertrieb im

³⁶¹ Typischer Text einer solchen Anfrage: „Wir erlauben uns daher die Anfrage, warum Sie sich berechtigt glauben, dieses Schutzrecht nicht beachten zu müssen. Wir bitten um Ihre Stellungnahme spätestens bis zum 22.2.1983 hier eingehend. Für den Fall, dass wir innerhalb dieser Frist keine befriedigende Antwort erhalten, behalten wir uns gerichtliche Maßnahmen vor“ (aus *OLG Karlsruhe*, GRUR 1984, 143).

³⁶² *OLG Hamburg*, GRUR 2006, 616.

³⁶³ *BGH*, GRUR 1995, 424, 425 – Betriebssystem.

³⁶⁴ *KG Berlin*, GRUR-RR 2004, 258.

³⁶⁵ So der berühmte Beschluss des Großen Senats des *BGH* v. 15.7.2005 – GSZ 1/04; *GSZ*, GRUR 2005, 882, 884, NJW 2005, 3141, JuS 2005, 1125 m. Anm. *Emmerich*.

³⁶⁶ *OLG München*, Mitteilungen 1998, 117.

Internet bundesweit sein, so dass der Kläger den Gerichtsstand frei wählen kann (sog. fliegender Gerichtsstand).

Für die **internationale Zuständigkeit** ist die Verordnung der EU über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) zu beachten.³⁶⁷ Diese Verordnung gilt nur für Streitigkeiten mit Parteien, die ihren Sitz innerhalb der EU haben. Hiernach besteht erst einmal eine internationale Zuständigkeit am Sitz des Beklagten (Art. 2 EuGVVO) sowie am Ort der unerlaubten Handlung (Art. 5 Nr. 3 EuGVVO). Bei Schadensersatzprozessen mit grenzüberschreitendem Bezug kann nur der in dem betreffenden Vertragsstreit am jeweiligen Erfolgsort entstandene Schaden vom örtlich zuständigen Gericht entschieden werden. Lediglich das Gericht am Handlungsort kann über den gesamten Schaden entscheiden.³⁶⁸ Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis auf die Gefahren, die aufgrund des sog. **Brussels Torpedo** existieren. Hierbei erhebt der Rechtsverletzer aufgrund einer entsprechenden Verwarnung eine negative Feststellungsklage und bringt diese beim Landgericht Brüssel ein. Aufgrund dieser Klage ist eine Unterlassungsklage an anderen Orten aufgrund des Einwandes der bereits bestehenden Rechtshängigkeit unmöglich (Art. 27 EuGVVO). Da Entscheidungen in Belgien (ähnlich wie in Italien) sehr viel Zeit brauchen, hat der Verletzer einen enormen Zeitgewinn, verbunden mit besonderen wirtschaftlichen Vertriebsmöglichkeiten. Hiergegen hilft nur eine schnelle Unterlassungsklage ohne entsprechende Vorwarnung. Im Übrigen gehen die belgischen Gerichte dazu über, entsprechende Klagen unter Umständen wegen Missbräuchlichkeit abzuweisen.³⁶⁹

Wichtig ist zu bedenken, dass **neben dem Händler auch der Hersteller** in das Gerichtsverfahren einbezogen werden kann. Dies geschieht typischerweise im Wege einer gemeinschaftlichen Klage gegen beide. Unter Umständen wird der Händler aber auch ein Interesse haben, den Hersteller in das Verfahren einzubeziehen. Dies geschieht insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Händler einen Schadensersatzanspruch wegen Rechtsmängeln gegen den Hersteller hat (§§ 433 Abs. 1 Satz 2, 435 BGB). Deshalb wird er als Händler dem Lieferanten nach §§ 72 ff. ZPO den **Streit verkünden**. Hierzu schickt er einen Schriftsatz an den Hersteller, in dem der Grund und die Lage des Rechtsstreits spezifiziert werden. Ist die Streitverkün-

³⁶⁷ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000, ABl. G 16.1.2001, 12.

³⁶⁸ *EuGH*, NJW 1995, 1881 – Fiona Shavill; ähnlich *LG Düsseldorf*, GRUR Int. 1999, 455 – Schussfadengreifer.

³⁶⁹ So etwa in der Entscheidung Roche vs. Wellcome Foundation des *Brüsseler Appellationsgerichts* v. 20.12.2001, www.wptn.com/pat_002_sep01.htm. Zur Situation in Italien siehe Tribunal of Lodi, 13 February, 1991, Giur. Ann. Dir. Ind., 2759.

dung wirksam, muss der Hersteller die nun ergehenden Gerichtsentscheidungen gegen sich gelten lassen, unabhängig davon, ob er dem Rechtsstreit beitrifft oder nicht (§ 68 ZPO). Sinnvoll ist auch die Vereinbarung eines Streitbeitritts im Wege der Vereinbarung zwischen Händler und Softwareersteller. Im Übrigen spielt die Streitverkündung auch eine Rolle, wenn es um die Beteiligung ausgeschiedener Mitarbeiter an einer Urheberrechtsverletzung geht.³⁷⁰

Denkbar ist auch eine Durchsetzung im Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes**. Früher war ein solches Schnellverfahren nicht denkbar, da die Prüfung der Urheberrechtsfähigkeit hohe Anforderungen hatte.³⁷¹ Heute gehen die Gerichte großzügiger mit dem einstweiligen Rechtsschutz im Falle einer Softwareverletzung um. Aber auch hier können nur eindeutige Verstöße im vorläufigen Verfahren geahndet werden, nicht jedoch kompliziert nachzuweisende Nachahmungen.³⁷²

Die **Darlegungs- und Beweislast** im Softwareverletzungsprozess trägt natürlich die Klägerseite. Die Beklagtenseite muss ihrerseits entsprechende Verteidigungsargumente vortragen, wie etwa den Einwand der Erschöpfung. Von den **Beweismitteln** spielt der Zeugenbeweis eher eine geringe Rolle. Wichtiger ist das **Sachverständigengutachten**. Die Bestellung eines Sachverständigen erfolgt durch das Gericht mittels eines Beweisbeschlusses entweder nach der mündlichen Verhandlung (§ 358 ZPO) oder bereits vor der mündlichen Verhandlung (§ 358a ZPO). Die Parteien haben die Möglichkeit, Vorschläge für einen Sachverständigen zu machen. Das schriftliche Gutachten leitet das Gericht den Parteien zu und gibt ihnen Gelegenheit zu Ergänzungsfragen (§ 411 Abs. 4 ZPO). Ein Sachverständiger kann nur wegen Besorgnis der Parteilichkeit abgelehnt werden, nicht wegen fachlicher Inkompetenz (§ 406 ZPO). Besorgnis der Befangenheit besteht zum Beispiel dann, wenn der Gutachter eine Berücksichtigung vornimmt, ohne den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu beachten.³⁷³ Wichtig ist eine Vorab-Erörterung der Beweisfragen mit dem Sachverständigen in einem **Einweisungstermin**. Auch sollte nach Möglichkeit im Hinblick auf die Komplexität der meisten Softwareverletzungsfälle noch einmal eine mündliche Erläuterung des Gutachtens vorgenommen werden (§ 411 Abs. 3 ZPO).

Neben dem Sachverständigengutachten kommt auch der **Augenschein** bei Urheberrechtsverletzungen in Betracht. Der Augenschein kann nach § 144 ZPO bei einer Partei oder auch beim Dritten angeordnet werden. Derzeit wird über eine Erweiterung des Augenscheins nachge-

³⁷⁰ OLG Hamburg, GRUR-RR 2001, 289.

³⁷¹ LG Hannover, CR 1994, 626.

³⁷² OLG Celle, CR 1994, 748 f.

³⁷³ BGH, GRUR 1975, 507 – Schulterpolster.

dacht, insbesondere in Folge der Umsetzung der EG-Enforcement-Richtlinie. Die Ergänzungen beziehen sich vor allem auf den **Besichtigungsanspruch nach § 101a UrhG**. Nach dieser Vorschrift kann der Verletzte von demjenigen, der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Urheberrecht widerrechtlich verletzt, Vorlage von Urkunden oder Besichtigung einer Sache verlangen, die sich in seiner Verfügungsgewalt befinden, wenn dies zur Begründung seiner Ansprüche erforderlich ist. Aus § 101a UrhG könnte sich ein Anspruch auf Besichtigung eines Datenträgers ableiten lassen, auf dem der Quellcode des Konkurrenzprogramms abgespeichert ist. Dieser war bislang nach den Regeln des *BGH* aus dessen Entscheidung „Druckbalken“ ausgestaltet und aus § 809 BGB abgeleitet.³⁷⁴ Danach war ein Augenschein in Form der Besichtigung dann möglich, wenn eine sehr hohe Verletzungswahrscheinlichkeit besteht.³⁷⁵ Der Besichtigungsanspruch kann also grundsätzlich nur zur Durchsetzung von Ansprüchen geltend gemacht werden, die im Übrigen erfolgversprechend sind.³⁷⁶ In der Entscheidung „Faxkarte“ hat der *BGH* dann für den IT-Bereich das Kriterium der Wahrscheinlichkeit reduziert auf das Vorliegen einer „gewissen“ Verletzungswahrscheinlichkeit.³⁷⁷ Das **Landgericht Düsseldorf** hat dann den Besichtigungsanspruch noch einmal prozessual erweitert. Dabei wurde vor allem das Instrument des selbständigen Beweisverfahrens (§§ 485 ff. ZPO) genutzt. Das Landgericht will auch im einstweiligen Rechtsschutz eine Beschlagnahme und Besichtigung zulassen, wenn neben dem selbständigen Beweisverfahren auch die Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung vorliegen.³⁷⁸ Der Verfügungsgrund liegt hier in dem drohenden Beweismittelverlust.³⁷⁹ Dem Schutz von Betriebsgeheimnissen wird dadurch Rechnung getragen, dass die Rechtsanwälte des Antragstellers an einem solchen Beweisverfahren teilnehmen können und gleichzeitig eine Schweigepflicht gegenüber dem Antragsteller haben.³⁸⁰ Denkbar ist auch, die Besichtigung nur durch einen unabhängigen, zur Geheimhaltung verpflichteten Sachverständigen erfolgen zu lassen. Dieser ist nur dem Gericht gegenüber verpflichtet; seine Ergebnisse werden vom Gericht dem angeblichen Verletzer erst nach positiver Entscheidung in allen sonstigen Fragen der Hauptsache freigegeben.³⁸¹ Es reicht nicht aus, nur die Übereinstimmung kleinerer Teile der Programmierunterlagen vorzutragen,

³⁷⁴ § 809 BGB soll neben § 101a UrhG anwendbar bleiben; *OLG Frankfurt*, Urt. v. 10.6.2010 – 15 U 192/09.

³⁷⁵ *BGH*, GRUR 1985, 512 – Druckbalken.

³⁷⁶ *OLG Hamburg*, CR 2005, 558, 559 = ZUM 2005, 394.

³⁷⁷ *BGH*, GRUR 2002, 1046 – Faxkarte. Ähnlich bereits *KG Berlin*, NJW 2001, 233 für Software.

³⁷⁸ Bestätigt durch *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 30.3.2010 – I-20 W 32/10, 20 W 32/10. Ähnlich *OLG Hamm*, Beschl. v. 20.8.2009 – I-4 W 107/09.

³⁷⁹ A.A. *OLG Köln*, Beschl. v. 9.1.2009 – 6 W 3/09, das immer danach fragen will, ob auch die Dringlichkeit glaubhaft gemacht worden ist.

³⁸⁰ *Kühnen*, GRUR 2005, 185.

³⁸¹ *OLG München*, GRUR 1987, 33.

ohne dass deren Schutzfähigkeit feststeht.³⁸² Bei Raubkopien sieht die Lage anders aus, da hier dann weniger strikte Maßstäbe anzulegen sind.³⁸³ Es reicht aber auch in einem solchen Fall nicht aus nur vorzutragen, die Programme seien von einer selbstgebrannten CD auf die Computer kopiert worden.³⁸⁴

3. Kosten

Prozessual ist auch die Frage der Kostenerstattungen nach Maßgabe von § 91 ZPO wichtig. Erstattungsfähig sind die Kosten für die Einbeziehung eines ausländischen Verkehrsanwaltes, allerdings begrenzt auf eine inländische Verkehrsgebühr.³⁸⁵ Recherchekosten, insbesondere im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, sind ebenfalls erstattungsfähig nach Maßgabe des nachgewiesenen Aufwandes.³⁸⁶ Sachverständigenkosten werden typischerweise **nicht erstattet, sofern es sich um ein reines Privatgutachten handelt**. Denkbar ist auch die Möglichkeit eines Vergleichs, insbesondere etwa durch die Gewährung einer Lizenz für die Vergangenheit und die Gewährung einer eingeschränkten Lizenz für die Zukunft.

4. Vollstreckung

Auskunftsansprüche sind typischerweise **unvertretbare Handlungen** im Rahmen von § 888 ZPO. Eine Vollstreckung ist daher nur durch Festsetzung eines Ordnungsgeldes oder Ordnungshaft möglich. Die Vollstreckung nach § 888 ZPO ist losgelöst von einem Verschulden möglich, da die Ordnungsgelder nur Beugemittel sind. Die Verifizierung der Auskunft ist im Wege der eidesstattlichen Versicherung nach Maßgabe von § 259 Abs. 2 und § 260 Abs. 2 BGB möglich. Voraussetzung ist allerdings, dass Grund zu der Annahme bestehen könnte, dass die gemachten Angaben nicht mit der gebotenen Sorgfalt zusammengestellt worden sind.³⁸⁷ Die eidesstattliche Versicherung muss vom jeweiligen Gesellschaftsorgan, also typischerweise vom Vorstand oder dem Geschäftsführer, geleistet werden.³⁸⁸ Eine Verifizierung durch Bucheinsicht ist nicht möglich, es sei denn, sie ist vertraglich vereinbart worden.³⁸⁹ Insofern lohnt es sich, vertraglich eine Möglichkeit zur Überprüfung von Abrechnungen

³⁸² *OLG Hamburg*, ZUM 2001, 519, 521, 523 – Faxkarte; *OLG Hamburg*, CR 2005, 558, 559.

³⁸³ *LG Nürnberg-Fürth*, CR 2004, 890, 891 f.

³⁸⁴ *KG Berlin*, NJW 2001, 233, 235.

³⁸⁵ *Bundespatentgericht*, Mitteilungen 1978, 98; *OLG Frankfurt*, GRUR 1986, 336.

³⁸⁶ *OLG Frankfurt*, GRUR 1996, 967.

³⁸⁷ *BGH*, GRUR 1960, 247 – Krankenwagen.

³⁸⁸ *BGH*, BB 1961, 190.

³⁸⁹ *BGH*, GRUR 1984, 728 – Dampfrieserstab II; *BGH*, GRUR 2002, 709 – Entfernung der Herstellungsnummer III.

durch einen Wirtschaftsprüfer vorzusehen. Wichtig ist auch und gerade im Softwarebereich die Grenzbeschlagnahme, die vor allem aufgrund EU-einheitlicher Regelungen erfolgt.³⁹⁰

Die **Zollbehörde** kann nach Maßgabe von § 111a UrhG offensichtlich schutzrechtsverletzende Waren beim Grenzüberschritt beschlagnahmen. Dabei prüft die Zollbehörde nicht, ob tatsächlich eine Schutzrechtsverletzung vorliegt. Die Beschlagnahme erfolgt aufgrund eines entsprechenden Bescheides sowie eines zuvor eingegangenen Antrags auf Grenzbeschlagnahme. Zuständig sind für ganz Deutschland die Spezialisten der **Oberfinanzdirektion Nürnberg – Außenstelle München**. Einem entsprechenden Antrag wird nur dann stattgegeben, wenn eine Absicherung von Seiten des Verletzten in Form einer Bankbürgschaft erfolgt. Ferner brauchen die Zollbehörden anschauliche Muster schutzrechtsverletzender Ware, sowie den Namen eines entsprechenden Ansprechpartners beim Verletzten. Im Falle eines Widerspruchs des Verletzers gegen die Grenzbeschlagnahme muss der Rechteinhaber binnen zwei Wochen nach Mitteilung des Widerspruchs eine vollziehbare gerichtliche Entscheidung beibringen, aufgrund derer eine Verwahrung des beschlagnahmten Erzeugnisses vorzunehmen ist. Typischerweise bedarf es hierfür einer einstweiligen Verfügung eines Gerichts.

Neben diesen nationalen Regelungen bestehen gemeinschaftsrechtliche Regelungen, insbesondere durch die **Verordnung 1383/2003**.³⁹¹ Auf EU-Ebene geht es nicht mehr um eine Grenzbeschlagnahme, sondern um eine Aussetzung der Überlassung bzw. eine Zurückhaltung von Waren. Die Zollbehörden können auf Antrag oder von Amts wegen tätig werden, letzteres dann, wenn hinreichender Verdacht für eine Rechtsverletzung gegeben ist (Art. 4 und Art. 5). Es bedarf keiner Bürgschaft mehr des Rechteinhabers; auch eine Gebührenpflicht besteht nicht. Auch muss der Rechteinhaber nicht binnen der oben genannten kurzen Frist gerichtliche Entscheidungen vorlegen. Er muss vielmehr auf einen entsprechenden Widerspruch nur nachweisen, dass er ein Verfahren zur Feststellung einer Rechtsverletzung eingeleitet hat (Art. 13). Dabei reicht ein Hauptsacheverfahren aus.

³⁹⁰ Siehe dazu insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 1383/2003.

³⁹¹ ABl. EG L 196/7 v. 2.8.2003.

Zweites Kapitel: EDV-Vertragsrecht

Literatur:

Bartsch, Das neue Schuldrecht – Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht, CR 2001, 649; *Bartsch*, Softwarepflege nach dem neuen Schuldrecht, NJW 2002, 5526; *Bauer/Witzel*, Nacherfüllung beim Kauf von Standardsoftware, ITRB 2003, 109; *Bräutigam/Rücker*, Softwareerstellung und § 651 BGB, CR 2006, 361; *Diedrich*, Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 473; *Fritzemeyer*, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; *Groß*, Know-How-Lizenzvertrag. Heidelberger Musterverträge, Heidelberg 1991; *Groß*, Lizenzvertrag Individualsoftware, Heidelberger Musterverträge, Heidelberg 1991; *Habel*, Nutzungsrechte an Standardanwenderprogrammen, München 1989; *Hilty*, Der Softwarevertrag, MMR 2003, 3; *Hilty*, Die Rechtsnatur des Softwarevertrages, CR 2012, 625; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989; *Hoeren/Spittka*, Aktuelle Entwicklungen des IT-Vertragsrechts – ITIL, Third Party Maintenance, Cloud Computing und Open Source Hybrids, MMR 2009, 583; *Koch*, Kaufrechtliche Vorgaben für Verträge zur Softwareerstellung, ITRB 2002, 297; *Koch*, Schuldrechtsmodernisierung – Auswirkungen auf das Gewährleistungsrecht bei IT-Verträgen, CR 2001, 569; *König*, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991; *Kotthoff*, Software-Erstellungsverträge nach der Schuldrechtsmodernisierung, K&R 2002, 105; *Malzer*, Der Softwarevertrag, Köln 1991; *Lensdorf*, Der EVB-IT Systemvertrag – was lange währt, wird endlich gut?, CR 2008, 1; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl., München 2004; *Müller-Hengstenberg*, BVB/EVB-IT-Computersoftware, 7. Aufl. 2007; *Müller-Polley*, Softwareverträge und ihre kartellrechtliche Wirksamkeit, CR 2004, 641; *Pres*, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, Köln 1994; *Redeker*, Softwareerstellung und § 651 BGB, CR 2004, 88; *Ruppelt*, Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990; *Schneider*, Softwareerstellung Softwareanpassung – wo bleibt der Dienstvertrag?, CR 2003, 317; *Spindler*, IT-Sicherheit – Rechtliche Defizite und rechtspolitische Alternativen MMR 2008, 7; *Stichtenoth*, Softwareüberlassungsverträge nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, K&R 2003, 105.

I. Einführung: Wirtschaftliche Vorüberlegungen

Software ist das Gehirn der Informationsgesellschaft. Wo immer man hinsieht, findet man Computerprogramme. Das Internet basiert auf HTML-Codierung und JAVA-Script-Programmen. Der klassische Softwaremarkt gewinnt neben dem Internet immer weiter an Bedeutung. Der Softwaremarkt ist allerdings vertragsrechtlich schillernd. Es finden sich **verschiedene Arten von Verträgen**. Ordnet man diese historisch, steht am Anfang der Hardwaremarkt, insbesondere der Verkauf und die Vermietung von Hardware. Erst allmählich entwickelt ein Unternehmen Software zur Lösung individueller Kundenprobleme im Rahmen so genannter Softwareerstellungsverträge. Die Individualsoftware wurde sehr schnell standardisiert und auf den Massenmarkt gebracht. Solche Standardlösungen wurden regelmäßig im Rahmen so genannter Softwareüberlassungsverträge weitergegeben. Individuallösungen werden heutzutage hauptsächlich im Rahmen großer DV-Projektverträge angeboten. Zunehmend

löste sich die Software vom Datenträger, zunächst im Rahmen von Netzwerkvereinbarungen, dann auch von Downloading-Verträgen, die etwa das Laden von Software via Internet regeln. Sondermärkte sind der Vertrieb über Open Source, die Vermarktung von PC-Software und CD-ROM-Produkten über Schutzhüllenverträge sowie der wirtschaftlich sehr bedeutende DV-Pflegemarkt.

II. Einordnung der Vertragsarten

1. Standardsoftware

Umstritten ist von Anfang an die **Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen** gewesen.³⁹² In der Industrie werden solche Vereinbarungen immer noch gern als „Lizenzverträge“ bezeichnet und als Verträge sui generis qualifiziert.³⁹³ Dem hat die Rechtsprechung frühzeitig einen Riegel vorgeschoben, indem sie Verträge über die Überlassung nackter Software auf Dauer gegen ein Einmalentgelt als Sachkauf, zumindest als sachkaufähnlichen Vertrag eingestuft hat. Diese Klassifizierung ist durch mehrere Entscheidungen des *BGH* – insbesondere durch dessen Compiler-Entscheidung³⁹⁴ – bestätigt worden. An der kaufrechtlichen Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen ändert sich infolge der Schuldrechtsreform nichts. Die kaufrechtliche Qualifizierung wird vielmehr noch dadurch erleichtert, dass es auf die früher streitige Frage der Qualifizierung von Sachen³⁹⁵ angesichts der Regelung des § 453 Abs. 1 BGB nicht mehr ankommt. Denn hiernach gelten für den Sach- und Rechtskauf dieselben Regeln wie für den Verkauf sonstiger Gegenstände.³⁹⁶

Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung hingegen wollte lange Zeit alle **Softwareverträge als Werkverträge** einstufen.³⁹⁷ Sie interpretierte hierzu die Compiler-Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der von der zumindest kaufvertragsähnlichen Einstufung von Softwareüberlassungsverträgen ausgegangen worden ist, restriktiv: In dieser Entscheidung sei es um den Erwerb eines einzelnen Compiler-Programms durch einen Händler gegangen. Nur bei

³⁹² S. hierzu *Martinek*, 11 ff.

³⁹³ Zuletzt *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128, 3134; *Lehmann*, GRUR Int. 2005, 181 ff.; *Hilty*, MMR 2003, 3 ff.

³⁹⁴ *BGH*, NJW 1988, 406, 407 f. = CR 1988, 124, 125 f. Siehe deutlich auch *BGH*, CR 2007, 75, wo der *BGH* ausdrücklich Software als Sache i.S.v. § 90 BGB anspricht.

³⁹⁵ Siehe *BGH*, CR 1993, 681 = NJW 1993, 2436, 2437 f.; *BGH*, CR 1988, 124 = NJW 1988, 406, 408; ähnlich auch u.a. *LG Frankfurt*, Urt. v. 10.11.2004 – 2-06 O 142/04.

³⁹⁶ So auch *Diedrich*, CR 2002, 473, 476; *Stichtenroth*, K&R 2003, 105, 107; *Roth*, JZ 2001, 543, 546.

³⁹⁷ So die Tendenz, die sich in folgenden Entscheidungen deutlich dokumentiert: *OLG Köln*, CR 1992, 153 = NJW-RR 1992, 1327; *OLG Hamm*, CR 1992, 206, 207; *OLG Düsseldorf*, NJW 1989, 2627. Vgl. hierzu auch *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, München 4. Aufl., 46 ff.; *Mehrings*, NJW 1988, 2438, 2439 f.

einem solchen Erwerb der „nackten“ Software könne man von einem Kaufvertrag sprechen. Komme aber zu dem Erwerb der Software eine irgendwie geartete werkvertragliche Nebenpflicht, so sei der gesamte Überlassungsvertrag als Werkvertrag einzustufen. So heißt es z.B. in dem Urteil des *OLG Köln* vom 11.10.1991:³⁹⁸ „Auf einen Vertrag, der den Erwerb von Standardsoftware zum Gegenstand hat, finden die Regeln des Werkvertrages Anwendung, wenn neben der Lieferung zusätzlich eine Anpassung der Software an die Bedürfnisse des Anwenders und eine Einarbeitung des Personals erfolgen soll.“ (1. Leitsatz).

Ähnlich verweist das *OLG Hamm* in seinem Urteil vom 22.8.1991³⁹⁹ auf das Werkvertragsrecht: „Wenn der Abnehmer jedoch ein nicht sachkundiger Endabnehmer ist, der eine Gesamtanlage zur Bewältigung bestimmter Aufgaben erwerben will, entspricht es nach den Erfahrungen des Senats eher den Vorstellungen von Lieferant und Abnehmer, dass eine werkvertragliche Leistung jedenfalls dann geschuldet wird, wenn der Lieferant die Verpflichtung übernimmt, den Abnehmer in den Gebrauch der Anlage einzuweisen und entsprechend zu schulen.“

Das *OLG Köln* bleibt auch nach der Schuldrechtsreform bei einer möglichst werkvertraglichen Qualifizierung von Softwareverträgen. Wird schriftlich bestätigt, dass das bestellte EDV-System die gesamte für die Branche und die Bedürfnisse des Kunden notwendige Anwendersoftware enthält, wird nicht lediglich die zugehörige Standard-Hardware und Standard-Software geschuldet, sondern eine Gesamtlösung, die den Bedürfnissen des Kunden entspricht.⁴⁰⁰

Dann verblieb allerdings noch das Problem der **Qualifizierung von Verträgen zwischen Softwareüberlassung und Softwareerstellung**. Gemeint ist hierbei der Vertrieb von Standardsoftware, die durch zusätzliche Leistungen an die Bedürfnisse des Kunden angepasst wird. Steht die Anpassung der Standardsoftware an die individuellen Bedürfnisse des Anwenders im Vordergrund, ist der Vertrag werkvertraglich zu qualifizieren.⁴⁰¹ Das ist der Fall, wenn das Basisprogramm eine derartige Umänderung erfahren hat, dass es für eine anderweitige Nutzung nicht mehr verwendbar ist.⁴⁰² Viele Oberlandesgerichte bestehen darüber hinaus darauf, dass alle Softwareverträge möglichst werkvertraglich zu qualifizieren seien.⁴⁰³ So soll ein Vertrag, der die Herstellung eines den individuellen Bedürfnissen des Anwenders gerecht

³⁹⁸ *OLG Köln*, CR 1992, 153 = NJW-RR 1992, 1327.

³⁹⁹ *OLG Hamm*, Urt. v. 22.8.1991, CR 1992, 206, 207; ähnlich auch *OLG Celle*, CR 1996, 539, 540.

⁴⁰⁰ *OLG Köln*, CR 2003, 246 = ZUM-RD 2003, 195.

⁴⁰¹ *OLG Karlsruhe*, CR 2003, 35.

⁴⁰² *LG Landshut*, Urt. v. 20.8.2003 – 2 HK O 2392/02.

werdenden EDV-Programms zum Leistungsgegenstand hat, in der Regel auch dann als Werkvertrag zu qualifizieren sein, wenn dazu ein Standardprogramm unter Anpassung an die betrieblichen Besonderheiten Verwendung findet und wenn zusätzlich die Lieferung von Hardware sowie die Einarbeitung des Personals und die Erfassung betrieblicher Daten übernommen werden.⁴⁰⁴ In der Literatur wird neuerdings eine dienstvertragliche Qualifizierung vorgeschlagen.⁴⁰⁵

2. Individualsoftware

Die Erstellung von Individualsoftware erfolgt im Rahmen von **Werkverträgen**.⁴⁰⁶ Ähnlich wird der DV-Projektvertrag, bei dem es um die Erstellung besonderer, auf die Bedürfnisse des Kunden abgestellter DV-Lösungen geht, als Werkvertrag angesehen.⁴⁰⁷ Unter das Werkvertragsrecht fällt auch ein Vertrag, in dem sich der Programmierer zur Umstellung der Software auf andere Betriebssysteme (sog. Portierung) verpflichtet.⁴⁰⁸

Werden Hard- und Softwareleistungen in verschiedenen Verträgen geregelt, schließt dies nicht die Annahme eines rechtlich einheitlichen Geschäftes aus. Vielmehr ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ein Wille der Parteien zur sachlichen Verbindung der Verträge angenommen werden kann. Dabei genügt es, wenn die Leistung für einen Vertragspartner unteilbar ist und dies dem Anderen erkennbar ist.

Fraglich ist, ob diese Differenzierung nach der Schuldrechtsreform bestehen bleiben kann. Hier hat sich nämlich ein Problem dadurch ergeben, dass § 651 BGB in seiner Neufassung **die Grenzen zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht** verschiebt.⁴⁰⁹ Grundlage war Art. 1 Abs. 4 der EU-Richtlinie zur Gewährleistung über einen Verbrauchsgüterkauf.⁴¹⁰ Nach Art. 1 Abs. 4 gelten auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter als Kaufverträge im Sinne der Richtlinie. Ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien Verbraucher sind oder nicht, regelt nunmehr § 651 Satz 1 BGB, dass das Kaufrecht auch

⁴⁰³ S. z.B. *OLG Köln*, CR 1992, 153 = NJW-RR 1992, 1327; *OLG Karlsruhe*, CR 2003, 95; siehe dazu auch *Schneider*, CR 2003, 317 ff.

⁴⁰⁴ *OLG Karlsruhe*, CR 2003, 95.

⁴⁰⁵ *Schneider*, CR 2003, 317 ff.

⁴⁰⁶ *BGH*, WM 1971, 615 = BB 1986, 1319.

⁴⁰⁷ Siehe dazu *BGH*, NJW 1993, 1063 und 2436; *Beckmann*, Computerleasing, Rz. 189; *Brandi-Dohrn*, Gewährleistung, 3; *Martinek*, III 36.

⁴⁰⁸ *BGH*, CR 2002, 93; ähnlich für Österreich *Österreichischer Oberster Gerichtshof*, Beschl. v. 3.8.2005 – 9 OB 81/04 H.

⁴⁰⁹ S. dazu *Thewalt*, CR 2002, 1 ff.

⁴¹⁰ Richtlinie 1999/44/EG v. 25.5.1999, ABl. EG Nr. L 171 v. 7.7.1999, 12.

auf Verträge zur Anwendung kommt, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben.⁴¹¹

Aus dieser Vorschrift zieht ein Teil der Literatur die Konsequenz, dass für Softwareerstellungsverträge grundsätzlich nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern Kaufvertragsrecht zur Anwendung kommen soll.⁴¹² Die nachteiligen Konsequenzen einer solchen Qualifizierung seien durch § 651 Satz 3 BGB gemildert, der wichtige Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwendbar erkläre. Diese Auffassung ist meines Erachtens nicht zutreffend.⁴¹³ § 651 BGB stellt zentral darauf ab, was der „Gegenstand“, d.h. der Hauptzweck des Vertrages ist. Besteht der Hauptzweck des Vertrages in der (bloßen) Lieferung von Sachen, wird man sicherlich Kaufvertragsrecht zur Anwendung bringen müssen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn ein individueller Erfolg geschuldet wird und die Lieferung der Sache dabei nicht zum Gegenstand des Vertrages gemacht wird. Ein solcher Zustand ist bei der Lieferung von Individualsoftware der Fall, bei der es nicht darum geht, bloß ein Computerprogramm auf Disketten oder einer CD-ROM dem Anwender zu übergeben. Vielmehr richtet sich bei Individualsoftware das Interesse beider Parteien danach, eine auf die Bedürfnisse des Anwenders zugeschnittene Individuallösung in die Tat umzusetzen. Das Computerprogramm mit dem Datenträger ist dann nur eine Teilkomponente, die nicht das Gepräge des Softwareerstellungsvertrages ausmacht. Dies gilt noch deutlicher bei der Lieferung von Standardsoftware, wenn noch eine erhebliche Zusatzleistung hinzukommt. Hier wird man wie bisher danach unterscheiden müssen, welches Gewicht die einzelnen Leistungen haben und welche Leistungspflicht dem Vertrag sein Gepräge gibt. Kommt es zu Mischformen (z.B. bei einem Kauf mit Montageverpflichtung), wird danach differenziert, ob im Einzelfall werk- oder kaufvertragliche Elemente überwiegen.⁴¹⁴

Der *BGH* hat jetzt auch noch für weiteren Zündstoff gesorgt. Mit Urteil vom 23. Juli 2009⁴¹⁵ hat der *BGH* entschieden, dass Kaufrecht auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden sei. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertige keine andere

⁴¹¹ Zur Anwendung von § 651 BGB auf Datenlieferungsverträge siehe *OLG Düsseldorf*, K&R 2005, 41 = ZUM-RD 2005, 58 = DuD 2005, 171.

⁴¹² So z.B. *Hassemer*, ZGS 2002, 95, 102; *Thewalt*, CR 2002, 1, 4 f.; *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 82 f.; *Kotthoff*, K&R 2002, 105; *Meub*, DB 2002, 131, 134; *Mankowski*, MDR 2003, 854, 857; *Schneider*, CR 2003, 317, 322; *Schweinoch/Roos*, CR 2004, 326, 330; *MüKoBGB/Lorenz*, 4. Aufl., München 2005, § 474 Rz. 10.

⁴¹³ Ähnlich jetzt auch *Diedrich*, CR 2002, 473 ff.; *Barbel*, CR 2001, 649, 655; im Ergebnis auch *Müller-Hengstenberg/Kremer*, CR 2002, 599; *Stichtenroth*, K&R 2003, 105 ff.; *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361; *Junker*, NJW 2005, 2829, 2832.

⁴¹⁴ Vgl. die Nachweise in *König*, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991, 268 ff. und *Sandhövel*, Gewährleistung beim Erwerb von Software, Diss. Bonn 1991, 208 ff.

⁴¹⁵ *BGH*, Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08 NJW 2009, 2877.

Beurteilung. Eine andere Beurteilung sei auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorausgehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden. Eine Ausnahme soll allenfalls dann gelten, wenn eine Planungsleistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrages bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert, z.B. wenn die Beauftragung im Wesentlichen die allgemein planerische Lösung eines konstruktiven Problems zum Gegenstand hat.

Erstaunlicherweise hat der *BGH* in der Entscheidung Internet-Systemvertrag⁴¹⁶ darauf hingewiesen, dass ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen, auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software regelmäßig als Werkvertrag anzusehen sei.

3. Die EVB-IT

Literatur:

Feil/Leitzen, Die EVB-IT nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 407; *Feil/Leitzen*, EVB-IT Kommentar, Köln 2003; *Kirn/Müller-Hengstenberg*, Die EVB-IT Systeme – ein Mustervertrag mit hohen Risiken?, CR 2009, 69; *Leitzen/Intveen*, IT-Beschaffungsverträge der öffentlichen Hand, CR 2001, 493; *Müller-Hengstenberg*, BVB/EVB-IT-Computersoftware – Besondere Vertragsbedingungen für die Überlassung, Erstellung, Planung und Pflege sowie ergänzende Vertragsbedingungen für IT-Dienstleistungen, 5. Aufl. 2002; *Müller*, Quo Vadis EVB-IT-Verträge? Über Sinn und Nutzen der geplanten Musterverträge EVB-IT-Systeme und EVB-IT-Planung und Realisierung für die Branche, CR 2006, 426; *Müglich*, AGB-rechtliche Überlegungen zur Auftragsvergabe nach BVB. Führt das reformierte Schuldrecht zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit?, CR 2004, 166; *Bischof*, Öffentliche Vergabe von IT-Leistungen, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Kap. F.; *Zahrnt*, Wie die EVB-IT handhaben?, CR 2004, 716.

Von besonderer Bedeutung bei der Beschaffung von IT-Leistungen durch die öffentliche Hand sind die EVB-IT, die Einheitlichen Vertragsbedingungen. Schon in den achtziger Jahren begann der Staat damit, zusammen mit der Industrie standardisierte Vertragsbedingungen für die EDV-Beschaffung auszuarbeiten. Hintergrund war die Vorstellung, dass ein solches Regelwerk dann – ähnlich wie die VOB – einer Inhaltskontrolle AGB-rechtlicher Art entzogen seien. Es kam zur Verabschiedung der sog. **Besonderen Vertragsbedingungen** (BVB). Diese wurden aber in der Folgezeit vom *BGH* in mehreren Teilen für AGB-rechtlich unwirksam angesehen, so dass eine Revision notwendig wurde. Der *BGH* hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die BVB nicht mit den VOB/B verglichen werden können, da von einer jahr-

⁴¹⁶ *BGH*, Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398.

zehntelangen Anerkennung bei allen beteiligten Verkehrskreisen nicht die Rede sein könne.⁴¹⁷ Insbesondere die Verzugsregelung und die Rechtsfolgen des Verzuges (pauschalierter Schadensersatz) sind nach wie vor umstritten.⁴¹⁸ So ist z.B. die Regelung in BVB-Überlassung § 9 Nr. 4, wonach der Auftraggeber bei mangelnder Eignung das Recht hat, binnen zwei Wochen ab Funktionsprüfung zurückzutreten, wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 BGB (früher § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) unwirksam.⁴¹⁹ Auch § 9 Nr. 4 Abs. 2 BVB-Überlassung, wonach dem Auftraggeber ein Rücktrittsrecht zusteht, wenn bei der Funktionsprüfung Abweichungen von der Leistungsbeschreibung festgestellt werden und ihm im Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts – unabhängig vom Zeitpunkt des Rücktritts – ein pauschalierter Schadensbetrag für 100 Kalendertage zusteht, wenn die Funktionsprüfung ergeben hat, dass das Programm nicht wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden kann, verstößt gegen § 307 Abs. 2 BGB.⁴²⁰

Im Auftrag des Kooperationsausschusses Automatisierte Datenverarbeitung Bund/Länder/Kommunaler Bereich (KoopA-ADV) hat eine Arbeitsgruppe der öffentlichen Hand unter Federführung des Bundesministeriums des Innern neue, die BVB ablösende Vertragstypen (**Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen, EVB-IT**) entwickelt.⁴²¹ Das gesamte Anwendungsspektrum der BVB wird durch die bisher vorliegenden vier EVB-IT-Vertragstypen (Kauf, Dienstleistung, Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung, Instandhaltung) nicht vollständig abgedeckt. Daher ist bis zur Veröffentlichung und Einführung aller vorgesehenen EVB-IT-Vertragstypen und der damit einhergehenden vollständigen Ablösung der BVB durch EVB-IT bei jeder IT-Beschaffung zu entscheiden, ob der Vertrag auf der Grundlage von EVB-IT oder BVB abzuschließen ist. Es kommt zurzeit zu einer Gemengelage zwischen BVB und EVB-IT. Dies wiederum führte dazu, dass der öffentliche Auftraggeber zum Teil in den Vertragsdeckblättern eigenständig Anpassungen der BVB vornahm. Das Nebeneinander von BVB, EVB-IT und handgestrickten Anpassungen hat zu der Frage geführt, ob nicht die EVB-IT wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) nichtig sind. Aufgrund des besonderen Fachwissens der beteiligten Parteien, insbesondere der IT-Unternehmen soll jedoch regelmäßig von einer hinreichenden Transparenz auszugehen sein.⁴²²

⁴¹⁷ BGHZ 113, 55 = NJW 1991, 976 = CR 1991, 273.

⁴¹⁸ Vgl. *Müller-Hengstenberg*, CR 1987, 222, 223 für die BVB-Erstellung.

⁴¹⁹ *BGH*, NJW 1997, 2043 = CR 1997, 470.

⁴²⁰ BGHZ 113, 55 = NJW 1991, 976 = CR 1991, 273.

⁴²¹ Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der EVB-IT, Vertragsformulare in Lang- und in Kurzfassung, Störmeldeformulare sowie Nutzerhinweise zu den EVB-IT-Verträgen können im Internet unter www.evb-it.de heruntergeladen werden.

⁴²² *Müglich*, CR 2004, 166, 172.

Nichtsdestoweniger sind neue EVB-IT haushaltsrechtlich zwingend zu beachten (§ 55 BHO).⁴²³

Gemäß **Runderlass des Ministerium für Finanzen** vom 19.4.2001⁴²⁴ sind die Vertragstypen wie folgt anzuwenden:

Die **EVB-IT-Kauf** sind anzuwenden bei Verträgen über den Kauf „fertiger“ Hardware, gegebenenfalls einschließlich der Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur unbefristeten Nutzung. Im Gegensatz zu dem BVB-Kauf sehen die EVB-IT-Kauf keine werkvertraglichen Leistungen wie zum Beispiel Anpassungsleistungen oder die Herbeiführung der Funktionsfähigkeit vor. Die EVB-IT-Kauf beinhalten daher auch keine werkvertraglichen Vereinbarungen wie zum Beispiel die Erklärung der Funktionsbereitschaft, Leistungsprüfungen sowie Abnahme. Erwartet der Beschaffer eine über die bloße Lieferung der Standardprodukte hinausgehende werkvertragliche Leistung, so sind bis zur Einführung des EVB-IT-Systemvertrages weiterhin die BVB-Kauf beziehungsweise die BVB-Überlassung anzuwenden. Verträge über Dienstleistungen wurden von den bisherigen BVB nicht erfasst. Der nun vorliegende EVB-IT-Dienstvertrag ist dann anzuwenden, wenn der Schwerpunkt der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung in der Erbringung von Diensten liegt, wie etwa bei Schulungs-, Beratungs- oder sonstigen Unterstützungsleistungen.

Der **Vertragstyp Überlassung** ist anzuwenden für die Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur unbefristeten Nutzung. Wie bei den EVB-IT-Kauf findet der EVB-IT-Überlassungsvertrag keine Anwendung, wenn zusätzlich werkvertragliche Leistungen des Auftragnehmers wie etwa Installation, Integration, Parametrisierung oder Anpassung der Standardsoftware an die Bedürfnisse des Auftraggebers verlangt werden. Erwartet der Beschaffer eine über die bloße Lieferung der Standardsoftware hinausgehende werkvertragliche Leistung, so sind bis zur Einführung des EVB-IT-Systemvertrages weiterhin die BVB-Überlassung anzuwenden.

Die EVB-IT-Instandhaltung finden Anwendung bei Verträgen über Instandsetzung, Inspektion und Wartung von Hardware. Sie ersetzen die BVB-Wartung. Instandhaltungsleistungen können gegen pauschale Vergütung oder gegen Vergütung nach Aufwand vereinbart werden.

Die **EVB-IT-Überlassung Typ A** regeln folglich die Überlassung und Nutzung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur vertraglich vereinbarten Nutzung. Diese Regelungen gelten nicht für anderweitige Leistungen wie Installation, Integration, Parametrisierung

⁴²³ KBSt-Empfehlung Nr. 1/2000 (BMI v. 10.12.2000 – O 6-195 403/1).

und Anpassung der Standardsoftware an Bedürfnisse des Auftraggebers. Der Inhalt des Überlassungsvertrages wurde in den wesentlichen Zügen durch den VSI geprägt. Insbesondere konnte der VSI erreichen, dass auch die Interessen der durch den VSI vertretenen Großhändler berücksichtigt wurden. So konnte die Virenklausel entscheidend entschärft werden. Der Auftraggeber hat ein berechtigtes Interesse, virenfreie Software zu erhalten. Ziffer 2.3 der EVB-IT-Überlassung Typ A verpflichtet deshalb den Auftragnehmer, lediglich solche Software zu überlassen, die zu einem angemessenen Zeitpunkt vor Auslieferung mit einem aktuellen Virensuchprogramm überprüft wurde. Nach dem derzeitigen technischen Stand kann die Überprüfung mit einem Virensuchprogramm das Vorhandensein von Viren trotz aller Sorgfalt nicht gänzlich ausschließen. Die Überprüfung muss nicht zwangsläufig durch den Auftragnehmer selbst erfolgen.

Nach Ziffer 3.2 EVB-IT-Überlassung Typ A hat der Auftragnehmer ein kündbares Nutzungsrecht auf Zeit. In Ziff. 4 der **EVB-IT-Überlassung Typ B** wird dem Auftragnehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht in zwei Fällen eingeräumt: – bei einer schwerwiegenden Verletzung der vereinbarten Nutzungsrechte oder Schutzrechte sowie – bei einem Verstoß gegen US-amerikanische Exportkontrollvorschriften. Diese Regelung mag auf den ersten Blick verwundern, ist aber dadurch zu erklären, dass der Auftragnehmer seinerseits häufig durch Nutzungsrechtsverträge mit seinem Vorlieferanten einem solchen Kündigungsrecht unterworfen und gehalten ist, dieses Kündigungsrecht in den von ihm abgeschlossenen Verträgen zu vereinbaren. Er kann nämlich weder Rechte weitergeben, die er selbst nicht hat noch auf die Weitergabe von Restriktionen verzichten, zu denen er sich dem Vorlieferanten gegenüber verpflichtet hat. Das US-amerikanische Bureau of Administration, US Department of Commerce, verlangt von allen US-amerikanischen Softwareerstellern die Vereinbarung entsprechender Exportbeschränkungsklauseln in deren Verträgen. Damit soll ein unerwünschter Export in bestimmte Länder unterbunden werden. Dementsprechend sind entsprechende Kündigungsrechte in allen US-amerikanischen Lizenzbedingungen enthalten und werden bereits jetzt regelmäßig in Verträgen zwischen öffentlichen Auftraggebern und Lieferanten US-amerikanischer Software wirksam vereinbart. Ziffer 4 EVB-IT-Überlassung Typ A trägt diesen Zwängen Rechnung.

Die **EVB-IT-Instandhaltung** beschäftigten sich mit der Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft der im Instandhaltungsvertrag spezifizierten Hardware (bei vereinbarter pauschaler Vergütung). Hinzu kommen Hinweise für die Erbringung von In-

⁴²⁴ Nds. Ministerialblatt Nr. 20/2001 v. 27.6.2001.

standsetzungs-, Inspektions- und Wartungsarbeiten für die im Instandhaltungsvertrag spezifizierte Hardware und das Wiederherstellen deren Betriebsbereitschaft (bei vereinbarter Vergütung nach Aufwand).

Die **EVB-IT-Überlassung Typ B** regeln die Überlassung und Nutzung von Standardsoftware auf Zeit gegen periodische Vergütung zur vertraglich vereinbarten Nutzung. Diese Regelungen gelten nicht für anderweitige Leistungen wie Installation, Integration, Parametrisierung und Anpassung der Standardsoftware an Bedürfnisse des Auftraggebers. Der Inhalt des Überlassungsvertrages entspricht im Wesentlichen dem Überlassungsvertrag Typ A. Da US-amerikanische Muttergesellschaften vieler VSI-Mitglieder ihre Softwarelizenzregeln auch den im deutschen Markt vertriebenen Produkten beilegen, wurde eine Möglichkeit geschaffen, die Überlassungslizenz bei Bedarf kündigen zu können, wenn dies nach amerikanischem Recht erforderlich ist.

Die EVB-IT zeichnen sich durch ein besonderes **Haftungsmodell** aus. Im **Verzugsfall** kann der Auftraggeber pauschalierten Schadensersatz verlangen. Liefert der Auftragnehmer im Verzugsfall auch nicht innerhalb der vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Nachfrist, kann der Auftraggeber anschließend vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Bereits gezahlter pauschalierter Schadensersatz wird auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung angerechnet. Bei leichter Fahrlässigkeit ist für beide Schadensersatzmöglichkeiten eine Obergrenze von 8 % des Gesamtpreises festgelegt. Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gibt es keine Obergrenzen.

Anders sind die Regeln für die **Gewährleistung**. Ist die Nachbesserung nicht erfolgreich, hat der Auftraggeber die Wahl zwischen Rücktritt, Minderung und gegebenenfalls Schadensersatz. Der Schadensersatz beträgt höchstens 8 % des Gesamtpreises des Vertrages. Diese Begrenzung gilt nicht in den Fällen der Ziffer 7.9 EVB-IT-Überlassung, also nicht bei Fehlen einer besonders vereinbarten Beschaffenheit bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers und bei Personenschäden. Die Begrenzung gilt ebenfalls nicht bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, sondern nur bei leichter Fahrlässigkeit. Ansprüche auf Ersatz von entgangenem Gewinn sind ausgeschlossen. Die Haftung des Auftragnehmers für das Fehlen von besonders vereinbarten Produktbeschaffenheiten kann in Nummer 4 des EVB-IT-Überlassungsvertrages beschränkt werden.

In **sonstigen Haftungsfällen** abseits von Gewährleistung, Verzug und Schutzrechtsverletzungen sieht die Haftungsklausel Haftungsbeschränkungen der Höhe nach für Schäden vor, die von einem Vertragspartner leicht fahrlässig verursacht wurden. Für solche Schäden gelten

gleiche Haftungshöchstsummen für beide Vertragspartner. Die Haftungshöchstsummen werden entsprechend den zu schützenden Rechtsgütern nach Sach- und Vermögensschäden unterschieden. Die Haftung des Auftragnehmers für Vermögensschäden bei Datenverlust ist der Höhe nach auf den Aufwand begrenzt, der für die Wiederbeschaffung oder Wiederherstellung gesicherter Daten erforderlich ist, maximal jedoch auf 500 000 Euro. Hat der Auftraggeber die Daten nicht gesichert, hat er nur Anspruch auf Ersatz des Schadens, der entstanden wäre, wenn er ordnungsgemäß Daten gesichert hätte. Diese Haftungsbeschränkung gilt unabhängig vom Verschuldensgrad, also auch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.

III. Allgemeine Regeln für den Aufbau eines IT-Vertrags

Jeder Vertrag sollte den gleichen Aufbau haben. Es gibt klare dogmatische Vorgaben, die bei der Vertragsgestaltung (auch außerhalb des IT-Rechts) zu beachten sind. In der **Präambel** werden der Vertragszweck und die Rechtsnatur des Vertrages spezifiziert. Die richtige Einordnung eines Vertrages seiner Rechtsnatur nach ist vor allem wegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB, also zur AG-rechtlich genauen Bestimmung der vertragswesentlichen Rechte und Pflichten wichtig. Der Vertragszweck wiederum bestimmt die Auslegung des Vertrages, insbesondere hinsichtlich des Umfangs übertragener oder zu übertragender urheberrechtlicher Nutzungsrechte (siehe § 31 Abs. 5 UrhG). Aus gewährleistungsrechtlichen Gründen ist hier Vorsicht geboten bei zu übertriebenen „Lobhudeleien“ auf die Leistungsfähigkeit des Softwarelieferanten.

Dann folgt der Hauptteil mit den **Hauptleistungspflichten**. Hauptleistungspflichten genau zu bestimmen, ist wegen der Kontrollfreiheit im AGB-Recht geboten; der Umfang der Hauptleistungspflichten entzieht sich – abseits des Transparenzgebotes – der AGB-rechtlichen Kontrolle.

Es folgt der nächste Abschnitt zu den **Nebenleistungspflichten**, also insbesondere zu den Haftungsfolgen einer vorvertraglichen oder vertraglichen Verletzung von Informationspflichten. Daran schließt sich das Kapitel zu den **Leistungsstörungen** (Unmöglichkeit – Verzug – Gewährleistung) an, bevor dann die Regeln zur **Auflösung des Vertrages**, insbesondere zur Kündigung, formuliert werden. Der Vertrag endet mit den **Schlussbestimmungen**, voran den Regeln zur Rechtswahl und zum Gerichtsstand. In dieser Reihenfolge werden im Folgenden auch die verschiedenen IT-Vertragstypen vorgestellt.

Drittes Kapitel: Softwareüberlassungsverträge

Literatur:

Koch, Urheberrechtliche Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Benutzung, CR 2002, 629; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl., Bonn 2005; *Naus*, Softwareerstellung als Projekt, Hamburg 2006; *Metzger*, Die Zulässigkeit von CPU-Klauseln in Softwarelizenzverträgen, NJW 2003, 1994; *Scholz/Haines*, Hardwarebezogene Verwendungsbeschränkungen in Standardverträgen zur Überlassung von Software – Eine Betrachtung von CPU- und Upgradeklauseln, CR 2003, 393; *Scholz/Wagener*, Kartellrechtliche Bewertung hardwarebezogener Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen – Eine Betrachtung von CPU- und Upgrade-Klauseln, CR 2003, 880.

I. Präambel

Die **Präambel ist von zentraler Bedeutung für die Vertragsgestaltung**. Hierin ist zu klären, welche **Rechtsnatur** der Vertrag hat und auf welchen **Zweck** er gerichtet ist. Die Rechtsnatur ist vor allem für die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB wichtig; der Vertragszweck entscheidet über die im Zweifel übertragenen Nutzungsrechte.

Wird dem Erwerber eines Computerprogramms, ungeachtet der Bezeichnung des Vertrages im Einzelfall, die zeitlich unbegrenzte Verfügungsmacht über das „Werkstück“ (die Computerprogrammkopie bzw. -diskette) eingeräumt, muss eine derartige **Softwareüberlassung als „Sachkauf“** bzw. als Eigentumsübertragung an Werkstücken gesehen werden. Bei einer Überlassung von Software auf Dauer kommt Kaufrecht zur Anwendung, so dass der Anwender beim Einkauf solcher Software als Eigentümer auftreten kann und Nutzungsbeschränkungen grundsätzlich dem Leitbild von § 903 BGB widersprechen.⁴²⁵

Geht es aber um die bloß vorübergehende Einräumung von Nutzungsrechten, liegt eine mietähnliche Konstellation vor, die weitgehende Nutzungsbeschränkungen zulässt, gleichzeitig aber auch zu einer ausgedehnten Gewährleistungspflicht des Softwarelieferanten führt. Für eine nur zeitlich begrenzte Einräumung eines einfachen, nicht übertragbaren Nutzungsrechts soll auch die Verpflichtung des Kunden zur Anwendung von Neufassungen und Löschung von Kopien der Altfassungen, die ordentliche Kündigungsmöglichkeit und die Verpflichtung der Beklagten zu Wartungsleistungen sprechen.⁴²⁶

⁴²⁵ So schon der *Oberste Gerichtshof Wien*, M&R 2000, 249 = GRUR Int. 2000, 1028 = ZUM-RD 2001, 53; *OLG Nürnberg* CR 1993, 359 = BB Beilage 1993, Nr. 13, 14–15; ähnlich auch *BGH*, NJW 1988, 406 ff.; *BGH*, NJW 1990, 320 ff.; *BGH*, NJW 1990, 1290 ff.; *BGH*, NJW 1990, 3012; *OLG Köln*, CR 1991, 154 und im Ergebnis auch *OLG Nürnberg*, NJW 1989, 2635.

⁴²⁶ So *OLG Frankfurt*, CR 2000, 146; *LG Köln*, CR 1996, 154 = BB Beilage 1996, Nr. 9, 9–10.

Gegen die rechtliche Einordnung des fraglichen Rechtsverhältnisses in die Regeln des Kaufrechts spricht nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung als „**Lizenzvertrag**“. Entscheidend ist stets, welche Hauptpflichten die Vertragsparteien begründen.⁴²⁷

Unerheblich für die rechtliche Qualifizierung des Vertrages ist der Hinweis der Klagepartei, das Programm sei urheberrechtlich geschützt. Der mit einem Software-Überlassungsvertrag verfolgte Zweck geht nämlich dahin, dem Anwender die Nutzung des Programms zu ermöglichen, unabhängig davon, ob es sich um ein urheberrechtlich geschütztes oder nicht geschütztes Programm handelt. Das Bestehen des Urheberrechts wirkt sich daher nicht auf die vertragstypologische Zuordnung aus, sondern hat nur die Bedeutung, dass es die vertragliche Nebenleistungspflicht des Software-Lieferanten begründet, Nutzungsrechte auf Vervielfältigung des Programms zur Programmeingabe und zur Anfertigung erforderlicher Sicherungskopien gemäß § 31 UrhG einzuräumen.⁴²⁸

II. Hauptleistungspflichten und Nutzungsrechte

Literatur:

Osterloh, Inhaltliche Beschränkungen des Nutzungsrechts an Software, GRUR 2009, 311;
Witte, Änderungsvorbehalte in IZ-Verträgen, ITRB 2005, 237.

In Softwareüberlassungsverträgen sind die Hauptleistungspflichten aufgrund ihres kaufvertraglichen Gepräges relativ klar bestimmbar: Es geht um das Eigentum an einer Programmkopie versus Entrichtung des Kaufpreises.

Nicht selten werden allerdings **Änderungsvorbehalte** vereinbart, aufgrund derer der IT-Lieferant berechtigt ist, technische Änderungen vorzunehmen oder Modelle zu wechseln. Solche Klauseln sind AGB-rechtlich nach § 308 Nr. 4 und § 307 Abs. 2 BGB unwirksam. Sie unterliegen der vollen Inhaltskontrolle, da es sich nicht um Regelungen zu den Hauptleistungspflichten, sondern um eine Nebenbefugnis handelt, Leistungen abzuändern.⁴²⁹ Ähnlich unwirksam sind Update-Klauseln, wonach der Anwender selbst bei Verschlechterung der Gesamtleistung Updates übernehmen muss.⁴³⁰

Softwarelieferanten stellen sich manchmal auf den Standpunkt, dass der Erwerber zwar Eigentümer der Software werden könne, für deren vertragsgemäße Nutzung dann aber noch

⁴²⁷ *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, Rz. 66 ff.

⁴²⁸ *OLG Nürnberg*, CR 1993, 359 = BB-Beilage 1993, Nr. 13, 14–15.

⁴²⁹ *BGH*, für den Fall eines Bauträgervertrages, NJW 2005, 3420; siehe dazu *Witte*, ITRB 2005, 237 ff.

Nutzungsrechte urheberrechtlicher Natur benötige. Dies trifft jedoch nicht zu. Der Anwender ist immer, auch ohne Einwilligung des Rechteinhabers, zur Nutzung des Programms im Rahmen eines normalen Gebrauchs berechtigt. § 69d Abs. 1 UrhG garantiert insoweit dem Anwender einen **zwingenden Kern urheberrechtlich relevanter Nutzungen**, die für die vertragsgemäße Verwendung des Programms unerlässlich sind.⁴³¹

Die in § 69d UrhG angeordneten Beschränkungen des Urheberrechts sind weit auszulegen, weil grundsätzlich die Nutzung fremder Ideen frei ist, und der urheberrechtliche Schutz selbst eine Ausnahme von diesem Prinzip darstellt.⁴³²

Darüber hinaus ist **die reine Benutzung – anders als bei den technischen Schutzrechten – urheberrechtlich nicht erfasst**; d.h. die Benutzung als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang.⁴³³

1. CPU-Klauseln

Softwarelieferanten neigen oft dazu, die Nutzung der Software auf eine bestimmte Zentraleinheit zu beschränken (sog. CPU-Klausel). Ein typisches Beispiel einer solchen Nutzungsbeschränkung lautet: „X grants to LICENSEE a personal, nontransferable and nonexclusive right to use ... each SOFTWARE PRODUCT ... solely on or in conjunction with DESIGNATED CPU's for such SOFTWARE PRODUCT“. Meistens wird dem Vertrag eine Liste beigelegt, aus der sich Hersteller, Typen- oder Modellnummer und Seriennummer der vom Anwender verwendeten Hardwarekonfiguration ergeben.

CPU-Klauseln haben in urheberrechtlichen Nutzungsverträgen den Sinn, dem Hersteller eine angemessene zusätzliche Vergütung für den Fall zu sichern, dass der Kunde das ihm überlassene Programm auf einer anderen, leistungsfähigeren Maschine als derjenigen, für die er es erworben hat, einsetzen will und damit einen höheren als den erwarteten Nutzen aus ihm zieht.

Im Schrifttum ist streitig, ob und inwieweit Systembeschränkungen der in solchen Verträgen gebräuchlichen Art noch unmittelbar aus dem Urheberrecht folgen (§ 31 UrhG) oder nur mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart werden können. Teilweise werden Systemvereinbarun-

⁴³⁰ Witte, ITRB 2005, 237, 239 f.

⁴³¹ Vgl. BGH, NJW 2000, 3212, 3214 – Programmfehlerbeseitigung.

⁴³² OLG Düsseldorf, ZUM 2001, 795 = CR 2002, 95.

⁴³³ BGH, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 = DB 1994, 1180.

gen auf allenfalls schuldrechtlicher Ebene für möglich gehalten, weil eine entsprechende gegenständliche Aufspaltung des Nutzungsrechts nicht möglich sei.⁴³⁴

Die Rechtsprechung sieht das anders. Fast durchweg werden hier CPU-Klauseln **nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB als unwirksam** angesehen, wenn Kaufrecht auf die Programmüberlassung anwendbar ist. Nur ausnahmsweise können CPU-Klauseln durch ein schutzwürdiges Interesse des Softwareerstellers gerechtfertigt sein, wenn das Programm in seiner Ablauffähigkeit, seiner Performance oder sonstigen Besonderheiten darauf angewiesen ist, nur auf einem bestimmten Computertyp eingesetzt zu werden, und wenn jeder Einsatz auf einem anderen Rechner die Gefahr mit sich bringt, dass Ablaufschwierigkeiten auftreten können, die den Ruf des Softwareerstellers gefährden.⁴³⁵

Erklärt sich der Lieferant nur dann zur Aufhebung einer von ihm aktivierten Programmsperre, welche die Nutzung der Software auf leistungsfähigerer neuer Hardware unmöglich macht, bereit, wenn der Käufer einer Änderung der als zulässig vereinbarten Computersysteme unter Anfall einer neuen „Lizenzgebühr“ zustimmt, liegt eine **widerrechtliche Drohung** i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB vor, die den Käufer zur Anfechtung der Änderungsvereinbarung berechtigt.⁴³⁶

CPU-Klauseln verstoßen in der Tat gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB. Sie beschränken die dem Anwender in § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG garantierte Möglichkeit, das erworbene Programm frei nutzen zu können.⁴³⁷ Darüber hinaus höhlen sie vertragswesentliche Rechte des Anwenders aus. Da Softwareverträge als Kauf- bzw. Werkverträge einzustufen sind, trifft den Softwarelieferanten die Pflicht, dem Anwender das Eigentum an der Programmkopie⁴³⁸ zu übertragen und damit auch eine sinnvolle Nutzung des Eigentums nicht unmöglich zu machen: Ein Überlassungsvertrag, in welchem dem Anwender formell die Stellung eines Eigentümers eingeräumt wird, sie aber de facto durch unzählige und gravierende Nutzungsbeschränkungen wieder genommen wird, entspricht nicht mehr dem Leitbild eines Kaufvertrages und verstößt deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Mangels urheberrechtlicher Schranken steht dem Anwender grundsätzlich gem. **§ 903 BGB** das Recht zu, die von ihm erworbene Programmkopie auf jeder beliebigen EDV-Anlage zu nutzen. Dieses Recht ist für den Anwender auch von besonderer Bedeutung: Angesichts der

⁴³⁴ *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computer-Software in der EU, München 1991, 193 f.

⁴³⁵ *OLG Frankfurt*, CR 1994, 398 = NJW-RR 1995, 182 = OLGR Frankfurt, 1994, 121; *OLG Frankfurt*, CR 2000, 146 f.

⁴³⁶ *LG Frankfurt*, CR 1999, 147 und *OLG Frankfurt*, CR 2000, 146 f.

⁴³⁷ So auch *Bartsch*, CR 1987, 13; *Salje*, FS für Lukes 1989, 14.

⁴³⁸ § 903 BGB.

schnellen technischen Entwicklung auf dem Hardwaremarkt sieht er sich sehr häufig genötigt, seine EDV-Anlage durch eine neue Hardwarekonfiguration zu ersetzen. Wäre der Softwarelieferant berechtigt, den Einsatz des Programms auf der neuen CPU zu verhindern, so wäre der Anwender in seiner Nutzungsmöglichkeit trotz seiner Eigentümerstellung erheblich eingeschränkt. Diese Beschneidung von Eigentümerrechten steht daher prinzipiell im Widerspruch zu der in §§ 433 Abs. 1 Satz 1, 631 Abs. 1 BGB statuierten **Eigentumsverschaffungspflicht des Softwarelieferanten**.

Anders ist der Fall bei einer **Softwareüberlassung auf Zeit**. Für einen solchen Fall hat der *BGH* CPU-Klauseln für wirksam erachtet, die den Einsatz der Software auf einem leistungsfähigeren Rechner gegen weitere Lizenzzahlungen gestatten. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass eine Aufspaltung urheberrechtlicher Nutzungsrechte bezogen auf unterschiedliche Hardware nicht möglich ist. Außerhalb der urheberrechtlichen Lizenzeinräumung können schuldrechtliche Vereinbarungen dieser Art jedoch getroffen werden. Sie unterliegen dem AGB-Recht. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass die Angemessenheit von CPU-Klauseln wesentlich davon abhängt, ob es sich um Verträge handelt, die die dauerhafte Überlassung von Software gegen Einmalzahlung zum Gegenstand haben, oder die zeitlich befristete Überlassung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses.⁴³⁹

2. Weitergabeklauseln

Oft versuchen Softwarelieferanten, die **Weitergabe von Software durch den Kunden vertraglich zu untersagen**. Dadurch soll insbesondere der Weiterverkauf gebrauchter Software, von Upgrades und OEM-Versionen verhindert werden. Diese Klauseln sind jedoch unwirksam. Wird Software auf Dauer erworben, so sind die entsprechenden Vervielfältigungsstücke der Computerprogramme durch Veräußerung auf dem Gebiet der Europäischen Gemeinschaften in den Verkehr gebracht worden. Damit ist gemäß § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG die Erschöpfung des Verbreitungsrechts (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 15 Abs. 1 Nr. 2 UrhG) eingetreten. Die Nutzungsrechte an diesen Vervielfältigungsstücken können nicht vom Rechtsinhaber zurückbehalten werden. Ist ein dahingehendes Veräußerungsverbot in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, so ist die betreffende Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB wegen Verstoßes gegen den wesentlichen Grundgedanken der §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 UrhG unwirk-

⁴³⁹ *BGH*, Urt. v. 24.10.2002 – I ZR 3/00, CR 2003, 32 m. Anm. *Wiebe* = NJW 2003, 2014 = GRUR 2003, 416 = MMR 2003, 393.

sam.⁴⁴⁰ Der mit dem Erschöpfungsgrundsatz eintretende urheberrechtliche Verbrauch des Verbreitungsrechts hängt nämlich allein davon ab, ob der Rechteinhaber dem ersten Inverkehrbringen durch Veräußerung genehmigt hat. Diese Zustimmung ist zu bejahen, wenn beim Erstverkauf vertragsgemäß Soft- und Hardware gemeinsam vertrieben worden sind.⁴⁴¹

Die Weiterverkaufsfreiheit schließt **OEM-Versionen** ein, wie der *BGH* entgegen einer Entscheidungspraxis des Kammergerichts klargemacht hat. Ein Softwareersteller kann sein Interesse daran, dass eine zu einem günstigen Preis angebotene Programmversion nur zusammen mit einem neuen PC veräußert wird, nicht in der Weise durchsetzen, dass er von vornherein nur ein auf diesen Vertriebsweg beschränktes Nutzungsrecht einräumt. Ist die Programmversion durch den Hersteller oder mit seiner Zustimmung in Verkehr gesetzt worden, ist die Weiterverbreitung auf Grund der eingetretenen Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts ungeachtet einer inhaltlichen Beschränkung des eingeräumten Nutzungsrechts frei.⁴⁴²

Das Recht des Erwerbers einer Kopie eines Computerprogramms, die Kopie weiterzuverbreiten, kann auch nicht vertraglich auf das Recht beschränkt werden, die Kopie nur an Erwerber einer früheren Version des gleichen Programms – als „**Update**“ – zu veräußern.⁴⁴³ Das Nutzungsrecht an einem Computerprogramm kann nicht in der Weise limitiert werden, dass der Verkauf des (Update-)Programms nur an solche Nutzer zulässig ist, die bereits eine ursprüngliche Vollversion des Programms erworben haben; dies ist keine zulässige inhaltliche Beschränkung des Nutzungsrechts i.S. von § 32 UrhG a.F. (= § 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG n.F.).⁴⁴⁴

Es verstößt auch nicht gegen § 3 UWG, wenn unkenntlich gemachte **Schulversionen** bzw. Updates eines Computerprogramms als Vollversionen (weiter-)verkauft werden, denn mit dem erstmaligen Verkauf des Vervielfältigungsstückes ist das Verbreitungsrecht des Urhebers gemäß § 69c Satz 1 Nr. 3 Satz 2 UrhG erschöpft. Auch ist es wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn zu Wettbewerbszwecken ein mit der Ware selbst fest verbundenes (z.B. aufgedrucktes) Zeichen oder eine andere geschäftliche Bezeichnung, wie z.B. eine Firma oder eine Typenbezeichnung, entfernt und die derart veränderte Ware weiterverkauft wird.⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ *OLG Frankfurt*, NJW-RR 1997, 494; *Oberster Gerichtshof Wien*, M&R 2000, 249 = GRUR Int. 2000, 1028 = ZUM-RD 2001, 53.

⁴⁴¹ *LG Düsseldorf*, MMR 2009, 216 = CR 2009, 221.

⁴⁴² BGHZ 145, 7 = CR 2000, 651 = NJW 2000, 3571 = MMR 2000, 749 gegen *KG Berlin*, CR 1998, 137 = MMR 1998, 315 = ZUM-RD 1999, 20.

⁴⁴³ *OLG München*, CR 1998, 265 = NJW 1998, 1649 = ZUM-RD 1998, 107 = MMR 1998, 313 gegen *KG Berlin*, NJW 1997, 330 = CR 1996, 531.

⁴⁴⁴ *OLG Frankfurt a.M.*, NJOZ 2004, 874 = GRUR-RR 2004, 198.

⁴⁴⁵ *LG München*, CR 1996, 542.

Dem Erwerber eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms, der sich vertraglich dazu verpflichtet hat, das Programm Dritten nicht zugänglich zu machen, kann nicht generell untersagt werden, **für die Fehlerbeseitigung einen Dritten einzuschalten**. Eine entsprechende Klausel wäre mit § 69d Abs. 1 UrhG nicht vereinbar. Würde ein Verbot, das Programm Dritten zugänglich zu machen, auch die Fehlerbeseitigung betreffen, so wäre damit der Vertragszweck berührt. § 69d Abs. 1 UrhG hat insofern einen zwingenden Kern, als urheberrechtlich relevante Nutzungen, die für die vertragsgemäße Verwendung des Programms unerlässlich sind, nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden können.⁴⁴⁶

Abseits des Erschöpfungsgrundsatzes ist die **Übertragbarkeit von Nutzungsrechten an Dritte** allerdings ein Problem. Nach § 34 Abs. 3 Satz 1 UrhG kann ein Nutzungsrecht auch ohne Zustimmung des Urhebers übertragen werden, wenn es sich um eine Übertragung im Rahmen der Gesamtveräußerung eines Unternehmens oder der Veräußerung von Teilen eines Unternehmens handelt. Der Regelung liegt die Erwägung zugrunde, dass es dem veräußernden Unternehmensträger – beispielsweise einem Verlag – in dieser Situation nicht zuzumuten wäre, die Zustimmung sämtlicher Urheber einzuholen, die ihm Nutzungsrechte eingeräumt haben.⁴⁴⁷ Insofern gibt es keine Probleme bei Unternehmensverkäufen. Im Rahmen von M&A können Nutzungsrechte an Software übertragen werden, ohne dass der Urheber noch einmal um Zustimmung gebeten werden müsste.

Anders sieht die Lage bei der **Einzelübertragung von Nutzungsrechten** aus. Sollen Rechte an Software abseits einer Unternehmensveräußerung an Dritte abgetreten werden,⁴⁴⁸ bedarf dies der Zustimmung des Urhebers (§ 34 Abs. 1 UrhG). Es sollte daher gleich im Vertrag mit dem Programmierer ausdrücklich geregelt werden, dass die vertragsgegenständlichen Rechte übertragbar sind. Allerdings muss die Zustimmung nicht ausdrücklich erfolgt sein, sie kann sich vielmehr aus den Gesamtumständen ergeben.⁴⁴⁹ Die Anforderungen an eine konkludente Zustimmung sind in einem Fall, in dem die Weiterübertragung der Nutzungsrechte im Zuge der Verwertung der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter erfolgt, nicht hoch anzusetzen. In der Regel bestehen für den Urheber in einer solchen Situation keine vernünftigen Gründe, darauf zu bestehen, dass nur der ursprüngliche Vertragspartner das Werk nutzt. Auch ist er gehalten, seine Zustimmung zur Weiterübertragung nicht wider Treu und Glauben zu verweigern (§ 34 Abs. 1 Satz 2 UrhG).

⁴⁴⁶ *BGH*, NJW 2000, 3212.

⁴⁴⁷ Begr. RegE, BT-Drs. IV/270, S. 57.

⁴⁴⁸ Dies gilt auch für den Fall einer Veräußerung durch den Insolvenzverwalter eines Softwarehauses; siehe *BGH*, MMR 2005, 845 = GRUR 2005, 860 = NJW-RR 2005, 1403 Fash 2000.

⁴⁴⁹ Vgl. *BGH*, GRUR 1984, 528, 529 – Bestellvertrag.

Der Erschöpfungsgrundsatz soll im Übrigen keine Aussage zur Zulässigkeit technischer Sperren umfassen. Im legendären Fehltrichter *Half Life 2*⁴⁵⁰ hat der *BGH* das Geschäftsmodell eines Anbieters von Computerspielen für rechtmäßig erachtet, wonach ein auf DVD vertriebenes Computerspiel so programmiert ist, dass es erst nach der online erfolgten Zuweisung einer individuellen Kennung genutzt werden kann und dass diese Kennung nicht an Dritte weitergegeben werden darf. Dies gelte auch dann, wenn die DVD mit dem Computerspiel wegen der ohne Kennung eingeschränkten Spielmöglichkeiten vom Ersterwerber praktisch nicht mehr weiterveräußert werden kann.

3. LAN-Verbote

Typisch bei Softwareverträgen sind **LAN-Verbote, d.h. vertragliche Beschränkungen der Nutzung von Software in lokalen Netzwerken**. Es gibt eine Vielzahl von Schattierungen solcher Netzwerkverträge.⁴⁵¹

Urheberrechtlich ist zweifelhaft, ob die Nutzung von Software in lokalen Netzwerken wirklich in die Verwertungsrechte des Softwareerstellers eingreift. Wird die Software auf verschiedenen Terminals fest gespeichert, liegt in der jeweiligen Festspeicherung eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung.⁴⁵² Anders ist die Lage bei Terminalsoftware und der bloßen Nutzung von Software über die jeweiligen Arbeitsspeicher der angeschlossenen Workstations. Der *BFH* hat jüngst auch für solche Netzzvorgänge ohne nähere Begründung eine „Lizenzpflicht“ bejaht.⁴⁵³ Das bloße Ablaufenlassen eines Computerprogramms ist jedoch keine Vervielfältigungshandlung im Sinne des § 69c UrhG.⁴⁵⁴ Der *BGH* hat in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass die reine Benutzung urheberrechtlich nicht erfasst wird; d.h., die Benutzung als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang.

Der Senat hat jedoch bislang die Frage offen gelassen, ob die im Rahmen der Programmbe-
nutzung erfolgende Programmeingabe und -verarbeitung eine Vervielfältigung erforderlich macht.⁴⁵⁵ Diese Frage ist auch durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechts-
gesetzes vom 9.6.1993,⁴⁵⁶ das der Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom

⁴⁵⁰ *BGH*, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661.

⁴⁵¹ *Schumacher*, CR 2000, 641, 649; vgl. *Romey* CR 1999, 345, 347; *Lehmann*, in: FS für Schrickler, S. 543, 559.

⁴⁵² *BGH*, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 = DB 1994, 1180.

⁴⁵³ *BFH*, MMR 2005, 529 = CR 2006, 12 = DStR 2005, 595.

⁴⁵⁴ *LG Mannheim*, ZUM-RD 1999, 210 = CR 1999, 360.

⁴⁵⁵ *BGH*, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 = DB 1994, 1180; vgl. *BGHZ* 112, 264, 278 – Betriebssystem.

⁴⁵⁶ BGBl. I S. 910.

14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen⁴⁵⁷ dient, nicht abschließend beantwortet (§ 69c Nr. 1 Satz 2 UrhG: „Soweit das Laden ... eine Vervielfältigung erfordert“). Durch die Neuordnung des Urheberrechtsgesetzes zum 13.9.2003 ist jedoch klargestellt worden, dass flüchtige Kopien keine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung darstellen.⁴⁵⁸ Nach § 44a UrhG sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen urheberrechtlich irrelevant, wenn ihnen kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt. Die RAM-Kopie, die beim Lauf eines Computerprogramms erforderlicherweise entsteht, hat keinen eigenen ökonomischen Wert und stellt daher keinen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht dar.

Urheberrechtlich relevant wird jedoch auch eine **bloße Terminalserver-Nutzung**, wenn diese im Rahmen der Öffentlichkeit stattfindet. Mit der letzten Urheberrechtsnovelle ist auch ein Recht des Urhebers vorgesehen worden, die öffentliche Wiedergabe und das Bereitstellen von Software für die Öffentlichkeit zu kontrollieren (§ 69c Nr. 4 UrhG). Dem Rechteinhaber wird hiermit das Recht zugewiesen, über die öffentliche Zugänglichmachung der Software zu entscheiden. Dabei wird die öffentliche Zugänglichmachung dahingehend definiert, dass Mitglieder der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl Zugang zur Software haben. Problematisch ist hier der Verweis auf die „Mitglieder der Öffentlichkeit“. Es ist noch völlig unklar, wie dieser Begriff mit Leben gefüllt werden kann. Der Begriff ist in § 15 Abs. 3 Satz 2 UrhG definiert. Zur Öffentlichkeit gehört hiernach jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.

Eine rein technische Verbindung begründet natürlich keine persönliche Beziehung i.S.v. § 15 Abs. 3 Satz 2 UrhG.⁴⁵⁹ Entscheidend ist die **persönliche Verbundenheit der dem Netzwerk angeschlossenen Personen**. Es ist unklar, wie man bei der unternehmensinternen Nutzung den Bereich der persönlichen Beziehungen konkretisieren soll.⁴⁶⁰ Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass alle Nutzungen innerhalb eines Unternehmens durch persönliche Beziehungen zum Arbeitgeber/Unternehmen geprägt sind. Insofern ist jedes Unternehmen in sich nicht-öffentlich, was den Bereich der urheberrechtlichen Nutzung angeht. Man kann aber auch je nach Aufgaben innerhalb des Unternehmens differenzieren und eine unternehmensinterne Öffentlichkeit schon dann bejahen, wenn über eine konkrete Projekt- und Arbeitseinheit hinaus eine Abruf- und Nutzungsmöglichkeit via LAN eingeräumt wird.

⁴⁵⁷ ABl. EG Nr. L 122 S. 42.

⁴⁵⁸ A.A. allerdings *LG München*, Urt. v. 13.3.2008 – 7 O 16829/07.

⁴⁵⁹ So auch die amtliche Begründung in BT-Drs. 15/38, 17.

⁴⁶⁰ In der Literatur wird meist nur auf die Einzelfallentscheidung durch die Rechtsprechung abgestellt; siehe *Dreier*, UrhG, § 19a Rz. 7.

Der Anwender sollte jedenfalls in Vertragsverhandlungen mit Softwarelieferanten darauf pochen, dass die Nutzung von Computerprogrammen **regelmäßig nur unternehmensintern** erfolgt und daher bereits nicht-öffentlich ist. Zusätzlich sollte in Vertragsverhandlungen darauf hingewiesen werden, wenn Software nur in einem kleinen Netzwerk für eine bestimmte Projektgruppe angeschafft wird. Soweit diese Software dann über Terminalserver zum Abruf bereitgehalten wird, sind LAN-Beschränkungen rechtlich unwirksam. Fraglich ist dann noch, inwieweit entsprechende Netzwerkentgelte zu entrichten sind. Zunächst ist zu beachten, dass die Preisgestaltung bei der Verwendung von Software in LAN einer Inhaltskontrolle entzogen ist (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Denn Preise als solche sind Bestandteil der Hauptleistungspflichten und damit nicht Gegenstand der AGB-Kontrolle. Dies schließt aber eine Kontrolle der inhaltlichen Kriterien für eine bestimmte Preisstaffelung nicht aus, wie sich aus § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB ergibt. Insofern sind Preisraster für LAN-Nutzungen durchaus wegen mangelnder Intransparenz angreifbar, insbesondere wenn sie ihrerseits nicht urheberrechtlich begründbar sind. Die Verwendungsfreiheit des Eigentümers obsiegt, wenn nicht das Urheberrecht eine bestimmte Nutzungsbeschränkung erlaubt (§ 903 BGB). Das „plumpe“ Verbot der Netzwerknutzung ist damit unwirksam.⁴⁶¹ Auch verboten sind sog. Site-, Installations- oder Gebäude-Lizenzen, die den Einsatzort der Software festlegen.⁴⁶² Zweifelhaft sind auch sog. Service-Büro-Beschränkungen⁴⁶³ sowie vertragliche und technische Beschränkungen auf eine bestimmte Anzahl von Nutzern. Insbesondere darf der Vertrag nicht reglementieren, wieviele Nutzer das Programm im Netzwerk parallel (als sog. concurrent user) nutzen dürfen (sog. Floating-Licence).⁴⁶⁴

Demgegenüber greifen die bislang in der Literatur vorgenommenen **Rechtfertigungsversuche für Netzwerkklauseln** nicht durch. Wenig überzeugend ist z.B. der Hinweis *Grützmakers* darauf, dass der Netzwerkbetrieb eine eigene Nutzungsart gegenüber der Einzelplatznutzung darstelle und insofern auch vertraglich beschränkbar sei.⁴⁶⁵ Nicht jede Form der Verwendung eines Computerprogramms ist urheberrechtlich eine eigenständige Nutzungsart. Das Urheberrecht lässt bewusst den Bereich der nicht-öffentlichen Wiedergabe unregelt und öffnet ihn damit auch zur freien Disposition des Nutzers. Diesen freien Bereich nachträglich durch Verträge einschränken zu wollen, kann nicht urheberrechtlich legitimiert werden.

⁴⁶¹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 1151.

⁴⁶² *Lehmann*, FS für Schrickler, S. 543, 560; *Schmidt*, in: *Lehmann*, Kap. XV Rz. 74.

⁴⁶³ *Grützmaker*, ITRB 2001, 59, 63; vgl. aber auch *Sucker*, CR 1989, 468, 476.

⁴⁶⁴ A.A. *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 69d Rz. 44; *Bartsch*, CR 1994, 667, 669 f.; vgl. auch *Schmidt*, in: *Lehmann*, Kap. XV Rz. 74.

⁴⁶⁵ *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 69d Rz. 36; ähnlich *Lehmann*, FS für Schrickler, S. 543, 559; *Bartsch*, CR 1994, 667, 668 f.

Auch vertragsrechtlich muss der Respekt vor der Gemeinfreiheit der nicht-öffentlichen Wiedergabe als wesentlicher Grundgedanke i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen werden, so dass auch AGB-rechtlich entsprechende Einschränkungen unwirksam sind. Im Übrigen mag der Hersteller ein schützenswertes Interesse daran haben, dass der Anwender die Software nicht ohne seine wirtschaftliche Partizipation in größerem Umfang als vertraglich vorgesehen nutzt.⁴⁶⁶ Dieses allgemeine Interesse muss aber mit der Eigentumsfreiheit in Einklang gebracht werden. Das BGB geht entscheidend von dem Leitbild aus, dass der Eigentümer unbeschadet der Rechte Dritter in der Nutzung seiner Sache frei ist. Diese Nutzungsfreiheit kann der Softwareentwickler nicht dadurch aushöhlen, dass er die Eigentumsfreiheit nach Belieben mit Hinweis auf seine Gewinnerzielungsabsichten beschränkt. Die Beschränkung muss vielmehr ihrerseits wieder Ausdruck einer eigenen Rechtsposition des Rechteentwicklers sein, die i.S.v. § 903 BGB die Eigentumsfreiheit zu beschränken vermag. Da die nicht-öffentliche, unkörperliche Nutzung aber ein freier Bereich ist, lässt das AGB-Recht die Schaffung künstlicher Nutzungsvorbehalte nicht zu.

4. Wartungsverbote

Literatur:

Gabriel/Cornels, Kunde oder König – Gibt es ein Recht auf Lizenz und Update?, ITRB 2008, 277, 278; *Grapentin/Ströbl*, Third Party Maintenance: Abschlusszwang und Kopplungsverlangen, CR 2009, 137.

Oft wird auch versucht, die **Nutzung der Software an die Wartung zu koppeln**. Insbesondere sollen Dritte nicht befugt sein, die Software zu pflegen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Verbot, das Programm für Zwecke Dritter zu benutzen oder Dritten zugänglich zu machen, wirksam ist. Das Verbot darf sich aber nicht auf die Fehlerbeseitigung und Pflege durch Dritte erstrecken. Dem Erwerber eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms, der sich vertraglich dazu verpflichtet hat, das Programm Dritten nicht zugänglich zu machen, kann nicht generell untersagt werden, für die Fehlerbeseitigung einen Dritten einzuschalten. Denn § 69d Abs. 1 UrhG sieht ein Recht des Anwenders zur Fehlerbeseitigung vor. Dieses Recht schließt auch die Pflege durch Dritte ein und hat insofern einen zwingenden, nicht-dispositiven Kern als urheberrechtlich relevante Nutzungen, die für die vertragsgemäße Verwendung des Programms unerlässlich sind und nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden können. Könnte danach die Einschaltung eines Dritten zur Fehlerbeseitigung nicht gene-

⁴⁶⁶ *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, München 1999, § 9 Rz. 145; *Lehmann*, FS für Schrickler, S. 559; *Polley*, CR 1999, 345.

rell ausgeschlossen werden, wäre allerdings gegen eine vertragliche Regelung nichts einzuwenden, die die Fehlerbeseitigung (einschließlich der Behebung von Kompatibilitätsproblemen) dem Softwareersteller vorbehält, solange sie dem Vertragspartner das Recht einräumt, den Fehler durch einen Dritten beheben zu lassen, wenn der Hersteller selbst hierzu nicht willens oder in der Lage ist.⁴⁶⁷

Ein weiteres Problem liegt im „Third Party Maintainance“, d.h. des Supports durch eine dritte, also nicht mit dem Hersteller identische, Partei.⁴⁶⁸ Natürlich wird der Hersteller einer Softwarelösung oder Hardware durch Bundling versuchen weiterhin kostenpflichtige Patches und andere Supportleistungen zu erbringen. Eine Wartung durch Dritte, v.a. durch Konkurrenten, ist ihm dabei gar nicht Recht, da so Einnahmen verloren gehen und die Konkurrenz technischen Einblick in das Produkt bekommt. Fraglich ist also, ob der Hersteller von Hard- oder Software die Überlassung an den Abschluss eines Pflegevertrages koppeln bzw. die Lieferung von Standard-Patches außerhalb der Gewährleistung weigern darf, wenn Leistungen von Dritten bezogen werden. Ein Abschlusszwang bezüglich der Lieferung von Standardpatches aus dem Gesetz besteht grundsätzlich weder aus § 242 BGB noch aus § 20 GWB i.V.m. § 33 GWB und wenn, dann in sehr engen Ausnahmefällen.⁴⁶⁹ Seine Grenzen findet die Wartung durch Dritte da, wo das Urheberrecht des Herstellers verletzt wird, z.B. bei der Dekompilierung.⁴⁷⁰ Im Übrigen wird versucht die Kundenbindung durch Abschluss von Rahmenverträgen über zukünftige Einzelprojekte zu stärken.⁴⁷¹ Diese sollten so detailliert abgefasst werden, dass im späteren Tagesgeschäft eigentlich nur noch die Leistungs- und Vergütungsseite und einige Details geregelt werden müssen.⁴⁷²

5. Zusammenfassung

Es zeigt sich, dass CPU-Beschränkungen und Weitergabeverbote bei Softwareüberlassungsverträgen weitgehend unwirksam sind. Ungeklärt ist noch das Schicksal von Netzwerkklauseln; hier bedarf es weiterer Klärung durch die Gerichte. Der Anwender sollte daher bei den Vertragsverhandlungen sorgsam prüfen, ob nicht einzelne Verwendungsbeschränkungen problematisch sind und den Lieferanten darauf hinweisen. Oft findet sich dann im individuel-

⁴⁶⁷ *BGH*, NJW 2000, 3212 = GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = DB 2000, 2063.

⁴⁶⁸ *Grapentin/Ströbl*, Third Party Maintainance: Abschlusszwang und Koppelungsverlangen, CR 2009, 137.

⁴⁶⁹ *Grapentin/Ströbl*, CR 2009, 137, 138 f.; *Gabriel/Cornels*, Kunde oder König – Gibt es ein Recht auf Lizenz und Update?, ITRB 2008, 277, 278 ff.

⁴⁷⁰ *Grapentin/Ströbl*, CR 2009, 137, 140.

⁴⁷¹ *Intveen*, Rahmenberatungsverträge mit Softwareunternehmen – Rechtsnatur, Vertragsgegenstand, Ausgestaltung, ITRB 2009, 67.

⁴⁷² *Intveen*, ITRB 2009, 67, 68.

len Gespräch, abseits der AGB-Kontrolle, eine einvernehmliche Lösung in beiderseitigem Interesse.

III. Gewährleistung

1. Gewährleistung im Kaufrecht

Literatur:

Bömer, Die Pflichten im Computersoftwarevertrag, Darstellung der Besonderheiten im Vergleich zu den Vertragstypen des allgemeinen Zivilrechts, München 1988; *Brandi-Dohrn*, Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln, München 1988; *Heussen*, Unvermeidbare Softwarefehler. Neue Entlastungsmöglichkeiten für Hersteller, CR 2004, 1; *Kilian*, Haftung für Mängel der Computer-Software, Karlsruhe 1986; *Koch*, Schlechtleistung bei softwarebezogener Nacherfüllung, ITRB 2008, 131; *Pötzsch*, Die rechtliche Einheit von Hard- und Software, Berlin 1991; *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, Tübingen 1995.

Der Käufer eines mangelbehafteten Programms hat eine Reihe von Ansprüchen und Rechten: Er kann vor allem seine Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB geltend machen, d.h. er kann u.a. Lieferung mangelfreier Software verlangen, die gekaufte Software zurückgeben und seinen Kaufpreis zurückverlangen oder den zu zahlenden Kaufpreis um den Minderwert der Software reduzieren. Allerdings sind solche Rechte nur dann gegeben, wenn eine Reihe verschiedener Voraussetzungen erfüllt sind.

a) Mangel

Zunächst muss **ein Mangel der Software** vorliegen. Wie oben bereits skizziert, unterscheidet das BGB zwischen **Sach- und Rechtsmängeln** (§§ 434, 435 BGB).

Software weist einen **Rechtsmangel** auf, wenn der Anbieter nicht zu ihrem (Weiter-)Vertrieb berechtigt ist. Dies ist evident bei einem raubkopierten Programmexemplar.⁴⁷³ Rechtsmängel werden wie Sachmängel behandelt, da es sich bei beiden Mängeltypen um Pflichtverletzungen handelt. Der Käufer ist in beiden Fällen den allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts unterworfen. Die frühere Garantiehafung für Rechtsmängel ist nun durch die allgemeine Verschuldenshaftung für Rechtsmängel ersetzt worden.

⁴⁷³ OLG Hamm, NJW-RR 1991, 953, BB-Beilage 18/1991, 21.

Zu den Rechtsmängeln bei Software⁴⁷⁴ zählt etwa das Fehlen von Nutzungsrechten an einer Programmkopie bzw. „nichtlizenzierte“ Systemsoftware oder Textverarbeitungssoftware.⁴⁷⁵ Auch die Installierung eines Betriebssystems als Raubkopie⁴⁷⁶ fällt unter den Rechtsmangel ähnlich wie der Fall des fehlenden Markenrechts bei der Verwendung einer IT-Produktbezeichnung.⁴⁷⁷

Der Kunde kann insbesondere den Kaufpreis mindern (was sich auf Grund der urheberrechtlichen Nutzungsbeschränkungen und Schadensersatzansprüche gem. §§ 69c ff., 97 ff. UrhG im Falle einer Raubkopie kaum anbieten wird) oder vom Vertrag zurücktreten (§§ 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB). Daneben kann er im Falle erfolgloser Nacherfüllung – verschuldensabhängig – **Schadensersatz** verlangen (§§ 280, 281, ggf. § 283 BGB). Schon die Lieferung mangelhafter Software ist eine Vertragsverletzung; der Begriff der „Pflichtverletzung“ i.S.v. § 280 BGB ist rein objektiv zu verstehen. Hat der Händler (z.B. mangels Prüfmöglichkeit) einen Mangel nicht zu vertreten, kann er sich gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entlasten; es liegt dennoch eine Pflichtverletzung vor.⁴⁷⁸ Da es sich bei Standardsoftware um eine Gattungsschuld handelt, trägt der Händler das Beschaffungsrisiko (§ 276 Abs. 1 BGB).⁴⁷⁹ Mängel begründen allerdings keine Gewährleistungsrechte, wenn sie dem Käufer bei Vertragsschluss bekannt waren oder auf Grund grober Fahrlässigkeit unerkannt blieben, § 442 BGB. Im letzteren Fall haftet der Anbieter nur bei Garantie der Mängelfreiheit oder arglistigem Verschweigen des Mangels.⁴⁸⁰

In der Praxis wichtiger sind die Regelungen zur **Sachmängelhaftung** und deren vertragliche Beschränkbarkeit. Eine Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie von der **Sollbeschaffenheit** nicht abweicht. Eine solche Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit liegt vor, wenn der Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vertraglich vereinbarten (§ 437 Abs. 1 Satz 1 BGB) vertraglich vorausgesetzten (§ 437 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder gewöhnlichen (§ 437 Abs. 1 Satz 2 BGB) Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist. Ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB setzt voraus, dass es sich bei dem jeweiligen Umstand um eine Beschaffenheit des Kaufgegenstandes handelt. Die Beschaffenheit ist mit dem tatsächlichen Zustand der Sache gleichzusetzen. Unter den Begriff der Beschaffenheit fällt jede Eigenschaft und jeder der Sa-

⁴⁷⁴ Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht, Berlin 2003, § 5, Rz. 76.

⁴⁷⁵ LG Bonn, CR 1994, 687; OLG Hamm, NJW-RR 1991, 953 = CR 1991, 15.

⁴⁷⁶ OLG Nürnberg, CR 1992, 723; OLG Frankfurt, UrT. v. 26.4.1989 – 13 U 54/88, BB-Beilage 24/1990; OLG Hamm, CR 1991, 15 f.; LG Bonn, CR 1994, 687.

⁴⁷⁷ OLG Köln, NJW-CoR 1999, 246.

⁴⁷⁸ Koch, Handbuch Software- und Datenbankrecht, § 5 Rz. 3.

⁴⁷⁹ Koch, Handbuch Software- und Datenbankrecht, § 2, Rz. 52, 54.

⁴⁸⁰ Koch, Handbuch Software- und Datenbankrecht, § 5, Rz. 25 f., 35.

che anhaftende, tatsächliche, wirtschaftliche oder rechtliche Umstand. Die Eigenschaft/der Umstand muss in der Beschaffenheit der Kaufsache wurzeln und ihr unmittelbar (physisch) auf eine gewisse Dauer anhaften. Zwar hat der Gesetzgeber den Begriff der Beschaffenheit nicht definiert und offengelassen, ob die v.g. Unmittelbarkeitsbeziehung gegeben sein muss.⁴⁸¹ Da allerdings die Neuregelung des Sachmangelbegriffs im Rahmen der Schuldrechtsreform den nach alter Rechtslage geltenden Fehlerbegriff nicht verändern wollte und die Neuregelung dem subjektiv-objektiven Fehlerbegriff folgt, ist auch weiterhin der Beschaffenheitsbegriff restriktiv aufzufassen.

aa) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft

Diese Definition, die unten noch mit Leben gefüllt wird, unterscheidet sich fundamental vom **Fehlerbegriff der Informatik**. Ein Informatiker sieht jedes objektive technische Versagen der Software als Fehler an. Da aber bekannterweise eine technische Störung bei Computerprogrammen nie auszuschließen ist, schreiben Techniker gerne den berühmt-berüchtigten Satz in Softwareverträge: „**Software kann nie fehlerfrei sein**“. Der Jurist sieht den Fehlerbegriff anders. So gibt es z.B. technische Fehler, die juristisch belanglos sind: Wenn ein Programm bei einer selten benutzten Tastaturkombination abstürzt, liegt aus juristischer Sicht nur ein geringes, unerhebliches Versagen vor, das die Gebrauchstauglichkeit des Systems kaum beeinträchtigt. Dementsprechend gibt es in einem solchen Fall – trotz Vorliegens eines technischen Fehlers – kein Rücktrittsrecht (§ 323 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 439 BGB). Umgekehrt kann ein Programm technisch fehlerfrei, aber juristisch mangelbehaftet sein. Soll ein Programm nach dem Vertrag bestimmte Funktionen aufweisen, so ist das Programm bei Fehlen dieser Funktionen mangelhaft, auch wenn es technisch einwandfrei arbeitet.

bb) Vereinbarte Beschaffenheit

Ein Fehler liegt bereits dann vor, wenn das Programm in seiner Istbeschaffenheit nicht **den vertraglich vereinbarten Anforderungen** entspricht. Diese Leistungsanforderungen können ausdrücklich – im Rahmen eines Pflichtenheftes⁴⁸² – festgelegt sein. Gerade diese Fehlergruppe ist aus der Sicht der Gerichte die erfreulichste: Es bedarf hier nicht umständlicher Sachverständigengutachten und Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Denn es geht hier nur noch darum, ob eine bestimmte Leistung des Programms entsprechend den Vereinbarungen vorhanden ist oder nicht.

⁴⁸¹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 213; Häublein, NJW 2003, 388, 389.

⁴⁸² Zur Definition des Pflichtenheftes siehe DIN 69901, wonach es um eine ausführliche Beschreibung der Leistungen geht, die erforderlich sind oder gefordert werden, damit die Ziele des Projekts erreicht werden.

cc) Vertraglich vorausgesetzte Verwendung

Schwierig ist die Abgrenzung von vertraglich vereinbarter Bestimmung und vertraglich vorausgesetzter Verwendung. M.E. umfasst der Bereich der vertraglichen Vereinbarung die Sollbestimmungen, die **ausdrücklich vertraglich** vorgegeben wurden. Demgegenüber regelt der Bereich der vertraglich vorausgesetzten Verwendung den **Bereich konkludent vereinbarter Kriterien**. Dies wäre zum Beispiel der Fall bei einer Leistungsbeschreibung. Ähnlich sieht es aus, wenn die gewünschten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind.⁴⁸³

dd) Gewöhnliche Verwendung

Abseits vertraglicher Regelungen ist die **gewöhnliche Verwendung** der wichtigste Prüfmaßstab für Softwaremängel. Bei der Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, die objektiv zu bestimmen ist, ist darauf abzustellen, welche Beschaffenheit der Käufer erwarten kann. Dies bestimmt sich nach dem Erwartungshorizont des Durchschnittskäufers. Bei der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes kommen alle tatsächlichen, rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Umstände in Frage, die nach der Verkehrsauffassung Wert und Brauchbarkeit der Sache unmittelbar beeinflussen.

Der Nachweis einer gewöhnlichen Verwendung ist jedoch nicht einfach. Eine Reihe früherer Abgrenzungsschwierigkeiten⁴⁸⁴ bestehen nach der Schuldrechtsreform nicht mehr. So spielt die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschulden ebenso keine Rolle mehr wie die Abgrenzung zum Aliud. Nach § 434 Abs. 3 BGB steht einem Sachmangel die Lieferung einer anderen Sache gleich. Insofern entfällt auch seit der Schuldrechtsreform die früher zentrale Problematik, dass die Lieferung einer Standardsoftware Teil einer Gattungsschuld ist und mangelhafte Software daher gleichzeitig als Aliud anzusehen war.

b) Fehlertypen

Fraglich ist aber, ob es einen gewöhnlichen Gebrauch bei einem bestimmten Standardprodukt überhaupt gibt.⁴⁸⁵ Letztendlich können aus der Rechtsprechung nur einige typische Fehlerarten abgeleitet werden.⁴⁸⁶

⁴⁸³ Vgl. *LG Frankfurt*, IuR 1987, 229.

⁴⁸⁴ *BGH*, NJW 1992, 134 ff.

⁴⁸⁵ Siehe hierzu die Bedenken des *OLG Stuttgart*, CR 1986, 381.

⁴⁸⁶ Vgl. hierzu auch *Heussen*, in: Computerrechts-Handbuch, Kap. 201 mit weiteren Beispielen und *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, D 522–535.

aa) Funktionsdefizite

Ein Programm **muss bestimmte Funktionen enthalten**, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden ist. So muss ein als „UNIX-kompatibel“ bezeichnetes Programm mehrplatzfähig sein.⁴⁸⁷ Ist die Lauffähigkeit auf einer bestimmten Hardware geschuldet, sind Hardwaremängel auch Softwaremängel.⁴⁸⁸ Ferner muss ein Datenbankprogramm das Überlaufen von Dateien verhindern.⁴⁸⁹ Ganz allgemein muss jede Software **HELP-Funktionen und Fehlerrouinen** enthalten, um Bedienungsfehler von vornherein zu vermeiden;⁴⁹⁰ eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Anwender als EDV-Fachmann (was auch immer darunter zu verstehen ist) gelten kann.⁴⁹¹ Kein Fehler soll es hingegen sein, wenn der Software ein Druckertreiber fehlt⁴⁹² oder ein Bankenprogramm nicht manipulationssicher ist.⁴⁹³ Auch soll bei einem Branchenkompaktprogramm ein kleines Textverarbeitungsprogramm ausreichen.⁴⁹⁴ Nach Auffassung des *OLG Koblenz*⁴⁹⁵ ist eine EDV-Anlage selbst dann mangelhaft, wenn bei der täglich durchzuführenden Datensicherung regelmäßig eine Fehlermeldung erscheint, wonach die Systemsicherung unbrauchbar ist, obwohl die Datensicherung in Wirklichkeit brauchbar und vollständig ohne Datenverlust erfolgt. Die damit ausgelöste Unsicherheit des Nutzers und die sich anschließende Nachprüfung der Fehlermeldung führten zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des Arbeitsablaufs. Der darin liegende Mangel berechtige zur Rückgängigmachung des Kaufvertrags.

Arbeitet ein **Hardware-Peripheriegerät** wegen veralteter Betriebssoftware nicht mehr ordnungsgemäß, so liegt kein Sachmangel vor, wenn der Hersteller das Gerät mit einer dem Stand der Entwicklung entsprechenden Betriebssoftware ausgeliefert hat und in geeigneten Zeitabständen so genannten „Updates“ für die Software zur Verfügung stellt.⁴⁹⁶ Wird vertraglich vereinbart, dass die für ihn erstellte Software auf seiner – schriftlich festgehaltenen – Hardware unbedingt lauffähig sein soll, ist der Nutzer bei einer Fehlfunktion auch dann zur Ausübung von Gewährleistungsrechten berechtigt, wenn die Fehlfunktion allein auf der Be-

⁴⁸⁷ *OLG Karlsruhe*, CR 1990, 266.

⁴⁸⁸ *LG Bonn*, ZGS 2004, 199.

⁴⁸⁹ *LG Duisburg*, CR 1989, 494, 495.

⁴⁹⁰ *LG Heilbronn*, CR 1989, 604; *OLG Köln*, NJW 1988, 2477; *OLG Hamm*, CR 1990, 716.

⁴⁹¹ *OLG Düsseldorf*, CR 1987, 174.

⁴⁹² *OLG Frankfurt*, CR 1990, 127, 130; a.A. *LG Tübingen*, CR 1995, 222.

⁴⁹³ *OLG München I*, CR 1989, 295.

⁴⁹⁴ *BGH*, NJW 1990, 3008, 3010.

⁴⁹⁵ CR 2008, 146, m. Anm. *Rössel*, ITRB 2008, 59 = BeckRS 2008, 01271.

⁴⁹⁶ *LG Freiburg*, CR 2008, 556 = VuR 2007, 317.

schaffenheit der Hardware beruht. Der Programmierer ist dann verpflichtet, den Fehler der Hardware durch entsprechende Programmierung auszugleichen.⁴⁹⁷

Verkauft ein Händler eine Digitalkamera unter Verwendung eines Herstellerprospektes, in dem es heißt, die Kamera könne mit Hilfe kostenloser Firmware- und Softwareupdates aktualisiert werden, wodurch die Kamera stets auf dem neuesten Stand der Technik sei, so weist die Kamera nicht allein deshalb zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Sachmangel auf, weil der Hersteller letztmals kurz nach Vertragsabschluss ein Update für die Kamera zur Verfügung stellt.⁴⁹⁸

bb) Funktionsmängel

Eine weitere wichtige Fehlergruppe betrifft die Funktionsmängel, d.h. **das technische Versagen einzelner Programmfunktionen**.

Software ist mangelbehaftet, wenn

- sie bei Verwendung in einem Gewerbebetrieb falsche Rechnungen hervorbringt,⁴⁹⁹
- sie nicht in der Lage ist, Umlaute auszugeben, sondern stattdessen beim Ausdruck programmbedingt nur Fragezeichen erscheinen,⁵⁰⁰
- sie seit dem Zeitpunkt, in dem vierstellige Jahreszahlen programmiertechnisch allgemein üblich sind (Mitte der neunziger Jahre), nicht 2000-fest ist,⁵⁰¹
- sie nicht die Abwicklung des Ein-/Verkaufs in Euro ermöglicht,⁵⁰²
- sie nicht virenfrei, d.h. mit gängigen Tools auf bekannte Viren hin überprüft worden ist.⁵⁰³

Das *OLG Koblenz* entschied, dass eine, in unregelmäßigen Abständen auftauchende, unzutreffende Fehlermeldung einen Mangel der Software darstellt, ohne dass es zu einem Datenverlust kommen muss.⁵⁰⁴ Der Entscheidung lag die Erwägung zugrunde, dass die Klägerin infolge der Fehlermeldung gezwungen war, zu überprüfen, ob die Fehlermeldung zutreffend ist oder nicht. Dies koste Zeit und sei zudem fehlerträchtig, da die Protokolle der Systemsiche-

⁴⁹⁷ *LG Bonn*, Urt. v. 27.2.2004 – 10 O 618/03.

⁴⁹⁸ *OLG Koblenz*, Urt. v. 30.4.2009 – 6 U 268/08.

⁴⁹⁹ *LG München I*, CR 1987, 364.

⁵⁰⁰ *OLG München*, CR 1990, 646, 648.

⁵⁰¹ Siehe hierzu *Bartsch*, CR 1998, 193 ff.; *Bartsch*, Software und das Jahr 2000 – Haftung und Versicherungsschutz für ein technisches Großproblem, Baden-Baden 1998, 58 ff.; *von Westphalen/Langheid/Streit*, Der Jahr-2000-Fehler, Köln 1999; *Hildebrand*, CR 1998, 248 ff.

⁵⁰² *LG Coburg*, CR 2002, 325; *LG Stuttgart*, CR 2002, 255 Leitsatz.

⁵⁰³ *LG Regensburg*, CR 1997, 686; *LG Kleve*, CR 1996, 292.

nung manuelle nachgeprüft werden mussten. Daher liege eine Fehlerhaftigkeit des Gesamtsystems vor.

Nach Auffassung des *LG Freiburg* liegt kein Sachmangel vor, wenn eine zum Zeitpunkt der Auslieferung eines Druckers aktuelle Firmware nach einiger Zeit veraltet und der Drucker dadurch nicht mehr nutzbar wird, jedoch vom Hersteller in geeigneten Zeitabständen Updates für die Software zur Verfügung gestellt werden, die diesen Fehler beheben.⁵⁰⁵ Zur Frage inwieweit ein Schadensersatzanspruch aus § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (ehemals c.i.c.) wegen eines fehlenden Hinweises auf die Notwendigkeit der kostenfreien Updates besteht äußerte sich das Gericht nicht, da die entstandenen Prozesskosten nicht durch den fehlenden Hinweis, sondern aufgrund der fälschlichen Annahme eines Mangels entstanden seien. Eine Software ist auch dann mangelhaft, wenn deren Fehlfunktion zwar allein auf der Beschaffenheit der bestellerseits gestellten Hardware beruht, die Lauffähigkeit der Software auf dieser Hardware aber zu der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit der Software gehört.⁵⁰⁶

cc) Kapazitätsmängel/Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten

Eine sehr wichtige Fallgruppe betrifft **das ungewöhnliche Antwortzeitverhalten** in einem EDV-System. Ist eine Software so konzipiert, dass sie zu einer unerträglichen Verlangsamung des Systems führt, liegt ein Fehler vor. Ein solcher Zustand soll etwa dann vorliegen, wenn die Antwortzeiten in einem Mehrplatzsystem auf 30 Sekunden herabsinken⁵⁰⁷ oder sich die Geschwindigkeit des Druckers auf 20 % reduziert.⁵⁰⁸ Konkrete Zahlen lassen sich aber insgesamt nicht benennen; es wird im Einzelfall auf die Beurteilung des vom Gericht bestellten Sachverständigen ankommen.

dd) Programmsperren

Unzulässig ist auch der **Einbau von Programmsperren**, sofern dadurch die Begleichung einer Forderung⁵⁰⁹ oder der Abschluss eines Wartungsvertrages⁵¹⁰ erzwungen werden soll. Zulässig könnte eine solche Sperre aber sein, sofern sie zum Schutz vor Softwarepiraterie erforderlich ist.⁵¹¹ Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Käufer zur Beseitigung Systemdis-

⁵⁰⁴ *OLG Koblenz*, CR 2008, 148 f.

⁵⁰⁵ *LG Freiburg*, CR 2008, 556.

⁵⁰⁶ *LG Bonn*, ZGS 2004, 199.

⁵⁰⁷ *LG Essen*, CR 1987, 431.

⁵⁰⁸ *KG Berlin*, CR 1990, 769; nach Auffassung des *LG Stuttgart*, CR 1994, 286 ist das Fehlen von 5 % Festplattenplatz mangels Erheblichkeit kein Mangel.

⁵⁰⁹ *LG Wiesbaden*, CR 1990, 652.

⁵¹⁰ *BGH*, NJW 1987, 818.

⁵¹¹ *BGH*, NJW 1981, 2684; *OLG Köln*, NJW 1996, 733; *OLG Köln*, CR 2000, 354.

ketten benötigt, die sich nur im Besitz des Verkäufers befinden.⁵¹² Auch die **Produktaktivierung** bei Windows XP ist insbesondere nach dem Wegfall der Bagatallgrenze des § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. als Mangel anzusehen.⁵¹³ Zur Einbeziehung von solchen Sperren bedarf es der Hinweise auf der Verpackung oder in den Geschäftsbedingungen.⁵¹⁴ Solche Hinweise wirken sich auf die Sollbeschaffenheit aus und schließen die Bejahung eines Mangels aus. Auch impliziert der deutliche Hinweis auf eine Sperre, dass der Anwender die technische Sperre kennt und insofern nach § 442 Abs. 1 BGB keine Mängelrüge erheben kann.⁵¹⁵ Der Besteller einer Standardsoftware kann ferner deren Abnahme verweigern, wenn der Verkäufer die Unterzeichnung einer vom Hersteller der Software geforderten Erklärung verlangt, wonach die Software ausschließlich zu „Forschungs- und Auswertungsvorschlägen“ verwendet werden darf.⁵¹⁶ Auch sind entsprechende Verträge wegen widerrechtlicher Drohung anfechtbar; denn wenn der Lizenzgeber eine Programmsperre aktiviert, die die Nutzung der Software auf leistungsfähiger Hardware unmöglich macht, und erklärt, die Sperre nur aufzuheben, wenn der Lizenznehmer der Änderung des Systemsverzeichnisses unter Anfall einer neuen Lizenzgebühr zustimmt, handelt es sich um eine Drohung.⁵¹⁷

Im Übrigen ist es **irreführend i.S.v. § 5 UWG**, wenn vor dem Erwerb eines Computerprogramms nicht darauf hingewiesen wird, dass nach mehrmaligem Aufruf der Software eine Registrierung durch Übermittlung von persönlichen Daten (Name, Adresse, Telefonnummer u.a.) zur Beseitigung einer ansonsten wirksam **werdenden Programmsperre** erforderlich ist. Gleichzeitig ist die von der Programmsperre ausgehende Zwangslage unlauter i.S.v. § 3 UWG.⁵¹⁸

ee) Fehlen oder Fehler der Dokumentation

Letztendlich ist die „beliebteste“ Fehlergruppe **das Fehlen oder die Lückenhaftigkeit der Dokumentation**.⁵¹⁹ Da sich Gerichte mit dem Nachweis eines Programmfehlers schwer tun, suchen sie in ihrer Not oft Fehler der mitgelieferten Handbücher. Dabei war vor der Schuldrechtsreform streitig, ob die Lieferung eines Handbuches eine Hauptleistungspflicht dar-

⁵¹² *OLG Köln*, CR 2000, 354; *OLG Köln*, ZUM-RD 2000, 488.

⁵¹³ So auch *Faust*, K&R 2002, 583; *Runte*, CR 2001, 657, 661; das *LG München I* sah in Programmsperren mit Registrierungszwang einen Wettbewerbsverstoß und nahm ein Verwertungsverbot bezüglich der Daten an; CR 2000, 506; ähnlich *OLG München*, CR 2001, 11.

⁵¹⁴ *LG München I*, CR 2000, 506; *LG München*, MMR 2001, 197.

⁵¹⁵ *Koch*, CR 2002, 629.

⁵¹⁶ *OLG Köln*, NJW 1997, 1016 = CR 1996, 406.

⁵¹⁷ *OLG Frankfurt*, CR 2000, 146; ähnlich bereits *LG Frankfurt*, CR 1999, 147.

⁵¹⁸ *OLG München*, GRUR 2001, 1184 = MMR 2001, 395; *OLG Köln*, CR 2000, 354 = ZUM-RD 2000, 488; *OLG Bremen*, WRP 1997, 573; *OLG Celle*, NJW-RR 1993, 432.

⁵¹⁹ Siehe hierzu auch *Endler*, CR 1995, 7 ff.

stellt⁵²⁰ oder das Fehlen der Dokumentation als Mangel anzusehen ist.⁵²¹ Nach der Schuldrechtsreform stellt sich die Rechtslage nicht anders dar. Insbesondere § 434 Abs. 3 BGB, der die Falsch- und Zuweniglieferung dem Sachmangel gleichstellt, ändert nichts daran, dass die teilweise Nichtlieferung eine Verzugsproblematik ist.⁵²²

Einige Stimmen gehen davon aus, dass **Dokumentation und Programm eine Einheit** bilden; wenn die Dokumentation fehlt, ist dies als Mangel dieser Einheit anzusehen. Der Käufer kann in einem solchen Fall daher „nur“ die klassischen Gewährleistungsrechte des § 437 BGB geltend machen. Der *BGH*⁵²³ geht hingegen davon aus, dass es beim Kauf einer aus Hard- und Software bestehenden Computeranlage an der Ablieferung fehle, solange die Lieferung der Softwaredokumentation noch nicht erfolgt sei. Das Fehlen der Dokumentation sei als Nichtleistung und nicht als Gewährleistungsfall anzusehen. Nach neuem Schuldrecht gibt es die Unterscheidung zwischen Zuwenigleistung und Mangel nicht mehr.⁵²⁴ Das Fehlen des Handbuchs ist folglich eine verdeckte Mankoleistung i.S. von § 434 Abs. 3 BGB und damit ein Mangel.⁵²⁵

Liegt eine Dokumentation vor, ist diese nach Gewährleistungsrecht zu beurteilen. Wichtig ist, dass die Dokumentation **schriftlich** vorliegt.⁵²⁶ Es reicht daher nicht aus, Benutzer vorab zu schulen und unter Berufung darauf keine Dokumentation mitzuliefern.⁵²⁷ Mangelhaft ist es auch, Bildschirmtexte in das Programm einzubauen oder als Dokumentation Text-Files auf Disketten mitzusenden. Der Pflicht zur Überlassung eines Handbuchs ist allerdings auch dann Genüge getan, wenn das Handbuch in Form einer CD-ROM übergeben wird und die einzelnen Seiten des Handbuchs von dieser CD-ROM in guter Qualität ausgedruckt werden können.⁵²⁸ Der Übergabe einer gedruckten Version des Handbuchs bedarf es in diesem Falle nicht. Einer Print-Version bedarf es auch nicht, wenn es sich beim Käufer um einen berufs-

⁵²⁰ *OLG Düsseldorf*, CR 1990, 122; *OLG Hamm*, CR 1986, 268 m. Anm. *Mehring*; *OLG Saarbrücken*, CR 1988, 470; *LG Mannheim*, BB 1985, 144; *LG Frankfurt*, DV Rechtsprechung, Bd. 1 S. 219; *LG Baden-Baden*, CR 1988, 308 f.

⁵²¹ So *OLG Hamm*, CR 1990, 716; *OLG Karlsruhe*, NJW 1989, 2631; *OLG Frankfurt*, CR 1986, 270 m. Anm. *Czermin* = NJW 1987, 3206; *OLG München*, CR 1986, 365; im Grundsatz auch *BGH*, NJW 1989, 3223; *OLG Frankfurt* NJW 1987, 2306 = CR 1988, 294 u. CR 1990, 270; ähnlich *Bokelmann*, CR 1990, 194, 195; *Schneider*, CR 1989, 193.

⁵²² In diese Richtung auch *OLG Karlsruhe*, CR 2003, 95.

⁵²³ *BGH*, NJW 1993, 461 = CR 1993, 203 m. Anm. *Bartsch*, CR 1993, 422; vgl. auch *Bartsch*, CR 1993, 352; *OLG Hamm*, CR 1995, 20; *Endler*, CR 1995, 7, 9.

⁵²⁴ BT-Drs. 14/6040, 216.

⁵²⁵ So auch *Däubler*, NJW 2001, 3729, 3731.

⁵²⁶ *OLG Stuttgart*, NJW 1987, 3206 = CR 1986, 271; *OLG Hamm*, CR 1992, 715; *LG Mannheim*, BB 1985, 144; *LG Stuttgart*, CR 1992, 277.

⁵²⁷ Siehe auch *OLG Frankfurt*, CR 1993, 93; *OLG Hamm*, CR 1992, 335.

⁵²⁸ *LG Landshut*, CR 2004, 19.

mäßigen Softwareentwickler handelt und die erforderlichen Hilfehinweise während des Programmaufrufs erscheinen.⁵²⁹

Die Dokumentation muss **in deutscher Sprache** verfasst sein.⁵³⁰ Die Lieferung eines englischsprachigen Handbuchs führt demnach dazu, dass der gesamte Kaufvertrag rückgängig gemacht oder der Kaufpreis gemindert werden kann.⁵³¹ Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nur, wenn die Parteien etwas anderes vereinbaren (ein Hinweis in der Werbung auf das englische Handbuch kann ausreichen) oder wenn der Anwender als EDV-Fachmann anzusehen ist.⁵³² Ein zweisprachiges Handbuch ist stillschweigend geschuldet, wenn der Besteller sich ausbedungen hat, dass das gesamte System zweisprachig laufen solle.⁵³³

In der Dokumentation müssen **alle Programmfehlerrmeldungen vollständig** aufgeführt sein.⁵³⁴ Der Anwender muss anhand der Dokumentation feststellen können, was bestimmte Fehlermeldungen bedeuten und wie er auf einen Fehler zu reagieren hat.⁵³⁵ Eine Softwaredokumentation ist mangelhaft, wenn in ihr in nennenswertem Umfang Bildschirmdialoge nicht (mehr) aktuell sind, nicht mit den im Programm vorhandenen Dialogen übereinstimmen oder gar nicht dokumentiert, wenn ein Inhaltsverzeichnis fehlt oder wenn sie den Anwender nicht in die Lage versetzt, die Software im Bedarfsfalle erneut oder auf einer anderen Anlage zu installieren.⁵³⁶ Der Pflegegläubiger hat einen Anspruch auf eine aktualisierte Softwaredokumentation bei jedem „Update“ der Software.⁵³⁷

ff) Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers

Neben dem Fehler können auch **öffentliche Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seiner Gehilfen** Gewährleistungsrechte auslösen. Anders als noch nach früherem Recht bedarf es dafür keines besonderen Haftungswillens,⁵³⁸ um eine Verkaufsaussage des Verkäufers zur verbindlichen Vertragsgrundlage zu machen. Das hat sich jetzt grundlegend geändert. Werbeaussagen sind grundsätzlich verbindlich, unabhängig von ihrer Quelle.

⁵²⁹ *OLG Karlsruhe*, CR 2004, 493.

⁵³⁰ *OLG München*, CR 1986, 365 = DV-Rechtsprechung Bd. 3, 106; *OLG Stuttgart*, CR 1987, 173; *OLG Köln*, NJW-RR 1996, 44; *OLG Düsseldorf*, GRUR 1994, 902, 904; *LG München I*, Beil. Nr. 19/1996, 11; siehe auch *OLG Hamburg*, CR 1993, 408 m. Anm. *Hoeren*; a.A. *Bartsch*, CR 1993, 423.

⁵³¹ Ähnlich für die Sprachversionen von Software *LG Frankfurt a.M.*, Urteil vom 05.11.2013, Az. 2-23 O 50/13.

⁵³² *OLG Düsseldorf*, CR 1987, 174.

⁵³³ *OLG Köln*, CR 2000, 585.

⁵³⁴ *OLG Hamm*, CR 1990, 716; ähnlich bereits *LG Flensburg*, CR 1988, 132 f.

⁵³⁵ *OLG Köln*, NJW 1988, 2477.

⁵³⁶ *LG Bonn*, Urt. v. 19.12.2003 – 10 O 387/01, *LG Bonn*, MMR 2004, 356; *LG Bonn*, CR 2004, 414.

⁵³⁷ *LG Bonn*, Urt. v. 19.12.2003 – 10 O 387/01.

⁵³⁸ *BGH*, NJW 1988, 1378, 1380.

(1) Äußerungen des Herstellers/Händlers

Wann eine „öffentliche Äußerung“ im EDV-Vertrieb bejaht werden kann, ist abstrakt schwierig zu beantworten; letztendlich hängt dies vom Einzelfall ab. Man wird allenfalls sagen können, dass eine solche Äußerung wahrscheinlich enthalten ist in **verbindlichen Aussagen im Pflichtenheft**, eindeutigen technischen Aussagen des Händlers (insbesondere zur Kompatibilität)⁵³⁹ oder in **Aussagen eines Verkäufers**, der als Sachverständiger fungiert und insofern besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt. Eine Erklärung, wonach der Käufer einer EDV-Anlage ein Gerät auf dem neuesten technischen Stand erwerbe, ist anders als nach alter Rechtsprechung des *BGH*⁵⁴⁰ gewährleistungsrechtlich verbindlich.

Die Zurechnung erfolgt nicht bei allen Äußerungen beteiligter Verkehrskreise. Entscheidend sind vielmehr **Aussagen des Herstellers**,⁵⁴¹ **sowie des Händlers selbst**. Aussagen anderer Händler werden dem Softwareverkäufer nicht zugerechnet. Schwierigkeiten macht im Softwarebereich vor allem die Bestimmung des Begriffs Hersteller. Software ist kein Produkt maschineller Warenfertigung; es fällt daher schwer, bei komplexeren DV-Produkten den Hersteller zu benennen. Für Windows XP sitzt der Hersteller (Microsoft Inc.) in Richmond/USA. Es finden sich aber kaum Aussagen der Microsoft-Zentrale, die unmittelbar für den deutschen Markt bestimmt sind. Das Werbekonzept für den deutschen Markt stammt aus der deutschen Microsoft-Niederlassung.

(2) Ausschlussgründe

Werbeaussagen haben keine gewährleistungsrechtliche Wirkung, wenn der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste. Irrelevant sind sie schließlich auch, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnten.

gg) Montage

Ein Mangel ist auch gegeben, wenn **die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß** durchgeführt worden ist (§ 434 Abs. 2 BGB). Der Bereich der Montage ist im Softwaresektor sehr relevant. Umfasst sind hiervon auch die Installation der Software, sowie die Einrichtung des DV-Systems. Die Montageleistung muss vertraglich vereinbart worden sein, dass der Händler rein tatsächlich bei der Installation behilflich ist, reicht nicht aus. Auch spielt es nach dem Gesetzeswortlaut keine Rolle, ob die

⁵³⁹ Siehe zur mangelnden Kompatibilität auch *OLG Köln*, CR 1992, 468; *OLG Saarbrücken*, CR 1990, 713; *LG Baden-Baden*, CR 1994, 288; *LG Stuttgart*, CR 1986, 382; *AG Ulm*, CR 1995, 407.

⁵⁴⁰ *BGH*, CR 1996, 402 m. Anm. *Heussen*.

⁵⁴¹ *OLG München*, NJW-RR 2005, 494; *OLG München*, NZV 2005, 309.

Montage als Teil des Kaufvertrages oder unabhängig davon in einem separaten (Werk-)Vertrag vorgesehen worden ist.

hh) Montageanleitungen

Schließlich liegt ein Mangel auch bei **mangelhaften Montageanleitungen** vor (§ 434 Abs. 2 Satz 2 BGB). Fraglich ist, ob Installationsanleitungen im DV-Sektor unter § 434 Abs. 2 BGB subsumiert werden können. Die Begründung zum Regierungsentwurf der Schuldrechtsreform erwähnt als Montage auch die fehlerhafte Installation;⁵⁴² insofern dürften auch fehlerhafte Installationsanleitungen Gewährleistungsrechte auslösen. Ist die Installation trotz der falschen Anleitung erfolgreich, liegt kein Mangel vor.

2. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 HGB

Nach § 377 HGB hat ein Kaufmann die von ihm gekauften Waren **unverzüglich auf Mängel zu untersuchen und erkennbare Mängel unverzüglich zu rügen**. Tauchen Mängel später auf, muss die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden. Kommt der Käufer dieser Pflicht nicht nach, so gilt die Ware als genehmigt.

Der kaufmännische Anwender muss bestellte Software daher unverzüglich am Ablieferungsort im Rahmen des zweckmäßigen Geschäftsgangs untersuchen und erkennbare Mängel sofort dem Verkäufer gegenüber anzeigen. Darüber hinaus sind verborgene Mängel nach ihrer Entdeckung unverzüglich anzuzeigen. Der zeitliche Rahmen der Untersuchungs- und Rügepflicht hängt vom Einzelfall ab. Nichtfachleute haben eine längere Probezeit zur Verfügung.⁵⁴³ Bei offenen, überprüfbaren Mängeln eines PCs (hier fehlende IBM-Kompatibilität) kann die Frist kürzer als elf Tage sein.⁵⁴⁴ Für die Rüge ist eine Beschreibung der Programmfehler nicht erforderlich; es reicht, wenn die mangelhafte Wirkung des Programms für die einzelnen Arbeitsabläufe dargelegt wird.⁵⁴⁵ Allerdings ist zu beachten, dass die Rügefrist erst mit vollständiger Ablieferung der Software einschließlich ihrer Installation beginnt. Soll ein Gesamtsystem von Hardware und Software geliefert werden, so läuft die Frist erst mit der kompletten Lieferung und Installation des Gesamtsystems.⁵⁴⁶

Zu den Rügepflichten für Kaufleute kommen **allgemeine Rügeobliegenheiten** für jedermann hinzu. Nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB kann der Käufer ohne weiteres bei mangelhafter Sache

⁵⁴² BT-Drs. 14/6040, 215.

⁵⁴³ RGZ 59, 75.

⁵⁴⁴ OLG München, CR 1991, 19.

⁵⁴⁵ BGH, CR 1986, 79; OLG Köln, CR 1988, 726; vgl. auch Rehmann, CR 1990, 575.

⁵⁴⁶ BGH, WM 1990, 2000.

Nacherfüllung verlangen. Rechte auf Rücktritt, Minderung und Schadensersatz entstehen jedoch erst nach erfolglosem Ablauf einer Nachfrist. Dies ergibt sich für den Rücktritt aus dem Verweis in § 439 Nr. 2 BGB auf § 323 Abs. 1 BGB, wonach der Rücktritt an den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gekoppelt ist.

3. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels

Nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, wenn er beim Vertragsschluss **die Mängel der gekauften Sache kennt**. Auch verliert er seine Rechte, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Gerade diese Voraussetzung ist bei größeren EDV-Projekten von Bedeutung (sofern in einem solchen Fall nicht ohnehin Werkvertragsrecht Anwendung findet): Hier werden oft Fehler während der Installations- und Schulungsphase offenbar, die dem Anwender eigentlich schon beim Vertragsschluss hätten klar sein müssen. Dies kann zur Folge haben, dass der Käufer seine Gewährleistungsrechte insoweit nach § 442 BGB verliert.⁵⁴⁷ Dagegen knüpft die Beweislast an die Übergabe der Kaufsache an, so dass der Verkäufer bis zu diesem Zeitpunkt die Beweislast für die Fehlerfreiheit trägt, ab diesem Zeitpunkt jedoch die Beweislast auf den Käufer überwälzen kann (§ 363 BGB).

Ein besonderes Problem liegt in dem **Verhältnis zwischen den Gewährleistungsregeln und vorvertraglichen Aufklärungspflichten**. Würde man in einem zu großen Ausmaß vorvertragliche Aufklärungspflichten im Kaufvertragsrecht bejahen, könnte es zu einer Umgehung des klaren Regimes des Gewährleistungsrechts kommen. Dieses knüpft zum Beispiel die Verjährung, anders als das Schadensersatzrecht, an die Ablieferung an, unabhängig von der Kenntnis des Käufers. § 442 Abs. 1 BGB schließt Gewährleistungsansprüche für grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers aus, was wiederum mit dem Leitgedanken des Schadensersatzrechts nicht vereinbar wäre. Im Übrigen wäre die Gefahr hoch, dass bei einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Vorrang der Nacherfüllung umgangen würde. Hier muss der Grundsatz gelten, dass Schadensersatzansprüche aus der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten dann nicht in Betracht kommen, wenn sich die Aufklärungspflichten auf fahrlässige Falschangaben über solche Umstände beziehen, die Gegenstand einer sachmängelbegründenden Vereinbarung sind.

⁵⁴⁷ OLG Naumburg, NJW 2004, 2022.

4. Verjährung (§ 438 BGB)

Nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB gilt bei Softwareüberlassungsverträgen für die Ansprüche auf Nachlieferung und Schadensersatz eine **Verjährungsfrist von zwei Jahren von der Ablieferung** an. Für Rücktritt und Minderung gelten § 438 Abs. 4 i.V.m. § 218 BGB. Diese Regelung verweist wiederum auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruches.

a) Der Begriff der „Ablieferung“

Die Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform versuchte zugunsten des Anwenders die Verjährungsfrist möglichst auszudehnen. Dies wurde dadurch bewirkt, dass der Zeitpunkt der „Ablieferung“ weit hinausgezogen wurde und dadurch die Verjährungsfrist erst sehr spät, zum Teil sogar nie zu laufen begann.⁵⁴⁸ Mit der Schuldrechtsreform sollte diese Rechtsprechung modifiziert werden. Die Notwendigkeit, die Verjährungsfristen künstlich durch eine extensive Auslegung des Begriffs „Ablieferung“ zu verlängern, besteht nicht mehr. Die Verjährungsfristen sind nunmehr angemessen lang. Dies spricht für einen Gleichlauf von Übergabe und Ablieferung. Allerdings ist zu beachten, dass § 438 Abs. 2 BGB zwischen der „Übergabe“ (bei Grundstücken) und der „Ablieferung“ unterscheidet. Ähnlich wie in § 377 Abs. 1 HGB wird man auf den Zeitpunkt abstellen können, ab dem der Käufer die Sache so in seiner Gewalt hat, dass er sie untersuchen kann.⁵⁴⁹ Entscheidend ist damit die rein tatsächliche Verfügungsmöglichkeit des Käufers über die Sache.⁵⁵⁰

b) Verjährungshemmung

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB kann der Käufer die Verjährung hemmen, wenn er eine gerichtliche **Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises** beantragt. Tatsächlich wird in der Praxis meist übersehen, dass die Zivilprozessordnung für die Sicherung schwieriger Beweise ein gesondertes Verfahren anbietet (§§ 485 ff. ZPO). Ein solch vorgezogenes Beweissicherungsverfahren bietet sich vor allem an,

- wenn der Anwender mangelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen will,

⁵⁴⁸ *OLG Köln*, NJW-RR 1992, 1327 = CR 1992, 153; ähnlich auch *OLG Düsseldorf*, ZIP 1989, 580, 582; vgl. auch *BGH*, NJW 1990, 1290; *OLG Hamm*, NJW 1989, 1041 = CR 1992, 335; *OLG München*, CR 1991, 19 und 609; *OLG Düsseldorf*, CR 1991, 154; *OLG Düsseldorf*, CR 1990, 122; *OLG Saarbrücken*, CR 1990, 713; *OLG Bremen*, BB 1991, Beil. 7 S. 2 = CR 1991, 673; *OLG Köln*, CR 1995, 605, 605; *OLG Celle*, CR 1996, 538, 539; *OLG Hamburg*, CR 1997, 87 Leitsatz.

⁵⁴⁹ So schon *BGH*, NJW 1961, 730.

⁵⁵⁰ *BGH*, NJW 1985, 1333, 1334.

- wenn bestimmte, selten auftretende Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können,
- wenn der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können,
- wenn der Anwender möglichst schnell Gewissheit über die Fehlerhaftigkeit haben will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzulegen.

Der Lauf der Verjährungsfrist ist auch gehemmt bei **Zustellung eines Mahnbescheides** (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Will der Anwender daher seinen Kaufpreis teilweise zurückerstattet haben, so kann er bei dem für ihn zuständigen Amtsgericht gegen den Verkäufer einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides stellen. Nicht zulässig ist allerdings die Stellung eines solchen Antrages wegen der Rückzahlung des gesamten Kaufpreises (Wandelung). Denn dieser Anspruch besteht nur dann, wenn der Käufer seinerseits auch die mangelbehaftete Software zurückgibt; für solche sog. Zug-um-Zug-Ansprüche ist das Mahnverfahren aber nicht statthaft (§ 688 Abs. 2 ZPO). Insoweit muss rechtzeitig Klage erhoben werden.

Im Übrigen kann der Käufer einer mangelbehafteten Sache auch **Klage gegen den Verkäufer** erheben und dadurch die Verjährung hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Ferner ist die Verjährung gehemmt, solange der Verkäufer mit der Nachlieferung eines mängelfreien Programms oder mit der Nachbesserung der mangelbehafteten Software beschäftigt ist.⁵⁵¹

Eine Hemmung tritt auch ein, solange noch Verhandlungen über die Gewährleistung laufen (§ 203 BGB). Ein Schweben der Verhandlungen liegt solange vor, wie der Gläubiger davon ausgeht, dass der Schuldner die Leistung nicht endgültig verweigert.⁵⁵² Die Hemmung endet auch, wenn nach Treu und Glauben damit zu rechnen ist, dass die Gewährleistungsversuche keinen Fortschritt mehr haben.⁵⁵³ Verjährungshemmende Verhandlungen über den Anspruch i.S.v. § 203 BGB setzen nicht voraus, dass die Verhandlungen darauf abzielen, die Ansprüche zu realisieren. Vielmehr kann es im Einzelfall genügen, wenn sich der Anspruchsinhaber Ansprüchen berührt, um seine Verhandlungsposition in Bezug auf ein anderes Interesse zu stärken.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ BGHZ 39, 287, 292 = NJW 1963, 1452; BGH, NJW 1973, 698, 699; MüKoBGB/Westermann, § 477 Rz. 18. Eine schlüssige Begründung ist nicht erforderlich; BGH, NJW-RR 1996, 1409.

⁵⁵² BGHZ 93, 66; BGH, NJW 1998, 2820.

⁵⁵³ BGH, NJW 1986, 1338.

⁵⁵⁴ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 14.1.2014 – 4 W 40/13.

Ob Mängelbeseitigungsmaßnahmen oder -versuche des Verkäufers nur zu einer Hemmung oder zum Neubeginn der Verjährung der Mängelansprüche des Käufers führen, hängt davon ab, ob die betreffenden Maßnahmen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als konkludentes Anerkenntnis der Mängelbeseitigungspflicht des Verkäufers anzusehen sind. Das ist keineswegs regelmäßig, sondern nur dann anzunehmen, wenn der Verkäufer aus der Sicht des Käufers nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein. Erheblich sind hierbei vor allem der Umfang, die Dauer und die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten.⁵⁵⁵

c) Vereinbarung über die Verjährung

Letztendlich kann das Problem der Verjährung auch **vertraglich geregelt** werden (§ 202 BGB).⁵⁵⁶ Dabei ist sowohl eine Verkürzung als auch eine Verlängerung der Frist individualvertraglich zulässig. Probleme wirft allerdings eine Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist auf, die über Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgenommen wird. Beim Verbrauchsgüterkauf ist eine solche Verkürzung unzulässig (§ 475 Abs. 2 BGB); im B2B-Bereich ist die Frist auf ein Jahr reduzierbar.

5. Rechtsfolgen

a) Einzelne Gewährleistungsrechte

Der Käufer von Software hat **mehrere, untereinander abgestufte Rechte** (§ 437 BGB). Er hat primär einen **Nacherfüllungsanspruch** (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB). Verlangt der Käufer Nacherfüllung, kommt der Verkäufer sofort in Verzug, da das Nacherfüllungsverlangen als Mahnung anzusehen ist. Auf den erfolglosen Ablauf einer angemessenen **Nachfrist** hin kann der Käufer den Rücktritt erklären, Minderung und/oder Schadensersatz verlangen.

aa) Nacherfüllung

Die Nacherfüllung spielt im Bereich der Standardsoftware kaum eine Rolle. Denn hier gibt es bei Programmierfehlern keine mangelfreie Ware. Stattdessen ist davon auszugehen, dass der Lieferant nicht mehr zur Erfüllung des Vertrages in der Lage ist. Insofern liegt eigentlich ein Fall des **subjektiven Unvermögens** vor. Die Nacherfüllungspflicht würde dann ersatzlos entfallen und der Käufer stattdessen nur Rücktritt und Minderung verlangen können. Denkbar

⁵⁵⁵ *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 07.11.2013 - 5 U 5/13

⁵⁵⁶ Siehe dazu etwa die EVB-IT und dazu *Feil/Leitzen*, CR 2002, 407 ff.

wäre aber auch eine wirtschaftliche Betrachtung. Hiernach kann der Kunde in solchen Fällen nicht den Anspruch auf Reparatur, sondern auf Lieferung eines neuen Programmstandes verlangen. Abgestellt wird auf § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB („ohne erhebliche Nachteile“). Daraus soll sich auch eine Pflicht des Kunden zur Übernahme der neuen Releases ergeben, wobei er für zusätzliche Funktionalitäten nach dem Muster „neu für alt“ zu zahlen hat.⁵⁵⁷

§ 439 Abs. 4 BGB sieht mit Verweis auf § 346 Abs. 1 BGB vor, dass der Käufer, der Nacherfüllung im Wege der Neulieferung verlangt, **Ersatz für tatsächlich aus dem Gebrauch der mangelhaften Sache gezogene Nutzungen** zu leisten hat. Gerade für Software ist diese Regelung wichtig, denn es kommt dort häufig vor, dass der Softwareanwender die mangelhafte Software trotz ihrer Fehlerhaftigkeit eine Zeitlang nutzen konnte. Die Pflicht zum Ersatz des Nutzungsausfalls wurde auch ausdrücklich vom Bundestag bejaht, der sich eingehend mit der Richtlinienkonformität einer solchen Regelung auseinandergesetzt und diese bejaht hat.⁵⁵⁸ Allerdings wird die Vorschrift auch kritisiert. Hingewiesen wird darauf, dass die bereits gezogenen Nutzungen wegen der Aufrechterhaltung des Kaufvertrags mit dem Kaufpreis abgegolten sind, den der Verkäufer für die Zeit bis zur Nachlieferung ja seinerseits auch nicht verzinsen muss. Im Übrigen betont die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dass die Nacherfüllung „unentgeltlich“ zu erfolgen hat (Art. 3 Abs. 2, 3). Den beachtlichen Bedenken haben das *OLG Nürnberg*⁵⁵⁹ und das *LG Nürnberg-Fürth* durch eine teleologische Reduktion der Norm Rechnung getragen,⁵⁶⁰ indem sie einen Anspruch auf Nutzungsersatz unter Berufung auf den Wortlaut der Regelung verneint haben (in § 439 Abs. 4 BGB sei nur von „Rückgewähr“ die Rede). Der *BGH* hat allerdings die Möglichkeit verneint, die gesetzliche Regelung des § 439 Abs. 4 BGB im Sinne des *OLG Nürnberg* im Wege der Auslegung zu korrigieren. Gleichzeitig hat der *BGH* Zweifel, ob die Vorschrift mit dieser verbraucherfeindlichen Konsequenz den Vorgaben der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entspricht. Art. 3 Abs. 2–4 dieser Richtlinie sehen vor, dass die Ersatzlieferung unentgeltlich sein muss. Der *BGH* hat deshalb nach Art. 267 AEUV das Verfahren ausgesetzt und dem *EuGH* zur Vorabentscheidung der Rechtsfrage vorgelegt.⁵⁶¹

Im Rahmen der Rechtsfolgen ist auch die Frage der **Erheblichkeit von Mängeln** zu prüfen. Diese Frage spielt in der Softwarebranche eine wichtige Rolle. Denn zahlreiche Softwarepro-

⁵⁵⁷ So *Bartsch*, CR 2001, 649, 654.

⁵⁵⁸ BT-Drs. 14/6040 S. 232 ff.

⁵⁵⁹ *OLG Nürnberg*, ZIP 2005, 1831. Ähnlich auch *Gsell*, NJW 2003, 1969 ff.; *Rott*, BB 2004, 2478 ff. und *Woitkewitsch*, VuR 2005, 1 ff.

⁵⁶⁰ *LG Nürnberg-Fürth*, NJW 2005, 2558.

⁵⁶¹ *BGH*, JuS 2007, 182 m. Anm. *Faust* = NJW 2006, 3200 m. Anm. *Lorenz*.

dukte haben kleinere „bugs“, die verschiedenen Fehlerkonstellationen können bei keinem Produkt ausgetestet werden. Früher war die Erheblichkeitsschwelle ein Kriterium auf der Tatbestandsseite; unerhebliche Mängel schlossen Gewährleistungsrechte generell aus (siehe § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.). Bagatellmängel sind nach der Schuldrechtsreform eine Fragestellung auf der Rechtsfolgenseite. Der Nacherfüllungsanspruch wird durch § 439 Abs. 3 BGB dadurch beschränkt, dass der Verkäufer die Nacherfüllung bei unverhältnismäßigen Kosten verweigern kann. Das Rücktrittsrecht besteht nach § 323 Abs. 4 Satz 2 BGB bei Unerheblichkeit der Pflichtverletzung nicht. Bei § 439 Abs. 3 BGB ist jedoch das besondere Wertverhältnis zu beachten. Zu den Aufwendungen i.S.v. § 439 Abs. 3 BGB zählen auch die Kosten, die nur deshalb anfallen, weil der Käufer Veränderungen der Kaufsache, die in Zusammenhang mit deren vertragsgemäßen Verwendung stehen, vorgenommen hat.⁵⁶² Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten kann sich nur aus dem Vergleich mit dem Wert der vertraglich geschuldeten Software für den Käufer ergeben.⁵⁶³ Die Bezugnahme des Gesetzes auf den „Wert der Sache in mangelfreiem Zustand“ und „die Bedeutung des Mangels“ (§ 439 Abs. 3 Satz 2 BGB) macht deutlich, dass sich die Unverhältnismäßigkeit der Kosten nach dem Verhältnis der Nacherfüllungskosten nicht etwa zum Kaufpreis, sondern zum Wert der Software, genauer zu der durch die Nacherfüllung zu erzielenden Werterhöhung bestimmt.⁵⁶⁴

In der Nacherfüllungsphase hat der Käufer **keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Ersatzvornahme** (etwa aus § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB analog).⁵⁶⁵ Die Ersatzvornahme ist ein Instrument des Werkvertragsrechts, das nicht unbesehen in das Kaufvertragsrecht hineingelesen werden kann.

bb) Rücktritt und Minderung

Schlägt die Nacherfüllung fehl, kann der **Anwender vom Vertrag zurücktreten oder Minderung verlangen**. Für all diese Ansprüche ist eine Nachfristsetzung notwendig; dem Softwarehändler ist die Chance zu geben, im Wege der zweiten Andienung seine Pflicht zur Nacherfüllung umzusetzen.⁵⁶⁶ Eine den Anforderungen des § 323 Abs. 1 BGB genügende

⁵⁶² *Terrahe*, VersR 2004, 680 ff.; zur alten Rechtslage vgl. BGHZ 87, 104 = MDR 1983, 660 = NJW 1983, 1479 – Dachziegelfall.

⁵⁶³ *OLG Braunschweig*, NJW 2003, 1053; *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2121.

⁵⁶⁴ *OLG Karlsruhe*, MDR 2005, 135 = ZGS 2004, 432.

⁵⁶⁵ *BGH*, Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837; *BGH*, NJW 2005, 1348 = BB 2005, 909; ebenso *OLG Celle*, NJOZ 2005, 2025; *LG Aachen*, DAR 2004, 452, 453; *AG Kempen*, ZGS 2003, 397; a.A. *Lorenz*, ZGS 2003, 398; *Ebert*, NJW 2004, 1761, 1763.

⁵⁶⁶ *BGH*, NJW 2005, 1348 = BB 2005, 909.

Fristsetzung liegt dann vor, wenn der Schuldner zur Erbringung der vertraglichen Leistung innerhalb eines nach den Umständen angemessenen Zeitraums aufgefordert worden ist.

Eine den Anforderungen des § 323 Abs. 1 BGB genügende Fristsetzung liegt folglich nur dann vor, wenn der Schuldner zur Erbringung der vertraglichen Leistung innerhalb eines nach den Umständen angemessenen Zeitraums aufgefordert worden ist. Zwar muss der Gläubiger nach dem geänderten Gesetzeswortlaut (ebenso wie im Falle des § 281 BGB) mit der Leistungsaufforderung nicht notwendigerweise eine Ablehnungsandrohung i.S. des bisher geltenden Rechts (§ 323 Abs. 1 BGB a.F.) verbinden. Angesichts der für das weitere Schicksal des Vertrages sich daraus möglicherweise ergebenden Konsequenzen muss der Gläubiger gegenüber dem Vertragsgegner aber unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass jener mit der Aufforderung **eine letzte Gelegenheit zur Erbringung der vertraglichen Leistung** erhält. Die Notwendigkeit einer klaren Willensäußerung des Käufers folgt auch aus der Systematik des Gewährleistungsrechts. Die Nacherfüllung stellt den primären Anspruch dar und ist zugleich der den weiteren Rechten des Käufers vorgeschaltete Rechtsbehelf. Es reicht nicht aus, dass der Käufer der Software oft unter der Hotline-Nummer beim Verkäufer angerufen und „die aufgeführten Mängel“ gerügt hat.⁵⁶⁷

Die Fristsetzung ist unter den Voraussetzungen der §§ 440, 323 Abs. 2 BGB entbehrlich, wenn der Verkäufer seine allgemeinen vertraglichen Leistungspflichten ernsthaft und endgültig verweigert oder die **Nacherfüllung fehlgeschlagen** oder für den Käufer unzumutbar war (§ 440 Satz 1 BGB).⁵⁶⁸ Dies schließt eine entsprechende Zeitspanne, insbesondere bei Beachtung des Versandweges, ein. Die Tatsache, dass das Gerät nur beim Hersteller repariert werden kann, führt nicht zur Unzumutbarkeit der Nacherfüllung.⁵⁶⁹ Ein Fehlschlagen der Nacherfüllung ist im Übrigen in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung zum früheren § 11 Nr. 10b AGBG bei objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit, Unzulänglichkeit, unberechtigter Verweigerung, ungebührlicher Verzögerung und bei misslungenen Versuch der Nachbesserung anzunehmen.⁵⁷⁰ Die neue Gesetzgebung hat diesen eingeführten Begriff mit der von der Rechtsprechung dazu vorgenommenen Auslegung übernommen.⁵⁷¹ Denkbar ist schließlich auch, demjenigen Verkäufer das Recht zur Nacherfüllung zu verweigern, der bei Kaufabschluss einen Mangel der Kaufsache arglistig verschwiegen hat.⁵⁷²

⁵⁶⁷ OLG Köln, NJOZ 2004, 556.

⁵⁶⁸ OLG Köln, ZGS 2003, 392 ff. = OLGR Köln 2003, 319.

⁵⁶⁹ AG Kempten, ZGS 2003, 440.

⁵⁷⁰ Vgl. BGH, NJW 1994, 1004 = WM 1994, 703; BGHZ 93, 29, 62, 63.

⁵⁷¹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 233 f.

⁵⁷² Vgl. zu dieser Überlegung: Schur, ZGS 2002, 243, 248.

Der Rücktritt ist nunmehr – anders als früher die Wandelung – ein **Gestaltungsrecht**. Die Rücktrittserklärung kann folglich nicht – etwa im Wege eines Wechsels zur Minderung – rückgängig gemacht werden. Allerdings kommt der Rücktritt überhaupt erst zum Tragen, wenn ein Mangel vorliegt; ohne Mangel geht die Rücktrittserklärung ins Leere. Im Falle des Rücktritts sind die vom Anwender gezogenen Nutzungen herauszugeben. Typischerweise wird der Wert der Nutzungen nach § 287 ZPO geschätzt. Die Schätzung orientiert sich am Kaufpreis, der voraussichtlichen Nutzungsdauer sowie der tatsächlichen Nutzung.⁵⁷³ Probleme bestehen auch bei einer **falsch berechneten Minderung**. Die Minderung ist als Gestaltungsrecht unwirksam, wenn der Anwender die Minderung der Höhe nach falsch kalkuliert.

Nimmt der Kunde statt des Rücktritts einen Widerruf nach Fernabsatzrecht (§ 355 BGB) vor, entlastet ihn dies grundsätzlich, was die Zahlung einer Nutzungsvergütung angeht. Allerdings ist auch fernabsatzrechtlich in bestimmten Ausnahmefällen eine Nutzungsgebühr zu zahlen. Der österreichische OGH⁵⁷⁴ hat hierzu entschieden, dass das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht dem Verbraucher die Möglichkeit geben soll, nach Erhalt des Erzeugnisses und dessen Überprüfung vom Vertrag zurücktreten zu können. Es dient als Korrektiv für unüberlegte Bestellungen, zu denen der Verbraucher mittels entsprechender Werbe- und Marketingmaßnahmen verleitet wurde. Der Verbraucher im Fernabsatz soll einem Käufer, der die Ware vor Vertragsabschluss begutachten und überprüfen kann, im Ergebnis gleichgestellt werden. Nur der Widerruf ermöglicht dem Verbraucher, die Vorteile des Distanzvertriebs zu nutzen und sich dennoch in einer vergleichbaren Position zu sehen wie jemand, der den Vertragsgegenstand vor Vertragsschluss intensiv untersuchen kann. Ist ein Kaufvertrag im Fernabsatzweg zustande gekommen und hat der Käufer vor Erklärung des Widerrufs den der Abnutzung und Wertminderung unterliegenden Kaufgegenstand während der Rücktrittsfrist nicht nur begutachtet, sondern dermaßen extensiv in Gebrauch genommen (hier 43 Stunden), dass der Unternehmer den Kaufgegenstand nur mehr zu einem erheblich niedrigeren Kaufpreis „gebraucht“ weiterveräußern konnte, steht der Auferlegung eines angemessenen Nutzungsentgelts einschließlich einer Entschädigung für eine durch die Nutzung entstandene Minderung des gemeinen Werts nichts im Wege. Diese Norm steht nicht im Widerspruch zu Art 6 der „Fernabsatz-Richtlinie“.

⁵⁷³ OLG Koblenz, NJW-RR 1992, 690.

⁵⁷⁴ OGH, VuR 2006, 242.

cc) Aufwendungs- und Schadensersatz

Dem Käufer steht – auch neben Rücktritt und Minderung – ein Anspruch auf Schadens- und Aufwendungsersatz zu. Schwierig wird die Schadensersatzberechnung bei **nutzlosen Aufwendungen**. Gem. §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 Satz 1, 437 Nr. 3 BGB ist der Käufer so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn der Verkäufer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Insofern zählen die nutzlos gewordenen Aufwendungen nicht zu diesem Schadensersatz, da diese auch dann angefallen wären, wenn das Kaufobjekt mangelfrei gewesen wäre. Das Landgericht Bonn⁵⁷⁵ hat einen Anspruch auf Schadensersatz dennoch angenommen, weil solche nutzlosen Aufwendungen unter die Rentabilitätsvermutung fielen. Es handele sich um Aufwendungen zu materiellen Zwecken, bei denen man vermuten könne, dass sie sich letztendlich für den Aufwender rentiert hätten. Der Schaden liege dann in einem Verlust der vermuteten Kompensation. § 284 BGB sperre insofern den Rückgriff auf § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB und die Rentabilitätsvermutung nicht.

Denkbar ist es aber, zum Beispiel **Gutachterkosten** als Schadensersatz „neben“ der Leistung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB anzusehen, der neben dem Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB geltend gemacht werden kann. Wichtig ist es zu bedenken, dass § 284 BGB den Ersatz von Aufwendungen nicht neben dem Schadensersatz statt der Leistung zulässt, sondern nur anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung.

Nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird **das Verschulden vermutet**. Ohnehin wird bei Gattungsschulden wegen der damit verbundenen Übernahme des Mängelrisikos nach herrschender Meinung auf das Verschulden als Prüfungsvoraussetzung verzichtet.⁵⁷⁶

b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung

Ein weiteres Problem des EDV-Vertragsrechts betrifft die Frage, ob und wann der Anwender bei mangelhafter Software auch die Hardware an den Verkäufer zurückgeben kann: Gibt es ein Gesamtabwicklungsrecht hinsichtlich Hard- und Software, auch wenn die Hardware in sich mangelfrei war? Liegt ein solches Recht auch vor, wenn Hardware und Software in verschiedenen Verträgen bzw. von verschiedenen Lieferanten verkauft worden sind? Grundsätzlich sind alle Teilleistungen als rechtlich selbständig einzustufen; insofern ist prinzipiell bei Fehlen einer Teilleistung nur eine teilweise Rückabwicklung möglich.

⁵⁷⁵ *LG Bonn*, NJW 2004, 74 = ZGS 2003, 477.

⁵⁷⁶ So *Canaris*, DB 2001, 1815; v. *Westphalen*, ZGS 2002, 154 ff.

aa) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB)

Ein Gesamtabwicklungsrecht ist zunächst dann denkbar, wenn Soft- und Hardware als **einheitliche Sache i.S.d. § 93 BGB** anzusehen sind. Das setzt voraus, dass Soft- und Hardware nicht voneinander getrennt werden können, ohne dass die eine oder andere zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird. Dabei ist nur auf die Verkehrsanschauung, nicht aber auf den Parteiwillen abzustellen.⁵⁷⁷

Die Voraussetzungen des § 93 BGB sind im Regelfall im Softwarebereich nicht gegeben: Während in den 60er und 70er Jahren Soft- und Hardware meist zusammen vertrieben worden ist (sog. Bundling), hat sich der Softwaremarkt heute weitestgehend vom Hardwaremarkt abgekoppelt (sog. **Unbundling**). Computerprogramme sind daher heutzutage nicht mehr an einem bestimmten Hardwaretypus gebunden. Vielmehr besteht dank des Windows- und UNIX-Standards die Möglichkeit, Software auf verschiedensten Rechnern einzusetzen. Insofern bilden Computerprogramme und Hardware in der heutigen Zeit keine untrennbare Einheit mehr. Kauft jemand einen PC nebst Software, liegt darin jedoch regelmäßig keine einheitliche Kaufsache.⁵⁷⁸ Nur in Ausnahmefällen bilden Hard- und Software eine Gesamteinheit; hierzu zählen die Verwendung nicht Windows- oder UNIX-kompatibler „Exoten“-Hardware oder das ROM-BIOS sowie Betriebssysteme bei Großrechnern.⁵⁷⁹

bb) Gesamtrücktritt und Teilleistungen

Die frühere Regelung zur Gesamtwandelung⁵⁸⁰ ist entfallen. An ihre Stelle ist jedoch **nicht § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB** getreten.⁵⁸¹ Hiernach kann der Gläubiger bei Teilleistungen vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Diese Regelung gilt nur dann, wenn der Schuldner Teilleistungen nicht vollständig erbracht hat; bei der hier zu prüfenden Konstellation hat der Verkäufer aber Hard- und Software geliefert. Der Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsreform stattdessen gewollt, dass der Gläubiger bei einer nur teilweise schlechten Leistung **vom gesamten Vertrag zurücktreten** kann.⁵⁸² Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB).

⁵⁷⁷ Vgl. allgemein BGHZ 36, 50; Palandt/Heinrichs, § 93 Anm. 3.

⁵⁷⁸ OLG Düsseldorf, CR 2000, 350; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 1223.

⁵⁷⁹ Vgl. BGH, CR 1988, 129.

⁵⁸⁰ § 469 BGB a.F. BGB.

⁵⁸¹ So schon zu Recht Koch, CR 2001, 569, 572 f.

⁵⁸² Siehe auch BT-Drs. 14/6040, 187.

Allerdings lässt sich gerade aus letzterer Regelung auch eine Lösung des Problems ableiten, die den Grundgedanken der alten Regelung des § 469 BGB aufgreift. So kommt ein Rücktritt nach § 323 BGB überhaupt nur in Betracht, wenn es um einen Vertrag mit Teilleistungen geht. Liegen zwei Verträge vor, so ist jeder separat und unabhängig vom anderen in Bezug auf Rücktrittsrechte zu prüfen. Daher ist als erstes zu klären, ob ein **Vertrag über Teilleistungen** vorliegt. Dann ist als Zweites die **Unerheblichkeit** nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB zu erörtern. Diese Frage lässt sich nur dann klären, wenn man die **Nachteile für den Gläubiger** betrachtet. Damit sind beide Elemente des alten § 469 BGB in § 323 BGB integriert. Nur die Grundweichenstellung bleibt unterschiedlich. Das alte BGB ging von der Einzelwandelung als Grundsatz aus; die Gesamtwandelung war der Ausnahmefall.⁵⁸³ Das BGB geht in seiner jetzigen Fassung hingegen vom **Grundsatz des Gesamtrücktritts** aus.⁵⁸⁴

(1) Vertrag über Teilleistungen

Die Regelung setzt einen **einzelnen Vertrag über mehrere Teilleistungen** voraus. Ob ein solcher Vertrag vorliegt, kann m.E. unter Berücksichtigung von § 469 Satz 2 BGB a.F. geklärt werden. Denn schon nach dem alten BGB kam es entscheidend darauf an, dass Hardware und Software „**als zusammengehörend verkauft**“ worden sind. Eine solche Zusammengehörigkeit liegt vor, „wenn die Parteien den Kauf nur in der durch den gemeinschaftlichen Zweck der Sachen hergestellten Verbindung abschließen wollen, so dass die Sachen dazu bestimmt erscheinen, zusammenzubleiben“.⁵⁸⁵ Keine Probleme ergeben sich hier, wenn beide Komponenten von einer Hand in einem Vertrag verkauft worden sind; wie der **BGH** bereits in seiner **Entscheidung vom 4.11.1987** betont hat, kann hier von einer Zusammengehörigkeit ausgegangen werden.⁵⁸⁶ Der Umstand, dass eine einheitliche Vertragsurkunde vorliegt, spricht für die Vermutung der Einheitlichkeit.⁵⁸⁷

In der Zwischenzeit steht auch fest, dass der Anwender auch dann hinsichtlich Hard- und Software wandeln kann, wenn diese im Rahmen unterschiedlicher Verträge, aber von einer Hand erworben worden sind. Zwar stelle „das äußere Bild der getrennten Urkunden“ ein Indiz für getrennte Verträge dar.⁵⁸⁸ Dieses Indiz könne aber z.B. dadurch entkräftet werden, dass Hard- und Software nach dem Willen der Parteien als Gesamtsystem aufeinander abgestimmt

⁵⁸³ Siehe *OLG Köln*, CR 2000, 354 = ZUM-RD 2000, 488.

⁵⁸⁴ *Koch*, CR 2001, 569, 572 f.

⁵⁸⁵ *OLG München*, CR 1987, 506.

⁵⁸⁶ *BGH*, NJW 1988, 406 = DB 1988, 105 = BB 1988, 20.

⁵⁸⁷ *BGH*, NJW 1987, 2004 ff., vgl. auch *OLG Köln*, Urt. v. 11.1.2013 – 19 U 81/07; *OLG Köln*, Beschl. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12, m. w. N.

⁵⁸⁸ *OLG Köln*, Urt. v. 29.1.1981, zit. n. *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, Band 1, München 1983, K/M-11.

und als einheitliches Paket verkauft worden sind.⁵⁸⁹ Es komme darauf an, ob die verschiedenen Vereinbarungen rechtlich miteinander „stehen und fallen“ sollen.⁵⁹⁰ Das *OLG München* hat einen solchen Fall zum Beispiel bejaht, wenn Hard- und Software zur Bewältigung bestimmter Aufgaben eingesetzt werden.⁵⁹¹ Für die Vertragseinheit soll auch sprechen, dass die Software nach den AGB nur auf der erworbenen Hardware laufen darf.⁵⁹² § 469 Satz 2 BGB wurde auch angewandt, wenn der Lieferant die Software auf der von ihm gelieferten Hardware installieren sollte. Ähnliches gilt, wenn die bezogenen Geräte der Umstellung eines Betriebsablaufs dienen.⁵⁹³

Schwierigkeiten tauchen jedoch auf, wenn es sich bei dem Lieferanten des Computers und dem der Software um verschiedene Personen handelt; die Rechtsprechung hierzu ist noch im Fluss. Greift man hier auf die **Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf** zurück, so ist die erforderliche wirtschaftliche Einheit nur dann zu bejahen, wenn „über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus die beiden Geschäfte miteinander derart verbunden sind, das keines ohne das andere geschlossen worden wäre oder jeder der Verträge seinen Sinn erst durch das andere erhält“.⁵⁹⁴ Am sinnvollsten ist hier eine **ausdrückliche Verknüpfung der Hard- und Softwareverträge**, da ansonsten die Zusammengehörigkeit nur schwer nachgewiesen werden kann.⁵⁹⁵ Zum Teil wird es auch für ausreichend erachtet, dass die Parteien bei den Verkaufsgesprächen vom Kauf einer einheitlichen Computeranlage ausgegangen sind.⁵⁹⁶ Der *BGH* betont in diesem Zusammenhang, dass es dem Erwerber erkennbar gerade auf einheitliche Lieferung bzw. Herstellung der Hard- und Software ankommen müsse; Hard- und Software müssten aus seiner Sicht als eine „Gesamtlösung seiner Probleme“ erscheinen.⁵⁹⁷ Die bloße Tatsache, dass Soft- und Hardwarevertrag zeitlich gleichzeitig abgeschlossen worden sind, reicht jedoch nicht aus.⁵⁹⁸ Im Wege des Einwendungsdurchgriffs ist ein einheitliches Vertragsverhältnis auch bei Verschiedenheit der Vertragspartner anzunehmen, wenn der Kunde nicht auf eigene Initiative verschiedene Verträge abschließt, durch Zusammenwirken ein Komplettsystem geliefert wird, die Software nur auf eine bestimmte Hardware eingesetzt

⁵⁸⁹ *OLG Stuttgart*, CR 1988, 296 = IuR 1987, 61; *OLG Hamm*, CR 1988, 297; *OLG Düsseldorf*, CR 2000, 350, 351; *LG Augsburg*, CR 1989, 22; *LG München I*, CR 1987, 364; *AG Karlsruhe*, CR 2002, 11, 13; vgl. *Zahrnt*, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, S. 116 ff. m.w.N.

⁵⁹⁰ So der *BGH*, NJW 1987, 2004.

⁵⁹¹ *OLG München*, CR 1990, 640.

⁵⁹² *OLG München*, CR 1990, 640; Wirksamkeit der Klausel allerdings streitig.

⁵⁹³ *OLG Köln*, CR 1991, 154, 156.

⁵⁹⁴ BGHZ 91, 9, 11.

⁵⁹⁵ *OLG Frankfurt*, CR 1987, 769; vgl. auch *BGH*, CR 1987, 358.

⁵⁹⁶ *OLG Stuttgart*, CR 1988, 296.

⁵⁹⁷ *BGH*, NJW 1990, 3012.

⁵⁹⁸ *OLG München*, CR 1988, 130.

werden soll, der Eindruck erweckt wird, als stünde dem Kunden nur ein Vertragspartner gegenüber, ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang der Lieferungen besteht und der zweite Vertragsschluss vom ersten Lieferanten vermittelt wird.⁵⁹⁹

(2) Interessenwegfall

Weiterhin setzt § 323 Abs. 5 BGB voraus, dass der Gläubiger **an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse** hat. Auch hier lässt sich die Rechtsprechung zu § 469 Satz 2 BGB heranziehen, wonach Hard- und Software nicht ohne Nachteil voneinander getrennt werden können. Wann ein solcher Nachteil gegeben ist, ist in Literatur und Rechtsprechung äußerst streitig.⁶⁰⁰ Zum Teil wird auf § 139 BGB abgestellt.⁶⁰¹ Nach Auffassung des *BGH*⁶⁰² soll ein Nachteil insbesondere dann vorliegen, wenn die Beschaffung eines passenden Ersatzteils nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet. Solche Schwierigkeiten sollen u.a. dann gegeben sein, „wenn gleichwertige Spezialsoftware von anderen Lieferanten nur zu erheblich höheren Preisen oder nur zu unzumutbaren Lieferzeiten zu erhalten wäre“.⁶⁰³ Entscheidend ist, ob der Gläubiger kein Interesse mehr daran hat, die schon empfangene Teilleistung für eine entsprechend geminderte Gegenleistung zu erhalten, etwa weil seine konkreten Zwecke mit der Teilleistung auch nicht partiell verwirklicht werden können oder sich die fehlenden Teile nur mit erheblichem Aufwand beschaffen lassen. Das Interesse des Gläubigers muss durch die Teilung über die Entbehrung des vorenthaltenen Teils hinaus unverhältnismäßig beeinträchtigt sein.⁶⁰⁴ Ein vergleichbarer Fall ist dann gegeben, wenn die Installation des Ersatzprogrammes aufwendig ist oder das neue Programm eine völlig andere Struktur aufweist, so dass der Anwender sich neu in das Programm einarbeiten müsste.⁶⁰⁵ Der Wegfall des Interesses ist beim normalen Kauf eines handelsüblichen Computers und der Überlassung von Standardsoftware nicht zu bejahen.⁶⁰⁶ Anders liegt der Fall, wenn der Käufer PC, Monitor und Software „aus einer Hand“ erwirbt. Denn in einem solchen Fall würde der Käufer bei isolierter Rückabwicklung eines Vertrages die Vorteile des Kaufes aus einer Hand verlieren.⁶⁰⁷

⁵⁹⁹ *OLG Köln*, CR 2001, 224 = ITRB 2001, 129.

⁶⁰⁰ Vgl. *Jersch*, Jura 1988, 580, 584; *Ruppelt*, Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990, S. 99 f.; *Zahrnt*, BB 1984, 1007 ff.; *Zahrnt*, IuR 1986, 59 ff.; *Zahrnt*, BB 1988, 1687 ff.

⁶⁰¹ *OLG Köln*, Beschl. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12.

⁶⁰² Vgl. *BGH*, NJW 1988, 406; *BGH*, NJW 1990, 3011.

⁶⁰³ *BGH*, NJW 1990, 3013; ähnlich auch *OLG Köln*, BB 1989, Beil. 5, S. 9 Nr. 8; *OLG Oldenburg*, CR 1989, 107 m. Anm. *Ruppelt*; *Köhler*, CR 1987, 827, 834; *Mehring*, NJW 1988, 2438, 2441.

⁶⁰⁴ *OLG Köln*, Beschl. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12.

⁶⁰⁵ Vgl. *Ruppelt*, Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990, S. 100.

⁶⁰⁶ *BGH*, NJW 1987, 2004, 2008 = CR 1987, 358; *OLG Köln*, CR 2000, 354.

⁶⁰⁷ *OLG Düsseldorf*, CR 2000, 350, 351; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2000, 1223.

IV. Haftung

1. Haftung für Mängel im Kaufrecht

Das alte BGB sah nur in zwei Fällen die Möglichkeit vor, dass der Käufer statt Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen eines Mangels verlangen kann, nämlich beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 480 Abs. 2, 1. Alt BGB a.F) sowie beim arglistigen Verschweigen eines Fehlers (§ 480 Abs. 2, 2. Alt BGB a.F). Dies ist nunmehr grundlegend geändert worden. **Schadensersatz** gibt es nunmehr bei jedem verschuldeten Softwaremangel, **gleichrangig neben Rücktritt und Minderung** (§ 437 Nr. 3 BGB). Erforderlich ist allerdings der erfolglose Ablauf einer angemessenen Nachfrist (§§ 280, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB). Ist die Nacherfüllung unmöglich, ist eine Nachfristsetzung nicht notwendig; der Anspruch auf Schadensersatz leitet sich dann unmittelbar aus § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280, 283 oder § 311a BGB ab.⁶⁰⁸ Der Schadensersatzanspruch verjährt wie das Rücktritts- und Minderungsrecht binnen zwei Jahren ab Ablieferung der Software (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Macht der Käufer den Rücktritt geltend, kann er sich nicht auf einen Schadensersatzanspruch berufen; gleiches gilt umgekehrt.⁶⁰⁹

Eine Haftung kommt allerdings nur in Betracht, wenn der Käufer dem Verkäufer Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Hinblick auf den Mangel nachweisen kann (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine strenge Haftung kann sich allenfalls aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie, ergeben. Zeitlich kommt es regelmäßig auf die Erkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe an.⁶¹⁰

2. Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§ 280 Abs. 1 BGB)

a) Vorüberlegungen

Neben der Haftung für Softwaremängel ist die **Haftung wegen Pflichtverletzung** (§ 280 Abs. 1 BGB) von großer Bedeutung. Eine Vertragspartei muss selbst dann für Schäden aufkommen, wenn sie eine fehlerfreie Sache geliefert hat oder es gar nicht zum Abschluss eines Vertrages kam. Jede Nichterfüllung vertraglicher Nebenpflichten ist eine Pflichtverletzung

⁶⁰⁸ *BGH*, NJW 2005, 2855; siehe dazu auch *Lorenz*, NJW 2002, 2497, 2500 ff.

⁶⁰⁹ Arg. ex §§ 437 Nr. 3 i.V.m. 281 Abs. 1 BGB.

und führt zur Schadensersatzpflicht, soweit der Lieferant nicht nachweisen kann, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 BGB). Zusätzlich kann der Anwender bei jeder nicht unerheblichen Pflichtverletzung nach erfolgloser Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung verlangen (§ 281 Abs. 1 BGB) oder vom Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 1 BGB).

Die Rechtsprechung ging seit jeher davon aus, dass den Verkäufer/Unternehmer bereits im Vorfeld der Vertragsverhandlungen bestimmte Sorgfaltspflichten treffen und nannte dieses Rechtsinstitut „c.i.c.“. Nunmehr ist das Pflichtverhältnis zum Zeitpunkt der Vertragsanbahnung in § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB geregelt. Der Verkäufer muss demnach auch vor Vertragsschluss **Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des potentiellen Käufers** nehmen. Insbesondere treffen ihn damit Aufklärungspflichten in Bezug auf die Kaufsache. Erfüllt der Verkäufer gegenüber dem Besteller diese Pflichten schuldhaft nicht, so muss er für eintretende Schäden haften. Dieser Haftungstatbestand hilft nun gerade in vielen Gewährleistungsprozessen, falls ein Mangel nicht oder nur schwer nachweisbar ist. Allerdings treffen den Verkäufer im Fachhandel nur **Aufklärungspflichten** in Bezug auf die Eigenschaften, die er kennt oder kennen muss. Der Käufer kann deshalb grundsätzlich keine Aufklärung über ganz entfernt liegende Risiken erwarten, die allenfalls dem Hersteller der Ware auf Grund dessen überragender Sachkunde bekannt sind. Eine Pflicht zur Erkundigung beim Hersteller über die Eigenschaften des Kaufgegenstandes trifft den Verkäufer nur dann, wenn er auf Grund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Eignung der Ware für die vom Käufer beabsichtigte Verwendung hat oder haben muss.⁶¹¹ Der IT-Händler hat jedenfalls eine Pflicht zur Ermittlung der Wünsche und Erwartungen des Kunden; jede Unklarheit geht zu Lasten des Lieferanten.⁶¹² Den Händler trifft auch die Pflicht zum Hinweis auf Restriktionen für die Anwendung (hier: ungeeignete Hardware des Anwenders).⁶¹³ Zudem sind Hinweise auf mögliche Kapazitätsprobleme geschuldet.⁶¹⁴ Auch Pflichtenhefte sind Teil der Hinweispflicht – einschließlich des Angebots der Erstellung des Pflichtenheftes.⁶¹⁵

Die wirtschaftlichen Folgen der Verwirklichung eines solchen Risikos kann der Käufer im Regelfall auch nicht dadurch auf den Verkäufer abwälzen, dass er ihn um Beratung über den Kaufgegenstand bittet. Insoweit bleibt es vielmehr bei dem Grundsatz, dass – außerhalb der

⁶¹⁰ *BGH*, NJW 2005, 2855.

⁶¹¹ *BGHZ* 159, 215 = NJW 2004, 2301 = WM 2004, 1489.

⁶¹² *LG Arnsberg*, DV-Rechtsprechung Bd. 2, 99.

⁶¹³ *OLG Celle*, CR 1988, 305.

⁶¹⁴ *LG Köln*, CR 1987, 508.

⁶¹⁵ *OLG Stuttgart*, CR 1989, 600.

kaufrechtlichen Gewährleistung – **das Verwendungsrisiko beim Käufer liegt**. Gelingt dem Anwender der Nachweis, dass ihn der Lieferant fahrlässig vor Abschluss des Vertrages nicht richtig über vertragswesentliche Umstände informiert hat, so hat er mehrere Möglichkeiten. Er kann Rückgängigmachung des Vertrages verlangen,⁶¹⁶ Anspruch auf Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen geltend machen oder die Software behalten und den (ihm entgangenen) günstigeren Preis verlangen.⁶¹⁷

Dieser **Anspruch verjährt** ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis innerhalb von drei Jahren (§ 199 Abs. 1 BGB). Fehlt es an der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis, kommt es zur zehnjährigen Verjährung, sofern der Anspruch schon entstanden ist. Ist der Anspruch nicht entstanden, gilt eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab Begehung (§ 199 Abs. 3 BGB).

b) Abgrenzung zum selbständigen Beratungsvertrag

Besser sind die Rechte des Anwenders, wenn er mit dem Lieferanten neben dem Kauf-/Werkvertrag einen zusätzlichen Beratungsvertrag geschlossen hat (§ 676 BGB). Dabei bedarf es für einen solchen Vertrag keiner besonderen Vereinbarung oder gar eines schriftlichen Vertrages. Vielmehr ist nach Ansicht des *BGH*⁶¹⁸ ein solcher Auskunftsvertrag stillschweigend abgeschlossen, wenn eine Auskunft des Lieferanten **erkennbar von erheblicher Bedeutung** und Grundlage wichtiger Entscheidungen des Anwenders war. In einem solchen Fall kann der Anwender vollen Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB verlangen.

3. Haftung wegen der Verletzung von Vertragsdurchführungspflichten

Neben den vorvertraglichen Nebenpflichten kennt die Rechtsprechung auch eine Reihe vertraglicher Nebenpflichten, deren fahrlässige Nichteinhaltung seitens des Verkäufers/Unternehmers eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB auslöst.

Kommt der Lieferant oder Anwender diesen Pflichten fahrlässig⁶¹⁹ nicht nach und entsteht deshalb ein Schaden bei der anderen Vertragsseite, so kann diese Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Bei bestimmten Vertragstypen, zu denen auch der Kauf- und Werkvertrag gehört, findet nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB hinsicht-

⁶¹⁶ Vgl. *BGH*, NJW 1985, 1771 = WM 1985, 463 = BB 1985, 1561.

⁶¹⁷ *BGH*, NJW 1990, 1661; *BGH*, NJW-RR 1990, 1335.

⁶¹⁸ *BGH*, NJW 1989, 1029; *BGH*, NJW 1986, 181.

lich des Verschuldens eine **Beweislastumkehr** statt. So muss sich der Schuldner hinsichtlich seines Verschuldens entlasten, wenn entweder feststeht, dass er objektiv gegen die ihn treffenden Pflichten verstoßen hat und dadurch der behauptete Schaden entstanden ist⁶²⁰ oder die Ursache für den eingetretenen Schaden, vor dem er seinen Vertragspartner zu bewahren hat, zu den Pflichten des Unternehmers gehört hat, in dessen Herrschafts- und Verantwortungsbereich zu suchen ist.⁶²¹

Dabei verjähren die Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB in der allgemeinen Frist des § 199 BGB. Allerdings gilt eine kürzere (zweijährige) Verjährungsfrist gem. § 438 BGB analog, wenn die Schäden in unmittelbarem Zusammenhang mit Sachmängeln stehen.⁶²²

4. Haftung nach ProdHaftG

In Betracht kommt ferner eine Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG).⁶²³ Die Anwendung des Produkthaftungsgesetzes wird meist mit Berufung darauf abgelehnt, dass Software kein beweglicher Gegenstand und damit auch kein Produkt im Sinne des ProdHaftG sei. Das Produkthaftungsgesetz ist auf jeden Fall auch für **Standardsoftware** anwendbar, da diese eine bewegliche Sache i.S.d. § 90 BGB ist. Dieser Standpunkt entspricht sowohl der nationalen „*opinio communis*“⁶²⁴ als auch dem Stand der internationalen Produkthaftungsdiskussion.⁶²⁵

In Bezug auf **Individualsoftware** ist sich die bisherige Literatur nicht ganz einig. Für die Einbeziehung der Individualsoftware spricht, dass das ProdHaftG auch handwerkliche Produkte umfasst.⁶²⁶ So heißt es in der Begründung zum Schutz: „Ohne Bedeutung ist für die

⁶¹⁹ Die Darlegungs- und Beweislast für das Verschulden trägt gem. §§ 282, 285 BGB analog nicht der Kunde, sondern der Lieferant muss nachweisen, dass ihn keine Schuld an der Pflichtverletzung trifft.

⁶²⁰ BGHZ 42, 16, 18; 61, 118, 128; *BGH*, VersR 1980, 2024, 1028.

⁶²¹ Vgl. BGHZ 3, 162, 174; 67, 383, 397; *BGH*, NJW 1991, 1540, 1541.

⁶²² *BGH*, NJW 1990, 908; *BGH*, NJW 1989, 2119.

⁶²³ Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte v. 15.12.1989, BGBI. I, 2198.

⁶²⁴ Vgl. *Bartil*, Produkthaftung nach dem neuen EG-Recht ProdHaftG, Landsberg 1989, 142; *Taschner*, Produkthaftung, München 1986, 84; *Junker* (Fn. 27), Computerrecht, Rz. 478 ff.; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urt. des *BGH*, v. 4.11.1987, RdV 1988, 115, 119; *Hoeren*, Softwarehaftung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, in: Handbuch der modernen Datenverarbeitung, Heft 146/1989, 22, 30 f.; *Junker*, WM 1988, 1217 ff., 1249 ff.

⁶²⁵ So etwa *Stuurman*, Product liability for software in Europe. A discussion of the EC-directive of 25 July 1985, in: Vandenberghe (Hrsg.), Advanced Topics of Law and Information Technology, Deventer 1989, 110, 112 ff.; *Whittaker*, European Product Liability and Intellectual Products, in: LQR 105 (1989), 125, 138 ff.; *Bown*, Liability for Defective Software in the United Kingdom, in: Software Protection 1/1986, 1, 12; *Reed*, Product Liability for Software, in: Computer Law & Practice 4 (1988), 149 ff.; ähnlich für den Bereich des UCC *Aubrey's R.V. Ctr., Inc. v. Tandy Corp.*, 46 Wn. App. 595, 600, 731 P.2d 1124 (1987) (accepting agreement of parties that U.C.C. Article 2 applied to transaction involving defective software); *mAdvent Sys. Ltd. v. Unisys Corp.*, 925 F.2d 670, 675–76 (3d Cir. 1991) (holding that computer software falls within definition of a 'good' under U.C.C. Article 2).

⁶²⁶ So die Argumentation von *Junker*, Computerrecht, Rz. 480.

Qualifikation als Produkt die Herstellungsart. Neben der industriell gefertigten Sache werden damit z.B. auch handwerklich oder kunstgewerblich gefertigte Sachen erfasst.“⁶²⁷ Auch zu berücksichtigen ist aber, dass das ProdHaftG von seinem Sinn und Zweck her das Problem der Haftung für den Fall eines mehrstufigen Absatzes von Massenprodukten regelt, seien sie nun maschinell oder handwerklich gefertigt. Gerade deshalb spricht die Gesetzesbegründung immer wieder davon, dass „ein Produkt in Verkehr gebracht und verwendet“ wird,⁶²⁸ und bezieht sich immer wieder auf „Warenhersteller“ und „Verbraucher“.⁶²⁹ Ein „Inverkehrbringen“ liegt nach der Begründung nur dann vor, wenn ein Produkt „in die Verteilungskette gegeben wurde“.⁶³⁰ Das Gesetz geht daher offensichtlich von einem hierarchisierten und differenzierten Vertriebsnetz vom Hersteller über den Importeur und Händler bis hin zum Endverbraucher aus. Ein solches Netz fehlt bei der Erstellung von Individualsoftware völlig; hier stehen sich Hersteller und Anwender direkt gegenüber und sind miteinander unmittelbar durch Vertrag verbunden. Insofern ist das ProdHaftG von seiner Grundkonzeption her nicht auf solch maßgeschneiderte Einzelprogramme anwendbar.

Ein Anspruch nach dem Produkthaftungsgesetz setzt zunächst voraus, dass **ein Fehler** i.S.v. § 3 Abs. 1 des Gesetzes vorliegt. Hiernach hat ein Produkt einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigterweise erwartet werden kann. Hier ist problematisch, dass in der IT-Branche Sicherheitsstandards nicht allgemein definiert sind. Es gibt kaum Regelwerke, die allgemein verbindliche Regeln für die Entwicklung sicherer Produkte festlegen. Es muss daher auf die allgemeine Üblichkeit bestimmter Sicherheitserwartungen abgestellt werden.

Als besonders problematisch erweist es sich, dass der Schadensersatzanspruch nur bei Gesundheitsschäden oder der **Beschädigung anderer Sachen** gewährt wird, sofern diese gewöhnlicherweise privat genutzt werden (§ 1 Abs. 1 Satz 2 ProdHaftG). Diese Regelung führt dazu, dass das Produkthaftungsgesetz im Softwarebereich kaum angewandt wird. Hinsichtlich denkbarer medizinischer Schäden spielt das Gesetz nur bei Navigationssoftware (z.B. Flugsteuerung) und im Bereich der medizinischen Datenverarbeitung eine Rolle. Die Beschädigung anderer, privat genutzter Sachen kommt nur dann in Betracht, wenn z.B. softwarebedingt der Rechner des Nutzers explodiert. Für Schäden an gewerblich genutzten Gegenständen

⁶²⁷ Begründung zu dem Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, zit. n. PHI Sonderdruck/87, 106.

⁶²⁸ Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 105; vgl. PHI Sonderdruck/87, 94: „Ausgangspunkt für diese Haftung ist die Verletzung einer Gefahrensteuerungs- und Abwendungspflicht, wobei diese die Produkthaftung begründende Pflicht an die Herstellung oder das Inverkehrbringen von Waren anknüpft.“

⁶²⁹ Vgl. Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 94, 101 u.a.

⁶³⁰ Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 102 mit Verweis auf Art. 2d des Europäischen Übereinkommens v. 27.1.1977 über die Produkthaftung und Tötung.

den ist das Gesetz von vornherein nicht anwendbar. Hinzu kommt, dass das Gesetz für den Fall der Sachbeschädigung von einer Selbstbeteiligung in Höhe von 500 Euro ausgeht. Es dürfte allerdings sehr selten sein, dass der Schaden eines Verbrauchers beim Einsatz von Software diesen Betrag übersteigt. Das Gesetz spielt nur deshalb eine (bescheidene) Rolle, da die Haftung nach dem ProdHaftG vertraglich nicht ausschließbar ist (§ 14 ProdHaftG). Dies führt dazu, dass in jeder Haftungsklausel der Verweis auf die unbeschränkte Haftung nach dem ProdHaftG aufgenommen werden muss. Im Übrigen bleibt die deliktische Haftung nach § 823 BGB neben dem ProdHaftG bestehen (§ 15 Abs. 2 ProdHaftG), was für Sachschäden unter 500 Euro und Schäden an gewerblich genutzten Sachen eine zentrale Bedeutung hat.

5. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Bei § 823 Abs. 1 BGB kommt es entscheidend darauf an, dass Leib, Leben, Gesundheit, Eigentum oder ein sonstiges absolutes Rechtsgut verletzt wird. Hersteller und Händler treffen Produktbeobachtungspflichten, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB auslöst. Dies betrifft vor allem **medizinische Software**, deren Einsatz unter Umständen zu Gesundheitsschäden führen kann. Fraglich ist, ob daneben **auch Datenverlust als Eigentumsverletzung** über § 823 Abs. 1 BGB geahndet werden kann. Teilweise wird in der Literatur das Recht an Datenbeständen und sonstigen Informationssammlungen unmittelbar unter den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB gestellt.⁶³¹ Der *BGH* sieht bei vertraglichen Beziehungen den Datenbestand eines Computerbenutzers als ein selbständiges vermögenswertes Gut, das schadensrechtlich als Schädigungsobjekt beachtlich und schützenswert ist.⁶³² Das *LG Konstanz* hat bei einem strombedingten Datenverlust betont, dass elektronische Daten nicht dem (sachenrechtlichen) Sachbegriff unterfallen und damit kein Rechtsgut im Sinne der Vorschrift verletzt sei.⁶³³ Im Übrigen ist das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz auf Software anwendbar; das Gesetz ist auch Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Insofern sind die Hersteller angehalten, zur Vorbeugung ein Risikomanagement zu betreiben.⁶³⁴

Wichtig ist im Falle eines **Datenverlustes auch § 254 BGB**. Datensicherung ist eine allgemein bekannte Selbstverständlichkeit.⁶³⁵ Angesichts der mannigfachen Gefahren eines Datenverlustes und der daraus regelmäßig folgenden schweren wirtschaftlichen Schäden für den

⁶³¹ Vgl. hierzu auch *Meier/Wehlau*, Die zivilrechtliche Haftung für Datenlöschung, Datenverlust und Datenzerstörung, NJW 1998, 1585, 1588 f.

⁶³² *BGH*, MDR 1997, 26 = CR 1996, 663 = NJW 1996, 2924.

⁶³³ *LG Konstanz*, NJW 1996, 2662 = CR 1997, 84 = DuD 1997, 357.

⁶³⁴ *Littbarski*, VersR 2005, 448, 457; *Zscherpe/Lutz*, K&R 2005, 499.

⁶³⁵ *BGHZ* 133, 155 = NJW 1996, 2924 = WM 1996, 1695 = ZIP 1996, 1553; vgl. *OLG Karlsruhe*, CR 1996, 348 f.; *AG Kassel*, NJW-RR 1998, 1326 = RDV 1998, 74–75.

EDV-Anwender gilt die Datensicherung als unverzichtbar.⁶³⁶ So hatte das *OLG Hamm*⁶³⁷ sich mit der Haftung für Datenverlust bei Gelegenheit von Wartungsarbeiten durch eine beauftragte Computerfirma zu befassen. Die Hammer Richter betonen, dass den Auftraggeber von Wartungsarbeiten ein überragendes Mitverschulden für den Datenverlust treffe, wenn er nicht vor Durchführung der Arbeiten an der EDV-Anlage selbst eine Datensicherung vornimmt. Dies dürfe von Auftragnehmern bei der Ausführung von Arbeiten an solchen Anlagen auch als selbstverständlich vorausgesetzt werden.⁶³⁸ Zusätzliche Überprüfungspflichten bestehen jedoch dann, wenn ernsthafte Zweifel vorliegen, dass eine Datensicherung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist oder das Sicherungssystem nicht funktioniert.⁶³⁹

In welchem Umfang eine solche **Beobachtungspflicht des Händlers** besteht, ist unklar. Der *BGH* bejaht hier Ansprüche des Kunden gegen einen Händler nach § 823 Abs. 1 BGB: Die Beklagte habe als Händlerin die ihr obliegenden Verkehrssicherungspflichten verletzt. Zwar treffe grundsätzlich den Warenhersteller die umfassende Verantwortung für einen in seinem Wissens- und Tätigkeitsbereich entstandenen Produktfehler. Der Händler sei demgegenüber nur eingeschränkt an produktbezogene Gefahrabwendungspflichten gebunden. Insbesondere treffe ihn nicht deshalb der volle Haftungsumfang eines Warenherstellers, weil er durch Verwendung eigener Markenzeichen „wie ein Hersteller“ auftrete. Eine besondere Stellung komme jedoch einem Händler zu, der allein die betreffende Ware im Inland vertreibt. In einer solchen Konstellation trete der (Alleinvertriebs-) Händler auf Grund der inländischen Monopolstellung als Bindeglied zwischen dem deutschen Verbraucher und dem ausländischen Hersteller auf. Der *BGH* lässt es in einem solchen Fall dahinstehen, ob die Beklagte in einer solchen Stellung eine Pflicht zur sog. Produktbeobachtung gehabt habe, d.h. dass sie zum Aufbau einer Betriebsorganisation zwecks Beschaffung von Informationen über die praktische Bewährung des Produkts verpflichtet gewesen wäre. Stattdessen bejaht der Senat „zumindest“ die Pflicht zur passiven Produktbeachtung, d.h. zur Überprüfung von Beanstandungen des Produktes.

⁶³⁶ Vgl. *Becker*, NJW-CoR 1992, 17.

⁶³⁷ *OLG Hamm*, MMR 2004, 487 = K&R 2004, 543 = CR 2004, 654; ähnlich *LG Stuttgart*, CR 2002, 487.

⁶³⁸ Vgl. *OLG Karlsruhe*, CR 1996, 348 = NJW-RR 1997, 554; ähnlich *OLG Köln*, CR 1994, 532 = NJW-RR 1994, 1262.

⁶³⁹ So auch *OLG Hamm*, CR 2000, 289; *BGH*, NJW 1996, 2924; *OLG Karlsruhe*, NJW 1996, 2000; *OLG Köln*, CR 1996, 407 = NJW-RR 1997, 558; *OLG Köln* = CR 1994, 532 = NJW-RR 1994, 1262.

V. Regelung der Gewährleistung und Haftung durch AGB

Im Folgenden soll dargelegt werden, wie man die Frage der Gewährleistung und Haftung vertraglich in den Griff bekommen kann.⁶⁴⁰ Zunächst ist die Frage zu klären, welche Bestimmungen überhaupt die Inhaltskontrolle regeln.

Bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen kommt für den Bereich zwischen B2C und B2B neben §§ 138, 444 BGB eine **Anwendung der §§ 307 und 309 BGB** in Betracht. Es fällt auf, dass § 475 BGB wie ein Störfaktor wirkt. Denn hiermit sind bei Individualverträgen zu Lasten der Verbraucher Regelungen ausgeschlossen, die im Rahmen der Inhaltskontrolle auch bei Verträgen mit Verbrauchern wiederum ausdrücklich für wirksam erachtet werden (§ 309 BGB). Allerdings steht § 309 BGB unter dem Vorbehalt, „auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist“. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass **zwingende Bestimmungen des BGB vorrangig zu prüfen** sind. Gemeint ist vor allem die Regelung in § 475 BGB zugunsten des Verbrauchsgüterkaufs. Der Gesetzgeber hat sich insoweit bei der Schuldrechtsreform dafür entschieden, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in engstem Umfang, rein nach Wortlaut, umzusetzen. Dadurch entstehen jedoch Wertungswidersprüche, die kaum noch auflösbar sind, wie im Weiteren zu zeigen sein wird.

Fraglich ist vor allem, welcher Umfang für § 309 BGB bleibt. Diese Regelung gilt ja nicht für Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer vereinbart werden (§ 310 Abs. 1 BGB). Insofern gilt **§ 309 BGB hauptsächlich für C2C sowie für die Bereiche der Geschäfte mit Verbrauchern, die vom Begriff des Verbrauchsgüterkaufs nicht umfasst sind**. Das sind der Verkauf unbeweglicher Sachen (§ 474 Abs. 1 Satz 1 BGB) und die Zwangsversteigerung gebrauchter Sachen (§ 474 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hinzu kommen abseits des Kaufrechts insbesondere die Bereiche des Werkvertragsrechts, voran das Recht der Bauleistungen; bei letzterem gelten allerdings die Bestimmungen der §§ 309 Nr. 8b bb) und ff) BGB nur eingeschränkt. Im Übrigen ist zu bedenken, dass auch beim Verbrauchsgüterkauf im Bereich der Haftung abweichende Vereinbarungen zulässig sind (§ 475 Abs. 2 BGB).

Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmungen nicht klar und verständlich sind (§ 307 Abs. 1 Satz 2

⁶⁴⁰ Dazu auch eingehend v. Westphalen, in: Schneider/v. Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Rz. 11 ff.

BGB). Nach § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB ist allerdings bei der Auslegung dieser Vorschrift auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen. Für die Beziehungen zwischen Unternehmer und Verbraucher im AGB-Recht gelten die Klauselverbote der §§ 307–309 BGB, die den bisherigen Bestimmungen in §§ 9–11 AGB weitgehend entsprechen.

Fraglich ist allerdings, ob **§ 475 BGB eine Leitbildfunktion im Rahmen von § 307 BGB** für Verträge zwischen Unternehmen hat.⁶⁴¹ Man könnte aus § 475 BGB die Konsequenz ziehen, dass die dort genannten Regelungen des Kaufrechts AGB-fest sind. Dagegen spricht jedoch die klare Aufteilung der verschiedenen Vertragstypen mit der jeweiligen Abgrenzung von B2B und B2C. Entscheidend ist das *argumentum e contrario*. Wenn das BGB nunmehr infolge der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Anwendungsbereich der zwingenden Bestimmungen in § 475 BGB eng auslegt, kann daraus nur der Rückschluss gezogen werden, dass in den Bereichen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs der Grundsatz der Vertragsautonomie gilt. Über § 307 BGB die Grundgedanken des § 475 BGB und der darin verwiesenen Vorschriften einfließen zu lassen, würde dieses Grundmodell konterkarieren. § 475 BGB gilt jedoch nicht, wenn der Käufer dem Verkäufer einen gewerblichen Verwendungszweck vortäuscht.⁶⁴² Die Angaben des Verkäufers über das Vorliegen eines Gewerbes auf seiner Seite sind irrelevant.⁶⁴³ Für C2C-Geschäfte gilt § 475 BGB nicht.⁶⁴⁴

1. Ausschluss der Gewährleistung (§ 309 Nr. 8b aa) BGB)

Nach § 309 Nr. 8b aa) BGB ist eine Klausel unwirksam, die bei Kauf- oder Werkverträgen über neue Sachen und Leistungen jegliche Gewährleistung ausschließt oder auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte (insbesondere den Hersteller) beschränkt. Eine solche Klausel verstößt gegen § 309 Nr. 8b) aa) BGB, sofern es um **Verträge zur Lieferung neu hergestellter Sachen** geht. Dabei ist zu beachten, dass diese Regelung sowohl Rechts- wie Sachmängel umfasst. Der Anwendungsbereich des § 309 Nr. 8b BGB ist jedoch gegenüber dem vorherigen § 11 Nr. 10 ABGG erheblich eingeschränkt. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass nunmehr beim Verkauf von Software im Verhältnis B2C (sog. Verbrauchsgüterkauf) die zwingende Regelungswirkung des § 475 Abs. 1 BGB zu beachten ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Neu- oder Gebrauchsgüter handelt. Gleiches gilt gem. § 651 BGB für einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender

⁶⁴¹ Siehe dazu die Bedenken von *Westermann*, JZ 2001, 530, 535 f.

⁶⁴² *BGH*, NJW 2005, 1045 = MDR 2005, 503 = WM 2005, 1612.

⁶⁴³ *LG Trier*, Urt. v. 8.6.2004 – 1 S 87/03.

beweglicher Sachen zum Gegenstand hat. Neben dem im Hinblick auf die Verwendung von AGB eher unbedeutenden Bereich des C2C erfasst § 309 Nr. 8b BGB somit lediglich Vertragsgestaltungen in Bezug auf neu hergestellte, unbewegliche Sachen sowie auf Werkleistungen, die nicht unter § 651 BGB fallen.

§ 309 Nr. 8b aa) BGB verbietet insbesondere den **völligen Ausschluss der Rechte aus §§ 437, 634 BGB**. Damit ist gleichzeitig angedeutet, dass eine Beschränkung auf Minderung oder Rücktritt grundsätzlich zulässig ist. Allerdings ist hier die Symmetrie zu § 309 Nr. 8b bb) BGB zu wahren, wonach dem Kunden das Recht auf Rücktritt und Minderung ausdrücklich vorbehalten sein muss.⁶⁴⁵ Demzufolge wird man annehmen können, dass die klauselmäßige Eingrenzung des Kundenrechts auf einen Minderungsanspruch zwar vor § 309 Nr. 8b aa) BGB bestehen kann, mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB jedoch nicht in Einklang zu bringen ist. Umgekehrt ist die Beschränkung der Sachmängelhaftung auf das weitergehende Rücktrittsrecht unter Ausschluss des Minderungsrechts nicht zu beanstanden.

Dem unzulässigen Ausschluss der Rechte aus §§ 437, 634 BGB steht es gleich, wenn die dem Kunden belassenen Rechte **einen bestimmten Mängelbereich von der Haftung voll ausnehmen** („Wir haften nicht für versteckte Mängel“) oder der Verwender nur für verschuldete Mängel einstehen will. Letzteres widerspricht insbesondere der aus § 437 Nr. 1 BGB folgenden verschuldensunabhängigen Estandspflicht. Unwirksam ist ferner die Beschränkung auf die bei der Übergabe oder Abnahme festgestellten Mängel sowie auf die vom Verwender „anerkannten“⁶⁴⁶ Mängel, denn im Umfang der später auftretenden, nicht anerkannten Mängel hat sich der Verwender von seiner Mängelhaftung befreit. Die Unwirksamkeit der eingangs dargestellten Klauseln lässt sich ebenfalls vor diesem Hintergrund begründen.

Das Verbot, die Haftung für Mängel voll auszuschließen, **gilt auch im Verhältnis B2B**.⁶⁴⁷ Zwischen Kaufleuten ist eine Klausel wie „Wir übernehmen keine Gewähr für Sonderangebote und Abholwaren“ auch unwirksam.⁶⁴⁸ Insofern kommt die allgemeine Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1, 310 Abs. 1 BGB zum Tragen. Hierbei ist zu beachten, dass sich die in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Bezug genommenen gesetzlichen Regelungen und die mit ihr verknüpften wesentlichen Grundgedanken durch die Schuldrechtsreform mitunter erheblich verändert haben. Im Einzelnen ist dabei kritisch zu hinterfragen, inwieweit den neuen Regelungen eine Leitbildfunktion zukommt. Im Kaufrecht haben die Sondervorschriften über den Verbrauchs-

⁶⁴⁴ So für den Privatverkauf von „Bastlerautos“ *OLG Oldenburg*, ZGS 2004, 75.

⁶⁴⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang *BGH*, NJW-RR 1990, 1141; *BGH*, MDR 1991, 44.

⁶⁴⁶ *BGH*, NJW 1994, 1060.

⁶⁴⁷ *BGH*, NJW 1991, 2632; NJW-RR 1993, 561.

güterkauf, die ihre Grundlage in der EU-Richtlinie 1999/44/EG haben, keine Leitbildfunktion für die Bereiche B2B sowie C2C.⁶⁴⁹ Die Richtlinienvorgaben zielten lediglich darauf ab, die Rechtsposition des Kunden als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB zu stärken. Somit begegnet es keinen Bedenken, das Wahlrecht des Käufers über die Art der Nacherfüllung i.S.d. § 439 Abs. 1 BGB im Bereich B2B für abdingbar zu halten. Auch ist für diesen Bereich zu überlegen, ob nicht in Einkaufsbedingungen wirksam auf das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) verzichtet werden kann. Eine solche Vereinbarung erscheint im Interesse der Zügigkeit des Handelsverkehrs auch sachgerecht.

Unwirksam sind Klauseln wie:

- „Jegliche Gewährleistung ist ausgeschlossen.“⁶⁵⁰
- „Der Käufer bestätigt bei der Anlieferung, dass die gelieferte Ware bei Übergabe in einwandfreiem Zustand ist.“⁶⁵¹

Zulässig ist eine Regelung, wonach sich die Gewährleistung nicht auf Fehler erstreckt, die auf ein Bedienungsversagen des Kunden zurückzuführen sind.⁶⁵² Fraglich ist allerdings, ob eine solche Klausel sinnvoll ist, da sie letztendlich nur die gesetzliche Regelung wiedergibt. Die Gewährleistung darf nicht von der Benutzung eines bestimmten Zubehörs oder der Einhaltung besonderer Installationsbedingungen abhängig gemacht werden.⁶⁵³

Ein Gewährleistungsausschluss für „Schnäppchen“ ist **unwirksam**, etwa dergestalt: „Wir übernehmen **keine Gewähr für Sonderangebote und Abholwaren**.“ Ebenso unwirksam ist der Hinweis: „**Technische Produkte sind nie fehlerfrei**.“⁶⁵⁴ Der Käufer muss wissen, dass der Verkäufer subsidiär weiter haftet.⁶⁵⁵ Der Händler darf den Kunden auch nicht darauf verweisen, dass dieser seine Gewährleistungsansprüche direkt beim Hersteller bzw. dessen inländischer Vertriebsgesellschaft geltend macht („Bei Mängeln hat sich der Käufer zunächst an den Hersteller/Lieferanten zu wenden.“).⁶⁵⁶

Schwierig ist die Frage, ob beim Verbrauchsgüterkauf zu Lasten eines Verbrauchers ein solcher Gewährleistungsausschluss auch **bei Individualvereinbarungen** zulässig wäre. § 475

⁶⁴⁸ Siehe dazu *BGH*, ZIP 1991, 1362.

⁶⁴⁹ *Westermann*, JZ 2001, 535.

⁶⁵⁰ Diese Klausel ist auch gegenüber Kaufleuten unwirksam; vgl. *BGH*, ZIP 1991, 1362.

⁶⁵¹ So auch *KG Berlin*, NJW 1991, 2630 = ZIP 1981, 1105 = WM 1991, 1591; *OLG Hamm*, NJW 1989, 1041.

⁶⁵² *Bartl*, CR 1985, 13, 20.

⁶⁵³ *Braun*, Rz. 419; *Schneider*, F 62; anders *Zahrnt*, 6.3.7 zu 12.4.

⁶⁵⁴ Siehe hierzu *BGH*, NJW-RR 1989, 625 = MDR 1989, 629 = VuR 1989, 167 für den Ausschluss der Gewährleistung bei handelsüblichen Holzmusterabweichungen.

⁶⁵⁵ *BGH*, NJW 1980, 2800 = MDR 1980, 1014.

⁶⁵⁶ *BGH*, NJW 1980, 2800 = MDR 1980, 1014.

Abs. 1 Satz 1 BGB verbietet eine Abweichung von § 437 BGB zum Nachteil des Verbrauchers. Nach § 437 BGB hat der Käufer das Recht, Erfüllung, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz zu verlangen. Diese Beschränkung von § 437 Nr. 1 und 2 BGB rechtfertigt die Annahme, dass eine entsprechende Vereinbarung gegen § 475 Abs. 1 BGB verstößt.

§ 475 Abs. 1 Satz 1 BGB ordnet somit die zwingende Anwendbarkeit der genannten Vorschriften an. Nach § 475 Abs. 1 Satz 3 BGB sind auch solche Vereinbarungen unwirksam, die durch anderweitige Vertragsgestaltung darauf abzielen, die Rechte des Käufers zu dessen Nachteil zu modifizieren.

Eine solche Möglichkeit könnte sich im Kaufrecht aus einer Vereinbarung über die Mängelfreiheit der Kaufsache ergeben. Formulierungen wie die bereits erwähnte „verkauft wie be-sichtigt“-Formel stellen eine vertragliche Fixierung der „vereinbarten Beschaffenheit“ der Sache i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Durch eine derartige Klausel wird die Sache so, wie sie der Käufer zu Gesicht bekommt, als mängelfrei deklariert. Etwa auftretende Defizite kann der Käufer daher nicht im Rahmen der ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche geltend machen; sie fallen durch die Vereinbarung nicht in den Definitionsbereich des Mangels.

Da es sich somit um eine mittelbare Außerkraftsetzung der dem Verbraucher gewährten Gewährleistungsrechte handelt, ist davon auszugehen, dass auch solche Formeln zukünftig gem. § 475 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sind.

Unwirksam ist im Übrigen die genannte Klausel auch **nach § 138 BGB**. Zu beachten ist ferner der Bereich der Arglist und der Garantien (§ 444 BGB).

2. Beschränkung der Nacherfüllung

Im Rahmen von § 309 Nr. 8b bb) BGB ist **eine Beschränkung der Rücktritts- und Minderungsrechte durch eine vorgeschaltete Nacherfüllungsphase zulässig**. Die Vorschrift hat allerdings durch die Schuldrechtsmodernisierung einen erheblichen Bedeutungswandel erfahren. Während zuvor die klauselmäßige Beschränkung auf Nachbesserung im Rahmen des wortgleichen § 11 Nr. 10b AGBG eine echte Besserstellung des Verwenders bedeutete – den ansonsten sofort greifenden gesetzlichen Gewährleistungsrechten war er zumindest bis zum Fehlschlagen der Nachbesserung nicht ausgesetzt –, kommt ihm diese Rechtsposition im Grundsatz nunmehr auch ohne eine entsprechende Klauselbestimmung zu. Dies erklärt sich daraus, dass das in § 439 BGB geregelte Institut der Nacherfüllung eine doppelte Rechtsnatur besitzt. Die Nacherfüllung ist zwar einerseits Konsequenz des Anspruchs auf Verschaffung einer mangelfreien Sache (Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs), andererseits jedoch auch das

Recht des Verkäufers zur sog. zweiten Andienung, bevor ihm Rücktritt, Minderung und Schadensersatz drohen. Da somit nach der Konzeption des neuen Leistungsstörungsrechts primärer Rechtsbehelf die Nacherfüllung ist,⁶⁵⁷ ist die Bedeutung des § 309 Nr. 8b bb) BGB schon von daher erheblich abgeschwächt. Zu beachten ist ferner die Abgrenzung zu §§ 474, 475 BGB. Denn für den Verbrauchsgüterkauf bleibt es zwingend dabei, dass der Käufer regelmäßig Nacherfüllung und – nach erfolgloser Fristsetzung – Minderung oder Rücktritt und auch Schadensersatz (§§ 280 ff. BGB) oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB) verlangen kann. Nur bei Verbrauchergeschäften, die nicht unter den Verbrauchsgüterkauf fallen, kommt § 309 Nr. 8b bb) BGB zum Tragen.

Unzulässig dürften bisherige Klauseln sein, die ein „**Nachbesserungsrecht**“ des Käufers vorsahen. Allein schon die bloße Formulierung „der Käufer kann Nachbesserungen der Ware verlangen“ verstößt bereits deshalb gegen § 309 Nr. 8b bb) BGB, weil der rechtsunkundige Käufer den Eindruck haben könnte, dass er außer der Nachbesserung keine weiteren Rechte geltend machen kann. § 309 Nr. 8b bb) BGB sieht allerdings vor, dass dem anderen Vertragspartei ausdrücklich das Recht vorbehalten sein muss, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten. Dem Kunden muss somit auch ein Recht auf Rücktritt oder Minderung bei fehlgeschlagenen Nacherfüllungen verbleiben.

Ein bloßer Hinweis auf die „Nachbesserung“ verstößt ferner gegen die Vorgaben des § 309 Nr. 8b bb) BGB insofern, als damit der Eindruck erweckt würde, es könne nur eine Nachbesserung verlangt werden. Nach §§ 437, 439 BGB geht der Begriff der Nacherfüllung jedoch weit über den der Nachbesserung hinaus. Er umfasst sowohl die Beseitigung des Mangels wie die Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 BGB). Denkbar ist allerdings eine Beschränkung auf eine der beiden Nachbesserungsmöglichkeiten, etwa durch deutlichen Verweis auf die Möglichkeit der Mängelbeseitigung, sofern dem Vertragspartner ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, beim Fehlschlagen der jeweils eingeräumten Nacherfüllungsmöglichkeit zu mindern oder vom Vertrag zurückzutreten.⁶⁵⁸

Wie bei der bisherigen Rechtsprechung könnte auch der Begriff der „**Minderung**“ problematisch sein. Allerdings wurde der frühere Begriff „Herabsetzung der Vergütung“ durch den Terminus „Minderung“ ersetzt (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB). Hierin ist ein Indiz dafür zu sehen, dass auch in AGB von Minderung geredet werden darf. Anders als nach der Rechtsprechung

⁶⁵⁷ Däubler, NJW 2001, 3729, 3732.

⁶⁵⁸ Vgl. auch BR-Drs. 338/01, 363.

zum alten AGBG ist der Verweis auf die „Minderung“ im nichtkaufmännischen Verkehr unwirksam, da das Gesetz nunmehr den Begriff selbst als *terminus technicus* verwendet.

Zulässig dürfte eine Formulierung sein, die der *BGH* in einer früheren Entscheidung einmal gebilligt hat:⁶⁵⁹ „Solange wir unseren Verpflichtungen zur Nacherfüllung, insbesondere zur Behebung von Mängeln oder zur Lieferung einer mangelfreien Sache, nachkommen, hat der Kunde kein Recht, eine Herabsetzung der Vergütung zu verlangen oder den Rücktritt vom Vertrag zu erklären, sofern nicht ein Fehlschlagen der Nacherfüllung vorliegt.“

Erforderlich ist ferner auch eine Beschränkung der **Zahl der Nacherfüllungsversuche**. Von der Rechtsprechung wurde teils die formularmäßige Festlegung, dass der Kunde drei Nachbesserungen zu gestatten hat, als unwirksam angesehen,⁶⁶⁰ teils wurde jedoch auch die Einführung einer Duldungspflicht des Kunden für drei Nachbesserungsversuche für zulässig erachtet.⁶⁶¹ Im Ergebnis wird man die Frage, wie viele Nacherfüllungsversuche der Kunde gestatten muss, von der Art des Mangels und einer Abwägung der beiderseitigen Interessen abhängig machen müssen. Im Rahmen des Kaufrechts ist jetzt auf § 440 Satz 2 BGB abzustellen, der ein Fehlschlagen der Nachbesserung nach zwei Versuchen annimmt.

§ 439 Abs. 4 BGB sieht ferner die Möglichkeit vor, dass der Verkäufer vom Käufer **Rückgewähr der mangelhaften Sache** bei Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. Eine solche Rückgewährspflicht wird man auch AGB-rechtlich verankern können. Ferner kann die Nacherfüllung davon abhängig gemacht werden, dass der Kaufpreis zu einem angemessenen Teil bezahlt ist, bei dessen Festlegung gem. § 309 Nr. 8b dd) BGB die Tatsache der Mangelhaftigkeit zu berücksichtigen ist. Der Definition der Angemessenheit sind insoweit enge Grenzen gesetzt.⁶⁶² Obergrenze für die Teilleistung ist dabei der Wert der mangelhaften Leistung. Ist die Leistung für den Kunden wertlos, darf ihm eine Zahlungspflicht nicht auferlegt werden.⁶⁶³ Diese Differenzierung gilt es bei der Klauselabfassung zu beachten.

Im Zusammenhang mit den zu berücksichtigenden Schadensersatzansprüchen erlangt auch § 444 BGB Bedeutung. Hat der AGB-Verwender individualvertraglich ein Beschaffungsrisiko i.S.v. § 276 BGB oder eine **Garantie** i.S.v. § 444 BGB⁶⁶⁴ übernommen, so hat er damit seine unbedingte – verschuldensunabhängige – Einstandspflicht begründet. Eine Klausel, die

⁶⁵⁹ *BGH*, NJW-RR 1990, 886 = MDR 1990, 814.

⁶⁶⁰ *BGH*, NJW 1998, 677; *BGH*, BB 1998, 12.

⁶⁶¹ *AG Offenburg*, CR 1997, 86.

⁶⁶² In der Führung dieser Diskussion wird deutlich, dass das Kriterium des „eines unter Berücksichtigung des mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts“ in § 309 Nr. 8b bb) BGB unter der Überschrift des § 309 BGB („ohne Wertungsmöglichkeit“) an sich systemwidrig ist.

⁶⁶³ Palandt/*Heinrichs*, § 309 Rz. 68.

sich dem zuwider am Schuldmaßstab des § 276 BGB ausrichtet und eine Haftung nur bei Verschulden vorsieht, verstößt dann gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn die Erreichung des Vertragszwecks offensichtlich gefährdet ist. Auf der Ebene von Einkaufsbedingungen folgt daraus gleichzeitig, dass es dem Verwender als Besteller nicht in die Hand gegeben ist, die Voraussetzungen einer verschuldensunabhängigen Garantiehafung formularmäßig auszubedingen, wenn und soweit eine derartige Einstandspflicht nicht Ergebnis eines Individualvertrags, sondern nur eine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 BGB bzw. § 634 BGB ist.⁶⁶⁵

Im Rahmen von § 307 BGB kommt das Grundmodell von § 308 BGB ebenfalls zum Tragen. Erlaubt ist es, Rücktritt und Minderung vom Fehlschlagen der Nacherfüllung abhängig zu machen. Die beiden Primärrechte dürfen dann aber nicht beschränkt werden.⁶⁶⁶ Eine Beschränkung zum Beispiel auf das Minderungsrecht ist auch zwischen Unternehmen AGB-mäßig unzulässig.⁶⁶⁷

Gestärkt sind die **Rückgriffsrechte des Handels gegenüber den „Hintermännern“**. Nach § 478 BGB kann der Unternehmer im Falle des Verbrauchsgüterkaufs seine Lieferanten einfacher in Anspruch nehmen. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass der Mangel der Kaufsache ja nicht vom Händler selbst, sondern vom Hersteller zu vertreten ist. Insofern kann der Endverkäufer bei seinen „Hintermännern“ bis zu fünf Jahre Rückgriff nehmen (§ 479 Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Auch hierzu regelt das Gesetz Fragen der vertraglichen Dispositivität. Nach § 478 Abs. 4 BGB kann eine Vereinbarung zum Nachteil des Unternehmers nicht erfolgen, wenn dem Rückgriffsgläubiger kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird. Diese Regelung soll jedoch nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz gelten (§ 478 Abs. 4 Satz 2 BGB). Ein gleichwertiger Ausgleich kann etwa im Rahmen von pauschalisierten Abrechnungssystemen eingeführt werden.

Diese Beschränkung macht die Klausel **auch für Verbrauchsgüterkaufvereinbarungen gegenüber Verbrauchern unwirksam**, da insofern eine Einschränkung des § 439 BGB vorliegt, die nach § 475 BGB nicht zum Nachteil des Verbrauchers vereinbart werden kann. Dies gilt jedoch nur, wie die systematische Stellung dieser Regelung belegt, für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, d.h. für Kaufverträge über bewegliche Sachen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer, § 474 Abs. 1 BGB. Nach § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB haben die Vorschriften über die Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln zwingenden Cha-

⁶⁶⁴ Gleiches gilt für § 639 BGB im Werkvertragsrecht.

⁶⁶⁵ v. Westphalen, NJW 2002, 12, 18.

⁶⁶⁶ BGH, NJW 1981, 1501; BGH, NJW-RR 1986, 52, 53.

⁶⁶⁷ BGH, NJW 1981, 1501; BGH, BB 1993, 1755, 1757.

rakter, so dass weder das Recht des Käufers auf Nacherfüllung/Nachlieferung noch die Rechte auf Minderung oder Rücktritt nachteilig verändert, bzw. ausgeschlossen werden dürfen.

§ 437 Nr. 2 BGB verweist für den Rücktritt auf §§ 323, 326 Abs. 5 und 440 BGB. Ähnliches gilt für die Minderung (§§ 437 Nr. 2 i.V.m. 441 BGB). Das Gesetz ist zwar insofern unklar, als die Abhängigkeit der Minderung vom Vorliegen eines Rücktrittsrechts nicht deutlich wird. Allgemein wird jedoch davon ausgegangen, dass der Käufer auch vor der Minderung erst den Anspruch auf Nacherfüllung durchzusetzen hat.⁶⁶⁸ Man kann insofern einen Umkehrschluss aus § 411 Abs. 1 Satz 2 BGB ziehen. Nach § 323 BGB kommt ein Rücktritt vom Vertrag nur in Betracht, wenn dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt worden ist. Eine Fristsetzung ist in bestimmten Fällen entbehrlich (§ 323 Abs. 2 BGB), wobei hierzu auch die Konstellation zählt, dass die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist (§ 440 Satz 1 BGB). Insofern geht auch das gesetzliche Modell davon aus, dass grundsätzlich vor dem Rücktritt erst eine Nacherfüllungsphase einzuhalten ist und u.a. beim Fehlschlagen der Nacherfüllung der Wechsel zum Rücktritt erfolgen kann. Allerdings ist der Rücktritt nicht erst beim Fehlschlagen der Nacherfüllung möglich; vielmehr nennen §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 BGB und § 440 Satz 2 BGB eine Reihe von Gründen, bei denen eine Fristsetzung entbehrlich ist. Eine AGB-mäßige Beschränkung von Rücktritt und Minderung auf das Fehlschlagen der Nachbesserung würde damit §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 und § 440 Satz 2 BGB konterkarieren und wäre damit ein Verstoß gegen § 475 Abs. 1 BGB.

3. Kosten der Nacherfüllung

Wie so häufig versuchen Verkäufer, die **Kosten der Nacherfüllung** (früher: Nachbesserung) auf den Käufer abzuwälzen. Zentrale Bedeutung haben im Ausgangspunkt nunmehr §§ 439 Abs. 2, 635 Abs. 2 BGB, wonach die Kosten der Nacherfüllung beim Kaufvertrag der Verkäufer,⁶⁶⁹ beim Werkvertrag der Unternehmer zu tragen hat.

Verboten sind Klauseln, wonach die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen auf den Käufer übertragen werden sollen (§ 309 Nr. 8b cc) BGB).

Nichtig ist daher eine Klausel: „Erforderliche Ersatzteile und die anfallende Arbeitszeit werden nicht berechnet.“ Denn hierdurch entsteht der Eindruck, dass der Käufer sich im Übrigen

⁶⁶⁸ S. *Dauner-Lieb* u.a., Fälle zum neuen Schuldrecht, Heidelberg 2002, 143.

⁶⁶⁹ Schon nach bisher geltendem Recht war für die Nachbesserung gem. § 476a BGB a.F. die Kostentragungspflicht des Verkäufers begründet.

an den Kosten zu beteiligen habe.⁶⁷⁰ Gleiches gilt für die Formulierung: „Der Transport der Ware zum Zwecke der Reparatur erfolgt auf Kosten und Gefahr des Kunden.“⁶⁷¹ Besonders gefährlich ist der **Versuch, Wartung/Pflege von Software mit der Gewährleistung zu verquicken**. Typisch hierfür ist folgende Klausel: „Die Nachbesserung erfolgt auf Grund einer gesonderten Auftragserteilung des Käufers/im Rahmen eines gesonderten Wartungsvertrages.“ Solche Versuche sind sämtlich unwirksam.⁶⁷² Dies gilt auch für die entsprechenden Wartungsverträge, die Mängelbeseitigung zur (entgeltlichen!) Wartungs-/Pflegeleistung erklären. Der Kunde kann das für solche Leistungen gezahlte Entgelt zurückverlangen; der Wartungsvertrag selbst ist insoweit nichtig.

Sollte **im kaufmännischen Verkehr** der Versuch unternommen werden, Nacherfüllungskosten auf den Käufer abzuwälzen, bleibt § 307 BGB zu prüfen. Zu bedenken sind insofern die gesetzlich vorgeschriebenen Rechte des Käufers nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB, wonach dieser Nacherfüllung verlangen kann. Die Nacherfüllung besteht nach Wahl des Käufers in der Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 BGB). § 439 Abs. 2 BGB bestimmt darüber hinaus, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat. Schwierig zu klären ist hier die Frage des Erfüllungsortes. Zur Klärung des Ausmaßes entsprechender Transportpflichten ist die Frage zu klären, wo der jeweilige Erfüllungsort ist. Das *Amtsgericht Menden* hat in einem Fall, in dem jemand eine Couchgarnitur in einem Möbelabholmarkt gekauft hat, die Auffassung vertreten, dass nicht der ursprüngliche Erfüllungsort, sondern der momentane Gelegenheitsort der Kaufsache relevant sei.⁶⁷³ Der Verkäufer habe deshalb die Pflicht zur Übergabe der Kaufsache zum Zwecke der Reparatur auf jeden Fall als Bringschuld zu leisten. Die Nacherfüllung sei am jeweiligen Gelegenheitsort der Kaufsache zu erbringen. Nur diese Auslegung entspreche der Entstehungsgeschichte sowie dem Sinn und Zweck der Vorschrift, insbesondere vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrechtlinie.

Diese vertragswesentlichen Pflichten des Verkäufers lassen sich **nicht zu Lasten des Käufers abwälzen** (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB). Insofern kann auf die ältere Literatur zur Abbedingung von § 476a BGB im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verwiesen werden. Allerdings ist im Unterschied zur damaligen Wertung zu beachten, dass der Nacherfüllungsanspruch nunmehr gesetzlich verankert ist, während er nach altem Recht ein dispositives Recht war, das vor allem zugunsten des AGB-Verwenders nachträglich in die Geschäftsbedingun-

⁶⁷⁰ BGH, NJW 1981, 867.

⁶⁷¹ LG München, EzAGBG § 11 Nr. 10c Nr. 3; ähnlich OLG München, NJW-RR 1986, 604.

⁶⁷² OLG Köln, NJW-RR 1987, 1192.

gen aufgenommen worden ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bereits § 439 Abs. 2 BGB davon ausgeht, dass dem Verkäufer die gesetzliche Pflicht zur Tragung von Aufwendungen für die Nacherfüllung obliegt. Man wird daher aus dieser Vorschrift auch den gesetzgeberischen Befehl entnehmen müssen, einer Abbedingung dieser Kostentragungspflicht im Verhältnis B2B durch eine entsprechende AGB-Kontrolle entgegen zu treten. Schließlich wird ein Haftungsausschluss in Bezug auf die Kosten der Nacherfüllung beschränkt durch § 444 BGB bei Verschweigen eines Mangels und bei Übernahme einer Garantie.

Diese Überlegungen gelten **auch für den Verbrauchsgüterkauf**. § 475 BGB schließt ausdrücklich eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene Regelung aus, die die Rechte des Verbrauchers nach § 439 BGB schmälern würde. Hierzu zählt auch jedweder Versuch, Kosten für eine Nacherfüllung in Rechnung zu stellen. Nach Mitteilung des Mangels können sich auch bei einem Verbrauchsgüterkauf die Parteien auf Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz einigen, insbesondere vergleichen.⁶⁷⁴

Sofern Unternehmer mit Unternehmern individualvertraglich eine Übernahme von Nacherfüllungskosten vereinbaren, kann aus § 475 BGB e contrario geschlossen werden, dass Individualverträge im Bereich B2B hinsichtlich der Kostenübernahme zulässig sind.

4. Rügepflichten

Häufig wird versucht, den Käufer dazu zu verpflichten, Mängel zu rügen. Zu beachten ist hier, dass sich aus § 377 HGB **Rügepflichten für Kaufleute** ergeben. Für Verbraucher gibt es solche Pflichten auf gesetzlicher Grundlage nicht. Fraglich ist, ob man diese vertraglich einführen kann.

Nach § 309 Nr. 8b ee) BGB kann der Verwender **für nicht-offensichtliche Mängel eine Anzeigefrist** setzen; diese darf aber nicht kürzer sein als die gesetzliche Gewährleistungsfrist. Diese Regelung entspricht den bisherigen Vorgaben in § 11 Nr. 10e AGBG. Unwirksam sind daher Klauseln wie:

- „Mängel müssen unverzüglich nach Feststellung schriftlich geltend gemacht werden.“⁶⁷⁵
- „Versteckte Mängel sind unverzüglich nach Sichtbarwerden schriftlich zu rügen“.⁶⁷⁶

⁶⁷³ AG Menden, NJW 2004, 2171.

⁶⁷⁴ Palandt/Putzo, § 439 Rz. 3.

⁶⁷⁵ OLG Stuttgart, BB 1979, 1468.

⁶⁷⁶ BGH, NJW 1985, 855.

- „Alle Mängel sind binnen drei Monaten anzuzeigen.“
- „Mängel müssen unverzüglich bei Ablieferung gerügt werden. Ansonsten ist jegliche Gewährleistung und Haftung für solche Mängel ausgeschlossen.“⁶⁷⁷

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen darf allerdings eine Pflicht eingeführt werden, offensichtliche Mängel binnen einer angemessenen Frist zu rügen. Dabei muss der Begriff „offensichtlicher Mangel“ verwendet werden; daher sind folgende Formulierungen unwirksam:

- „Sichtbare Mängel sind unverzüglich zu rügen.“⁶⁷⁸
- „Erkennbare Mängel sind schriftlich binnen vierzehn Tagen geltend zu machen.“⁶⁷⁹

Hinsichtlich des Zeitraumes für die Rüge sind **vier Wochen ab Übergabe** ausreichend. Anderweitige Vereinbarungen, die einen kürzeren Zeitraum vorsehen oder den Beginn der Frist nicht genau definieren, sind jedenfalls im nichtkaufmännischen Bereich nichtig, so etwa:

- „Offensichtliche Mängel sind unverzüglich schriftlich zu rügen.“⁶⁸⁰
- „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen schriftlich zu rügen.“

Zu beachten ist, dass allenfalls eine **schriftliche Erklärung der Rüge** verlangt werden kann. Die Einführung einer Pflicht, Rügen mittels Einschreibens oder besonderer Formulare zu erklären, ist bei Nichtkaufleuten gem. § 309 Nr. 13 BGB unwirksam.⁶⁸¹ Zulässig ist demgegenüber eine Klausel des Wortlauts: „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen ab Übergabe der Ware schriftlich zu rügen.“

Wichtig ist, dass der Begriff des Mangels im neuen BGB deutlich erweitert worden ist. Zum Mangel zählen auch die Fälle der Falsch- und Zuweniglieferung (§ 434 Abs. 3 BGB). Diese beiden neuen Konstellationen sind nunmehr auch Gegenstand einer denkbaren Regelung zur Rügepflicht und sollten auch in den AGB als solche ausdrücklich genannt werden.

Zwischen Unternehmern ist zu bedenken, dass im Rahmen von § 310 BGB die Rügepflichten zwischen Kaufleuten eine zentrale Rolle spielen. § 377 HGB verpflichtet die Kaufleute für Mängel und Falschliefereien zu einer unverzüglichen Prüfung und Rüge. Kommen sie diesen Pflichten nicht nach, sind sie mit der Geltendmachung von Ansprüchen aus diesen Mängeln ausgeschlossen. Dabei stellt das HGB auf die Erkennbarkeit der Mängel ab und unter-

⁶⁷⁷ BGH, NJW-RR 1986, 52; ähnlich OLG Hamm, NJW-RR 1987, 311.

⁶⁷⁸ OLG Stuttgart, BB 1979, 908; BGH, NJW 1985, 855; LG Köln, NJW 1986, 67.

⁶⁷⁹ LG München I, EzAGBG § 11 Nr. 10e Nr. 9.

⁶⁸⁰ LG Köln, NJW 1986, 69.

⁶⁸¹ OLG München, NJW-RR 1987, 661, 664.

scheidet sich insofern von der Grundkonzeption des BGB, das auf die Offensichtlichkeit abstellt. Es lässt sich daher aus § 309 Nr. 8b ee) BGB nicht der Rückschluss ziehen, dass auch bei offensichtlichen Mängeln im unternehmerischen Bereich eine Beschränkung der Gewährleistung ausgeschlossen ist. Im Bereich B2B ist die Wertung des § 309 Nr. 8b ee) BGB somit nicht maßgeblich. Der Prüfungsmaßstab ergibt sich allein aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 377 HGB.

Im Übrigen kommt eine Anwendung der Grundzüge zur Inhaltskontrolle nicht in Betracht, sofern lediglich die Rügepflichten aus dem HGB in die AGBG integriert werden (§ 305b BGB). Ausgeschlossen sind allerdings erhebliche Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des HGB, insbesondere von der Länge der Prüfungspflichten. Unzulässig ist es ferner, das Rügerecht an anderen Umständen fest zu machen, etwa an einer Bearbeitung oder Umgestaltung der Ware.⁶⁸²

Beim **Verbrauchsgüterkauf** kommt eine Einführung von Rügepflichten nicht in Betracht. § 437 BGB sieht Rechte des Käufers ohne Rücksicht auf die Einhaltung von Rügepflichten vor. § 475 Abs. 1 BGB verbietet die Abweichung von diesem gesetzlichen Modell zu Lasten des Verbrauchers. Diese harte Regelung wird durch § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB ein wenig abgemildert. Hiernach kann der Käufer bei grob fahrlässiger Unkenntnis eines Mangels Gewährleistungsrechte nicht geltend machen (es sei denn, es liegt ein Fall der Arglist oder einer Garantie vor). Insofern unterliegt der Käufer schon kraft Gesetzes bestimmten Prüfungspflichten, sofern ihm schon beim Vertragsschluss Mängel offensichtlicher Art bekannt sein müssten. Wenn Produkte Fehler aufweisen, steht dem Verbraucher unter anderem ein Umtauschrecht zu. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), wonach die Ware innerhalb einer Woche nach Empfang zurück gesandt werden muss, ist nach einer Entscheidung des Kammergerichts nichtig.⁶⁸³ Damit gaben die Richter einem Online-Shopbetreiber Recht, der von einem Mitbewerber die Nichtverwendung derartiger AGB verlangte. Aber auch andere Bedingungen, wie beispielsweise der Ausschluss des zweiwöchigen Widerrufsrechts, seien unzulässig. Mit der Verkürzung der Mängelrüge hat sich auch das *LG Hamburg* beschäftigt und einem großen Internetversandhaus die Klausel „Bitte reklamieren Sie Materialfehler sofort gegenüber uns oder dem Mitarbeiter, der die Artikel anliefert“ verboten.⁶⁸⁴ Im gleichen Urteil untersagten die Hanseaten gleichfalls eine AGB-Klausel zur Ersatzlieferung, wonach der Kunde bei nicht mehr lieferbarer Ware auf einen „qualitativ und preislich gleichwertigen

⁶⁸² *BGH*, NJW 1985, 3016.

⁶⁸³ *KG Berlin*, CR 2005, 255 = MMR 2005, 466 = MDR 2005, 677.

⁶⁸⁴ *LG Hamburg*, MMR 2004, 190 = CR 2004, 136 = VuR 2004, 27.

Artikel“ verwiesen wurde. Nach einem weiteren Richterspruch des *LG Waldshut-Tiengen*⁶⁸⁵ können Online-Händler das Rückgaberecht mangelhafter Ware auch nicht dadurch ausschließen, dass sie in ihren AGB die Rückgabe ausschließlich in der Originalverpackung verlangen. Neben der Verkürzung der Mängelrüge haben einige Händler in der Vergangenheit mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen darüber hinaus versucht, **das für so genannte Fernabsatzverträge geltende Widerrufsrecht auszuschließen**. Demnach kann der Kunde gemäß § 312d Abs. 1 BGB Waren ohne Wenn und Aber sowie ohne Angaben von Gründen zwei Wochen lang zurückgeben, wenn er diese über einen Onlineshop geordert hat. Nach einem Urteil des *LG Memmingen* gilt dies auch für telefonische Bestellungen.⁶⁸⁶ In der gleichen Entscheidung hat das Gericht ebenfalls festgelegt, dass das Widerrufsrecht nicht mittels AGB ausgeschlossen werden kann. Begründung: Ein derartiger genereller Ausschluss verstoße gegen die guten Sitten im Wettbewerb. Das Widerrufsrecht gilt aber nicht uneingeschränkt. Sobald etwa die Versiegelungen von CDs, DVDs oder CD-ROMs entfernt wurden, ist die Rückgabe ausgeschlossen. Gleiches gilt für Waren, die speziell nach den Wünschen des Bestellers angefertigt wurden. Für den Internetversand von zusammengesetzten PCs, die nach Vorgaben des Kunden konfiguriert wurden, hat der *BGH* ein richtungweisendes Urteil statuiert: Soweit die einzelnen Komponenten wie ISDN-Karte oder zusätzliche Akkus leicht wieder voneinander getrennt werden können, bleibt das zweiwöchige Widerrufsrecht trotz Anweisung des Verbrauchers bestehen.⁶⁸⁷

Individualvertraglich bestehen gegen die Einführung von Rügepflichten keine Bedenken, soweit diese nicht auf einen faktischen Gewährleistungsausschluss e ipso hinauslaufen (z.B. „Der Käufer bestätigt bei Vertragsschluss die Mängelfreiheit der Ware“).

5. Haftung

Es fragt sich als nächstes, ob neben der Gewährleistung Beschränkungen der Haftung eingeführt werden können.

Zunächst ist zu berücksichtigen, welche Wertungen § 309 BGB für den Bereich der B2C-Transaktionen abseits des Verbrauchsgüterkaufs vorsieht.

⁶⁸⁵ *LG Waldshut*, WRP 2003, 1148 = <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030255.htm>.

⁶⁸⁶ *LG Memmingen*, K&R 2004, 359 = ITRB 2004, 198 = <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040116.htm>.

⁶⁸⁷ *BGH*, NJW 2003, 1665 = CR 2003, 480 = MMR 2003, 463.

a) Trennung Gewährleistung – Haftung

Problematisch erscheint schon der Versuch, Gewährleistung und Haftung in unterschiedlichen Klauseln zu regeln. Früher sah man Gewährleistung und Haftung als **unterschiedliche Regelungskomplexe** an. Dementsprechend gingen die Unternehmen dahin, jeweils getrennte Klauseln für die Gewährleistung und die Haftung vorzusehen, um damit gerade dem Risiko einer Gesamtnichtigkeit einer einheitlichen Verantwortlichkeitsregel vorzubeugen. Eine solche Trennung wird heute kaum möglich sein. § 437 BGB geht vom Grundgedanken aus, dass Haftung und Gewährleistung nebeneinander bestehende Rechte sind und sich wechselseitig ergänzen. Würde daher ein Unternehmen die Klausel in seine Geschäftsbedingungen aufnehmen „es besteht eine Gewährleistung für den gesetzlichen Zeitraum“, könnte der Verdacht aufkommen, dass über die Gewährleistung hinaus eine Haftung nicht in Betracht kommt. Dies wiederum wäre ein Verstoß gegen § 307 BGB bzw. § 475 Abs. 1 BGB.

Verboten sind Beschränkungen der Haftung für

- arglistiges Verhalten (§ 444 BGB)
- das Bestehen von Garantien (§ 444 BGB)
- die Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit (§ 309 Nr. 7a BGB)
- die Haftung für grobes Verschulden (§ 309 Nr. 7b BGB)
- Ansprüche aus Produkthaftungsgesetz (§ 14 ProdHaftG)
- die Verletzung kardinaler Nebenpflichten (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

b) Garantie

Zu beachten ist, dass das Element der Garantie den alten Gedanken der Zusicherung ersetzt hat. Konsequenterweise ist daher das Klauselverbot des § 11 Nr. 11 AGBG (Haftung für zugesicherte Eigenschaften) weggefallen. Im Ergebnis ändert sich insoweit jedoch nichts, sofern der Unternehmer eine Garantie für bestimmte Eigenschaften der Sache bzw. des Werkes übernimmt und die sich daraus ergebende Haftung wegen des Vorrangs der Individualvereinbarung nicht ausschließen kann.⁶⁸⁸ Im Übrigen sieht der *BGH* auch bei B2B-Verträgen ein Transparenzproblem darin, ohne nähere Erläuterung den Begriff der Kardinalpflichten in den

⁶⁸⁸ Vgl. § 305b BGB.

AGB zu verwenden.⁶⁸⁹ Der *BGH* hatte den Vertrag zwischen einem Kfz-Hersteller und einem Vertragshändler zu prüfen. Wie in vielen Vertragshändlerverträgen war in diesem Vertrag auch die Haftung bei sog. „Kardinalpflichten“ geregelt. Der *BGH* hielt diesen Begriff für intransparent. Von einem durchschnittlichen Vertragshändler als juristischem Laien könne nicht erwartet werden, dass er den Inhalt der *BGH*-Rechtsprechung zu den so genannten „Kardinalpflichten“ kenne. Ihm erschließe sich deshalb ohne nähere Erläuterung auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre des Vertrags nicht, was mit „Kardinalpflichten“ gemeint ist. Möglich, aber auch ausreichend sei eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne dass die für den Typus des Vertragshändlervertrags wesentlichen Vertragspflichten, bei deren Verletzung der Vertragszweck gefährdet ist, abschließend aufgezählt werden müssten. Der *BGH* schlägt selbst eine Formulierung vor: „soweit es sich nicht um die Verletzung einer Pflicht handelt, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf.“ Noch ungeklärt ist, ob durch die Verwendung dieser neuen Formel eine Haftungsbegrenzungsklausel „gerettet“ werden kann.

Eine selbstständige Garantieverpflichtung im Sinne des § 443 kann auch allein durch eine Darstellung der Garantie in der Werbung für ein Produkt entstehen. Hierfür bedarf es nicht eines wirksamen Abschlusses für einen Garantievertrag. Eine solche sich aus der Werbung ergebende Garantieverpflichtung kann durch nachfolgende, nicht ausgehandelte Garantieverträge nicht einschränkend beeinträchtigt werden.⁶⁹⁰

c) Klauselverbote in § 309 BGB

Während die Ausschlussverbote in Bezug auf durch Mängel begründete Pflichtverletzungen (§ 309 Nr. 8b BGB) bereits weitgehend oben diskutiert wurden, sind nunmehr die Haftungsausschlüsse für **sonstige Pflichtverletzungen** in Betracht zu ziehen. Es handelt sich im Einzelnen um den klauselmäßigen Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit (§ 309 Nr. 7a BGB), bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7b BGB) sowie bei sonstigen Pflichtverletzungen hinsichtlich des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen (§ 309 Nr. 8a BGB).

⁶⁸⁹ *BGH*, NJW-RR 2005, 1496 = MDR 2006, 14 = ZIP 2005, 1785 = WM 2005, 2002.

⁶⁹⁰ *OLG Frankfurt*, BB 2009, 2225.

aa) § 309 Nr. 7a BGB

Mit Einfügung dieser Vorschrift ist das Verbot des früheren § 11 Nr. 7 AGBG erweitert worden. Eine Klausel ist gem. § 309 Nr. 7a BGB unwirksam, wenn sie den Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung für **Schäden aus der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit** vorsieht, sofern diese auf einer **fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders** oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen. Das Verbot des § 309 Nr. 7a BGB entspricht der Nr. 1a des Anhangs zur RL 93/13/EWG (Missbräuchliche-Klauseln-Richtlinie). Es wurde bereits nach altem Recht aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG hergeleitet⁶⁹¹ und zudem über § 14 ProdHaftG abgesichert. Da gem. § 276 Abs. 3 BGB die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner (Verwender) im Voraus nicht erlassen werden kann, war die Berücksichtigung einer vorsätzlichen Pflichtverletzung des Verwenders in § 309 Nr. 7a BGB entbehrlich. Es stellt sich allerdings die Frage, ob das Freizeichnungsverbot auch auf die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung Anwendung findet.⁶⁹² Hiergegen spricht zunächst der Gesetzeswortlaut, der die Pflichtverletzung an den Verschuldensmaßstab des § 276 BGB bindet. Auch eine analoge Anwendung drängt sich nicht auf, vielmehr stellen die Materialien an mehreren Stellen auf die Maßgeblichkeit des Verschuldens ab.⁶⁹³ Einzig aus dem Wortlaut der Nr. 1a des Anhangs zur RL 93/13/EWG ließe sich ein Auslegungsargument für die Einbeziehung einer verschuldensunabhängigen Haftung gewinnen. Hiernach wird nämlich nicht auf ein Verschulden des Verwenders bei dessen schädigender Handlung abgestellt. Der Grund für die Nichterwähnung ist jedoch vordringlich darin zu sehen, dass der Begriff des Verschuldens in den europäischen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgeprägt ist,⁶⁹⁴ und eine Festschreibung von daher dem Ziel der Harmonisierung zuwidergelaufen wäre. Somit ergibt sich, dass § 309 Nr. 7a BGB einem Ausschluss bzw. einer Beschränkung der Haftung für Schäden, die auf einer verschuldensunabhängigen Pflichtverletzung beruhen, nicht entgegensteht.

bb) § 309 Nr. 7b BGB

Während durch § 309 Nr. 7a BGB klargestellt wird, dass die Haftung für Körperschäden auch bei leichter Fahrlässigkeit nicht eingeschränkt werden kann, ist eine **Freizeichnung** im An-

⁶⁹¹ Vgl. *OLG Stuttgart*, NJW 1979, 1355: Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit in Krankenhausaufnahmebedingungen; ferner *v. Westphalen*, NJW 1990, 91; etwas anderes wurde jedoch dann vertreten, wenn auf Seiten des Verwendungsgegners eine Risikoübernahme zu bejahen war, beispielsweise im Rahmen einer motorsportlichen Veranstaltung, vgl. *OLG Koblenz*, VersR 1993, 1164; *OLG Hamm*, NZV 1998, 283.

⁶⁹² So Palandt/*Heinrichs*, § 309 Rz. 40.

⁶⁹³ Vgl. BR-Drs. 338/01, 358.

⁶⁹⁴ Vgl. *EuGH*, NJW 1996, 1267 = MDR 1996, 342 = ZIP 1996, 561.

wendungsbereich des § 309 Nr. 7b BGB nur **bei grobem Verschulden unwirksam**. Der Begriff der Pflichtverletzung erfasst dabei auch die Bereiche der Schlechtleistung im Kaufrecht. Früher wurden indessen von § 11 Nr. 7 AGBG alle Arten schuldhafter Leistungsstörungen, aus denen Schadensersatzansprüche erwachsen, erfasst, also insbesondere die positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo, Verzug und Unmöglichkeit, aber auch auf Verschulden beruhende Schadensersatzansprüche aus Gewährleistung, insbesondere aus den bisherigen §§ 635, 538 Abs. 1 BGB sowie aus § 13 Nr. 7 VOB/B.⁶⁹⁵ Die Einbeziehung von Schadensersatzansprüchen aus Mängeln beim Kauf ist daher folgerichtig und nach der Neukonzeption des Kaufrechts zwingend.

Indem § 309 Nr. 7 BGB lediglich auf den Tatbestand der Pflichtverletzung Bezug nimmt, ist eine Haftungsbegrenzung für Schäden aus unerlaubter Handlung nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB werden im Bereich vorformulierter Verträge regelmäßig mit vertraglichen Ansprüchen aus Pflichtverletzung konkurrieren. Da die Haftung aus unerlaubter Handlung hinsichtlich derselben Pflichtverletzung nicht hinter der vertraglichen zurückbleiben kann, ergibt sich aus zumindest analoger Anwendung⁶⁹⁶ des § 309 Nr. 7 BGB, dass auch die Haftung für grob schuldhaft begangene unerlaubte Handlungen, sofern sie insoweit ausgeschlossen sein soll,⁶⁹⁷ in AGB nicht wirksam ausgeschlossen werden kann.⁶⁹⁸ Die konkurrierende Haftung aus §§ 823 ff. BGB wird allerdings wegen ihres schwach ausgeprägten Vermögensschutzes vor allem im Anwendungsbereich des § 309 Nr. 7b BGB zumeist leer laufen.

Unwirksam sind folgende Vertragsbestimmungen:⁶⁹⁹

- „Jede Haftung für Mängel wird ausgeschlossen.“
- „Für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers wird nicht gehaftet.“⁷⁰⁰
- „Wir haften nicht für Mangelfolgeschäden, Datenverlust und entgangenen Gewinn.“⁷⁰¹
- „Wir haften für Schäden (...) bis zur Höhe von ... Euro.“⁷⁰²

⁶⁹⁵ Palandt/*Heinrichs*, § 11 AGBG Rz. 35.

⁶⁹⁶ So auch Palandt/*Heinrichs*, § 309 Rz. 41.

⁶⁹⁷ Dazu *BGH*, ZIP 1985, 687, wobei hier zudem die Problematik begegnete, dass eine unzulässige salvatorische Klausel („soweit zwingend gehaftet wird“) in den AGB vorhanden war.

⁶⁹⁸ *BGHZ* 100, 157, 184 „zumindest entsprechend anzuwenden“; *NJW* 1995, 1489.

⁶⁹⁹ Bei der Klauselabfassung ist stets zu beachten, dass umfassende Freizeichnungsklauseln, die auch die Haftung für grobes Verschulden und Körperschäden ausschließen, wegen des Verbots geltungserhaltender Reduktion im Ganzen unwirksam sind, vgl. *BGH*, *NJW* 1999, 1031.

⁷⁰⁰ *OLG Köln*, *DAR* 1982, 403.

⁷⁰¹ *LG Bayreuth*, *DB* 1982, 1400; *Erman/Hefermehl*, § 11 Rz. 6.

- „Wir schließen jegliche Haftung, soweit gesetzlich zulässig, aus.“⁷⁰³
- „Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus.“⁷⁰⁴
- „Wir haften für grob fahrlässig verursachte Schäden nur dann, wenn diese unverzüglich gemeldet werden.“⁷⁰⁵
- „Wir haften deshalb nicht für Schäden, die nicht im Liefergegenstand unmittelbar entstanden sind; insbesondere haften wir nicht für entgangenen Gewinn oder sonstige Vermögensschäden des Käufers. Vorstehende Haftungsbefreiung gilt nicht, sofern der Schaden auf Vorsatz, grober Fahrlässigkeit oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, Verletzung vertragswesentlicher Pflichten, Leistungsverzug, Unmöglichkeit, sowie Ansprüche nach §§ 1, 4 ProdHaftG beruht. Für die Wiederherstellung von Daten haften wir nicht, es sei denn, dass wir den Verlust vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht haben und der Käufer sichergestellt hat, dass eine Datensicherung erfolgt ist, so dass die Daten mit vertretbarem Aufwand rekonstruiert werden können.“⁷⁰⁶

Zulässig bleibt nur eine Klausel wie folgt:

Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern nicht Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betroffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.

Fraglich ist allerdings, ob es wirklich noch Sinn macht, eine solche Klausel in ein Vertragswerk aufzunehmen. Denn schließlich muss der Lieferant für alle wichtigen Pflichtverletzungen und Leistungsstörungen aufkommen und kann die Haftung insoweit auch nicht ausschließen.

⁷⁰² Diese Klausel war nach § 11 Nr. 11 AGBG für den Bereich der zugesicherten Eigenschaften als unwirksam angesehen worden. Sie wurde für Ansprüche wegen c.i.c. oder pVV nur zugelassen, wenn alle vertragstypischen und vorhersehbaren Schäden abgedeckt waren *BGH*, ZIP 1984, 971; *BGH*, BB 1980, 1011; *Ermann/Hefermehl*, § 11 Nr. 7 AGBG, Rz. 15. Wann dies in concreto der Fall war, ließ sich jedoch kaum feststellen; demnach war und ist die Klausel auf jeden Fall zu gefährlich. Unzulässig ist ferner die Haftungsbeschränkung eines Fotolabors bei Beschädigung zu entwickelnder Filme auf den bloßen Materialwert, vgl. *BGH*, WM 1983, 916.

⁷⁰³ Ein solcher Rettungsanker ist nicht erlaubt; er gilt als unzulässige salvatorische Klausel. Siehe *BGH*, NJW 1987, 1815; *BGH*, NJW 1985, 623, 627; *OLG Stuttgart*, NJW 1981, 1105.

⁷⁰⁴ *BGHZ* 49, 363.

⁷⁰⁵ *BGH*, NJW 1999, 1031. Über das Setzen solcher kurzen Ausschlussfristen hinaus ist auch in der Abkürzung der Verjährungsfrist eine unzulässige Haftungserleichterung zu sehen, vgl. *BGH*, VersR 1983, 339.

⁷⁰⁶ <http://www.wave-computer.de/includes/TermsConditionsPrint.html>.

cc) § 309 Nr. 8a BGB

In Konsequenz aus dem allgemeinen Grundtatbestand der Pflichtverletzung fasst § 309 Nr. 8a BGB die Klauselverbote des alten § 11 Nr. 8 AGBG (Verzug und Unmöglichkeit) und § 11 Nr. 9 AGBG (Teilverzug, Teilunmöglichkeit) unter der begrifflich zu engen⁷⁰⁷ Überschrift „Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung“ zusammen. Nach der Bestimmung darf das auf einer Pflichtverletzung des Verwenders beruhende Rücktrittsrecht des anderen Vertragsteils weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden. Dies gilt jedoch nicht für die Fälle, in denen die Pflichtverletzung in einem Mangel der Kaufsache oder des Werks besteht. Insoweit tritt § 309 Nr. 8a BGB hinter § 309 Nr. 8b bb) BGB (Beschränkung auf Nacherfüllung bei Mängeln) zurück. Geschützt wird vielmehr das Rücktrittsrecht aus § 323 BGB, auf das auch eingeschränkt gem. § 326 Abs. 5 BGB verwiesen wird, sowie aus § 324 BGB wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 241 Abs. 2 BGB).

Zu beachten ist, dass § 309 Nr. 8a BGB nur insoweit greift, als der Verwender die das Rücktrittsrecht begründende Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. Demnach wendet sich der Ausschluss des Rücktrittsrechts für eine nicht vom Verwender zu vertretene Pflichtverletzung nicht gegen § 309 Nr. 8a BGB.⁷⁰⁸ Im Mittelpunkt stehen hier die §§ 323, 324 BGB, aber auch beispielsweise § 376 Abs. 1 HGB, wonach dem Gläubiger das Rücktrittsrecht unabhängig vom Verschulden des anderen Teils eingeräumt wird. Eine unwirksame Beschränkung des Rücktrittsrechts liegt dagegen vor, wenn der Verwender dem Kunden vorschreibt, dass er das – nach § 323 Abs. 1 BGB nicht fristgebundene – Rücktrittsrecht innerhalb einer bestimmten Frist geltend machen müsse.⁷⁰⁹ Gegen § 309 Nr. 8a BGB verstößt demnach die Klausel: „Zur Wahrung seines Rücktrittsrechts ist der Kunde verpflichtet, dieses unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist, spätestens innerhalb einer Woche nach Ablauf dieser Frist, auszuüben“.

Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB kommt insbesondere für den Bereich B2B, aber auch in den Fällen zum Tragen, die von den speziellen Wertungen des § 309 BGB tatbestandlich nicht mehr erfasst sind (hier insbesondere die Problematik der Haftung für einfache Fahrlässigkeit).

⁷⁰⁷ Zutreffend Palandt/Heinrichs, § 309 Rz. 51, wonach es nicht nur um Haftungsausschlüsse, sondern allgemein um Beschränkungen der Rechte geht, die dem Kunden bei Pflichtverletzungen des Verwenders zustehen.

⁷⁰⁸ Zu prüfen bleibt dann allerdings, ob nicht § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB hier Grenzen setzt. Jedenfalls das aus § 323 BGB folgende Rücktrittsrecht wird man als ein formularmäßig nicht abdingbares Gerechtigkeitsgebot einstufen müssen.

⁷⁰⁹ Vgl. *BGH*, NJW-RR 1989, 62 = ZIP 1989, 311 = MDR 1989, 629.

Die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 BGB gewinnen gem. §§ 307, 310 Abs. 1 BGB grundsätzlich **auch im Verkehr zwischen Unternehmern** an Bedeutung.⁷¹⁰ Soweit es um die schuldhaft Verletzung von Gesundheit oder Leben des Vertragspartners geht, ergibt sich dies ohne weiteres, da die Neufassung des § 309 Nr. 7a BGB lediglich die bereits im Rahmen von § 9 AGBG entwickelten Grundsätze im Speziellen aufgreift. Auch im unternehmerischen Verkehr scheitert somit wegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine gegen den Verbotstatbestand des § 309 Nr. 7a BGB gerichtete Freizeichnungs- oder Begrenzungsklausel.⁷¹¹ In gleicher Weise ist auch ein Verstoß gegen die Wertung des § 309 Nr. 7b BGB im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu berücksichtigen. Hier kann auf die gefestigte Rechtsprechung des *BGH* zu §§ 9, 11 Nr. 7 AGBG rekuriert werden, wonach der Verwender für eigenes grobes Verschulden und dasjenige seiner leitenden Angestellten⁷¹² sowie für schwerwiegendes Organisationsverschulden⁷¹³ voll einzustehen hat. Der *BGH* hat allerdings bislang offen gelassen, ob sich der Unternehmer im Verhältnis B2B für grobes Verschulden einfacher Erfüllungsgehilfen allgemein freizeichnen kann.⁷¹⁴ Dies ist jedenfalls abzulehnen, sofern wesentliche Vertragspflichten verletzt werden.⁷¹⁵ Doch auch im Übrigen widerspricht es dem natürlichen Rechtsempfinden, die Haftung für grobes Verschulden eines einfachen Erfüllungsgehilfen allein mit Rücksicht auf die Nachrangigkeit von Vertragspflichten für abdingbar zu halten. Überdies bereitet eine Abgrenzung der Vertragspflichten nach ihrer Qualität erfahrungsgemäß Schwierigkeiten, zumal auch die Schuldrechtsmodernisierung mit der Konzentration auf den allgemeinen Tatbestand der Pflichtverletzung tendenziell die Maßgeblichkeit bestimmter Vertragstypen und damit verbundener Kernpflichten in den Hintergrund treten ließ.

Weitaus gewichtiger als die vorgenannte Problematik ist in der Praxis die **Frage der zulässigen Freizeichnung von einfacher Fahrlässigkeit des Verwenders und seiner Erfüllungsgehilfen**. Damit ist nicht nur der Bereich B2B, sondern auch das Verhältnis B2C angesprochen, da durch die Spezialregelungen der §§ 309 Nr. 7b, 276 Abs. 3 BGB nur grob schuldhaftes Verhalten (Vorsatz/grobe Fahrlässigkeit) abgedeckt wird. Allerdings ist bei dieser Fragestellung zu differenzieren zwischen dem Haftungsausschluss in Anknüpfung an einen bestimmten Verschuldensmaßstab einerseits und der Möglichkeit andererseits, den Umfang und

⁷¹⁰ Vgl. zur alten Rechtslage *OLG Frankfurt*, NJW 1983, 1681; *OLG München*, BB 1993, 1753; *OLG Köln*, BB 1993, 2044; *OLG Hamm*, NJW-RR 1996, 969, *OLG Hamm*, MDR 1996, 256.

⁷¹¹ Siehe v. *Westphalen*, NJW 2002, 12, 21.

⁷¹² *BGH*, NJW 1978, 1918; *BGH*, NJW-RR 1989, 953 (Werftwerkvertrag II).

⁷¹³ *BGH*, NJW 1974, 900.

⁷¹⁴ BGHZ 93, 48; 95, 182.

⁷¹⁵ Die hiervon abweichende Auffassung des *BGH* im sog. Werftwerkvertrag I-Fall (*BGH*, NJW 1988, 1785) behandelt einen Ausnahmefall, der sich nicht verallgemeinern lässt. Wie hier auch v. *Westphalen*, FS für Trinkner 1995, S. 451; ferner *Lutz*, AGB-Kontrolle im Handelsverkehr, S. 139.

Inhalt der Vertragspflichten durch AGB zu beschränken.⁷¹⁶ In beiden Fällen ist eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB angezeigt, letzterenfalls die jeweilige Klausel an dem Aushöhlungsverbot des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu messen.⁷¹⁷

Eine Freizeichnung von der nach § 280 Abs. 1 BGB bestehenden Haftung für einfache Fahrlässigkeit ist jedenfalls dann unwirksam, wenn der Verwender wesentliche Rechte oder Pflichten (**sog. Kardinalpflichten**), die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gefährdet wird.⁷¹⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁷¹⁹ darf eine formularmäßige Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht zur Aushöhlung von vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners führen, etwa weil sie ihm solche Rechte wegnimmt oder einschränkt, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG). Ferner darf die Haftungsbeschränkung nicht dazu führen, dass der Klauselverwender von Verpflichtungen befreit wird, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf.

Eine solche Gefährdung und damit Unwirksamkeit ist auch dann anzunehmen, wenn die Haftung des Verwenders **für leicht fahrlässige Verstöße von Erfüllungsgehilfen** gegen wesentliche Pflichten ausgeschlossen wird.⁷²⁰ Zu den Kardinalpflichten sind insbesondere solche Pflichten zu zählen, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung der Verträge überhaupt erst ermöglicht.⁷²¹ Hierzu wird man auch die rechtzeitige Erfüllung des Vertrages rechnen müssen. Dies ist nach neuer Rechtslage vor allem deshalb von Interesse, da der bisherige § 11 Nr. 8b AGBG, auf den die überwiegende Ansicht⁷²² die Unwirksamkeit des formularmäßigen Ausschlusses der Haftung für Verzugsschäden nach § 286 Abs. 1 BGB a.F. stützte, im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine Berücksichtigung gefunden hat. Auch insoweit gibt § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verstärkt den Maßstab vor.⁷²³ Die Kardinalpflichten dürfen allerdings nicht ohne weiteres mit den Hauptpflichten eines Vertrages – in Abgrenzung zu den

⁷¹⁶ Diese grundlegende Differenzierung wird vor allem im Zusammenhang mit den sog. Kardinalpflichten vielfach nicht hinreichend berücksichtigt.

⁷¹⁷ Zur gestiegenen Bedeutung des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gegenüber dem früheren § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG siehe v. *Westphalen*, NJW 2002, 12, 18 f.

⁷¹⁸ BGHZ 89, 363 = NJW 1984, 1350 sog. „Kaltlager-Fall“ und *BGH*, NJW 1999, 1031.

⁷¹⁹ BGHZ 149, 89, 95 f.; 145, 203, 244; *BGH*, WM 1993, 24 = NJW 1993, 335, unter II 2a).

⁷²⁰ *BGH*, NJW 1985, 623, 627, 914, 916 „Tankschecksystem-Fall“.

⁷²¹ *BGH*, NJW 1985, 3016 „Textilveredelungsfall“.

⁷²² BGHZ 86, 284, 293; *OLG Stuttgart*, BB 1979, 1468; Palandt/*Heinrichs*, § 11 AGBG Rz. 42.

⁷²³ Ebenso gut kann hier auch § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB herangezogen werden, da die in §§ 280 Abs. 2, 286 BGB niedergelegte Haftungsfolge für Verzug zu den wesentlichen Grundgedanken des BGB zu zählen ist.

Schutz- oder Nebenpflichten – gleichgesetzt werden.⁷²⁴ Von daher kann es auch nicht verlangen, den Anspruch aus § 282 BGB auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB im Falle einfacher Fahrlässigkeit für allgemein abdingbar zu halten, zumal dieser Anspruch auch die Unzumutbarkeit der Leistung für den Gläubiger voraussetzt und eine Freizeichnung die Erreichung des Vertragszwecks jedenfalls gefährden würde. Für die vorgenannten Grundsätze zur Haftung für einfache Fahrlässigkeit ist dem Grunde nach eine Unterscheidung zwischen den Vertragsbeziehungen B2B und B2C nicht angezeigt. Die Kardinalstellung von Rechten und Pflichten hängt im Ergebnis nicht davon ab, ob der Kunde Verbraucher oder Unternehmer ist.

Zu beachten ist ferner, dass der *BGH* neuerdings auch bei B2B-Verträgen ein **Transparenzproblem** in dem Begriff der Kardinalpflichten sieht.⁷²⁵ Von einem durchschnittlichen Händler als juristischem Laien könne nicht erwartet werden, dass er den Inhalt der *BGH*-Rechtsprechung zu den so genannten „Kardinalpflichten“ kenne. Ihm erschließe sich deshalb ohne nähere Erläuterung auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre des Vertrags nicht, was mit „Kardinalpflichten“ gemeint ist. Möglich, aber auch ausreichend sei eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne dass die für den Typus des Vertragshändlervertrags wesentlichen Vertragspflichten, bei deren Verletzung der Vertragszweck gefährdet ist, abschließend aufgezählt werden müssten.

Weiterhin ist die Möglichkeit von **Haftungsbeschränkungen** zu diskutieren. Diese beschränken lediglich den Umfang der Haftung und lassen die Entstehung des Anspruchs dem Grunde nach unberührt. Hat die leicht fahrlässig verursachte Vertragsverletzung zu einem Vermögensschaden geführt, der nicht auf einer Verletzung von Leib und Leben beruht,⁷²⁶ so kann regelmäßig eine dem Vertragstyp angemessene Haftungsbeschränkung in den AGB wirksam festgelegt werden. Auch hierbei ist jedoch der Maßstab des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB strikt zu beachten, wonach die Erreichung des Vertragszwecks nicht gefährdet sein darf. Auch für das neue BGB gilt die frühere Rechtsprechung zur Begrenzung der Haftung auf eine bestimmte Höchstsumme. Summenmäßige Haftungsbeschränkungen sind danach zulässig, soweit sie in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Schadensrisiko stehen⁷²⁷ und der typi-

⁷²⁴ Anschaulich insoweit *BGH*, NJW 1990, 761 ff.: ein Haftungsausschluss für leicht fahrlässige Nebenpflichtverletzungen in Krankenhausbedingungen verstieß nur insoweit gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, als es um Schäden im Zusammenhang mit der medizinisch indizierten Desinfektion ging, nicht jedoch in Bezug auf die Verletzung von Obhutspflichten über die von den Patienten ins Krankenhaus eingebrachten Sachen.

⁷²⁵ *BGH*, NJW-RR 2005, 1496 = NJW 2006, 46 = WM 2005, 2002; *BGH*, CR 2006, 228.

⁷²⁶ Für Personenschäden gilt das abschließende Verbot des § 309 Nr. 7a BGB s.o.

⁷²⁷ *BGH*, NJW 1993, 335.

scherweise vorhersehbare Schaden abgedeckt ist.⁷²⁸ Als wirksam wurde schon früher eine Haftungsbegrenzung auf nicht vorhersehbare Schäden erachtet.⁷²⁹ Nach Auffassung des *BGH* ist ein Haftungsausschluss für entfernter liegende Schäden möglich.⁷³⁰ Fraglich ist hier, ob diese Regelung auch weiterhin Bestand haben kann. Hierbei ist der Rückgriff auf das internationale Kaufrecht wichtig (s. Art. 74 UN-Kaufrecht⁷³¹). Danach ist die Haftung auf vorhersehbare Schäden begrenzt. Dieser Gedanke sollte auch auf das neue BGB zur Anwendung kommen, so dass entsprechende Klauseln zulässig sind. Allein das Kriterium der Branchenüblichkeit von Freizeichnungen kann hingegen eine wirksame Abbedingung der Haftung im Bereich leichter Fahrlässigkeit nicht begründen.⁷³² Anders kann jedoch dann zu entscheiden sein, wenn weitere Umstände geeignet sind, die Erreichung des Vertragszwecks sicherzustellen. Verlässliche Kriterien sind hierfür bislang jedoch nicht entwickelt worden. Soweit der *BGH* in dem bereits zitierten „Werftwerkvertrag I-Fall“⁷³³ die Wirksamkeit der AGB neben dem Kriterium der Branchenüblichkeit auch auf die Umstände des Kaskoversicherungsschutzes des Geschädigten und dessen Möglichkeit zur Mitbeherrschung der von der Freizeichnung betroffenen Schadensrisiken stützt, handelt es sich anerkanntermaßen⁷³⁴ um einen Ausnahmefall, der einer Pauschalierung nicht zugänglich ist.

Vor § 307 Abs. 2 BGB haben folgende Klauseln Bestand:

- „Wir übernehmen im Falle leicht fahrlässig verursachter Pflichtverletzungen keine Haftung für untypische Folgeschäden, die mit dem vertragsimmanenten Risiko in keinem Zusammenhang stehen.“⁷³⁵
- „Die Haftung ist bei fahrlässiger Pflichtverletzung des Verwenders oder seines Erfüllungsgehilfen auf ... Euro begrenzt, sofern in Höhe dieses Betrages die vertragstypi-

⁷²⁸ S. dazu *BGHZ*, 77, 126, 130; *BGH*, NJW 1993, 335, 336; s. auch *OLG Köln*, Verbraucher und Recht 1997, 363.

⁷²⁹ S. *BGH*, NJW 1984, 1350, 1351.

⁷³⁰ S. dazu *BGH*, DB 1993, 221, 222; *BGH*, NJW 1985, 3016, 3018.

⁷³¹ Nach Art. 74 Satz 2 des UN-Kaufrechts darf der Schadensersatz den Verlust nicht übersteigen, „den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsabschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen“.

⁷³² *BGH*, NJW 1991, 1677, 2414. Siehe jedoch auch *BGH*, NJW 1998, 1640: Zulässigkeit der Haftungsbeschränkungen von Stromversorgern aufgrund allgemeiner Branchenübung.

⁷³³ *BGH*, NJW 1988, 1785.

⁷³⁴ In diese Richtung deutet *BGH*, NJW-RR 1998, 1426.

⁷³⁵ Zu diesen Folgeschäden sind allerdings weder der Nutzungsausfall noch die Kosten zur Ermittlung des Schadensumfangs zu rechnen, vgl. *BGH*, NJW-RR 1989, 953. Nach *OLG Köln*, NJW-RR 1987, 53, ist der Haftungsausschluss in Kfz-Reparaturbedingungen für einen merkantilen Minderwert wirksam bei Schäden anlässlich einer Probefahrt, nicht jedoch aufgrund der Reparatur selbst.

schen, vorhersehbaren Schäden abgedeckt werden und dem Schädiger grob schuldhaftes Verhalten nicht zur Last fällt.“⁷³⁶

- „Gehaftet wird nicht für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen des Verwenders oder seines Erfüllungsgehilfen, soweit es sich nicht um Pflichten handelt, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf.“

Zu beachten ist allerdings die neue Rechtsprechung in Bezug auf **Kardinalpflichten**. Wenn eine Klausel die vertragswesentlichen Pflichten lediglich schlagwortartig unter dem Begriff „Kardinalpflichten“ zusammenfasst, erschließt sich dem durchschnittlichen Kunden als juristischem Laien nicht ohne nähere Erläuterung, was mit „Kardinalpflichten“ gemeint ist. Deshalb soll der abstrakte Verweis auf die Einhaltung von Kardinalpflichten selbst im B2B-Bereich wegen Intransparenz unwirksam sein.⁷³⁷

Einem daraus folgenden Verstoß gegen das sich aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebende Verständlichkeitsgebot steht entgegen der Ansicht der Revision nicht entgegen, dass eine Konkretisierung derjenigen Pflichten, die als wesentliche Vertragspflichten zu qualifizieren sind, nicht durchführbar wäre. Zwar besteht die Verpflichtung, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, nur im Rahmen des Möglichen. Ob dieser Rahmen bei einer konkreten Aufzählung von vertragswesentlichen Pflichten – oder Regelbeispielen dafür – überschritten würde, weil sie, wie die Revision meint, notwendigerweise unvollständig wäre und nahe legen würde, dass die nicht genannten Pflichten keine wesentlichen Vertrags- oder „Kardinal“pflichten seien, kann dahinstehen. Möglich wäre aber jedenfalls eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne dass die für den Typus des Vertragshändlervertrages wesentlichen Vertragspflichten, bei deren Verletzung der Vertragszweck gefährdet ist, abschließend aufgezählt werden müssten. Als Formulierung denkbar wäre:

„Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern nicht Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betroffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.“

⁷³⁶ *BGH*, NJW-RR 2005, 1496; vgl. dazu *BGH*, NJW 1994, 335, 336.

⁷³⁷ *BGH*, NJW-RR 2005, 1496 = NJW 2006, 46 = WM 2005, 2002.

§ 475 Abs. 3 BGB enthält eine bemerkenswerte Lockerung der starren Verbraucherschutzbestimmungen im Bereich des **Verbrauchsgüterkaufs**. Hiernach gelten die Bestimmungen zur Unabdingbarkeit von Käuferrechten nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz. Insofern bleibt das Gesetz (m.E. unnötigerweise) im Korsett der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stecken.

Allerdings gilt dies nur „unbeschadet der §§ 307 bis 309 BGB“. Es verbleibt daher insofern bei der Inhaltskontrolle insbesondere nach § 309 Nr. 7b BGB.

Für Individualverträge kommt § 138 BGB zum Tragen, der einen gänzlichen Haftungsausschluss verbietet, im Übrigen aber Spielraum für Beschränkungen zulässt.

6. Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen

Neben Fragen der Haftungsfreizeichnung und -begrenzung nimmt die formularmäßige **Pauschalierung von Ersatzansprüchen des Verwenders** in der Praxis einen breiten Raum ein. Hier hat sich mit der Schuldrechtsmodernisierung eine bedeutsame Änderung der Rechtslage ergeben, die zu einer Vereinfachung der Rechtsanwendung führen und damit ihrer Verlässlichkeit Vorschub leisten wird.⁷³⁸

Während § 309 Nr. 5a BGB wörtlich dem früheren § 11 Nr. 5a AGBG entspricht, macht § 309 Nr. 5b BGB die Wirksamkeit der Klausel nun davon abhängig, dass dem Kunden ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden bzw. eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. Demgegenüber kam es nach § 11 Nr. 5b AGBG lediglich darauf an, dass dem Kunden der entsprechende Nachweis nicht „abgeschnitten“ werden durfte. In Konsequenz dieses „wenig klaren Kriteriums“⁷³⁹ hatte sich eine umfangreiche, kaum mehr überschaubare Rechtsprechung entwickelt, die in einer Vielzahl von Einzelentscheidungen begründet, warum die jeweilige Pauschalierungsklausel unwirksam ist, obwohl sich daraus keineswegs ausdrücklich das Abschneiden eines Nachweises i.S.d. § 11 Nr. 5b AGBG ergibt.⁷⁴⁰ Das wenig griffige „Negativkriterium“ ist somit zu Recht durch ein strengeres und eindeutiges „Positivkriterium“ ersetzt worden.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich ohne weiteres, dass die nach der alten Rechtslage als unwirksam einzustufenden Klauseln **auch vor § 309 Nr. 5b BGB keinen Bestand** haben kön-

⁷³⁸ In der Begründung zu dem Regierungsentwurf, BR-Drs. 338/01, 355, wird ausdrücklich auf den vorherigen Missstand hingewiesen, dass sich die Praxis vom Wortlaut des § 11 Nr. 5b AGBG weit entfernt und zu einer Einzelfallrechtsprechung geführt habe, die sich kaum sicher vorhersagen ließ.

⁷³⁹ Palandt/Heinrichs, § 309 Rz. 30.

nen.⁷⁴¹ Das nunmehrige Erfordernis einer ausdrücklichen Gestattung der Nachweisführung in den AGB führt vielfach jedoch auch zu einer Neubewertung von Klauseln, die bislang von der Rechtsprechung als wirksam erachtet wurden. Unzulässig sind demnach Formulierungen wie:

- ... wird ein Aufschlag von X % erhoben,⁷⁴²
- ... ist eine Entschädigung von 2 % zu entrichten,⁷⁴³
- ... kann X % ohne Nachweis als Entschädigung fordern,⁷⁴⁴
- ... sind maximal X Euro zu zahlen.⁷⁴⁵

Wirksam unter Berücksichtigung des § 309 Nr. 5b BGB ist jedoch eine Klauselfassung wie folgt:

Der Unternehmer kann wegen ... pauschal eine Entschädigung i.H.v. X % (des Kaufpreises) verlangen, sofern nicht der Kunde nachweist, dass die ihm anzulastende Vertragsverletzung zu keinem Schaden oder keiner Wertminderung geführt hat oder eine solche dem Unternehmer entstandene Einbuße wesentlich niedriger als die Pauschale ist“.

Das Merkmal „wesentlich“ ist in der Regel bei Abweichungen von etwa 10 % erfüllt, wobei bei niedrigen Pauschalen (z.B. Mahnkosten) eine höhere prozentuale Abweichung erforderlich ist und bei hohen Pauschalen eine geringere Abweichung genügen kann.⁷⁴⁶ Die vorgeschlagene Formulierung weist zudem – in Übereinstimmung mit der alten Rechtslage – darauf hin, dass der Kunde für den fehlenden oder geringeren Schaden nach den allgemeinen Regeln über die Darlegungs- und Beweislast beweispflichtig ist.⁷⁴⁷

Vor dem Hintergrund des § 11 Nr. 5b AGBG hatte sich in der Rechtsprechung die Auffassung gefestigt, dass es gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG auch im Verhältnis B2B unwirksam ist, wenn dem Kunden der **Gegenbeweis i.S.v. § 11 Nr. 5b AGBG abgeschnitten** wird, und zwar un-

⁷⁴⁰ Vgl. *BGH*, NJW 1984, 2941; NJW 1985, 634; ZIP 1996, 1997; *OLG Koblenz*, NJW-RR 1994, 59; *OLG Hamm*, NJW-RR 1995, 624; *OLG Oldenburg*, MDR 2000, 20.

⁷⁴¹ Gemessen an § 11 Nr. 5b AGBG waren nicht nur Klauseln unwirksam, die den Gegenbeweis expressis verbis untersagten, sondern auch solche, die dessen Unzulässigkeit auch mittelbar zum Ausdruck brachten, insbesondere dann, wenn die Pauschale „auf jeden Fall“, „mindestens“ oder „wenigstens“ zu zahlen war (vgl. *BGH*, NJW 1982, 2317; *BGH*, 1985, 632; *BGH*, 1988, 1374).

⁷⁴² *BGH*, NJW 1985, 321.

⁷⁴³ *OLG Hamm*, NJW-RR 1986, 273.

⁷⁴⁴ *BGH*, NJW 1982, 2317.

⁷⁴⁵ *OLG Zweibrücken*, VuR 1999, 269.

⁷⁴⁶ Palandt/*Heinrichs*, § 309 Rz. 31. Ein konkreter gesetzlicher Maßstab findet sich ausnahmsweise in § 651 Abs. 5 Satz 2 BGB. Hiernach kann der Reisende im Falle einer Erhöhung des Reisepreises um mehr als 5 % vom Vertrag zurücktreten.

⁷⁴⁷ Siehe dazu *OLG Düsseldorf*, WuW 1994, 951, 956.

abhängig davon, ob dieses Abschneiden ausdrücklich oder nur konkludent erfolgte.⁷⁴⁸ Fraglich ist nun, ob auch die strengeren Anforderungen des § 309 Nr. 5b BGB gleichermaßen im Rahmen des § 307 BGB Geltung beanspruchen. Damit steht nicht in Rede, dass auch weiterhin der ausdrückliche oder konkludente Ausschluss der Gegenbeweisführung im unternehmerischen Verkehr unzulässig ist; insoweit verlangt der allgemeine Grundsatz des Bereicherungsverbots im Schadensersatzrecht⁷⁴⁹ jedenfalls Beachtung. Vielmehr ist zu überlegen, ob auch im Bereich B2B aus § 307 BGB das Erfordernis eines ausdrücklichen Hinweises i.S.d. § 309 Nr. 5b BGB abzuleiten ist. Hiergegen bestehen im Ergebnis Bedenken, die sich im Ansatz aus § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB ergeben. Danach ist bei Anwendung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen. Auf Grund der üblichen geschäftlichen Erfahrung des Unternehmers als Kunde wird man einen ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit der Gegenbeweisführung für entbehrlich halten können, ohne gegen die in § 307 BGB niedergelegten Grundsätze zu verstoßen.⁷⁵⁰ Der geschäftliche Vertragspartner wird regelmäßig von sich aus Kenntnis davon haben, dass ihm der Nachweis eines fehlenden oder erheblich geringeren Schadens offen steht, und auch in der Lage sein, seine daraus resultierenden Rechte angemessen geltend zu machen. Der Umstand der geringeren Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners im unternehmerischen Verkehr hat auch in der Rechtsprechung des *BGH* Beachtung gefunden.⁷⁵¹ Schließlich steht auch das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht entgegen, da bei der Feststellung des dadurch lediglich konkretisierten Tatbestandes der „unangemessenen Benachteiligung“ nicht nur eine generelle überindividuelle Betrachtung vorzunehmen, sondern auch der typische Kundenkreis zu berücksichtigen ist.⁷⁵² § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB lässt sogar – für den Bereich der Verbraucherverträge – die Berücksichtigung konkret individueller Umstände zu. In einem „Erst-Recht-Schluss“ wird man diesen Aspekt auch zur Untermauerung des vorgefundenen Ergebnisses fruchtbar machen können. Für den Bereich B2B verbleibt es somit im Rahmen von § 307 Abs. 1 und 2 BGB bei der alten, an § 11 Nr. 5b AGBG orientierten Rechtslage.

Unter die AGB-Verbote betreffend die Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen nach § 309 Nr. 5 BGB fallen insbesondere die Ersatzansprüche nach §§ 280, 281 BGB, nicht aber

⁷⁴⁸ Vgl. *BGH*, NJW 1984, 2941; *BGH*, NJW 1994, 1068; *OLG München*, NJW 1995, 733. Großzügiger dagegen *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 5 Rz. 27: gegenüber Unternehmern führt nur der eindeutige Einwendungsausschluss zur Unwirksamkeit der Klausel.

⁷⁴⁹ Siehe dazu *MüKoBGB/Basedow*, § 11 Nr. 5 Rz. 25.

⁷⁵⁰ Ebenso *Palandt/Heinrichs*, § 309 Rz. 32; a.A. v. *Westphalen*, NJW 2002, 12, 20.

⁷⁵¹ *BGHZ* 131, 356.

⁷⁵² *Palandt/Heinrichs*, § 307 Rz. 4.

der Anspruch aus § 818 Abs. 1 BGB.⁷⁵³ Sofern man auch Minderungsansprüche nach den §§ 441, 638 BGB dazurechnen möchte,⁷⁵⁴ ergibt sich schon im Ansatz keine Kollision mit § 475 Abs. 1 BGB. Da eine entsprechende Pauschalisierung von Minderungsansprüchen regelmäßig nur in Einkaufsbedingungen vorgesehen ist, wird es zumeist schon an dem Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.v. § 474 Abs. 1 BGB fehlen. Abgesehen davon, stellt eine Pauschalisierung der Ansprüche aus §§ 441, 638 BGB keine Vereinbarung „zum Nachteil“ des Kunden dar, sondern dient der Stärkung seiner Rechtsposition.

Im Hinblick auf individualvertragliche Regelungen zur Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen bestehen hier keine Bedenken.

7. Verjährung

Schwierig ist die Beurteilung von Klauseln, die die **Verjährung von Ansprüchen** erschweren oder (umgekehrt) erleichtern.

Nach § 309 Nr. 8a ff) BGB sind Vereinbarungen **im B2C-Verhältnis unzulässig**, die eine Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen der §§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB und 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB erleichtern. „In sonstigen Fällen“ darf keine zu einer weniger als ein Jahr betragenden Verjährungsfrist ab der gesetzlichen Verjährungsfrist erreicht werden. § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB regelt die Haftung bei Bauwerken und -materialien; § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB die Haftung für Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht. Insofern besteht eine fünfjährige Verjährungsfrist, etwa beim Erwerb von Software, die integraler Bestandteil von Bauwerken ist.⁷⁵⁵ Abseits dieser Spezialfälle greift der Verweis in § 309 Nr. 8a BGB auf die Möglichkeit der Beschränkung der Verjährung auf ein Jahr. Es ist also möglich, durch AGB die zweijährige Gewährleistungsfrist auf ein Jahr zu verkürzen, sofern es um (den seltenen Fall) einer Lieferung neuer Sachen außerhalb von Verbrauchsgüterkaufverträgen sowie Werkverträge im B2C-Bereich geht.

Zu beachten ist ferner § 309 Nr. 7a und b BGB. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist steht im Haftungsfalle einer Beschränkung der gesetzlichen Haftung gleich.⁷⁵⁶ Insofern stehen Ver-

⁷⁵³ BGHZ 102, 45.

⁷⁵⁴ Zustimmend i.E. Palandt/Heinrichs, § 309 Rz. 25 „analog anwendbar“; dagegen Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 5 Rz. 12.

⁷⁵⁵ BGH, NJW-RR 2003, 1320; BGH, MDR 2003, 1045.

⁷⁵⁶ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 440.

jährungsregelungen unter dem doppelten Vorbehalt, nämlich der **unzulässigen Verkürzung und der verkappten Gewährleistungsbeschränkung**.

Allerdings ergeben sich hier schwere Abgrenzungsprobleme. § 309 Nr. 8b BGB gilt nur für den Fall der „Mängel“, wie sich aus der Überschrift ergibt. Umfasst sind davon also nur die Fälle, in denen sich ein Recht aus der Mangelhaftigkeit der Sache oder Leistung selbst ergibt. Andere Schadensersatzansprüche fallen nicht unter die Verjährungsregelung. Insofern kommt es für die Zulässigkeit einer Verjährungsregelung entscheidend darauf an, ob die Anspruchsgrundlage mit einem Mangel in Verbindung steht oder nicht. Damit taucht spätestens hier noch einmal die alte Streitfrage auf, ob ein Schaden auf den Mangelwert einer Sache zurückzuführen ist oder nicht. Für nicht-mangelbezogene Ansprüche kann die Verjährung im Rahmen von § 307 BGB geregelt werden, wobei gleichzeitig zu bedenken ist, dass § 202 Abs. 1 BGB eine Verjährungsverkürzung in Bezug auf vorsätzliches Handeln ausschließt.

§ 309 Nr. 8 BGB gilt ferner **nur für die Lieferung neuer Waren**. Gebrauchtprodukte fallen nicht unter die Regelung. Hier ist auf § 307 BGB zu achten.

Diese Überlegungen dürften **auch für den Fall der B2B-Geschäftsbedingungen** gelten. Hier kommt nach § 307 BGB der Rekurs auf vertragswesentliche Pflichten zum Tragen. Als Minimum für eine Verkürzung der Verjährung kommt hier der genannte Ein-Jahres-Zeitraum in Betracht. Denkbar ist aber auch eine großzügigere Behandlung in Bezug auf die Besonderheiten des kaufmännischen Verkehrs. § 309 Nr. 8a BGB entfaltet auch Indizwirkung für den kaufmännischen Verkehr.⁷⁵⁷ Anders als nach altem Recht spielt es aber bei der geforderten Gesamtbetrachtung keine entscheidende Rolle mehr, dass die gesetzlichen Verjährungsfristen unangemessen kurz sind.⁷⁵⁸ Aus der alten Rechtsprechung lässt sich vielmehr nur der Grundgedanke entnehmen, dass bei Verkürzung der Verjährung dem Käufer noch die Gelegenheit gegeben werden muss, verborgene Mängel zu entdecken. So dürfte eine Verkürzung der Gewährleistung von fünf Jahren bei Bauwerken auf sechs Monate auch nach neuem Recht unzulässig sein.⁷⁵⁹ Unwirksam ist ebenfalls eine Vorverlegung des Verjährungsbeginns vor den Moment der Ablieferung.⁷⁶⁰ Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass jedenfalls für den Regelfall eine Verkürzung auf weniger als ein Jahr auch für den rein unternehmerischen Bereich nicht zulässig ist.

⁷⁵⁷ *BGH*, NJW 1993, 2054.

⁷⁵⁸ So noch *Wolf/Horn/Lindacher*, *AGBG*, § 11 Nr. 10f Rz. 18.

⁷⁵⁹ *BGH*, NJW 1981, 1510, 1511.

⁷⁶⁰ *BGH*, NJW 1981, 1510, 1511.

§ 475 BGB verbietet Vereinbarungen, die von den Bestimmungen zum **Verbrauchsgüterkauf** (Untertitel 3) abweichen. Zu diesen gesetzlichen Vorgaben zählt auch § 479 Abs. 2 BGB, der die Verjährung von Regressansprüchen des Unternehmers gegen seinen Lieferanten regelt (§ 478 Abs. 2 BGB). Allerdings sind diese Ansprüche keine, die das Verhältnis Unternehmer – Verbraucher betreffen. Insofern greift § 475 Abs. 1 BGB nicht. Wichtiger ist § 475 Abs. 2 BGB, wonach die Verjährung beim Verbrauchsgüterkauf vor Mitteilung eines Mangels nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden kann, sofern die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr, führt. Nun beträgt die gesetzliche Verjährungsfrist bei den meisten Kaufgegenständen zwei Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Insofern lässt das BGB beim Verbrauchsgüterkauf eine Verkürzung der Verjährung allenfalls für gebrauchte Sachen zu.

Zur **Verjährungsverlängerung** gab es früher die Regelung in § 225 BGB a.F., wonach die Verjährung nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder erschwert werden kann (§ 225 Satz 1 BGB). Erleichterungen der Verjährung galten als zulässig (§ 225 Satz 2 BGB). Einschlägig ist nunmehr § 202 BGB. Hiernach kann die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden (§ 202 Abs. 1 BGB). Ausgenommen von Verjährungsregelungen sind ferner der Bereich der Garantie (§ 444 BGB), da eine Verjährungsverkürzung einem unzulässigen Gewährleistungsausschluss gleichkäme. Über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren hinaus darf die Verjährung nicht erschwert werden (§ 202 Abs. 2 BGB). Damit sind aber verjährungsverlängernde Vereinbarungen in den Grenzen von § 202 Abs. 2 BGB erlaubt.

8. Verzug und Unmöglichkeit/Leistungsstörungen

Die frühere Regelung in § 11 Nr. 8 AGBG zum Verzug und zur Unmöglichkeit sind, bedingt durch die Änderungen des BGB, gestrichen worden. An die Stelle ist nunmehr § 309 Nr. 8a BGB getreten. Hiernach ist eine Bestimmung unwirksam, die bei einer vom Verwender zu vertretenden, nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des Werks bestehenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt. Der Anwendungsbereich der Vorschrift reduziert sich daher auf die reine Frage des Rücktrittsrechts; zur Frage der Haftung ist § 309 Nr. 7b BGB zu beachten. Die Regelung setzt in konsequenter Weise die dogmatischen Änderungen des BGB zum Leistungsstörungsrecht um; an die Stelle von Verzug und Unmöglichkeit tritt nunmehr der Tatbestand der „zu vertretenden Pflichtverletzung“. Die bisherige Regelung zum Teilverzug und zur Teilunmöglichkeit (§ 11 Nr. 9 AGBG) geht nunmehr in § 309 Nr. 8a BGB auf.

Zu beachten sind ferner die besonderen Regeln zum Rücktritt bei höherer Gewalt ohne Verschulden des Verkäufers. Bislang war ein Rücktrittsvorbehalt zulässig, jedoch nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund. Dies wird sich mit § 308 Nr. 3 i.V.m. Nr. 8 BGB ändern. Sofern der Verwender sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages bei Nichtverfügbarkeit der Leistung lösen möchte, kann er dies bei sachlich gerechtfertigtem Grund tun; er muss dann aber den Käufer unverzüglich von der Nichtverfügbarkeit der Leistung informieren und unverzüglich die Gegenleistung erstatten.

9. UN-Kaufrecht

Literatur:

Bierekoven, Vor- und Nachteile des UN-Kaufrechts für den Softwareerwerb und -vertrieb, ITRB 2008, 19.

Häufig finden sich in AGB **Rechtswahlklauseln**, wonach „deutsches Recht **unter Ausschluss des UN-Kaufrechts** gilt“. Fraglich ist, ob solche Klauseln auch künftig noch sinnvoll sind. Das UN-Kaufrecht ist innerhalb seines Anwendungsbereichs als Teil der deutschen Rechtsordnung mit Vorrang gegenüber Art. 27 ff. EGBGB anwendbar. Innerhalb seines Anwendungsbereiches sowie bei parteilicher Vereinbarung deutschen Rechts kommt das UN-Kaufrecht daher zur Anwendung. Allerdings hält die herrschende Meinung mit Berufung auf Art. 6 des Abkommens eine Abbedingung der Regeln für möglich.

Künftig wird man, sich allerdings fragen müssen, ob eine solche Abbedingung überhaupt noch sinnvoll ist. Das UN-Kaufrecht war das Vorbild der Schuldrechtsreform. Man kann daher keine größeren Unterschiede mehr zwischen dem BGB und dem UN-Kaufrecht erkennen; insbesondere spielt der frühere Grund für die Abbedingung, die angeblich besonders ausgeprägte Käuferfreundlichkeit des Abkommens, künftig keine Rolle mehr. Beide Regelwerke gehen vor allem im kaufrechtlichen Gewährleistungssystem vom Leitbild des Gattungskaufes aus und definieren die Mangelfreiheit als Gegenstand der Erfüllungspflicht.⁷⁶¹ Es ist daher zu empfehlen, von der Abbedingung abzusehen und künftig nur noch zu vereinbaren: „Es gilt deutsches Recht“.

10. Musterklausel Gewährleistung/Haftung

Bei allen Gefahren und Risiken, die in Musterklauseln und Geschäftsbedingungen stecken, sei hier abschließend der Versuch gewagt, eine halbwegs brauchbare und wirksame Gewährleis-

tungs- und Haftungsklausel vorzustellen. Dabei übernimmt der Verfasser selbstverständlich keine Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit dieser Klauseln. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Klauseln zu Gewährleistung und zu den Rügepflichten nicht für den Verbrauchsgüterkauf gelten. In diesem Bereich sind Klauseln zur Gewährleistung generell nicht sinnvoll; stattdessen empfiehlt sich hier (lediglich) eine Regelung zur Haftung.

a) AGB-Vorschläge zur Gewährleistung (nicht für Verbrauchsgüterkauf)

aa) Gewährleistung

Mängel der gelieferten Sache einschließlich der Handbücher und sonstiger Unterlagen werden vom Lieferanten innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von zwei Jahren ab Ablieferung nach entsprechender Mitteilung durch den Anwender behoben. Dies geschieht nach Wahl des Käufers durch kostenfreie Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Im Falle der Ersatzlieferung ist der Käufer verpflichtet, die mangelhafte Sache zurückzugewähren.

Kann der Mangel nicht innerhalb angemessener Frist behoben werden oder ist die Nachbesserung oder Ersatzlieferung aus sonstigen Gründen als fehlgeschlagen anzusehen, kann der Käufer nach seiner Wahl Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Von einem Fehlschlagen der Nachbesserung ist erst auszugehen, wenn dem Lieferanten hinreichende Gelegenheit zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung eingeräumt wurde, ohne dass der gewünschte Erfolg erzielt wurde, wenn die Nachbesserung oder Ersatzlieferung ermöglicht ist, wenn sie vom Lieferanten verweigert oder unzumutbar verzögert wird, wenn begründete Zweifel hinsichtlich der Erfolgsaussichten bestehen oder wenn eine Unzumutbarkeit aus sonstigen Gründen vorliegt.

bb) Untersuchungs- und Rügepflicht

(1) Der Käufer ist verpflichtet, die gelieferte Ware auf offensichtliche Mängel, die einem durchschnittlichen Kunden ohne weiteres auffallen, zu untersuchen. Zu den offensichtlichen Mängeln zählen auch das Fehlen von Handbüchern sowie erhebliche, leicht sichtbare Beschädigungen der Ware. Ferner fallen Fälle darunter, in denen eine andere Sache oder eine zu geringe Menge geliefert werden. Solche offensichtlichen Mängel sind beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach Lieferung schriftlich zu rügen.

⁷⁶¹ Art. 35 UN-Kaufrecht.

(2) Mängel, die erst später offensichtlich werden, müssen beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach dem Erkennen durch den Anwender gerügt werden.

(3) Bei Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht gilt die Ware in Ansehung des betreffenden Mangels als genehmigt.

b) Vorschläge zur Haftung (inkl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 475 Abs. 3 BGB)

Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern nicht Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betroffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.

VI. Sonstiges

Als Schlussklauseln vieler Verträge finden sich salvatorische Klauseln, Schriftformerfordernisse für Nebenabreden sowie Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln.

Nach der Rechtsprechung des *BGH*⁷⁶² führt eine **salvatorische Klausel**, wonach durch die etwaige Ungültigkeit einer oder mehrerer Bestimmungen dieses Vertrages die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt wird, zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast.⁷⁶³ Nach der Begründung des *BGH* entbindet die Klausel zwar nicht von der nach § 139 BGB vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen oder aber den Rest hätten gelten lassen. Bedeutsam, so der *BGH*, sei die Klausel jedoch für die Darlegungs- und Beweislast: Abweichend von § 139 BGB trifft sie im Hinblick auf die Klausel denjenigen, der entgegen der Erhaltungsklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält.⁷⁶⁴ Als bedenklich gilt allerdings eine Klausel, dass eine nichtige oder unwirksame Bestimmung durch eine solche zu ersetzen ist, die dem wirtschaftlich Gewollten in zulässiger Weise am Nächsten kommt; denn damit besteht eine Vermutung für die Wirksamkeit der nicht betroffenen Regelungen, die die andere Seite nicht widerlegen kann.⁷⁶⁵

⁷⁶² *BGH*, NJW 2002, 347 ff.

⁷⁶³ Ähnlich jetzt auch *BGH*, NJW 2005, 2225 = MDR 2005, 1040 = NZM 2005, 502.

⁷⁶⁴ *OLG Celle*, IBR 2005, 1234.

⁷⁶⁵ *BGH*, NJW 2005, 2225 = MDR 2005, 1040 = NZM 2005, 502.

Bezüglich der **Schriftform** ist die Rechtsprechung des *BGH*⁷⁶⁶ zur auch stillschweigend möglichen Abänderung sog. einfacher Schriftformerfordernisse zu beachten. Die Parteien können den vereinbarten Formzwang jederzeit aufheben.⁷⁶⁷ Als „actus contrarius“ zur formfreien Begründung des Formzwanges ist die Aufhebung der Formabrede gleichfalls formfrei. Einfache Schriftformklauseln können stillschweigend abbedungen werden, auch wenn die Parteien bei ihrer mündlichen Abrede nicht an die Schriftform gedacht haben.⁷⁶⁸ Es genügt, dass die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben.⁷⁶⁹ Unwirksam ist eine Schriftformklausel, wenn sie dazu dient, insbesondere nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen, indem sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine (lediglich) mündliche Abrede sei entgegen allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam.⁷⁷⁰

Das anwendbare Recht kann (scheinbar) vertraglich durch eine **Rechtswahlklausel** geregelt werden. Die Parteien vereinbaren die Anwendung einer bestimmten Urheberrechtsordnung auf ihre Rechtsbeziehungen. Nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO unterliegt ein Vertrag vorrangig dem von den Parteien gewähltem Recht. Treffen die Parteien demnach eine Vereinbarung darüber, welches Recht Anwendung finden soll, ist diese immer vorrangig zu beachten. Dabei kommt sogar die Annahme einer konkludenten Rechtswahl in Betracht. Insbesondere die Vereinbarung eines Gerichtsstandes soll ein (widerlegbares) Indiz für die Wahl des am Gerichtsort geltenden materiellen Rechts sein.⁷⁷¹ Wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, bestimmt sich das anwendbare Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO. Die Ermittlung erfolgt auf Grund objektiver Umstände – also im Wege einer **objektiven Anknüpfung**. Der Grundgedanke des Art. 4, der an die Stelle von Art. 28 EGBGB getreten ist, stimmt mit der alten Rechtslage überein. So sollen Verträge derjenigen Rechtsordnung unterstellt werden, mit der sie **am engsten verbunden** sind.⁷⁷² Allerdings weist die äußere Struktur der objektiven Anknüpfungsnorm deutliche Unterschiede zur alten Rechtslage auf.⁷⁷³ Während Art. 28 EGBGB a.F. ganz allgemein vom Prinzip der engsten Verbindung ausging, das Vorliegen eines solch territorialen Bezugs gemäß den Absätzen 2–4 vermutet wurde und Art. 28 Abs. 5 EGBGB a.F. eine Auflockerungsregelung vorsah, konkretisiert Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO

⁷⁶⁶ *BGH*, NJW-RR 1991, 1289 = WM 1991, 1398.

⁷⁶⁷ BGHZ 66, 378, 380 ff.

⁷⁶⁸ BGHZ 71, 162, 164.

⁷⁶⁹ *BGH*, NJW 1962, 1908; *BGH*, NJOZ 2002, 833.

⁷⁷⁰ *BGH*, NJW 2001, 292 = NZV 2001, 124; ähnlich *KG Berlin*, NZM 2005, 457.

⁷⁷¹ So *BGH*, JZ 1961, 261; *BGH*, WM 1969, 1140, 1141; *OLG Hamburg*, VersR 1982, 236; *OLG Frankfurt*, RIW 1983, 785.

⁷⁷² *MüKo/Martiny*, Band 10, 5. Aufl., München 2010, Art. 4 Rom I-VO Rz. 1.

⁷⁷³ *Staudinger*, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 4 Rom I-VO Rz. 1.

grundsätzlich die vertragscharakteristische Leistung relativ starr für einzelne Vertragsarten.⁷⁷⁴ Die charakteristische Leistung als solche wird erst an zweiter Stelle genannt.⁷⁷⁵ Bei Kaufverträgen über Software entscheidet gemäß Art. 4 Abs. 1a Rom I-VO folglich der Sitz des Verkäufers über das anwendbare Recht. Kompliziert wird die Rechtslage, wenn der Käufer nicht nur die Zahlung der Software, sondern auch umfangreiche Vermarktungs- und Verwertungspflichten versprochen hat. Eine klare Zuordnung zu einem der in Abs. 1 aufgeführten Vertragstypen ist nicht möglich, so dass auf Abs. 2 zurückgegriffen werden muss. Es ist das Recht des Staates anwendbar, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Ermittlung der charakteristischen Leistung bedingt keine Besonderheiten.⁷⁷⁶ In dem oben genannten Fall können die nicht-pekuniären Pflichten des Käufers durchaus den Vertrag bestimmen, so dass je nach Bedeutung dieser Pflichten das Heimatrecht des Käufers zur Anwendung kommen kann. Kann das anzuwendende Recht zwar ausweislich der Absätze 1 und 2 ermittelt werden, besteht aber eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat, greift die Ausweichklausel des Absatzes 3. Diese Regelung ist ein Korrektiv für Ausnahmefälle. Dagegen gibt Absatz 4 dem Rechtsanwender auf, die Rechtsordnung über das Prinzip der engsten Verbindung zu ermitteln, sofern die ersten beiden Absätze zu keinem Ergebnis führen.⁷⁷⁷ Die bisherige Ausgangsregelung des Art. 28 EGBGB a.F. hat somit nur noch den Rang eines Auffangtatbestandes.⁷⁷⁸ Darüber hinaus ist zu beachten, dass das gewählte Recht allein für die vertraglichen Rechtsbeziehungen entscheidend ist. So werden die oftmals auftretenden deliktischen Rechtsfragen nicht dem gewählten Vertragsstatut unterstellt, sondern nach dem Deliktsstatut beurteilt. Seit Inkrafttreten der Rom II-VO gilt gemäß Art. 8 Abs. 1 das **Schutzlandprinzip**. Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sog. **lex loci protectionis**.⁷⁷⁹ Die umstrittene Frage, ob bei Urheberrechtsverletzungen direkt auf die Tatortregel des Art. 40 Abs. 1 EGBGB zurückgegriffen werden kann, oder ob die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB zur Anwendung gelangt,⁷⁸⁰ kann demnach dahingestellt bleiben. Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der *lex loci protectionis*.⁷⁸¹ Hierzu zäh-

⁷⁷⁴ *Staudinger*, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 4 Rom I-VO Rz. 1.

⁷⁷⁵ *MüKo/Martiny*, Band 10, 5. Aufl. 2010, Art. 4 Rom I-VO Rz. 1.

⁷⁷⁶ *Mankowski*, *RabelsZ* (63) 1999, 203, 220 f.

⁷⁷⁷ *Staudinger*, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 4 Rom I-VO Rz. 1.

⁷⁷⁸ *MüKo/Martiny*, Band 10, 5. Aufl. 2010, Art. 4 Rom I-VO Rz. 270.

⁷⁷⁹ *Sack*, *WRP* 2000, 269, 270.

⁷⁸⁰ Vgl. hierzu *Sack*, *WRP* 2000, 269, 271.

⁷⁸¹ Seit langem schon anderer Ansicht ist *Schack*, zuletzt in *MMR* 2000, 59, 63 f.

len die Entstehung des Urheberrechts,⁷⁸² die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.⁷⁸³

Das deutsche Urheberrechtsgesetz enthält jedoch **zwingende Regelungen** zu Gunsten des Urhebers, die nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgehebelt werden können.⁷⁸⁴ Hierzu zählen die Regelungen über Urheberpersönlichkeitsrechte, der Zweckübertragungsgrundsatz, die Regelungen zur angemessenen Vergütung von Urhebern und zur weiteren Beteiligung bei einem besonders erfolgreichen Werk (§§ 32, 32a UrhG; siehe ausdrücklich § 32b Nr. 2 UrhG) sowie das Rückrufrecht wegen gewandelter Überzeugung (§ 41 UrhG). Ferner gilt eine Rechtswahlklausel von vornherein nicht für das Verfügungsgeschäft, also die rechtliche Beurteilung der Übertragung von Nutzungsrechten.⁷⁸⁵ Wenngleich den Parteien also die Möglichkeit eingeräumt wird, das auf ihre vertraglichen Beziehungen anwendbare Recht zu bestimmen, gibt es viele Bereiche, die sich einer derartigen Rechtswahl entziehen. Deutsches Urheberrecht findet folglich auch dann Anwendung, wenn geschützte Inhalte, die auf einem Server im Ausland abgelegt sind, in Deutschland zugänglich gemacht werden.⁷⁸⁶

Darüber hinaus ist zu beachten, dass das gewählte Recht allein für die vertraglichen Rechtsbeziehungen entscheidend ist. So werden die oftmals auftretenden deliktischen Rechtsfragen nicht dem gewählten Vertragsstatut unterstellt, sondern nach dem Deliktsstatut beurteilt. Wenngleich umstritten ist, ob bei Urheberrechtsverletzungen direkt auf die 1999 eingefügte Tatortregel des Art. 40 Abs. 1 EGBGB zurückgegriffen werden kann oder ob die Ausweisklausel des Art. 41 EGBGB zur Anwendung gelangt,⁷⁸⁷ gilt hier, dem geistigen Eigentum Rechnung tragend, nach allgemeiner Meinung das **Schutzlandprinzip**.⁷⁸⁸ Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sog. **lex loci protectionis**.⁷⁸⁹ Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der *lex loci protec-*

⁷⁸² So auch BGHZ 49, 331, 334 f.; BGH, GRUR 1982, 308 = IPRax 1983, 178; OLG Frankfurt, BB 1983, 1745; OLG München, GRUR Int. 1990, 75.

⁷⁸³ BGH, NJW 1998, 1395 = MMR 1998, 35 – Spielbankaffäre mit Anm. Schricker; ähnlich auch LG Hamburg, NJW 2002, 623 = ZUM 2002, 156.

⁷⁸⁴ Vgl. hierzu auch Hoeren/Thum, in: Dittrich (Hrsg.), Beiträge zum Urheberrecht V, Wien 1997, 78.

⁷⁸⁵ Siehe auch BGH, MMR 1998, 35 = NJW 1998, 1395 = GRUR Int. 1998, 427 – Spielbankaffäre m. Anm. Schricker; daraufhin auch ähnlich OLG München, MMR 2002, 312 = ZUM 2003, 141.

⁷⁸⁶ LG Hamburg, GRUR Int. 2004, 148 = MMR 2004, 558 = CR 2004, 855 – Thumbnails.

⁷⁸⁷ Vgl. hierzu Sack, WRP 2000, 269, 271.

⁷⁸⁸ RGZ 129, 385, 388; BGHZ 118, 394, 397 f. = NJW 1992, 2824 = GRUR 1992, 697; BGHZ 126, 252, 255 = NJW 1994, 2888; BGHZ 136, 380, 385 f. = NJW 1998, 1395; Staudinger/v. Hoffmann (1998), Art. 38 EGBGB Rz. 574.

⁷⁸⁹ Sack, WRP 2000, 269, 270.

tionis.⁷⁹⁰ Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts,⁷⁹¹ die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.⁷⁹²

VII. Das Erkenntnisverfahren bei Gewährleistungs- und Verzugsprozessen

Literatur:

Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., Köln 2009; *Redeker*, Der EDV-Prozess, 2. Aufl., München 2000; *Brandi-Dohrn*, Der Software-Mängelprozess und seine Vorbereitung, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993, Kapitel XIX.

Der Anwender eines mangelbehafteten Programms hat eine Reihe von Ansprüchen und Rechten. Häufig liegt ihm weniger an der Wandlung als an der Nacherfüllung. Mit der Rückzahlung oder Minderung des Kaufpreises ist ihm wenig gedient; er will vielmehr die Herstellung der Funktionstauglichkeit „seines“ Programms. Kommt es aber erst einmal zu einem Prozess, geht es meist nur noch um Rücktritt oder Schadensersatz. Beginnt der Lieferant den Prozess, geht es ihm um die Verurteilung des Anwenders zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises oder Werklohns. Will der Anwender sich hiergegen mit dem Einwand auf bestehende Mängel verteidigen, besteht die Möglichkeit einer Widerklage.

1. Vorbereitung des Prozesses

a) Beweisprobleme bei Mängeln

Im Vorbereitungsstadium ist zunächst die **Beweisbarkeit von Mängeln** zu klären.

Die Parteien können zum einen über die **Sollbeschaffenheit** streiten. Für die Feststellung solcher Mängel ist demnach das **Pflichtenheft** oder zumindest eine Leistungsbeschreibung von zentraler Bedeutung. Fehlt es an solchen Unterlagen, kann es ausreichen, dass die verlangten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind. Wichtig sind Gesprächsnotizen, Korrespondenz und technische Aufzeichnungen. Es muss konkret vorgetragen werden, was bei welchem Verkaufsges-

⁷⁹⁰ Seit langem schon anderer Ansicht ist *Schack*, zuletzt in MMR 2000, 59, 63 f.

⁷⁹¹ So auch BGHZ 49, 331, 334 f.; BGH, GRUR 1982, 308 = IPRax 1983, 178; OLG Frankfurt, BB 1983, 1745; OLG München, GRUR Int. 1990, 75.

⁷⁹² BGH, NJW 1998, 1395 = MMR 1998, 35 – Spielbankaffaire m. Anm. *Schricker*; ähnlich auch LG Hamburg, NJW 2002, 623 = ZUM 2002, 156.

sprach gesagt worden ist.⁷⁹³ Auch die Möglichkeit eines **Zeugenbeweises** muss geklärt werden. Gelingt die Darlegung, ist die weitere Prozessführung einfach. Denn gerade die Abweichung von vertraglichen Vorgaben ist aus der Sicht der Gerichte die erfreulichste Fehlergruppe: Es bedarf hier meist nicht umständlicher **Sachverständigengutachten** und Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Stattdessen geht es nur noch darum, ob eine bestimmte Leistung des Programms entsprechend den Vereinbarungen vorhanden ist oder nicht. Rügen müssen substantiiert dargelegt werden, so dass ein Sachverständiger sie überprüfen kann. Ein Laie muss sich bei Bedarf ein Privatgutachten erstellen lassen.⁷⁹⁴

Schwierig wird es, wenn solche Leistungsanforderungen fehlen. Hier kann nur noch der **gewöhnliche Gebrauch** eines Programms als Vergleichsmaßstab herangezogen werden.

Die Parteien können zum andern über **Fehler in der Istbeschaffenheit** streiten. Besondere Probleme treten dann aber in Fällen auf, in denen die Fehlfunktionen während bestimmter Arbeitsabläufe mit der DV-Anlage auftreten, ohne auf einem als spezifischem Softwarefehler erkennbaren Grund zu beruhen.⁷⁹⁵ Solche Fehler sind zunächst auf ihre Reproduzierbarkeit hin zu untersuchen. Die Rekonstruktion des Fehlerauftritts macht dabei in der Erforschungs- und Problemeingrenzungsphase die Führung eines „Fehler-Logbuches“ sinnvoll. Der DV-Laie braucht nur das Erscheinungsbild des Fehlers zu beschreiben.⁷⁹⁶ Es ist unschädlich, wenn der Anwender zusätzlich falsche Ursachen angibt.⁷⁹⁷ Ferner ist nach Möglichkeit auszusprechen, dass der Fehler auf einer ggf. von einem anderen Hersteller stammenden Hardwarekomponente beruht. Andernfalls ist damit zu rechnen, dass Hardware- und Softwarelieferant sich sowohl in den Vorverhandlungen als auch im Prozess jeweils mit dem Verweis auf den anderen der Verantwortlichkeit zu entziehen versuchen.

b) Fristsetzung

Ist die Aufbereitung und Klärung der Mangelfrage soweit abgeschlossen, so empfiehlt sich, über **eine mögliche Fristsetzung** nachzudenken. In vielen Fällen verlangt das Gesetz, dass der Anwender den Lieferanten zumindest zur Mängelbeseitigung auffordert. Beim beiderseitigen Handelskauf hat der Käufer nach § 377 HGB⁷⁹⁸ die gelieferte Soft- bzw. Hardware unverzüglich nach Ablieferung zu untersuchen und erkannte Mängel zu rügen. Bei einem Werk-

⁷⁹³ OLG Köln, NJW-RR 1997, 1533; OLG Köln, CR 1997, 613.

⁷⁹⁴ LG Stuttgart, CR 1992, 226.

⁷⁹⁵ Zahrnt, Die Rechtsprechung zur Beweislast bei Fehlern in Standardsoftware, NJW 2002, 1531.

⁷⁹⁶ OLG Köln, NJW 1991, 2156.

⁷⁹⁷ BGH, NJW 1999, 1330.

⁷⁹⁸ BGH, CR 2002, 93.

vertrag kann der Besteller den Unternehmer zur Nacherfüllung auffordern (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB). Bevor er Ersatz für Aufwendung oder Minderung geltend machen kann, muss die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder nicht erfolgt sein. Innerhalb der Reichweite des UN-Kaufrechts trifft die Pflicht zur Mängelrüge jedermann (Art. 39 CISG). In Fällen des Verzugs mit der Lieferung oder der Mängelbeseitigung muss der Käufer den Verkäufer zur Lieferung innerhalb einer angemessenen Nachfrist auffordern, um nach deren Ablauf Schadensersatz verlangen oder vom Vertrag zurücktreten zu können. Die Grenzen dieser Vorschriften sind im Einzelnen streitig. Es ist daher ratsam, im Zweifel eine Frist zur Nachbesserung bzw. Nachlieferung mit Ablehnungsandrohung zu setzen.

Dabei ist auf die **Angemessenheit der Frist** zu achten. Zwar setzt auch eine zu kurze Frist eine angemessene in Lauf, doch hat die Ablehnung eines Leistungsangebotes nach Ablauf nur der zu kurzen Frist die Unrechtmäßigkeit der Annahmeverweigerung zur Folge. Angemessen ist eine Frist, wenn sie für einen um die Beseitigung des Fehlers bemühten Vertragspartner ausreicht, um die Mängel zu beseitigen, sofern er die dazu nötigen Arbeiten unverzüglich in Angriff nimmt.⁷⁹⁹ So wurde bei einer Vielzahl von Nachbesserungswünschen eine Frist von 14 Tagen als unangemessen kurz angesehen.⁸⁰⁰ Auf während der Vertragsdurchführung entstandene Änderungen – z.B. Aktualisierung des Pflichtenheftes oder Ergänzung des Leistungsumfanges um weitere Programmfunktionen – ist durch entsprechend längere Fristen Rücksicht zu nehmen.

Bei Klagen des Lieferanten auf Zahlung des Kaufpreises oder Werklohns ist darauf zu achten, dass der Anwender sich mit seiner Zahlung wirklich in **Verzug** befindet, also eine nach § 284 Abs. 2 BGB evtl. **erforderliche Mahnung** erfolgt ist. Der Werklohn wird bei Abnahme fällig, § 641 BGB. Außerdem ist zu überlegen, ob nicht vor Klageerhebung der Versuch unternommen werden sollte, die Zahlung mit Hilfe des Mahnverfahrens nach §§ 688 ff. ZPO zu erhalten.

c) Risikoanalyse und Alternativen

Bei der anschließenden Bewertung der Prozessrisiken sind eine Reihe möglicher Kostenfaktoren zu beachten. Vor allem sind die **hohen Kosten des Beweises** von Mängeln durch DV-Sachverständige zu beachten. Häufig steht die Höhe der geltend gemachten Minderung oder des Schadensersatzes in keiner angemessenen Relation zu den Kosten des Sachverständigen-

⁷⁹⁹ *KG Berlin*, CR 1990, 768, wonach 10 Tage für die Beseitigung von Druckerproblemen hinreichend sei; *BGH*, NJW-RR 1993, 178.

⁸⁰⁰ *LG München I*, CR 1992, 474, 476.

gutachtens. Wegen des keineswegs selbstverständlichen Sachverständigen selbst von vereidigten Sachverständigen ist eine kritische Würdigung des Sachverständigengutachtens sehr wichtig.⁸⁰¹ Auch zieht sich ein Verfahren zeitlich in die Länge, so dass die streitbefangene Leistung veraltet und damit entwertet ist. Auch ist dem Anwender oft weniger mit der Rückzahlung des Kaufpreises geholfen; er wird eine effiziente Nachbesserung und weitere Unterstützungsleistungen des Lieferanten bevorzugen.

Als Alternativen zu einem Gerichtsverfahren sollte der Anwender zunächst die Möglichkeit eines **gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs** in Betracht ziehen. Zu beachten ist dabei, dass alle im Vergleich zu regelnden Leistungen, insbesondere auch Gegenleistungen, die Zug-um-Zug zu erbringen sein sollen, in vollstreckungsfähiger Form tituliert werden. Bezüglich der dabei bestehenden Probleme kann auf das zur Formulierung der Klageschrift Gesagte verwiesen werden.

Auch an eine **Kostenregelung** ist zu denken. Für den Fall einer Ratenzahlung sollte der Vergleich eine Verfallsklausel enthalten; diese verhindert, dass man bei unpünktlicher Ratenzahlung nur wegen der ausstehenden Raten und nicht gleich wegen der Gesamtsumme vollstrecken kann.

Auch besteht die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens; der abschließende Schiedsspruch steht einem Gerichtsurteil in der Durchsetzbarkeit gleich. Das Schiedsverfahren hat für den Lieferanten auch den Vorteil, dass es nicht-öffentlich ist. Softwaremängel werden folglich nicht coram publicum diskutiert und von dort aus über die Medien einer breiteren Öffentlichkeit vermittelt. So hilft das Schiedsverfahren zur Wahrung des Firmenimage.

Sollen nur die tatsächlichen Mängel parteiautonom geklärt werden, sollte die Möglichkeit eines Schiedsgutachtens in Betracht gezogen werden.

d) Selbständiges Beweisverfahren

Im Vorfeld von Gewährleistungsprozessen wird zu wenig vom **selbständigen Beweisverfahren** Gebrauch gemacht (§§ 485 ff. ZPO). Aufgrund eines solchen Verfahrens⁸⁰² kann ein Sachverständiger die Mängel des Programms „gerichtsfest“ feststellen und der Anwender anschließend die Mängel beseitigen, ohne dass er in Beweisprobleme käme. Ein solch vorgezogenes Beweisverfahren bietet sich daher vor allem an, wenn

⁸⁰¹ *Buechting/Heussen*, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 8. Aufl., München 2004, C 22. Rz. 46.

⁸⁰² Einzelheiten zum Verfahren bei *Bergmann/Streitz*, NJW 1992, 1726 f.; allgemein *Ulrich*, AnwBl. 2003, 26 ff., 78 ff. und 144 ff.

- der Anwender mangelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen oder löschen will,⁸⁰³
- Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können: Nach dem Wechsel auf ein anderes DV-System kann der Anwender das alte (streitbefangene) bald nicht mehr bedienen,
- der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können (allerdings besteht in diesem Fall auch die Möglichkeit, die Originaldiskette aufzubewahren und die Mängelbeseitigung an einer Kopie vorzunehmen),
- der Anwender möglichst schnell Gewissheit über die Fehlerhaftigkeit haben will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzulegen.

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB wird die Verjährung gehemmt, wenn der Antrag auf eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises dem Gegner zugestellt wird.

Das selbständige Beweisverfahren ist schneller als ein Hauptprozess und kann in vielen Fällen zur Vermeidung eines Hauptverfahrens führen.

aa) Zuständigkeit

Ist die Hauptsache noch nicht rechtshängig, ist für das selbständige Beweisverfahren **das Gericht zuständig, das nach den Angaben des Antragstellers für die Hauptsache zuständig wäre** (§ 486 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Folgt auf das selbständige Beweisverfahren ein Hauptsacheprozess, kann sich der Antragsteller nicht mehr auf die Unzuständigkeit des Gerichtes berufen. Ist die Hauptsache bereits rechtshängig, ist gemäß § 486 Abs. 1 ZPO das Prozessgericht örtlich zuständig. Eine Ausnahme von diesen Regelungen trifft § 486 Abs. 3 ZPO für Eilfälle. Für diese ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk sich der zu vernehmende Zeuge oder die zu begutachtende Sache oder Person befindet. § 486 ZPO soll sicherstellen, dass das selbständige Beweisverfahren am gleichen Gericht wie das Hauptsacheverfahren durchgeführt wird, so dass die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung gewährleistet bleibt. Diese örtliche Zuständigkeit kann daher auch nicht durch Parteivereinbarung geändert werden. Unzulässig in diesem Sinne ist jedoch nur die Festlegung einer besonderen Zuständigkeit für das Beweisverfahren, eine u.U. zulässige Gerichtsstandvereinbarung für das Hauptsacheverfahren wirkt dagegen auch für das selbständige Beweisverfahren.

⁸⁰³ Siehe *LG Oldenburg*, NJW 1992, 1771; *LG Oldenburg*, CR 1992, 1771.

bb) Verfahrensgegenstand und Auftragsbefugnis

Zur Verfügung steht zunächst die **Möglichkeit des Antrags nach § 485 Abs. 1 ZPO**. Dabei kann jede Augenscheinseinnahme, Zeugenvernehmung oder Sachverständigenbegutachtung Gegenstand des Verfahrens sein. Die weitreichenden Möglichkeiten dieser Verfahrensvariante sind im Gegenzug an enge Voraussetzungen geknüpft. So ist die Antragsbefugnis i.S.d. § 485 Abs. 1 ZPO nur bei Zustimmung des Gegners oder dann, wenn der Verlust bzw. die Erschwerung der Benutzung des Beweismittels zu befürchten ist, gegeben. Diese Voraussetzungen sind jedoch in der Praxis durchaus nicht selten. Hat der Anwender z.B. Anwendungssoftware erworben, deren Mangelhaftigkeit streitig ist, kann schon die Lieferung und Installation einer neuen Version (ohne dass dieses auf die Fehlerbeseitigung allein abzielen muss) den Verlust des Beweismittels befürchten lassen. Eine DV-Anlage für die Dauer eines Prozesses in exakt dem Zustand zu belassen, in dem der Fehler aufgetreten ist, kann unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten niemandem zugemutet werden. Die Voraussetzungen des § 485 Abs. 1 ZPO werden daher praktisch keinesfalls selten vorliegen.

Ungleich häufiger wird jedoch von der **Möglichkeit des § 485 Abs. 2 ZPO** Gebrauch gemacht. Diese Norm knüpft an die Antragsbefugnis geringere Voraussetzungen, schränkt dabei jedoch auch in Frage kommende Beweisthemen und -mittel ein. Es bedarf danach lediglich eines **Interesses des Antragstellers an der Feststellung des Wertes oder des Zustandes einer Sache**, der Ursache eines Sachmangels oder der für die Beseitigung des Schadens nötigen Aufwandshöhe. Für diese Fälle besteht die Möglichkeit der Begutachtung in Form eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Die praktisch große Bedeutung ergibt sich gerade im DV-Prozess aus der Tatsache, dass es eben für die Beweiserhebung meist genau auf ein Sachverständigengutachten ankommt, die Verwendung anderer Beweismittel hingegen eine eher untergeordnete Rolle spielt.

Einzig problematische Frage im Rahmen des Antrags nach § 485 Abs. 2 ZPO ist die nach dem Bestehen eines rechtlichen Interesses. Die Frage, ob insoweit eine enge oder eher eine weite Auslegung angebracht ist, wird uneinheitlich gesehen. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass entsprechend der in § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO getroffenen Regelung das rechtliche Interesse dann gegeben ist, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreites dienen kann. Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn im selbständigen Beweisverfahren die Voraussetzungen eines prozessual bedeutsamen Anspruchs, einer behaupteten Einrede oder Einwendung geklärt werden können. Ein rechtliches Interesse ist auch dann zu bejahen, wenn der

Zustand der Sache für die Rechtsbeziehungen der Parteien maßgeblich ist, was gerade bei Gewährleistungsansprüchen der Fall ist.⁸⁰⁴

cc) Inhalt des Antrags

Der Antragsteller muss zunächst einmal die Voraussetzungen des selbständigen Beweisverfahrens, insbesondere das rechtliche Interesse, sowie diejenigen Tatsachen, die die Zuständigkeit des Gerichts begründen, **glaubhaft machen** (§ 487 Nr. 4 ZPO). Im Antrag ist der Gegner zu bezeichnen (§ 487 Nr. 1 ZPO). Dies mag manchmal schwierig sein, ist jedoch praktisch unentbehrlich, um die beabsichtigte Bindungswirkung des Beweisverfahrens zu erreichen. Zwar kann auf diese Angabe in Ausnahmefällen (vgl. § 494 ZPO) verzichtet werden, doch steht dem Antragsgegner in Form des Lieferanten zumeist ein potentiell Verantwortlicher gegenüber, so dass man den Zweck des selbständigen Beweisverfahrens nicht durch Verzicht auf die Angabe des Antragsgegners gefährden sollte.

Im Gewährleistungsprozess ist vor allem die Frage des Vorliegens und der Erheblichkeit von Mängeln von Bedeutung. Bei der Bezeichnung der Tatsachen, über die in Form des schriftlichen Sachverständigengutachtens Beweis zu erheben ist, darf jedoch keine Beweisfrage des Inhalts gestellt werden, ob die fragliche Software mangelhaft sei oder nicht. Erforderlich ist vielmehr **eine konkretere Angabe der zu untersuchenden Mängel**, die die Abweichung von der Sollbeschaffenheit darstellen sollen. Die Sollbeschaffenheit ergibt sich entweder aus dem erstellten Pflichtenheft oder dem gewöhnlichen Gebrauch. Die gerügten Mängel sind präzise und vollständig zu bezeichnen, weil mit dem Antrag die Verjährung nur für diese Mängel gehemmt wird (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB).⁸⁰⁵ Die Formulierung der Beweisfrage stellt daher eine Art Balanceakt dar. Dabei muss die Ursache des Mangels nicht angegeben werden, es sei denn, ihre Aufklärung ist von Bedeutung, z.B. weil der Hersteller der Software Bedienungsfehler als die Ursache behauptet. Es reicht dann aber der Antrag aus, dass zusätzlich festgestellt werden soll, dass die Ursache des Mangels in der Leistung begründet ist und nicht auf einem Bedienungsfehler beruht.

Schwierig ist die Formulierung des Antrags, falls **mehrere Antragsgegner** in Frage kommen. Solche Fälle können bei Kombination verschiedener Programme, etwa im Rahmen eines umfangreicheren DV-Projekts, auftreten. Hierbei ist für die Formulierung der Beweisfrage einerseits ein unzulässiger Ausforschungsantrag zu vermeiden, andererseits muss der Antragsteller mit dem Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens der Anforderung gerecht werden kön-

⁸⁰⁴ Thieme, MDR 1991, 989.

⁸⁰⁵ Buechting, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 8. Aufl., München 2004, C 22. Rz. 49.

nen, bei mehreren Lieferanten mit zunächst unklaren Verursachungsbeiträgen denjenigen zu benennen, der das Fehlerbild/den Schaden verursacht hat. Dies bedeutet, dass in Fällen zweier Antragsgegner bezüglich der Frage nach der Schadensursache die Beweisfrage dahingehend zu konkretisieren ist, ob die konkrete Schadensursache in der von dem jeweiligen Antragsgegner gelieferten Komponente liegt.

dd) Möglichkeit des Antragsgegners

Gutachten, die im selbständigen Beweisverfahren erstellt worden sind, später zu erschüttern, bereitet enorme Schwierigkeiten, insbesondere weil das Beweisergebnis gemäß § 493 ZPO **im Hauptprozess bindend wirkt**. Der Antragsgegner kann formlose Gegendarstellungen machen und die Aufhebung des Beschlusses anregen. Daneben kann er im Wege eines Gegenantrages die Berechtigung der Beweisfragen in Frage stellen und abweichende Themen zum Beweis stellen.⁸⁰⁶ Dadurch wird ein eigenständiges Beweisverfahren eingeleitet, soweit es sich nicht lediglich um ergänzende Fragen handelt. Schließlich besteht die Möglichkeit, den Sachverständigen wegen Befangenheit abzulehnen.

Ist für den Lieferanten die Sicherung des Beweises, z.B. seinem Vorlieferanten gegenüber, von Bedeutung, kann er ein eigenes Beweisverfahren beantragen. Ist ein eigener Beweis Antrag vor demselben Gericht zulässig, so sollte der Lieferant die Verbindung der Verfahren anstreben. Handelt es sich dagegen um zwei verschiedene Gerichte, so ist die Möglichkeit, über einen Hinweis bezüglich des anderen anhängigen Beweisverfahrens die Beauftragung des gleichen Sachverständigen zu erreichen, in Betracht zu ziehen. Daneben kann der Lieferant nach richtiger Auffassung dem Vorlieferanten den Streit verkünden.⁸⁰⁷

ee) Kosten

Folgt auf das selbständige Beweisverfahren ein Hauptverfahren, sind die Kosten des Beweisverfahrens Teil der **Kosten des Hauptsacheverfahrens**; ihre Verteilung richtet sich folglich nach dem Ergebnis des Folgeprozesses. Nimmt der Antragsteller den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurück, so trägt er analog § 269 ZPO die Kosten.

Stellt sich im selbständigen Beweisverfahren heraus, dass der Antragsteller Unrecht hatte, und erhebt der Antragsteller daraufhin keine Klage, kann der Antragsgegner eine Fristsetzung zur Klageerhebung durch das Gericht bewirken (§ 494a Abs. 1 ZPO). Erhebt der Antragsteller

⁸⁰⁶ Nicht zulässig ist eine negative Feststellungsklage vor Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens; siehe *OLG Düsseldorf*, CR 1993, 281 f.

⁸⁰⁷ Siehe hierzu *Hoeren*, ZZP 108 (1995), 343 ff. m.w.N.

innerhalb dieser Frist keine Klage, muss er die Kosten des Beweisverfahrens tragen (§ 494 Abs. 2 ZPO).

2. Das Verfahren vor Gericht – Zuständigkeit

Vor der Klageerhebung ist das zuständige Gericht zu ermitteln: An welchem Ort kann ich Klage erheben (**örtliche Zuständigkeit**)? Ist das Amts- oder das Landgericht zuständig (**sachliche Zuständigkeit**)?

a) Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit kann sich zunächst aus einer **Gerichtsstandsvereinbarung** ergeben. Eine solche Klausel ist zulässig, wenn die Parteien Vollkaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Universität) oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind (§ 38 ZPO). Andernfalls richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Wohn- oder Geschäftssitz des beklagten Lieferanten (§§ 13, 17 ZPO). An diesem allgemeinen Gerichtsstand sind beispielsweise Minderungsklagen zu erheben.

Der besondere **Gerichtsstand des Erfüllungsortes** (§ 29 Abs. 1 ZPO) kommt dagegen für die Rücktrittsklage⁸⁰⁸ und alle sonstigen Klagen auf Rückgewähr⁸⁰⁹ in Betracht. Erfüllungsort für solche Ansprüche ist nach h.M. der Ort, an dem sich die zurückzugebende Sache nach den vertraglichen Vereinbarungen befindet.⁸¹⁰ Dies dürfte regelmäßig der Wohn- bzw. Geschäftssitz des Anwenders sein, der die Rückgewährklage demnach wahlweise auch vor dem heimischen Gericht führen kann.⁸¹¹

Umstritten ist die Rechtslage für den Fall, dass sich die Software bereits vollständig beim Lieferanten befindet, etwa weil dieser Nachbesserungsarbeiten vornehmen will. Gleiches gilt, wenn sich die Sache nicht beim Lieferanten, aber auch nicht am Erfüllungsort befindet. Ist man sich als Anwender der Zuständigkeit „seines“ örtlichen Gerichtes unsicher, bleibt nur die Möglichkeit, am allgemeinen Gerichtsstand des Lieferanten zu klagen. Für den Fall, dass der Lieferant Klage auf Zahlung erhebt, ist auch § 29 ZPO anwendbar. Mangels anderer Vereinbarung ist Erfüllungsort gemäß § 269 Abs. 1 BGB der Wohnsitz des Schuldners, also des Anwenders.

⁸⁰⁸ RGZ 70, 198; BGHZ 87, 104, 109 f.; *LG Aachen*, CR 1993, 767, 768; *BGH*, NJW 2006, 211.

⁸⁰⁹ So gilt der besondere Gerichtsstand ebenfalls in Fällen des Rücktritts wegen Nichterfüllung beim Werkvertrag, wie er besonders beim Werkvertragsrecht vor Abnahme vorkommen kann; siehe *AG Münsingen*, CR 1993, 502, 503.

⁸¹⁰ RGZ 140, 67, 69.

⁸¹¹ *OLG Nürnberg*, NJW 1974, 2337; *OLG Hamm*, MDR 1989, 65; a.A. *LG Tübingen*, MDR 1986, 756.

b) Sachliche Zuständigkeit

Für die sachliche und/oder funktionelle Zuständigkeit ist die **Kompetenz der Kammer für Handelssachen** zu beachten. Ist das zugrunde liegende Geschäft (z.B. Softwarekauf) ein beiderseitiges Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB, so ist nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG die Kammer für Handelssachen zuständig. Ein eventueller Verlust der Kaufmannseigenschaft des Klägers berührt die Zuständigkeit nicht; entscheidend ist nach § 95 GVG vielmehr die Kaufmannseigenschaft des Beklagten, so dass die Kammer für Handelssachen unzuständig wird, wenn der Beklagte die Kaufmannseigenschaft verliert. Bei manchen Gerichten gibt es mittlerweile spezielle Spruchkörper für Computersachen. Deren Zuständigkeit richtet sich nach dem jeweiligen Geschäftsverteilungsplan.

3. Die Klageschrift

Neben den allgemeinen Anforderungen an eine Klageschrift (§ 253 ZPO) bereitet die Frage des **richtigen Antrags im IT-Prozess** die meisten Schwierigkeiten.

Insbesondere die korrekte Abfassung der Klage auf Rückabwicklung ist kompliziert. Neben der Rückzahlung sollen Rückabwicklungskosten, die erst nach rechtskräftiger Entscheidung entstehen, berücksichtigt werden. Das Hauptproblem des Antrags liegt jedoch darin, dass er auf **Zahlung Zug-um-Zug gegen Rückgabe** und/oder Löschung der Software bzw. der gemachten Kopien gerichtet ist. Es müssen entweder die Datenträger zurückgegeben werden, auf denen das Programm gespeichert ist oder es müssen die Daten gelöscht werden, so dass sie für niemanden mehr benutzbar sind.⁸¹² Der Antrag muss im Hinblick auf die gelieferten Gegenstände so präzisiert sein, dass er vollstreckbar ist. Die herauszugebenden bzw. zu löschenden Softwarepakete sind zu diesem Zweck exakt zu benennen. Sie müssen so genau beschrieben werden, dass der Gerichtsvollzieher sie finden, von anderen gleichartigen Sachen unterscheiden und dem Schuldner wegnehmen kann.⁸¹³ Ein Anspruch auf Herausgabe von auf Disketten gespeicherter Software ist nur dann hinreichend bestimmt und vollstreckbar, wenn genügend äußere Merkmale, z.B. Diskettenaufschriften mitgeteilt werden.⁸¹⁴ Die Angabe lediglich des gespeicherten Inhalts genügt nicht dem **Bestimmtheitserfordernis** des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und führt zur Unzulässigkeit der Klage.⁸¹⁵ Unter Umständen kann zur Präzisierung der Leistung auf die Beschreibung durch den Lieferanten im Vertrag zurückgegrif-

⁸¹² *KG Berlin*, CR 1994, 740, 741; *OLG Karlsruhe*, NJW 1998, 549.

⁸¹³ *LG München I*, Urt. v. 9.5.1996.

⁸¹⁴ *LG Düsseldorf*, CR 1995, 220, 221.

⁸¹⁵ *LG Düsseldorf*, CR 1995, 220, 221.

fen werden. Soll Hardware zurückgegeben werden, ist sicherzustellen, dass auf der Festplatte gespeicherte Daten vorher gelöscht werden.

a) Standardsoftware

Bei dieser muss dabei neben der genauen Angabe der Bezeichnung, Versionsnummer und Art der Datenträger (soweit möglich) auch die Seriennummer des einzelnen Produktes angegeben werden.

b) Individualsoftware

Bei dieser dürfte die Gefahr von Verwechslungen zwar geringer, die genaue Kennzeichnung jedoch umso schwieriger sein. Denn ist an dem individuell für den Benutzer erstellten Programm erst einmal nachgebessert, weiter- oder umprogrammiert worden, wird sich die fragliche Software nicht mehr über bestimmte Diskettensätze oder Streamerbänder bezeichnen lassen. In diesem Fall empfiehlt es sich, eine Löschung der betreffenden Programme vorzuschlagen, verbunden mit der Versicherung des Anwenders, dass alle Programme gelöscht sind.

c) Abwicklung des Rücktritts

Die vom Anwender mit Hilfe des Programms erstellten Daten gehören nicht zu den Programmen. Sie sind von der Löschung (Rückgabe) nicht betroffen. Sie brauchen deswegen nicht vom Rückgabeantrag ausgenommen zu werden.

Erachtet das Gericht den **Zug-um-Zug-Antrag für nicht hinreichend exakt**, ist nach der Rechtsprechung des *BGH* zu den nicht hinreichend bezifferten Zahlungsansprüchen **mit der Abweisung der Klage als unzulässig** zu rechnen.⁸¹⁶

Allerdings liegt mit der Klageabweisung als unzulässig kein in der Sache selbst entscheidendes Urteil vor. Gemäß § 204 Abs. 2 BGB kann dann die **Hemmungswirkung der ersten Klage** dadurch gewahrt bleiben, dass man binnen einer Frist von sechs Monaten erneut Klage erhebt. Konnte man aber schon im ersten Prozess die Gegenforderung nicht hinreichend präzisieren, so erscheint fraglich, ob sich daran im zweiten Prozess etwas ändern wird. Sollte der Beklagte an der Präzisierung eigene rechtliche Interessen haben, etwa weil er im Falle der Verurteilung die gesamte Software zurückerhalten möchte, so steht einer Mitwirkung seinerseits nichts im Wege.

⁸¹⁶ *BGH*, NJW 1993, 324; *BGH*, NJW 1994, 586; a.A. *OLG Nürnberg*, CR 1989, 694; *Redeker*, CR 1988, 277, 279. Siehe hierzu auch *OLG Naumburg*, NJW-RR 1995, 1149; *LG Hildesheim*, DGVZ 2000, 94.

Eine **präzise Antragsformulierung** sollte zudem die Tatsache berücksichtigen, dass bei unglücklichen Formulierungen anstelle von Zug-um-Zug-Titeln bedingte Titel entstehen. Den Bedingungseintritt kann der Gläubiger bei einem solchen Titel nur durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunde nachweisen, eine bezüglich der Herausgabe und vor allem der Löschung von Programmen schier unerfüllbare Voraussetzung. Um aus dem Titel zu vollstrecken, ist dann eine Klageerhebung nach § 731 ZPO erforderlich.

Hinsichtlich der Vollstreckung ergibt sich wiederum das Problem des Nachweises, dass sich der Schuldner im **Annahmeverzug** der vom Gläubiger angebotenen Leistung befindet bzw. bereits befriedigt ist. Dies kann wiederum nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde geschehen (§ **756 ZPO**). Es empfiehlt sich daher, in Fällen des Zug-um-Zug-Antrags mit einem weiteren Antrag die Feststellung zu begehren, dass sich der Schuldner hinsichtlich der Gegenleistung im Annahmeverzug befindet. Für diesen Antrag besteht angesichts der erläuterten Schwierigkeiten auch ein Feststellungsinteresse.⁸¹⁷

d) Rücktrittsklage bei Leasingverträgen

Bei Leasing ist die leasingtypische Abtretungskonstruktion zu beachten. Die Wandelungsklage ist in diesem Fall gegen den Lieferanten zu erheben, Zahlung darf dagegen nur an den Leasinggeber verlangt werden. Ein mancherorts vorgeschlagener Antrag auf Zahlung an den Leasingnehmer, verbunden mit dem Zusatz, befreiend könne auch an den Leasinggeber gezahlt werden, wäre nicht gangbar, weil im Leasingverhältnis ein Anspruch des Leasingnehmers auf Rückzahlung der für die gelieferte Software geleisteten Zahlung im Wandelungsfall in aller Regel nicht besteht. Eine auf eine solche Zahlung gerichtete Klage wäre daher zwar zulässig, aber unbegründet.

Hinsichtlich der Vertragskosten ist zu beachten, dass ihre Erstattung auch direkt an den Leasingnehmer gefordert werden kann.⁸¹⁸

4. Die Darstellung des Klagestoffes

Für den IT-Prozess bereitet die **hohe Komplexität des oft technischen Sachverhaltes** Schwierigkeiten. Bei der Schilderung des Sachverhaltes sind Begriffe aus der technischen Fachsprache meist nicht zu vermeiden, ihre Bedeutung ist daher immer zu erläutern. Diese Erläuterungen helfen nicht nur dem Gericht, sondern sind auch für die Klärung des Sachver-

⁸¹⁷ OLG Köln, DGVZ 1989, 152. Siehe dazu auch LG Koblenz, DGVZ 2000, 117; Münzberg, BB 1990, 1011; Redeker, CR 1994, 741, 742.

haltes zwischen Anwalt und Mandant von großer Bedeutung. Handelt es sich um IT-erfahrene Mandanten, kann man diese nach Erstellung des Schriftsatzes die Ausführungen zum Sachverhalt noch einmal gegenlesen lassen, so dass Missverständnisse auf dieser Ebene bereits ausgeräumt werden können. Dies gilt insbesondere, da viele technische Begriffe auch innerhalb der Fachsprache je nach Kontext und Problemstellung in unterschiedlichen Bedeutungen verwendet werden, die Fachsprache selbst insofern nicht immer einheitlich ist. Für die Frage nach dem notwendigen Maß der Erläuterungen sollte man sich auf das Gericht einstellen. Vor einer Spezialkammer für IT-Fragen mag insoweit ein anderer Vortrag angebracht sein als vor einem nur ausnahmsweise mit einem DV-spezifischen Sachverhalt beschäftigten Gericht. Besonderes Augenmerk muss allerdings auch auf die Darlegung der betrieblichen Abläufe, für die die DV-Programme eingesetzt werden sollen, gelegt werden, da diese bei der Bestimmung der Sollbeschaffenheit eine Rolle spielen können.

Von der **Bezugnahme auf Anlagen** zur Ergänzung des eigenen Vortrags ist abzuraten. Zwar mag dies zulässig sein, wenn man in der Anlage eigene Schriftsätze hinzufügt, doch trägt der Verweis auch in diesem Fall nicht zur Übersichtlichkeit bei. Vorteilhaft dagegen kann der Verweis in Parallelprozessen sein, weil dann normalerweise fast unvermeidliche Abweichungen im Sachverhalt vermieden werden, und dem Gericht Doppelarbeit erspart bleibt. Zu beachten ist aber, dass insbesondere im Berufungsverfahren eine Bezugnahme auf andere als eigene Schriftsätze von verschiedenen Gerichten als unzulässig angesehen wird.⁸¹⁹

Die **Bezugnahme auf Privatgutachten** oder außergerichtlichen Schriftverkehr ist nur zulässig, wenn sie lediglich der Substantiierung des eigenen Vortrags dient. Hier gilt: der Schriftsatz und nicht die Anlage bestimmen den Streitstoff.⁸²⁰ Es ist daher unzulässig, hinsichtlich der Mängel auf ein beigefügtes Gutachten zu verweisen, diese müssen vielmehr im Schriftsatz dargelegt werden. Diese Prinzipien gelten auch für alle anderen, durch Gutachten belegten Tatsachen. Die pauschale Bezugnahme auf ein Gutachten ist sogar dann problematisch, wenn sämtliche Mängel vorgetragen werden sollen, die ein kurzes Gutachten aufführt und vom Gericht die Sachkunde zur Lektüre des Gutachtens erwartet werden kann.

⁸¹⁸ OLG Düsseldorf, CR 1992, 611.

⁸¹⁹ BGH, NJW 1993, 3333; BGH, BB 1993, 2327.

⁸²⁰ BGH, NJW 1967, 728.

5. Darlegungs- und Beweislast

Für den IT-Prozess gelten insoweit die **allgemeinen Regeln**:⁸²¹ Derjenige, der einen Anspruch geltend macht, hat alle Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die zur Begründung des Anspruchs notwendig sind. Entsprechend hat auch hier derjenige, der sich auf eine Einwendung beruft, die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die geeignet sind, die Einwendung zu begründen. Probleme stellen sich jedoch bei der Übertragung dieser Grundsätze auf den Einzelfall.⁸²²

a) Rücktritts- und Minderungsprozess

Bei einem Mangelprozess trägt grundsätzlich der **Lieferant die Darlegungs- und Beweislast** dafür, **dass er ordnungsgemäß, vollständig und mängelfrei geliefert hat**.⁸²³ Bei einem Werkvertrag über Individualsoftware ist der Besteller bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen darlegungs- und beweisbelastet für den Inhalt der Abreden, die die vereinbarte und/oder gewöhnliche Beschaffenheit der Software näher kennzeichnen bzw. eine zugesicherte Eigenschaft begründen können.⁸²⁴ Die Beweislast kehrt sich erst dann um, wenn der Anwender die Leistung als Erfüllung annimmt (§ 363 BGB),⁸²⁵ es sei denn, der Anwender ist für die Kaufpreiszahlung vorleistungspflichtig.⁸²⁶ Die vom Lieferanten zu beweisende **Annahme als Erfüllung** liegt nicht bereits in der körperlichen Entgegennahme der Leistung. Vielmehr ist erforderlich, dass das Verhalten des Anwenders bei oder nach der Entgegennahme der Leistung erkennen lässt, dass er sie als im Wesentlichen ordnungsgemäße Erfüllung gegen sich gelten lassen will.⁸²⁷

Beim Werkvertrag hat der Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes die Fehlerfreiheit zu beweisen.⁸²⁸ Nach neuerer, dogmatisch nicht überzeugender Rechtsprechung liegt eine **Abnahme** erst vor, wenn die Software nach Einweisung des Personals und der Überwindung immer wieder vorkommender Anfangsschwierigkeiten eine gewisse Zeit im Betrieb des Auf-

⁸²¹ Vgl. zu der grundlegenden Substantiierungstheorie RGZ 143, 65; *BGH*, NJW 1984, 2889.

⁸²² Vgl. hierzu auch *Malzer*, Der Softwarevertrag, Köln 1991, 184 ff. Zu Vorschlägen einer Modifizierung der Darlegungslast in Softwaregewährleistungsfällen siehe *Hartwig*, Sphären der Darlegungslast von Software-Mängeln, in: *Bartsch* (Hrsg.), Softwareüberlassung und Zivilprozess, Köln 1991, S. 1, 21 f.; *Engel*, BB 1985, S. 1159, 1165; *Rehmann*, CR 1990, 575 ff.

⁸²³ *OLG Köln*, VersR 1993, 452; *OLG Nürnberg*, CR 1995, 343; *KG Berlin*, CR 1989, 397, 399; *LG Ulm*, CR 1994, 219, 221.

⁸²⁴ *OLG Köln*, CR 2005, 642; *OLG Köln*, MMR 2005, 870.

⁸²⁵ *OLG Nürnberg*, CR 1995, 343.

⁸²⁶ *KG Berlin*, CR 89, 397, 399.

⁸²⁷ *OLG Nürnberg*, CR 1995, 343.

⁸²⁸ *LG Köln*, CR 1994, 624, 625.

traggebers mangelfrei gearbeitet hat.⁸²⁹ Die Rechtsprechung hilft dem Anwender damit, die Verjährungsfrist zu verschieben. Unrichtige Übernahmebestätigungen führen daher auch nicht zur Umkehr der Beweislast auf den Kunden.⁸³⁰ Bei ohne Einschränkungen erfolgter Abnahme trifft den Anwender die Beweislast dafür, dass ein Handbuch nicht geliefert wurde.⁸³¹

Ist die Software bereits abgeliefert oder abgenommen, hat der Anwender das Vorliegen des geltend gemachten Mangels darzulegen und zu beweisen.⁸³² Er muss beweisen, dass die von ihm behaupteten Mängel bei Gefahrübergang bereits vorhanden waren.⁸³³ Der Anwender ist bezüglich der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit beweispflichtig.⁸³⁴ Hierfür sind neben den vertraglichen Leistungsbeschreibungen auch Handbücher, Herstellerprospekte und ähnliche Materialien heranzuziehen. Ausführungen zum gewöhnlichen Gebrauch des fraglichen Produktes oder zum Stand der Technik sind zulässig, bedürfen aber des Beweises. Allerdings kann schon die Tatsache, dass eine Software eine bestimmte Eigenschaft nicht aufweist, dazu führen, dass der Lieferant beweisen muss, dass dieser Zustand der Software keinen Mangel darstellt, wenn der Anwender mit schlüssiger Begründung darlegt, dass nach dem allgemeinen Standard eine solche Eigenschaft zu erwarten ist.⁸³⁵

Bei der Darstellung des Mangels ist nach der Beschreibung der geschuldeten Leistung und der Beschreibung des auftretenden Mangels besonders auf die **Beeinträchtigung der Nutzbarkeit** der Software einzugehen. Dabei reicht die Beschreibung des Fehlers auf der Benutzerebene völlig aus. Der Mangel muss lediglich so geschildert werden, dass er für Gericht und Sachverständige nachvollziehbar und überprüfbar wird.⁸³⁶ Es genügt demnach die Darstellung der Wirkung; Darlegungen zur Ursache einer Fehlfunktion sind nicht gefordert.⁸³⁷ Die Beeinträchtigung der Nutzbarkeit des Programmes durch den oder die geltend gemachten Mängel wird vor allem dann entscheidend, wenn es sich nicht um einzelne schwerwiegende, sondern um mehrere kleinere Mängel, die in ihrer Summe ein Arbeiten erschweren oder unmöglich machen, handelt. Der Eindruck, dass nur Kleinigkeiten gerügt werden, ist dabei zu vermeiden. Hier gilt wiederum, dass die Erläuterung des Fehlers auf der Benutzerebene ausreicht, eine

⁸²⁹ Grundlegend *OLG Köln*, NJW-RR 1992, 1327 = BB 1992, 7; Jur-PC 12/1991, 1352; ähnlich auch *OLG Düsseldorf*, ZIP 1989, 580, 582. Vgl. auch *BGH*, NJW 1990, 1290; *OLG Hamm*, NJW 1989, 1041 = CR 1992, 335; *OLG München*, CR 1991, 19 und 607; *OLG Köln*, CR 1991, 154 = CR 1990, 122; *OLG Nürnberg*, CR 1995, 343; *OLG Saarbrücken*, CR 1990, 713; *OLG Bremen*, BB 91 Beilage 7 S. 2; *LG Ulm*, CR 1994, 219, 221.

⁸³⁰ *OLG Hamm*, CR 1995, 535, 537. Siehe hierzu auch *BGH*, CR 1990, 189, 191 f.

⁸³¹ *BGH*, CR 1990, 189, 191; *OLG Koblenz*, BB 1993, Beil. 13, 8.

⁸³² *OLG Köln*, CR 1995, 16, 19; *KG Berlin*, CR 1995, 151.

⁸³³ *OLG Köln*, CR 1995, 16, 18.

⁸³⁴ *KG Berlin*, CR 1995, 151.

⁸³⁵ *KG Berlin*, CR 1995, 151; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, G 78.

⁸³⁶ *LG Stuttgart*, BB 92 Beilage 10 S. 12.

Darstellung der Fehlerursache ist nicht erforderlich. Deutlich werden muss nur, worin die Beeinträchtigung liegt.⁸³⁸ Für den Fall, dass erst nach der Umrüstung einer Anlage ein Mangel auftritt, trägt der Lieferant die Beweislast, dass der Fehler bei Übergabe an ihn noch nicht vorhanden war.⁸³⁹

Die bislang vorgeschlagene Vorgehensweise greift jedoch zu kurz, wenn man es mit dem – praktisch häufigen – Fall eines nicht nur aus einer Komponente bestehenden **Systems** zu tun hat.⁸⁴⁰ Die Verwendung von Software nur eines Herstellers ist in der Praxis ein praktisch nie auftretender Fall, auch im Zusammenspiel mit der verwendeten Hardware treten immer wieder Konflikte auf. Dabei kann zwar aufgrund der weitreichenden Standardisierung meist eine Fehlerverursachung durch einzelne Komponenten ausgeschlossen werden. Häufig wird ein Softwarelieferant versuchen, den auftretenden Fehler anderen Systemkomponenten anzulasten. Die zur Klärung notwendige Fehleranalyse ist ohne ein privates Sachverständigengutachten meist nicht möglich. Die Darlegungslast trifft hierbei den Erwerber.⁸⁴¹ Aufgrund dieser im Prozess unangenehmen Konsequenz sollten DV-Systeme möglichst von einem Lieferanten erworben werden (was auch häufig der Fall ist), der dann für die Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems verantwortlich ist.

Da Abbrüche und Fehlermeldungen auch auf **Bedienungsfehlern** beruhen können, ist für die Darlegung der Mangelhaftigkeit auf mehrere Gesichtspunkte einzugehen. Hier empfiehlt sich wiederum die Führung eines Fehler-Protokolls. Dadurch kann dokumentiert werden, in welcher Anwendungsumgebung, welchem Anwendungsteil oder bei welcher Programmfunktion der Fehler auftritt. Weiter ist festzustellen, ob die durch den Anwender vorgenommenen Eingaben mit den Vorgaben der Programmdokumentation übereinstimmen.

Insbesondere für die Frage der Erheblichkeit des Mangels ist die **Häufigkeit**, mit der der bezeichnete Fehler auftritt, gravierend. Hier kann eine Fehlerstatistik anhand des in einer Testphase geführten Protokolls vorgelegt werden. Werden vom Anwender Fehler substantiiert vorgetragen, reicht es nicht aus, wenn der Lieferant diese pauschal bestreitet, weil sie nicht demonstriert werden können bzw. weil sie auf Bedienungsfehler zurückzuführen seien; vielmehr ist eine detaillierte Stellungnahme seinerseits erforderlich, welche Bedienungsfehler vorgelegen haben sollen.

⁸³⁷ So ausdrücklich *BGH*, CR 1986, 79; *OLG Köln*, CR 1988, 723, 726.

⁸³⁸ *Bergmann/Streitz*, NJW 1992, 1726.

⁸³⁹ *AG Stuttgart*, CR 1995, 544.

⁸⁴⁰ Siehe etwa *AG Stuttgart*, CR 1995, 544 zur nachträglichen Umrüstung.

⁸⁴¹ *LG Köln*, IuR 1986, 316, 317.

Handelt es sich bei der geschuldeten Leistung um die Erstellung von Individualsoftware, so kommt als Verteidigungsvorgehen ferner der **Verweis auf fehlerhafte Vorgaben des Bestellers** in Frage. In solchen Fällen gewinnt ein eventuell aufgestelltes Pflichtenheft an Bedeutung. Verteidigt sich der Hersteller mit fehlerhaften Vorgaben des Bestellers, muss er darlegen, dass er keine Beratungspflichten diesbezüglich hatte oder deren Fehlerhaftigkeit nicht erkennen konnte, bevor das Programm erstellt war.⁸⁴² Dies gilt nicht, wenn der Besteller trotz eines Hinweises auf das fehlerhafte Pflichtenheft bestanden hat. Ist kein Pflichtenheft erstellt worden, obwohl dies vereinbart war, so liegt eine Vertragsverletzung seitens des Bestellers vor. Dieser trägt dann die Beweislast dafür, dass später als fehlend bemängelte Funktionen von Anfang an vereinbart waren.⁸⁴³ Fehlt ein Pflichtenheft zur Konkretisierung der geschuldeten Leistung, steht dies einer Verpflichtung zur Herstellung eines dem technischen Entwicklungsstand entsprechenden Computerprogramms nicht entgegen.⁸⁴⁴ In einem solchen Fall trifft den Lieferanten die erweiterte Pflicht, die erforderlichen Erkundigungen beim Anwender einzuholen.⁸⁴⁵

Handelt es sich bei dem zugrundeliegenden Vertrag um ein beiderseitiges Handelsgeschäft, muss seitens des Anwenders auch die **Rechtzeitigkeit der Mängelrüge** dargelegt werden. Dies gilt neben dem als Sachkauf zu klassifizierenden Erwerb von Standardsoftware auch für die Erstellung von Individualsoftware, sofern es sich hierbei um einen Werklieferungsvertrag handelt.⁸⁴⁶ Behauptet ein Softwareersteller, dass ein festgestellter Mangel bereits beseitigt wurde, so trägt er dafür die Beweislast.⁸⁴⁷

Beim Rücktrittsprozess kommt neben der Rückabwicklung die Frage der **Nutzungsentschädigung** zur Geltung. Die Darlegungs- und Beweislast für eine tatsächliche Nutzung durch den Erwerber sowie die Höhe der Entschädigung trifft dabei den Softwarelieferanten.⁸⁴⁸

Beim **Minderungsprozess** ist die **Höhe der Minderung** darzulegen. Generelle Regeln zur Wertfestsetzung existieren nicht. In der Praxis wird für die Höhe der Minderung oft auf die Mängelbeseitigungskosten abgestellt. Dies dürfte allerdings mit § 441 Abs. 3 BGB kaum vereinbar sein. Abzustellen ist stattdessen auf die Relation des Wertes der mangelbehafteten zur mängelfreien Software. Die Höhe der Mängelbeseitigungskosten kann hierbei zwar von Bedeutung sein, stellt jedoch nur ein Wertbestimmungselement dar.

⁸⁴² Siehe *OLG Celle*, IuR 1986, 311 = CR 1988, 303.

⁸⁴³ *LG Heilbronn*, CR 1994, 281; *LG Köln*, CR 1994, 624.

⁸⁴⁴ *LG Köln*, CR 1994, 624, 625; *LG Köln*, BB 1994, 12.

⁸⁴⁵ *LG Köln*, CR 1994, 624, 625.

⁸⁴⁶ *BGH*, NJW 1993, 2436; *OLG Celle*, IuR 1986, 311.

⁸⁴⁷ *LG Köln*, CR 1994, 624, 625.

b) Schadensersatzklage

Will der Anwender Schadensersatz haben, hat er die **schuldhafte Verletzung vertraglicher Pflichten**, einen **Schaden** sowie die **Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden darzulegen** und zu beweisen. Liegt die Ursache für den Schaden im Gefahren- und Verantwortungsbereich des Schuldners, trägt dieser die Beweislast dafür, dass er die Vertragsverletzung nicht zu vertreten hat. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Anwender die Verletzung der vertraglichen Pflicht darzulegen und ggf. zu beweisen hat. Der Lieferant muss dann wiederum darlegen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Bei erfolgsbezogenen Pflichten gilt zugunsten des Anwenders die Vermutung, dass eine Pflichtverletzung vorliegt, wenn der geschuldete Erfolg nicht eingetreten ist. Bei Erstellung von mangelhafter Software muss der Auftragnehmer daher darlegen und beweisen, dass er die notwendigen Mittel angewendet hat, um die Lieferung mangelbehafteter Software zu vermeiden.

Ein besonderes Problem ist die **Darlegung des Schadens, sofern es dabei um Umsatz- und Gewinnausfälle** geht. Hier greifen zugunsten des Anwenders die § 287 ZPO sowie § 252 BGB ein. Es reichen insofern die Darlegung und der Beweis von Tatsachen, die die Erzielung des Gewinns wahrscheinlich machen, aus. Diese Tatsachen müssen sich aber auf die Situation des Geschädigten beziehen, ein Vergleich mit anderen Unternehmen genügt nicht.⁸⁴⁹ Die hierdurch dargelegte Wahrscheinlichkeit der Gewinnerzielung wird auch durch die ernsthafte Möglichkeit, dass der Gewinn nicht gemacht wurde, nicht widerlegt.

Beruft sich der Lieferant darauf, dass eine geltend gemachte Schadensposition Kosten darstellt, die auch bei ordnungsgemäßer Beratung bzw. Softwareerstellung zusätzlich zum gezahlten Preis entstanden wären, so ist er für diese Behauptung darlegungs- und beweispflichtig.

Geht es um die **Verletzung von Beratungspflichten**, fallen Darlegungs- und Beweislast faktisch auseinander. Die Darlegung der Verletzung obliegt hier zunächst dem Anwender, der dies aber meist nur in pauschaler Weise tun kann. Er muss allerdings darlegen, dass zwischen ihm und dem Lieferanten überhaupt ein Beratungsverhältnis entstanden ist. Der Lieferant hat daraufhin darzulegen, wie und wann er beraten hat. Letzteres ist dann vom Anwender zu widerlegen, so dass im Ergebnis der Schwerpunkt der Darlegungslast beim Lieferanten, der Schwerpunkt der Beweislast dagegen beim Kunden liegt.

⁸⁴⁸ LG Aachen, CR 1988, 216, 218.

c) Verjährungsprobleme

Beruft sich eine der beiden Parteien auf Verjährung, ist sie dazu darlegungs- und beweispflichtig. Der Lieferant muss z.B. das Abnahme- oder Lieferungsdatum beweisen. Will der Kunde die Hemmung der Verjährung beweisen, so muss er darlegen, dass der Lieferant versucht hat, die geltend gemachten Mängel zu beseitigen.⁸⁵⁰

6. Verfahrensablauf vor (der) Beweisaufnahme

Nach der Einreichung der Klageschrift, spätestens nach Eingang der Klageerwiderung, wird das Gericht die Entscheidung über das weitere Vorgehen treffen. In concreto wird das Gericht entweder einen **frühen ersten Termin** nach § 275 ZPO bestimmen oder die Fristen für das **schriftliche Vorverfahren** nach § 276 ZPO setzen. Welches Verfahren gewählt wird, liegt im freien richterlichen Ermessen. Dabei können Arbeitsgewohnheiten der Kammer, der konkrete Prozessstoff sowie die Arbeitsbelastung des Gerichtes eine Rolle spielen.

Das schriftliche Vorverfahren ist vor allem für den Fall eines möglichen Versäumnisurteils von Bedeutung, für die Durchführung komplizierter Prozesse ist es dagegen eher ungeeignet. Für die Parteien schwierig ist die Entscheidung darüber, in welchem Maße der komplizierte Prozessstoff abzuschichten und überflüssige Ausführungen zu vermeiden sind. Angesichts der Präklusionsvorschriften ist dies nur dann gesichert möglich, wenn die Parteien erkennen können, was das Gericht für wesentlich hält. Ein früher erster Termin in der Hauptsache bietet sich in IT-Prozessen wohl zumeist in der Form des Vorbereitungstermins an. Aus Sicht des Gerichtes hat dies zumeist den Zweck, den Prozessstoff weiter zu ordnen. Für den Kläger kann von Bedeutung sein, dass aufgrund der Verteidigung des Beklagten eine Replik sinnvoll sein kann.

Problematisch ist, ob der **Sachverständige** bereits zum **Erörterungstermin** geladen werden soll. Es ist primär Aufgabe der Parteien, den Prozessstoff in einer für das Gericht verständlichen Weise aufzubereiten und darzustellen. Hinzu kommt, dass die Beiziehung von Sachverständigen auch im Rahmen des § 273 Abs. 2 Satz 4 ZPO grundsätzlich nur möglich ist, wenn es um streitigen Prozessstoff geht. Ist man z.B. im Vorbereitungstermin noch nicht zu den streitigen Fragen vorgedrungen, so wirkt der Sachverständige als Dolmetscher. Dies ist vor dem Hintergrund der Grenzen des § 139 ZPO problematisch, da der Sachverständige Hilfsperson des Gerichtes ist. Im Allgemeinen ist eine Ladung des Sachverständigen bereits im Er-

⁸⁴⁹ BGHZ 54, 45; BGH, NJW 1988, 3016; vgl. auch Chrocziel, CR 1988, 385 f.

⁸⁵⁰ OLG München, CR 1991, 19; OLG München, NJW 1991, 2158.

örterungstermin begrüßenswert, um Missverständnisse bei technischen Detailfragen auszuräumen. Allerdings darf dies nicht dazu führen, dass der Sachverständige im Wege der „Übersetzung“ den Sachverhalt für das Gericht selbst aufklärt und im Anschluss daran dem Gericht darlegt. Eine derartige Amtsermittlung muss in jedem Fall vermieden werden. Es muss gewährleistet bleiben, dass das Gericht die Kontrolle darüber, in welchem Umfang es Hinweise zum Vortrag bzw. zur Mangelhaftigkeit des Vortrages gibt, behält.

7. Die Beweisaufnahme

Literatur:

Berger, Die Beweisführung mit elektronischen Dokumenten, NJW 2005, 1016; *Bergmann/Streitz*, Beweiserhebung in EDV-Sachen, NJW 1992, 1726; *Schnupp*, Von virtuellen Wahrheiten, NJW-CoR 1999, 217.

In der Regel müssen im IT-Prozess streitige Sachverhalte aufgeklärt werden, die eine detaillierte technische Betrachtung erfordern. Die Beweisaufnahme ist daher zumeist **prozessentscheidend**, ihre sorgfältige Vorbereitung und Durchführung deshalb einer der wichtigsten Teile des Prozesses.

a) Der Beweisbeschluss

Aus Sicht des Gerichtes muss zwischen zwei möglichen Arten der Beweisaufnahme unterschieden werden. Das Gericht kann ein **präsenes Beweismittel** wie etwa einen Zeugen vernehmen. Dies muss nicht in einem gesonderten Termin stattfinden und entbindet das Gericht von der Formulierung eines Beweisbeschlusses, eine formlose Beweisanordnung ist insoweit ausreichend. In IT-Prozessen ist jedoch in aller Regel davon auszugehen, dass es eines **schriftlichen Gutachtens** und eines gesonderten Termins zur **Berichterstattung des Sachverständigen** bedarf. Dies stellt dann ein gesondertes Verfahren i.S.d. § 358 ZPO dar und macht einen förmlichen Beweisbeschluss erforderlich. Die Formstrenge des Beschlusses zwingt das Gericht zu einer Formulierung der Beweisfragen und setzt von daher eine gewisse Aufklärung des Sachverhaltes durch das Gericht voraus. Der Sachverständige muss nämlich klare Vorgaben darüber erhalten, was er zu untersuchen hat bzw. begutachten soll. Geht es in dem Beweisbeschluss beispielsweise um Mängel, so müssen diejenigen Mängel, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen festzustellen ist, deutlich benannt werden. Ein Beweisbeschluss mit dem Inhalt, der Sachverständige solle die streitbefangene Software darauf untersuchen, ob sie dem Stand der Technik entspricht, ist als Vorgabe erheblich zu unpräzise und eröffnet nur

einer Art von Amtsermittlung durch den Sachverständigen Tür und Tor.⁸⁵¹ Es ist deswegen empfehlenswert, den Sachverständigen bereits im Erörterungsverfahren zu laden, damit dieser bei der Formulierung des Beweisbeschlusses Hilfestellung leisten kann.

Um die Begutachtung durch den Sachverständigen nicht aufgrund missverständlicher Formulierungen fehlgehen zu lassen, sieht die ZPO eine **enge Zusammenarbeit des Gerichts mit dem Sachverständigen** vor (§§ 404a Abs. 2, 407a Abs. 2 Satz 1 ZPO). Nach diesen Vorschriften kann das Gericht einerseits den Sachverständigen nach § 139 ZPO an der Formulierung des Beweisbeschlusses beteiligen, andererseits ist dieser wiederum zur Mitwirkung im Hinblick auf eine Klärung bei Unklarheiten verpflichtet. Insbesondere die **Mitwirkung des Sachverständigen an der Beschlussformulierung** verdient dabei aus prozessökonomischen Erwägung den Vorzug, da eine nachträgliche Änderung des Beweisbeschlusses vor dessen Erledigung gemäß § 360 ZPO nur mit Zustimmung der Parteien möglich ist.

Allgemein gilt, dass ein präziser Beweisbeschluss einen **klaren Vortrag der Parteien** zu den streitigen Fragen voraussetzt. Nur solche Fragen, die entsprechend dargelegt wurden, können in den Beweisbeschluss zur Klärung aufgenommen werden. Auch wenn grundsätzlich Hinweise nach § 139 ZPO erforderlich sein können, liegt es doch primär an den Parteien, dies von Anfang an in ihren Vorträgen zu berücksichtigen.

b) Die Beweismittel

Das Zivilprozessrecht verfährt grundsätzlich nach dem **Prinzip des Strengbeweises**; zugelassen sind nur die **fünf** in der ZPO ausdrücklich zugelassenen **Beweismittel** (Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Parteivernehmung). Der Freibeweis, der auch über eidesstattliche Erklärungen geführt werden kann, ist nur bei der Prüfung von Prozess- und Rechtsmittelvoraussetzungen sowie im Rahmen des schriftlichen Verfahrens und des Verfahrens nach § 495a ZPO zulässig. Dabei handelt es sich um Bagatellstreitigkeiten, die für die hier zu behandelnde Problematik ohne Bedeutung sind.

Augenschein ist jede Wahrnehmung von beweiserheblichen Tatsachen durch das Gericht. Durch welches Sinnesorgan dies geschieht, ist dabei entgegen dem Wortlaut ohne Bedeutung. Der Augenschein kann auch durch die Vermittlung technischer Hilfsmittel erfolgen. Das Gericht kann sich daher selbst einen Eindruck von der Funktionsfähigkeit einer Software verschaffen. Dass dies in der Praxis selten geschieht liegt daran, dass die Gerichte – häufig wohl

⁸⁵¹ *Bergmann/Streitz*, NJW 1992, 1726, 1729.

zu Recht⁸⁵² – davon ausgehen, ihnen fehle die erforderliche Sachkunde für eine verbindliche Beurteilung. In aller Regel ist daher die Augenscheinseinnahme allein durch das Gericht nicht sinnvoll und entsprechend in der Praxis fast ohne Bedeutung.

Der **Zeugenbeweis** kommt bezüglich vertraglicher Fragen, wie etwa des vereinbarten Leistungsumfanges, in Betracht. Im Bereich der Darlegung von Mängeln der Software dagegen stößt der Zeugenbeweis auf Grenzen. Kann ein Benutzer u.U. noch mit recht großer Wahrscheinlichkeit Probleme im Umgang mit Software und damit ggf. auch das Vorliegen von Mängeln schildern, so ist ein Zeuge doch mit hoher Wahrscheinlichkeit dem Vorwurf der fehlerhaften Bedienung durch die Gegenpartei ausgesetzt.⁸⁵³ Um diesem Risiko zu entgehen, sollte daher der Zeuge als alleiniges Beweismittel möglichst vermieden werden.

Große Bedeutung erlangt der Zeugenbeweis jedoch in den Fällen, in denen es um einen Zustand der Software oder um einen Fehler geht, der nicht ohne weiteres reproduzierbar ist. Ist der Fehler z.B. nur einige Male aufgetreten oder/und mittlerweile durch eine neuere Version der verwendeten Software beseitigt, so kann der Zeugenbeweis die einzige Möglichkeit zur Darlegung des Mangels sein. Zudem kann ein Zeuge die Richtigkeit eines – allein nicht beweiskräftigen – Fehlerprotokolls oder Logbuches bezeugen, sofern der Zeuge diese Dokumentation mit angelegt hat. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Zeugenvernehmung, der als eine Art Übersetzer für das Gericht tätig wird, kann hierbei sinnvoll erscheinen. Dabei ist eine **Befragung des Zeugen durch den Sachverständigen** zulässig.

c) Insbesondere der Sachverständigenbeweis

Der Sachverständigenbeweis stellt sich für die Beurteilung der teilweise komplexen technischen Detailfragen als das **wichtigste Beweismittel** dar. Er kann zur Ermittlung von Mängeln in der Istbeschaffenheit sowie zur Bestimmung dessen, was die Parteien als Leistung vereinbart haben, dienen.

aa) Auswahl des Sachverständigen

Der Sachverständige ist zwar **Gehilfe des Gerichts**, wird in der ZPO jedoch lediglich als Beweismittel behandelt. Das Gericht kann gemäß § 144 ZPO den Beweis auch von Amts wegen erheben, ohne dass ein entsprechender Antrag einer der Parteien vorliegt. Andererseits kann es sich auch über entsprechende Beweisantritte der Parteien hinwegsetzen, wenn es sich selbst

⁸⁵² Siehe hierzu *Braun*, Die Sachkunde des Richters in EDV-Prozessen, in: Bartsch (Hrsg.), Softwareüberlassung und Zivilprozess, Köln 1991, 83 ff.

⁸⁵³ Vgl. auch *Redeker*, CR 1991, 654 f.

für sachverständig genug hält. Das Gericht muss dieses Vorhaben den Parteien jedoch vorher mitteilen und ihnen die Möglichkeit der Stellungnahme einräumen.⁸⁵⁴

Für die Auswahl des Sachverständigen ist die **konkrete Beweisfrage** zu berücksichtigen. Für die jeweiligen Gebiete finden sich öffentlich bestellte DV-Sachverständige.⁸⁵⁵ Einigen sich die Parteien über die Person, ist das Gericht daran gebunden (§ 404 Abs. 4 ZPO). Gemäß § 404 Abs. 2 ZPO sind öffentlich bestellte Sachverständige vorzuziehen, falls nicht besondere Umstände die Wahl anderer Personen erfordern.

An den Sachverständigen sind bestimmte Anforderungen zu stellen.⁸⁵⁶ Er muss in der Lage sein, den Beweisbeschluss und die in ihm aufgeworfenen Fragen in ihrer Bedeutung für den Prozess einzuschätzen. Ferner sollte er seine Untersuchungsergebnisse in einer für den DV-Laien nachvollziehbaren Weise darstellen und begründen können.

Sachverständige können von den Parteien aus den gleichen Gründen abgelehnt werden wie Richter (§ 406 Abs. 1 ZPO). Das bloße gelegentliche Tätigwerden eines freien Sachverständigen für eine Partei reicht dabei für die Besorgnis der Befangenheit nicht aus, wohl aber eine dauernde Tätigkeit. In diesem Fall liegt eine so enge Beziehung zu einer Partei vor, dass eine Ablehnung des Sachverständigen in Betracht kommt.

bb) Aufgaben des Sachverständigen

Der Sachverständige muss **Erfahrungssätze aus seinem Spezialgebiet auf den ihm mitgeteilten Sachverhalt** übertragen. Kann das Gericht den zu beurteilenden Sachverhalt nicht hinreichend präsentieren, so kann der Sachverständige in einem gewissen Umfang mit der Ermittlung der Tatsachen beauftragt werden.⁸⁵⁷ Gemäß § 372 ZPO kann der Sachverständige bei der Augenscheinsnahme hinzugezogen werden. Die gängige Praxis der Gerichte, die Augenscheinsnahme fast immer durch den Sachverständigen allein durchführen zu lassen, entspricht dabei den praktischen Bedürfnissen, insbesondere im Hinblick auf die hohe Arbeitsbelastung der Gerichte.

Hat der Sachverständige den Augenschein genommen, so ist er bezüglich der festgestellten Tatsachen wie ein Zeuge zu behandeln. Nach der Augenscheinsnahme erfolgt die Bewertung der festgestellten Tatsachen durch den Sachverständigen, der seine Beobachtungen sowie die

⁸⁵⁴ *BGH, JZ 1968, 670.*

⁸⁵⁵ Die Liste der bundesweit öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen kann bei der Industrie- und Handelskammer zu Köln, Unter Sachsenhausen 10–26, 50667 Köln, bezogen werden.

⁸⁵⁶ *Goebel, CR 1987, 571.*

⁸⁵⁷ Siehe hierzu auch *Löbbecke, IuR 1987, 84*, der eine informatorische Anhörung des Sachverständigen im EDV-Prozess fordert.

daraus gezogenen Schlüsse mündlich oder in Form eines schriftlichen Gutachtens dem Gericht mitteilt. Das Gericht kann die Erstellung eines mündlichen Gutachtens gemäß § 411 Satz 1 ZPO jederzeit anordnen, auch wenn das Grundmodell der Zivilprozessordnung die mündliche Begutachtung vorsieht (§§ 402, 394 ZPO). Für eine intensivere Befassung der Parteien mit den Ergebnissen des Gutachtens sowie zur Vorbereitung auf eine mündliche Erläuterung im Termin dürfte jedoch das **schriftliche Gutachten** vorzugswürdig sein.

cc) Befugnisse des Sachverständigen

Der Sachverständige ist weder **zur Vernehmung von Zeugen noch zur Erzwingung der Durchführung der Augenscheinsnahme befugt**. Verweigert der beweisbelastete Anwender dem Sachverständigen den Zugriff auf die zu untersuchende Software, so ist er mit dem Beweismittel auszuschließen (§§ 367, 329 ZPO). Im Übrigen fällt die Beweislast wegen **Beweisvereitelung** wieder dem Lieferanten zu, wenn er die an ihn zurückgegebene Kaufsache nicht zur Mangelbegutachtung dem Sachverständigen vorlegt.⁸⁵⁸

Auch die Parteien sind in gewissem Maße an der Beweiserhebung mitwirkungsverpflichtet. So hat der Besteller von Individualsoftware im Rahmen der Beweisaufnahme die ihm übergebene Originaldiskette zur Prüfung bereitzustellen.⁸⁵⁹ Daneben besteht aus Sicht des Gerichtes, vor Erhebung des Sachverständigenbeweises, die in der Praxis wenig genutzte Möglichkeit der Durchführung eines Einweisungstermins.

Verweigert ein am Prozess nicht beteiligter Dritter die Augenscheinseinnahme, so fällt das Beweismittel aus; diese Tatsache geht zu Lasten der beweispflichtigen Partei. Auch das Bestehen eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Duldung des Augenscheins gegen diesen Dritten hilft insoweit der beweispflichtigen Partei nicht weiter. Die beweispflichtige Partei muss zunächst den Duldungsanspruch in einem getrennten Prozess durchsetzen.

Streitig ist, ob dem Beweisführer im Erstprozess in analoger Anwendung des § 431 ZPO **eine Frist zur Titulierung und Vollstreckung** gesetzt werden kann. Abgesehen von den Voraussetzungen für eine solche Fristsetzung erscheint ein derartiges Vorgehen jedoch angesichts der zu erwartenden Prozessverzögerung nicht sinnvoll. Eine längere Dauer des IT-Prozesses dürfte aufgrund des zu erwartenden Wertverlustes über eine solche nicht unerhebliche Zeitspanne den gesamten Prozesszweck in Frage stellen.

⁸⁵⁸ *LG Stuttgart*, CR 1994, 405.

⁸⁵⁹ *LG Köln*, CR 1994, 284; *LG Köln*, NJW-RR 1994, 1487.

Insgesamt gesehen ergibt sich aus dem Gesagten die Empfehlung, ein potentielles Augenscheinsobjekt als beweispflichtige Partei möglichst nicht aus der Hand zu geben.

Die **Befugnis des Sachverständigen zum Einsatz von Hilfsmitteln** bei seiner Tätigkeit ist grundsätzlich unumstritten. Ausnahmen ergeben sich lediglich, wenn die Kosten für den Einsatz im Verhältnis zu einem relativ geringen Streitwert unangemessen erscheinen oder das Hilfsmittel von einer der beiden Parteien entwickelt bzw. vertrieben wird. Der Einsatz eines solchen Mittels ist zwar nicht grundsätzlich unberechtigt, kann aber den Verdacht der Befangenheit nähren. Bei kostspieligen Hilfsmitteln empfiehlt sich die vorherige Absprache mit den Parteien.

dd) Das Sachverständigengutachten und seine Bewertung

Bei der Würdigung des Gutachtens haben Gericht und Parteien auf eine **genaue Beantwortung der im Beweisbeschluss genannten Fragen** zu achten. Auch ist zu überprüfen, ob der Sachverständige Mängel bewertet, die nicht gerügt waren. Die Würdigung des Gutachtens muss das Gericht unabhängig von den Parteien vornehmen und seine Entscheidung im Urteil begründen. Die bloße Übernahme des Gutachtens in das Urteil reicht insofern nicht aus.⁸⁶⁰ Allerdings sind die Anforderungen an die Begründung des Gerichtes weniger streng zu fassen, wenn die Parteien keine Einwendungen gegen das Gutachten erheben.

Gewährt das Softwarehaus dem Sachverständigen nicht den Zugang zum Quellcode, treffen die Folgen für die Begutachtung das Softwarehaus.⁸⁶¹ Wie das OLG Hamburg ausführt, darf das Gericht den Einschätzungen des Sachverständigen folgen, wenn er auf der Vorlage der Quellcodes zur gutachterlichen Beurteilung des Umfangs der erforderlichen Nacharbeiten bestanden hat. Ein Nachbesserungsversuch unter Echtzeitbedingungen sei prozessual allenfalls - wenn überhaupt - im Einvernehmen mit dem Kunden denkbar. Ein solches Vorgehen sei in der ZPO nicht vorgesehen. Es würde zulasten des Kunden auch eine - bewusste oder unbewusste - Manipulation ermöglichen. Das Softwarehaus hätte nämlich die Möglichkeit, sich vor dem beaufsichtigten Nachbesserungsversuch im Vorwege Gedanken über die Vorgehensweise im Rahmen der Nachbesserung zu machen, so dass sie selbstverständlich schneller zum gewünschten Ergebnis gelangen könnte als dies der Realität entsprechen würde. Auch

⁸⁶⁰ Siehe hierzu *Zahrnt*, IuR 1987, 12, 15. Vgl. auch allgemein zum Verhältnis von Gericht und EDV-Sachverständigen *Goebel*, CR 1987, 571 ff.

⁸⁶¹ *OLG Hamburg*, Urt. v. 16.8.2013 – 9 U 41/11.

vor diesem Hintergrund bleibe es dabei, dass die Aufwendigkeit der Mängelbeseitigung objektiv durch den Sachverständigen bestimmt werden müsse.⁸⁶²

Besondere Anforderungen an die Begründung des Gerichtes ergeben sich für den Fall, dass das Gericht dem Gutachten nicht folgen will. Dabei setzt das Gericht seine Sachkunde an die Stelle der des Gutachters. Um die Ergebnisse des Gutachtens widerlegen zu können, wird es nur in wenigen Fällen über die nötige Sachkunde verfügen; meist dürfte nur der Weg der Neubegutachtung (§ 412 Abs. 1 Satz 2 ZPO) in Betracht kommen. Aus Sicht der Parteien ist die Aussicht, ein seitens des Gerichtes eingeholtes Gutachten zu erschüttern, relativ gering (unter 3 %). Gelingen kann dies jedoch mittels eines Privatgutachtens eines anerkannten Gutachters, das die Richtigkeit des gerichtlichen Gutachtens dezidiert erschüttert. Die Einholung eines solchen Privatgutachtens ist jedoch, auch angesichts der Kosten, gegen den möglichen Erfolg abzuwägen (der Anteil von Privatgutachten liegt unter 2 %).

Grundsätzlich problematisch ist die **Trennung der Bewertung von Tatsachen von rechtlichen Fragen bei der Würdigung des Gutachtens**. Auch wenn dies in der Praxis kaum umzusetzen ist, sollte prinzipiell der Sachverständige eine Bewertung der Tatsachen aus rein tatsächlicher Sicht vornehmen, während die rechtliche Bewertung der Ergebnisse allein dem Gericht obliegt.⁸⁶³

8. Das Urteil

Wenn der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist, ergeht nach § 300 ZPO ein **Endurteil**. Es wird nach § 310 ZPO in dem Termin verkündet, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird oder in einem sofort anzuberaumenden Termin.

a) Der Inhalt des Urteils

Gemäß § 308 ZPO ist das Gericht bei seiner Entscheidung **an die Anträge der Parteien gebunden** und darf nichts zusprechen, was diese nicht beantragt haben. Im Urteil wird also entweder die Klage als unzulässig oder unbegründet abgewiesen oder dem Kläger die beantragte Leistung ganz oder teilweise zugesprochen. In der Regel wird der Urteilstenor bei Begründetheit der Klage den Klageantrag des Klägers im Wortlaut wiedergeben. Bei Zahlungsklagen des Lieferanten wird diesem die beantragte Zahlung zugesprochen. Bei Wandelungsklagen

⁸⁶² OLG Hamburg, Urt. v. 16.08.2013 – 9 U 41/11.

⁸⁶³ LG München I, CR 1987, 364; LG Köln, CR 1986, 23.

erfolgt im Allgemeinen eine Zug-um-Zug-Verurteilung dahingehend, dass der Anwender den Kaufpreis oder Werklohn Zug-um-Zug gegen Rückgabe der gelieferten Hard- oder Software zurückerhält. Der Urteilstenor muss die auszutauschenden Leistungen so konkret bestimmen, dass der Gerichtsvollzieher anhand des Urteils die Vollstreckung durchführen kann.⁸⁶⁴ Die Gegenleistung muss so bestimmt sein, dass dem Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung die Prüfung möglich ist, ob die ihm vom Gläubiger übergebenen, dem Schuldner anzubietenden Gegenstände der nach dem Urteil geschuldeten Gegenleistung nach Vollständigkeit und Richtigkeit entsprechen.⁸⁶⁵

b) Gutachterkosten

Bezüglich der allgemeinen Kosten gelten im IT-Prozess die gleichen Regeln wie in anderen Prozessen auch, jedoch kommt aufgrund der Eigenheiten des Prozessstoffes den **Kosten für private Gutachten** besondere Bedeutung zu. Zentrale Frage ist, ob es sich bei diesen Kosten um solche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung i.S.d. § 91 Abs. 1 ZPO und damit um erstattungsfähige Kosten handelt.

Dabei gilt der Grundsatz, dass die Kosten für Privatgutachten nicht erstattungsfähig sind.⁸⁶⁶ Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen jedoch: Kann eine Partei ohne ein solches Gutachten ihrer Substantiierungslast nicht genügen oder erfolgt die Begutachtung aufgrund eines gerichtlichen Auflagenbeschlusses, so handelt es sich um erstattungsfähige Kosten.

9. Vollstreckung von Urteilen

Die **Vollstreckung in Software** bereitet angesichts der zu berücksichtigenden datenschutzrechtlichen Vorschriften, den Fragen bezüglich der Verwertbarkeit (von Bedeutung: § 17 Abs. 2 UrhG) sowie der Identifizierbarkeit Schwierigkeiten.⁸⁶⁷ Verhältnismäßig unproblematisch ist dies bei Standardsoftware, die sich auch im Wege der Zwangsversteigerung verwerten lässt.

a) Zug-um-Zug-Titel

Die Vollstreckung von Zug-um-Zug-Titeln richtet sich beim Software-Gewährleistungsprozess bezüglich der Gegenleistung meist auf die **Herausgabe bzw. Lö-**

⁸⁶⁴ *KG Berlin*, CR 1994, 740; *KG Berlin*, MDR 1994, 617.

⁸⁶⁵ *KG Berlin*, CR 1994, 740, 741; *LG Heidelberg*, NJOZ 2005, 252 = CR 2004, 890.

⁸⁶⁶ *OLG München*, GRUR 1987, 33.

⁸⁶⁷ *Breidenbach*, CR 1989, 873.

schung von Software.⁸⁶⁸ Der Zahlungsanspruch andererseits lässt sich nur dann vollstrecken, wenn entweder der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung in verzugsbegründender Weise angeboten hat oder die Erfüllung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist. Sofern der Anwender bereits im Hauptsacheverfahren durch einen Feststellungsantrag geltend gemacht hat, dass der Gegner sich mit der Annahme der Gegenleistung in Annahmeverzug befindet, bestehen keine besonderen Probleme. Denn in einem solchen Fall liegt in dem feststellenden Urteil eine öffentliche Urkunde darüber, dass **Annahmeverzug** besteht. Schwierigkeiten ergeben sich immer dann, wenn der Gläubiger in Ermangelung eines solchen Antrags tatsächlich Herausgabe und/oder Löschung des Programms schuldet. In einem solchen Fall muss die Gegenleistung in der Urteilsformel so bestimmt sein, dass dem Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung die Prüfung möglich ist, ob die ihm von dem Gläubiger übergebenen, dem Schuldner anzubietenden Gegenstände der nach dem Urteil geschuldeten Gegenleistung nach Vollständigkeit und Richtigkeit entsprechen.⁸⁶⁹ Der Gerichtsvollzieher muss folglich die im Falle einer Rückgewähr geschuldete Software dem Lieferanten anbieten. Dem Gerichtsvollzieher obliegt die Prüfung, ob dem Schuldner die ihm zustehende Leistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten worden ist, d.h. ihm gemäß § 294 BGB die ihm nach dem Urteil geschuldete Leistung tatsächlich in der nach § 756 ZPO gebotenen Form nachgewiesen wurde.⁸⁷⁰

Wenn der Gerichtsvollzieher nicht in der Lage ist, die Ordnungsmäßigkeit der Leistung festzustellen, hat er die Zwangsvollstreckung abzulehnen und es dem Gläubiger zu überlassen, die Ordnungsmäßigkeit der Leistung im Wege der Klage feststellen zu lassen.

Zunächst einmal ist für den Gerichtsvollzieher die **Identifizierung der Software** schwierig. Die Verurteilung auf Herausgabe von „Software-Kopien“ hat von vornherein keinen vollstreckungsfähigen Inhalt.⁸⁷¹ Die Bezeichnung der jeweiligen Softwareversion reicht kaum aus.⁸⁷² Die Einbeziehung der Programmlistings in den Tenor ist zu weitgehend.⁸⁷³ Der Gerichtsvollzieher könnte einen entsprechenden Tenor schwerlich vollstrecken. Die Identifizierung des Programms vor Ort und die Feststellung, dass die herausgegebenen Programme den herauszugebenden entsprechen, ist meist ohne Hilfe eines Sachverständigen – und damit mit erheb-

⁸⁶⁸ Siehe hierzu *OLG München*, CR 1989, 695; *KG Berlin*, CR 1994, 740, 741; *LG Darmstadt*, CR 1990, 46; *von Gravenreuth*, BB 1989, 1925; *Münzberg*, BB 1990, 1011.

⁸⁶⁹ *KG Berlin*, OLGZ 1971, 386; *OLG Frankfurt*, JurBüro 1979, 1389; *LG Landau*, CR 1996, 30.

⁸⁷⁰ *LG Landau*, CR 1996, 30.

⁸⁷¹ *AG Offenbach*, NJW-RR 1989, 445.

⁸⁷² *KG Berlin*, CR 1994, 740, 741.

⁸⁷³ So auch *Redeker*, CR 1994, 741, 742.

lichen Zusatzkosten – nicht zu leisten.⁸⁷⁴ Der Gerichtsvollzieher hat ferner nicht die Aufgabe, die Umsetzung eines titulierten Lösungsverlangens zu überprüfen; hier richtet sich die Vollstreckung nach §§ 887, 888 ZPO.

b) Nachbesserungstitel

Die Vollstreckung von Nachbesserungstiteln richtet sich als Titel über eine **vertretbare Leistung nach § 887 ZPO**. Das Gericht kann den Gläubiger daher ermächtigen, einen Dritten mit den nötigen Arbeiten zu beauftragen. Die Einordnung des Nachbesserungstitels als solcher über vertretbare Leistungen bereitet jedoch im Softwaregewährleistungsprozess praktische Probleme. Dort wird die Nachbesserung schließlich gerade deshalb gewählt, weil außer dem Hersteller der Software kaum jemand in der Lage ist, die Funktionsfähigkeit des Programmes herzustellen. Dies kann einmal auf der Notwendigkeit zur Einsicht und Veränderung des Quellcodes, ebenso jedoch in der erforderlichen Einarbeitungszeit, die eine Nachbesserung von anderer Seite zu zeitaufwendig machen dürfte, begründet sein. Die Folge für den Gläubiger ist, dass ihm die Vollstreckung über § 887 ZPO meist nicht weiterhilft, während ihm der Weg über § 888 ZPO mit Hilfe von Zwangsgeld oder Zwangshaft verwehrt ist.

c) Zwangsvollstreckung in Software

Literatur:

Asche, Zwangsvollstreckung in Software, 1998; *Bleta*, Software in der Zwangsvollstreckung, 1994; *Breitenbach*, Computersoftware in der Zwangsvollstreckung, CR 1989, 873; *Franke*, Software als Gegenstand der Zwangsvollstreckung, 1998; *Koch*, Software in der Zwangsvollstreckung, KTS 1988, 49; *Roy/Palm*, Zwangsvollstreckung in Computer, NJW 1995, 690.

Aufgrund der immer größeren Verbreitung von Softwareprodukten können diese einen wichtigen Vermögensbestandteil im Vermögen des Schuldners für einen die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger darstellen.

aa) Anwendbare Vorschriften

Im Allgemeinen wird vertreten, dass eine zumindest analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 808 ff. ZPO für die **Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen** möglich ist.⁸⁷⁵ Dies ist für Datenträger und das schriftliche Begleitmaterial unproblematisch.⁸⁷⁶ Umstrittener ist dies

⁸⁷⁴ Siehe *OLG Stuttgart*, MDR 1982, 416.

⁸⁷⁵ *Franke*, MDR 1996, 236, 238; Rechtsprechung zu dieser Thematik liegt noch nicht vor.

⁸⁷⁶ *Breidenbach*, CR 1989, 873, 875; *Franke*, MDR 1996, 236, 238.

bei datenträgerloser Übertragung der Software in den Rechner des Anwenders; da in einem solchen Fall eine Pfändung aber mangels realistischer Zugriffsmöglichkeiten des Gerichtsvollziehers ohnehin nicht praktikabel erscheint, muss dieses Problem nicht weiter vertieft werden.⁸⁷⁷

bb) Durchführung der Pfändung

Gemäß § 808 ZPO erfolgt die Pfändung durch **Inbesitznahme der Sachen** durch den Gerichtsvollzieher, und zwar durch **Anbringung eines Pfandsiegels**. Eine Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher wird im Allgemeinen nur bei Standardsoftware problemlos möglich sein, da diese aufgrund der Originaldisketten für den Gerichtsvollzieher erkennbar ist. Datenträger, die lediglich eigene Datensätze des Schuldners enthalten, lassen keinen Verwertungserlös erwarten und sind auch aus Gründen des Datenschutzes nicht pfändbar.⁸⁷⁸ Die Pfändung von Software erscheint von vornherein nur sinnvoll, wenn überhaupt ein Verwertungserlös zu erwarten ist, da ansonsten das Verbot der nutzlosen Pfändung nach § 803 Abs. 2 ZPO entgegensteht. Der Gerichtsvollzieher, der gemäß § 813 ZPO bei der Pfändung die zu pfändenden Sachen auf ihren gewöhnlichen Verkaufswert schätzen soll, wird hierzu in der Regel bei Software nicht in der Lage sein. Die nach § 813 Abs. 1 Satz 3 ZPO mögliche Beiziehung eines Sachverständigen wird in den meisten Fällen lediglich zu einer Erhöhung der Kosten führen, ohne dass ein angemessener Verkaufserlös zu erwarten ist. Die Pfändung von Software erscheint daher nur bei marktgängiger Standardsoftware sinnvoll, bei der der Gerichtsvollzieher z.B. anhand der üblichen Verkaufspreise einen Marktwert ermitteln kann. Es sollte aber dann darauf geachtet werden, dass es sich um die neueste Version des jeweiligen Softwareproduktes handelt. Einer Pfändung von Individualsoftware wird im Allgemeinen das Verbot der zwecklosen Pfändung nach § 803 Abs. 2 ZPO entgegenstehen, da diese zu sehr auf die betrieblichen Probleme eines speziellen Anwenders zugeschnitten ist, als dass eine Verwertung zu einem akzeptablen Preis erfolgen könnte.⁸⁷⁹

cc) Mögliche Pfändungshindernisse

Zu beachten ist, dass die Pfändung der körperlichen Sache jeweils auch das verkörperte Immaterialgut umfasst. Es muss also darauf geachtet werden, dass ein etwa vorhandenes Urheberrecht am Computerprogramm nicht beeinträchtigt wird. Da dem Urheber das ausschließliche Verwertungsrecht zusteht, wäre eine Pfändung gemäß § 803 Abs. 2 ZPO nutzlos, wenn

⁸⁷⁷ Franke, MDR 1996, 236, 238 befürwortet auch hier eine analoge Anwendung der Sachpfändungsvorschriften.

⁸⁷⁸ Breidenbach, CR 1989, 873, 879.

eine Verwertung der Software aufgrund des Urheberrechts nicht erfolgen dürfte. Allerdings ist dies unproblematisch, wenn die Software vom Anwender im Wege der Veräußerung erworben wurde. Gemäß § 69c Satz 2 UrhG hat sich das ausschließliche Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft, wenn die Software mit dessen Zustimmung in Verkehr gebracht wurde. Dies gilt allerdings nicht für Weitervermietung. Einer Verwertung der Software steht das Urheberrecht also nicht im Wege.

Bei Software ist generell das Pfändungsverbot des § 811 Nr. 5 ZPO zu beachten. Hiernach dürfen keine Sachen gepfändet werden, die der Schuldner zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit benötigt. Dies wird gerade bei Buchhaltungs- und Textverarbeitungsprogrammen häufig der Fall sein.

⁸⁷⁹ Breidenbach, CR 1989, 873, 880.

Viertes Kapitel: Softwareerstellungsverträge

Literatur:

(siehe auch die Quellen zu IT-Outsourcing und Change Request): *Fritzemeyer*, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; *Hecht/Becker*, Unberechtigte Mängelrügen bei IT-Projekten – Rechte und Pflichten der Vertragspartner und Hinweise zur Vertragsgestaltung, ITRB 2009, 59; *Hecht*, Schiedsgutachtenklauseln in IT-Verträgen – Vertragsgestaltung und Durchführung des Verfahrens, ITRB 2008, 184; *Karger*, Desorganisierte Leistungsänderungen in IT-Verträgen – Umgehung vereinbarter Verfahren, Missachtung von Formerfordernissen, fehlendes rechtliches Controlling, ITRB 2009, 18; *Koch*, Erstellung und Lieferung von Software nach Werkvertragsrecht – Ein Beitrag zum Umgang mit § 651 BGB, ITRB 2008, 233; *Müller-Hengstenberg/Kirn*, Die technologischen und rechtlichen Zusammenhänge der Test- und Abnahmeverfahren bei IT-Projekten, ITRB 2008, 755; *Müller-Hengstenberg*, Ist das Kaufrecht auf alle IT-Projektverträge anwendbar?, NJW 2010, 1181; *Naus*, Softwareerstellung als Projekt, Hamburg 2006; *Pagenberg/Geißler*, Der Softwarelizenzvertrag in der Praxis, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993; *Roth/Dorschel*, Das Pflichtenheft in der IT-Vertragsgestaltung – Bedeutung funktioneller Beschreibungen, ITRB 2008, 189, 191; *Schneider/v. Westphalen*, Software-Erstellungsverträge, Köln 2006; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl., Köln 2003, insbes. Kapitel H; *Schneider*, IT-Vertragsrecht, CR 2005, 695; *Schneider*, Softwareerstellung und Softwareanpassung – Wo bleibt der Dienstvertrag, CR 2003, 317; *Schneider*, Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei der Softwareanpassung – Organisatorische Änderungen beim Kunden als wesentliche Mitwirkungsleistung, ITRB 2008, 261; *Söbbing*, MAC-Klauseln in IT-Verträgen – Veränderungen im Projekt erkennen und Rechtsfolgen vertraglich regeln, ITRB 2008, 257; *Söbbing*, Rechtsfragen der Softwareentwicklung nach dem Prototyping-Verfahren, ITRB 2008, 212.

Ein wichtiger Bereich des IT-Vertragsrechts sind die Softwareerstellungsverträge, d.h. die Verträge über die **Erstellung von Individualsoftware**. Dabei umfassen die folgenden Ausführungen nicht nur die Programmierung von Software nach genau spezifizierten, individuellen Anforderungen des Anwenders, sondern auch die Anpassung von Standardsoftware an die spezifischen Bedürfnisse einzelner Anwender (sog. **Customizing**)⁸⁸⁰ und die **IT-Projektverträge**.

Gerade das IT-Projektgeschäft prägt den Softwaremarkt. Meist wissen weder Anwender noch Programmierer am Anfang ihrer Geschäftsbeziehung, was sie eigentlich wollen. Software lässt sich nicht wie ein Rock maßschneidern. Die Bedürfnisse und Wünsche des Kunden lassen sich erst im Laufe der Vertragsbeziehung ermitteln und umsetzen. Softwareverträge sind daher meist **komplexe Langzeitverträge**,⁸⁸¹ auf die das BGB auch im Werkvertragsrecht

⁸⁸⁰ Dazu ausführlich *Witzel*, in: *Schneider/v. Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Köln 2006, Kap. F.

⁸⁸¹ Siehe dazu grundlegend *Nicklisch* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag*, 1987.

nicht zugeschnitten ist. Dadurch entstehen zahlreiche rechtliche Verwerfungen, die bis heute kaum zufriedenstellend gelöst sind.

Beginnt man mit der Planungsphase, stellt sich zunächst die Frage, welche Berater bei der Planung eines IT-Projektes haben. Häufig lassen sich komplexe IT-Projekte überhaupt nicht ohne Berater umsetzen. Streitig ist die Rechtsnatur eines Beratungsvertrages. Denkbar ist die Einordnung als Dienstvertrag (§§ 611, 675 BGB). Bei Kombination von Berater- und Projektvertrag kann das Ganze als Werkvertrag angesehen werden. Dies ist insbesondere für die Einordnung eines Gesamtvertrages wichtig, da der BGH bei einer herausragenden Planungsphase davon ausgeht, dass § 651 BGB nicht zum Tragen kommt und damit der Gesamtvertrag klar werkvertraglich qualifiziert werden kann. In der Beratungssituation sind festzustellen:

- Ist-Analyse
- Schwachstellenanalyse
- Machbarkeitsanalyse
- Grobkonzept
- Fachliches Konzept.

Mit dem Berater kommt ein Beratervertrag zustande. Häufig geht die Rechtsprechung über den Beratervertrag hinaus und bejaht eine erhöhte Haftung des Beraters. So soll bei Information von hoher Bedeutung ein konkludenter Beratungsvertrag zustande kommen. Zu bedenken ist auch, dass eine Sachwalterhaftung wegen culpa in contrahendo in Betracht kommt. Gegenüber Dritten kann eine Beraterangabe auch Haftungsfolgen auslösen, etwa im Rahmen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte.⁸⁸² Der BGH bejaht im Übrigen eine Beweislastumkehr bei Beratern bezüglich der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Erfolg. Der Berater muss dementsprechend nachweisen, dass der Beratene auch ohne den Rat entsprechend gehandelt hätte.⁸⁸³ Den Berater treffen aus dem normalen Dienstvertrag heraus die deutlich herabgesenkten Qualitätsstandards nach § 280 BGB. Eine Haftung kommt insofern nur bei verschuldeter Schlechterfüllung in Betracht. Dies sind Fälle, in denen der Berater gar nicht oder nur teilweise erscheint. Darunter kann aber auch ein Fall fallen, in dem der Berater nicht über den angeforderten Skill-Level verfügt und ihm das notwendige Branchen-Know-how fehlt. §280 BGB bringt allerdings nur eine Haftung im Hinblick auf einen Schadensersatz. Im

⁸⁸² *BGH*, NJW 2001, 514.

⁸⁸³ Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10.

Schadensersatz steckt auch die Möglichkeit eines Rücktritts. Eine Nacherfüllung ist allerdings in dem Rechtssystem nicht vorgesehen.

Losgelöst von der Rolle des Beraters gilt es typische Verfahrensschritte im Vorfeld eines IT-Projekts zu bedenken. Dazu zählt zum Beispiel die Teambildung. Zu einem IT-Projekt gehört typischerweise die Einbindung der Geschäftsführung, des Controlling, der Personalabteilung, externer Berater und der Abteilungen IT, Steuern und Recht. Es muss eine Ausschreibung vorgenommen werden. Im Rahmen dieser Ausschreibung sind potentielle Anbieter auszuwählen. Die Ausschreibungsunterlagen sind festzulegen. Gegebenenfalls ist ein Vertragsentwurf beizufügen und ein Datenraum für die Bieter einzurichten, in dem diese sich die technische und organisatorische Infrastruktur des Projektes anschauen. Dann gehen die Gebote ein, die dann geprüft werden, gefolgt von weiteren Gesprächen mit den Bietern. Eine vorläufige Auswahl kann mithilfe eines Letter of Intent abgesichert werden (s.u.).

Notwendiger Bestandteil einer Vorplanung ist auch die interne Due Diligence. Hier gilt es zunächst einmal den aktuellen IT-Etat festzulegen und eventuell auch klare Kostenzuordnungen zulasten einzelner Abteilungen vorzunehmen. Die jeweils betroffenen IT-Systeme sind festzustellen. Dabei gilt es zu prüfen, ob die Systeme im Eigentum des Auftraggebers stehen oder nur geleast sind. Auch wäre zu prüfen, ob die Systeme auch für andere Bereiche genutzt werden und wenn ja, ob eine Trennung der verschiedenen Bereiche rechtlich möglich ist (etwa über Unterlizenzierung). Ähnlich gilt es die Wartungsverträge für die bestehenden Systeme zu prüfen. Zu klären wäre, ob Kündigungsmöglichkeiten für bestehende Wartungsverträge existieren, die Wartungsverträge übertragen werden können oder sonstige Aufstiegsmöglichkeiten existieren. Auch die bestehenden Softwareverträge gilt zu prüfen, insbesondere im Hinblick auf deren Übertragbarkeit, Kündigungsmöglichkeiten und Kosten des Aufstiegs. Dann gilt es die benötigten Schutzrechte zu prüfen, die für den Einsatz der neuen Software gebraucht werden. Zu unterscheiden ist die Beistellung eigener Softwareentwicklung von der Auftragsentwicklung durch Dritte. Fraglich ist öfters, ob Rechte überhaupt durch den Auftraggeber gewährt werden können. Dazu der Auftraggeber feststellen, ob er wirklich Rechteinhaber „seiner“ Software ist. Schließlich gilt es die Servicelevels festzulegen. Festzustellen sind die aktuellen Servicelevels, branchenübliche Servicelevels und die benötigten Servicelevels. Zu identifizieren sind die kritischen Systeme – auch im Hinblick auf Schadensszenarien und Notfallszenarien.

Wichtig ist eine klare Planung einer solch komplexen Vertragsbeziehung, wie am Ende des Buches am Beispiel von Change-Request-Verfahren gezeigt wird. Idealerweise beginnt ein IT-Projekt mit einer umfassenden Vorabermittlung des gewünschten Anforderungsprofils, das

die Software erfüllen soll. Am besten mit Hilfe qualifizierter IT-Berater prüft der Anwender, was er will und wie dies am besten IT-technisch umgesetzt werden kann. Dieses Profil wird in einem **Pflichtenheft** dokumentiert. Aufgrund des Pflichtenheftes wird dann eine Ausschreibung vorgenommen; geeignete Softwarehäuser werden um die Übersendung von Kostenvoranschlägen gebeten. Schon in dieser Vor-Phase sollte man **Letters of Intent**⁸⁸⁴ und **Vertraulichkeitsvereinbarungen** mit allen Beteiligten abschließen, da diese sehr viele Betriebsinterne sowohl aus der Sphäre des Softwarehauses, als auch aus der des Anwenders erfahren.⁸⁸⁵ Es ist nicht verboten, in dieser Phase externe Mitarbeiter abzuwerben. Es ist nur dann wettbewerbswidrig, wenn unlautere Begleitumstände hinzukommen, insbesondere unlautere Mittel eingesetzt oder unlautere Zwecke verfolgt werden.⁸⁸⁶ Ausnahmen:

- Abwerben zwecks Behinderung und Schädigung des bisherigen Arbeitgebers (§ 4 Nr. 10 UWG). Abhängig von Gesamtumständen: Wie viele Mitarbeiter wurden abgeworben (ein ganzes Team?)? Waren die Mitarbeiter zentral für das Unternehmen? Konsequenzen für das Unternehmen? Schädigungsabsicht?
- Abwerben zwecks Erwerbs von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen
- Verleiten zum Vertragsbruch (z.B. nachvertragliche Wettbewerbsverbote): Die Unlauterkeit des Ausnutzens des fremden Vertragsbruchs ergibt sich ferner nicht daraus, dass schon die bloße Bereitschaft des Mitbewerbers, den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer zu beschäftigen, diesen in seinem Entschluss, vertragsbrüchig zu werden, bestärken und darin eine gewisse Förderung des Vertragsbruchs liegen kann.⁸⁸⁷
- In vertraglichen Beziehungen:⁸⁸⁸ Unternehmen darf während der Dauer seines Vertrages nicht in den Kundenkreis seines Vertragspartners eindringen § 241 Abs. 2 BGB.

Gemäß § 75f HGB (und § 110 GewO) gilt, dass eine Vereinbarung, durch die sich ein Arbeitgeber einem anderen Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, Arbeitnehmer des anderen nicht einzustellen, nicht durchsetzbar ist. Streitig ist die Anwendung auch auf das **aktive Abwerben**. Nach herrschender Meinung schränkt ein Abwerbverbot nicht die Entscheidungsfreiheit des Mitarbeiters, einen Arbeitsplatz zu wechseln, ein und ist damit zulässig.

⁸⁸⁴ Siehe dazu *Söbbing*, ITRB 2005, 240 ff. und *Hoeren*, IT-Vertragsrecht, Köln 2007, Rz. 532 ff.

⁸⁸⁵ Ein entsprechendes Muster einer Vertraulichkeitsvereinbarung siehe *Hoeren*, IT-Vertragsrecht, Köln 2007, Rz. 569.

⁸⁸⁶ *BGH*, Urt. v. 11.1.2007 – I ZR 96/04 – Außendienstmitarbeiter; zu § 1 UWG a.F.: BGHZ 158, 174, 178 f. – Direktansprache am Arbeitsplatz I, m.w.N.

⁸⁸⁷ *BGH*, Urt. v. 11.1.2007 – I ZR 96/04 – Außendienstmitarbeiter.

⁸⁸⁸ *BGH*, Urt. v. 3.2.1978 – I ZR 163/76.

Erst nach eingehender Prüfung der eingehenden Angebote erfolgt dann der Zuschlag zugunsten eines einzelnen Anbieters. Meist ist der Zuschlag damit verbunden, dass einzelne Leistungsanforderungen noch offen bleiben müssen, da sich deren Umfang und Konturen erst im Laufe des Projektes abzeichnen. In einem solchen Fall bietet sich dann die Integration von **Change-Request-Modellen** in das Vertragswerk an.

Im Übrigen setzt auch unter Juristen immer mehr die Einsicht durch, dass es in vielen Fällen nicht mehr ausreicht, sich auf das juristische Kerngeschäft, das Aufsetzen des Projektvertrages, zu konzentrieren. Vielmehr wurde erkannt, dass es schon bei den Vertragsverhandlungen bzw. noch bei der Durchführung und sogar darüber hinaus auf die Vermeidung rechtlicher Pannen ankommt, welche das gesamte Projekt bedrohen können. Dabei werden von Juristen vor allem Fähigkeiten verlangt, die nicht zu ihrem klassischen Ausbildungsrepertoire gehören.

Dies beginnt bereits mit der Auswahl der richtigen Verhandlungsstrategie, mit der die Planung des Projekts in Angriff genommen wird.⁸⁸⁹ Die Basis einer erfolgreichen Vertragsverhandlung liegt in einer soliden Sammlung aller relevanten Informationen bezüglich der eigenen Situation und über die Perspektive der anderen Partei. Neben Klarheit über eigene Stärken und Schwächen muss sich der geschickte Verhandlungsführer auch in die Situation des Verhandlungspartners hineinversetzen können, um dessen mögliche Argumente zu sammeln und zu untersuchen.⁸⁹⁰ Aufbauend auf diesen Informationen muss die zielführendste Verhandlungsstrategie ausgewählt werden, wobei man sich immer darüber im Klaren sein muss, dass man selber zu Kompromissen bereit sein sollte und dass es unter Umständen besser sein kann, das Projekt nicht zu starten, falls bei den Verhandlungen unüberbrückbare Differenzen auftauchen sollten. Ansonsten kann dieser „Geburtsfehler“ schnell zu einer langwierigen und kostenintensiven rechtlichen Auseinandersetzung führen.

Zudem sollten Entscheidungen über den Abschluss wichtiger Verträge auch auf Seiten des Auftragnehmers nicht lediglich auf einem Bauchgefühl beruhen, sondern aufgrund einer rationalen Abwägung aller wirtschaftlichen, rechtlichen und technischen Chancen und Risiken.⁸⁹¹ Hierzu sollten innerhalb des Unternehmens im Rahmen einer „Best Practice“ Richtlinien zur Risikoerfassung, Risikobewertung und zum Ergreifen geeigneter Gegenmaßnahmen aufgestellt werden und organisatorisch implementiert werden.⁸⁹² Ein vorschneller Vertragsab-

⁸⁸⁹ Lapp, Verhandlungsstrategien – Die strategische Vorbereitung einer erfolgreichen Verhandlung, ITRB 2008, 67 ff.; Deister, Effizient verhandeln – Die Auswahl der Verhandlungsstrategie, ITRB 2009, 21 ff.

⁸⁹⁰ Deister, ITRB 2009, 21; Lapp, ITRB 2008, 67.

⁸⁹¹ Becker, Unternehmensinterne Richtlinien für die Annahme von IT-Aufträgen – Ein Beitrag zum Risiko- und Vertragsmanagement, ITRB 2009, 117.

⁸⁹² Becker, ITRB 2009, 117, 118 f.

schluss unter grobem außer Acht lassen der unternehmerischen Sorgfalt, welcher dadurch zu finanziellen Belastungen des Unternehmens führt, kann u.U. sogar eine Haftung des Vorstands (§ 93 Abs. 2 AktG) bzw. der Geschäftsführer (§ 43 Abs. 2 GmbHG) auslösen⁸⁹³ und sollte daher nicht unterschätzt werden.

Unter dem Gesichtspunkt der „Best Practice“ wird in der Literatur diskutiert, wie die sog. „IT Infrastructure Library“ (ITIL) für die juristische Vertragsgestaltung und Anspruchsdurchsetzung⁸⁹⁴ bzw. für Änderungen der vertraglichen Vereinbarungen während der Vertragserfüllung⁸⁹⁵ fruchtbar gemacht werden kann. Bei der ITIL handelt es sich um eine Sammlung von Best Practice-Ansätzen zur Frage, welche Prozesse eine IT-Organisation klar regeln sollte, um erfolgreich arbeiten zu können, die sich in den letzten Jahren zum De-facto-Standard im Bereich Management und Betrieb von IT-Dienstleistungen entwickelt hat. Die ISO/IEC 20000 liefert standardisierte Definitionen und Prozessanforderungen.⁸⁹⁶ Allerdings werden sowohl in der ITIL als auch in der ISO/IEC 20000 lediglich Mindestanforderungen für Regelungen in IT-Projektverträgen definiert, jedoch keine konkreten Vertragsklauseln vorgegeben, sodass Vertragslücken nicht durch einen bloßen Verweis geschlossen werden können.⁸⁹⁷ Allerdings erscheint es durchaus sinnvoll, beide Sammlungen bei der Ausarbeitung der Service Level Agreements (SLA), der Operational Level Agreements (OLA) für einheitliche Begriffsdefinitionen, sowie Festlegung und Aufteilung der Prozessphasen⁸⁹⁸ und im Rahmen des Change-Management-Verfahrens zwecks einheitlicher Strukturierung⁸⁹⁹ heranzuziehen.

Für kleinere Softwareentwicklungsprojekte wird vorgeschlagen, das sog. Prototyping-Verfahren zu verwenden, statt auf das Phasenmodell der ITIL zurückzugreifen, da dieses schnell zu ersten Ergebnissen führe und zudem ein frühzeitiges Feedback bezüglich der Eini-gung eines Lösungsansatzes ermögliche.⁹⁰⁰ Durch die Lösung vom Phasenmodell sei das Pro-totyping flexibler, indem die Anforderungen der Anwender laufend präzisiert und verifiziert werden können, womit das Risiko einer Fehlentwicklung verringert werden könne. Nachteilig sei allerdings, dass dadurch die Grenzen der Verantwortlichkeit verwischen, was sich für spä-

⁸⁹³ *Becker*, ITRB 2009, 117 unter Verweis auf *BGH*, MDR 2005, 1061 = BKR 2005, 281 = DStR 2005, 933 = NZG 2005, 562 = WM 2005, 933.

⁸⁹⁴ *Hoppen/Viktor*, ITIL® – Die IT Infrastructure Library – Möglichkeiten, Nutzen und Anwendungsfälle in IT-Verträgen, CR 2008, 199 ff.

⁸⁹⁵ *Koch*, IT-Change Management nach ITIL und ISO/IEC 20000, ITRB 2008, 61 ff.

⁸⁹⁶ *Hoppen/Viktor*, CR 2008, 199, 199 f.

⁸⁹⁷ *Koch*, ITRB 2008, 61, 62.

⁸⁹⁸ *Hoppen/Viktor*, CR 2008, 199, 203.

⁸⁹⁹ *Koch*, ITRB 2008, 61, 63.

⁹⁰⁰ *Söbbing*, Rechtsfragen der Softwareentwicklung nach dem Prototyping-Verfahren, ITRB 2008, 212 ff.

tere Haftungsfragen als problematisch erweisen könnte.⁹⁰¹ Rechtlich würde es sich anbieten, die Entwicklung nach Prototyping-Verfahren im Rahmen einer GbR zu regeln, um so zu einer interessengerechten Risikoverteilung zu kommen.⁹⁰²

Zunehmend kommt es im Bereich der IT-Herstellung zu Projekten auf der Basis sogenannter agiler Programmierungen. Hierbei werden fortlaufend Anforderungen entwickelt und gleichzeitig vorab fixierte Anforderungskataloge vermieden. Gleichzeitig wird auch die Notwendigkeit für umfassende Dokumentationen reduziert. Basis der agilen Programmierungen ist das sogenannte „Manifesto for agile Software Development“ aus dem Jahre 2001⁹⁰³. Planungsphasen vor dem Projektbeginn erweisen sich als unnötig; gleichzeitig wird daher auch auf die Erstellung eines Lastenheftes verzichtet. Insofern erweist sich die agile Programmierung als ideal, um den schwierigen Charakter komplexer Langzeitverträge gerecht zu werden, der gerade im Bereich des IT-Projektgeschäftes dafür sorgt, dass präzise benannte Anforderungsprofile an die zu erstellende Software kaum vorab benannt werden können. Stattdessen werden nur noch Grundaussagen zum jeweiligen Projektzweck und zum angedachten Einsatzbereich der Software gemacht. Vertragstypologisch ist unklar, ob hier überhaupt noch werkvertragliche Regelungsmodelle zur Anwendung kommen können. Denkbar ist vielmehr eine Einordnung als Dienstvertrag oder Gesellschaftsvertrag. Bei Dienstverträgen besteht das besondere Problem darin, dass der Auftraggeber das volle Risiko für das Gelingen des Projektes tragen würde und insofern die vollständige Projektverantwortung übernehmen müsste. Dies dürfte aber kaum dem Interessengefüge der Parteien entsprechen.⁹⁰⁴ Näherliegend ist die Einordnung als Gesellschaftsvertrag im Sinne von § 705 ff. BGB, etwa in Form der Gelegenheitsgesellschaft.⁹⁰⁵ Hier fehlt es aber oft an der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, da die Parteien selten als gleichberechtigte Vertragsparteien kooperieren. Es bleibt vielmehr beim Leitmodell des Auftragsgebers und Auftragnehmers. Dementsprechend wird die Software selbst auch nicht Teil eines gemeinschaftlich genutzten Gesellschaftsvermögens mit gesamthänderischer Bindung. Vielmehr soll das Endprodukt des Projektes dem Auftraggeber zur alleinigen Verfügung zustehen.⁹⁰⁶ Plädiert wird daher auch dafür, solche Verträge auch noch unter das werkvertragliche „Dach“ zu nehmen.⁹⁰⁷ Aufgrund des dominierenden Pla-

⁹⁰¹ *Söbbing*, ITRB 2008, 212, 213.

⁹⁰² *Söbbing*, ITRB 2008, 212, 214.

⁹⁰³ Zu finden unter www.agilemanifesto.org

⁹⁰⁴ Lab, ITRB 2010 69, 70. Frank, CR 2011, 138, 139 f. Andere Ansicht Koch, ITRB 2010, 1119 für Dienstvertrag.

⁹⁰⁵ Kremer, ITRB 2010, 283, 288.

⁹⁰⁶ Fuchs u. a., MMR 2012, 427, 430.

⁹⁰⁷ Fuchs u. a., MMR 2012, 427, 432.

nungsanteils bestehen auch keine Bedenken, von der Wertung des § 651 BGB abzuweichen und einen solchen Vertrag komplett dem Werkvertragsrecht zu unterwerfen.⁹⁰⁸

I. Abgrenzung Werk- und Kaufvertragsrecht

Literatur:

Dietrich, Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 473; *Fritzemeyer*, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; *Redeker*, Softwareerstellung und § 651 BGB, CR 2004, 88; *Maume/Wilser*, Viel Lärm um nichts? Zur Anwendung von § 651 BGB auf IT-Verträge, CR 2010, 209; *Schmidt*, Softwareerstellung und § 651 BGB – ein Versöhnungsversuch, MMR 2004, 590; *Thewalt*, Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag, CR 2002, 1; *Schweinoch*, Geänderte Vertragstypen in Software-Projekten, CR 2010, 1; *Müller-Hengstenberg*, Ist das Kaufrecht auf alle IT-Projektverträge anwendbar?, NJW 2010, 1181; *Krauss*, Die Auswirkung der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge, 2004; *Zirkel*, Gestaltung von Software-Verträgen nach der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH, GRUR-Prax 2010, 237.

Werkvertragsrecht kommt bei Softwareverträgen in mehreren Fällen zur Anwendung:⁹⁰⁹

Zunächst sind die Vorschriften des Werkvertragsrechts anwendbar, wenn die Parteien bei Vertragsschluss die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften sowie eine einheitliche Rückabwicklung **ausdrücklich vereinbart** haben. Soweit sie lediglich Nachbesserungsrechte des Lieferanten festgelegt haben, ist zu prüfen, ob damit insgesamt die Geltung der werkvertraglichen Regeln vereinbart werden sollte. Dies gilt auch, wenn die Parteien sich bei einer ansonsten kaufvertraglichen Ausgestaltung des Vertrages bei Auftreten eines Mangels nachträglich auf Nachbesserung einigen. Daneben kann sich auch aus der „Natur“ des Vertrages ein Nachbesserungsrecht für den Unternehmer ergeben.⁹¹⁰ Außerdem kommt das Werkvertragsrecht bei Verträgen über **die Erstellung von Individualsoftware** zur Anwendung.⁹¹¹

Verpflichtet sich der Lieferant neben der Lieferung von Standardsoftware zu nicht unerheblichen Anpassungsleistungen („Umstricken“ bzw. „Customizing“) an die individuellen Bedürf-

⁹⁰⁸ *Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow*, Agile Programmierung – Neue Herausforderungen für das Softwarevertragsrecht, MMR 2012, 433.

⁹⁰⁹ S. dazu auch die obigen Ausführungen zur Einordnung der Vertragsarten.

⁹¹⁰ Vgl. *BGH*, NJW 1988, 406; *BGH*, NJW, 1990, 1293.

⁹¹¹ So zum alten Recht vor der Schuldrechtsreform *BGH*, NJW 1987, 1259; *BGH*, NJW-RR 1999, 347, 348; *BGH*, NJW 1996, 1745, 1745 f.; NJW 1993, 1063 = LM § 640 Nr. 14; NJW 1990, 3008, 3011; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1998, 345, 346; *OLG Hamm*, NJW-RR 1992, 953; *OLG Koblenz*, NJW-RR 1992, 688,

nisse des Anwenders, ist umstritten, ob bei einem Software-Fehler die kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften anzuwenden sind.⁹¹² Im Vordergrund stehen für den Anwender das Herbeiführen des Erfolges aus vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffen und die Übereignung des fertigen Werkes.⁹¹³ Der Interessenlage beider Parteien entsprechen daher auch ohne Vereinbarung eher die werkvertraglichen Gewährleistungsregeln, insbesondere wegen der Möglichkeit der Nachbesserung sowie der klareren Regelung der Abnahme.⁹¹⁴ Das *OLG Hamm*⁹¹⁵ sieht in der Lieferung und Installation von Standard- und Spezialsoftware Werkvertragsrecht anwendbar, wenn der Schwerpunkt der Leistung in der Installation und Anpassung der Software liegt. Dies gilt auch im Falle eines Vertrages über die Erweiterung eines betriebsinternen Netzwerkes.⁹¹⁶ Eine Anwendung des Kaufrechts kommt allenfalls in Betracht, wenn die Anpassung im Verhältnis zur Lieferung der Software nebensächlich und unbedeutend ist.⁹¹⁷ Unbedeutend ist aber z.B. noch nicht per se eine Anpassungsleistung, deren Wert ungefähr 10 v.H. des Gesamtwertes der Leistung erreicht.⁹¹⁸ Im Übrigen ist zu klären, ob die Software erst durch die Anpassung für den Kunden nutzbar wird oder ob dies bereits zuvor – wenn auch nur eingeschränkt – der Fall war. Die Lieferung von Handscannern und Anpassung an die betrieblichen Bedürfnisse des Auftraggebers weisen sowohl kaufvertragliche als auch werkvertragliche Elemente auf. Bindet die Anpassung der Handscanner an die betrieblichen Besonderheiten den Schwerpunkt eines Vertrages, handelt es sich um einen Werkvertrag.⁹¹⁹

Ein Vertrag über die Lieferung und Installation einer Kanzleisoftware sowie über die Umstellung des Betriebssystems der EDV in der Kanzlei eines Rechtsanwalts unterliegt dem Werkvertragsrecht, wenn der wirtschaftliche Schwerpunkt in den Installations- und Umstellungsarbeiten liegt.⁹²⁰ Wird dem Käufer ein Quellcode unter Ausschluss der Gewährleistung für Fehler und die spezifische Brauchbarkeit des Programms für den Käufer überlassen und das allei-

689; *OLG Köln*, NJW 1996, 1067; *OLG München*, NJW 1991, 2158; *OLG Stuttgart*, CR 1987, 857; zur Problematik der Einordnung von Individualsoftware in § 651 BGB.

⁹¹² Vgl. *Dörner/Jersch*, IuR 1988, 142; *OLG Düsseldorf*, NJW 1989, 2627 = CR 1990, 122; *OLG Hamm*, CR 1992, 206; BB 1991, Beilage 23 S. 3; *OLG Köln*, CR 1992, 544; für Kaufrecht *LG Konstanz*, CR 1991, 93.

⁹¹³ Vgl. § 651 Abs. 1 BGB.

⁹¹⁴ Vgl. *Mehrings*, NJW 1986, 1904; 1988, 2438.

⁹¹⁵ CR 2008, 77 = BeckRS 2007, 14920.

⁹¹⁶ *OLG Celle*, Urt. v. 31.5.2001 – 13 U 221/00 = OLGR Celle 2001, 217.

⁹¹⁷ *OLG Köln*, NJW-RR 1993, 1529; *Staudinger/Peters*, Vor § 631 Rz. 66.

⁹¹⁸ *OLG Köln*, NJW-RR 1993, 1529; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1998, 345.

⁹¹⁹ *LG Frankenthal*, Urt. v. 13.1.2014 – 2 HK O 79/12.

⁹²⁰ *OLG Hamm*, NJOZ 2007 2048.

nige Recht an der Nutzung, Weiterentwicklung und Verwertung der Software überlassen, findet Rechtskauf – hier noch zum alten Recht vor der Schuldrechtsreform – Anwendung.⁹²¹

Ein großes Problem ist mit der Schuldrechtsreform entstanden, als man – ohne Nöte – § 651 BGB modifiziert hat.⁹²² Nunmehr soll bei Verträgen über die Lieferung von Sachen Kaufrecht zur Anwendung kommen. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass es sich bei Software um Sachen i.S.v. § 90 BGB handelt, kann man der Auffassung sein, dass auch bei der Lieferung der Individualsoftware der Sachbezug entscheidend sei und demnach Kaufrecht bei einem Softwareerstellungsvvertrag zur Anwendung komme.⁹²³ M.E. geht es jedoch bei Verträgen über die Erstellung von Individualsoftware nicht primär darum, dass der Anwender Sachen, also ein Programm mit Datenträger und Dokumentation, haben will. Ihm geht es vielmehr vorrangig um einen Erfolg, ein in sich lauffähiges System, die Realisierung einer Situation, in der er beschwerdefrei mit seiner IT arbeiten kann.⁹²⁴ Insofern bleibt es auch nach der Schuldrechtsreform bei der Qualifizierung von Softwareerstellungsvverträgen als Werkverträge.⁹²⁵

Der BGH hat jetzt auch noch für weiteren Zündstoff gesorgt. Mit Urteil vom 23. Juli 2009 hat der BGH entschieden, dass Kaufrecht auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden sei. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertige keine andere Beurteilung. Eine andere Beurteilung sei auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorausgehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden. Eine Ausnahme soll allenfalls dann gelten, wenn eine Planungsleistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrages bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert, z.B. wenn die Beauftragung im Wesentlichen die allgemeine planerische Lösung eines konstruktiven Problems zum Gegenstand hat.

⁹²¹ CR 2008, 77, m. Anm. Rössel, ITRB 2008, 52.

⁹²² Ausführlich dazu die verschiedenen, kontroversen Beiträge in *Schneider/v. Westphalen* (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Köln 2006.

⁹²³ Siehe dazu *Redeker*, CR 2004, 88, 89 ff.; *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 109.

⁹²⁴ So auch *Diedrich*, CR 2002, 473, 475; *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 82 f.

⁹²⁵ *Alpert*, CR 2001, 213, 214; *Bartsch*, CR 2001, 649, 655; *Diedrich*, CR 2002, 473, 477 f.; *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 83; *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 109; *Palandt/Sprau*, Einf. v. § 631 Rz. 22, § 651 Rz. 5; *Bamberger/Roth/Voit*, Rz. 13; *Staudinger/F. Peters*, Vor § 631 Rz. 66; undeutlich *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, S. 1331 ff.; vgl. zum früheren Recht auch BGHZ 102, 135, 141 = NJW 1988, 406; BGH, NJW-RR 1999, 347, 348; NJW 1996, 1745, 1745 f.; BGH, NJW 1993, 1063 = LM § 640 Nr. 14; BGH, NJW 1990, 3008, 3011; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 345, 346; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 953; OLG Koblenz, NJW-RR 1992, 688, 689; OLG Köln, NJW 1996, 1067; OLG München, NJW 1991, 2158; v. *Westphalen*, CR 2000, 73.

Im Übrigen wendet die instanzgerichtliche Rechtsprechung auf die Überlassung eines für vielfältige Anwender hergestellten Warenwirtschaftsprogramms Werkvertragsrecht an, wenn fortlaufend weitere Programmvarianten nach einer Perspektivliste zu erstellen und auszuliefern sowie Einstellungen vorzunehmen sind, die jedenfalls zum Teil individuell auf die Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten sind; insofern überwiegt der werkvertragliche gegenüber dem kaufvertraglichen Charakter.⁹²⁶

Erstaunlicherweise hat der *BGH* jetzt in der Entscheidung Internet-Systemvertrag⁹²⁷ darauf hingewiesen, dass ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen, auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software regelmäßig als Werkvertrag anzusehen sei.

II. Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht

Für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende **Wille der Parteien** maßgebend.⁹²⁸ Es kommt darauf an, ob auf dieser Grundlage eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird.⁹²⁹ Diese Grundsätze gelten auch für Verträge, in denen sich der Auftragnehmer zur Erbringung von Forschungs- oder Entwicklungsleistungen verpflichtet. Beide Arten von Leistungen können sowohl Gegenstand eines Dienstvertrags wie auch eines Werkvertrags sein. Im ersteren Fall schuldet der Auftragnehmer lediglich ein den Regeln der Wissenschaft und Technik entsprechendes Vorgehen, im letzteren Fall die Herbeiführung eines Erfolgs. Dieser Erfolg kann in einem bestimmten Arbeitsergebnis oder auch nur in der ordnungsgemäßen Durchführung von Untersuchungen und der Anfertigung von Berichten bestehen. Was im Einzelfall geschuldet ist, unterliegt der Vereinbarung der Parteien.

Sofern der Vertrag hierzu keine ausdrückliche Regelung enthält, kann für dessen Auslegung eine Vielzahl von Umständen von Bedeutung sein.⁹³⁰ Für das Vorliegen eines Werkvertrags kann es sprechen, wenn die Parteien die zu erledigende Aufgabe und den Umfang der Arbeiten **konkret festlegen** oder eine **erfolgsabhängige Vergütung** vereinbaren. Für die Frage, ob der Auftragnehmer für den Eintritt eines Erfolgs eintreten will, kann auch von Bedeutung sein, mit welcher Wahrscheinlichkeit nach der Vorstellung der Parteien mit dem Eintritt eines Erfolgs gerechnet werden kann. Zwar ist es weder logisch noch rechtlich ausgeschlossen, dass

⁹²⁶ *LG Bonn*, CR 2008, 767.

⁹²⁷ *BGH*, Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398.

⁹²⁸ Zum Weiteren siehe *BGH*, NJW 2002, 3323 = CR 2003, 244.

⁹²⁹ *BGH*, NJW 1984, 2406 f. = GRUR 1984, 756.

⁹³⁰ *LG München I*, Beilage zu BB 1991 Heft 7, 7.

der Softwareersteller das Erfolgsrisiko auch dann übernimmt, wenn der Eintritt des Erfolgs ungewiss ist.⁹³¹ Aber je größer die mit der Tätigkeit erkennbar verbundenen Unwägbarkeiten sind, umso ferner kann es auch aus Sicht eines verständigen Bestellers liegen, dass der Unternehmer das Erfolgsrisiko dennoch übernehmen will. Eine Regel, dass der Forschungsvertrag als Dienstvertrag und der Entwicklungsvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist,⁹³² lässt sich dabei aber schon deshalb kaum aufstellen, weil die Grenzen zwischen Forschung und Entwicklung im Einzelfall fließend sein können.⁹³³ Unabhängig davon steht es den Vertragsparteien im Einzelfall frei, trotz eines relativ hohen Risikos einen Werkvertrag zu schließen. Ferner können weitere Regelungen der vertraglichen Vereinbarung die Vorstellungen der Parteien darüber widerspiegeln, wer das größere und wer das geringere Risiko tragen soll, dass das erstrebte Forschungs- oder Entwicklungsziel nicht oder nicht mit dem bei Vertragsschluss erwarteten Aufwand erreicht wird.

Dementsprechend richtet sich die rechtliche Einordnung einer freiberuflichen Tätigkeit nicht allein danach, ob es sich um die Erstellung von Individualsoftware handelt. Vielmehr sind für die Frage nach dem vertraglichen Gewährleistungsrecht die Kriterien der **Bezahlung, Festlegung von Arbeitsort, Zeit und Tempo sowie die Leitung der Projektsteuerung** ausschlaggebend.⁹³⁴ Umgekehrt ist der Umstand, dass in den AGB des Auftragnehmers von „Dienstvertrag“ und „Dienstleistung“ die Rede ist, kein eindeutiges Indiz für das Vorliegen eines Dienstvertrages.⁹³⁵

So kann die Vergütung eine „Risikoprämie“ für den Unternehmer enthalten. Allerdings kann die Vergütung, insbesondere dann, wenn sie zeitaufwandabhängig in Form von Raten oder regelmäßigen Abschlagszahlungen zu leisten ist, auch darauf hinweisen, dass der Unternehmer das Risiko eines Scheiterns des Forschungs- oder Entwicklungsvorhabens wirtschaftlich oder – etwa bei einem öffentlich-rechtlich gebundenen Softwareersteller – rechtlich vernünftigerweise nicht übernehmen kann, was wiederum ein Indiz dafür sein kann, dass eine solche Risikoübernahme von den Vertragsparteien nicht gewollt ist. Die Zuordnung eines konkreten Vertrags ist nur unter Berücksichtigung und Abwägung aller insoweit bedeutsamen Gesichtspunkte des Einzelfalls möglich.

⁹³¹ So zutreffend Staudinger/*F. Peters*, Vorbem. zu § 631 Rz. 24; a.A. *Plander/Schliek*, RdA 1990, 219, 223; RGRK/*Glanzmann*, Vor § 631 Rz. 3.

⁹³² So *Möffert*, Der Forschungs- und Entwicklungsvertrag, 2. Aufl. 2001, S. 37 f.

⁹³³ Zum letzteren auch *Möffert*, Der Forschungs- und Entwicklungsvertrag, 2. Aufl. 2001, S. 38.

⁹³⁴ *LG Saarbrücken*, NJW-CoR 1999, 304 = CR 1999, 362.

⁹³⁵ *OLG Düsseldorf*, CR 1997, 732; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1998, 345.

Schwierig ist auch die Einordnung der Personen, die bei IT-Projekten **neben Auftraggeber und Auftragnehmer** tätig sind. So finden sich hier eine Fülle von Beratern, die zum Teil auch in die Projektsteuerung einbezogen werden. Hier ist zu beachten, dass reine Beratungs-, Berichterstattungs- und Informationsleistungen lediglich dienstvertraglichen Charakter haben.⁹³⁶ Im Zweifel wird man auch bei „begleitenden Maßnahmen“ oder im Vertrag erwähnten Leistungen des „Mitwirkens am Projekt“ von einem Dienstvertrag ausgehen müssen.⁹³⁷ Kommt es hingegen vor allem während der Projektlaufzeit zur Kontrolle und Überprüfung, kann darin ähnlich der Überwachung von Bauobjekten durch Architekten ein werkvertragliches Element gesehen werden.⁹³⁸ Unter das Werkvertragsrecht fallen auch die Zeitplanung sowie das Kostencontrolling.

III. Hauptleistungspflichten

1. Pflichten des Auftragnehmers/Unternehmers

Bei den Hauptleistungspflichten ist zunächst zu beachten, dass der Auftraggeber nicht nur die Überlassung der Software, sondern auch die **Übertragung der damit verbundenen Nutzungsrechte** zu regeln hat.

a) Überlassung der Software und Dokumentation

In Bezug auf die **Überlassung der Software** selbst ist zu klären:

- In welchem Format wird die Software übergeben (Objectcode oder auch Quellcode)?
- Wenn nur der Objectcode übergeben wird: Ist eine Hinterlegungsvereinbarung in Bezug auf den Quellcode sinnvoll?
- Welche Dokumentation wird überlassen?
- Wie soll die Software programmiert sein (Programmiersprache, strukturierte Programmierung)?
- Welche technischen Performance-Daten sind einzuhalten?⁹³⁹

⁹³⁶ *OLG Dresden*, NJW-RR 2000, 652; ähnlich *OLG Düsseldorf*, Baurecht 1999, 508.

⁹³⁷ *S. OLG Düsseldorf*, NJW 1999, 3129 = MDR 2000, 28.

⁹³⁸ *Stemmer/Wierer*, Baurecht 1997, 935 ff.

⁹³⁹ Die Durchsetzung dieser Pflichten wird häufig mit Vertragsstrafen gekoppelt.

Wichtig ist vor allem auch die **Dokumentation**. Bei Softwareerstellungsverträgen ist der Entwickler regelmäßig auch zur Überlassung einer Dokumentation an den Besteller verpflichtet.⁹⁴⁰ Diese muss so gestaltet sein, dass der Besteller mit dem System arbeiten kann; geschuldet ist insofern eine umfassende schriftliche Fixierung der Funktions- und Bedienungsregeln.⁹⁴¹ Die Übergabe einer solchen Dokumentation ist eine (ungeschriebene) Hauptpflicht. Selbst wenn nichts im Vertrag ausdrücklich zur Dokumentationspflicht geregelt ist, besteht eine solche.⁹⁴² Geschuldet ist die Dokumentation allerdings nach Herstellung der Software, d.h. nach Abschluss der geschuldeten Programmierung.⁹⁴³ Es kann nicht erwartet werden, dass der Softwareentwickler ohne Rücksicht auf mögliche Änderungen jedes Stadium seiner Arbeiten dokumentiert. Das Fehlen einer die Bedienung der örtlich installierten Hard- und Software betreffenden Dokumentation und die daraus sich ergebende Betriebsuntauglichkeit der Anwendungssoftware stellt einen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel dar.⁹⁴⁴ In diesem Zusammenhang wird jedoch diskutiert, ob die Erforderlichkeit eines Benutzerhandbuches, als einer Form technischer Dokumentation, vor dem Hintergrund weiter fortschreitender technischer Entwicklung, insbesondere im Bereich interaktiver Software, nicht eingeschränkt werden muss.⁹⁴⁵ Aufgrund des technischen Fortschritts bei der Entwicklung interaktiver Softwaresysteme in den letzten Jahren, ist die Benutzbarkeit des Programms, bei entsprechender Dialoggestaltung, in vielen Fällen nicht mehr von einem Handbuch abhängig, sodass dieses zum bestimmungsgemäßen Gebrauch in diesen Fällen nicht mehr notwendig ist.⁹⁴⁶

b) Übertragung der Rechte

In Bezug auf **die zu übertragenden Rechte** gilt es besonders sorgfältig zu formulieren. Wer sich Software individuell auf seine Bedürfnisse hin programmieren lässt, lässt sich auch vertraglich ein ausschließliches Nutzungsrecht einräumen.

Besonderer Sorgfalt bedarf das Rechte-Clearing bei Projekten, in denen mehrere Softwareentwickler eingebunden sind. Unter Umständen handelt es sich bei den an der Programmierung und Weiterentwicklung beteiligten Personen um **Miturheber i.S.v. § 8 UrhG**; diese

⁹⁴⁰ *BGH*, NJW 2001, 1718, 1719; *BGH*, NJW 1987, 1259; *BGH*, NJW 1993, 461; ähnlich *OLG Köln*, NJW-RR 1998, 343 (für Softwareüberlassung).

⁹⁴¹ *OLG Celle*, NJW-RR 1993, 432.

⁹⁴² *BGH*, NJW 2001, 1718, 1719; *BGH*, NJW 1987, 1259; *BGH*, NJW 1993, 461.

⁹⁴³ *BGH*, NJW 2001, 1718, 1719 und 1721.

⁹⁴⁴ *OLG Düsseldorf*, CR 2002, 324; *OLG Saarbrücken*, NJW-RR 1997, 558.

⁹⁴⁵ *Stiemerling*, Software Usability – Veränderte Ansprüche an Programm und Dokumentation: Berücksichtigung im Vertrag und Bewertung im Rechtsstreit, ITRB 2009, 154.

⁹⁴⁶ *Stiemerling*, ITRB 2009, 154, 158.

müssen dann gemeinschaftlich in den Vertrag einbezogen werden. Voraussetzung für eine Miturheberschaft ist eine einheitliche Schöpfung, die einen entsprechenden natürlichen Handlungswillen der beteiligten Urheber voraussetzt. Eine Miturheberschaft besteht regelmäßig nicht bei zeitlich gestaffelten Beiträgen; denn eine Miturheberschaft setzt voraus, dass jeder Beteiligte seinen (schöpferischen) Beitrag in Unterordnung unter die gemeinsame Gesamtidee erbracht hat.⁹⁴⁷ Fehlt es hieran, weil die späteren Ergänzungen und Verbesserungen vom Handlungswillen des ursprünglichen Programmierers nicht umfasst sind, ist eine Miturheberschaft aller beteiligten Urheber zu verneinen. In diesem Fall liegen in den späteren Veränderungen abhängige Bearbeitungen mit der Folge, dass die an der Programmerstellung beteiligten Urheber über ihr Urheberrecht ohne gesamthänderische Bindung hätten verfügen und Nutzungsrechte hätten einräumen können.⁹⁴⁸

Das *OLG Düsseldorf* verbot die Vervielfältigung und den Vertrieb eines Computerspiels, da einer der Miturheber die Nutzungsrechte an einer von ihm vor Projektbeginn entwickelten und für das Projekt verwendeten Darstellungsengine nicht wirksam auf das Herstellerunternehmen übertragen hatte. Als Miturheber i.S.v. § 8 Abs. 2 Satz 1 UrhG sei der Programmierer zwar nicht aktivlegitimiert, Schadensersatz für sich allein zu fordern, sondern nur an alle Miturheber als Gesamthandsgemeinschaft, allerdings gelte dies nicht für den Unterlassungsanspruch. Vielmehr könne auch aufgrund der Verletzung der Rechte an einem kleinen Teil des Programms der komplette Vertrieb gestoppt werden⁹⁴⁹

Das *OLG Hamm* hatte einen Fall zu entscheiden, in dem es um die Frage ging, ob eine falsche Urheberbezeichnung und damit ein Verstoß gegen § 13 UrhG erfolgt war.⁹⁵⁰ Der Projektvertrag sah eine vollständige Übertragung der Nutzungsrechte für eine Hotelsoftware vor. Die Beklagte vertrieb das Resultat des Projekts unter eigenem Namen, ohne die Klägerin zu erwähnen. Es wurde entschieden, dass selbst eine umfassende und ausschließliche Einräumung der Nutzungs- und Verwertungsrechte gem. § 31 Abs. 1 und 3 UrhG es nicht erlaubt, sich das Urheberpersönlichkeitsrecht anzumaßen und die Hinweise auf eine andere Urheberschaft wegzulassen. Trotz der Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit auf das Stammrecht sei zwar eine, auch konkludente, Vereinbarung über die Nichtausübung des Namensnennungsrechts grundsätzlich möglich, allerdings seien diesbezüglich zum Schutze des Urhebers strenge Anforderungen zu stellen. Hierbei müsse eine Interessenabwägung im Einzelfall vorgenommen werden, bei der vor allem die Intensität des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Urhebers,

⁹⁴⁷ BGHZ 123, 208, 212 – Buchhaltungsprogramm.

⁹⁴⁸ BGH, CR 2005, 854 m. Anm. Heymann = GRUR 2005, 860 – Fash 2000.

⁹⁴⁹ OLG Düsseldorf, MMR 2009, 215 ff. = ZUM-RD 2009, 182 = GRUR-RR 2009, 217.

die Erforderlichkeit im Hinblick auf die Verwertung im Rahmen der vertragsgemäßen Ausübung, die Branchenüblichkeit und den Vertrags- bzw. Verwertungszweck zu berücksichtigen sei. Diese Anforderungen sah das Gericht als nicht erfüllt an und gab der Klage auf Unterlassen des Vertriebs, Schadensersatz und sogar Vernichtung aller bisher gefertigten Vervielfältigungsstücke nach.

Im Ergebnis erweist es sich als sehr gefährlich, wenn bei komplexen Softwareprojekten nicht gründlich darauf geachtet wird, dass alle für die Herstellung und den Vertrieb des Programms erforderlichen Rechte eingeholt und im rechtlichen Rahmen genutzt wurden, da sonst gravierende finanzielle Konsequenzen drohen.

Gefährlich wird es, wenn man hier nur die **Einräumung eines einfachen Nutzungsrechtes** zum Vertragsgegenstand macht. Dann sind die Entwickler noch darin frei, die Software ein weiteres Mal an andere zu veräußern. Sinnlos sind Hinweise auf die Übertragung des „Urheberrechts“ oder „Copyright“. Solche Verträge entsprechen nicht dem deutschen Urheberrechtsverständnis, wonach das Urheberrecht selbst nicht übertragen werden kann. Solche Formulierungen sind daher nur irritierend, da sie die Frage des konkret übertragenen Nutzungsumfangs nicht lösen. Im Übrigen ist es richtig, die **Frage der Übertragbarkeit der Nutzungsrechte** anzusprechen. § 34 Abs. 1 UrhG geht vom Leitbild aus, dass jede Übertragung von Nutzungsrechten auf Dritte oder deren Überlassung in sonstiger Weise auf jeden Fall von der Zustimmung des Urhebers abhängt. Von daher ist es zu empfehlen, gleich im Vertrag ausdrücklich die Übertragbarkeit der Nutzungsrechte an Dritte zu regeln. Bei Bedenken hinsichtlich der Unbestimmtheit kann der Programmierer den Personenkreis zum Beispiel auf die konzernangehörigen Unternehmen i.S.v. § 18 AktG beschränken. Liegt keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Übertragbarkeit vor, drohen erhebliche Probleme. In einem solchen Fall muss nachträglich die Zustimmung des Urhebers zur Weiterübertragung eingeholt werden, die dieser allerdings nicht wider Treu und Glauben verweigern kann (§ 34 Abs. 1 Satz 3 UrhG). Eine Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis gilt nur für den Fall der Gesamtveräußerung des Unternehmens oder der Veräußerung wesentlicher Unternehmensteile, gerade im Bereich von M&A. Als sinnvoll erscheint es, bei einer Weiterübertragung der Nutzungsrechte eine Informationspflicht einzuführen, wonach der Auftraggeber das Softwarehaus über die Weiterübertragung zu informieren hat. Eine solche Information ist zum Beispiel wichtig, um mit dem neuen Nutzer das Schicksal von Pflege- und Wartungsverträgen zu klären.

⁹⁵⁰ OLG Hamm, CR 2008, 280 ff. = GRUR-RR 2008, 154.

c) Leistungsänderungen

Einseitige Leistungsänderungen sind auf Auftraggeberseite grundsätzlich nicht möglich; entsprechende Rechte bedürfen einer besonderen Vereinbarung der Parteien. Ausnahmen können sich allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Änderung der Geschäftsgrundlage aus dem Gedanken von Treu und Glauben ergeben.⁹⁵¹ Verschieben sich die Termine aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers, kommt eine zusätzliche Vergütung in Betracht. Entscheidend sind insofern einseitige Maßnahmen des Auftraggebers oder seines dazu berechtigten Vertreters.⁹⁵² Insofern geht es um Maßnahmen, die aus dem Risikobereich des Auftraggebers stammen. Eine Vergütung fällt noch nicht an, wenn der Auftragnehmer seinerseits Mitwirkungspflichten durch Unterlassen nicht befolgt.⁹⁵³ Unverbindliche Vorschläge oder Wünsche des Auftraggebers fallen noch nicht unter den Begriff der Anordnung.⁹⁵⁴ Es reichen aber konkludente Anordnungen aus, etwa wenn der Auftraggeber in Kenntnis geänderter Umstände erweiterte Leistungen widerspruchslos geschehen lässt.⁹⁵⁵ Unvorhergesehene Ereignisse lösen keine Preisänderungen aus, etwa bei unvorhergesehenen Schwierigkeiten bei der Programmierung oder der Zulieferung. Für die Abgrenzung zwischen unmittelbar vereinbarten und zusätzlichen Leistungen ist auf die vertraglichen Abreden abzustellen, wobei das bloße Wollen von zusätzlichen Leistungen und deren schlichte Entgegennahme als solches noch nicht zu einer Vertragserweiterung führen.⁹⁵⁶ Unwirksam sind Klauseln in AGB, wonach der Auftraggeber im Vertrag nicht genannte Leistungen ohne besondere Vergütung verlangen darf, wenn sie zur Erfüllung der vertraglichen Leistungen notwendig sind. Ähnlich hat der *BGH* Klauseln für unwirksam erklärt, wonach jegliche Nachforderungen ausgeschlossen sind, wenn sie nicht auf schriftlichen Zusatz- und Nachtragsaufträgen des Auftraggebers beruhen.⁹⁵⁷ Der *BGH* sah das Hauptproblem darin, dass mit einer solchen Klausel auch gesetzliche Ansprüche etwa aus Bereicherungsrecht oder GoA ausgeschlossen werden. Aus dem gleichen Grund hat die Rechtsprechung eine AGB-Klausel für unwirksam erachtet, die den Vergütungsanspruch für zusätzliche Leistungen von einer schriftlichen Preisvereinbarung abhängig machen.⁹⁵⁸ Ohnehin sind vertraglich vereinbarte Schriftformklauseln jederzeit formfrei wieder aufhebbar.

⁹⁵¹ *BGH*, Baurecht 1996, 378.

⁹⁵² *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 730.

⁹⁵³ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 730; *OLG Celle*, Baurecht 1995, 552.

⁹⁵⁴ *Kammergericht*, Baurecht 2000, 575; *OLG Braunschweig*, Baurecht 2001, 1739, 1741.

⁹⁵⁵ *OLG Brandenburg*, Baurecht 2003, 761.

⁹⁵⁶ *BGH*, NJW 1997, 1982; *BGH*, BB 1997, 1438.

⁹⁵⁷ *BGH*, Baurecht 2005, 94; Baurecht 2004, 488 = NJW 2004, 502.

⁹⁵⁸ *OLG Düsseldorf*, Baurecht 1989, 335.

2. Pflichten des Auftraggebers/Bestellers: Vergütung

Auf der **Entgeltseite** ist der Auftraggeber natürlich verpflichtet, den vereinbarten Werklohn zu entrichten. Allerdings besteht hier auch eine Reihe von rechtlichen Schwierigkeiten bei der Vertragsgestaltung.

a) Angemessene Vergütung (§§ 32, 32a UrhG)

Zum einen ist zu bedenken, dass §§ 32, 32a UrhG einen gesetzlich verankerten Vergütungsanspruch auch zugunsten des Softwarehauses vorsehen. Nach § 32 Abs. 1 UrhG steht dem Urheber ein **Anspruch auf angemessene Vergütung** zu, insbesondere wenn die vereinbarte Vergütung schon bei Vertragsschluss unangemessen war. § 32a UrhG regelt den Fall nachträglicher Veränderungen des Verhältnisses von Vergütung und wirtschaftlichem Ertrag. So kann der Urheber hiernach eine Änderung des Vertrages verlangen, um eine weitere angemessene Beteiligung zu bekommen, die das Bestehen eines nachträglich entstandenen auffälligen Missverhältnisses zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes kompensiert.

Für die Prüfung, ob ein solches Missverhältnis besteht, ist der angemessenen Vergütung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine nach den gleichen Grundsätzen auf den Zeitpunkt der Entscheidung über das Beteiligungsverlangen ermittelte Vergütung gegenüberzustellen. Das Missverhältnis ist jedenfalls dann auffällig, wenn die im Beteiligungszeitraum angemessene Vergütung von der angemessenen Vergütung um mehr als 100 % abweicht.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist vor allem auf das Verhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses angemessen gewesen ist, und den erzielten Erträgen und Vorteilen abzustellen. Bei den Erlösen handelt es sich um den Bruttoerlös, nicht den Gewinn.⁹⁵⁹

Beide Vergütungsansprüche stehen allen Urhebern zu, also auch den Urhebern von Software. Streitig ist allerdings noch, ob dieser Anspruch auch für Urheber zum Tragen kommt, die in Arbeitsverhältnissen tätig sind.⁹⁶⁰ Die angemessene Vergütung des Urhebers ist auch bei Einzelfallentscheidungen gem. § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG an Hand eines objektiv-generalisierenden Maßstabs ex ante zu bestimmen.⁹⁶¹ Die Angemessenheit der Vergütung verlangt, dass die Honorierungsstruktur grundsätzlich Umfang und Intensität der tatsächlichen

⁹⁵⁹ *LG Berlin*, ZUM 2005, 901.

⁹⁶⁰ Dafür *Dreier/Schulze*, § 32 UrhG Rz. 13; *Wandtke/Bullinger* § 43 UrhG Rz. 145; dagegen *Berger*, ZUM 2003, 173, 179.

⁹⁶¹ *OLG München*, NJOZ 2007, 4825 = ZUM 2007, 317.

Nutzung des Werks widerspiegelt. Diesem Beteiligungsprinzip wird regelmäßig durch eine Absatzvergütung Rechnung getragen.⁹⁶²

b) Vergütung im Werkvertragsrecht

Vorarbeiten sind im Werkvertragsrecht typischerweise nicht zu vergüten. Eine Ausnahme gilt nur bei einem separaten Vertrag, für den der Auftragnehmer darlegungs- und beweispflichtig wäre.⁹⁶³ Selbst bei umfangreichen Projektierungsarbeiten kommt ein Vergütungsanspruch daher nur in Betracht, wenn eine entsprechende Vergütungspflicht für den Fall der Nichterteilung des Auftrags ausdrücklich vereinbart wurde.⁹⁶⁴ Dementsprechend sind Bestimmungen in AGB, wonach für Kostenvoranschläge eine Bearbeitungsgebühr berechnet werden kann, unwirksam.⁹⁶⁵ Ausnahmen kommen nur dann in Betracht, wenn man dem Auftraggeber Arglist nachweisen kann, etwa weil er Vorarbeiten einfordert, obwohl er diese nur für eine eigene Planung unentgeltlich verwerten will.⁹⁶⁶

Kommt es zum Vertrag, schuldet der Auftraggeber den **vereinbarten Preis**. Hier ist die Beweislast zu beachten. Typischerweise trägt die Beweislast derjenige, der eine Vergütung behauptet. Ist allerdings die ursprüngliche Preisvereinbarung unstreitig, trägt der Auftraggeber die Beweislast für eine davon später abweichende Vergütungsabrede.⁹⁶⁷ Ähnliches gilt für den Fall, dass anfänglich keine feste Preisvereinbarung getroffen wurde, der Auftraggeber aber eine Festpreisvereinbarung behauptet.⁹⁶⁸ Individualvertraglich können **Preisklauseln**, Wertsicherungsvorbehalte und Preisvorbehalte vereinbart werden. Probleme ergeben sich immer bei den AGB-rechtlichen Vorgaben. So sind Preiserhöhungsklauseln für eine Zeit von maximal vier Monaten nach Vertragsabschluss verboten (§ 309 Nr. 1 BGB). Insofern sind auch Klauseln unwirksam, die generell alle Preise als „freibleibend“ angeben.⁹⁶⁹ Lohn- und Materialpreisgleitklauseln müssen so klar bezeichnet sein, dass ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz ausgeschlossen ist. Insofern müssen die Grundsätze der Kalkulation offen liegen und der Auftragnehmer den Nachweis erbringen, welche Kosten zu einer Erhöhung des Preises geführt haben.⁹⁷⁰ Der Verweis darauf, dass der Auftraggeber das Recht zur Bestimmung des Werkes nach billigem Ermessen hat, bedarf besonderer Gründe und ist im Übrigen

⁹⁶² OLG München, NJOZ 2007, 4825 = ZUM 2007, 317.

⁹⁶³ So auch BGH, NJW 1979, 2202; NJW 1982, 765; OLG Düsseldorf, Baurecht 1991, 613.

⁹⁶⁴ BGH, NJW 1979, 2202; OLG Hamm, BB 1975, 112.

⁹⁶⁵ BGH, NJW 1982, 765.

⁹⁶⁶ Siehe dazu auch OLG Köln, Baurecht 1992, 98.

⁹⁶⁷ OLG Frankfurt, NJW-RR 1997, 276.

⁹⁶⁸ OLG Hamm, NJW 1996, 199 = MDR 1985, 672.

⁹⁶⁹ BGH, NJW 1985, 855 = MDR 1985, 398.

⁹⁷⁰ OLG Düsseldorf, DB 1982, 537.

insbesondere bei der Vereinbarung einer Preisbestimmung nach freiem Belieben des Auftraggebers unwirksam.⁹⁷¹ Bei der Vereinbarung von Circa-Preisen oder unverbindlichen Richtpreisen ist eine Überschreitung grundsätzlich nicht möglich. Wenn überhaupt kann der Unternehmer eine solche Überschreitung nur rechtfertigen, wenn er auf Aufwendungen verweist, die den „Circa-Preis“ deutlich überschreiten.⁹⁷² Lassen sich die Parteien eines Softwarevertrages mit der Festlegung des Festpreises Zeit und vereinbaren einen „Festpreis bis zum“, so kann der Auftragnehmer auf jeden Fall die „übliche Vergütung“ verlangen (§ 632 Abs. 2 BGB).⁹⁷³ Das *OLG Düsseldorf* hatte für diesen Fall die Auffassung vertreten, dass die Vertragsbeziehungen zur vereinbarten Frist als beendet anzusehen seien. Eine besondere Rolle spielt insbesondere bei Subunternehmervereinbarungen die Abrede „Pay-when-paid“. Hier nach bekommt der Subunternehmer erst dann Werklohn vom Hauptunternehmer, wenn dieser seinerseits vom Auftraggeber Werklohn erhalten hat. Eine solche Vereinbarung ist individualvertraglich wohl zulässig, im Rahmen des AGB-Rechts allerdings als Verstoß nach § 307 BGB im Hinblick auf die unangemessene Benachteiligung des Subunternehmers anzusehen. Dogmatisch ist die Abrede als Zahlungsaufschub zu qualifizieren, die die Existenz des Werklohnanspruchs nicht in Frage stellt. Bei der Preiskalkulation übernimmt der Auftragnehmer das Risiko entsprechender Fehlkalkulationen.⁹⁷⁴ Allerdings kann nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden, dass der Auftragnehmer sich auf die rechtlichen Regelungen des BGB und der entsprechenden Rechtsprechung zum Kalkulationsirrtum befreit.⁹⁷⁵ Im Übrigen ist zu beachten, dass es keine Beschreibungspflicht des Auftraggebers für die zu erbringenden Leistungen gibt.⁹⁷⁶ Allerdings muss er bei einer detaillierten Beschreibung der zu erbringenden Leistungen die entsprechenden Positionen eindeutig und erschöpfend skizzieren.⁹⁷⁷ Aus dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont sind entsprechende Pflichtenhefte zu analysieren, wobei auf Wortlaut, Umstände des Einzelfalls und die Grundsätze von Treu und Glauben Rücksicht zu nehmen ist.⁹⁷⁸ So darf der Auftraggeber dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufbürden.⁹⁷⁹ Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgt, dass der Auftraggeber die in seinem Risikobereich liegenden Risiken genauer beschreiben muss. Gleichzeitig treffen aber auch den Auftragnehmer Prüfungs- und Hinweis-

⁹⁷¹ *OLG Düsseldorf*, Baurecht 1981, 392.

⁹⁷² *OLG Celle*, BB 1972, 65.

⁹⁷³ a.A. *OLG Düsseldorf*, Baurecht 1983, 473.

⁹⁷⁴ *BGH*, NJW 1980, 180; *OLG Thüringen*, OLG 2002, 219; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 1419.

⁹⁷⁵ *BGH*, NJW 1983, 1671; a.A. *OLG Düsseldorf*, Versicherungsrecht 1982, 1147.

⁹⁷⁶ *Quack*, Baurecht 1998, 381 ff.

⁹⁷⁷ Siehe dazu *OLG Koblenz*, Baurecht 2001, 1442.

⁹⁷⁸ *BGH*, Baurecht 2002, 935.

⁹⁷⁹ Siehe dazu *Pries*, Neue Zeitschrift für Baurecht 2004, 87, 88.

pfllichten bezüglich der Einzelheiten der geplanten Auftragsausführung.⁹⁸⁰ Der Auftragnehmer darf ein erkennbar oder erkannt lückenhaftes Pflichtenheft nicht einfach hinnehmen, sondern muss entsprechende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären und entsprechende Hinweise geben.⁹⁸¹ Angaben ins Blaue hinein gelten als spekulativ und sogar „frivol“.⁹⁸² Zu prüfen ist daher auch vom Auftragnehmer, ob die Planung zur Verwirklichung des geschuldeten Leistungserfolgs geeignet ist. Für unterlassene Prüfungen und Mitteilungen ist der Auftragnehmer verantwortlich, wenn er Mängel mit den bei einem Fachmann seines Gebietes zu erwartenden Kenntnissen hätte erkennen können. Allerdings muss der Auftragnehmer, wenn er die gebotene Prüfung und Mitteilung unterlässt, für die daraus folgenden Schäden nicht allein verantwortlich sein. Vielmehr können Mängel der Planung und der sonstigen Ausführungsunterlagen ein Mitverschulden des Auftraggebers gemäß § 254 BGB begründen.⁹⁸³ Ein Mitverschulden des Auftraggebers und seiner Erfüllungsgehilfen kommt freilich überhaupt nur in Betracht, wenn der Auftragnehmer seine Prüfungs- und Hinweispflichten nur fahrlässig verletzt hat. Unterlässt der Auftragnehmer den Hinweis auf Mängel, die er erkannt hat, so ist er immer allein für den Schaden verantwortlich.⁹⁸⁴ Erkannte Mängel müssen im Übrigen den Auftraggeber veranlassen, das Pflichtenheft auf weitere Mängel besonders sorgfältig zu untersuchen.⁹⁸⁵ Er kann sich insofern nicht darauf verlassen, dass die Planungen von Experten stammen. Insofern ist der Gedanke des Vertrauensschutzes Maßstab für die Abwägungen der jeweiligen Beiträge von Auftragnehmer und Auftraggeber in Bezug auf den Schaden. Nur soweit der Auftragnehmer auf Planungen und sonstige Unterlagen tatsächlich vertraut hat und vertrauen durfte, kann er entlastet werden.⁹⁸⁶ Insofern geht der *BGH* von einer Verantwortlichkeit deutlich zu Gunsten des Auftraggebers zu Lasten des Auftragnehmers aus.⁹⁸⁷ Diese auftragnehmerfeindliche Haltung des *BGHs* wird häufig kritisiert;⁹⁸⁸ in der Tat kann ein Auftraggeber eine schlechte Ausschreibung machen und damit dem Auftragnehmer enorme Wagnisse und Risiken zuweisen. Plädiert wird dafür, den Auftragnehmer nach den Regeln des Verschuldens bei Vertragsschluss in Fällen unvollständiger Pflichtenhefte in Anspruch nehmen zu können.⁹⁸⁹ Insbesondere soll auch dann, wenn das Pflichtenheft von einem Expertenbüro erstellt wird und der Auftragnehmer seinerseits nicht über entsprechend weitgehende

⁹⁸⁰ *BGH*, NJW-RR 1988, 785; *BGH*, NJW-RR 1987, 1306; *BGH*, NJW 1966, 498.

⁹⁸¹ *BGH*, NJW-RR 1988, 785; *OLG Dresden*, Baurecht 2000, 1341.

⁹⁸² So *BGH*, NJW-RR 1988, 785.

⁹⁸³ Siehe dazu *BGH*, NJW-RR 1991, 271.

⁹⁸⁴ *BGH*, Baurecht 1973, 190 = NJW 1973, 518.

⁹⁸⁵ *BGH*, Baurecht 1978, 222, 224.

⁹⁸⁶ *BGH*, Baurecht 1977, 420, 421.

⁹⁸⁷ Siehe *BGH*, NJW-RR 1991, 276; *KG*, Baurecht 2003, 1902, 1903; *OLG Koblenz*, Baurecht 2001, 1442.

⁹⁸⁸ *Bühl*, Baurecht 1992, 26, 29 f.

⁹⁸⁹ Siehe dazu *KG*, Baurecht 2003, 1905, 1907.

Fachkenntnisse verfügt, eine Hinweispflicht des Auftragnehmers nicht bestehen.⁹⁹⁰ Die Erstellung eines richtigen Pflichtenheftes wird zu den Kardinalpflichten des Auftraggebers gezählt; insofern hat der *BGH* auch eine Klausel für intransparent erachtet: „mit der Abgabe des Angebotes übernimmt der Bieter die Gewähr, dass das Angebot alles enthält, was zur Erstellung des Werkes gehört“ oder „nach Angebotsabgabe kann sich der Bieter auf Unklarheiten in den Angebotsunterlagen oder über Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistung nicht berufen“.⁹⁹¹

Findet sich keine Vergütungsregelung in dem Vertrag, kann der Unternehmer nach § 632 Abs. 2 BGB auf jeden Fall die übliche Vergütung vom Auftraggeber verlangen. Vorrangig ist allerdings immer die vertragliche Vereinbarung zu prüfen, unter Einbeziehung auch stillschweigender Vereinbarungen. Im Übrigen muss überhaupt ein wirksamer Vertrag geschlossen worden sein, was nicht der Fall ist, wenn es noch an einer Einigung etwa über die genaue Höhe der Vergütung fehlt. Dem Auftragnehmer obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seine Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (Argumentum ex § 632 Abs. 1 BGB).⁹⁹² Er muss zumindest Umstände nachweisen, nach denen die Übernahme der übertragenen Leistung nur gegen eine Vergütung erwartet werden kann.⁹⁹³ Bei Vorliegen solcher Umstände besteht eine Vermutung für die Entgeltlichkeit. Selbst wenn zwischen den Parteien freundschaftliche Bindungen bestehen, rechtfertigt dies noch nicht die Behauptung der Unentgeltlichkeit bei nicht unerheblichen gewerbsmäßigen Leistungen.⁹⁹⁴ Behauptet der Auftraggeber eine besonders günstige Preisvereinbarung trifft den Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast für eine angemessene oder übliche Vergütung.⁹⁹⁵ Bei diesem Negativbeweis muss der Auftragnehmer die Umstände widerlegen, die für die Vereinbarung des behaupteten Werklohns sprechen könnten.⁹⁹⁶

Besteht zwischen den Parteien ein **Werkvertrag mit Pauschalpreisabrede**, können darin nicht vorgesehene zusätzliche Werkleistungen auch ohne Abschluss eines sie betreffenden zusätzlichen Werkvertrags vom Besteller zu vergüten sein. Ein solcher erhöhter Vergütungsanspruch setzt allerdings voraus, dass zu dem Leistungsinhalt, der einer Pauschalpreisvereinbarung zu Grunde liegt, erhebliche, zunächst nicht vorgesehene Leistungen auf Veranlassung

⁹⁹⁰ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1995, 82.

⁹⁹¹ *BGH*, NJW-RR 1997, 1530.

⁹⁹² *BGH*, NJW 1987, 242.

⁹⁹³ *BGH*, NJW 1965, 2226.

⁹⁹⁴ *BGH*, NJW 1987, 2742.

⁹⁹⁵ *BGH*, NJW 1983, 1782; a.A. v. *Mettenheim*, NJW 1971, 20 gegen *Schumann*, NJW 1971, 495.

⁹⁹⁶ *BGH*, Versicherungsrecht 1966, 1021, 1022.

des Bestellers hinzukommen, unabhängig davon, ob die Parteien über die neue Preisgestaltung eine Einigung erzielt haben.⁹⁹⁷

c) Abnahme

Ein weiteres Problem resultiert aus der Tatsache, dass nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB die Vergütung **erst bei Abnahme des Werkes** zu entrichten ist. Insofern ist es für die Fälligkeit der Vergütung notwendig, dass der Auftraggeber die Abnahme erklärt. Hier gibt es besondere Probleme deshalb, weil unter Umständen selbst bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrages der Auftraggeber die Abnahme verweigern kann.

Eine weitere Quelle für Fehlschläge bei IT-Projekten liegt in den unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäben der Wirtschaftsinformatik und der Rechtswissenschaft bezüglich der Test- und Abnahmeverfahren. Wirtschaftsinformatiker behandeln Testverfahren als unabdingbaren Bestandteil der Qualitätssicherung im Sinne der DIN EN ISO 9000 ff. Juristen haben dagegen ein verengtes Blickfeld und beziehen die Testverpflichtungen lediglich auf die Phase der Abnahme, um die vertragsgemäße Erfüllung bzw. Abnahme im Sinne der §§ 438 Abs. 2, 640 BGB und § 377 HGB festzustellen.⁹⁹⁸ Es ist daher für das reibungslose Gelingen des Projekts erforderlich, dass das technische Vorgehensmodell und die dort festgelegten Entwicklungsphasen mit ihren Tests und den dazugehörigen Dokumentationen juristisch in den Projektvertrag implementiert werden, indem die jeweils notwendigen Testverfahren detailliert als echte Vertragspflichten gefasst werden. Nur so ist es möglich, mangelhafte oder verzögerte Leistungen oder Mitwirkungsleistungen, auch bei technischen Freigaben von Teilergebnissen als vertragliche Pflichtverletzung vor Abnahme anzumahnen.⁹⁹⁹

Softwareerstellungsverträge sind regelmäßig **nicht insolvenzfest**. Der *BGH* spricht in diesem Fall von „Lizenzverträgen“ und ordnet sie dem Wahlrecht nach § 103 InsO zu. Ist ein Softwareerstellungsvertrag daher noch nicht beiderseitig erfüllt, kann insbesondere der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung ablehnen.¹⁰⁰⁰ Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung unterliegen Lizenzverträge dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters. Lehnt der Insolvenzverwalter

⁹⁹⁷ *BGH*, NJW-RR 2002, 2740; a.A. für das Baurecht *BGH*, NJW 2004, 502, 505.

⁹⁹⁸ *Müller-Hengstenberg/Kirn*, Die technologischen und rechtlichen Zusammenhänge der Test- und Abnahmeverfahren bei IT-Projekten, CR 2008, 755.

⁹⁹⁹ *Müller-Hengstenberg/Kirn*, CR 2008, 755, 763.

¹⁰⁰⁰ *BGH*, MMR 2006, 386 = NJW 2006, 915. Siehe dazu auch *Witte*, ITRB 2006, 263; *Grützmacher*, CR 2006, 289; *Berger*, CR 2006, 505. Anderer Ansicht *OLG München*, Urt. v. 25. 7. 2013 – 6 U 541/12, GRUR 2013, 1125. Anders auch U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, *Entsch. v. 21.12.2012* (In re Spansion, Inc.)

in Ausübung dieses Wahlrechts die Erfüllung des Vertrages ab, gestaltet sich das Vertragsverhältnis um und dem Vertragspartner steht nur noch ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung als einfache Insolvenzforderung zu. Er wird damit auf eine in der Regel sehr geringe Quote verwiesen.

Im Jahr 2007 hatte der Gesetzgeber in einem Gesetzentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung die Einführung eines neuen § 108a InsO geplant.¹⁰⁰¹ Dieser sollte zwecks besseren Schutzes der Lizenznehmer regeln, dass der Lizenzvertrag nicht mehr dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters unterliegt, sondern im Insolvenzverfahren seine Gültigkeit behält. Zudem sollte bei einem krassen Missverhältnis zwischen der vereinbarten und einer marktgerechten Vergütung der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen können. In diesem Fall hätte dann jedoch der Lizenznehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht gehabt. Letztendlich ist diese Gesetzesänderung aber doch nicht zustande gekommen, sodass § 108a InsO-E nicht eingeführt wurde und es bei der alten Rechtslage verbleibt.

Das OLG München¹⁰⁰² hat sich im Übrigen neuerdings gegen die Rechtsauffassung des BGH gestellt. Für die Frage der Insolvenzfestigkeit einfacher Nutzungsrechte sei darauf abzustellen, ob in Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung eine dingliche Verfügung über das Nutzungsrecht vollzogen wurde. In diesem Fall bestehe auf Grund der Erfüllung zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung keine offene Forderung mehr, so dass der Anwendungsbereich von § INSO § 103 InsO nicht eröffnet ist.

Kommt es zu einer verzögerten Ausführung der Programmierung, kann der Anwender nach § 323 BGB wegen **Verzugs** zurücktreten. Allerdings muss der Anwender dem Softwareersteller eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung setzen. Eine solche Fristsetzung ist nur dann entbehrlich, wenn der Softwareersteller die Leistung endgültig oder ernsthaft verweigert oder der Softwareersteller seine vertraglichen Pflichten in einem Ausmaße schlecht erfüllt, dass dem Anwender ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Schließlich ist auch die Fristsetzung dann nicht mehr von Nöten, wenn ohnehin eine Herstellung in angemessener Frist objektiv nicht mehr möglich ist.¹⁰⁰³ Die Darlegungs- und Beweislast für solche Ausnahmegründe trägt der Anwender. Bei nur unerheblichen Verzögerungen ist es treuwidrig, vom Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰¹ BT-Drs. 16/7416; siehe dazu auch die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2008, 138 ff.

¹⁰⁰² OLG München, Urt. v. 25.7.2013 – 6 U 541/12, GRUR 2013, 1125.

¹⁰⁰³ BGH, WM 1973, 1020.

¹⁰⁰⁴ BGH, NJW 1974, 360.

Im Übrigen trägt der Anwender das Verzögerungsrisiko, wenn die Verzögerungen aufgrund einer Verletzung seiner **Mitwirkungspflichten** zustande gekommen sind.¹⁰⁰⁵ Ohne die Mitwirkung des Anwenders gelingt kein größeres IT-Projekt. Der Softwarehersteller braucht zahlreiche Eckdaten aus dem Haus des Anwenders; er muss Zugang zu Räumlichkeiten, zu Rechnern und zum technischen Know-How vor Ort bekommen. Es ist daher wichtig, solche Mitwirkungspflichten in SLAs festzuschreiben und deren Verletzung im Rahmenvertrag etwa durch Pönale zu sanktionieren. Ohne entsprechende Klarstellung im Vertrag¹⁰⁰⁶ wird die Mitwirkungspflicht nicht als (einklagbare) Nebenleistungspflicht, sondern als bloße Obliegenheit gesehen.¹⁰⁰⁷ Kommt der Anwender seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, droht ihm auf jeden Fall eine Kündigung des Vertrages durch den Softwarehersteller nach Maßgabe von §§ 643, 649 BGB. Er muss in diesem Fall den Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen des Herstellers zahlen.

Neben den herkömmlichen Mitwirkungshandlungen, wie z.B. der Lieferung von Testdaten, gibt es noch die Mitwirkungspflicht, die eigene Organisation auf die neue Software einzustellen.¹⁰⁰⁸ Gegen die Aufnahme dieser Thematik in den Projektvertrag spricht jedoch, dass der volle Umfang der Mitwirkung zu Beginn des Projekts noch gar nicht absehbar ist.¹⁰⁰⁹ Hierbei muss zwischen „echten“ Mitwirkungspflichten gem. §§ 642, 643 BGB, welche zur erfolgreichen Werkschaffung erforderlich sind und dem sog. „Innenprojekt“ beim Auftraggeber unterschieden werden, welches die Einstellung auf die Software beinhaltet.¹⁰¹⁰ Die vertragliche Ausgestaltung der Verbindung zwischen diesen beiden Projektbereichen kann durch eine entsprechende Ausgestaltung des Pflichtenhefts (V-Modell), einen Aktivitäten- und Fristenplan und eine gezielten Budgetierung in Form von Bonuspunkten für den Kunden geschehen.¹⁰¹¹ Zudem besteht die Möglichkeit, die Mitwirkung gem. §§ 642, 643 BGB von einer Nebenpflicht durch vertragliche Ausgestaltung zu einer Hauptpflicht aufzuwerten.¹⁰¹²

Meist spielt der **Rücktritt** bei Softwareerstellungsverträgen keine Rolle, da aufgrund der besonderen Bindung der Parteien eine Rückabwicklung des Vertrages nicht wünschenswert ist; dem Anwender geht es meist mehr darum, dass das Projekt endlich zu einem positiven Ende

¹⁰⁰⁵ *BGH*, NJW-RR 1992, 1141.

¹⁰⁰⁶ Individualvertraglich ist eine Regelung vertraglicher Natur möglich, nicht aber in AGB; so jedenfalls *Redeker*, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Köln 2006, D Rz. 275.

¹⁰⁰⁷ Siehe *Ihde*, CR 1999, 409, 413; *Möglich/Lapp*, CR 2004, 801.

¹⁰⁰⁸ *Schneider*, Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei der Softwareanpassung – Organisatorische Änderungen beim Kunden als wesentliche Mitwirkungsleistung, ITRB 2008, 261.

¹⁰⁰⁹ *Schneider*, ITRB 2008, 261.

¹⁰¹⁰ *Schneider*, ITRB 2008, 261, 262.

¹⁰¹¹ *Schneider*, ITRB 2008, 261, 262.

¹⁰¹² *Schneider*, ITRB 2008, 261, 263.

gebracht wird. Anders als nach altem Recht ist für die Fristsetzung eine dazugehörige Ablehnungsandrohung nicht mehr erforderlich. Insofern bedarf es nicht mehr deutlicher Schreiben, die auf ein Ende des IT-Projektes hinweisen. Kommt es zu einem Rücktritt, beauftragt der Anwender typischerweise einen anderen Programmierer mit der Realisierung des Projektes und verlangt vom ursprünglichen Softwarehaus Erstattung der erhöhten Programmierungskosten sowie des entgangenen Gewinns.

IV. Nebenvertragliche Pflichten

Neben den Hauptleistungspflichten sind die Nebenpflichten zu beachten. Diese können je nach Bedeutung für das Projekt bloße Obliegenheiten, schadensersatzsanktionierte Sekundärpflichten (§ 280 BGB) oder gar einklagbare Nebenleistungspflichten sein. Wichtig ist die bereits erwähnte Mitwirkungspflicht des Auftraggebers. Daneben stehen Vertraulichkeitspflichten beider Seiten im Vordergrund.

1. Vertraulichkeit und Datenschutz

Schon von ersten vorvertraglichen Kontakten an sind **die besonderen Vertraulichkeitsvorgaben** zu beachten. Im Rahmen eines IT-Projekts erfahren beide Seiten sehr viel von dem betrieblichen Know-how des jeweils anderen. Deshalb ist es wichtig, besondere Verschwiegenheitspflichten vertraglich zu vereinbaren und diese durch Pönale zu sichern (siehe das Muster im Anhang).

Während des Vertrages kommt die besondere Verpflichtung zur **Beachtung datenschutzrechtlicher Vorgaben** hinzu. Der Auftragnehmer hat dann regelmäßigen Zugriff auf die Datenbestände des Auftraggebers, insbesondere auch was personenbezogene Daten der Kunden und Arbeitnehmer angeht. Daher sind die besonderen Vorgaben des Datenschutzrechts gerade auch im Rahmen eines IT-Projektes zu beachten. Zunächst einmal bestehen **besondere Probleme im Rahmen von § 203 StGB**. Diese Strafvorschrift verbietet die Weitergabe von vertraulichen Daten an Dritte ohne Einwilligung des Betroffenen. Die Vorschrift ist vornehmlich an Unternehmen adressiert, die medizinische Daten verarbeiten, sowie an Anwaltskanzleien und Kranken-/Lebensversicherungsunternehmen. Diese Wirtschaftsbereiche dürfen – abseits einer ausdrücklichen Einwilligung des Betroffenen – keine personenbezogenen Daten an IT-Projektunternehmen preisgeben. Damit ist die Erbringung von IT-Services in diesem Sektor sehr problematisch.

Ansonsten gelten die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben des **Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)**, das am 1. Juni 1991 in Kraft getreten ist. Grundlegend wurde dies durch das **Volkszählungsurteil** des BVerfG vom 15. Dezember 1983 beeinflusst, in dem das BVerfG entscheidende gesetzliche Regelungen zum Datenschutz vorgegeben hat.¹⁰¹³ Zunächst gestaltete es hierin den Begriff des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG), das ein Recht auf Privatsphäre gewährt, aus. Jeder Bürger habe das Recht, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“. Des Weiteren gibt es „unter den Bedingungen der automatisierten Datenverarbeitung kein belangloses Datum mehr. Jedes personenbezogenes Datum stehe unter dem Schutz des Grundgesetzes, losgelöst, ob es sensible Informationen enthält oder nicht.“

Datenverarbeitende Stellen haben umfassende **Aufklärungspflichten** gegenüber den Bürgern, damit diese immer wissen, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Im Rahmen der Datenerhebung gilt vor allem das Prinzip der Selbstauskunft. Dies gebietet, Daten zunächst direkt bei dem betroffenen Bürger einzuholen, bevor über Dritte Auskünfte eingeholt werden. Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bedürfen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Schließlich unterliegen die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten einer strengen **Zweckbindung**.

Diese Vorgaben sind in das BDSG eingeflossen, ebenso wie die EU-Datenschutzrichtlinie 97/66/EG. Vorab zu beachten ist, dass **Rechtswahlklauseln** auf die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts keine Auswirkung haben.¹⁰¹⁴ Diese hängt entscheidend von dem Ort der Niederlassung des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen ab (**Territorialitätsgrundsatz**).

Das BDSG findet uneingeschränkt Anwendung bei personenbezogenen Daten natürlicher Personen (§ 3 Abs. 1 BDSG), die unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet und genutzt werden (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG). **Personenbezogene Daten** sind laut Legaldefinition „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person“ (§ 3 Abs. 1 BDSG). Der Datenschutz ist folglich **auf natürliche Personen begrenzt**. Es sind insofern nur Informationen über einzelne Menschen geschützt. Sensible Unternehmensdaten finden folglich keinen Schutz über das BDSG, sondern allenfalls über § 17 UWG (als Betriebsgeheimnis) oder über § 823 Abs. 1 BGB (über das

¹⁰¹³ BVerfGE 65, 1.

¹⁰¹⁴ Siehe Art. 3, 9 Rom I-VO.

Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Unternehmens¹⁰¹⁵).

Das BDSG umfasst den Schutz für die Erhebung (§ 3 Abs. 3 BDSG), Nutzung (§ 3 Abs. 5 BDSG) und Verarbeitung (§ 3 Abs. 4 BDSG) von Daten. Unter die **Verarbeitung von Daten** gem. § 3 Abs. 4 BDSG fallen die Speicherung (Nr. 1), Veränderung (Nr. 2), Übermittlung (Nr. 3), Sperrung (Nr. 4) und Löschung (Nr. 5). Grundsätzlich ist jede Verarbeitung personenbezogener Daten verboten. Ausnahmsweise ist die Verarbeitung erlaubt, wenn der Betroffene eingewilligt hat (§ 4a Abs. 1 BDSG) oder eine gesetzliche Vorschrift die Verarbeitung legitimiert.¹⁰¹⁶ § 28 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG legitimieren den Verarbeiter zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Zweckbestimmung seines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen oder soweit diese zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist.

2. Vorvertragliche Pflichten

Bei Vertragsverhandlungen sind die Parteien bis zum endgültigen Vertragsschluss in ihren Entschließungen grundsätzlich frei.¹⁰¹⁷ Allerdings sichern sie sich oft durch einen sog. „**Letter of Intent**“ oder (spezifischer) durch ein „**Memorandum of Understanding**“ vorvertraglich gegen einen ungerechtfertigten Abbruch der Vertragsverhandlungen ab. In einer solchen Absichtserklärung wird typischerweise eine besondere Exklusivität der Vertragsverhandlungen abgesichert; hinzukommen Vertraulichkeits- und Verschwiegenheitspflichten.

Im Hinblick auf den bevorstehenden Vertragsschluss gilt es zu beachten, dass der abrupte Abbruch von Vertragsverhandlungen unter Umständen Schadensersatzpflichten auslöst (§§ 280, 241, 311 Abs. 2 BGB). Dies gilt dann, wenn ein Vertrauen im Hinblick auf das Zustandekommen des Vertrages geweckt worden ist und dann die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen werden. Unklar ist, ob Verschulden Voraussetzung für eine solche Schadensersatzpflicht ist. Zum Teil wird vertreten, dass als Anspruchsgrundlage § 122 BGB analog in Betracht kommt und insofern lediglich auf die verschuldensunabhängige Vertrauenshaftung abgestellt wird. Ein triftiger Grund für den Vertragsabbruch sind günstigere Angebote eines Dritten oder die Übernahme des Auftragnehmers durch die Konkurrenz. Kein triftiger Grund sind übertriebene Zusicherungen im Hinblick auf den späteren Vertragsschluss oder der Verweis auf anderweitige interne Zustimmungserfordernisse zum Vertragsschluss.

¹⁰¹⁵ *BGH*, *BJW* 1994, 1281 = *CR* 1994, 396.

¹⁰¹⁶ *BAG*, *NJW* 1987, 674.

¹⁰¹⁷ *BGH*, *MDR* 1996, 672 = *NJW* 1996, 1884, 1885.

Die Rechtslage besteht in der Ersatzpflicht für das negative Interesse (insbesondere Aufwendungen für den Kostenvoranschlag und entgangene Einnahmen).

Ein Ausschluss dieser Haftung durch AGB ist kaum möglich, da § 309 Nr. 7, 307 Abs. 1 BGB hier starre Vorgaben im Hinblick auf Schadensersatzpflichten begründen. Liegt keine Haftung aus c.i.c. vor, besteht selbst bei umfangreichen Projektierungsarbeiten ein Vergütungsanspruch nur, wenn eine Vergütungspflicht für den Fall der Nichterteilung des Auftrags ausdrücklich vereinbart wurde. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach für Kostenvoranschläge eine Bearbeitungsgebühr berechnet werden kann, sind regelmäßig unwirksam. Eine Ausnahme von dieser Unwirksamkeit gilt für den Fall der Arglist des Auftraggebers, etwa weil er Vorarbeiten einfordert, obwohl er dieser nur für eine eigene Planung unentgeltlich verwerten will.

a) Aufwendungsersatz

Der Grundsatz der Abschlussfreiheit gilt auch dann, wenn der andere Teil in Erwartung des Vertrages bereits **Aufwendungen** getätigt hat. Die Aufwendungen eines Softwareentwicklers im Vorfeld eines Erstellungsvertrages sind daher **grundsätzlich nicht vom Anwender zu erstatten**.

Jedoch kann ein Softwareunternehmen vom Auftraggeber Ersatz für im Vorfeld des Abschlusses eines Software-Entwicklungsvertrages getätigte Aufwendungen verlangen, wenn der Auftraggeber zum Ausdruck bringt, dass er im Falle des Nichtabschlusses des geplanten Vertrages gemäß der Honorartabelle des Auftragnehmers die dann fehlgeschlagenen Aufwendungen ausgleicht.¹⁰¹⁸ Die Ersatzpflicht trifft den Auftraggeber nur bei in seiner Sphäre begründetem Nichtzustandekommen des Vertrages.

Zu ersetzen sind – sofern ein Anspruch dem Grunde nach gegeben ist – lediglich **Aufwendungen, die nach Lage des Falles vertretbar sind und mit denen die andere Partei rechnen muss**. Als vertretbar können nur Aufwendungen angesehen werden, die für eine Bestandsaufnahme beim Auftraggeber zur Klärung seines Bedarfs erforderlich sind, damit nach Vertragsschluss mit den eigentlichen Arbeiten begonnen werden kann.

¹⁰¹⁸ LG Stuttgart, CR 2002, 644.; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 791.

b) Pflichtenheft

Im Rahmen eines Vertrags über die Herstellung einer Individualsoftware obliegt die **Erstellung eines möglichst umfassenden Pflichtenheftes** nicht einseitig dem Anwender.¹⁰¹⁹ Der Anbieter muss z.B. von sich aus die innerbetrieblichen Bedürfnisse ermitteln, darauf drängen, dass der Anwender sie in einem Pflichtenheft niederlegt, für ihn erkennbare Unklarheiten und Bedürfnisse aufklären, bei der Formulierung der Aufgabenstellung mitwirken und einen Organisationsvorschlag zur Problemlösung unterbreiten. Versäumt der Anbieter diese Pflicht, ist er verantwortlich dafür, dass einem Programm die erforderliche Unkompliziertheit und Eignung für die individuellen Bedürfnisse des Anwenders fehlt. Grundsätzlich ist es Sache des Bestellers, für den Auftragnehmer das für die Programmierung der Software erforderliche Anforderungsprofil zu erstellen.¹⁰²⁰ Der Auftragnehmer muss daran aber in der Weise mitwirken, dass er von sich aus die innerbetrieblichen Bedürfnisse, Wünsche und Vorstellungen ermittelt, für ihn erkennbare Unklarheiten aufklärt, bei der Formulierung der Bedürfnisse hilft und Organisationsvorschläge zur Problemlösung unterbreitet.¹⁰²¹ Streitig ist allerdings, ob er für solche Zusatzleistungen eine Vergütung verlangen kann.¹⁰²² Meines Erachtens wird man einen solchen Anspruch aus dem Grundgedanken einer Geschäftsführung ohne Auftrag bejahen müssen. Letztendlich unterstützt der Auftraggeber hier in einem für ihn zumindest auch fremden Geschäfts- und Interessenkreis. Ihm steht dann auch ein Ersatz der notwendigen Aufwendungen, einschließlich der üblichen Arbeitsvergütung zu.

V. Gewährleistung im Werkvertragsrecht

Die Gewährleistung im Werkvertragsrecht ähnelt sehr stark der im Kaufrecht. Daher können viele Elemente des Kaufrechts auch hier auf das Werkvertragsrecht übertragen werden.

1. Fehler i.S.d. § 633 BGB

Gewährleistungsrechte lösen nach § 633 Abs. 2 BGB nicht nur **Abweichungen von der vereinbarten oder vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit**, sondern auch **Differenzen zur gewöhnlichen Verwendung** aus. Für den Inhalt von Abreden, die die vereinbarte und/oder gewöhnliche Beschaffenheit der Software näher kennzeichnen bzw. eine zugesicherte Eigenschaft begründen könnten, ist der Besteller darlegungs- und beweispflichtig. Dies ergibt sich

¹⁰¹⁹ *OLG Köln*, NJW-RR 1999, 51.

¹⁰²⁰ Vgl. *OLG Köln* NJW-RR 1993, 1529, 1530; *OLG Köln*, 1995, 1460, 1462. Ähnlich jetzt auch *OLG Köln*, Urt. v. 29.7.2005 – 19 U 4/05, OLGR Köln 2005, 642.

¹⁰²¹ Vgl. *OLG Köln*, NJW-RR 1993, 1528; *OLG Köln*, 1999, 51, 52.

aus dem allgemeinen prozessualen Grundsatz, dass der Anspruchsteller die für ihn günstigen anspruchsbegründenden Umstände darlegen und beweisen muss. Insoweit bestehen für das Werkvertragsrecht keine Besonderheiten, insbesondere ist auch über den Zeitpunkt der Abnahme hinaus die Sollbeschaffenheit von dem Besteller zu beweisen.¹⁰²³

Die Regelung des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB in Bezug auf **Werbeaussagen** wurde hingegen nicht übernommen. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass eine Werbung Dritter im Werkvertragsrecht faktisch kaum eine Rolle spielt. Insofern lösen Werbeaussagen im Vorfeld eines Softwareerstellungsvertrages keine Verantwortlichkeit aus. Da Händler und Hersteller im Werkvertragsrecht regelmäßig identisch sind, sind Werbeaussagen des Unternehmers allerdings Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarungen und können aus diesem Grund Gewährleistungsrechte auslösen. Zu beachten ist ferner, dass die im Kaufrecht bereits bei Ablieferung geschuldete Dokumentation im Werkvertragsrecht erst mit dem Abschluss der Arbeiten an dem Produkt geschuldet ist.¹⁰²⁴ Fehlt ein Pflichtenheft, ist eine Softwarelösung entsprechend dem **Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard** geschuldet.¹⁰²⁵ Das Fehlen einer die Bedienung der örtlich installierten Hard- und Software betreffenden Dokumentation und die daraus sich ergebende Betriebsuntauglichkeit der Anwendungssoftware stellen einen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel dar.¹⁰²⁶

Vor der Abnahme muss der Besteller im Übrigen lediglich dartun, dass ein Softwaremangel besteht oder die Software unvollständig ist. Es ist dann Sache des Softwareerstellers, darzulegen und zu beweisen, dass sein Werk nicht mit Mängeln behaftet ist und die erbrachte Leistung nicht hinter der vertraglich geschuldeten zurückbleibt. Vor der Abnahme ist es auch Sache des Softwareherstellers, den Nachweis zu führen, dass sich der Besteller treuwidrig verhält, wenn er sich auf einen Mangel oder eine Unvollständigkeit der erbrachten gegenüber der geschuldeten Werkleistung mit der Begründung beruft, der Mangel oder die Unvollständigkeit der Software seien unerheblich. Der Softwarehersteller muss auch die Rechtzeitigkeit der Herstellung beweisen. Demgegenüber hat der Besteller, der sich vor der Abnahme auf ein Rücktrittsrecht beruft, grundsätzlich nur den Zeitpunkt der Fälligkeit, die Setzung und den Ablauf der Frist sowie die Rücktrittserklärung zu beweisen.

¹⁰²² Offengelassen bei *Schneider*, in: *Schneider/v. Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Köln 2006, Rz. B 146.

¹⁰²³ OLG Köln, Urt. v. 29.7.2005 – 19 U 4/05, OLGR Köln 2005, 642.

¹⁰²⁴ BGH, CR 2001, 367 m. Anm. *Hoene*.

¹⁰²⁵ OLG Düsseldorf, CR 1997, 732.

¹⁰²⁶ OLG Düsseldorf, CR 2002, 324.

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob der Softwarehersteller seinerseits Ersatz für Aufwendungen verlangen kann, die aufgrund ihm nicht zuzurechnender Funktionsfehler entstehen. Zu denken ist hier an eine Situation, in der der Besteller fälschlicherweise behauptet, eine Systemstörung sei durch einen herstellerbedingten Programmierfehler ausgelöst. Auf den Hersteller können bei der **Analyse der denkbaren Störungsursachen** hohe finanzielle und personelle Aufwendungen zukommen. Diese Aufwendungen sind m.E. aus dem Gesichtspunkt einer **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 677, 683, 670 BGB) in Höhe der notwendigen Ersatzkosten ersatzfähig.

Der Auftragnehmer verschweigt einen Mangel **arglistig**, wenn er den Mangel kennt, für erheblich hält, dennoch Mangelfreiheit vorspiegelt oder den Mangel nicht mitteilt oder beseitigt, obwohl er nach Treu und Glauben, insbesondere im Hinblick auf die Bedeutung des Mangels, zur Offenbarung verpflichtet wäre.¹⁰²⁷ Arglist setzt dabei immer Kenntnis vom Mangel voraus; bloße Nachlässigkeiten reichen nicht aus. **Organisationsverschulden** ist ein dem arglistigen Verschweigen gleichgestelltes Verhalten, bei dem ein Auftragnehmer ein Werk arbeitsteilig herstellen lässt, seine Organisationspflicht bei Herstellung und Abnahme des Werks verletzt hat und infolge dieser Verletzung ein Mangel nicht erkannt wurde, der bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre.¹⁰²⁸

2. Gewährleistungsrechte

a) Nacherfüllung

Der Besteller kann zunächst **Mängelbeseitigung durch Nacherfüllung** verlangen (§ 634 Nr. 1 BGB i.V.m. § 635 BGB). Anders als beim Kaufvertrag (§ 439 Abs. 1 BGB) kann der Besteller beim Werkvertrag nicht nach freier Wahl Mängelbeseitigung oder Neuherstellung verlangen. Das **Wahlrecht** liegt vielmehr nach § 635 Abs. 1 BGB **beim Softwarehaus**; dieses kann frei darüber entscheiden, in welcher Form es dem Begehren nach Nacherfüllung nachkommt. Der Unternehmer ist mit dem Herstellungsprozess befasst und kann daher auf Grund größerer Sachkunde besser als der Besteller beurteilen, welche Maßnahme angebracht ist. Ist dem Besteller die vom Unternehmer gewählte Form der Nacherfüllung unzumutbar, ist er nach Treu und Glauben berechtigt, die Vorgehensweise des Unternehmers abzulehnen.¹⁰²⁹ Dies dürfte etwa dann der Fall sein, wenn die Mängelbeseitigung zu unzumutbaren Folgekos-

¹⁰²⁷ OLG München, Urteil vom 20.12.2011 - 13 U 877/11

¹⁰²⁸ OLG München, Urteil vom 20.12.2011 - 13 U 877/11

ten auf Anwenderseite führt, etwa wegen erhöhter Schulungs- und Personalkosten. Der Unternehmer kann die Nacherfüllung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 635 Abs. 3 BGB) oder sie unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Eine Mängelbeseitigung ist etwa dann unzumutbar, wenn die Software auch nach zahlreichen Mängelbeseitigungsversuchen nicht läuft oder der hohe Entwicklungsaufwand bei der Mängelbeseitigung in keiner Relation zur Bedeutung des Fehlers steht. Eine Nacherfüllung kann auch unmöglich werden, wenn der Anwender eine notwendige Mitwirkung verweigert. Bei kurzlebigen Wirtschaftsgütern – wie z.B. Softwareprogrammen – ist eine nach Ablauf mehrerer Jahre seit der Lieferung wirtschaftlich nicht mehr sinnvolle Nachbesserung jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger selbst die Entscheidung über seinen Antrag auf Ermächtigung der Ersatzvornahme über mehrere Jahre verzögert hat.¹⁰³⁰

Ein **Selbstbeseitigungsrecht des Bestellers** mit Anspruch auf Kostenvorschuss und Kostenerstattung besteht, wenn der Unternehmer mit der Nacherfüllung in Verzug ist und eine Nachfristsetzung keinen Erfolg hatte (§ 637 Abs. 1, 3 BGB). Dabei spielt es für die Kostenerstattung keine Rolle, dass die Kosten für die Ersatzvornahme im Softwarebereich gerade wegen der schwierigen Fehlersuche hoch sein können.¹⁰³¹

Der Auftraggeber hat grundsätzlich nur dann Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln, wenn er dem Auftragnehmer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.¹⁰³² Die Fristsetzung ist eine eindringliche Mahnung, dass nunmehr spätestens innerhalb der Frist die Mängel beseitigt werden sollen. Die Formulierung in einem Schreiben zur Bestimmung eines Termins zur Abnahme, wonach für den Fall, dass im Abnahmetermin Mängel festgestellt würden, der Auftraggeber sich die Geltendmachung seiner Rechte vorbehält, steht einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung nicht gleich.¹⁰³³ Eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Auftragnehmer die Nachbesserung endgültig verweigert oder in der Vergangenheit Mängelbeseitigungsarbeiten ohne Erfolg durchgeführt wurden und der Auftraggeber deshalb erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit und Fähigkeit des Auftragnehmers hat.¹⁰³⁴ Um die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung darzutun, müssen konkrete Mängel benannt werden und zu jedem Mangel der Zeitpunkt der Rüge und die daraufhin erfolgte Tätigkeit des Auftragnehmers vorgetragen

¹⁰²⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 265.

¹⁰³⁰ *OLG Celle*, Beschl. v. 10.2.1998 – 4 W 321/9, InVo 1999, 361.

¹⁰³¹ *LG Karlsruhe*, ECR LG 320.

¹⁰³² *OLG München*, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11.

¹⁰³³ *OLG München*, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11.

¹⁰³⁴ *OLG München*, Urteil vom 13.03.2012 - 9 U 2658/11

werden, um die genaue Zahl, Art und Schwere von Mängeln und die Reaktion des Auftragnehmers beurteilen und daraus rechtliche Schlussfolgerungen ziehen zu können. Floskelartige allgemeine Mängelbehauptungen reichen hierzu nicht aus.¹⁰³⁵

Die Nachfristsetzung ist entbehrlich, wenn der Softwareersteller die Mängelbeseitigung ernsthaft und **endgültig verweigert** hat oder wenn dem Werkvertrag ein Fixgeschäft zu Grunde liegt (§ 637 Abs. 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB). Ferner ist die Fristsetzung unnötig, wenn die Mängelbeseitigung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist (§ 637 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ungeklärt ist, wie viele Nacherfüllungsversuche der Besteller dem Unternehmer zugestehen muss, bis von einem „Fehlschlagen“ ausgegangen werden kann. Im Übrigen ist die Fristsetzung unbeachtlich, wenn die Parteien sich nachträglich auf eine Weitergeltung des Vertrages verständigen.¹⁰³⁶

Die Nacherfüllung ist einschließlich der Selbstvornahme eine der zentralen Behelfe in Softwaremängelfällen. Dem Besteller geht es meist nicht darum, nachträglich vom Vertrag zurückzutreten oder den Werklohn zu mindern. Vielmehr will er, nachdem bereits aufwendige Projektvorarbeiten und Testphasen durchlaufen sind, endlich die lauffähige Software. Auch spielt die Abgrenzung zwischen Nachbesserung und Neulieferung – anders als im Kaufrecht – regelmäßig keine große Rolle. Hier liegen keine festgelegten Produkttypen vor. Nachbesserung und Neulieferung eines neuen Produktes sind aus der Sicht des Kunden gleichgültig, wenn nur die Software am Ende läuft und die vorgesehenen Funktionalitäten erfüllt.

Klagt der Auftraggeber vor Abnahme auf Beseitigung von Mängeln, braucht er nur einen Beweis des ersten Anscheins für einen Mangel gleich darzulegen. Der Unternehmer ist für die Erfüllung des Vertrages darlegungs- und beweispflichtig. Ihm obliegt die Pflicht zum Nachweis der Mängelfreiheit des hergestellten Werkes bis zur Abnahme des Werkes. Nach der Abnahme erlischt der Erfüllungsanspruch und reduziert sich auf die Pflicht zur Beseitigung der Mängel. Dies schließt allerdings neben der Nachbesserung auch die Neuherstellung ein, wenn nur so die Mängel nachhaltig beseitigt werden können.¹⁰³⁷ Ist der Mangel durch eine ausdrückliche Anweisung des Auftraggebers verursacht worden, treffen den Unternehmer keine Nachbesserungs- oder Nacherfüllungspflichten. Allerdings gilt dies nur, wenn er den Auftraggeber auf die negativen Folgen der Anweisungen hingewiesen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Auftraggeber erkennbar keine eigene Expertise mitbringt.¹⁰³⁸ In einem

¹⁰³⁵ OLG München, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11.

¹⁰³⁶ OLG Köln, CR 2001, 437.

¹⁰³⁷ BGHZ 96, 111.

¹⁰³⁸ RGZ 64, 295; BGH, JZ 1957, 442.

Fall ausdrücklicher Anweisungen kann der Unternehmer einen Zuschuss zu den Kosten der Nachbesserung und Nacherfüllung verlangen.¹⁰³⁹ Werden im Zuge der Nachbesserung Leistungen erforderlich, die der Unternehmer nach dem Vertrag nicht zu erbringen hatte, sind diese sogenannten Sowieso-Kosten zu erstatten.¹⁰⁴⁰ Dies gilt allerdings nicht, wenn der Auftragnehmer nach dem Vertrag einen bestimmten Erfolg zu einem bestimmten Preis versprochen hat und sich die vertraglich vorgesehene Ausführungsart später als unzureichend darstellt.¹⁰⁴¹ Bekommt der Auftraggeber in Folge der Nachbesserung einen sonstigen Vorteil wie z.B. eine Verbesserung des Wertes, können die Grundsätze der Vorteilsausgleichung eingreifen. Wie der Auftragnehmer die Mängel beseitigt, entscheidet er selbst.¹⁰⁴² Der Auftraggeber ist nicht weisungsberechtigt. Ausnahmen gelten nur dann, wenn der Unternehmer eine völlig unzureichende Nachbesserung plant, die von vornherein nicht zur nachhaltigen Mängelbeseitigung führen kann. Allerdings kann der Auftraggeber den Unternehmer aus seiner Haftung für Mängel entlassen, soweit dieser sich an die Nacherfüllungswünsche des Bestellers hält. Die Kosten der Nachbesserung trägt der Unternehmer (§ 635 Abs. 2 BGB). Dies schließt die Kosten von Vor- und Nebenarbeiten ein. Der zur Mängelbeseitigung verpflichtete Unternehmer hat nicht nur die dazu erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Er muss auch Schäden an sonstigem Eigentum des Bestellers beheben, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen.¹⁰⁴³ Der Verdienstausschluss ist nicht Teil dieses Aufwendungsersatzanspruches; dieser kann nur als Teil des Schadensersatzes begründet werden.¹⁰⁴⁴ Der Auftragnehmer kann die Beseitigung eines Mangels verweigern, wenn damit ein unverhältnismäßiger Aufwand verbunden ist (§ 635 Abs. 3 BGB). Von Unverhältnismäßigkeit kann allerdings nur ausgegangen werden, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung mit Rücksicht auf das objektive Interesse des Bestellers an der ordnungsgemäßen Erfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist.¹⁰⁴⁵ Im Grundsatz kann ein Unternehmer nicht einen Erfüllungsanspruch abwehren, indem er darauf verweist, dass die ordnungsgemäße Mängelbeseitigung für ihn zu teuer sei. Ist der Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit verursacht worden, greift der Einwand des unverhältnismäßig hohen Aufwandes nicht.¹⁰⁴⁶ Kommt es zu spürbaren Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Werkes, ist

¹⁰³⁹ *BGH*, NJW 1999, 416; *BGH*, BauR 1999, 252.

¹⁰⁴⁰ *BGH*, NJW 1984, 2457.

¹⁰⁴¹ *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1999, 1694.

¹⁰⁴² *BGH*, BauR 1976, 430, 432.

¹⁰⁴³ *BGHZ* 72, 33.

¹⁰⁴⁴ *BGH*, NJW 1985, 381; *OLG Düsseldorf*, BB 1996, 658.

¹⁰⁴⁵ *BGH*, BauR 2002, 613, 616; *OLG Hamm*, NJW-RR 2001, 1460.

¹⁰⁴⁶ *OLG Düsseldorf*, BauR 2001, 1922, 1923.

ebenfalls der Hinweis auf die Unverhältnismäßigkeit nicht zulässig.¹⁰⁴⁷ Lehnt der Auftragnehmer die Nachbesserung/Nacherfüllung zu Unrecht ab, kann der Auftraggeber ohne weitere Nachfristsetzung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Setzt er trotzdem unnötigerweise dem Unternehmer eine Frist, ist er daran erst einmal daran gebunden.¹⁰⁴⁸ Der Auftraggeber kann eine Mängelbeseitigung nur bei Unzumutbarkeit verweigern. Lehnt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwands ab, geht er seiner Mängelrechte verlustig. Lässt er notwendige Vorarbeiten anderer Unternehmer nicht ausführen, besteht ebenfalls kein Anspruch auf Nachbesserung/Nacherfüllung.¹⁰⁴⁹ Allerdings muß jeder Unternehmer prüfen, ob die Vorarbeiten eines anderen Unternehmers, auf denen seine eigene Leistung aufbaut, eine geeignete Grundlage bilden und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner eigenen Arbeit in Frage stellen könnten. Muss er insoweit Bedenken haben, hat er sie dem Auftraggeber mitteilen.¹⁰⁵⁰

Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, so kann der Auftraggeber im Wege der Ersatzvornahme den Mangel selbst beseitigen oder beseitigen lassen. Ihm steht ferner ein Anspruch auf Ersatz seiner erforderlichen Aufwendungen zu. Kündigt der Auftraggeber eine Ersatzvornahme an, liegt darin nicht eine Abnahme der Werkleistungen.¹⁰⁵¹ Das Selbsthilferecht setzt Verzug des Unternehmers voraus, insbesondere muss der Auftraggeber den konkret abgemahnten Mangel nicht fristgerecht beseitigt haben.¹⁰⁵² Entscheidend ist nach § 637 Abs. 1 BGB, dass der Unternehmer die ihm gesetzte angemessene Nacherfüllungsfrist fruchtlos verstreichen lässt. Ist eine Nacherfüllung von dem Unternehmer zu Recht verweigert worden, entfällt auch das Recht des Auftraggebers auf Ersatzvornahme. Eine Fristsetzung ist in den Fällen entbehrlich, in dem das Vertrauen des Auftraggebers in den Erfolg einer solchen Nacherfüllung oder an die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers nachhaltig erschüttert ist. Dem Auftragnehmer muss eine angemessene Frist für die Mängelbeseitigung eingeräumt werden. Die Dauer dieser Frist richtet sich nach dem Einzelfall. Bei umfangreichen und schwierigen Arbeiten muss der Auftragnehmer allerdings die Nacherfüllung schleunigst, jedenfalls binnen zumutbarer Frist beginnen und zügig vollenden.¹⁰⁵³ Reagiert der Auftragnehmer nicht, muss der Auftraggeber nicht noch einmal eine weitere Frist setzen. In der Praxis ist eine doppelte Fristsetzung wichtig, zunächst einmal eine erste Erklärungsfrist bezüglich des Ob der Män-

¹⁰⁴⁷ *BGH*, NJW 1996, 3629.

¹⁰⁴⁸ *OLG Frankfurt a.M.*, MDR 1983, 755.

¹⁰⁴⁹ *OLG München*, BauR 2003, 720.

¹⁰⁵⁰ *OLG Schleswig*, Urteil vom 04.12.2012 - 3 U 102/09

¹⁰⁵¹ *BGH*, BauR 1994, 242, 244.

¹⁰⁵² Siehe zur Bestimmtheit zur Mängelbeseitigungsmahnung *BGH*, BauR 2000, 261; *BGH*, BauR 2002, 784.

gelbeseitigung und dann eine weitere Frist zur Mängelbeseitigung selbst. Ist der Auftraggeber gezwungen, selbst bzw. mit Hilfe Dritter die Mängelbeseitigung vorzunehmen, hat er einen Kostenerstattungsanspruch aus § 637 Abs. 1 BGB. Zu erstatten sind die eigenen Aufwendungen des Auftraggebers.¹⁰⁵⁴ Die Kosten für die Feststellung der Mängel durch einen Drittunternehmer¹⁰⁵⁵ sowie die Mehrwertsteuer, nicht aber entgangener Gewinn.¹⁰⁵⁶ Bei der Frage der Erforderlichkeit der Aufwendungen ist der Auftraggeber nicht gehalten, besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den günstigsten Drittunternehmer zu finden. Er muss insbesondere nicht verschiedene Angebote einholen oder Ausschreibungen organisieren. Der Auftraggeber ist im Übrigen auch berechtigt, den voraussichtlichen Mängelbeseitigungsaufwand als Vorschuss vom Auftragnehmer zu verlangen (§ 637 Abs. 3 BGB). Diese Vorschusspflicht entfällt, wenn die Mängelbeseitigung bereits durch den Fremdunternehmer vorgenommen und abgerechnet wurde.¹⁰⁵⁷ Führt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht in überschaubarer Zeit durch, ist der Vorschuss ebenfalls zu versagen.¹⁰⁵⁸ Der Vorschuss muss abgerechnet werden; insbesondere hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf vollständige Auskunft über die Verwendung des Vorschusses. Überschüssige Beträge müssen nun aus Vertrag zurückgezahlt werden. Ein überschüssiger Vorschuss kann aber einbehalten werden, wenn sich nach der Vorschussanforderung weitere Mängel zeigen.¹⁰⁵⁹ Es steht ihm dann gegenüber dem Rückzahlungsbegehren des Auftragnehmers ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB zu.

b) Rücktritt oder Minderung

Darüber hinaus kann der Besteller **die Vergütung mindern oder vom Vertrag zurücktreten** (§ 634 Nr. 3 i.V.m. §§ 636, 638 BGB). Das setzt allerdings nach § 281 BGB voraus, dass er dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Nach dem Wortlaut von § 281 Abs. 1 BGB ist nicht Voraussetzung, dass der Besteller erklärt, die Beseitigung des Mangels nach Ablauf der Frist ablehnen zu wollen. Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn die Beseitigung des Mangels nicht möglich ist, vom Unternehmer verweigert wird oder die sofortige Geltendmachung des Anspruchs durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt ist (§§ 281 Abs. 2, 636 BGB). Bei nur uner-

¹⁰⁵³ *BGH*, BauR 1982, 496.

¹⁰⁵⁴ *BGHZ* 59, 328.

¹⁰⁵⁵ *OLG Frankfurt a.M.*, NJW 1983, 456; *OLG Köln*, NJW-RR 1995, 211.

¹⁰⁵⁶ *OLG Dresden*, BauR 2001, 424, 425.

¹⁰⁵⁷ *BGH*, NJW 1990, 1475; *OLG Koblenz*, NJW-RR 1990, 981, 982.

¹⁰⁵⁸ *OLG Nürnberg*, NZBau 2003, 614.

¹⁰⁵⁹ *BGH*, NJW 1970, 2019.

heblicher Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes ist der Rücktritt nicht möglich (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB).

Die Minderung hat zur Folge, dass die Vergütung des Unternehmers herab gesetzt wird. Die Minderung ist anders als beim Rücktritt (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB) auch bei unerheblichen Mängeln möglich. Für die Berechnung der Minderung ist nach der Schuldrechtsmodernisierung der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend (§ 638 Abs. 3 Satz 1 BGB). Der Minderungsanspruch umfasst die Kosten einer etwaigen Mängelbeseitigung ebenso wie ein merkantiler bzw. technischer Minderwert.¹⁰⁶⁰ Die Kosten einer Mängelbeseitigung sind selbst dann erstattungsfähig, wenn der Auftraggeber den Mangel gar nicht beseitigen lässt. Bei vollständiger Wertlosigkeit der Werkleistungen führt hier der Minderungsanspruch zur Herausgabe der gesamten Vergütung.¹⁰⁶¹

Wichtig neben der Minderung ist auch der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 634 Nr. 4 BGB). Der Auftraggeber hat für das Wahlrecht, ob er die Werkleistung behalten und den durch den Mangel verursachten Schaden verlangen will (kleiner Schadensersatz) oder bei Zurückweisung des Werkes den gesamten durch die Nichterfüllung eingetretenen Schaden fordert (großer Schadensersatz). Entgangene Gebrauchsvorteile als Teil des Schadensersatzes können geltend gemacht werden.¹⁰⁶² Die vorübergehende Nutzungsbeeinträchtigung in Folge eines deliktischen Eingriffs kann nach Auffassung des *BGH* einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen. Streitig ist allerdings, ob diese Rechtsprechung zu § 823 Abs. 1 BGB auch auf das vertragliche Schadensersatzrecht übertragen werden kann. Der entgangene Gewinn, etwa durch Nutzungsausfälle oder Gewinnausfälle, ist auf jeden Fall über § 634 Nr. 3 BGB liquidierbar.¹⁰⁶³

c) Verjährung

Problematisch ist es, die richtige Verjährungsfrist für Gewährleistungsrechte bei Softwareerstellungverträgen zu finden. Sehr selten kommt die Verjährung für Baumängel zum Tragen. So ist z.B. die Lieferung der Software zur Steuerung einer Gebäudeheizung **keine Arbeit bei Bauwerken** und unterliegt damit nicht der Mängelverjährungsfrist von fünf Jahren.¹⁰⁶⁴ Ferner ist die **Abgrenzung zwischen § 634a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BGB** bei Softwareerstellungverträgen ungeklärt. Gewährleistungsansprüche verjähren in zwei Jahren, wenn die Werkleis-

¹⁰⁶⁰ *BGH*, BauR 2003, 533, 535; *BGH*, NJW 2003, 1188.

¹⁰⁶¹ *BGH*, NJW 1965, 125; *OLG Nürnberg*, NJW-RR 1993, 1300, 1303.

¹⁰⁶² *BGHZ* 98, 212 = NJW 1987, 50.

¹⁰⁶³ *OLG Hamm*, BauR 2003, 2417.

¹⁰⁶⁴ *OLG Düsseldorf*, NJW 2003, 3140. Siehe dazu auch *BGH*, NJW-RR 2003, 1320.

tung in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht; bei der Herstellung anderer Werke gilt nach § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB). Insofern ist zu entscheiden, ob man Softwareerstellung eher als Herstellung einer Sache oder als Herstellung anderer Werke ansieht. Diese Frage führt jedoch zu Absurditäten: Wer bei der Qualifizierung von Softwareerstellungsverträgen im Rahmen von § 651 BGB eine Einordnung der Vertragspflichten als auf die Herstellung einer Sache gerichtet ablehnt, kann jetzt hier bei der Verjährung nicht anders werten. Er müsste mangels Sachbezug für die Anwendung von § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB plädieren und damit für die sehr unkonturierte Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis des Mangels. Im Ergebnis beträgt die Verjährungsfrist demnach richtigerweise zwei Jahre ab Abnahme der Software.

VI. Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB

Wie im Kaufrecht die Ablieferung ist im Werkvertragsrecht die Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB insbesondere **Voraussetzung für den Beginn der zweijährigen Verjährung** (§ 643a Abs. 1 Nr. 1 BGB i.V.m. § 634a Abs. 2 BGB). Die Erklärung der Abnahme ist eine vertragliche Hauptpflicht; erklärt der Besteller trotz Mangellosigkeit des Werkes die Abnahme nicht, kann der Unternehmer nach erfolgloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.¹⁰⁶⁵

Die Fälligkeit der Vergütung hängt entscheidend von der Abnahme ab (§ 641 BGB). Für Abschlagszahlungen kommt es auf die Abnahme der Bauleistungen nicht an. Die Abnahme ist eine Hauptpflicht des Auftraggebers, auf die isoliert geklagt werden kann.¹⁰⁶⁶ Bis zur Abnahme trägt der Auftragnehmer die Vergütungsgefahr (§§ 644, 645 BGB). Er trägt so lange noch das Risiko eines zufälligen Untergangs, der die zufällige Verschlechterung oder die zufällig eintretende Unausführbarkeit der Werkleistungen verursacht.

Die Abnahme ist nicht mehr erforderlich, wenn der Auftraggeber trotz Verweigerung der Abnahme ausdrücklich weder Fertigstellung noch Mängelbeseitigung, sondern ausschließlich Schadensersatz und Minderung verlangt.¹⁰⁶⁷ Eine ausdrückliche Abnahme liegt bei Erklärungen des Auftraggebers oder eines bevollmächtigten Vertreters vor, er sei mit der Werkleistung einverstanden, die Werkleistung sei in Ordnung, man sei mit der Software „zufrieden“. Gibt

¹⁰⁶⁵ BGH, NJW 1972, 99. Siehe zur Abnahme bei Softwareerstellung auch Redeker, in: Schneider/v. Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Rz. 312 ff.

¹⁰⁶⁶ BGH, NJW-RR 1996, 1749.

¹⁰⁶⁷ BGH, NJW 2000, 3019; OLG Düsseldorf, BauR 1999, 494.

der Auftraggeber nur „vorläufige“ Erklärungen ab, liegt darin keine Abnahme.¹⁰⁶⁸ „Vorabnahmen“ haben keine rechtlichen Wirkungen, es sei denn, die Parteien hätten dies ausdrücklich im Vertrag geregelt.

Die Abnahme darf seit der Änderung des § 640 Abs. 2 Satz 2 BGB zum 1. Mai 2000 nicht mehr wegen unwesentlicher Mängel verweigert werden. Für die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln ist auf Folgendes abzustellen:

- der Umfang der Maßnahme zur Mängelbeseitigung,¹⁰⁶⁹
- die Konsequenzen des Mangels für die Funktionsfähigkeit der Gesamterleistungen,
- die Zumutbarkeit der Nutzung trotz entsprechender Beeinträchtigung,
- die Schutzwürdigkeit des Auftraggebers im Hinblick auf eine Beseitigung vor Abnahme.¹⁰⁷⁰

Abnahmereife liegt z.B. auch vor, wenn vorhandene Restmängel nach allen Umständen des Einzelfalls an Bedeutung soweit zurücktreten, dass es unter Abwägung beiderseitiger Interessen dem Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Vertragsabwicklung nicht aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteilen zu bestehen, die sich ihm vor Abnahme bieten.¹⁰⁷¹ Hat der Auftraggeber das nicht abgenommene Werk veräußert, ist eine Verweigerung der Abnahme nicht mehr möglich, sofern dadurch weitere Nachbesserungen verhindert worden sind.¹⁰⁷²

Abnahmefiktionen sind problematisch. Zwar sieht § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB vor, dass es der Abnahme gleichstehe, wenn der Auftraggeber die Bauleistung nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt. Diese Verpflichtung kommt aber nur dann zum Tragen, wenn der Auftraggeber überhaupt zur Abnahme verpflichtet ist. Diese Bedingung kann zwar in der Individualvereinbarung, nicht aber in AGB anderes geregelt werden.

Unter Abnahme „des vertragsmäßig hergestellten Werkes“ ist die **körperliche Hinnahme im Wege der Besitzübertragung, verbunden mit der Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als der Hauptsache nach vertragsgemäßer Leistung anerkenne**, zu verstehen.¹⁰⁷³ In Erweiterung zur Ablieferung i.S.d. § 438 Abs. 2 BGB erfordert die Abnahme eine ausdrückli-

¹⁰⁶⁸ OLG Köln, OLGR 1998, 127.

¹⁰⁶⁹ BGH, NJW 2000, 2818, BGH, NZBau 2000, 507.

¹⁰⁷⁰ BGH, NJW 1981, 1448.

¹⁰⁷¹ OLG Dresden, BauR 2001, 949.

¹⁰⁷² BGH, NJW-RR 1996, 883.

che oder stillschweigende Billigung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß.¹⁰⁷⁴ Früher war streitig, ob Software überhaupt abnahmefähig ist.¹⁰⁷⁵ Heute wird dies aber grundsätzlich bejaht.¹⁰⁷⁶ Bei Computerleistungen setzt die Billigung die Möglichkeit der Untersuchung der Software voraus, also deren vollständige und ordnungsgemäße Ablieferung, Voraussetzung ist eine Billigung durch den Abnehmer, weil der Kunde nur dann das „Zusammenpassen“ überprüfen kann.¹⁰⁷⁷ Ein Arbeitsnachweis mit dem Vermerk „Anlage in Ordnung übergeben“ reicht nicht aus.¹⁰⁷⁸

Die konkludente Abnahme ist zulässig und beinhaltet ein vom Willen des Auftraggebers getragenes Verhalten, mit der der Auftraggeber zum Ausdruck bringt, dass er das Bauwerk als im Wesentlichen vertragsgerecht ansieht.¹⁰⁷⁹ Vereinbaren die Parteien eine förmliche Abnahme, so hat diese grundsätzlich stattzufinden. Nur in ganz engen Ausnahmefällen ist von der konkludenten Aufhebung der förmlichen Abnahme auszugehen. Eine konkludente Aufhebung des förmlichen Abnahmeerfordernisses kommt nicht in Betracht, wenn der Auftraggeber eine umfangreiche Mängelbeseitigungsaufforderung rechtzeitig nach Inbezugnahme des Objekts an den Auftragnehmer verschickt, mit dem Vermerk, dass nach Beseitigung dieser Mängel einer förmlichen Abnahme nichts im Wege steht.¹⁰⁸⁰

Eine schlüssige Abnahme liegt z.B. in

- der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme,¹⁰⁸¹
- der rügelosen Benutzung des Werkes,
- der Veräußerung der Software,¹⁰⁸²
- der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohns,¹⁰⁸³
- dem Einbehalt des Betrages für gerügte Mängel im Rahmen des Schlussgespräches.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁷³ Vgl. Palandt/Thomas, § 640 Rz. 3 m.w.N.

¹⁰⁷⁴ Vgl. für Computerleistungen Feuerborn, CR 1991, 1 ff., Feuerborn/Hoeren, CR 1991, 513 ff.; OLG Hamm, NJW 1989, 1041 = CR 1989, 385.

¹⁰⁷⁵ Zweifelnd OLG Celle, IuR 1986, 311, da Tauglichkeit erst bei Gebrauch feststellbar.

¹⁰⁷⁶ Siehe etwa OLG Hamburg, CR 1986, 83.

¹⁰⁷⁷ Vgl. BGH, NJW 1990, 1290.

¹⁰⁷⁸ OLG Düsseldorf, CR 2002, 324.

¹⁰⁷⁹ BGH, NJW 1993, 1063; NJW 1974, 95.

¹⁰⁸⁰ LG Frankenthal, Urt. v. 17.12.2013 – 6 O 457/12.

¹⁰⁸¹ BGH, NJW 1985, 731.

¹⁰⁸² BGH, NJW-RR 1996, 883, 884.

¹⁰⁸³ BGH, BauR 1970, 48; OLG Köln, BauR 1992, 514, 515.

Die konkludente Abnahme kann darin liegen, dass der Besteller nach Fertigstellung der Leistung, Bezug des fertiggestellten Bauwerks und Ablauf einer Prüfungsfrist von sechs Monaten keine Mängel rügt.¹⁰⁸⁵ Ist die Leistung nur teilweise und vertragswidrig ausgeführt, kommt eine konkludente Abnahme nicht in Betracht.¹⁰⁸⁶ Auch liegt in einer Kündigung keine konkludente Abnahme.¹⁰⁸⁷ Ebenfalls kann die Nutzung der Software „unter Druck“ nicht als stillschweigende Abnahme angesehen werden. **Abschlagszahlungen** begründen ebenfalls keine konkludente Abnahme. Die vorbehaltlose Bezahlung einer (Abschlags-)Rechnung über eine zusätzliche Leistung enthält dementsprechend keine Aussage des Auftraggebers, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen.¹⁰⁸⁸ Abschlagszahlungen sind Anzahlungen in Bezug auf den Vergütungsanspruch für das Gesamtwerk. Nach Beendigung des Vertrags hat der Auftragnehmer seine Leistungen endgültig abzurechnen. Diese Verpflichtung folgt aus der Abrede über die vorläufigen Zahlungen und besteht unabhängig davon, ob sie im Vertrag ausdrücklich geregelt ist.¹⁰⁸⁹

Die Billigung des Abnehmers durch stillschweigende Erklärung kann sowohl in einem **dauernden produktiven Einsatz trotz vorhandener Mängel**¹⁰⁹⁰ als auch in der **Fortsetzung des Einsatzes der Ware nach Kenntnis der Mängel** gesehen werden.¹⁰⁹¹ Dies gilt allerdings nicht bei der sog. Notbenutzung zur Minderung drohender Schäden.¹⁰⁹² Gegen die stillschweigende Billigung des Bestellers spricht ein umfangreicher Schriftwechsel zwischen den Parteien mit Mängelrügen und Aufforderungen zur Nachbesserung.¹⁰⁹³ Die Abnahme einer im Rahmen eines Werkvertrages erstellten Anwendungssoftware setzt die Inbetriebnahme in dem Unternehmen voraus, für das sie entwickelt worden ist. Ein Arbeitsnachweis mit dem Vermerk „Anlage in Ordnung übergeben“ belegt demgegenüber lediglich die mangelfreie Lieferung der zum Betrieb mit dem Programm vorgesehenen Anlage, nicht das Funktionieren der Anwendungssoftware.¹⁰⁹⁴ Auch die Zahlung soll konkludent als Abnahme angesehen werden können.¹⁰⁹⁵ Vor Vollendung der Software ist eine konkludente Abnahmeerklärung undenkbar;

¹⁰⁸⁴ OLG Köln, NJW-RR 1994, 786.

¹⁰⁸⁵ BGH, Urt. v. 26. 9. 2013 – VII ZR 220/12.

¹⁰⁸⁶ OLG Hamm, NJW-RR 1996, 86.

¹⁰⁸⁷ BGH, NJW 2003, 1450; BGH, BGHZ 153, 244.

¹⁰⁸⁸ OLG Dresden, Urteil vom 11.01.2012 - 13 U 1004/11

¹⁰⁸⁹ OLG Dresden, Urteil vom 11.01.2012 - 13 U 1004/11

¹⁰⁹⁰ Vgl. OLG München, CR 1991, 19; OLG Hamm, CR 1989, 1091.

¹⁰⁹¹ Vgl. OLG München, CR 1991, 609.

¹⁰⁹² Vgl. BGH, NJW 1974, 95.

¹⁰⁹³ Vgl. OLG Hamm, CR 1989, 1091.

¹⁰⁹⁴ OLG Düsseldorf, CR 2002, 324.

¹⁰⁹⁵ LG Aachen, NJW-RR 1993, 1399.

insofern kann die Abnahme hier frühestens ab Aushändigung des Benutzerhandbuchs erklärt worden sein.¹⁰⁹⁶

Die vorbehaltlose Abnahme hat die Wirkungen des § 640 Abs. 2 BGB, wonach dem Auftraggeber die Gewährleistungsrechte bei Abnahme eines mangelhaften Werkes nur dann zustehen, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei Abnahme vorbehält. Ein Ausschluss der Mängelrechte kommt jedoch nur in Betracht, wenn der Auftraggeber in Kenntnis des Mangels die Abnahme vornimmt, wozu das positive Wissen des Auftraggebers gehört, durch welchen Fehler der Wert oder die vertragsmäßige Tauglichkeit des Werkes aufgehoben oder gemindert wird. Bloßes Kennenmüssen reicht für den Ausschluss der Gewährleistungsansprüche nicht aus.¹⁰⁹⁷

Eine schlüssige Abnahme kommt ferner auch in Betracht, wenn die Software weiter veräußert worden ist.¹⁰⁹⁸ Selbst der Einbehalt eines Betrages für gerügte Mängel soll eine Abnahme mit sich bringen.¹⁰⁹⁹ Generell sollen Mängelrügen oder Mängelvorbehalte am Abnahmetermin eine konkludente Abnahme nicht ausschließen.¹¹⁰⁰ Lehnt der Auftraggeber allerdings die Abnahme ausdrücklich ab, besteht kein Raum mehr für die Annahme einer konkludenten Abnahme.¹¹⁰¹ Auch bei unvollständiger Erbringung der Werkleistung, etwa bei fehlender Dokumentation kommt eine stillschweigende Abnahme nicht in Betracht.¹¹⁰² Die Abnahme wirkt nur auf der jeweiligen Vertriebsstufe, so dass eine Abnahme im Verhältnis Generalunternehmer-Auftraggeber nichts für die Frage der Abnahme im Verhältnis General- und Subunternehmer bedeutet.¹¹⁰³ Abschlagszahlungen beinhalten keine konkludente Abnahme.¹¹⁰⁴

Bloßes Schweigen des Bestellers reicht i.d.R. nicht aus. Eine endgültige Abnahmeverweigerung des Bestellers setzt die Verjährungsfrist in Gang.¹¹⁰⁵ Eine vom Abnehmer unterzeichnete Übernahmebestätigung beinhaltet trotz des oft anders lautenden Wortlauts keine Abnahme i.S.d. § 640 BGB, da die Gebrauchsfähigkeit für alle Beteiligten ersichtlich zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Bestätigung noch gar nicht beurteilt werden kann, so dass von einer Billigung des Bestellers nicht ausgegangen werden kann.¹¹⁰⁶ Eine in den AGB des Anbieters

¹⁰⁹⁶ *BGH*, Beil. zu BB 1993, 4.; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 821.

¹⁰⁹⁷ *LG Aachen*, Urt. v. 20.9.2013 – 7 O 312/12.

¹⁰⁹⁸ So etwa im Baurecht *BGH*, NJW-RR 1996, 883, 884.

¹⁰⁹⁹ *OLG Koblenz*, NJW-RR 1994, 786.

¹¹⁰⁰ *OLG Hamm*, OLG-RR 1996, 207.

¹¹⁰¹ *BGH*, NJW-RR 1999, 1246 = *BGH*, BauR 1999, 1186.

¹¹⁰² *BGH*, BauR 2004, 337.

¹¹⁰³ *OLG Düsseldorf*, OLGR 1996, 1; a.A. allerdings *OLG Köln*, NJW-RR 1997, 756.

¹¹⁰⁴ *Werner*, in: *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rz. 1356.

¹¹⁰⁵ Vgl. *OLG Hamm*, CR 1991, 411; *OLG München*, CR 1991, 609; siehe auch *BGH*, NJW 1990, 3008.

¹¹⁰⁶ Vgl. *OLG Hamm*, BB 1991, Beilage 23 S. 5; *OLG Koblenz*, CR 1988, 463; *OLG Saarbrücken*, CR 1988, 470.

enthaltene Abnahmefiktion ist grundsätzlich unwirksam, z.B. die Abnahme bei Verweigerung der Unterschrift des Kunden unter die Abnahmebescheinigung.¹¹⁰⁷ Die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Softwarelieferanten enthaltene Klausel: „Zahlungsbedingungen: 30 % vom Auftragsvolumen zahlbar bei Auftragserteilung, 40 % nach Abschluss der Installation und Einweisung und 30 % vier Wochen nach Umstellung“ ist unklar und auslegungsbedürftig. Die dem Kunden günstigste Auslegung soll bei einer solchen Klausel ergeben, dass auch die 40 %-Rate Abnahmereife voraussetzt.¹¹⁰⁸

Denkbar ist auch die Aufteilung der Abnahme in **Teilabnahmen**. Teilabnahmen können vereinbart werden, soweit es sich um selbständig bewertbare Teile der Gesamtleistung handelt. Ein Softwareentwickler kann eine Abnahme in Teilen nur aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung verlangen.¹¹⁰⁹ Diese muss unmissverständlich gefasst sein.¹¹¹⁰

Der Abnahme kommt im Werkvertragsrecht eine zentrale Bedeutung zu, unter anderem für

- die Konkretisierung auf das abgenommene Werk,
- den Verlust des Rechts auf Neuherstellung,
- den Übergang von Erfüllungsansprüchen zu Gewährleistungsansprüchen,
- die Fälligkeit der Vergütung (§ 641 BGB),
- den Übergang der Vergütungsgefahr (§§ 644, 645 BGB),
- den Verjährungsbeginn für Gewährleistungsansprüche (§ 634a Abs. 2 BGB),
- den Ausschluss bekannter, nicht vorbehaltenen Mängel (§ 640 Abs. 2 BGB).

Denkbar sind auch **Abschlagszahlungen** nach § 632a BGB, der zum 1. Mai 2000 in Kraft getreten ist. Hiernach kann der Unternehmer von dem Auftraggeber eine Abschlagszahlung verlangen, wenn er eine in sich abgeschlossene Teilleistung vertragsmäßig erbracht hat oder wenn er Stoffe oder Bauteile eigens angefertigt oder angeliefert hat und wenn er dem Auftraggeber Eigentum an den Teilen des Werkes, an denen Stoffen oder Bauteilen übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet hat. Auf diese Weise sollen die Unternehmer davor geschützt werden, dass sie bis zur Abnahme die entsprechenden Leistungen in vollem Umfang vorfinanzieren müssen. Der Anspruch auf Abschlagszahlung entsteht deshalb auch unabhängig

¹¹⁰⁷ Vgl. *OLG Hamm*, NJW 1989, 1041.

¹¹⁰⁸ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 821.

¹¹⁰⁹ *BGH*, BGHZ 125, 111, 115.

¹¹¹⁰ *BGH*, NZBau 2006, 519 = NJW-RR 2006, 1248 = NJW-Spezial 2006, 409 = IBR 2006, 450.

von der Stellung einer Rechnung oder Abnahme.¹¹¹¹ Eine Rechnung oder vergleichbare Aufstellung wird auf jeden Fall dann notwendig sein, wenn sich die Höhe der Abschlagszahlung nur danach berechnen und prüfen lässt. Der Begriff der abgeschlossenen Teilleistung ist in Anlehnung an § 12 Nr. 2 VOB/B danach zu bestimmen, dass die Funktionalität unabhängig von anderen Komponenten gewährleistet ist. In der baurechtlichen Literatur wird darauf hingewiesen, dass man mit dem Begriff großzügiger verfahren solle und darauf abstellen müsse, dass die Leistung selbständig werthaltig, eigenständig nutzbar und damit auch abrechnungsfähig sei.¹¹¹² Unter dem Begriff der vertragsmäßigen Leistung ist zu verstehen, dass die Leistung keine Mängel aufweisen darf. Bei unwesentlichen Mängeln wird man die Abschlagsforderung entsprechend beschränken, auch im Hinblick auf das Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers gemäß § 641 Abs. 3 BGB.¹¹¹³ Die Voraussetzungen des § 632a BGB können individualrechtlich verändert werden, nicht jedoch in AGB.¹¹¹⁴ Wichtig für Voraus- und Abschlagszahlungen sind Abrechnungen der Leistungen.¹¹¹⁵ Ohne eine solche Abrechnung kann der Auftraggeber eine eigene Rechnung vornehmen und sich dabei auf den Abschlag für das beschränken, das seinem Kenntnisstand bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zugänglichen Quellen entspricht.¹¹¹⁶ Der Auftragnehmer ist ferner nach Abschluss der Leistungen zur Auskunft darüber verpflichtet, ob die Abschlagszahlung die endgültige Zahlungsverpflichtung deckt oder noch zusätzliche Zahlungen zu erbringen sind.¹¹¹⁷ Kommt es zur Überzahlung, ergeben sich Ansprüche auf Rückzahlungen nicht aus Bereicherungsrecht, sondern aufgrund einer stillschweigend getroffenen Abrede.¹¹¹⁸ Weigert sich der Auftraggeber die geforderte Abschlagszahlung zu entrichten, ist der Auftragnehmer zur fristlosen Kündigung des Vertrages ohne weitere Nachfristsetzung berechtigt. Die Verpflichtung zur Zahlung von Abschlägen lässt das Recht unberührt, im Wege der Aufrechnung Gegenforderungen einzubehalten. Bei Mängeln bleibt auch ein Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf die Abschlusszahlungen bestehen.¹¹¹⁹ § 641 Abs. 3 BGB gibt dem Auftraggeber auch die Befugnis, mindestens das Dreifache der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten einzubehalten. Insofern käme es dann im Prozesswege zur Verurteilung Zug um Zug Abschlag gegen Mängelbeseiti-

¹¹¹¹ So auch *Kirberger*, BauR 2001, 492, 499; a.A. *Kiesel*, NJW 2000, 1675.

¹¹¹² Siehe z.B. *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 229.

¹¹¹³ Siehe *Erkelenz*, ZfBR 2000, 435, 437; a.A. *Rodemann*, Baurecht 2002, 863, 866, wonach der Anspruch auf Abschlagszahlung vollständige Mängelfreiheit voraussetzt.

¹¹¹⁴ Siehe *Böhme*, Baurecht 2001, 525, 532.

¹¹¹⁵ *BGH*, NJW-RR 2002, 1097.

¹¹¹⁶ *BGH*, NJW-RR 2002, 1097; *BGH*, NJW 1999, 1867.

¹¹¹⁷ *BGH*, NJW 1999, 1867.

¹¹¹⁸ *BGH*, BauR 2002, 1407; *BGH*, NJW 1999, 1867.

¹¹¹⁹ *BGH*, NJW 1991, 565.

gung.¹¹²⁰ Nach Erteilung der Schlussrechnung gibt es keinen Anspruch mehr auf vereinbarte Abschlagszahlungen.¹¹²¹ Ähnliches gilt für Kündigungen des Auftragsverhältnisses oder die vollständige Leistungserbringung.¹¹²² Das Recht zur vorläufigen Abrechnung erlischt mit Erteilung der Schlussrechnung.¹¹²³ Eine entsprechende Klage wäre dahin umzudeuten, dass nur noch ein Teilbetrag der Schlussrechnung geltend gemacht wird.¹¹²⁴

Von dem geschuldeten Werklohn kann der Auftraggeber einen Sicherheitsbetrag abziehen, sofern eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt.¹¹²⁵ Die Tatsache, dass in einem Vertrag ein Einbehalt von 5 % geregelt ist, ist noch nicht eine Vereinbarung einer Sicherheitsleistung.¹¹²⁶ In AGB können solche Vereinbarungen vorgesehen werden, allerdings muss eine 5 %-ige Sicherheitsleistung damit gekoppelt sein, dass der Auftragnehmer die Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft oder Zahlung auf ein Sperrkonto ablösen kann.¹¹²⁷ Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrechte werden durch die Sicherheitsleistung nicht ausgeschlossen. Allerdings ist die Sicherheitsleistung bei der Höhe der Leistungsverweigerung zu berücksichtigen. Die Sicherheitsleistungen können in der Form eines Einhalts von Werklohn oder der Stellung einer Bürgschaft erbracht werden. Typisch sind Kombinationen (z.B. 5 % Sicherheitseinbehalt auf zwei Jahre, Ablösung durch Bankbürgschaft möglich). Die formularmäßige Vereinbarung einer Bürgschaft auf erste Anforderung ist AGB-rechtlich nicht möglich.¹¹²⁸

Zu bedenken ist bei Softwareerstellungsvetragén auch die **Reichweite von § 645 BGB**. Hier nach kann der Unternehmer einen Teil seiner Vergütung verlangen, soweit das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder wegen einer Anweisung des Bestellers unausführbar geworden ist. Scheitert ein Softwareprojekt an den falschen Anweisungen des Bestellers, trägt er unter Umständen das Risiko in der Form, dass er dem Softwareersteller (dem Softwarehaus) einen Teil der Vergütung schuldet. Ähnliches gilt für „Stoff“-Mängel. Dabei ist der Begriff des Stoffes weit zu verstehen und umfasst jedes Objekt, einschließlich der Person des Bestellers.¹¹²⁹ Zu dem Stoff zählt insofern auch ein ungeeignetes Implementierungsumfeld für die Software.

¹¹²⁰ *BGH*, NJW 1981, 2801.

¹¹²¹ *BGH*, NJW 1991, 565; NJW 1985, 1840; *OLG Nürnberg*, *OLGR* 2000, 253.

¹¹²² *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1992, 1373; NJW-RR 2000, 231.

¹¹²³ *BGH*, *BauR* 2004, 1146; *BGH*, *MDR* 2004, 993.

¹¹²⁴ *BGH*, NJW-RR 2004, 957.

¹¹²⁵ *BGH*, *BauR* 2000, 1498, 1499.

¹¹²⁶ *BGH*, NJW-RR 1988, 851.

¹¹²⁷ *BGH*, *BauR* 2004, 325; *BGH*, NJW 2004, 443.

¹¹²⁸ *BGH*, *BauR* 2002, 1239.

¹¹²⁹ *Jauernig*, *BGB*, § 645 Rz. 6.

VII. Kündigung

Literatur:

Hoeren, Die Kündigung von Softwareerstellungverträgen und deren urheberrechtliche Auswirkungen, CR 2006, 773; Meyer-van Raay, Der Fortbestand von Unterlizenzen bei Erlöschen der Hauptlizenz, NJW 2012, 3691.

Nach § 649 Satz 1 BGB kann der Anwender jeden Werkvertrag bis zur Vollendung kündigen. Er muss dann aber nach § 649 Satz 2 BGB die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen entrichten. Dieses Kündigungsrecht kann man in AGB ausschließen.¹¹³⁰ Im Übrigen besteht immer ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 314 BGB. Lehnt der Anwender die Entgegennahme der Software und der übrigen Leistungen des Lieferers ab, dann liegt darin eine Vertragskündigung, die dem Lieferer einen Anspruch nach § 649 BGB eröffnet.¹¹³¹ Der Unternehmer ist zur Kündigung des Werkvertrages berechtigt, wenn der Besteller die angebotene Mängelbeseitigung ohne diese rechtfertigende Gründe dauerhaft nicht zulässt. Das Kündigungsrecht besteht auch dann, wenn der Bauunternehmer die Beseitigung einzelner Mängel nicht anbietet, sondern zu Recht als unverhältnismäßig verweigert, weil der Erfolg der Mängelbeseitigung in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes stünde.¹¹³²

Grundsätzlich kann jeder Werkvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden.¹¹³³ Eine fristlose Kündigung ist aber nur dann berechtigt, wenn das Vertrauensverhältnis schuldhaft verletzt worden ist, so dass eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar ist. Allein das Versäumen eines Termins berechtigt dem Auftraggeber nicht zwingend zur Kündigung aus wichtigem Grund, wenn keine Gelegenheit zur Nachholung gewährt worden ist.¹¹³⁴ Die außerordentliche Kündigung eines Werkvertrags kann in eine freie Kündigung umgedeutet werden, wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis in jedem Fall beenden wollte.¹¹³⁵ In diesem Fall hat der Auftragnehmer Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen sowie Anspruch auf Vergütung der nicht erbrachten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs. Die Möglichkeit einer freien Kündigung ist nicht dadurch ausge-

¹¹³⁰ *BGH*, NJW 1999, 3261.

¹¹³¹ *OLG Hamm*, NJW 2007, 2048.

¹¹³² *OLG München*, Schlussurt. v. 24.04.2013 – 13 U 1800/12.

¹¹³³ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12.

¹¹³⁴ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12.

¹¹³⁵ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12.

geschlossen, dass der Vertrag während der vereinbarten Laufzeit nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann.¹¹³⁶

Gefährlich wäre allerdings ein Rückruf nach § 41 UrhG, der zu einem Rechtfertigungsfall führen würde. Diese Vorschrift kommt vor allem dann zum Tragen, wenn ein Softwareentwickler merkt, dass sein Vertriebspartner die Software nicht vermarkten kann. Der Entwickler kann dann mit Berufung auf § 41 UrhG sein einmal übertragenes Nutzungsrecht zurückrufen. Allerdings geht dies nicht im Arbeitsverhältnis, etwa zugunsten angestellter Programmierer.¹¹³⁷ Auch wenn nicht von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist, scheidet ein Rückruf des Urhebers von Computerprogrammen aus, wenn vom Auftraggeber eine Pauschalvergütung und keine laufende Lizenzgebühr gezahlt wurde.¹¹³⁸

Fraglich sind die Auswirkungen eines solchen Rückrufs auf die bereits übertragenen Nutzungsrechte an der Software. Ist die Nutzungsrechtseinräumung mit dem Bestand der schuldrechtlichen Rechtseinräumungsverpflichtung kausal verknüpft, besteht nach erfolgter Kündigung des Vertrages das Nutzungsrecht womöglich nicht mehr. So wird die **Anwendung des Abstraktionsprinzips** in Rechtsprechung und Literatur zum Teil abgelehnt.¹¹³⁹ Das Nutzungsrecht sei derart mit dem beim Urheber verbleibenden Mutterrecht (§ 29 Satz 2 UrhG) verbunden, dass es bei Wegfall des vorgegebenen Zwecks automatisch an den Urheber zurückfalle. Das Recht des Urhebers erstarke damit wieder zum Vollrecht.¹¹⁴⁰ Ist das Abstraktionsprinzip tatsächlich im Rahmen des Urhebervertragsrechts – entgegen der diesseitig vertretenen Auffassung – nicht gültig, wäre eine gesonderte Rückübertragung auf den Urheber nach Erlöschen des zu Grunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts nicht erforderlich.¹¹⁴¹

Der Rückruf wirkt nach allgemeiner Ansicht ex nunc. Mit dem Rückruf wird lediglich eine weitere Verwertung des Werkes durch den bisherigen Nutzungsberechtigten unterbunden. Nutzungshandlungen, die bereits abgeschlossen sind, lassen sich nicht mehr zurückrufen.¹¹⁴² Das Werkexemplar selbst muss nicht herausgegeben werden.¹¹⁴³ Im Übrigen wirkt sich der

¹¹³⁶ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12.

¹¹³⁷ *Vinck/Hertin*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, §§ 43/44, Rz. 5.

¹¹³⁸ *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl., München 2006, § 69a, Rz. 72; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 654; *Link*, GRUR 1986, 141, 146.

¹¹³⁹ *OLG Köln*, GRUR-RR 2007, 33 = MMR 2006, 750 = CR 2007, 7. Siehe dazu auch *Schmid*, ITRB 2007, 59 und *Hoeren*, CR 2005, 773.

¹¹⁴⁰ *Hertin*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, vor § 31 Rz. 10; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, § 83 II. Siehe auch *LG München I*, ZUM 2005, 336, 339.

¹¹⁴¹ Ohne nähere Begründung *BGH*, GRUR 1966, 567, 569 – GELU; *BGH*, GRUR 1982, 308, 309 – Kunsthändler. So jetzt auch *LG Köln*, CR 2006, 372.

¹¹⁴² *Schulze*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 42 Rz. 29.

¹¹⁴³ *OLG Celle*, NJW 2000, 1579 = ZUM 2000, 325 – Dissertationsexemplare; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 42, Rz. 12.

Rückruf nur auf die Mutterrechte aus, nicht jedoch auf die Enkelrechte (etwa bei einer Unter-„Lizenzierung“). Diese bleiben trotz Kündigung bestehen.¹¹⁴⁴

Das freie Kündigungsrecht des Auftraggebers kann grundsätzlich abbedungen werden; denkbar wären auch individualvertragliche Regelungen zu anderen Vergütungssätzen im Bereich der nicht erbrachten Leistungen. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist eine solche Abbedingung aber nicht möglich. So hat der *BGH* eine Klausel, wonach die Kündigung des Vertrages nur aus wichtigem Grund möglich ist, für unwirksam erklärt, da damit die gesetzliche Regelung des § 649 BGB ausgehebelt würde.¹¹⁴⁵ Ebenso unwirksam wäre eine Klausel des Auftragnehmers, wonach dieser den Anspruch auf die volle Vergütung ohne Rücksicht auf die erbrachten Leistungen hat.¹¹⁴⁶ Verboten ist schließlich auch eine Klausel, wonach ein Anspruch auf Vergütung nur insofern bestehe, als die erbrachten Einzelleistungen vom Auftraggeber auch tatsächlich verwertet werden.¹¹⁴⁷ Pauschalierungen der entsprechenden Vergütung dürfen nicht unangemessen niedrig oder hoch sein.¹¹⁴⁸

Ein besonderes Kündigungsrecht besteht im Übrigen noch nach § 650 BGB bei wesentlicher Überschreitung eines Kostenanschlags. Zwar ist der Kostenanschlag nur eine unverbindliche Berechnung der voraussichtlichen Kosten. Eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlags führt aber trotzdem zum Kündigungsrecht. In diesem Fall steht dem Auftragnehmer nur ein Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil des Werklohns und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zu (§ 645 BGB analog). Zum Schutze des Auftraggebers hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen, wenn eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlags zu erwarten ist (§ 650 Abs. 2 BGB). Das Unterbleiben einer solchen Anzeige löst einen Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzungen aus.¹¹⁴⁹ Arbeitet der Auftragnehmer trotz Überschreitung weiter, ist es problematisch, ob er diese zusätzliche Arbeit vergütet bekommt. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass der Auftragnehmer in diesem Fall nur einen Anspruch auf Vergütung i.H.d. Kostenanschlags zzgl. der zulässigen Überschreitung habe.¹¹⁵⁰

Im Übrigen kann jeder Werkvertrag vom Auftraggeber aus wichtigem Grund gekündigt werden. Das Kündigungsrecht ergibt sich aus den Grundgedanken des § 242 BGB i.V.m. § 649

¹¹⁴⁴ *OLG Köln*, GRUR-RR 2007, 33 = GRUR-RR 2009, 448 = MMR 2006, 750 = ZUM 2006, 927.

¹¹⁴⁵ *BGH*, NJW 1999, 3261.

¹¹⁴⁶ *BGH*, NJW 1973, 1190.

¹¹⁴⁷ *OLG Zweibrücken*, BauR 1989, 227, 229.

¹¹⁴⁸ *BGH*, NJW 1970, 1596; NJW 1973, 1190.

¹¹⁴⁹ *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 1989, 209.

¹¹⁵⁰ *Rohlfing/Thiele*, MDR 1989, 632, 663; a.A. *OLG Celle*, OLGR 2003, 261 – Anspruch auf Ersatz der tatsächlich vorhandenen Wertschöpfung.

BGB.¹¹⁵¹ Es ist nicht vertraglich beschränkbar, auch nicht in Individualverträgen. Als Kündigungsgrund reichen nur schwere schulterhafte Verletzungen oder sonstige Zerstörungen des vertraglichen Vertrauensverhältnisses aus. Es muss dem Auftraggeber unzumutbar geworden sein, den Vertrag fortzusetzen und eine Abmahnung und Setzung einer Nachfrist ist grundsätzlich nicht erforderlich.¹¹⁵² Ansprüche aus § 649 BGB in Bezug auf die Vergütung für den noch ausstehenden Teil entfallen. Allerdings bleibt ein Anspruch auf Werklohn für erbrachte Leistungen erhalten, soweit die Leistungen für den Auftraggeber noch verwertbar sind. Als wichtige Gründe gelten:

- die Nichteinhaltung von Vertragsfristen mit besonderem Gewicht aus einem von dem Auftragnehmer zu vertretenden Grund,¹¹⁵³
- die schwere Verletzung von Kooperationspflichten, etwa durch Bindung seiner Leistungen an die Erteilung eines Nachtragsauftrages,¹¹⁵⁴
- die Durchführung eines Projektes entgegen den Regeln der Technik,
- die ständige Nichtbeachtung von Wünschen des Auftraggebers,
- besonders grobe Mängel,¹¹⁵⁵
- die Bindungen der Weiterarbeit an die Zahlung weiterer, nicht berechtigter Vergütungen,¹¹⁵⁶
- eine zu Unrecht erfolgte fristlose Kündigung und fehlende Kooperationsbereitschaft.¹¹⁵⁷

Liegt eine Kündigung mangels wichtigen Grundes nicht vor, ist die Kündigung so zu verstehen, dass eine Freikündigung gewollt ist.¹¹⁵⁸

Der Auftragnehmer kann nach §§ 642, 643 BGB kündigen, wenn der Auftraggeber seine Mitwirkungspflichten verletzt und der Unternehmer dem Auftraggeber eine angemessene Frist zur Nachholung mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat. Er kann darüber hinaus nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis gefährdet und dem Auftragnehmer die Fortset-

¹¹⁵¹ *BGH*, NJW 1951, 836.

¹¹⁵² *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 625.

¹¹⁵³ *BGH*, BauR 2003, 880.

¹¹⁵⁴ *OLG Brandenburg*, BauR 2003, 1734.

¹¹⁵⁵ *OLG Bremen*, OLGR 2000, 153.

¹¹⁵⁶ *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 1987, 979.

¹¹⁵⁷ *BGH*, NJW 1996, 2158; NJW 2000, 471.

¹¹⁵⁸ *BGH*, NJW 2003, 3474; *OLG Nürnberg*, OLGR 2003, 419.

zung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist.¹¹⁵⁹ Eine solche Kündigung aus wichtigem Grund ist z.B. möglich bei

- der Verletzung von Kooperationspflichten, etwa bei unberechtigter fristloser Kündigung,¹¹⁶⁰
- der ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Bezahlung fälliger Abschlagsrechnungen.¹¹⁶¹

Im Falle einer Kündigung stellen sich Sonderprobleme hinsichtlich des Werklohnanspruchs. Die Kündigung führt dazu, dass der Vertrag ex nunc aufgehoben ist. Insofern bleiben Rechte des Auftraggebers bestehen, die Beseitigung von Mängeln für die bislang erbrachten Leistungen fordern zu dürfen.¹¹⁶² Ist die Programmierung beendet und das Projekt abgeschlossen, ist für die Kündigung kein Raum mehr. Insofern besteht dann auch eine Abnahmeverpflichtung, die man durch eine Kündigung nicht unterlaufen kann. Teilkündigungen sind zulässig, wenn eine entsprechende Trennung einzelner Leistungen in Einzelleistungen möglich ist. Mit der Kündigung entfällt das Recht des Auftragnehmers, Abschlagszahlungen verlangen zu dürfen. Als Gestaltungsrecht ist die Kündigung bedingungsfeindlich. Der Auftraggeber kann den Softwarevertrag nach § 649 BGB jederzeit kündigen, ohne Einhaltung einer Frist und ohne besondere Begründung. Der Auftragnehmer kann dann seinerseits den Werklohn in voller Höhe verlangen. Er muss sich das anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Hinsichtlich der Ersparnisse muss der Auftraggeber nicht hinnehmen, dass die Abrechnung ihm Vorteile aus dem geschlossenen Vertrag nimmt. Er darf aber auch keinen Vorteil daraus ziehen, dass ein für ihn ungünstiger Vertrag gekündigt worden ist.¹¹⁶³ Zwischen der Kündigung und der anderen gewinnbringenden Beschäftigung muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen, so dass der Auftragnehmer ausschließlich durch die Vertragskündigung in die Lage versetzt worden ist, einen anderweitigen Auftrag auszuführen.¹¹⁶⁴ Der *BGH* will allerdings schon so genannte „Füllaufträge“ im Rahmen des anderweitigen Erwerbs anrechnen lassen.¹¹⁶⁵ Die Darlegungs- und Beweislast für den Vergütungssatz trägt der Auftragnehmer, auch was die ersparten Aufwen-

¹¹⁵⁹ *BGH*, NJW 1969, 975, 976.

¹¹⁶⁰ *BGH*, NJW 1996, 2158.

¹¹⁶¹ *BGH*, NJW 1975, 1467.

¹¹⁶² *BGH*, BauR 2001, 667; *BGH*, NJW 1974, 646.

¹¹⁶³ *BGH*, NJW 1996, 1282.

¹¹⁶⁴ *OLG Frankfurt*, BauR 1988, 599, 605.

¹¹⁶⁵ *BGH*, NJW 1996, 1282.

dungen und den anderweitigen Erwerb angeht.¹¹⁶⁶ Den Auftraggeber trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass höhere Ersparnisse oder mehr an anderweitigem Erwerb erzielt wurde, als der Auftraggeber sich anrechnen lassen will.¹¹⁶⁷ Die Darlegung des Auftragnehmers zu den ersparten Aufwendungen muss so beschaffen sein, dass der Auftraggeber die entsprechenden Angaben überprüfen und Stellung beziehen kann.¹¹⁶⁸ Nicht ausreichend ist es, wenn der Auftraggeber ohne Substantiierungen Ersparnisse einfach behauptet und Sachverständigenbeweise antreten will.¹¹⁶⁹ Der Auftragnehmer muss seine maßgeblichen Preisermittlungskriterien nachträglich zusammenstellen und konkret zu den ersparten Aufwendungen vortragen, um auf diese Weise dem in der Regel nicht unterrichteten Auftraggeber zu ermöglichen, sachgerecht dazu Stellung zu nehmen.¹¹⁷⁰

VIII. Verjährung

Die Frage der Verjährung ist im Zuge der Schuldrechtsreform grundlegend anders geregelt worden. Nach § 634a BGB wird nunmehr zwischen der fünfjährigen Verjährung bei Bauwerken (§ 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB)¹¹⁷¹ und der **zweijährigen Verjährung** bei Werken, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen hierfür besteht, unterschieden.¹¹⁷² Liegt keiner der beiden Spezialfälle vor, kommt die **allgemeine Verjährungsfrist** von drei Jahren ab Kenntnis zum Tragen.¹¹⁷³

Wenn man in Bezug auf die Abgrenzung von Kauf- und Werkvertragsrecht im Hinblick auf § 651 BGB Softwareerstellung nicht als auf die Erstellung einer Sache hin gerichtet ansieht, gerät man in argumentative Probleme mit § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die Einordnung als Kaufvertrag bringt notwendigerweise auch die regelmäßige Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Kenntnis mit sich. Genau dieses Kriterium ist allerdings für Softwareprojekte sehr oft ungeeignet. Es lässt sich kaum vorstellen, wann der Anwender in welchem Umfang Kenntnis von einem bestimmten Mangel hatte. Auch sind die zwei Jahre insgesamt als Zeitraum sehr lang gerechnet. Besser wäre eine Anwendung von § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB, gerade auch mit

¹¹⁶⁶ *BGH*, BauR 1988, 185, 186; *BGH*, NJW 1999, 1867; NJW 1996, 1282.

¹¹⁶⁷ *BGH*, NJW-RR 2001, 385; *KG*, KGR 1998, 314.

¹¹⁶⁸ *BGH*, NJW 1999, 1253.

¹¹⁶⁹ *OLG Frankfurt*, NJW-RR 1987, 979, 981.

¹¹⁷⁰ *BGH*, NJW 1997, 733.

¹¹⁷¹ Diese kann durchaus auch einmal bei Software eine Rolle spielen, etwa wenn diese Futtermühlen steuert; siehe *BGH*, NJW-RR 2003, 1320.

¹¹⁷² § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

¹¹⁷³ § 634 Abs. 1 Nr. 3 BGB.

der Bindung der Vorschrift an die Abnahme als Beginn der Verjährung. Man würde das gewünschte Ergebnis nur dadurch bekommen können, dass man für die Vertragstypologie die Softwareerstellung nicht als Erstellung einer Sache ansieht, während man verjährungsrechtlich gerade darin den Kern eines Softwareerstellungsvertrages unterstellt. Die damit verbundene „schizoide“ Haltung lässt sich nicht umgehen.

Ergänzend zu den obigen Ausführungen zur Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche ist auf den wichtigen Unterbrechungstatbestand des **Anerkenntnisses** i.S.d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu verweisen. Dieses kann z.B. in der Vornahme einer Nacherfüllung in dem Bewusstsein, zur Gewährleistung verpflichtet zu sein, gesehen werden.¹¹⁷⁴ Ob in der Vornahme einer Nacherfüllung ein Unterbrechungstatbestand zu sehen ist, ist danach zu entscheiden, ob aus der Sicht des Bestellers unter Berücksichtigung von Umfang, Dauer und Kosten der Nachbesserung ein Anerkenntnis des Gewährleistungsanspruches durch den Lieferanten vorlag. Ein **Verzicht** auf die Einrede der Verjährung vor Verjährungseintritt ist zwar unwirksam, gem. § 242 BGB ist aber das Berufen auf die Verjährungseinrede bis zum Ablauf der festgesetzten Frist oder dem Scheitern der Verhandlungen zuzüglich einer kurzen Überlegungsfrist bei einem ausgesprochenen Verzicht treuwidrig.¹¹⁷⁵

IX. Besonderheiten bei der Haftung

1. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel

Im Werkvertragsrecht kann der Besteller neben Minderung und Rücktritt auch Schadensersatz verlangen, wenn der **Mangel auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstand beruht**.¹¹⁷⁶ Dieser Anspruch unterscheidet sich nicht mehr von den Schadensersatzregelungen im Kaufrecht.¹¹⁷⁷ Es handelt sich um eine Verschuldenshaftung, wobei die Darlegungslast für das (Nicht-)Verschulden beim Unternehmer liegt.¹¹⁷⁸ Im Falle von Beschaffenheitsgarantien verschiebt sich der Verschuldensmaßstab zulasten des Unternehmers.¹¹⁷⁹ Schadensersatz statt der Leistung darf der Besteller erst verlangen, wenn er dem Unternehmer erfolglos eine Frist

¹¹⁷⁴ Vgl. *BGH*, NJW 1988, 254; *OLG Hamm*, MDR 1990, 243.

¹¹⁷⁵ Vgl. *BGH*, NJW 1974, 1285; *BGH*, NJW 1979, 867; *BGH*, NJW 1986, 1861.

¹¹⁷⁶ §§ 634 Nr. 4, 636 BGB i.V.m. §§ 280, 281, 283 BGB.

¹¹⁷⁷ Anders noch nach altem Recht.

¹¹⁷⁸ § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB.

¹¹⁷⁹ § 276 Abs. 1 BGB.

zur Nacherfüllung gesetzt hat.¹¹⁸⁰ Der Schadensersatzanspruch steht neben den Rechten auf Rücktritt und Minderung.¹¹⁸¹

Der Besteller kann wahlweise die Software behalten und den restlichen Schaden ersetzt verlangen oder aber die Software zurückgeben und die Erstattung seines kompletten Schadens begehren.

Der Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 BGB umfasst

- die Kosten der Fehlerdiagnose,¹¹⁸²
- den Eigenaufwand zur Schadensermittlung,¹¹⁸³
- den Eigenaufwand zur Fehlerbeseitigung inkl. fiktiver MWSt., aber ohne den kalkulierten Unternehmergewinn,¹¹⁸⁴
- den entgangenen Gewinn.¹¹⁸⁵

Der Anspruch verjährt binnen zwei Jahren ab Abnahme. Hinfällig ist die alte Unterscheidung zwischen Mangelschäden, engeren und entfernteren Mangelfolgeschäden.¹¹⁸⁶ Alle Schäden werden nun gleichermaßen von § 634 Nr. 4 BGB umfasst.

2. Vertragsgestaltung

Das Werkvertragsrecht geht anders als das Kaufrecht stark von der **Dispositivität aller Bestimmungen** aus. Insbesondere fehlt es an einem Pendant zu § 475 BGB; das Verhältnis zwischen B2C ist weitgehend frei aushandelbar. Im Übrigen verweist § 651 BGB ohnehin auch für Werklieferungsverträge stärker als bisher auf das Kaufrecht und damit auch auf § 475 BGB.

Individualverträge sind demnach im B2B und B2C-Sektor frei aushandelbar. Eine Grenze betrifft die Sittenwidrigkeit¹¹⁸⁷ und den Bereich der Arglist sowie der Garantie.¹¹⁸⁸ Erst bei Verwendung vorformulierter Bedingungen kommt der Bereich der Inhaltskontrolle nach §§ 307, 309 BGB (bei B2C) und § 307 BGB (bei B2B) zum Tragen.

¹¹⁸⁰ § 281 BGB.

¹¹⁸¹ § 325 BGB.

¹¹⁸² *BGH*, NJW 1986, 922; *OLG Düsseldorf*, WM 1989, 459, 462.

¹¹⁸³ *BGH*, NJW 1980, 1519.

¹¹⁸⁴ BGHZ 54, 85, 87 f.; BGHZ 61, 56, 58; *BGH*, NJW 1980, 1518, 1519; *BGH*, BB-Beil. 19/1996, 2; unzutreffenderweise geht das *OLG Köln* davon aus, dass Arbeitszeit von Mitarbeitern stets zu ersetzen ist, siehe BB-Beil. 16/1995, 7 = ECR OLG 161; ähnlich *LG Oldenburg*, ECR LG 173; *LG München I*, ECR LG 192.

¹¹⁸⁵ BGHZ 62, 103; siehe auch *Chrocziel*, CR 1988, 385.

¹¹⁸⁶ Vgl. BGHZ 39, 366; 46, 238.

¹¹⁸⁷ § 138 BGB.

Wichtig bei der AGB-Kontrolle sind **§ 309 Nr. 7 und 8b BGB**. Auf die obigen Parallelüberlegungen zum Kaufrecht kann verwiesen werden. § 309 Nr. 7 BGB regelt die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen; unzulässig ist vor allem die Reduzierung der Haftung bei Verletzung bestimmter Rechtsgüter sowie bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. § 309 Nr. 8b BGB verbietet den Ausschluss der Gewährleistung, die Kostenpflichtigkeit der Nacherfüllung sowie die Beschränkung der Rücktritts- und Minderungsrechte. Durch das Fehlen des § 475 BGB bedingt ist auch bei Verbrauchern im Werkvertragsrecht eine Beschränkung der Verjährung bis auf ein Jahr zulässig.¹¹⁸⁹

X. Ausschluss der Gewährleistung

Zunächst ist fraglich, ob der Softwareersteller die Gewährleistung gänzlich ausschließen kann. Gegenüber Verbrauchern würde eine solche Klausel gegen § 309 Nr. 8b aa) BGB verstoßen.

Möglich ist die Vereinbarung einer gewissen Beschaffenheit des Werkes und damit der Definition von Sach- oder Rechtsmängeln im Rahmen des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB. Auch eine solche Klausel ist aber unzulässig, wenn sie faktisch einen Gewährleistungsausschluss darstellt. **Auch zwischen Kaufleuten** ist eine Klausel, die eine Gewährleistung gänzlich ausschließt, **unwirksam**.¹¹⁹⁰ Gemäß §§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB sind im Rahmen des § 307 BGB auch die Wertungen der §§ 308 und 309 BGB heranzuziehen. Aus §§ 309 Nr. 8b aa), 639 BGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Gewährleistung als eine vertragswesentliche Pflicht des Softwareerstellers ansieht, von der dieser nicht abweichen darf. Über § 307 BGB finden im Übrigen die Wertungen des § 640 Abs. 2 BGB auch auf AGB zwischen Unternehmern Anwendung, so dass auch hier in Bezug auf eine Klausel, die in der Abnahme die Erklärung der Mängelfreiheit sieht, das oben Gesagte gilt.

Auch eine Klausel, nach der **mit der Abnahme des Werkes die Mängelfreiheit** erklärt wird, könnte einem Gewährleistungsausschluss gleichkommen. Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 8b aa) BGB ist jedoch wegen der Wertung des § 640 Abs. 2 BGB nicht unbedingt anzunehmen. Eine solche Klausel ist danach nur dann unzulässig, wenn sie die Fiktion der Mängelfreiheit unabhängig von der Kenntnis des Anwenders vom Mangel annimmt und ihm nicht das Recht einräumt, sich die Gewährleistungsrechte vorzubehalten.

¹¹⁸⁸ § 639 BGB.

¹¹⁸⁹ § 309 Nr. 8b ff. BGB.

¹¹⁹⁰ *BGH*, NJW 1991, 2630, 2632; *BGH*, NJW 1996, 1537, 1538; NJW-RR 1993, 560, 561.

Gemäß § 639 BGB ist ein Gewährleistungsausschluss **auch individualvertraglich nicht zulässig**, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie übernommen hat. Daraus lässt sich aber auch schließen, dass die Gewährleistung im Übrigen sehr wohl ausgeschlossen werden kann. Dies ergibt sich auch daraus, dass eine § 475 BGB entsprechende Regelung im Werkvertragsrecht gerade fehlt.

XI. Ausschluss oder Beschränkung der Nacherfüllung

Nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB hat der Anwender bei Mangelhaftigkeit des Werks ein **Recht auf Nacherfüllung**, also Mängelbeseitigung oder Neubeschaffung. Fraglich ist, inwieweit die Gewährleistung im Hinblick auf die Nacherfüllung beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Für AGB, die zwischen zwei Unternehmern zur Anwendung kommen, gelten über §§ 307, 310 Abs. 1 BGB die Grundwertungen des § 309 BGB.¹¹⁹¹ Der Auftraggeber kann vor der Abnahme verlangen, dass bereits vorhandene Mängel beseitigt und das Werk vertragsgerecht hergestellt wird. Er kann jedoch, wie nach der Abnahme, keine bestimmte Art der Mängelbeseitigung oder vertragsgerechten Herstellung verlangen, wenn der Vertrag auch auf andere Weise erfüllt werden kann.¹¹⁹² Neuherstellung kann der Auftraggeber nur dann fordern, wenn die vertragsgerechte Erfüllung auf andere Weise nicht möglich ist.¹¹⁹³

Gemäß § 309 Nr. 8b bb) BGB ist eine Beschränkung auf Nacherfüllung nur dann zulässig, wenn dem Anwender für den Fall des Fehlschlagens der Nacherfüllung **seine weiteren Rechte ausdrücklich vorbehalten** werden. Das ist in jedem Fall die Minderung gemäß § 634 Nr. 3 BGB. Das Rücktrittsrecht muss ihm gemäß § 309 Nr. 8b bb) BGB nur bei anderen als Bauleistungen vorbehalten bleiben.¹¹⁹⁴

Die Klausel, der Besteller könne „Nachbesserung“ verlangen, verstößt aus zwei Gründen gegen § 309 Nr. 8b bb) BGB. Zum einen könnte der rechtsunkundige Käufer denken, dass er außer der Nachbesserung keine weiteren Rechte geltend machen kann. § 309 Nr. 8b bb) BGB verlangt aber, dass die weiteren Rechte ausdrücklich vorbehalten bleiben müssen. Zum anderen geht der Begriff der Nacherfüllung weit über den der Nachbesserung hinaus. Er umfasst sowohl die Beseitigung des Mangels als auch die Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 635 Abs. 1 BGB).

¹¹⁹¹ MüKoBGB/*Basedow*, Bd. 2a, 4. Aufl., München 2003, § 309 Nr. 8, Rz. 47; zu § 11 Nr. 10b i.V.m. § 9 AGBG: *BGH*, NJW 1981, 1501, 1502; *BGH*, NJW 1985, 623, 624; *BGH*, NJW 1993, 2436, 2438.

¹¹⁹² *BGH*, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 119/10.

¹¹⁹³ *BGH*, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 119/10.

Der Softwareersteller kann **das Nacherfüllungsrecht des Bestellers aber auf eine der beiden Arten beschränken**. Im Gegensatz zum Kaufrecht kann er gemäß § 635 Abs. 1 BGB wählen, ob er den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen will. Wegen dieses normierten Wahlrechts ist eine solche Beschränkung aber einerseits überflüssig, und könnte andererseits sogar ungünstig für den Unternehmer sein, wenn er sich dadurch unwiderruflich an eine Art der Nacherfüllung bindet.

Fraglich ist, ob eine Beschränkung der **Zahl der Nacherfüllungsversuche** zulässig ist. Nach § 440 Satz 2 BGB gilt die Nachbesserung nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen. Dies gilt gemäß § 651 BGB auch für Werklieferungsverträge. Für die übrigen Werkverträge besteht keine entsprechend normierte Vermutung. Es kommt im Einzelfall auf die Art und Schwere des Mangels, die technische Komplexität des Werks oder auch wirtschaftliche Nachteile des Anwenders an.¹¹⁹⁵ Im Einzelfall kann deshalb auch nur ein Versuch zumutbar sein. Es ist deshalb nicht zweckmäßig, sich auf eine bestimmte Anzahl von Nacherfüllungsversuchen festzulegen.¹¹⁹⁶ Wer dennoch eine Zahl vertraglich fixieren will, könnte bei einfacheren IT-Projekten mit Verweis auf die Nähe zum Kaufrecht versuchen, die in § 440 Satz 2 BGB erwähnte Zahl von zwei Versuchen zu fixieren.

Der Softwareersteller kann vom Besteller gemäß § 635 Abs. 4 BGB die **Rückgabe des mangelhaften Werkes** verlangen, wenn er ein neues Werk hergestellt hat. E contrario § 309 Nr. 8b dd) BGB ergibt sich, dass er die Nacherfüllung auch von der vorherigen Zahlung eines verhältnismäßigen Teils des Werklohns abhängig machen darf. Unzulässig ist danach nur eine Klausel, wonach das gesamte Entgelt oder ein unverhältnismäßiger Teil zuvor gezahlt werden soll. Dabei ist auf das Verhältnis des Werklohns zum geminderten Wert des Werks abzustellen.¹¹⁹⁷ Die Vorauszahlungspflicht der Hälfte des Werklohns ist z.B. dann unzulässig, wenn durch den Mangel die Benutzbarkeit der Sache ausgeschlossen wird, nicht aber, wenn nur kleinere Fehler ausgebessert werden müssen.¹¹⁹⁸

Dem Besteller müssen Minderung und Rücktritt also ausdrücklich für den Fall des Fehlschlagens vorbehalten bleiben. Eine Beschränkung dieser beiden Rechte ist nicht zulässig.¹¹⁹⁹ Im Werkvertragsrecht existiert im Übrigen – im Gegensatz zum Kaufrecht – kein normiertes

¹¹⁹⁴ So schon in § 11 Nr. 10b AGBG a.F.

¹¹⁹⁵ *BGH*, NJW 1998, 677, 678; *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 309 Nr. 8, Rz. 62.

¹¹⁹⁶ *BGH*, NJW-RR 1990, 886, 888; nach *BGH*, NJW 1998, 677, 678 ist auch eine Beschränkung auf drei Nachbesserungsversuche unzulässig.

¹¹⁹⁷ *MüKoBGB/Kieninger*, 5. Aufl., München 2007, § 309 Nr. 8, Rz. 59.

¹¹⁹⁸ Siehe dazu *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 309 Nr. 8, Rz. 83.

¹¹⁹⁹ *BGH*, NJW 1981, 1501, 1502; *BGH*, BB 1993, 1755, 1757.

Rückgriffsrecht des Softwareerstellers gegen seine Lieferanten. § 478 BGB gilt hier gemäß § 651 BGB nur für Werklieferungsverträge. Der Softwareersteller kann dies seinem Lieferanten gegenüber jedoch in seinen AGB durchsetzen. Im Übrigen hat er seinem Lieferanten gegenüber, mit dem er in der Regel Kaufverträge schließt, auch die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte.

Individualvertragliche Regelungen sind weitgehend möglich. Insofern ist eine Beschränkung der Gewährleistungsrechte auf Nacherfüllung grundsätzlich zulässig. Dafür spricht auch, dass eine Beschränkung im Werkvertragsrecht gemäß § 639 BGB nur für die Fälle der Garantie und der Arglist ausdrücklich ausgeschlossen wird.

XII. Kosten der Nacherfüllung

Der Softwareersteller wird ein Interesse daran haben, dass der Anwender die Kosten der Nacherfüllung trägt. Fraglich ist, ob eine entsprechende Vereinbarung zulässig ist. Eine individualrechtliche Vereinbarung von **Kostentragungspflichten** des Anwenders zwischen Unternehmern ist zulässig. Bei AGB sind die Wertungen des § 309 BGB zu beachten. Gemäß § 635 Abs. 2 BGB hat der Softwareersteller die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen. § 309 Nr. 8b cc) BGB erklärt solche Klauseln für unzulässig, die entgegen dieser Pflicht des Softwareerstellers die Aufwendungen dem Anwender ganz oder zum Teil auferlegen. Problematisch ist dabei der Versuch, dem Kunden die Nacherfüllungskosten aufzuerlegen, indem die Nacherfüllung an den Abschluss eines gesonderten Vertrags geknüpft wird. Dabei handelt es sich um die Verquickung von Wartung und Pflege mit der Gewährleistung. Solche Klauseln sind auch im Werkvertragsrecht sämtlich unwirksam.¹²⁰⁰

Im Gegensatz zu § 476a BGB a.F., auf den § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. verwies, gibt es in § 635 Abs. 2 BGB von der Kostentragungspflicht des Unternehmers keine Ausnahmen. Daraus sowie aus dem eindeutigen Wortlaut des § 309 Nr. 8b cc) BGB ergibt sich, dass solche Ausnahmen auch nicht in AGB vereinbart werden können. Nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB kann der Besteller Nacherfüllung verlangen. Der Softwareersteller trägt gemäß § 635 Abs. 2 BGB die erforderlichen Aufwendungen. Dabei handelt es sich um vertragswesentliche Pflichten des Softwareerstellers, die nicht auf den Besteller übertragen werden können, § 307 Abs. 2 Nr. 1

¹²⁰⁰ OLG Köln, NJW-RR 1987, 1192.

und 2 BGB.¹²⁰¹ Dagegen spricht auch nicht, dass die Art der Nacherfüllung, also Mängelbeseitigung oder Neuherstellung, gemäß § 635 Abs. 1 BGB ausdrücklich zur Disposition des Softwareerstellers steht. Im Gegenschluss ergibt sich daraus vielmehr, dass die Nacherfüllung an sich und die Kostentragungspflicht nach dem Willen des Gesetzgebers zu den vertragswesentlichen Pflichten des Softwareerstellers zählen. Gemäß § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB sind auch die Wertungen der §§ 308 und 309 BGB im Rahmen des § 307 BGB zu beachten. Somit ergibt sich also die Unwirksamkeit einer Kostentragungsklausel zu Lasten des Anwenders auch im kaufmännischen Bereich aus § 309 Nr. 8b cc) BGB.¹²⁰²

Bei großen IT-Projekten fragt sich, ob der IT-Hersteller Kostenersatz verlangen kann, wenn der Softwarekunde Mängel behauptet, sich nachträglich aber Bedienungsfehler als Ursache der Störungen herausstellen. Der *BGH* hat jetzt über einen solchen **Anspruch auf Schadensersatz nach einem unberechtigten Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers** entschieden.¹²⁰³ Ein solcher Anspruch bestehe, wenn der Kunde mit seiner Aufforderung zur Mangelbeseitigung eine gegenüber dem IT-Unternehmen bestehende vertragliche Pflicht schuldhaft verletzt hat (§ 280 Abs. 1 BGB). Ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen nach § 439 Abs. 1 BGB stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel des Kaufgegenstands nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt. Dadurch wird das Recht des Käufers, Mängelbeseitigung zu verlangen, nicht entwertet. Er muss im Rahmen seiner Möglichkeiten lediglich sorgfältig überprüfen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt. Da es bei der Prüfungspflicht des Käufers lediglich darum geht, Ursachen in seinem eigenen Einflussbereich auszuschließen, kommt es auf besondere Fachkenntnisse, über die unter Umständen nur der Verkäufer verfügt, nicht an.

¹²⁰¹ *BGH*, NJW 1996, 389, 390.

¹²⁰² Palandt/*Heinrichs*, 65. Aufl., München 2006, § 309 Rz. 66; MüKoBGB/*Basedow*, Bd. 2a, 4. Aufl., München 2003, § 309 Nr. 8, Rz. 55.

¹²⁰³ *BGH*, NJW 2008, 1147 = *JUS* 2008, 746 m. Anm. *Faust*.

XIII. Rügepflichten

Die **Rügepflichten aus §§ 377, 378 HGB** finden auf Werkverträge keine Anwendung. Daher kommt im B2B-Bereich eine vertragliche Auferlegung von Rügepflichten in Betracht. Individualvertraglich können Rügepflichten ohne Weiteres vereinbart werden. Soweit dies faktisch einen Gewährleistungsausschluss darstellt, ist § 639 BGB zu beachten. In AGB zwischen Unternehmern können ebenfalls **Rügepflichten vereinbart** werden. Eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB kann aber im Einzelfall dann vorliegen, wenn die Frist so kurz ist, dass sie faktisch einem Gewährleistungsausschluss gleichkommt.¹²⁰⁴

Gemäß § 309 Nr. 13 BGB darf als Form der Anzeige höchstens Schriftform verlangt werden.¹²⁰⁵ Das Erfordernis besonderer Zugangsformen, also z.B. „per Einschreiben“, ist unzulässig.¹²⁰⁶ § 309 Nr. 13 BGB ist allerdings auf AGB zwischen Unternehmern nicht entsprechend anwendbar. Dies ergibt sich daraus, dass der Unternehmer den geforderten Formerfordernissen im Rahmen seines Geschäftsbetriebs in der Regel unproblematisch nachkommen kann.¹²⁰⁷ Ein Verstoß gegen § 307 BGB kann unter Umständen aber dann angenommen werden, wenn die geforderte Form nicht den unternehmerischen Bräuchen und Gewohnheiten entspricht oder im Einzelfall nicht gerechtfertigt ist.¹²⁰⁸

XIV. Ausschluss der Selbstvornahme

Gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB kann der Softwarebesteller nach fruchtlosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten Frist **den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen**. Hier ist eine AGB-mäßige Beschränkung des Selbstvornahmerechts wegen der Wertungen von § 309 BGB auch im B2B-Bereich problematisch. Die Selbstvornahme ist Gewährleistungsrecht i.S.d. § 309 Nr. 8b aa) BGB, so dass der Ausschluss grundsätzlich unwirksam ist. Zulässig ist aber die Beschränkung auf Nacherfüllung zu Lasten der Selbstvornahme. E contrario § 309 Nr. 8b bb) BGB muss dem Anwender das Recht auf Selbstvornahme auch nicht für den Fall des Fehlschlagens der Nacherfüllung vorbehalten bleiben. Wegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 637 Abs. 1 BGB darf nicht der Soft-

¹²⁰⁴ Z.B. nach *BGH*, NJW 1992, 575, 576: dreitägige Rügefrist, die versteckte und erkennbare Mängel erfasst; *BGH*, NJW 1996, 1537, 1538: das Rügerecht wird vom Nachweis des Verschuldens des Verwenders abhängig gemacht.

¹²⁰⁵ Diese aber nach der bisherigen Rechtsprechung des *BGH* zu § 11 Nr. 16 AGBG unbeschränkt, NJW-RR 1989, 625, 626.

¹²⁰⁶ *BGH*, NJW 1985, 2585, 2587; MüKoBGB/*Basedow*, Bd. 2a, 4. Aufl., München 2003, § 309 Nr. 13, Rz. 5.

¹²⁰⁷ MüKoBGB/*Basedow*, Bd. 2a, § 309 Nr. 13, Rz. 6; Palandt/*Heinrichs*, 65. Aufl., München 2006, § 309 Rz. 107.

¹²⁰⁸ *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 11 Nr. 16 AGBG, Rz. 12; *Wolf*, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 11 Nr. 16 AGBG, Rz. 16.

wareersteller die Frist bestimmen. Weiterhin ist eine Klausel unwirksam, wonach das Recht auf Selbstvornahme vom Verzug oder einem sonstigen Verschulden des Softwareerstellers abhängig sein soll. Von dieser Regelung in § 633 Abs. 3 BGB a.F. ist der Gesetzgeber mit der Neufassung in § 637 Abs. 1 BGB gerade abgerückt.¹²⁰⁹

Für die in § 637 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB genannten Fälle kann der Softwareersteller **keine Fristsetzung** verlangen. Eine Klausel, nach der „in jedem Fall“ eine Fristsetzung erforderlich sein soll, ist deshalb unzulässig.

Nach § 637 Abs. 3 BGB kann der Anwender von dem Softwareersteller für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen einen Vorschuss verlangen. Für die Nachbesserung durch den Verkäufer war dieser Anspruch bisher in § 476a a.F. BGB normiert. Dieser wurde über § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB auch für die Begründung des Aufwendungsersatzanspruchs des Anwenders herangezogen.¹²¹⁰ Ein Ausschluss dieses Rechts wäre über § 307 BGB ebenfalls unzulässig.

Individualvertraglich ist das Selbstvornahmerecht des Bestellers in § 637 Abs. 1 BGB wohl abdingbar. Die Grenze besteht auch hier gemäß § 639 BGB bei Arglist und Vorliegen einer Garantie. Problematisch ist aber, ob das Selbstvornahmerecht individualvertraglich vom Verzug des Softwareerstellers abhängig gemacht werden darf. Dagegen spricht, dass dieses Erfordernis in der Neufassung des § 637 Abs. 1 BGB gerade abgeschafft wurde.¹²¹¹ Dafür spricht aber, dass der Gesetzgeber im Werkvertragsrecht keine dem § 475 BGB entsprechende Norm geschaffen hat. Daraus muss man schließen, dass individualvertraglich grundsätzlich alles abdingbar sein soll.

XV. Haftungsfreizeichnung

§ 634 Nr. 4 i.V.m. §§ 636, 280, 281, 283 und 311a BGB gibt dem Anwender einen Anspruch auf **Schadensersatz** oder i.V.m. § 284 BGB auf **Ersatz vergeblicher Aufwendungen**. Schadensersatzansprüche des Anwenders können sich außerdem aus Delikt ergeben.

Gemäß § 307 i.V.m. § 639 BGB ist ein Haftungsausschluss für **Arglist** und bei Übernahme einer **Garantie** auch zwischen Unternehmern unwirksam. Schon die Haftung für Zusicherungen galt nach altem Recht als ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung. Für

¹²⁰⁹ *Schudnagies*, NJW 2002, 396, 397; siehe dazu auch die Begründung zum Gesetzesentwurf in BT-Drs. 14/6040, 266.

¹²¹⁰ *BGH*, NJW-RR 1999, 813, 814.

Arglist war dies ausdrücklich in § 637 BGB a.F. normiert. § 639 BGB verbietet den Haftungsausschluss nunmehr sowohl für Arglist als auch bei Übernahme einer Garantie, so dass die Haftung für diese auch im kaufmännischen Verkehr nicht beschränkbar ist.

Auch die Wertung des § 309 Nr. 7a und b BGB kommt im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB zur Anwendung. Nach § 309 Nr. 7a BGB ist die Beschränkung der Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit **auch für leichte Fahrlässigkeit nicht zulässig**. § 309 Nr. 7b BGB verbietet darüber hinaus einen Haftungsausschluss für grobes Verschulden. Nach § 639 BGB ist außerdem ein Haftungsausschluss für Arglist und Garantien unzulässig. Unter Garantie in diesem Sinne versteht man eine verschuldensunabhängige Zusagehaftung. § 14 ProdHaftG verbietet schließlich den Ausschluss der Haftung nach dem ProdHaftG. § 309 Nr. 7a und b BGB erfassen alle Arten schuldhafter Leistungsstörung, aus denen Schadensersatzansprüche erwachsen können, also auch auf Verschulden beruhende Ansprüche aus Gewährleistung.¹²¹² Nach Auffassung des *BGH* ist demnach auch im B2B-Bereich ein Haftungsausschluss lediglich für vertragsuntypische und daher kaum vorhersehbare Schäden möglich.¹²¹³

Weiter ist der Spielraum bei individualvertraglichen Regelungen. Nach § 276 Abs. 3 BGB kann die Haftung wegen Vorsatz dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden. Nach § 278 Satz 2 BGB gilt dies allerdings nicht für die Haftung von Erfüllungsgehilfen.¹²¹⁴ Darüber hinaus ist für eigenes Verschulden eine Freizeichnung von der Haftung für fahrlässiges Handeln – auch für grobe Fahrlässigkeit – individualvertraglich möglich.

XVI. Kündigung

§ 649 Satz 1 BGB gibt dem Softwareanwender bis zur Vollendung des Werkes ein Kündigungsrecht. Fraglich ist, inwieweit dieses ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Individualvertraglich kann das Kündigungsrecht grundsätzlich abbedungen werden.¹²¹⁵ Anders ist die Lage bei AGB. § 309 BGB enthält kein Verbot einer solchen Klausel. Über § 307 BGB findet aber die Wertung des § 649 Satz 1 BGB Anwendung. Das Kündigungsrecht ist nach dem Willen des Gesetzgebers eine vertragswesentliche Pflicht, von der nicht abgewichen

¹²¹¹ Siehe dazu auch die Begründung in BT-Drs. 14/6040, 266.

¹²¹² Siehe dazu auch die Begründung in BT-Drs. 14/6040, 156.

¹²¹³ *BGH*, NJW 1985, 3016, 3018; *BGH*, DB 1993, 221, 222.

¹²¹⁴ Hier kann also auch für vorsätzliches Handeln des Erfüllungsgehilfen die Haftung des Schuldners abbedungen werden.

¹²¹⁵ *OLG Celle*, MDR 1961, 318, 319.

werden darf.¹²¹⁶ Eine unzulässige Abweichung ist dabei nicht nur der totale Ausschluss des Kündigungsrechts, sondern z.B. auch die Klausel: „Die Kündigung des Vertrags ist nur aus wichtigem Grund möglich ...“.¹²¹⁷

Nach § 649 Satz 2 BGB hat der Unternehmer einen Kostenerstattungsanspruch. Ersparte Aufwendungen muss er sich dabei anrechnen lassen. Eine Klausel, nach der der Anwender dem Softwareersteller „alle durch seine Kündigung entstandenen Kosten“ zu erstatten hat, ist deshalb wohl ebenfalls unwirksam.¹²¹⁸ Möglich ist aber eine angemessene Pauschalierung, soweit dem Besteller der Gegenbeweis vorbehalten bleibt.¹²¹⁹ Das gilt für Verträge sowohl zwischen Unternehmern als auch gegenüber Verbrauchern.

XVII. Vergütung des Kostenanschlags

Der Softwareersteller hat ein Interesse daran, vom Anwender eine **Vergütung für seinen Kostenanschlag** zu erhalten. Die individualvertragliche Vereinbarung einer Vergütung des Kostenanschlags ist unproblematisch zulässig. Bei AGB finden über § 307 BGB die Wertungen des § 632 Abs. 2 BGB Anwendung. Danach ist der Kostenanschlag „im Zweifel“ nicht zu vergüten. Fraglich ist, ob ein solcher Zweifelsfall vorliegt, wenn die Zahlungspflicht ausdrücklich in den AGB festgelegt ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung soll eine Vergütung nur für den Fall in Frage kommen, dass der Kostenanschlag Gegenstand eines separaten und auf beiden Seiten verpflichtenden Vertrags ist.¹²²⁰ Nur dann liege kein Zweifelsfall i.S.d. § 632 Abs. 2 BGB vor. Es reicht auch nicht aus, dass die Vergütungspflicht erst als Klausel im AGB-Werk zum Hauptvertrag enthalten ist.¹²²¹ Eine klauselhafte Vereinbarung einer Vergütungspflicht kann aber in einem Vertrag über den Kostenvoranschlag wirksam vereinbart werden. Voraussetzung dafür ist, dass sie an deutlich sichtbarer Stelle und besonders hervorgehoben dem Verbraucher bekannt gemacht wird.¹²²²

¹²¹⁶ So zu § 649 BGB a.F. *BGH*, NJW 1999, 3261, 3262; *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9–11 AGBG, Rz. 212.

¹²¹⁷ *BGH*, NJW 1999, 3261, 3262; *MüKoBGB/Basedow*, Bd. 2a, 4. Aufl. München 2003, § 307 Rz. 116.

¹²¹⁸ In diese Richtung *BGH*, NJW 1997, 259, 260.

¹²¹⁹ So zu § 649 BGB a.F.: *BGH*, NJW 1978, 1054, 1055; *BGH*, NJW 1983, 1489, 1491; *BGH*, NJW 1985, 632; *OLG Rostock*, NJW-RR 1998, 310, 311; *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9–11 AGBG, Rz. 212.

¹²²⁰ *BGH*, NJW 1979, 2202; *BauR* 1980, 172, 174; *OLG Düsseldorf*, *BauR* 1991, 613, 614; *Schudnagies*, NJW 2002, 396, 398.

¹²²¹ Nach *BGH*, NJW 1982, 765, 766 muss auf die Vergütungspflicht schon vor Zustimmung zur Einholung eines Kostenvoranschlags ausdrücklich hingewiesen worden sein.

¹²²² *BGH*, NJW 1982, 765, 766; *Wolf*, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 9 Rz. K 13.

XVIII. Verjährung

Fraglich ist, ob der Softwareersteller die Verjährung von Ansprüchen erschweren oder erleichtern kann. Nach § 202 Abs. 1 BGB kann die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. § 202 Abs. 2 BGB verbietet die Erschwerung der Verjährung über eine Frist von 30 Jahren hinaus.

Auch im Rahmen des § 307 BGB ist auf den Ein-Jahres-Zeitraum als kleinsten gemeinsamen Nenner abzustellen. § 309 Nr. 8b ff) BGB entfaltet insofern auch Indizwirkung für den kaufmännischen Verkehr.¹²²³ Die in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB geregelte Verjährung der Ansprüche aus § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB darf gemäß § 309 Nr. 8b ff) BGB nicht erleichtert werden. „In sonstigen Fällen“ darf die Verjährungsfrist nicht weniger als ein Jahr ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn betragen. §§ 634a Abs. 1 Nr. 2, 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB regeln die Verjährung des Anspruchs auf Nacherfüllung, Selbstvornahme und Schadensersatz im Bereich von Bauwerken und Planungs- oder Überwachungsleistungen für ein Bauwerk. „Sonstige Fälle“ sind demnach der Rücktritt und die Minderung bei Bauwerken und alle Rechte aus § 634 BGB bei Nicht-Bauwerken. In diesen Fällen greift der Verweis in § 309 Nr. 8b ff) BGB auf die Möglichkeit der Beschränkung der Verjährung auf ein Jahr. Im Einzelfall kann jedoch auch eine längere oder kürzere Frist angemessen sein. Die Frist muss dabei so bemessen sein, dass auch verborgene Mängel vor ihrem Ablauf entdeckt werden können.¹²²⁴

Eine Verkürzung der Verjährungsfrist kann im Haftungsfall faktisch eine Haftungsbeschränkung darstellen.¹²²⁵ Nach der Maßgabe des § 309 Nr. 7a und b BGB ist eine solche Klausel unzulässig.

XIX. Sonstige Klauseln

Literatur:

Huppertz/Schneider, Software-Lizenzaudits in Unternehmen, ZD 2013, 472;
Schrey/Krupna, Softwarelizenzmanagement – Ein unterschätztes Compliance-Risiko, CCZ 2012, 141; Kotthoff/Wieczorek, Rechtsrahmen von Softwarelizenzaudits – Zulässigkeit und Grenzen, MMR 2014, 3.

¹²²³ So *BGH*, NJW 1993, 2054, 2055 zu § 11 Nr. 10f AGBG a.F.

¹²²⁴ So auch *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 11 Nr. 10f AGBG, Rz. 18 m.w.N.

¹²²⁵ *LG Düsseldorf*, NJW-RR 1995, 440, 441.

Im Übrigen enthält der Softwareerstellungsvertrag – ähnlich wie der Softwarewareüberlassungsvertrag – am Ende eine Reihe „sonstiger“ Klauseln, etwa zum Gerichtsstand und zum anwendbaren Recht.

Die Klausel „Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig“ ist AGB-rechtlich unwirksam.¹²²⁶ Eine unangemessene Benachteiligung liege vor, wenn der Besteller durch das Verbot der Aufrechnung in dem Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrages gezwungen würde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustehen. Denn hierdurch werde in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in für den Besteller unzumutbarer Weise eingegriffen.

Sinnvoll ist es, gerade bei komplexeren Softwareerstellungsverträgen statt oder ergänzend zu einer Gerichtsstandsregelung auch ein **Schiedsgericht** mit der Entscheidung zu beauftragen. Gerade bei komplexeren Fragen etwa technischer Art bietet sich ein solcher Weg an. Ein Schiedsgericht wird typischerweise nach den Regeln der **Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)** tätig werden.¹²²⁷ Einbezogen werden die DIS-Regeln über eine Schiedsklausel, wie folgt:

Alle Streitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit dem Vertrag (... Bezeichnung des Vertrages ...) oder über seine Gültigkeit ergeben, werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges endgültig entschieden.“

Alle Jahre wieder gehen die großen Softwareunternehmen ihren Kunden an und verlangen den Zugriff auf deren EDV im Rahmen eines „**Software licensing audit**“. Gefürchtet ist auch die Auditierungspolicy der Business Software Alliance (BSA).¹²²⁸ Sie berufen sich dazu auf vertragliche Audit-Klauseln, die ihnen eine Überprüfung der vor Ort genutzten „Lizenzen“ ermöglicht. Die AGB-rechtliche Wirksamkeit solcher Klauseln ist jedoch noch nicht Gegenstand einer eingehenden Prüfung in Literatur und Rechtsprechung geworden.¹²²⁹ Eine solche zeigt aber, dass die Audit-Klauseln regelmäßig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind.

¹²²⁶ BGH, Urt. v. 7.4.2011 – VII ZR 209/07, NJW 2011, 1729.

¹²²⁷ <http://www.dis-arb.de/>.

¹²²⁸ Siehe dazu <http://www.scottandscottllp.com/media-library.asp> und <http://www.bsadefense.com/resources.asp>.

¹²²⁹ Die Rechtmäßigkeit einer solchen Vertragsklausel wird allerdings unterstellt vom *LG Köln*, Urt. v. 14.9.2011 – 28 O 482/05.

Die genannten Auditierungsmaßnahmen¹²³⁰ dienen dazu, die **Einhaltung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse** zu überprüfen. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass das Urheberrecht ein sehr enges System der Auskunftspflichten vorsieht. Wie das *OLG Köln* in seinem Grundsatzurteil vom 17. März 1995 bereits festgestellt hat,¹²³¹ steht einem Rechteinhaber nach bewusster gesetzgeberischer Entscheidung kein Anspruch auf Bucheinsicht zu. Das Urheberrecht beschränkt die Rechte in der Überprüfung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse auf einen Auskunftsanspruch nach § 101 UrhG, der allenfalls und in wenigen Ausnahmen die Vorlage von Geschäftsunterlagen rechtfertigen kann.¹²³² Ein Anspruch auf Einsicht in Unterlagen, insbesondere vor Ort, gewährt das Urheberrecht nicht.¹²³³ Der Gesetzgeber hat diesen engen gezogenen Rahmen bewusst aufgestellt, um eine unvertretbare Bevorzugung der Interessen des Schutzrechtsinhabers gegenüber den Interessen des Verletzers an der Wahrung seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu vermeiden.¹²³⁴ Der Gesetzgeber hielt einen solchen Eingriff in die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als mit dem geltenden Rechtsschutzsystem unvereinbar. Stattdessen sollte es ausreichen, den Verletzer zur Auskunft und eidesstattlichen Versicherung nach § 259 Abs. 2 BGB veranlassen zu können. Das *OLG Köln* hat in der oben erwähnten Entscheidung auch abgelehnt, entsprechende Vorschriften aus dem HGB (§ 97c) oder dem BGB (§§ 242, 259 BGB) analog anzuwenden.¹²³⁵ Die genannten rechtsstaatlichen Bedenken, insbesondere im Hinblick auf die weiten Möglichkeiten der Einsichtnahme in Betriebsinterna, müssen erst recht zum Tragen kommen, wenn noch gar nicht klar ist, dass der Nutzer rechtsverletzende Benutzungshandlungen vorgenommen hat. In diesem Sinne würde sich aus dem Urheberrechtsgesetz niemals ein allgemeiner Anspruch auf Auditierung ableiten lassen.

Nun dürfte gerade letztere Überlegungen der Hintergrund dafür sein, dass große IT-Unternehmen die Auditierungspflicht vertraglich verankern. Auch diese Verträge sind typischerweise Standardverträge. Selbst wenn sie im B2B-Bereich abgeschlossen werden, gelten für sie die Grenzen des § 307 BGB. Hier ist nun **§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB** zu bedenken, der Klauseln verbietet, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar sind. Nun ist es in der Rechtsprechung üblich, die Wertung des Urheberrechtsgesetzes

¹²³⁰ Die Details einer solchen Auditierung sind geregelt in der Norm ISO/IEC 27001:2005.

¹²³¹ *OLG Köln*, GRUR 1995, 676; *OLG Köln*, NJW-RR 1996, 421.

¹²³² *BGH*, GRUR 2001, 841, 845 – Entfernung von Herstellnummern II; GRUR 2002, 709, 712 – Entfernung der Herstellungsnummer III.

¹²³³ Ähnliches gilt auch im Patentrecht; auch dort wird das Recht der Bucheinsicht mit Hinweis auf Begr. Entwurf PMZ 1990, 173 (183) etwa von Mes, PatG/GebrMG, 1997, § 140b Rz. 12, verneint.

¹²³⁴ BT-Drs. 11/4792, 32 f.

¹²³⁵ *OLG Köln*, GRUR 1995, 676, 678; *OLG Köln*, NJW-RR 1996, 421.

genau über diese Vorschrift in die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle einfließen zu lassen.¹²³⁶ Das Urheberrecht geht vom Leitbild aus, dass für die Geltendmachung urheberrechtlicher Ansprüche eine Bucheinsicht nicht vorgesehen ist. Wie oben dargestellt, ist das Recht auf Bucheinsicht gesetzgeberisch bewusst nicht ins UrhG aufgenommen worden, um dem vorrangigen Interesse des betroffenen Unternehmens am Schutz seiner Betriebsgeheimnisse Rechnung zu tragen. Diese Überlegung muss erst recht gelten, wenn es sich bei dem in Anspruch genommenen gar nicht um einen Rechtsverletzer handelt, sondern erst einmal eine abstrakte Prüfung des Nutzungsverhaltens vorgenommen wird. Dieses Leitbild des Urheberrechts fließt in die Inhaltskontrolle ein. Es kann nicht sein, dass man klare Schutzabsichten des urheberrechtlichen Gesetzgebers dadurch unterläuft, dass man eine Auditierung vertraglich absichert. Auditierungsklauseln, die einem Externen Zugriff auf die IT des Unternehmens geben sollen, sind folglich nicht mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vereinbar.

Eine derartige Regelung ist auch im unternehmerischen Verkehr bei einem Softwarevertrag so ungewöhnlich, dass der Kunde mit ihr nicht zu rechnen braucht. Insofern geht also auch eine auch bei § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB notwendige Güterabwägung zugunsten des Kunden aus. Denn zu beachten sind auch die denkbaren Folgen einer weit gefassten Auditierung. Das auditierende Unternehmen kann auf diese Weise – wie schon der Gesetzgeber bei der Begründung des Urheberrechts gesehen hat – in das **betriebliche Know-how des Nutzers** eingreifen. Das Prüfunternehmen erfährt von zahlreichen Details des Innenlebens eines Unternehmens und bekommt auch eine Vorstellung davon, wann, wo, wie, an welchen Projekten innerhalb eines Unternehmens gearbeitet wird. Insofern berührt die Auditierung den Schutz von Know-how im Rahmen von § 17 UWG. Zu beachten ist im Übrigen auch die neuere Tendenz der Rechtsprechung zur Bejahung eines Persönlichkeitsrechts für juristische Personen.¹²³⁷

Ferner ist eine Auditierung in Fällen des **§ 203 StGB** problematisch, etwa wenn es sich bei dem zu überprüfenden Unternehmen um ein Unternehmen aus dem medizinischen oder anwaltlichen Bereich handelt. Sollte das prüfende Unternehmen von medizinischen Daten Kenntnis erlangen, wäre vorab eine Einwilligung der Betroffenen einzuholen. Insofern ähnelt sich die Sach- und Rechtslage eher bei der Frage der Drittwartung von IT-Diensten im medizinischen Bereich.¹²³⁸ Selbst wenn man aber keinen Fall des § 203 StGB hat, müssen die **datenschutzrechtlichen Vorgaben** eingehalten werden. Ein Audit-Unternehmen erfährt einiges, was in den Bereich der personenbezogenen Daten fällt, etwa über den Datenzugriff einzel-

¹²³⁶ OLG Düsseldorf, MMR 2002, 238, 241; OLG Nürnberg, NJW 1989, 2634; BGH, GRUR 1984, 45, 52 – Honorarbedingungen – Sendervertrag.

¹²³⁷ BVerfG, NJW 2005, 883; BVerfGE 106, 28 [42 f.] = NJW 2002, 3619.

ner Mitarbeiter und deren IT-Nutzungsverhalten. Typischerweise ist das auditierende Unternehmen kein Beauftragter i.S.v. § 11 BDSG; insofern fehlt es an einem Weisungsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Prüfer. Insofern könnte eine Kenntnissgabe von Daten mit Personenbezug nur im Rahmen von § 28 Abs. 1 BDSG legitimiert werden. Zur Anwendung käme dann allerdings nur der Tatbestand des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG, der auf eine umfassende Güterabwägung zwischen dem Übermittlungsinteresse des Kunden und den Schutzinteressen der Betroffenen führt. Der Kunde könnte zwar als Übermittlungsinteresse darauf verweisen, dass er sich vertraglich gegenüber dem IT-Unternehmen zur Auditierung verpflichtet hat. Er müsste dann aber noch abwägen, ob dieses vertragliche Interesse den Vorrang haben kann vor den Schutzinteressen der Betroffenen. Dies dürfte ihm insofern schwer fallen, als er gar keinen Einfluss auf den von einem externen vorgenommenen Auditierungsprozess hat. Er weiß also gar nicht, welche personenbezogenen Daten unter Umständen bei der Auditierung mit offenbart werden. Damit gerät er in eine gefährliche Zwickmühle: Er soll auf der einen Seite seine vertraglichen Auditierungspflichten erfüllen, steht aber auch gleichzeitig den Betroffenen in Bezug auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben in obliquo. Die unkonturierte Auditierungsverpflichtung kann den IT-Kunden zu einem permanenten Rechtsbruch verleiten und ist auch schon aus diesen Gründen nicht als sachangemessen anzusehen.

Auditierungsklauseln sind folglich regelmäßig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie von jeglichen Grundgedanken des Urheberrechts, nämlich den Gedanken der Beschränkung von Prüfungsrechten auf die Auskunftserteilung, erheblich abweichen. Diese Marke der Rechtswidrigkeit wird noch durch die Überlegung verstärkt, dass durch die vertragliche Verpflichtung auch noch zusätzliche Probleme auf den Kunden im Hinblick auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben hinzukommen. Die Alternative ist einfach: Der Kunde wird zum Selbstaudit verpflichtet; bei Zweifeln an der Richtigkeit der Selbstauskunft gibt der Kunde eine eidesstattliche Versicherung ab. Sollten dann noch Zweifel bleiben, bleibt der Weg über die Staatsanwaltschaft bzw. die allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten zur Einsichtnahme und Beschlagnahme von Unterlagen.

¹²³⁸ *Ehmann*, CR 1991, 294; *Otto*, wistra 99, 203.

Fünftes Kapitel: Softwarevermietung

Literatur:

Karger, Software-Miete, in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Loseblatt; *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl., München 2012, Rz. 596 ff.; *Redeker*: Software – ein besonderes Gut, NJOZ 2008, 2917; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., Köln 2009, J 362a ff.; *Härting/Folmayer*, Kauf oder Miete von Business Software – Entscheidungsfindung bei kleinen und mittleren Unternehmen, BC 2008, 202.

Im Softwarebereich durchaus möglich ist neben Kauf- und Werkvertrag eine Vermietung von Software. Man wird davon ausgehen können, dass **jede zeitlich begrenzte Überlassung von Nutzungsrechten an Software** als Mietvertrag oder Rechtspacht angesehen werden kann. Das Mietrecht spielt im Übrigen für das Softwareleasing eine Rolle. Für den Nutzer von Software hat die Leasinglösung den Vorteil, dass Leasingzahlungen als Betriebsaufwand steuerlich absetzbar sind. Ferner ist Leasing bilanzneutral, sodass Investitionen über Leasing nicht zu einer Verschlechterung innerhalb der Bilanz führen (siehe unten 6. Kapitel). Auch für den Bereich des Application Service Providing und des Cloud Computing spielt die Vermietung von Software eine Rolle.¹²³⁹

I. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen

Der Anwendung von Pachtrecht steht schon entgegen, dass eine Fruchtziehungsbefugnis zugunsten des Anwenders von Software in der Regel nicht besteht. Die Einräumung eines wirtschaftlichen Verwertungsrechts der Software im Sinne des Urheberrechtsgesetzes ist von den Softwareerstellern typischerweise nicht beabsichtigt.¹²⁴⁰

Vorgedruckte, im Handel erhältliche Mietverträge sind der typische Anwendungsfall des AGB-Rechts. Diese **Formularmietverträge** sind gerade auch bei Softwaremiete verbreitet. Hier werden überwiegend vorformulierte Vertragstexte verwendet, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen. Werden in einem Produktschein über eine EDV-Konfiguration die Parteien als Käufer und Verkäufer bezeichnet, so soll die Individualvereinbarung „Vermieten/Leasing“ der An-

¹²³⁹ Der *BGH* sieht ASP-Verträge als Mietverträge; siehe *BGH*, CR 2007, 75; So etwa zur *Megede* NJW 1989, 2581, 2582; *Dana/Jersch*, IuR 1988, 137, 146; a.A. *OLG Köln*, CR 2001, 506 = *OLGR Köln* 2001, 265 das von einem Lizenzvertrag spricht und diesem dem Werkvertragsrecht unterstellen will. Siehe dazu auch *Junker*, NJW 2003, 2792, 2797; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78; *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84.

¹²⁴⁰ *LG Köln*, Beilage zu BB 1996, 9.

nahme eines Kaufvertrages nicht entgegenstehen; diese Individualvereinbarung sei vielmehr als eine Finanzierungsregelung anzusehen, wonach der Kaufpreis bis zum Ende des Jahres gestundet wurde und der Käufer als Gegenleistung „Miete“ zahlen sollte.¹²⁴¹

II. Beschränkung der Gewährleistung

Der Vermieter muss die Sache **während der Mietdauer in einem brauchbaren Zustand** halten. Dies gilt zum Beispiel auch für den Fall, dass sich nachträglich Vorschriften ändern und das Programm entsprechend angepasst werden muss. Zwar wird teilweise in der Rechtsprechung für einen solchen Fall das Vorliegen eines Mangels verneint.¹²⁴² Auch ein solcher nachträglicher Grund für die Unbrauchbarkeit eines EDV-Systems stellt jedoch einen Mangel dar.

Es entspricht der üblichen Vertragsgestaltung auch bei IT-Mietverträgen, dass der Vermieter in vorformulierten Standardverträgen seine **Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel** der überlassenen Mietsache so weit wie möglich einzuschränken versucht. Fraglich ist, ob und in welchem Umfang eine solche Beschränkung zulässig ist.

1. Bestätigung als „vertragsgemäß“

Häufig finden sich in Mietverträgen Klauseln, in denen der Mieter von Software den vertragsgemäßen Zustand der Sache bestätigt: „Dem Mieter sind die wesentlichen Funktionalitäten des überlassenen Computerprogramms bekannt. Er erkennt sie als ordnungsgemäß, zweckentsprechend und zum vertragsgemäßen Gebrauch tauglich an.“¹²⁴³ Durch diese Klauseln versucht der Verwender seine Gewährleistung aus § 536 BGB, der die bisherigen Regelungen in § 537 und § 541 BGB a.F. ersetzt, für vorhandene Softwaremängel vollständig auszuschließen, indem er sich die vorhandenen Mängel als vertragsgemäß bestätigen lässt.

a) §§ 308, 309 BGB

Die Wirksamkeit solcher Klauseln bestimmt sich – abseits der Spezialregelungen zur Wohnraummiete in § 536 Abs. 4 BGB – nach den §§ 308, 309 BGB. Anders als im Kaufrecht sind mietvertragliche Gewährleistungsbeschränkungen nicht schon nach § 309 Nr. 8b BGB unzulässig, da diese Vorschrift wie die Vorgängerregelung des § 11 Nr. 10 AGBG auf Mietverträ-

¹²⁴¹ OLG Köln, NJW-RR 1992, 1326.

¹²⁴² OLG Hamm, CR 1990, 37.

¹²⁴³ Vgl. LG Berlin, Grundeigentum 1985, 829.

ge nicht anwendbar ist.¹²⁴⁴ Eine Klausel, in der die Kenntnis des Mieters vom mangelhaften Zustand der Mietsache und die Anerkennung als vertragsgemäß unterstellt wird, stellt jedoch **eine unzulässige Beweislastumkehr** i.S.v. § 309 Nr. 12 BGB dar. Nach § 536b BGB stehen dem Mieter nämlich keine Gewährleistungsrechte zu, wenn er vorhandene Mängel bei Vertragsschluss kannte. Die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis des Mieters trägt der Vermieter.¹²⁴⁵ Eine Klausel, in der pauschal die Kenntnis des Mieters von allen vorhandenen Mängeln fingiert wird, stellt daher eine unzulässige Änderung der Beweislast zum Nachteil des Mieters dar.

Zulässig und empfehlenswert ist es jedoch, vorhandene Softwaremängel explizit im Vertrag aufzuführen, da der Mieter dann durch den Vertragsabschluss tatsächliche Kenntnis von den konkreten Mängeln erlangt, wodurch Gewährleistungsansprüche (wegen dieser Mängel) nach § 536b Satz 1 BGB ausgeschlossen werden. Hinreichend ist auch der Hinweis, dass es sich bei der überlassenen Software um eine Betaversion handelt, da dadurch dem Nutzer die Üblichkeit bestimmter Verwendungsrisiken klar gemacht wird.

b) § 307 BGB

Bei Softwaremietverträgen mit Unternehmern ist § 309 BGB nicht anwendbar. Beweislastumkehrklauseln und Tatsachenbestätigungen zwischen Unternehmern unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle des § 307 BGB. Hiernach ist auch im unternehmerischen Bereich eine pauschale Klausel unwirksam, wonach der Unternehmer erklärt, dass ihm die Softwaremängel bekannt sind.¹²⁴⁶ Unzulässig ist daher auch bei Mietverträgen mit Unternehmern eine Regelung, in der der Mieter pauschal die Mängelfreiheit der Mietsache attestiert: „Der Mieter bestätigt bei Vertragsschluss die Vertragsgemäßheit der Mietsache.“

2. Ausschluss der Gewährleistung

Anders als im Kaufrecht ist im Mietrecht, dem eine den §§ 444, 475 BGB entsprechende Regelung fehlt, ein **individualvertraglicher Ausschluss der Gewährleistung für Mängel der Mietsache grundsätzlich zulässig**.¹²⁴⁷

In allgemeinen Geschäftsbedingungen ist sowohl gegenüber Verbrauchern als auch im geschäftlichen Bereich die Grenze des § 307 Abs. 1 BGB zu beachten. Hiernach darf der Ge-

¹²⁴⁴ *Henrichs*, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, § 309, Rz. 22 f.

¹²⁴⁵ *BGH*, WM 1962, 1379.

¹²⁴⁶ Vgl. *OLG Frankfurt*, NJW-RR 1986, 245, 246.

¹²⁴⁷ *BGH*, NJW-RR 1993, 519 = WM 1993, 914.

währleistungsausschluss nicht dazu führen, dass der Mieter von IT-Produkten rechtlos gestellt wird. Eine vollständige Freizeichnung des Vermieters von der mietvertraglichen Mängelgewährleistung, z.B. durch eine Klausel wie „Aufretende Mängel an der Software hat der Mieter auf eigene Kosten beseitigen zu lassen; eine Minderung der Miete wegen Mängeln ist ausgeschlossen“ widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des § 536 BGB und stellt damit eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Eine Ausnahme bilden IT-Leasingverträge, bei denen der Leasingnehmer trotz Mangelhaftigkeit des Leasingguts durch einen Gewährleistungsausschluss zugunsten des Leasinggebers nicht schutzlos ist, wenn ihm der Leasinggeber unmittelbar und vorbehaltlos die (kaufrechtlichen) Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten abtritt.¹²⁴⁸

Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters kann gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch darin liegen, dass durch die Beschränkung der Mängelgewährleistung der Zweck des Mietvertrags gefährdet wird. Klauseln, die die Gewährleistung pauschal für alle Mängel ausschließen, laufen dem Vertragszweck zuwider, da hierdurch auch Mängel erfasst werden, die den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache verhindern.¹²⁴⁹

Ein vollständiger Ausschluss von Gewährleistungsrechten durch allgemeine Geschäftsbedingungen wird auch im Mietrecht als Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen. Zulässig soll allerdings sein, in Bezug auf das Minderungsrecht den Minderungsberechtigten auf seine Ansprüche aus Bereicherungsrecht hinsichtlich der zuviel gezahlten Miete zu verweisen.¹²⁵⁰ Zu beachten ist auch das Recht des Mieters auf Mängelbeseitigung (§ 535 BGB). Hinzu kommt das aus dem Werkvertragsrecht bekannte **Recht auf Selbstvornahme**, in Fällen des Verzugs mit der Mängelbeseitigung. Wie im Werkvertragsrecht auch, ist der Vermieter bei einer solchen Ersatzvornahme für den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen erstattungspflichtig (§ 536a Abs. 2 BGB). Im Übrigen steht dem Mieter von Software ein Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu, wenn erhebliche Mängel trotz Festsetzung und entsprechender Androhung nicht beseitigt werden.

III. Schadensersatzansprüche

Ebenso wie das Kaufrecht unterscheidet das Mietrecht zwischen **Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen**. Nach § 536a Abs. 1 BGB haftet der Vermieter für anfängliche

¹²⁴⁸ *BGH*, NJW 1987, 1072 = MDR 1987, 575 = ZIP 1987, 240, 241.

¹²⁴⁹ *BGH*, NJW 1988, 2664 = MDR 1988, 1052 = WuM 1988, 302 zum Betrieb einer Gaststätte.

¹²⁵⁰ *BGH*, NJW-RR 1993, 519.

Mängel verschuldensunabhängig und für nachträgliche Mängel, sofern er sie zu vertreten hat. § 536a Abs. 1 BGB ist damit für Schadensersatzansprüche wegen Sach- und Rechtsmängeln *lex specialis* zur Neuregelung des § 280 Abs. 1 BGB. Die Haftung umfaßt nicht die Verantwortung für Schäden etwa im Zusammenhang mit Hackerangriffen auf eine gemietete Telefonanlage.¹²⁵¹ Eine vertragliche Haftung für Schäden im Zusammenhang mit Hackerangriffen auf eine gemietete Telefonanlage ergibt sich nicht aus der vereinbarten Verpflichtung, die Anlage betriebsfähig zu halten, und der Verpflichtung des Vermieters, auf seine Kosten Programmfehler sowie alle bei ordnungsgemäßem Gebrauch durch natürliche Abnutzung entstandenen Störungen zu beseitigen.¹²⁵² Auch folgt aus der vertraglichen Regelung, eine störungsfreie Betriebstätigkeit der Anlage zu erhalten, keine Verpflichtung der Vermieterin, von sich aus den Schutz vor Hackerangriffen zu erhöhen.¹²⁵³

Die Haftung des Vermieters aus § 536a BGB ist grundsätzlich für alle Mietverhältnisse vertraglich abdingbar. Dies gilt auch für Formularverträge, bei denen jedoch – wie schon an anderer Stelle dargelegt – die allgemeine Grenze des § 309 Nr. 7 BGB für klauselmäßige Haftungsausschlüsse zu beachten ist.

Eine formularmäßige Klausel, in der die **Garantiehaf­ tung des Vermieters** für anfängliche Mängel ausgeschlossen wird, ist daher unbedenklich: „Die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Software wird ausgeschlossen“.¹²⁵⁴ Durch die Beschränkung dieser Klausel auf die **verschuldensunabhängige** Haftung liegt kein Fall des § 309 Nr. 7 BGB vor. AÜG Da dieser Ausschluss auch schuldhafte Pflichtverletzungen i.S.v. § 309 Nr. 7 BGB umfasst, ist ein solch undifferenzierter Haftungsausschluss unwirksam (§ 307 BGB im Unternehmensbereich).

Wichtig ist auch noch die **Rückgabeverpflichtung** aus § 546 Abs. 1 BGB. Der Mieter von Software ist verpflichtet, die Computerprogramme nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Zunächst einmal ist das technische Problem zu beachten, dass eine Rückgabe von Software regelmäßig in Form der Aushändigung körperlicher Kopie nicht möglich ist. Meist ist die Software auf einer Festplatte installiert. Eine Rückgabe dieser Installationskopien scheidet regelmäßig aus. Stattdessen ergibt sich aus § 546 Abs. 1 BGB eine entsprechende Lösungsverpflichtung. Allerdings ist es im technischen Bereich mit einer Löschung durch Betätigung der DEL-Taste nicht getan. Die DEL-Taste bewirkt nur eine Streichung der

¹²⁵¹ OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 16.07.2013 - 19 U 50/13.

¹²⁵² OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 16.07.2013 - 19 U 50/13.

¹²⁵³ OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 16.07.2013 - 19 U 50/13.

¹²⁵⁴ BGH, NJW-RR 1991, 74 = WuM 1992, 316.

gespeicherten Inhalte in der Index-Zeile. Zur Löschung bedarf es eigentlich einer Neuformierung der Festplatte, die allerdings als solche sehr aufwendig ist und unverhältnismäßig sein dürfte. Insofern geht man in der Praxis wohl davon aus, dass die Rückgabeverpflichtung aus § 546 Abs. 1 BGB durch die Rückgabe physischer Kopien und die Abgabe einer eidesstattlichen Erklärung erfüllt wird, wonach der IT-Mieter die Nutzung der überlassenen Software unterlässt. Diese Erklärung kann man auch durch eine entsprechende Vertragsstrafe absichern, ohne dass dies AGB-rechtlich mit den Vorgaben von § 309 Nr. 6 BGB kollidieren würde.¹²⁵⁵ Gibt der Mieter die Software nicht nach Beendigung des Mietverhältnisses zurück, kommt auf jeden Fall als eine Art Mindestschaden die Verpflichtung auf den Mieter zu, die vereinbarte Softwaremiete weiter zu bezahlen (§ 546a Abs. 1 BGB). Schadensersatzansprüche bleiben insofern unberührt (§ 546a Abs. 2 BGB). Diese Ansprüche können sich aus Verzug des Mieters mit der Rückgabe (§§ 286, 280 Abs. 2 BGB) sowie aus dem Gedanken der positiven Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) ergeben. Hinzu kommt ein eventueller Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB erste Variante.¹²⁵⁶

Für wirksam erachtet wird eine Koppelung der IT-Miete mit einem Verbot zur Nutzung von Anlagen anderer Hersteller.¹²⁵⁷ Es ist allerdings meines Erachtens nicht einzusehen, wieso man dem Mieter verwehren soll, Software anderer Hersteller zu nutzen. Sollte eine Verbindung mit dem IT-Equipment Dritter technisch negative Folgen haben, wird man zugunsten des Vermieters einen entsprechenden Ausschluss in der Haftung für eventuelle Schäden annehmen können. Ein pauschaler Ausschluss in der Verbindung mit Drittgeräten und Drittsoftware würde den Mieter über Gebühr belasten, insbesondere in Fällen, in denen durch den Anschluss solcher Geräte keine Risiken für die vermietete Software und deren Einsatz bestehen.

¹²⁵⁵ *LG Lüneburg*, CR 1989, 606.

¹²⁵⁶ BGHZ 44, 242 f.; 68, 30 f.

¹²⁵⁷ *Redeker*, IT-Recht, Rz. 616.

Sechstes Kapitel: Softwareleasing

Literatur:

Beckmann, Computerleasing, Köln 1993; *Beckmann*, Aktuelle Rechtsfragen bei Finanzierungsleasingsgeschäften, DStR 2006, 1329; *Brandt*, Softwarelizenzen in der Insolvenz- unter besonderer Berücksichtigung der Insolvenz des Lizenzgebers, in: NZI 2001 337; *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing, München 1998; *Hoeren/Spittka*, Aktuelle Entwicklungen des IT-Vertragsrechts – ITIL, Third Party Maintenance, Cloud Computing und Open Source Hybrids, MMR 2009, 583; *Vander*, Urheberrechtliche Implikationen des EDV-Leasings – „Rental Rights“ im Blickpunkt, CR 2011, 77.

Schon nach alter Rechtslage waren die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften auch auf mietrechtsähnliche atypische Vertragstypen anwendbar, da der Vertragszweck in der zeitlich begrenzten Überlassung einer Sache gegen Entgelt liegt. Hieran hat sich durch die Schuldrechtsreform nichts geändert. Im Softwarebereich sind die klassischen Mietverträge inzwischen überwiegend durch IT-Leasingverträge ersetzt worden. Es handelt sich dabei regelmäßig um einen **Gebrauchsüberlassungsvertrag**, bei welchem der Leasinggeber das Leasingobjekt beschafft, finanziert und dem Leasingnehmer zur Verfügung stellt. Bei einem zeitlich begrenzten, für den Leasingnehmer jederzeit kündbaren Gebrauchsüberlassungsvertrag liegt ein Fall des sog. Operating-Leasings vor, der sich nach dem Mietvertragsrecht beurteilt.¹²⁵⁸

Beim **Finanzierungsleasing**, das durch die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer neu angeschafften Sache durch den Leasinggeber bis zur Voll- oder Teilamortisation gekennzeichnet ist, ist die Neuregelung des § 500 BGB zu beachten. Diese Vorschrift, die sich explizit auf Finanzierungsleasingverträge bezieht, ersetzt den früheren § 3 Nr. 1 VerbKrG und erklärt die Regelungen über den Widerrufs- und Einwendungsdurchgriff (§§ 358, 359 BGB), die Formvorschrift des § 492 Abs. 1 BGB, das Widerrufsrecht des § 495 BGB sowie die §§ 496–498 BGB für entsprechend anwendbar. Im Übrigen sind die Parteien gerade bei den für Software typischen B2B-Konstellationen in der formularmäßigen Gestaltung ihrer Leasingverträge regelmäßig frei. Zugelassen wurde z.B. eine vertraglich verankerte Mindestvertragsdauer von 42 Monaten.¹²⁵⁹ Gerichtsstandsvereinbarungen sind in diesem Verhältnis zulässig, auch im Hinblick auf den als dritte Vertragspartei auftretenden Lieferanten.¹²⁶⁰

¹²⁵⁸ *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, Rz. 616.

¹²⁵⁹ *OLG Celle*, Urt. v. 27.1.1999 – 2 U 268/97, OLGR Celle 1999, 149.

¹²⁶⁰ *OLG Köln*, NJW-RR 1998, 1350.

Der Leasingvertrag, der allgemein als **atypischer Mietvertrag** behandelt wird, unterscheidet sich vom Mietvertrag vor allem dadurch, dass die Mängelgewährleistungsansprüche des Leasingnehmers gegen den Leasinggeber stark eingeschränkt oder vollständig ausgeschlossen sind und der Leasingnehmer die Gefahr der Verschlechterung und des Untergangs des Leasinggegenstandes selbst trägt.¹²⁶¹ Je nach konkreter Vertragsgestaltung bleibt der Leasingnehmer in diesen Fällen weiterhin zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet. Eine besonders sorgfältige Trennung zwischen den einzelnen Rechtsbeziehungen ist erforderlich, wenn der Leasinggeber dem Leasingnehmer seine Ansprüche wegen des Leasinggegenstandes gegen den Hersteller oder Lieferanten abtritt: Im Verhältnis zum Lieferanten kommt Kaufrecht zur Anwendung, während sich das Rechtsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer nach dem Inhalt des Leasingvertrages bestimmt, der zumeist Elemente eines Mietvertrages (hinsichtlich der Gebrauchsüberlassung) und eines Darlehensvertrages (hinsichtlich der Finanzierung) in einem Vertrag verknüpft.¹²⁶²

Wird dem Leasingnehmer bei einem Leasingvertrag über Hard- und Software nur die Hardware übergeben, so richten sich die Rechtsfolgen nicht nach Gewährleistungsrecht (§§ 536 ff. BGB), sondern nach den Bestimmungen über Teilleistungen einschließlich der Kündigung nach § 542 BGB.¹²⁶³ Diese und die Abhilfeforderung mit Fristsetzung (§ 542 Abs. 1 Satz 2 BGB) sind an den Leasinggeber zu richten, sofern nicht der Lieferant zum Empfang bevollmächtigt ist.

I. Ausschluss der Gewährleistung nach bisherigem Recht

Nach bisheriger Rechtslage war die **vollständige Freizeichnung** des Leasinggebers von seiner mietvertraglichen Sachmängelhaftung durch AGB zulässig, wenn der Leasingnehmer bei Mängeln des Leasingguts nicht rechtlos gestellt wird, sondern kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche unmittelbar gegenüber dem Lieferanten des Leasinggebers geltend machen kann.¹²⁶⁴ Voraussetzung dafür ist, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer die Mängelgewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten vollständig und unbedingt abtritt,¹²⁶⁵ was ebenfalls in den AGB des Leasinggebers geschehen kann:

„Für Sach- und Rechtsmängel treten wir mit Abschluss des Leasingvertrages unsere kaufrechtlichen Ansprüche und Rechte gegen unsere Lieferanten an den Leasingnehmer ab. Diese

¹²⁶¹ *BGH*, NJW 1998, 1637 m.w.N.; *BGH*, BB 1998, 864.

¹²⁶² Dazu ausführlich v. *Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 5. Aufl. Köln 1998, Rz. 443 ff.

¹²⁶³ *BGH*, NJW 1988, 204.

¹²⁶⁴ *BGH*, NJW 1985, 1547, 1550.

¹²⁶⁵ *OLG Rostock*, NJW-RR 2002, 1712.

Ansprüche umfassen auch das Recht auf Nacherfüllung, Rücktritt vom Vertrag, Minderung des Kaufpreises sowie auf Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen. Im Übrigen ist unsere Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel ausgeschlossen.“

Diese sog. **Abtretungskonstruktion** ist sowohl im B2C-Bereich als auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr für den Leasingnehmer weder überraschend i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB, noch liegt hierin eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB.¹²⁶⁶ Dies gilt auch, wenn an Stelle der Abtretung eine Ermächtigung des Leasingnehmers i.S.v. § 185 BGB zur unbedingten Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten im eigenen Namen vereinbart wird.¹²⁶⁷ Im Übrigen darf sich der Leasinggeber auch den Widerruf der Übertragung für den Fall vorbehalten, dass der Leasingnehmer seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt.¹²⁶⁸

1. §§ 474 ff. BGB

Durch die Stärkung der Rechte beim Verbraucherkauf stellt sich die Frage, ob es zukünftig ausreicht, einem privaten Leasingnehmer (nur) die Gewährleistungsrechte einzuräumen, die dem Leasingnehmer gegenüber seinem Lieferanten zustehen. Im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant handelt es sich nämlich regelmäßig nicht um einen Verbraucherkauf, so dass die besonderen Schutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB auf den Lieferantenvertrag keine Anwendung finden. Zwischen Leasinggeber und Lieferant ist die Beschränkung des Nacherfüllungsanspruchs aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB daher ebenso zulässig wie die Verkürzung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche. Der Leasinggeber erlangt damit keine durch § 475 BGB geschützten Gewährleistungsrechte, die er auf den Leasingnehmer übertragen kann.¹²⁶⁹

Bei der bisher praktizierten Abtretungskonstruktion wäre der private Leasingnehmer somit schlechter gestellt als bei einem direkten (Verbraucher-)Kauf des Leasingguts vom Unternehmer. Allerdings ist die Vorschrift des § 475 BGB im Verhältnis zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber nicht unmittelbar anwendbar, da es sich bei dem Leasingvertrag nicht um einen Kaufvertrag handelt. Unanwendbar ist auch das Klauselverbot des § 309 Nr. 8 BGB.

¹²⁶⁶ Vgl. zur alten Rechtslage *BGH*, NJW 1982, 105; *BGH*, NJW 1985, 1547.

¹²⁶⁷ v. Westphalen, Leasingvertrag, *Rz.* 443; *BGH*, DB 1987, 631.

¹²⁶⁸ *OLG Rostock*, NJW-RR 2002, 1712.

¹²⁶⁹ *Reinking*, *ZGS* 2002, 229, 231; *Zahn*, DB 2002, 985, 990.

2. § 307 BGB

Folglich unterliegt die bisher übliche Abtretungskonstruktion in Formularleasingverträgen sowohl im kaufmännischen als auch im nicht-kaufmännischen Bereich der **allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB**. Dabei ist zu beachten, dass sich durch die Schuldrechtsreform das gesetzliche Leitbild der kaufrechtlichen Gewährleistung, das den Maßstab bei der Klauselkontrolle gemäß § 307 BGB bildet, geändert hat. Nach bisheriger Rechtslage gab es bei der Abtretung der Sachmängelansprüche nach kaufrechtlichem Vorbild (als Kompensation für einen formularmäßigen Ausschluss der mietrechtlichen Gewährleistung des Leasinggebers) keinen gesonderten Verbraucherschutz. Voraussetzung war jedoch, dass die Gestaltung der Mängelrechte in den Lieferbedingungen mit der gesetzlichen Konzeption übereinstimmte.¹²⁷⁰

Durch die Stärkung der Verbraucherrechte in §§ 474 ff. BGB könnte es zukünftig von der Rechtsprechung nicht mehr als ausreichend angesehen werden, wenn der Leasinggeber seine eigene Mängelgewährleistung vollständig ausschließt, ohne dem privaten Leasingnehmer zugleich die (uneingeschränkten) Rechte aus dem Verbrauchsgüterkauf zu verschaffen.¹²⁷¹ Im Ergebnis liefe dies darauf hinaus, dass der Leasinggeber verpflichtet wäre, die Gewährleistungsansprüche im Verhältnis zum Lieferanten dem Verbrauchsgüterkauf anzugleichen oder die Abweichungen zwischen Unternehmens- und Verbrauchsgüterkauf durch eine eigene Gewährleistungsübernahme gegenüber dem Leasingnehmer auszugleichen. Bisherige Klauseln, die den Leasingnehmer unter Ausschluss der Gewährleistung des Leasinggebers vorbehaltlos auf Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten verweisen, ohne den Besonderheiten des § 475 BGB Rechnung zu tragen, wären hiernach als unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 BGB unwirksam. Dies wiederum hätte zur Folge, dass Leasinggeber, die ihre AGB nicht der neuen Rechtslage anpassen, uneingeschränkt der mietrechtlichen Mängelgewährleistung unterliegen.¹²⁷²

Es ist allerdings derzeit noch nicht absehbar, ob sich die Rechtsprechung dieser Literatursicht anschließen wird oder ob sie es auch weiterhin als ausreichend erachtet, wenn dem Leasingnehmer (als Verbraucher) alle Gewährleistungsansprüche abgetreten werden, die dem Leasinggeber gegen den Lieferanten zustehen, auch wenn es sich hierbei nur um die Ansprüche im B2B-Bereich handelt. Hierfür spricht, dass ein gesonderter Verbraucherschutz nur für den Verbrauchsgüterkauf eingeführt wurde, während die mietrechtlichen Gewährleistungs-

¹²⁷⁰ Wolf/Eckart/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. 2000, Rz. 1932.

¹²⁷¹ Reinking, ZGS 2002, 229, 231.

vorschriften trotz der Berücksichtigung des Leasingvertrages im Rahmen der Schuldrechtsreform¹²⁷³ unverändert geblieben sind. Bis zur Klärung dieser Streitfrage durch die Rechtsprechung sollte im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse überprüft werden, ob und welche Schutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB in Leasingverträgen umgesetzt werden. Dabei sind vor allem die Auswirkungen auf die **Amortisation** zu berücksichtigen: Längere Gewährleistungsfristen und ein möglicher Anspruch auf Neulieferung führen zu einem erhöhten Risiko für den Leasinggeber, wenn die von ihm an den Verkäufer zu entrichtende Nutzungsvergütung (für die Nutzung der mangelhaften Sache) nicht durch die Höherwertigkeit der Ersatzsache und den am Vertragsende verbleibenden Mehrwert kompensiert wird.¹²⁷⁴

Im Falle des Leasings kommt bei Gewährleistungsfällen eine Rückzahlung des Kaufpreises nur insofern in Betracht, als die **Zahlung an den Leasinggeber Zug und Zug gegen Rückgabe des Kaufgegenstandes** erfolgt.¹²⁷⁵ Insofern erfolgt die Rückabwicklung bei IT-Mängeln im Verhältnis Leasinggeber und Lieferant. Kommt es allerdings zur Rückabwicklung des Kaufvertrages, entfällt mit dem Begehren auf Rückgewähr auch die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages.¹²⁷⁶ Wird über die Rückabwicklung gestritten, ist die Verjährung der Leasingraten gehemmt.

Von besonderer Brisanz ist die Frage der Zurechnung eines Beratungsverschuldens. Wird der Leasingnehmer vom Lieferanten falsch beraten, gibt es Probleme, da zwischen diesen beiden kein Vertrag besteht. Trotzdem wird hier durch verschiedene Instruktionen versucht, den Interessen des Leasingnehmers Rechnung zu tragen. So wird eine Pflicht des Lieferanten bejaht, bei Unbrauchbarkeit der IT-Lösung den Leasingnehmer von seinen Verpflichtungen aus dem Leasing-Vertrag freizustellen.¹²⁷⁷

Unklar ist auch die Bedeutung einer Abnahmebestätigung durch den Leasingnehmer, sofern diese Erklärung unvollständig ist. Unterschreibt der Leasingnehmer unbedarft eine nicht korrekte Lieferbestätigung, trifft ihn die Beweislast hinsichtlich der Unvollständigkeit der Leistung.¹²⁷⁸ Denkbar sind in solchen Fällen auch Schadensersatzansprüche gegen den Leasingnehmer im Verhältnis zum Leasinggeber.¹²⁷⁹

¹²⁷² Vgl. v. *Westphalen*, ZGS 2002, 64.

¹²⁷³ Vgl. § 500 BGB.

¹²⁷⁴ *Zahn*, DB 2002, 985, 988; krit. *Reinking*, ZGS 2002, 229, 232.

¹²⁷⁵ *OLG Koblenz*, CR 1988, 463, 465.

¹²⁷⁶ BGHZ 81, 298, 308.

¹²⁷⁷ *OLG Köln*, CR 1988, 723.

¹²⁷⁸ *BGH*, CR 1988, 111, 114 f.; a.A. allerdings *OLG Nürnberg*, ECR OLG 186 und *OLG Hamm*, ECR OLG 189.

¹²⁷⁹ *OLG Köln*, BB 2000, 15.

Im Übrigen bleibt der Leasinggeber kaufmännisch zur Rüge nach § 377 HGB selbst dann verpflichtet, wenn der Leasingnehmer kein Kaufmann ist.¹²⁸⁰ Hier empfiehlt es sich, eine Verpflichtung zur Rüge in den Leasingvertrag aufzunehmen. In solchen Fällen müsste dann der Leasingnehmer die Rügepflichten nach § 377 HGB unabhängig von seiner Kaufmannseigenschaft erfüllen.¹²⁸¹

Dem *OLG Hamm*¹²⁸² und später dem *BGH*¹²⁸³ lag der Fall einer AGB-Kontrolle in einem Bundle-Lease-Vertrag vor. Im Vertrag war eine Klausel enthalten durch die sich der Leasinggeber für den Fall des Scheiterns des Projekts bis zu einem von ihm selbst gesetzten spätesten Fertigstellungszeitpunkt das Recht vorbehielt, vom Leasingvertrag zurückzutreten und dem Leasingkunden die erbrachten Lieferungen und Leistungen anzudienen und die den Leasingkunden verpflichtet, Vorfinanzierungsleistungen sowie an den Lieferanten erbrachte Zahlungen zu erstatten und wieder anstelle des Leasinggebers in die mit dem Lieferanten geschlossenen Verträge einzutreten. Das *OLG Hamm* erklärte die Klausel aufgrund eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB für nichtig. Der Kunde werde de facto rechtlos gestellt, was einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip darstelle. Zudem verstoße die Andienungspflicht gegen § 305c Abs. 1 BGB. Der *BGH* hat sich in der Revision dem Votum des *OLG Hamm* weitestgehend angeschlossen. Die Regelung sei mit wesentlichen Grundgedanken des für Finanzierungsleasingverträge geltenden Mietrechts unvereinbar. Besonders schwer falle ins Gewicht, dass allein auf das Scheitern des Projekts abgestellt werden, ohne dass es darauf ankomme, dass der Leasingkunde dieses zu vertreten habe. Zu § 305c Abs. 1 BGB äußerte sich der *BGH* nicht mehr.

Das *OLG Brandenburg* hatte im Rahmen eines, aufgrund eingeschränkter Nutzbarkeit gescheiterten Softwareprojektes, welches ebenfalls über Leasing finanziert wurde, zu entscheiden, ob eine Abnahme in Kenntnis des Mangels, erfolgt war.¹²⁸⁴ Das Gericht ordnete den Vertrag als Werkvertrag ein, womit § 640 BGB Anwendung findet. In diesem Zusammenhang wurde eine Quittung i.S.d. § 368 BGB als Abnahme gewertet.

Es zeigt sich also, dass sehr gründlich auf eine angemessene Risikoverteilung zwischen allen am IT-Projekt beteiligten Parteien geachtet werden muss, damit es bei einem Fehlschlag nicht zu langwierigen rechtlichen Auseinandersetzungen kommt.

¹²⁸⁰ BGHZ 110, 130, 141 f. = CR 1990, 348, 386 f.

¹²⁸¹ *OLG Köln*, ECR OLG 171.

¹²⁸² *OLG Hamm*, CR 2008, 8 ff. = BB 2007, 2255 = WM 2007, 2012.

¹²⁸³ *BGH*, MMR 2009, 101 ff. = NJW 2009, 575 = WM 2009, 35.

¹²⁸⁴ *OLG Brandenburg*, CR 2008, 763 ff.

II. Dauer der Gewährleistungsfrist

Der in § 475 BGB vorgeschriebenen Mindestgewährleistungsfrist beim Verbrauchsgüterkauf von zwei Jahren könnte in Leasingverträgen mit Verbrauchern über die Lieferung von Neuwaren durch folgende Klausel Rechnung getragen werden:

Für Sach- und Rechtsmängel treten wir mit Abschluss des Leasingvertrages unsere kaufrechtlichen Ansprüche und Rechte gegen unsere Lieferanten an den Leasingnehmer ab. Im Übrigen ist unsere Gewährleistung ausgeschlossen, es sei denn, die Ansprüche des Leasingnehmers gegen den Lieferanten sind nach den Liefer-/Geschäftsbedingungen des Lieferanten ausgeschlossen, weil die Gewährleistungsfrist für die Sach- und Rechtsmängel kürzer als zwei Jahre ist.¹²⁸⁵

III. Beschränkung der Nacherfüllung auf Mängelbeseitigung

Es entspricht der üblichen Vertragspraxis bei Leasingverträgen, den Leasingnehmer auf ein Nachbesserungsrecht, anstatt der Lieferung einer Ersatzsache zu beschränken, um so die Amortisation für den Leasinggeber zu sichern. Beim Verbrauchsgüterkauf ist es gemäß § 475 BGB unzulässig, den gesetzlichen Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB (einschließlich des Rechts zur Neulieferung) oder das Rücktritts- und Minderungsrecht durch ein vorgeschaltetes Nachbesserungsrecht des Verkäufers zu beschränken. Hieraus wird in der Literatur der Schluss gezogen, dass auch in Leasingverträgen mit Verbrauchern entsprechende Nachbesserungsklauseln unzulässig seien, da der Leasinggeber *alle* Sachmängelansprüche aus dem Lieferantenvertrag, d.h. einschließlich des uneingeschränkten Nacherfüllungsrechts, auf den Leasingnehmer zu übertragen habe.¹²⁸⁶

Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass der Leasingnehmer nach mietvertraglichen Gewährleistungsvorschriften, d.h. selbst bei einer uneingeschränkten eigenen Mängelgewährleistung des Leasinggebers (infolge eines unwirksamen Gewährleistungsausschlusses), nur einen Anspruch auf Mängelbeseitigung,¹²⁸⁷ aber **keinen Anspruch auf Neulieferung** der Mietsache hat.¹²⁸⁸ Hieran hat die Miet- und Schuldrechtsreform nichts geändert. Von einer unangemessenen Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB kann daher nur dann ausgegangen werden, wenn dem Leasingnehmer das Recht verwehrt wird, sich beim Scheitern oder bei Unzumutbarkeit

¹²⁸⁵ A.A. Zahn, DB 2002, 985, 992: 1 Jahr Verjährungsfrist zulässig.

¹²⁸⁶ Reinking, ZGS 229, 233.

¹²⁸⁷ § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB.

¹²⁸⁸ BGH, DB 1987, 371, 372.

der vereinbarten Nachbesserung vom Leasingvertrag zu lösen. Eine entsprechende Klausel in einem Leasingvertrag mit einem Verbraucher über die Lieferung von Neuwaren könnte wie folgt aussehen:

Soweit die abgetretenen Ansprüche gegen den Lieferanten auf Rücktritt oder Minderung des Kaufpreises von einer fehlgeschlagenen Mängelbeseitigung (Nachbesserung) abhängig sind, steht dem Leasingnehmer ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Leasingvertrages zu, wenn die Nachbesserung für den Leasingnehmer unzumutbar ist. Ein Anspruch auf Neulieferung wegen Sachmängeln besteht nur, wenn die Lieferbedingungen des Lieferanten dies vorsehen.

IV. Kündigung

Schließlich ist zu beachten, dass für den Fall erheblicher Mängel das Kündigungsrecht des Leasingnehmers gemäß § 543 BGB nicht durch eine vollständige Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr auf den Leasingnehmer ausgeschlossen werden darf.¹²⁸⁹ Ist die (mietrechtliche) Pflicht des Leasingnehmers zur Nutzungsüberlassung auf die Reparatur beschränkt, muss nach Ansicht des *BGH* für „nicht unerhebliche Beschädigungen“ ein Kündigungsrecht vorgesehen werden. Unwirksam ist daher auch eine Klausel, nach der der Leasingnehmer ohne Einschränkung „für Verlust und Beschädigung jeder Art“ haftet.

¹²⁸⁹ *BGH*, DB 1987, 371, 372.

Siebtes Kapitel: Softwarewartungs- und Pflegeverträge

Literatur:

Bartsch, Softwarepflege nach neuem Schuldrecht, NJW 2002, 1526; *Bischof/Witzel*, Softwarepflegeverträge. Inhalte und Problemstellungen, ITRB 2003, 31; *Habel*, Softwarewartung, CR 1993, 55; *Hardt*, Vertragstypen und Haftungsrisiken bei Softwarepflegeverträgen, CR 1991, 200; *Hardt*, Haftungsbeschränkung durch AGB bei Softwarepflege, CR 1991, 718; *Hartmann/Thier*, Typologie der Softwarepflegeverträge, CR 1998, 581; *Koch*, Schlechtleistung bei softwarebezogener Nacherfüllung – Fehler in neuen Softwareversionen oder -updates, ITRB 2008, 131; *Moritz*, Der Softwarepflegevertrag – Abschlusszwang und Schutz vor Kündigung zur Unzeit?, CR 1999, 541; *Schneider*, Risikobereiche des Pflegevertrages, CR 2004, 241; *Schneider*, Vollpflege von Standardsoftware, CR 2004, 408; *Schneider*, Der Vertrag zur Softwarepflege, CR 1999, 157; *Schreibauer/Taraschka*, Service Level Agreements für Softwarepflegeverträge, CR 2003, 557; *Welker/Schmidt*, Kündigung von Softwarepflegeverträgen durch sog. End-of-Life-Schreiben, CR 2002, 873; *Wohlge-muth*, Computerwartung, München 1999; *Zahrnt*, Abschlusszwang und Laufzeit beim Softwarepflegevertrag, CR 2000, 205.

Die Rechtsnatur von Serviceverträgen ist derzeit noch ungeklärt. Die Bandbreite der vertretenen Ansichten reicht von der Einordnung als Werk-,¹²⁹⁰ Miet-,¹²⁹¹ Dienstverträge¹²⁹² über die Qualifizierung als Verträge sui generis bis hin zur Betrachtung als Versicherungsverträge.¹²⁹³ Meines Erachtens gibt es „den“ Servicevertrag nicht. Vielmehr sind eine Fülle von Einzelleistungen zu unterscheiden, die allerdings auf der Grundlage eines einheitlichen Schuldverhältnisses, dem allgemeinen Servicevertrag, erbracht werden.

Zu unterscheiden sind verschiedene Stufen der Software-Pflege-Vereinbarung. Da sind zunächst die **Basisverträge**. Die Basisverträge konzentrieren sich auf z.B. die Lieferung von Hardware, die als kaufvertraglich anzusehen ist. Auch die Lieferung „nackter“ Software erfolgt regelmäßig im Rahmen von Kaufverträgen. Dahingegen ist die Lieferung von Individual-Software sowie die Anpassung von Standard-Software an die besonderen Bedürfnisse des Kunden im Rahmen werkvertraglicher Vertragsgestaltungen typisch.

Auf der zweiten Stufe liegt **der allgemeine Service-Vertrag**. Es handelt sich um einen Dienstvertrag als Dauerschuldverhältnis, der im Kern zunächst einmal nur die allgemeine Bereitschaft des Pflegeunternehmens ausdrückt, für die Bedürfnisse des Anwenders da zu

¹²⁹⁰ Siehe etwa BGHZ 91, 316, 320 = NJW 1984, 2180; *OLG Frankfurt*, ZIP 1983, 702; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 9 W 11.

¹²⁹¹ *Löwe*, CR 1987, 219.

¹²⁹² *Beise*, DB 1979, 1214.

¹²⁹³ *BVerwG*, NJW-RR 1988, 343; *BGH*, NJW-RR 1988, 319.

sein. Ferner beinhaltet der allgemeine Servicevertrag ein Angebot des Pflegeunternehmens zum Abschluss von Einzelverträgen.

Insofern verweist der allgemeine Service-Vertrag auf die Verträge dritter Stufe, nämlich die **Einzelverträge über die Einzelleistungen**. Diese Einzelleistungen haben völlig unterschiedliche Gepräge. Geht es um die individuelle Instandhaltung und Instandsetzung, haben wir es mit einem Werkvertrag zu tun. Die Lieferung von Updates und Upgrades ist im Wesentlichen kaufvertraglich zu qualifizieren. Eine Hotline und sonstige Formen der Beratung erfolgen auf der Basis dienstvertraglicher Verpflichtungen.

Die Übernahme einer 24-Stunden-Verfügbarkeitsgarantie durch eine auf die Wartung von Computersoftware spezialisierte Firma verstößt nicht gegen § 307 BGB. Denn es ist nicht ersichtlich, dass durch die Übernahme dieser Pflicht eine solche Firma entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werde. Es ist vielmehr einsichtig und deshalb angemessen, dass ein Unternehmen, dessen an verschiedenen Stellen arbeitende Dienststellen miteinander kommunizieren müssen, sicherstellen muss, dass ein etwaiger Ausfall des Systems kurzfristig behoben wird. Die Wartungsfirma kann als ausgewiesene Spezialistin bei Vertragsschluss dieses Risiko auch sehr genau einschätzen.¹²⁹⁴

I. Der allgemeine Servicevertrag

Der allgemeine Servicevertrag wird von den Parteien frei geschlossen. Ein Anspruch auf Abschluss eines solchen Vertrages kann allenfalls nach Maßgabe **kartellrechtlicher Vorgaben** (§ 20 Abs. 2 GWB bzw. Art. 102 AEUV) bejaht werden, wenn ein Unternehmer Serviceverträge abschließt und einem einzelnen Anwender ohne sachlichen Grund den Abschluss verweigert.

1. Hauptleistungspflichten

a) Pflichten des Dienstverpflichteten

Dienstverträge verpflichten zu **Diensten jeder Art** (§ 611 Abs. 2 BGB). Durch den Servicevertrag verpflichtet sich der Unternehmer insbesondere zum

- Bereithalten von Personal auf Abruf und

¹²⁹⁴ OLG Köln, K&R 2003, 573.

- Bereithalten von Maschinen.

Primärer Anspruch des Dienstberechtigten gegen den Dienstverpflichteten ist der Erfüllungsanspruch aus dem Dienstvertrag (§§ 611, 241 BGB), den der Dienstberechtigte im Wege einer Erfüllungsklage geltend machen kann. Allerdings ist eine Vollstreckung aus dem Erfüllungstitel im Regelfall gemäß § 888 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

Hinsichtlich der näheren Konkretisierung des Leistungsumfangs werden im typischen Fall in Pflegeverträgen Szenarien für die **Reaktionszeiten und den Reaktionsumfang** vorgenommen. Solche Szenarien sind typischerweise einer AGB-Kontrolle entzogen, da damit Hauptleistungspflichten konkretisiert werden. Allerdings gilt auch bei der Konkretisierung von Hauptleistungspflichten das Transparenzgebot. Insofern hat der *BGH* zu Recht eine Klausel untersagt, wonach Dienstpflichten nur im Rahmen des „technisch Möglichen“ erbracht werden.

Die aus einem Software-Pflege-Vertrag hinsichtlich einer Kanzleisoftware verpflichtete Partei muss bei Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen die Software an die geänderten Bestimmungen anpassen und eine auf dem vereinbarten Betriebssystem lauffähige Version bereitstellen.¹²⁹⁵

Wird in einem Softwarepflegevertrag vereinbart, dass die Wartungsleistungen grundsätzlich über Telefon, online oder Modem/ISDN erbracht werden sollen, kann der Kostenaufwand für den vom Leasingnehmer ausdrücklich gewünschten Vor-Ort-Service gesondert in Rechnung gestellt werden. Auch besteht ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung, wenn die Stundenzahl für ein mitgeleastes Training auf der neu erworbenen Software bei weitem überschritten wird.¹²⁹⁶

AGB-rechtlich unproblematisch ist eine Klausel, wonach die Wartung in Form der Instandhaltung auf Abruf des Auftraggebers erfolgt.¹²⁹⁷ Wird die Wartung schlecht durchgeführt und gerät die Anlage dann insgesamt in einen störanfälligen Zustand, liegt darin eine mangelhafte Werkleistung.¹²⁹⁸ Die Beweislast für einen Mangel der Wartung liegt beim Kunden.¹²⁹⁹ Wird eine Wartung auf Abruf sowie eine feste Mindestlaufzeit des Wartungsvertrages vorgesehen, bedarf es keiner Abnahme; die Abnahme gilt insofern als konkludent abbedungen.¹³⁰⁰ Einer gesonderten Abnahme bedarf es auch deshalb nicht, weil die Pflegeleistungen ja kontinuier-

¹²⁹⁵ *OLG Köln*, CR 2003, 329 = *OLGR Köln*, 2003, 37.

¹²⁹⁶ *LG Cottbus*, CR 2004, 260.

¹²⁹⁷ *OLG Hamm*, CR 1989, 815 = *BB-Beilage* 15/1989, 8.

¹²⁹⁸ *OLG München*, CR 1989, 283 f.

¹²⁹⁹ *OLG München*, CR 1989, 283 f.

lich vorgenommen werden müssen.¹³⁰¹ Wird eine Hotline kostenlos angeboten, können trotzdem Auskünfte einer solchen Hotline eine Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit mitbringen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anbieter dem Kunden mitteilt „für weitere Fragen stehen ich Ihnen gerne zur Verfügung“.¹³⁰²

b) § 307 BGB

Welche Leistung der Dienstverpflichtete schuldet, ist im Wege der **Vertragsauslegung** zu ermitteln. Nach neuem Recht ist dabei zu beachten, dass durch die Einbeziehung von standardisierten Arbeitsverträgen in die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle nunmehr auch die Hauptkonditionen des Dienstvertrages auf dem Prüfstand des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stehen können. Dabei erstreckt sich die Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nur auf Bestimmungen, durch die von Rechtsvorschriften abgewichen wird. Außerhalb des Arbeitsrechts bleibt es damit bei der alten Rechtslage, wonach die Hauptleistungspflichten, insbesondere die Angemessenheit der Vergütung, nicht der richterlichen Inhaltskontrolle unterliegen, da die Primärpflichten der Dienstvertragsparteien nicht gesetzlich fixiert sind.

Wie und wann Personal und Maschinen bereitzustehen haben, wird durch das **Direktionsrecht des Dienstberechtigten** konkretisiert. Im Zweifel ist die Leistung jedoch persönlich vom Dienstverpflichteten zu erbringen (§ 613 Satz 1 BGB). Erbringen fremde Serviceunternehmen Dienstleistungen anstelle des Dienstverpflichteten, liegt darin keine Erfüllung des Dienstvertrages. Ohne Genehmigung braucht der Dienstberechtigte sich keinen anderen Vertragspartner gefallen zu lassen (§ 415 BGB). Zwar kann der Dienstverpflichtete die Möglichkeit eines solchen Wechsels vereinbaren. Dabei hat er aber die Grenzen des AGB-Rechts zu beachten. Hiernach ist eine Bestimmung unwirksam, wonach bei Dienstverträgen ein Dritter in die vertraglichen Pflichten eintritt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Dritte namentlich bezeichnet ist oder dem Dienstberechtigten das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen. Die Kündigungsfrist ist zu lang, wenn der Anwender erst nach einem Monat den Vertrag auflösen kann.¹³⁰³ Auch bei Kaufleuten ist ein freier Wechsel nicht im Rahmen von AGB vorsehbar.¹³⁰⁴

Umgekehrt kann der Dienstberechtigte im Zweifel nicht seinen Anspruch auf die Dienste auf Dritte übertragen (§ 613 Satz 2 BGB). Insbesondere ist es ihm verwehrt, den Dienstverpflich-

¹³⁰⁰ OLG Karlsruhe, CR 1987, 232, 234.

¹³⁰¹ Seitz, CR 1988, 332; ähnlich Löwe, CR 1987, 219 f.

¹³⁰² S. AG Neubronn, NJW-RR 1994, 1077.

¹³⁰³ LG Köln, NJW-RR 1987, 885, 886.

¹³⁰⁴ KG Berlin, CR 1987, 234.

teten darauf zu verweisen, dass dessen Leistungen für ihn keinen Sinn mehr hätten und dieser daher für ein anderes Unternehmen tätig werden solle. Auch verstoßen Klauseln etwa in Einkaufsbedingungen, die einen solchen freien Wechsel vorsehen, gegen das AGB-Recht. Eine Übertragung der Pflichten aus dem Pflegevertrag auf einen Dritten kann nicht AGB-rechtlich vorgesehen werden.¹³⁰⁵ Zulässig ist allerdings die Übertragung von Pflichten im Rahmen der **Subunternehmerschaft**. In der Literatur wird aber eine solche uneingeschränkte Möglichkeit zur Übertragung von Pflichten auf Erfüllungsgehilfen im Hinblick auf die besondere Sensibilität des Pflegebereichs für bedenklich erachtet.¹³⁰⁶

In Einkaufsbedingungen kann durchaus eine **24-Stunden-Verfügbarkeitsgarantie** durch eine auf die Wartung von Computersoftware spezialisierte Firma vereinbart werden, ohne dass dies mit § 307 Abs. 2 BGB unvereinbar wäre. Denn es ist nicht ersichtlich, dass durch die Übernahme dieser Pflicht eine solche Firma entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werde. Es ist vielmehr einsichtig und deshalb angemessen, dass ein Kunde sicherstellen muss, dass ein etwaiger Ausfall des Systems kurzfristig behoben wird.¹³⁰⁷

c) Pflichten des Dienstberechtigten

Der Dienstberechtigte hat die Serviceleistungen zu vergüten. Die Vergütung kann **nach Leistung** (§ 614 Satz 1 BGB) **oder Zeit** (§ 614 Satz 2 BGB) berechnet werden. Eine Vorauszahlungspflicht ist zumindest dann unwirksam, wenn es um eine Vorauszahlung für ein Jahr im Voraus geht.¹³⁰⁸ Zu beachten ist hier vor allem das Leitbild des Dienstvertragsrechts (§ 624 BGB) sowie des Mietrechts (§ 551 BGB), wonach die Vergütung zum Ende des einzelnen Zeitabschnittes fällig wird. In der Literatur wird vorgeschlagen, zumindest eine vierteljährliche Vorauszahlung als wirksam anzusehen.¹³⁰⁹

Wird bei der Pflege ein „**Zirkapreis**“ vereinbart, kann das Pflegeunternehmen seinen nachträglich höheren Aufwand nur bis zu 110 % des Zirkapreises in Rechnung stellen.¹³¹⁰ Eine Berechnung der jeweils geschuldeten Pauschale zu Beginn eines Kalenderjahres ist AGB-rechtlich unzulässig.¹³¹¹ Eine Vorauszahlungklage soll allerdings zulässig sein.¹³¹²

¹³⁰⁵ *OLG Bamberg*, CR 1986, 366; vgl. *LG Köln*, CR 1987, 234.

¹³⁰⁶ *Schneider*, K 220.

¹³⁰⁷ *OLG Köln*, K&R 2003, 573 = OLGR Köln 2003, 177.

¹³⁰⁸ *OLG München*, CR 1992, 401, 402 = VuR 1991, 246; a.A. *LG Köln*, RuS 1995, 313 = ECR LG 197.

¹³⁰⁹ *Schneider*, K 210T; *Zahrnt*, CR 1992, 404.

¹³¹⁰ *LG Köln*, Urt. v. 30.3.1992 – 90 O 282/82.

¹³¹¹ *OLG München*, CR 1992, 401.

¹³¹² *OLG München*, CR 1992, 401, 402.

Zu beachten ist, dass Preisvereinbarungen nicht einer AGB-Kontrolle unterliegen. Eine (scheinbare) Ausnahme gilt nur für **Preisnebenabreden**, die die Art und Weise der Preisberechnung zum Gegenstand haben. Hinsichtlich der Abdingbarkeit von § 614 BGB ist zu bedenken, dass eine Klausel, die eine Vergütung für ein Jahr im Voraus vorsieht, wohl kaum einer Inhaltskontrolle standhalten dürfte. Vereinbaren Vertragsparteien im Rahmen eines Softwarepflege- und Betreuungsvertrages die regelmäßige Zahlung einer pauschalen Servicegebühr zum Ersten des jeweiligen Monats, so ist diese Vergütung unabhängig davon, ob im entsprechenden Zeitraum tatsächlich Leistungen erbracht bzw. ein bestimmter Erfolg herbeigeführt wurden, für die dauerhafte Bereithaltung von Personal und Material über einen längeren Zeitraum geschuldet.¹³¹³

2. Nebenpflichten

Neben die Hauptleistungspflichten treten Nebenpflichten, die sich als Gebote redlichen Verhaltens aus § 242 BGB ableiten lassen. Ein Verstoß gegen diese Pflichten führt bei schuldhaftem Verhalten zu Schadensersatzansprüchen aus pVV (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) und c.i.c. (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB).

Der **Dienstverpflichtete** übernimmt auch eine Reihe von Nebenpflichten. Dazu zählt die **Pflicht zur Anzeige drohender Schäden**. Ferner ist er verpflichtet, **richtige Informationen** über wichtige Eckdaten der Pflege zu geben. Dazu gehört auch eine Aufklärung über Alternativen, etwa der Möglichkeit eines kostenlosen Updates oder der sinnvollen Aktualisierung auf einen anderen Programmstand.¹³¹⁴ Da er im Rahmen seiner Pflegeverpflichtung eine Fülle von Betriebsgeheimnissen erfahren kann, trifft ihn auch eine implizite Pflicht zur Wahrung dieser **Betriebsgeheimnisse**. Dies gilt insbesondere im Verhältnis zu Anwendern, die der Amtsverschwiegenheit unterliegen (§ 203 StGB), allen voran Anwälte und Ärzte. Ferner trifft den Anwender die Pflicht zur Einrichtung einer ordnungsgemäßen Datensicherung, zur Bereitstellung von pflegenotwendigen Unterlagen und zur Bereitstellung eines technisch versierten Ansprechpartners für Rückfragen.

Der **Dienstberechtigte** ist seinerseits als Nebenpflicht dazu verpflichtet, alles zu tun, um Schäden an Leib und Leben des Pflegeunternehmers zu vermeiden. Ihn treffen umfangreiche Mitwirkungs- und Unterrichtungspflichten, insbesondere im Hinblick auf die Realisierung des Vertragszwecks. Übernimmt der Anwender nebenvertraglich die Pflicht zur regelmäßigen Datensicherung, scheiden Schadensersatzansprüche gegen Wartungsunternehmen wegen Da-

¹³¹³ LG Berlin, CR 2001, 743 = ZUM-RD 2002, 296.

tenverlust regelmäßig aus.¹³¹⁵ Streitig ist, ob er verpflichtet ist, **den neuesten Programmstand zu übernehmen**. Für das Pflegeunternehmen ist es oft ein Problem, dass der Anwender auf der Basis veralteter Programmstände Pflege erwartet. Eine solche Pflege kann im Laufe der Jahre sehr zeit- und kostenintensiv werden. Es ist daher verständlich, dass Pflegeunternehmen vertraglich den Anwender verpflichten, jeweils den neuesten Programmstand einzuarbeiten. Schwierig ist die Frage, ob AGB-mäßig hohe Frequenzen von Updates als Übernahmepflicht für den Kunden vorgesehen werden können. Im Hinblick auf die allgemeine Auslegung im Rahmen von § 307 Abs. 2 BGB wird man darauf abstellen müssen, ob dem Kunden noch Alternativen bleiben, etwa in Form der Rücksetzung der Software bei verbleibenden Fehlern in der neuen Version.¹³¹⁶ Auch wird man dem Kunden die Möglichkeit einräumen müssen, für einen etwas längeren Zeitraum nach Freigabe der neuen Version die Pflege noch auf der Grundlage der alten Version verlangen zu dürfen.¹³¹⁷ Das LG Hamburg¹³¹⁸ hat jetzt entsprechende Klauseln gebilligt. Eine Klausel in AGB eines Softwareherstellers, wonach sich die Pflege stets auf den gesamten Bestand des Auftraggebers an der Software des Herstellers bezieht, soweit der Hersteller hierfür Pflege anbietet, und die bestimmt, dass der Auftraggeber stets alle Installationen der Software des Herstellers, für die der Hersteller Pflege anbietet, einschließlich durch eventuelle spätere Zukäufe oder i.R.d. Pflege erworbener Software des Herstellers, vollständig beim Hersteller in Pflege halten oder die Pflege insgesamt kündigen muss („gesamthafte Pflege“), ist wirksam. Das gilt auch dann, wenn die Klausel weiter bestimmt, dass diese Regelung auch Software des Herstellers umfasst, die der Auftraggeber von Dritten bezogen hat, und für die der Hersteller Pflege anbietet, und dass Zukäufe den Auftraggeber zur Erweiterung der Pflege auf Basis gesonderter Pflegeverträge mit dem Hersteller verpflichten.

II. Nicht- und Schlechterfüllung

Das Dienstvertragsrecht in den §§ 611 ff. BGB enthält auch nach der Schuldrechtsreform **keine eigenen Gewährleistungsregeln**. Vertraglichen Vereinbarungen durch Verwendung vorformulierter Geschäftsbedingungen, die das Haftungsrisiko für Leistungsstörungen regeln, kommt daher im Dienstvertragsrecht eine zentrale Bedeutung zu. Die Generalklausel des

¹³¹⁴ AG Düren, CR 2004, 734.

¹³¹⁵ LG Stuttgart, CR 2002, 487.

¹³¹⁶ A.A. Peter, in: Schneider/v. Westphalen, Software-Erstellungsvertrag, Köln 2006, Rz. G 218 ff., der solche Klauseln als Leistungsbeschreibungen für nicht kontrollfähig ansieht.

¹³¹⁷ Schneider, K 154.

¹³¹⁸ LG Hamburg, Urt. v. 25.10.2013 – 315 O 449/12 (nicht rechtskräftig).

§ 280 Abs. 1 BGB, die als zentrale Norm des Leistungsstörungenrechts leistungsbezogene Pflichtverletzungen jeder Art erfasst, wirkt sich als Regelung des allgemeinen Schuldrechts auch auf Leistungsstörungen im Softwarepflegebereich aus. Danach hat der Dienstherr neben dem weiterhin bestehenden Erfüllungsanspruch einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch die schuldhaftige Verletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenleistungspflicht verursacht wird; eine selbständige Minderung der Vergütung wegen Schlechtleistung kennt das Dienstvertragsrecht auch weiterhin nicht.

Leistungsstörungen im Softwarepflegevertrag unterfallen während seiner Laufzeit **dem allgemeinen Schuldrecht**.¹³¹⁹ Erst nach Laufzeitende ist das Gewährleistungsrecht einschlägig.

Die Rückabwicklung des Softwarepflegevertrages kann im Einzelfall auch den zugrunde liegenden Softwarevertrag erfassen, sofern **Pflege- und Softwarevertrag Teile eines Gesamtgeschäftes** sind. Dabei reicht es für die Einheitlichkeit aus, wenn nur einer der Vertragspartner einen Einheitlichkeitswillen hat und dieser dem anderen Partner erkennbar war und von diesem gebilligt oder mindestens hingenommen wurde. Zur Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts ist es nicht erforderlich, dass bereits rechtsgeschäftliche Bedingungen hergestellt sind. Ebenso wenig brauchen die Vereinbarungen demselben rechtlichen Geschäftstypus anzugehören; sie können durchaus wesensungleich sein. Eine Geschäftseinheit wird selbst dadurch nicht ausgeschlossen, dass an den Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.

Eine **Softwaredokumentation** ist mangelhaft, wenn in ihr in nennenswertem Umfang Bildschirmdialoge nicht (mehr) aktuell sind, nicht mit den im Programm vorhandenen Dialogen übereinstimmen oder gar nicht dokumentiert sind, wenn ein Inhaltsverzeichnis fehlt oder wenn sie den Anwender nicht in die Lage versetzt, die Software im Bedarfsfalle erneut oder auf einer anderen Anlage zu installieren. Der Pflegegläubiger hat einen Anspruch auf eine aktualisierte Softwaredokumentation bei jedem „Update“ der Software.¹³²⁰

Hat der Gläubiger an der Erfüllung des Dienstvertrages wegen Verzögerung oder Schlechtleistung kein Interesse mehr oder ist diese ihm nicht mehr zuzumuten, so gewähren § 280 Abs. 2 und 3 BGB unter den Voraussetzungen der §§ 281, 282 BGB einen Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung**. In der Praxis dürfte diese Rechtsfolge, die u.a. auf Ersatz der Kosten einer durch Nacherfüllung noch durchführbaren Leistung gerichtet ist,¹³²¹ vor allem bei Dienstverträgen relevant werden, bei denen die Dienstleistung nicht im Rahmen eines

¹³¹⁹ *LG Bonn*, CR 2004, 414 = K&R 2004, 353 = <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040109.htm>.

¹³²⁰ *LG Bonn*, CR 2004, 414 = K&R 2004, 353 = <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040109.htm>.

Dauerschuldverhältnisses, sondern als einmalige Leistung erbracht wird, z.B. bei Beratungsleistungen im Rahmen eines Mandatsverhältnisses (Steuerberater, Rechtsanwalt). Von einer Schlechtleistung ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Dienstverpflichtete seiner Arbeitspflicht zwar nachkommt, aber eine mit Mängeln behaftete Arbeitsleistung erbringt. Im Bereich der nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten, die in § 282 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB geregelt sind, liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn bei der (ordnungsgemäßen) Erbringung der Dienstleistung anderweitige Rechtsgüter und Vermögensinteressen des Dienstberechtigten geschädigt werden.¹³²² Hiervon kann etwa im Bereich des Gesellschaftsrechts bei wiederholten Verstößen gegen ein nebenvertragliches Konkurrenzverbot durch einen Gesellschafter ausgegangen werden.¹³²³

Im Falle der Nichterfüllung von Pflegepflichten kann der Anwender auf Erfüllung klagen. Hier gibt es auch die Möglichkeit einer Ersatzvornahme im Rahmen von § 887 ZPO. Ferner kann er das vereinbarte Entgelt verweigern (§ 320 Abs. 1 BGB). Sind die Dienste vor allem wegen Zeitablauf nicht mehr nachholbar, liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor. Bei verspäteter Erfüllung greifen die allgemeinen Regeln zum Verzug.

Die Gewährleistung richtet sich nach den **allgemeinen Regeln der Schlechterfüllung** im Dienstvertragsrecht. Es greift insofern § 280 BGB. Die Haftung für Pflegemängel ist verschuldensabhängig. Allerdings gelten die Regelungen zur Verschiebung der Darlegungs-/Beweislast nach § 280 Abs. 2 BGB. Einen Anspruch auf Nacherfüllung gibt es nicht. Allerdings bestehen die sonstigen Gewährleistungsrechte aus dem Kaufrecht in entsprechender Weise, insbesondere der Anspruch auf Minderung des Pflegeentgelts sowie auf Rücktritt vom Vertrag.

III. Beendigung des Servicevertrages

In der Rechtsprechung finden sich viele Entscheidungen, die sich mit der Wirksamkeit von Kündigungserklärungen bei Serviceverträgen auseinandersetzen.

¹³²¹ Dauner-Lieb, Schuldrecht, § 280 Rz. 63, Bonn 2002.

¹³²² Jousen, NZA 2001, 745, 747; vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 141.

¹³²³ Vgl. BGH, NJW-RR 1996, 949.

1. Ordentliche Kündigung

Ein Dienstvertrag endet mit **Ablauf des Zeitraumes**, für den er abgeschlossen worden ist (§ 620 BGB). Zu beachten ist, dass eine mehr als zweijährige Laufzeit nicht vereinbart werden kann.

Abseits solcher befristeter Verträge sieht das BGB **besondere Fristen** für die ordentliche Kündigung vor (§ 621 BGB). Ist die Vergütung nach Vierteljahren bemessen, liegt die Kündigungsfrist bei sechs Wochen für den Schluss des Kalenderjahres (§ 621 Nr. 4 BGB). Zwar ist das Recht zur ordentlichen Kündigung uneingeschränkt abdingbar. Allerdings muss der Anwender spätestens nach zwei Jahren eine erste Möglichkeit zur Kündigung haben.¹³²⁴ Stillschweigende Verlängerungen dürfen nicht länger als ein Jahr dauern. Zu Lasten des Anwenders ist auch eine längere Kündigungsfrist als drei Monate nicht einführbar. Diese Regelungen gelten aber nicht im kaufmännischen Verkehr. Hier sind die jeweiligen Handelsbräuche und Gewohnheiten zu beachten. Diese können es angezeigt sein lassen, eine zehnjährige Bindung an einen Vertrag zuzulassen.¹³²⁵

Die Verwirkung eines Kündigungsrechtes – auch eines außerordentlichen – kann auch bei einem IT-Wartungsvertrag mit 24-Stunden-Verfügbarkeitsgarantie **nicht vor Ablauf von zwei Monaten** angenommen werden.¹³²⁶ Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der Schuldner vor Kündigung des Vertrages die Möglichkeit haben musste, sich um eine Ersatzlösung zu bemühen.

Ohne individuell getroffene vertragliche Absprache über eine langfristige Softwarewartungsdauer besteht keine generelle Pflicht des Wartungsunternehmens, die vereinbarten Leistungen für den gesamten „**Lebenszyklus**“ einer verkauften Software sicherzustellen.¹³²⁷ In Literatur und Rechtsprechung werden in seltenen Einzelfällen Kündigungsausschlüsse diskutiert, z.B. für den Fall, dass das Wartungsunternehmen bei noch neuer und aktuell auf dem Markt vertriebener Software sich bewusst einem bereits bei Vertragsschluss erkennbar gewordenen Anpassungsbedarf (Umstellung auf das Jahr 2000, Euroumstellung u.a.)¹³²⁸ entziehen will oder aber in dem Fall, in dem durch eine Kündigung der Kunde zur Zahlung von nicht geschuldeten Leistungen gebracht werden soll.¹³²⁹ Es liegt jedoch grundsätzlich in der Autono-

¹³²⁴ Siehe dazu auch *Merveldt*, CR 2006, 721; *Kaufmann*, CR 2005, 841.

¹³²⁵ *OLG Hamm*, NJW-RR 1986, 1248, 1249; *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1991, 1460, allg. zur Kündigung von Softwarepflegeverträgen; *Kaufmann*, CS 2005, 841.

¹³²⁶ *OLG Köln*, K&R 2003, 573; s. für den Fall eines Quasi-Vertragshändlers: *BGH*, MDR 1994, 457.

¹³²⁷ *OLG Koblenz*, MMR 2005, 472 = CR 2005, 482 = K&R 2005, 426.

¹³²⁸ S. *OLG Köln*, CR 1998, 720 f. sowie *Bartsch*, NJW 2002, 1526 ff., 1530.

¹³²⁹ Vgl. *OLG Koblenz* NJW 1993, 3144 ff.

mie und Verantwortung der Vertragsparteien, eine Mindestvertragszeit – sofern gewollt – selbständig frei auszuhandeln. Daher kann es keinen Ausschluss von Kündigungsrechten für die ersten Jahre unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben geben.¹³³⁰

2. Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB)

Nach § 626 BGB kann jeder Dienstvertrag **aus wichtigem Grund gekündigt** werden. Dieses Recht zur außerordentlichen Kündigung ist nicht abdingbar.¹³³¹ Auch eine Beschränkung auf bestimmte wichtige Gründe ist unzulässig.¹³³² Gleiches gilt für Kündigungserschwernisse, etwa die Einführung einer „SchadenspauSchale“. Wirksam ist lediglich ein Verzicht auf dieses Recht nach dessen Entstehung.

Was bei EDV-Serviceverträgen als wichtiger Grund anzusehen ist, ist im Einzelnen streitig. Mangelhafter Service kann – regelmäßig nach Abmahnung – zur Kündigung aus wichtigem Grund führen, insbesondere bei häufiger Schlechterfüllung und schlechten Reaktionszeiten. Zweifelhaft dürfte es sein, ob eine Kündigung auch bei anwenderseitigem Ende der Nutzung der DV-Anlage zulässig ist. Es dürfte wohl kein Kündigungsgrund sein, als Anwender auf die Unzumutbarkeit neuer Versionen zu verweisen. Höhere Gewalt kann wiederum eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.¹³³³

3. Kündigung auf Grund besonderen Vertrauens (§ 627 BGB)

Ein besonderes außerordentliches Kündigungsrecht sieht § 627 BGB bei Diensten vor, die **auf Grund besonderen Vertrauens** übertragen zu werden pflegen. Dieses Recht ist individualvertraglich abdingbar. Ob eine Klausel aber der Inhaltskontrolle standhält, ist streitig.¹³³⁴

IV. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Updates/Upgrades: Kaufvertrag

Wichtig ist hier die **Unterscheidung zwischen Updates und Upgrades**. Upgrades umfassen Programmanpassungen auf eine leistungsstärkere Hardwareumgebung, während Updates die bloße Fehlerbeseitigung auf der Basis der bestehenden Hardwareinfrastruktur bezeichnet.

¹³³⁰ OLG Koblenz, MMR 2005, 472; a.A. LG Köln, CR 1999, 218 ff.

¹³³¹ BGH, NJW 1986, 3134; OLG Karlsruhe, BB 1983, 725, 728.

¹³³² Unklar, Peter, in: Schneider/v. Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Rz. G 255, der eine Definition einzelner wichtiger Gründe „in engen Grenzen“ für wirksam erachtet.

¹³³³ Kündigungsrecht bejaht durch BGH, NJW 1986, 3134.

¹³³⁴ Für Wirksamkeit AG Bremen, NJW-RR 1987, 1007.

Typischerweise sind in Pflegeverträgen nur Updates geschuldet, nicht aber zusätzliche Wartungs- und Fehlerbeseitigungsmaßnahmen vor Ort. Aus dieser Unterscheidung ergibt sich auch, dass das Update an die vertraglich vorausgesetzten Hardwarebedingungen angepasst sein muss. Fehlt es an einer Kompatibilität des Updates mit der Hardware, liegt darin ein Mangel der Pflegeleistung. Auch vertraglich darf der Kunde nicht verpflichtet werden, bei jeder Programmänderung die Software erneut entgeltlich zu erwerben.¹³³⁵ Wollen die Softwarepflegeunternehmen eine pflegeältere Programmversion nicht mehr vornehmen, müssen sie die üblichen Fristen für die ordentliche Kündigung beachten. Alte Fehler, die nicht hinreichend durch ein Update beseitigt werden, führen zum Wiederaufleben der alten Gewährleistungsrechte. Hinzu kommt eine Pflichtverletzung aus dem Pflegevertrag (§ 280 BGB). Streitig ist, ob Pflegeleistungen mit entsprechenden Dokumentationen versehen sein müssen; für den Bereich der Hardwarewartung wurde eine solche (stillschweigende) Dokumentationspflicht abgelehnt.¹³³⁶

Bei der Lieferung von Updates und Upgrades ist das Kaufrecht zu beachten. Soweit die Updates Softwaremängel beseitigen, ist die Regelung des § 308 Nr. 8 BGB zu beachten. Die Nacherfüllung hat kostenlos zu geschehen, so dass eine Umwälzung von Kosten auf den Anwender unzulässig ist. Als problematisch erweist sich die **Mischung von Update und Upgrade**, d.h. die Kombination von Gewährleistung und Verbesserungsprogramm. Noch ungeklärt ist die Frage, ob in solchen Fällen ein Hinweis auf die Unterscheidung notwendig ist, um den Anwender über die tatsächlich entstandenen Kosten ins richtige Licht zu setzen. Updates und neue Softwareversionen beseitigen jedoch nicht immer Fehler, sondern können auch für das Entstehen neuer technischer Probleme sorgen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern neue Fehler in Mängelbeseitigungsupdates neue Nacherfüllungsansprüche mit neuen Gewährleistungspflichten auslösen, wie sich Fehler im Update auf unveränderte Teile im ursprünglichen ausgelieferten Programmexemplar auswirken und wie das Überlassen einer neuen Vollversion i.R.d. Nacherfüllung zu bewerten ist.¹³³⁷ Bei der Nachbesserung durch Updates handelt es sich um eine sog. kombinierte Nacherfüllung, die sich aus der Nachlieferung, Lieferung eines neuen Programms aus der Serie und der Nachbesserung, in Form der Mangelbeseitigung an dem neuen Programm, zusammensetzt.¹³³⁸ Auch bei gelungener Nacherfüllung durch Lieferung eines lauffähigen Programms, kann für Installation, Test und

¹³³⁵ *AG Hanau*, CI 1999, 23 = NJW-CoR 1998, 434.

¹³³⁶ *OLG München*, Urt. v. 24.4.1996 – 1 U 5742/85; *Bischoff*, CR 1988, 38.

¹³³⁷ *Koch*, Schlechtleistung bei softwarebezogener Nacherfüllung – Fehler in neuen Softwareversionen oder -updates, ITRB 2008, 131.

¹³³⁸ *Koch*, ITRB 2008, 131, 132.

Neueinweisung Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden. Scheitern mehr als zwei Versuche der Nachbesserung, kann der Kunde sogar gem. § 440 Satz 1 BGB vom Vertrag zurücktreten.¹³³⁹ Treten durch das Update neue Fehler am ursprünglich gelieferten Programmexemplar auf, deren Ursachen nicht vor oder bei Gefahrübergang gem. § 446 BGB vorlagen, so findet kein Gewährleistungsrecht, sondern das allgemeine Leistungsstörungenrecht Anwendung. Haften neue Mängel dem nachgelieferten Programm an, so löst die neue Übergabe auch neue Gewährleistungsrechte aus. Fehlerauswirkungen im vom Update nicht erfassten und daher unveränderten Programmteil fallen als neue nachgelieferte Mängelursache ebenso unter das Mängelrecht, wie der nachgelieferte Fehler selbst.¹³⁴⁰ Grundsätzlich kann auch eine neue Vollversion mit höherer, fehlerbereinigter Versionsnummer als Nachlieferung erbracht werden, wenn keine erheblichen Nachteile gegenüber der alten Version bestehen und die Nachlieferung völlig kostenfrei ist. Eine Art Abzug „neu für alt“ findet nicht statt. Ist die neue Version selber wiederum mangelhaft, so liegt auch hier aufgrund der Übergabe Gewährleistungsrecht vor.¹³⁴¹

V. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag

1. Abgrenzung AÜG

Von Arbeitnehmerüberlassung – häufig auch als Leiharbeitsverhältnis bezeichnet – wird gesprochen, wenn ein selbständiger Unternehmer (Verleiher) einen Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer), mit dem er einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, gelegentlich oder kurzfristig an einen anderen Unternehmer (Entleiher) „ausleiht“. Nach § 1 Abs. 1 AÜG liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Arbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber im Rahmen dessen wirtschaftlicher Tätigkeit einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen wird. Es sind **somit mindestens drei Beteiligte erforderlich**. Zwischen zwei der Beteiligten besteht ein Arbeitsvertrag (Verleiher und Leiharbeitnehmer). Der Verleiher überlässt den Arbeitnehmer einem Dritten, dem Entleiher. Das schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Verleiher und dem Entleiher wird als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet. Der Entleiher erwirbt das vom Arbeitgeber, d.h. dem Verleiher, abgeleitete Recht, vom Leiharbeitnehmer die Leistung der zur Erfüllung des Überlassungsvertrages zu verrichtenden Arbeiten zu fordern und durch nähere Weisungen konkretisieren zu können (Direktionsrecht). Das Arbeitsverhältnis zwi-

¹³³⁹ Koch, ITRB 2008, 131, 132.

¹³⁴⁰ Koch, ITRB 2008, 131, 133.

schen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht fort, d.h. der Verleiher haftet für die Vergütung, Vergütungsfortzahlung bei Urlaub und Krankheit usw. Jedoch steht dem Entleiher ein Direktionsrecht zu, d.h. der Leiharbeitnehmer unterliegt dessen Weisungen.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gilt nur für die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit. Damit ist jegliches Handeln erfasst, mit dem Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden.¹³⁴² In der vorhergehenden Gesetzesfassung bis Dezember 2011 wurde noch ein gewerbsmäßiges Handeln, d.h. eine Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht, gefordert. Dieser Zielsetzung bedarf es nun nicht mehr. Nicht um eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes handelt es sich, wenn es sich bei dem Vertrag zwischen Unternehmer (Arbeitgeber) und Drittem um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt.¹³⁴³ Organisiert der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen selbst, bleibt er für die Erfüllung der im Vertrag mit dem Dritten vorgesehenen Dienste oder für die Erstellung des dem Dritten vertraglich geschuldeten Werks verantwortlich. Bedient er sich dabei den seinen Weisungen unterliegenden Arbeitnehmern als Erfüllungsgehilfen, so liegt ein Dienst- oder Werkvertrag vor. Bleibt jedoch nach dem Vertragsinhalt dem Dritten, in dessen Bereich die Arbeitskräfte tätig werden, die Entscheidung überlassen, wie und wann er die Arbeitnehmer für welche Arbeiten einsetzt, so liegt Arbeitnehmerüberlassung vor.¹³⁴⁴ Berufet sich der Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung auf den Wegfall des Arbeitsplatzes durch Fremdvergabe der bisher vom gekündigten Arbeitnehmer verrichteten Arbeiten, so liegt eine die Kündigung nicht rechtfertigende Austausch Kündigung vor, wenn die Fremdvergabe nicht in selbständiger Erledigung durch den Dritten erfolgt, sondern der Dritte in den Arbeitsbetrieb des (kündigenden) Arbeitgebers eingegliedert wird.¹³⁴⁵ Erfolgt die Fremdleistung nicht in eigener betrieblicher Organisation, sondern nach den betrieblichen Vorgaben des (kündigenden) Arbeitgebers, so liegt regelmäßig verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vor, die eine betriebsbedingte Kündigung nicht zu rechtfertigen vermag.¹³⁴⁶

Wird ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber auf der Grundlage eines Werkvertrags im Betrieb eines anderen Unternehmens eingesetzt und kommt es dabei nur gelegentlich unter Abweichung vom normalen Tagesablauf zu arbeitsrechtlichen Weisungen des Werkbestellers,

¹³⁴¹ Koch, ITRB 2008, 131, 134.

¹³⁴² Henssler/Willemsen/Kalb/Kalb, 5. Aufl. 2012, § 1 AÜG Rz. 32.

¹³⁴³ Siehe auch LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17.10.1991, BB-Beilage 10/1992, 11–12.

¹³⁴⁴ Siehe auch LAG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 2.8.2005 – 8 TaBV 33/04 (zu der vergleichbaren Frage der Einordnung fremder Arbeitnehmer unter § 98 BetrVG) = AE 2006, 285.

¹³⁴⁵ LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.3.2013 – 12 Sa 1624/12.

¹³⁴⁶ LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.3.2013 – 12 Sa 1624/12.

so führt dies nicht zur Annahme einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung.¹³⁴⁷ Nach st. Rspr. des BAG ist nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG. Diese ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet.¹³⁴⁸ Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen.¹³⁴⁹ Seine Vertragspflicht gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.

Dem gegenüber wird beim Werkvertrag ein Unternehmer für einen anderen tätig. Der Werkunternehmer organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Solche Werkverträge werden – ebenso wie Dienstverträge – nicht vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erfasst.¹³⁵⁰

Bei der Abgrenzung arbeitsrechtlicher zu werkvertraglichen Weisungen ist zu berücksichtigen, dass die Weisung des Werkbestellers gegenständlich begrenzt auf das konkrete Werk bezogen ist. Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Werkunternehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, so deutet dies auf Arbeitnehmerüberlassung hin, weil der Besteller dann durch seine Anweisungen den Gegenstand der von dem Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung überhaupt erst bestimmt und damit Arbeit und Einsatz für ihn bindend organisiert.¹³⁵¹ Allerdings ist zu beachten, dass Arbeitnehmerüberlassung voraussetzt, dass

¹³⁴⁷ LAG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.2007 – 17 Sa 270/07 = LAGE § 10 AÜG Nr. 4 = EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 119; LAG Düsseldorf, NJOZ 2008, 1103; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 1.8.2013 – 2 Sa 6/13.

¹³⁴⁸ BAG, Urt. v. 24.5.2006 – 7 AZR 365/05 – unveröff.; BAG, AP AÜG § 13 Nr. 4 = BeckRS 2003, 41314; BAGE 87, 186 = NZA 1998, 876 = NJW 1998, 3374 L = AP AÜG § 1 Nr. 24.

¹³⁴⁹ BAGE 87, 186 = NZA 1998, 876 = NJW 1998, 3374 L = AP AÜG § 1 Nr. 24.

¹³⁵⁰ BAGE 87, 186 = NZA 1998, 876 = NJW 1998, 3374 L = AP AÜG § 1 Nr. 24.

¹³⁵¹ BAGE 78, 252 = NZA 1995, 572 = AP AÜG § 1 Nr. 18; BAG, NZA 1992, 19 = AP AÜG § 10 Nr. 8).

das Arbeitgeberweisungsrecht während der Dauer des Fremdfirmeneinsatzes allein vom Inhaber des Einsatzbetriebs oder dessen Personal ausgeübt wird.

Indizien für einen Werkvertrag:¹³⁵²

- Unternehmerische Eigenverantwortlichkeit und Dispositionsmöglichkeit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller
- Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werksergebnisses
- ausschließliches Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber den Arbeitnehmern im Betrieb des Bestellers und Erfüllung seiner Aufgaben aus dem Werkvertrag
- Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung
- herstellungsbezogene Vergütungsregelung

Folgende Indizien sprechen für eine Arbeitnehmerüberlassung:

- Planung und Organisation der Arbeit durch den Besteller
- Aufnahme der Arbeitnehmer in die Betriebsräume des Bestellers
- fehlendes Weisungsrecht und Personalhoheit des Werkunternehmers, Pflicht zur Vorlage von Personaleinsatz und Anwesenheitslisten
- Ausstattung mit Werkzeugen des Bestellers
- Benutzung der Sozialräume des Bestellers

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung bedarf, neben der Gewerbeanmeldung, der **Erlaubnis** nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht ein Anspruch, wenn keiner der Versagungsgründe des § 3 AÜG vorliegt.

Die Abgrenzung der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Vertragstypen oder zu der erlaubnisfreien Arbeitnehmerüberlassung ist nicht nur für die Anwendung des AÜG von Bedeutung. Sie betrifft neben dem Arbeitsrecht auch das Sozialversicherungs-, das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Wird fehlerhaft von einer erlaubnisfreien Form des drittbezogenen Personaleinsatzes ausgegangen und besitzt der Verleiher keine gültige Verleiher-

¹³⁵² *FG Hessen*, Urt. v. 21.2.2008 – 13 K 2392/05 = *EzAÜG Steuerrecht* Nr. 78.

laubnis, so treffen sowohl den Verleiher als auch den Entleiher nachteilige Folgen. Zur Feststellung, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, stellt das BAG konsequent auf den wirklichen Geschäftsinhalt entsprechend der praktischen Durchführung des Vertrages ab.

2. Problem: AGB-rechtliche Vergütungsregeln

Verboten im Werkvertragsrecht ist eine Vergütungsregelung in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die für **das reine Tätigwerden** eine Entgeltspflicht vorsieht. Zu solchen verbotenen Klauseln zählen z.B. Regelungen wie „Fahrzeiten gelten als Arbeitszeiten“. Verboten ist auch eine Klausel wie „nach Wahl Neuteile oder Austauscherteile“. Als untauglichen Versuch, für das reine Tätigwerden Geld zu verlangen, gilt auch die Klausel „Angefangene Stunden werden als volle Stunden berechnet.“ Als zulässig wird hingegen angesehen, wenn der Softwareersteller nach Stunden abrechnet¹³⁵³ oder im Rahmen von Individualverträgen eine Regelung vorsieht, wie „Kfz-Kostenanteil pauschal so und so viel Euro“.¹³⁵⁴

3. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die oben dargestellten Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts sind auch nach der Schuldrechtsreform grundsätzlich vertraglich abdingbar. Da das Dienstvertragsrecht, anders als etwa § 475 BGB im Kaufrecht, keine Grenzen für eine vertragliche Modifikation des Leistungsstörungsrechts enthält, richtet sich die Zulässigkeit haftungsbeschränkender Klauseln in Standarddienstverträgen nach den §§ 307 ff. BGB.

a) Ausschluss und Beschränkung der Haftung

Anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht stellt sich im Dienstvertragsrecht nicht das Problem unterschiedlicher Regelungskomplexe für Gewährleistung und Haftung. Geschäftsbedingungen in Dienstverträgen, die sich auf die „Gewährleistung“ beziehen, sind daher – sofern sie nicht schon nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen Verstoßes gegen das materielle Transparenzgebot unwirksam sind – am Maßstab des § 309 Nr. 7 BGB zu messen. Unwirksam ist daher die häufig in Verträgen über Telekommunikations- und Internet-Dienstleistungen anzutreffende Klausel „Unsere Haftung ist auf vorsätzliches Handeln begrenzt“. Die Unwirksamkeit dieser Haftungsbeschränkung gegenüber dem Endverbraucher lässt sich auch nicht durch

¹³⁵³ OLG Stuttgart, NJW-RR 1991, 252.

¹³⁵⁴ BGH, NJW 1992, 688; BGH, BB 1992, 228.

einen salvatorischen Zusatz „es sei denn, dem stehen zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegen“ vermeiden.¹³⁵⁵

Unwirksam sind auch Klauseln, die die „Haftung auf Grund von gesetzlichen Bestimmungen auf die **zulässige Mindestsumme** begrenzen“.¹³⁵⁶ Diese inhaltsleere Floskel hält weder dem Klauselverbot des § 309 Nr. 7 BGB noch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB stand, da für den Vertragspartner nicht erkennbar ist, auf welche Haftungsfälle sich die Begrenzung bezieht und woraus sich die „zulässige Mindestsumme“ ergibt. Zulässig bleibt daher – wie schon an anderer Stelle aufgezeigt – lediglich eine Klausel, die nur die Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzung ausschließt und eine Ausnahme für vertragswesentliche Pflichten, Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit sowie Ansprüche aus dem ProdHaftG¹³⁵⁷ enthält.

b) Beschränkung von Leistungspflichten

In zahlreichen Dienstverträgen finden sich Klauseln, in denen (z.T. sogar unter der Überschrift „Gewährleistung“) die Leistungspflichten des Verwenders beschränkt werden, um hierdurch eine **Haftung für Leistungsstörungen** generell auszuschließen. Schon nach bisheriger Rechtslage war dies nach § 11 Nr. 7 AGBG und gegenüber Unternehmern nach § 9 AGBG als (mittelbarer) Haftungsausschluss unzulässig, wenn hierdurch schon die Vertragspflicht, deren Verletzung die Grundlage der Schadensersatzhaftung ist, eingeschränkt wird.¹³⁵⁸ Gleiches gilt für eine fehlerhafte vertragstypologische Einordnung der geschuldeten Leistungspflichten, etwa indem eine Dienstleistung als Werkleistung bezeichnet wird und der Vertragspartner auf die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts verwiesen wird.¹³⁵⁹

Klauseln wie „Eine **hundertprozentige Nutzbarkeit des Systems** kann nicht gewährleistet werden.“ oder „Bei unerwarteten Systemausfällen oder vorübergehenden Einschränkungen von Leistungsmerkmalen haften wir nur, wenn die Störung nicht innerhalb von ... Tagen von uns beseitigt wird.“ sind unwirksam. Gegenüber Verbrauchern ergibt sich dies unmittelbar aus § 309 Nr. 7 BGB, da nicht danach differenziert wird, ob die Leistungsstörung auf einer nur leicht fahrlässigen Pflichtverletzung einer nicht vertragswesentlichen Pflicht beruht. Zudem

¹³⁵⁵ Vgl. *BGH*, NJW 1987, 1815.

¹³⁵⁶ Derartige Klauseln finden sich in zahlreichen AGB sog. Internet-Startups.

¹³⁵⁷ Die Haftung nach dem ProdHaftG kann bei Dienstleistungsverträgen relevant werden, wenn die zur Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlichen Geräte (etwa Modems o.ä.) zur Verfügung gestellt werden.

¹³⁵⁸ Vgl. *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 3. Aufl., § 11 Nr. 7, Rz. 22; *Schlosser*, WM 1978, 558, 564.

¹³⁵⁹ Ähnlich auch *BGH*, NJW 1992, 3158, 3161: Vermittlungsvertrag statt Reisevertrag.

verbietet § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern eine Gefährdung des Vertragszwecks durch Einschränkung vertragswesentlicher Rechte und Pflichten. Bei Dienstleistungsverträgen ist es daher regelmäßig unzulässig, eine Hauptleistungspflicht in einer AGB-Klausel wieder einzuschränken (um der Haftung für schuldhafte Pflichtverletzungen zu entgehen), wenn der primäre Vertragszweck gerade in der Erbringung dieser Dienstleistung besteht. Die Möglichkeit von Systemausfällen sollte daher schon bei der positiven Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden, etwa durch Vereinbarung einer bestimmten Toleranzgrenze bezüglich der Anzahl und Dauer von Ausfällen pro Zeiteinheit.¹³⁶⁰

Dennoch kann es auch bei unbeschränkter Leistungszusage sinnvoll sein, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine rein deklaratorische Klausel aufzunehmen, in der auf **mögliche systemimmanente Störungen** hingewiesen wird. Zwar kann hierdurch die Haftung für Leistungsstörungen infolge schuldhaft verursachter Pflichtverletzungen nicht beschränkt werden. Wird der Vertragspartner jedoch rechtzeitig bei Vertragsschluss auf die Möglichkeit unverschuldeter, systemimmanenter Leistungsstörungen hingewiesen, so reduziert sich für den Verwender das Risiko, dass er sich nach § 280 Abs. 1 oder § 282 i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 3 BGB wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht schadensersatzpflichtig macht. Gleiches gilt für vorformulierte Hinweise auf mögliche Risiken bei Beratungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen von Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern.

Umgekehrt können Klauseln, in denen eine **bestimmte Güte der Dienstleistung zugesichert** wird („Wir garantieren eine Nutzbarkeit unserer Systeme von 99,99 %“), haftungsverschärfend sein. Der Gesetzgeber hat zwar darauf verzichtet, den Rechtsbegriff der „Garantie“ außerhalb des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts (§§ 443, 444 BGB) als Anknüpfungspunkt für eine allgemeine Gewährleistung für alle Vertragstypen zu verwenden. Durch Klauseln, die eine bestimmte Qualität der Dienstleistung versprechen („wir garantieren“), wird jedoch die vertraglich geschuldete Leistung dahingehend konkretisiert, dass eine schuldhafte Nichteinhaltung der zugesicherten Dienste eine Pflichtverletzung i.S.v. §§ 280 ff. BGB darstellt. Die ausdrückliche Zusicherung einer bestimmten Dienstqualität kann zudem eine entsprechende vertragswesentliche Pflicht zur Gewährleistung des zugesagten Qualitätsmerkmals begründen („24h-Erreichbarkeit“, „99,99 % Sicherheit“, „virengeprüft“¹³⁶¹). In diesen Fällen sind Haftungsbeschränkungen, durch die vorangehende Zusicherungen eingeschränkt werden („Wir haften nicht für nur kurzfristige Ausfälle, es sei denn, wir haben hierfür eine ausdrückliche

¹³⁶⁰ Vgl. *Jessen*, ZUM 1998, 282, 287; *Cichon*, Internetverträge, Köln 2000, S. 21.

Garantie übernommen.“), bereits wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (widersprüchliche AGB) unwirksam. Im Übrigen gilt auch hier, dass die Haftung für eine – auch leicht fahrlässige – Verletzung von vertragswesentliche Pflichten nicht ausgeschlossen werden kann.

4. Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche

a) § 309 BGB

Auch eine **Verkürzung der Verjährung** von Schadensersatzansprüchen ist als Begrenzung der Haftung i.S.v. § 309 Nr. 7 BGB anzusehen.¹³⁶² Für AGB in Dienstverträgen bedeutet dies, dass in den von § 309 Nr. 7 BGB erfassten Fällen (s.o.) eine Verkürzung der in § 199 BGB geregelten Verjährungsfristen für Schadensersatzforderungen unzulässig ist.

b) § 307 BGB

Anders ist dies bei Verjährungsklauseln in Standarddienstverträgen, die **gegenüber einem Unternehmer** verwendet werden. Hier ist § 309 Nr. 7 BGB nicht anwendbar (§ 310 Abs. 1 BGB), so dass sich die Zulässigkeit von Verjährungsabreden nach der Generalklausel des § 307 BGB richtet. Anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht kann dabei im Dienstvertragsrecht nicht auf gewährleistungsrechtliche Regelfristen zurückgegriffen werden. Der Gesetzgeber hat außerhalb des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts auf die Festlegung von gesetzlichen Mindestfristen bewusst verzichtet und in § 202 BGB lediglich eine allgemeine Höchstfrist von 30 Jahren festgelegt. Allerdings ist der dem Gewährleistungsrecht zu Grunde liegende allgemeine Rechtsgedanke, dass der Vertragspartner auch bei einer Verkürzung der Verjährung noch die Gelegenheit haben muss, die Vertragsgemäßheit der Leistung zu prüfen und Rechtsverfolgungsmaßnahmen zu ergreifen, auch auf Dienstverträge übertragbar.

Im Ergebnis ist dabei – wie schon nach alter Rechtslage – im unternehmerischen Bereich zu prüfen, ob die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist bewirkt, dass die Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche weitgehend verhindert würde.¹³⁶³

¹³⁶¹ Vgl. dazu *LG Hamburg*, NJW 2001, 3486; *LG Hamburg*, CR 2001, 667.

¹³⁶² *Hennrichs*, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, § 309, Rz. 11; so schon zur alten Rechtslage *BGH*, NJW-RR 1987, 1252, 1253.

¹³⁶³ Vgl. zum bisherigen Recht *BGH*, NJW-RR 1988, 559, 561; *BGH*, NZA 2001, 723; zur neuen Rechtslage siehe *Mansel*, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, § 202 Rz. 15 ff.

5. Änderungsvorbehalte

Eine weitere wesentliche Neuerung, die die Schuldrechtsreform mit sich gebracht hat, ist die Anwendbarkeit des § 308 Nr. 4 BGB auf **Änderungsvorbehalte und Widerrufsklauseln** in Arbeitsverträgen. § 308 Nr. 4 BGB untersagt nunmehr auch im Arbeitsrecht die klauselmäßige „Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Teil zumutbar ist.“

Da es sich hierbei um ein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit handelt, sind Änderungsvorbehalte nicht generell unzulässig. Schon nach alter Rechtslage (§ 10 Nr. 4 AGBG) waren außerhalb des Arbeitsrechts Änderungsvorbehalte in vorformulierten Dienstverträgen zulässig, wenn die einseitige Änderung der Leistung durch ein erhebliches Interesse des Verwenders begründet wird, das Äquivalenzinteresse nicht gestört und der Vertragspartner nicht benachteiligt wird.¹³⁶⁴ Dabei wird man nach neuer Rechtslage auch auf den Maßstab des § 313 BGB zurückgreifen können, der die Störung der Geschäftsgrundlage regelt.

Unbeachtlich sind hiernach z.B. Gründe in der **Kalkulation und der Kostensteigerung** auf Seiten des Verwenders.¹³⁶⁵ Nach Ansicht der Rechtsprechung sind auch Klauseln unzulässig, die den Dienstverpflichteten zur Delegation der geschuldeten Dienstleistung ohne sachlichen Grund an einen Dritten berechtigen.¹³⁶⁶ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die geschuldete Dienstleistung nach dem gesetzlichen Leitbild des § 613 Satz 1 BGB eine höchstpersönliche Pflicht sei. Daher sei ein formularmäßiger Änderungsvorbehalt auch dann unwirksam, wenn er sich auf vorhersehbare Verhinderungen (Urlaub) erstrecke.¹³⁶⁷ Zudem wird bei Dienstleistungen, denen ein besonderes persönliches Vertrauensverhältnis zu Grunde liegt (IT-Beratung), im Regelfall von der Unzumutbarkeit einer einseitigen Änderung des Dienstleisters auszugehen sein.¹³⁶⁸ In der Praxis sollte daher verstärkt darauf geachtet werden, dass für eine Delegation bei einer vorhersehbaren Verhinderung des Dienstverpflichteten eine ausdrückliche, individualvertragliche Vereinbarung getroffen wird. Hinsichtlich sonstiger Leistungsänderungen, die nicht die Person, sondern die Ausführung der geschuldeten Dienstleistung betreffen, kann auf die bisherige Rechtsprechung zu § 10 Nr. 4 AGBG zurückgegrif-

¹³⁶⁴ Vgl. *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 10 Nr. 4 Rz. 9.

¹³⁶⁵ *Wolf*, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 10 Nr. 4, Rz. 16.

¹³⁶⁶ *OLG Düsseldorf*, VersR 1996, 637, 638.

¹³⁶⁷ *OLG Hamm*, NJW 1995, 794.

¹³⁶⁸ *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 308 Nr. 4 Rz. 10b.

fen werden.¹³⁶⁹ So sind einseitige Auftragserweiterungsvorbehalte für entgeltpflichtige Zusatzleistungen auch nach der Schuldrechtsreform unzulässig.¹³⁷⁰ Zu beachten ist ferner, dass nach neuester *BGH*-Rechtsprechung Klauseln unzulässig sind, die dem Verwender das Recht zur Änderung von Leistungsbeschreibungen geben. Verboten ist auch die Verwendung einer Klausel, die eine Leistungsänderung an einen fingierten Konsens der Parteien koppelt und den Kunden auf ein Widerspruchsrecht verweist.¹³⁷¹

6. Änderungen der AGB

Bei Dienstverträgen handelt es sich typischerweise um **Dauerschuldverhältnisse**, die auf eine längere Vertragslaufzeit ausgelegt sind. Im Hinblick auf den Änderungsbedarf, den die Schuldrechtsreform mit sich bringt, stellt sich daher die Frage, wie die angepassten AGB in bereits bestehende Vertragsverhältnisse eingebracht werden können. Auch hier gilt gegenüber Verbrauchern der Grundsatz des § 305 Abs. 2 BGB, wonach neue AGB nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn sich der Vertragspartner damit einverstanden erklärt.¹³⁷²

a) Vorbehaltloses Änderungsrecht

In der Praxis finden sich in vielen AGB Änderungsklauseln, die ein **vorbehaltloses Änderungsrecht** des Verwenders enthalten: „Wir behalten uns vor, diese AGB jederzeit zu ändern. Hierüber wird der Kunde rechtzeitig in Kenntnis gesetzt“.

Derartige Klauseln, die eine unbeschränkte, einseitige Änderung der AGB vorsehen, sind nach h.M wegen einseitiger Bevorzugung des Klauselverwenders unzulässig.¹³⁷³ Ein einseitiges Änderungsrecht ist im Geltungsbereich von §§ 307, 309 BGB nur zulässig, wenn die Änderung der Vertragsbedingungen unter dem Vorbehalt steht, dass sie für den Vertragspartner zumutbar ist. Hiervon kann nur ausgegangen werden, wenn mit den geänderten Vertragsbedingungen keine wirtschaftlichen Nachteile für den Kunden verbunden sind, was z.B. bei einer Änderung der bisherigen Haftungsregelungen zum Nachteil des Kunden nicht der Fall ist.

¹³⁶⁹ Vgl. dazu *Schmidt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, *AGB-Recht*, 11. Aufl. 2011, mit weiteren Beispielen und Nachweisen.

¹³⁷⁰ Vgl. *OLG Hamm*, *NJW-RR* 1992, 444, 445; zur Auftragserweiterungsvorbehalten in Werkverträgen vgl. *BGH*, *BGHZ* 101, 307 = *NJW* 1987, 2818.

¹³⁷¹ *BGH*, *NJW* 2008, 365, *MR* 2008, 36.

¹³⁷² Vgl. zur alten Rechtslage *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 *AGBG Rz.* 64.

¹³⁷³ Vgl. *BGH*, *NJW* 1998, 454, 455 f.

b) Widerspruchsrecht

Unbedenklich ist hingegen eine Änderungsklausel, in der dem Kunden das **Recht zur Kündigung** des Vertrages eingeräumt wird, wenn er sich mit den geänderten Vertragsbedingungen nicht einverstanden erklärt, anderenfalls nach Ablauf einer angemessenen Frist das Einverständnis fingiert wird. Derartige Klauseln müssen allerdings den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB genügen, d.h. die Klausel muss vorsehen, dass der Verwender dem Vertragspartner die neuen AGB mitteilt, ihm eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung einräumt *und* der Kunde bei Beginn der Frist auch darauf hingewiesen wird, dass das Vertragsverhältnis ohne seinen Widerspruch oder seine Kündigung mit den neuen AGB fortgesetzt wird.¹³⁷⁴

Macht der Kunde von seinem Widerspruchsrecht, das ihm bei nachteiligen Änderungen zwingend eingeräumt werden muss, Gebrauch, wird der Vertrag **zunächst zu den bisherigen Bedingungen fortgesetzt**. Es obliegt dann dem Diensteanbieter, den Vertrag ordentlich zu kündigen und so einen Neuabschluss zu den geänderten AGB zu erzwingen. Allein der Widerspruch des Nutzers gegen die neuen AGB rechtfertigt indes keine fristlose Kündigung durch den Anbieter.¹³⁷⁵

Einfacher ist die Änderung von AGB bei Dienstleistungen, die nicht im Rahmen eines Dauer-schuldverhältnisses, sondern jeweils unter **Abschluss eines neuen Vertrages bei sofortiger Leistungserbringung** angeboten werden (Call-by-Call-Systeme etc.). Für diese Dienstleistungen gilt für die Einbeziehung der AGB das oben Gesagte, so dass neue AGB unter den Voraussetzungen des § 305a Nr. 2b BGB durch die Inanspruchnahme der Dienstleistung einbezogen werden.

¹³⁷⁴ *Hennrichs*, in: Dauner-Lieb u.a., § 308 Rz. 7.

¹³⁷⁵ *OLG Köln*, NJW 1996, 1065.

Achtes Kapitel: Besondere Softwareverträge

I. Hinterlegungsvereinbarungen

Literatur:

Bömer, Hinterlegung von Software, in: Kölner Tage zum Softwarerecht, September 1997, Tagungsunterlagen, 385 ff.; *Ebner-Nehring*, Zugriffsrechte auf den Quellcode im Softwareüberlassungsvertrag, DuD 1989, 17; *Grützmaker*, Hinterlegung des Quellcodes, in: Redeker (Hrsg.), Handbuch IT-Verträge, Loseblatt, Kap. 1.7; *Grützmaker*, Insolvenzfeste Softwarelizenz- und Softwarehinterlegungsverträge – Land in Sicht?, CR 2006, 289; *Hildebrand/Hoene* (Hrsg.), Software-Hinterlegung. Software in der Insolvenz, Stuttgart 1989; *Hoeren*, Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes, CR 2004, 721; *Kast/Meyer/Peters*, Software Escrow: The SAGA continues, CR 2004, 147; *Kochinke/Fraune*, Hinterlegung von Quellcodes im US-amerikanischen Recht, CR 1995, 307; *Lensdorf*, Aspekte der Software-Hinterlegung, CR 2000, 80; *Milzer*, Software Escrow-Agreements als notarielle Hinterlegungsvereinbarungen, ZNotP 2004, 348; *Oberscheidt*, Die Insolvenzfestigkeit der Softwarehinterlegung, Diss. Münster 2002; *Paulus*, Der Escrow-Agent, CR 1994, 84; *Paulus*, Der Insolvenz des Softwarehauses, CR 1987, 651; *Paulus*, Software in Vollstreckung und Insolvenz, ZIP 1996, 2; *Rath*, Risiken und Nebenwirkungen beim Software Escrow, CR 2013, 78; *Rössel*, Escrow-Agreements: Hinterlegung des Quellenprogramms. Lässt sich eine insolvenzfeste Hinterlegung vertragliche regeln?, ITRB 2001, 223; *Roth*, Wege zum Quellcode II, ITRB 2005, 283; *Schneider*, Hinterlegung von Software, CR 1995, 705, 706; *Schneider*, Hinterlegung von Software, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Kap. J; *Sheffield/Leeven*, Software-Hinterlegung, CR 1995, 308; *Siegel*, Software Escrow, CR 2003, 941; *Wallner*, Insolvenzfeste Nutzungsrechte und Lizenzen an Software, NZI 2002, 70; *Zahrnt*, Software in der Insolvenz, CR 1989, 171.

Seit einiger Zeit wird in Literatur und Rechtsprechung die Frage diskutiert, inwieweit den Lieferanten im Rahmen von Softwareüberlassungsverträgen eine **Pflicht zur Überlassung oder Hinterlegung des Quellformats** trifft.¹³⁷⁶

Der Besitz des Quellformats beinhaltet die Möglichkeit zur Bearbeitung und Änderung eines Programms und dadurch das Risiko unkontrollierbarer Piraterie: Wer über das Quellformat eines Programms verfügt, kann alle Hinweise auf den Urheber, insbesondere Copyrightvermerke und Seriennummern, beseitigen und umfangreiche Änderungen innerhalb der Programmstruktur vornehmen.

Aus diesem Grund wird dem Anwender grundsätzlich nur das Programm im Objektformat überlassen; denn ansonsten würde er das im Programm enthaltene EDV-technische Know-how offen legen und einer unkontrollierbaren Weiternutzung anheim geben.

Dadurch treffen den Anwender aber wiederum besondere Risiken: Da Softwareunternehmen personell meist sehr klein sind und über eine geringe Kapitaldecke verfügen, fallen in jüngster Zeit viele solcher Unternehmen in Insolvenz. Dies kann für den Anwender zur Folge haben, dass eine Wartung seiner Programme unmöglich wird, sofern er nicht selbst über das Quellformat verfügt. Gerade große Anwender (Banken etc.), die auf eine zügige Beseitigung von Softwarefehlern angewiesen sind, können ohne das Quellformat ihre Programme nicht mehr nutzen.

In dieser Situation fragt es sich, inwieweit den Lieferanten auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eine Pflicht zur Überlassung oder Hinterlegung des Quellformats trifft.

1. Pflicht zur Überlassung des Quellformats

Bislang ging die Rechtsprechung¹³⁷⁷ weitgehend davon aus, dass eine **Überlassungspflicht grundsätzlich nicht besteht**, da eine Mitlieferung des Quellformats nicht verkehrs- oder handelsüblich sei. Eine generelle Verpflichtung des Lieferanten zur Übergabe des Quellformats wäre auch nicht interessengerecht: Würde der Lieferant das Quellformat aus der Hand geben, hätte der Anwender die Möglichkeit zu umfangreichen Änderungen, insbesondere zur Verwertung des im Programm enthaltenen Know-how. Auf der anderen Seite kann der Lieferant im Normalfall die notwendigen Wartungs- und Fehlerbeseitigungsarbeiten selber vornehmen; der Anwender ist erst auf das Quellformat angewiesen, wenn der Lieferant tatsächlich in Insolvenz fällt. Deshalb ist eine Pflicht des Lieferanten zur Überlassung des Quellformats an den Anwender **insbesondere bei Standardsoftware abzulehnen**.¹³⁷⁸ Das *LG Köln* hat daraus die AGB-rechtlichen Konsequenzen gezogen: Wenn die Übergabe des Quellcodes weder bei der Standard- noch bei der Individualsoftware zu den Leistungspflichten des Herstellers gehöre, könne die Überlassung der Quellcodes der erstellten Software auch vom Hersteller wirksam durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden.¹³⁷⁹ Der Satz hat durchaus seine Tücken. Denn umgekehrt müsste man daraus schließen, dass bei ausnahmsweise bestehender Überlassungspflicht Versuche eines AGB-mäßigen Ausschlusses durch AGB der Leistungspflicht zum Scheitern verurteilt wären. Entscheidender dürfte das Argument der fehlenden Kontrollfähigkeit sein. Hauptleistungspflichten sind vertraglich regelbar und unterliegen keiner AGB-Kontrolle. Die Überlassung des Quellcodes ist schon auf

¹³⁷⁶ Vgl. *BGH*, NJW 1987, 1259 f.; *LG München I*, NJW 1989, 2625 f.

¹³⁷⁷ Vgl. u.a. *OLG München*, CR 1992, 208, 209; *OLG Frankfurt*, Zahrnt, Bd. 1, 207 ff.

¹³⁷⁸ *OLG München*, CR 1992, 208.

¹³⁷⁹ *LG Köln*, CR 2003, 484.

Grund seiner technischen Bedeutung stets Bestandteil einer Hauptleistungspflicht, so dass sein Schicksal auch AGB-mäßig frei geregelt werden kann.

Es häufen sich nun Fälle, in denen die Gerichte **ausnahmsweise, unter besonderen Umständen eine Pflicht zur Überlassung** bejahen. So hat das *LG München I*¹³⁸⁰ schon sehr früh eine solche Ausnahme bejaht, wenn der Hersteller mit dem Anwender keinen langfristigen Wartungsvertrag abgeschlossen hatte, die Gewährleistungsfrist abgelaufen war und eine Fehlerbeseitigung durch Dritte erforderlich wurde. Dies kann nur als überaltetes Fehlurteil angesehen werden. Der Softwareersteller ist – abseits kartellrechtlicher Sonderkonstellationen – nicht zum Abschluss von Wartungsverträgen verpflichtet. Die langfristige Sicherung der Nutzbarkeit der Software obliegt dem Anwender. Er muss sich um Third Party Maintenance – insbesondere nach Ablauf der Gewährleistungsfrist – kümmern. Es verstößt gegen die grundlegende Risikoverteilung bei Softwareverträgen, dem Hersteller noch eine nachvertragliche Verpflichtung zur Überlassung des Quellcode aufzubürden.

Anders war die Situation in einem Fall, den das *LG Köln*¹³⁸¹ zu entscheiden hatte. Hier war der Anwender nach **Sinn und Zweck des Softwarevertrages** berechtigt gewesen, Änderungen am Programm vorzunehmen. Eine Pflicht zur Überlassung des Quellcodes war allerdings nicht vertraglich verankert worden. Das Landgericht bejahte jedoch trotzdem die Überlassungspflicht. Bei der Erstellung von Individualsoftware sei zumindest in den **Fällen, in denen nicht zugleich ein Wartungsvertrag geschlossen wird**, die Herausgabe des Quellcodes an den Besteller der Software geschuldet, wenn nach Sinn und Zweck des Vertrages dem Besteller der Software die Vornahme von Änderungen selbst oder durch Dritte möglich sein sollte. Ähnlich sah das Oberlandesgericht Karlsruhe¹³⁸² in der vertraglichen **Pflicht zur Überlassung einer Dokumentation** implizit auch eine Pflicht zur Quellcodeübergabe mitgeschuldet. Verpflichtete sich der Hersteller einer Steuerungsanlage, eine komplette Dokumentation mit Schaltbildern und Beschreibungen zu erstellen, die eine sachgemäße Bedienung und Wartung ermöglichen, so liege ein wesentlicher Mangel vor, wenn der Quellcode nicht wenigstens insoweit zur Verfügung gestellt wird, wie dieser Voraussetzung für eine Anpassung der Steuerung an in der Praxis üblicherweise auftretende Veränderungen sei.

Noch großzügiger argumentiert das Landgericht Aschaffenburg, das bei der Erstellung von Individualsoftware für den weiteren Absatz an Kunden des Auftraggebers eine Ablieferungs-

¹³⁸⁰ *LG München*, NJW 1989, 2625 = CR 1989, 990 = BB 1989, Beilage 8–9.

¹³⁸¹ *LG Köln*, CR 2000, 505 = NJW-RR 2001, 1711.

¹³⁸² *OLG Karlsruhe*, CR 1999, 11.

pflcht bejaht.¹³⁸³ Das *LG Frankfurt* hat für **jeden Programmierungsvertrag** eine Auslieferung des Quellcodes, und das schon vor der Abnahme, verlangt.¹³⁸⁴ Die Literatur nahm z.T. einen Herausgabeanspruch bereits dann an, wenn der Hersteller die ihm zumutbare Fehlerbeseitigung nach Ablauf der Gewährleistungsfrist verweigert.¹³⁸⁵

Der *BGH* hat zunächst 1987 erstmals in Sachen Escrow entschieden.¹³⁸⁶ Hier sprach sich der *BGH* dafür aus, eine genaue Vertragsanalyse über die Reichweite der Überlassungspflichten entscheiden zu lassen. Entscheidend sei „auf den Vertragszweck und den danach vorausgesetzten Gebrauch der Programme“ abzustellen. Zu fragen sei, ob der Anwender zur Nutzung der Programme der Übergabe der Sourcen bedürfe. Sofern der Anwender nicht zu Änderungen und Fehlerbeseitigungen berechtigt sei, bedürfe er auch des Quellcodes nicht. Im Gegenteil: durch die Herausgabe könnten nunmehr Änderungen an ihren Programmen vorgenommen werden, die dem Softwareersteller die Erfüllung seiner Änderungs- und Wartungspflicht zumindest erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen könnte.

In seinem Urteil vom 16.12.2003¹³⁸⁷ hat der *BGH* dann herausgestellt, dass entscheidend auf die ausdrückliche Vereinbarung der Parteien abzustellen sei. Fehle eine solche Vereinbarung, sei die Überlassungspflicht nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Neben der Höhe des vereinbarten Werklohns könne dabei insbesondere dem Umstand Bedeutung zukommen, **ob das Programm zur Vermarktung durch den Besteller erstellt wird** und dieser zur Wartung und Fortentwicklung des Programms des Zugriffs auf den Quellcode bedürfe. Im konkreten Fall soll dem Umstand besondere Bedeutung zukommen, dass der Anwender beabsichtigte, die Software im genossenschaftlichen Bankenbereich weiter zu vermarkten, sowie seiner Darstellung, dass für Fehlerbeseitigungs-, Wartungs- und Änderungsarbeiten an der Software die Überlassung des Quellcodes erforderlich war. Diese Erwägungen sollen mangels anderer Anhaltspunkte schon für sich genommen dafür sprechen, dass die Herausgabe des Quellcodes an die Klägerin vereinbart war. Wesentliche Bedeutung soll andererseits der vereinbarten Vergütung zukommen. Dabei soll es nicht darauf ankommen, wie viele „Mannmonate“ der gerichtliche Sachverständige letztlich für den Entwicklungsaufwand für erforderlich gehalten hat, sondern auf die Kostenkalkulation des Herstellers. Diese soll für Rückschlüsse

¹³⁸³ *LG Aschaffenburg*, CR 1998, 203; ähnlich bereits *OLG Frankfurt*, BB 1993, Beil. 3, Nr. 2; *LG München I*, BB 1989, Beil. 11, Nr. 8.

¹³⁸⁴ *LG Frankfurt*, BB Beilage 1993, Nr 3, 4–5 = CR 1993, 693.

¹³⁸⁵ *Moritz*, CR 1999, 541, 545.

¹³⁸⁶ *BGH*, NJW 1987, 1259.

¹³⁸⁷ *BGH*, NJW-RR 2004, 782 = WM 2004, 1246 = CR 2004, 490.

dazu maßgeblich sein, ob die Preisgestaltung dafür oder dagegen spricht, dass die Überlassung des Quellcodes vereinbart war.

Der *BGH* erweitert hier seinen bisherigen Indizienkatalog für die Annahme einer Überlassungspflicht. Für eine Überlassungspflicht soll nicht nur das Bestehen eines Bearbeitungsrechts des Anwenders sprechen. Hinzu kommen auch **Preisfragen und die Frage der beabsichtigten Vermarktung**. Dabei ist die Relation der Kriterien unklar, insbesondere ob diese nebeneinanderstehen oder sich zu einem Gesamtbild ergänzen. Es fragt sich auch, wie man an einer Kostenkalkulation des Herstellers überhaupt etwas über die Quellcodefrage ablesen will. Entscheidend ist in jedem Vermarktungsfall die Einräumung eines entsprechenden Änderungs- und Bearbeitungsrechts an den Anwender. Doch damit kommt man zum entscheidenden Punkt. Denn der Anwender hat bereits kraft Gesetzes in gewissem Umfang ein Änderungsrecht. § 69d Abs. 1 UrhG gewährt ihm zur Gewährleistung der bestimmungsgemäßen Benutzung ein gesetzliches Umgestaltungsrecht, das nicht pauschal vertraglich ausgeschlossen werden kann. Auch räumt ihm § 69e UrhG ein gesetzliches Recht zur Dekompilierung des Objectcodes – allerdings unter sehr restriktiven Voraussetzungen – ein. Insofern greift auch das in der älteren Rechtsprechung genannte Indiz des Bearbeitungsrechts des Anwenders nicht mehr so, wie es früher der Fall war. Als Kriterium für eine vertragliche Überlassungspflicht wird man damit darauf abstellen müssen, dass dem Anwender ein umfassendes Recht zur Bearbeitung der Software eingeräumt worden ist. Dies wird regelmäßig bei Standardsoftware nicht der Fall sein. Insofern kommt ohnehin eine Überlassungspflicht nur bei Individualsoftware in Betracht.

Etwas anders wird die **Rechtslage in Österreich** gesehen.¹³⁸⁸ Hier bedarf eine Überlassungspflicht einer entsprechenden Regelung im Softwareerstellungsvertrag. Fehlt eine solche, bedarf es einer am Zweck des Vertrages ausgerichteten Auslegung. Dabei reicht es nicht aus, dass die zu erstellende Software zur Vermarktung nach Außen verwendet werden sollte.

Zu beachten ist im Übrigen, dass die Frage der Überlassung künftiger Sourcecodes **auch insolvenzrechtlich heikel** ist. Hat sich der Softwareentwickler verpflichtet, künftig Programmunterlagen zu überlassen, ist dies nicht insolvenzfest. Denn nach § 91 Abs. 1 InsO können Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden. Aufschiebend bedingte Verfügungen über künftige Sachen oder Rechte sind jedoch insolvenzfest, wenn der fragliche Gegenstand bereits bis zur Insolvenzeröffnung entstanden ist und danach die Bedingung eintritt. Dies hat der *BGH* gerade für

¹³⁸⁸ Österreichischer Oberster Gerichtshof, MMR 2006, 152 = CR 2006, 155.

die Sourcecodeüberlassung anerkannt.¹³⁸⁹ Geklärt ist seitdem, dass eine aufschiebend bedingte Übertragung von Nutzungsrechten insolvenzfest ist, soweit nicht die Insolvenz selbst als Bedingung statuiert wird. Demnach können Bearbeitungsrechte aufschiebend bedingt für den Hinterlegungsfall insolvenzfest vereinbart werden. Als Hinterlegungsfall ist das Einstellen/die nicht ordnungsgemäße Durchführung der Pflegeleistungen denkbar.

2. Hinterlegung des Quellformats

Denkbar ist allerdings die **Überlassung des Quellcodes in versiegelter Form**. Vertraglich wird dann mit dem Anwender vereinbart, dass er das Siegel nur in besonderen, genau spezifizierten Fällen brechen darf. Die Einhaltung dieser Regelung kann mit einer Vertragsstrafe sanktioniert werden. Typischerweise wird der Lieferant das Quellformat bei einem Dritten hinterlegen und dadurch dem Anwender im Insolvenzfall die Möglichkeit geben, darauf zurückgreifen und eine eigenverantwortliche Pflege seiner Software durchzuführen. Zu prüfen ist deshalb, inwieweit den Lieferanten eine Pflicht zur Hinterlegung des Quellformats trifft und ob entsprechende Vereinbarungen überhaupt sinnvoll sind.

a) Hinterlegungspflichten

Fraglich ist zunächst, inwieweit sich aus dem Zweck des Softwareüberlassungsvertrags eine Pflicht zur Hinterlegung des Quellformats und zur Übergabe im Insolvenzfall begründen lässt.

Gegen eine solche Pflicht spricht der **Warencharakter der Standardsoftware**: Standardsoftware wird als „Massenprodukt“ von vielen Anwendern gekauft. Bei solchen Produkten trägt aber grundsätzlich der Käufer das Risiko, dass eine Wartung oder Ersatzteillieferung durch den Lieferanten wegen Insolvenz nicht mehr möglich ist. Wenn er sich beim Softwarekauf gegen dieses Risiko absichern will, muss er besondere Bestimmungen in den Vertrag aufnehmen und sich – gegen Zahlung eines gesonderten Entgelts – den Zugriff auf das Quellformat sichern. Im Ergebnis trifft den Softwarelieferanten somit **keine Pflicht zur Hinterlegung** des Quellformats aus Treu und Glauben.

b) Hinterlegungsvereinbarungen

Ausgehend von Überlegungen im US-Recht finden sich in jüngster Zeit zahlreiche Hinterlegungsvereinbarungen in Überlassungsverträgen. Kernpunkt dieser Vereinbarungen stellt die **treuhänderische Übergabe einer Kopie des Quellformats an einen Notar oder ein Hin-**

¹³⁸⁹ BGH, MMR 2006, 386 = CR 2006, 151 = GRUR 2006, 435 = NJW 2006, 915.

terlegungsunternehmen dar. Fällt der Lieferant später in Insolvenz oder ist er aus sonstigen Gründen nicht mehr zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gewillt bzw. in der Lage, kann sich der Anwender an den Treuhänder wenden und von ihm die Herausgabe dieser Kopie verlangen. Unterschiedlich ist jeweils die Rechtsstellung des Treuhänders geregelt: Teilweise soll er das Eigentum an der Kopie des Quellformats erwerben; oft behält sich der Lieferant aber das Eigentum daran vor und ermächtigt den Treuhänder nur zur Herausgabe der Kopie im Insolvenzfall.

Bisher kaum erörtert wurde aber die Frage, inwieweit solche Vereinbarungen überhaupt von Nutzen sind. Zweifel könnten sich insbesondere aus EDV-technischen und insolvenzrechtlichen Überlegungen ergeben.

aa) EDV-technische Probleme

Soll eine Hinterlegungsvereinbarung ihr Ziel erreichen, muss das hinterlegte Quellformat daraufhin überprüft werden, ob es wirklich dem vom Anwender benutzten Programm entspricht. Ansonsten könnte der Lieferant auch beliebige und für den Anwender wertlose Programmzeilen beim Treuhänder hinterlegen, um so eine Offenlegung der Programmstruktur zu verhindern.

Amerikanische Anwälte empfehlen in diesen Fällen zwar immer, eine Verpflichtung des Lieferanten zur Hinterlegung des richtigen Quellformats vertraglich zu verankern, so dass der Lieferant bei Verletzung dieser Vereinbarung schadensersatzpflichtig sei. Allerdings fällt dieser Vertragsbruch erst mit Aushändigung des Quellformats im Insolvenzverfahren auf; dann aber dürfte der Anwender größte Schwierigkeiten haben, Schadensersatz vom Softwarelieferanten zu erhalten.

Vor Eintritt des Insolvenzfalls fragt sich aber, inwieweit die Treuhänder in der Lage sind, das hinterlegte Quellformat auf seine Übereinstimmung mit dem Objektformat zu überprüfen. **Notare** dürften z.B. zu einer Prüfung des Quellformats auf seine „Echtheit“ kaum in der Lage sein, da sie in der Regel nicht über die nötigen EDV-Kenntnisse für eine derartige Untersuchung verfügen. Auch die in der Praxis gängige Forderung des Notars nach einer eidesstattlichen Versicherung über die Vollständigkeit und Richtigkeit dürften die Zweifel kaum beseitigen. Wichtig ist daher die Einschaltung von **technisch erfahrenen Hinterlegungsstellen (Escrow Agents)**, etwa Escrow Europe (Deutschland) GmbH, Escrow International Deutschland GmbH oder die Hanse Escrow Management GmbH.

Aber auch der Einsatz von EDV-Fachleuten in Hinterlegungsstellen führt hier nicht weiter: Komplizierte Programme bestehen oft aus **Tausenden von Programmzeilen**, deren Lektüre auch einen immensen zeitlichen und personellen Aufwand erfordert. So umfasst z.B. das Quellformat des Betriebssystems CP/M mehrere tausend Seiten, deren Durcharbeitung selbst bei einem großen Stab von EDV-Experten mehrere Monate dauern dürfte.

Dies Problem wird noch dadurch verschärft, dass sich **Software-Engineering**, d.h. eine methodisch-übersichtliche Programmiermethodik, in der EDV-Branche noch nicht durchgesetzt hat: Programmieren gilt bis heute als Nährboden für Wagemutige, die sich schöpferisch-kreativ mit der Programmierung des Computers befassen. Bei diesem Programmier-„Stil“ bleibt aber gerade auf Grund der häufigen Verwendung von Sprunganweisungen oder komplex verschachtelten Befehlsketten die Programmübersichtlichkeit auf der Strecke. Ein derart gestaltetes Programm stellt eine still vor sich hin tickende Zeitbombe dar: Niemand außer dem Programmierer selbst kann die unübersichtliche Struktur des Quellformats überblicken. Wenn z.B. der Programmierer den Arbeitgeber wechselt, kann niemand mehr das Programm warten und eine Fehlerbeseitigung vornehmen. Dementsprechend ist bei einem so gestalteten Programm eine Hinterlegung des Quellformats sinnlos.

Selbst wenn aber bestimmte Methoden der „strukturierten Programmierung“ benutzt worden sind, werden viele Quellformate, die anfänglich noch übersichtlich sind, völlig unüberschaubar, wenn Programme bei Fehlern „geflickt“ werden müssen. Die mit der Analyse betrauten Fachleute sind dann meist nicht mehr in der Lage, die Gedanken des ursprünglichen Programmierers nachzuvollziehen.

Im Übrigen sind die **hohen Kosten** für die Hinterlegung zu bedenken. Zu zahlen ist regelmäßig eine einmalige Hinterlegungsgebühr, jährliche Lagergebühren sowie Sondervergütungen für die Hinterlegung von Updates oder die Verifizierung des Materials. Bei der Hinterlegung durch Notare werden sogar nach dem Wert des Materials die Kosten im Rahmen der KostO berechnet.

bb) Insolvenzzrechtliche Probleme

Hinterlegungsvereinbarungen sind sinnlos und ineffektiv, wenn die Kopie des Quellformats zur **Insolvenzmasse im Sinne des § 35 InsO** gehört und der Anwender deshalb im Insolvenzfall nicht dessen Aussonderung verlangen kann. Im Übrigen ist im Hinblick auf eine eventuelle Insolvenzanfechtung wichtig, dass die Hinterlegungsvereinbarung unmittelbar im Zusammenhang mit dem Softwarevertrag abgeschlossen wird.

Denkbar wäre eine vertragliche Vereinbarung, wonach der **Besteller der Software als „Hersteller“** i.S.v. § 950 BGB gilt. Dazu müsste der im Mobiliarsachenrecht angesiedelte § 950 BGB analog angewendet werden. In einem solchen Falle würde der Anwender jedoch sofort, ohne weitere Bedingung Eigentümer des Materials, was die Parteien in Hinterlegungsfällen regelmäßig nicht wollen. Bedenklich ist auch die Vorstellung Bömer's,¹³⁹⁰ dass die Hinterlegungsstelle lediglich Eigentum an den körperlichen Gegenständen bekommen solle, die Rechte an den Daten jedoch aufschiebend bedingt dem Anwender eingeräumt werden könnten. Eine Trennung von Eigentum und sonstigen Rechten ist künstlich, zumal ein Recht an Daten bislang nicht anerkannt ist.

Tatsächlich erfolgt eine Hinterlegung des Quellformats grundsätzlich in Form einer **sog. uneigennütigen Treuhand**, bei der die Hinterlegungsstelle im Interesse des Softwarelieferanten tätig wird. Ein solches Treuhandverhältnis kann in zwei verschiedenen Vertragsformen begründet werden.

Auf der einen Seite können Hinterlegungsstelle und Softwarelieferant im Rahmen eines **sog. unechten Treuhandverhältnisses** miteinander verbunden sein. So heißt es etwa in den Vertragsbedingungen des National Computing Centre, der bedeutendsten europäischen Hinterlegungsstelle: „The Material and Modifications shall remain the confidential property of the owner“. In diesem Fall soll das Eigentum an der Kopie beim Softwarelieferanten (Treugeber) verbleiben, während die Hinterlegungsstelle (Treuhänder) nur zu deren Herausgabe an den Anwender berechtigt ist. In diesem Fall gehört das Exemplar des Quellformats auf jeden Fall zur Insolvenzmasse; insofern kommt ein Aussonderungsrecht des Anwenders von vornherein nicht in Betracht. Der Insolvenzverwalter hat vielmehr die Pflicht, den Quellcode sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Die Hinterlegungsstelle ist als Treuhänder verpflichtet, dem Insolvenzverwalter anzuzeigen, dass sie die Kopie im Besitz hat; wenn sie die Anzeige unterlässt oder verzögert, haftet sie für alle daraus entstehenden Schäden.

Auf der anderen Seite können Hinterlegungsstelle und Softwarelieferant ein **sog. echtes Treuhandverhältnis** vereinbaren, wobei die Hinterlegungsstelle als Treuhänder Eigentümer des Quellformats werden soll. Scheinbar gehört bei dieser Vertragsgestaltung das Quellformat mangels Eigentümerstellung des Gemeinschuldners nicht zur Insolvenzmasse, so dass ein Aussonderungsrecht zumindest der Hinterlegungsstelle in Betracht käme.

Literatur und Rechtsprechung gehen aber übereinstimmend davon aus, dass der Treuhänder bei solchen Treuhandverhältnissen nur „formell“ Eigentümer des Treuguts geworden ist.

¹³⁹⁰ Bömer, Hinterlegung, 398 f.

„Materiell“ ist der Treugeber Berechtigter geblieben, da dem Treuhänder mehr übertragen wurde als nach dem wirtschaftlichen Zweck erforderlich gewesen wäre.¹³⁹¹ Das Treugut gehört deshalb weiterhin zur Insolvenzmasse und kann vom Insolvenzverwalter herausverlangt werden.

Im Ergebnis hat der Anwender bei Hinterlegung des Quellformats **kein Aussonderungsrecht** er kann im Insolvenzfall nicht auf das Quellformat zurückgreifen. Insgesamt sind somit Hinterlegungsvereinbarungen nicht insolvenzfest und verfehlen daher ihr Regelungsziel. Die Sicherungsübereignung der Datenträger und ein durch die Herausgabe aufschiebend bedingtes Nutzungsrecht allein reichen nicht aus, um gegenüber dem Insolvenzverwalter einen Herausgabeanspruch zu begründen.

Die Hinterlegungsvereinbarung ist als **Geschäftsbesorgungsvertrag** i.S.v. § 675 BGB anzusehen. Nach §§ 115, 116 InsO erlöschen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Geschäftsbesorgungsverträge. Insofern hat der Insolvenzverwalter dann den Zugriff auf das Material und kann eine entsprechende Herausgabe von der Hinterlegungsstelle verlangen. Normalerweise handelt es sich bei der Hinterlegungsvereinbarung insolvenzrechtlich um einen Treuhandverhältnis. Selbst wenn der Hinterlegungssteller Eigentum an dem hinterlegten Material erhalten sollte, wird nach der Frage der wirtschaftlichen Zuordnung des Gegenstandes gefragt. Insofern ist von einer Doppeltreuhand zugunsten des Anwenders und des hinterlegenden Unternehmens auszugehen. In einem solchen Fall gilt aber weiterhin das Prinzip, dass das Treugut in die Masse fällt. Allerdings hat der *BGH* klargestellt, dass eine Verpflichtung zur Übertragung des Treuguts auf den Insolvenzverwalter nur dann bestehen kann, wenn das Treugut nicht bereits endgültig aus dem Vermögen des Treugebers ausgeschieden ist.¹³⁹² Insofern kommt alles auf eine geschickte Vertragsgestaltung in Bezug auf die Insolvenzvereinbarung an, mit dem Ziel, ein endgültiges Ausscheiden der Sources aus dem Vermögen des Treugebers zu bewirken. Jedwede Form einer Rückgabeverpflichtung im Hinblick auf das Softwarehaus muss vertraglich ausgeschlossen sein. Für den Fall einer Kündigung der Hinterlegungsvereinbarung muss eine bloße Vernichtungsverpflichtung ausreichen.

Weiterhin bleibt die **Frage der Anfechtbarkeit der Hinterlegung** zu klären (§ 143 InsO). Es muss schließlich gewährleistet sein, dass der Schuldner für die Weggabe von Vermögen eine äquivalente Gegenleistung unmittelbar erhält. Eine mittelbare Benachteiligung reicht aus, etwa wenn die Verwertbarkeit zugunsten eines potentiellen Käufers des Softwarehauses be-

¹³⁹¹ So etwa *BGH*, NJW 1959, 1223; *OLG Köln*, MDR 1965, 1001; *Lent*, in: Jaeger, KO, 8. Aufl. 1973, § 43 Rz. 40.

¹³⁹² *BGH*, NJW 1962, 1200.

einträchtig würde. Insofern kommt insbesondere eine Anfechtung nach § 134 InsO in Betracht, wenn die Hinterlegung eine unentgeltliche Leistung des Softwarehauses ist und diese Leistung früher als vier Jahre vor dem Insolvenzeröffnungsantrag erfolgt ist. Insofern ist es dringend geboten, die Hinterlegung mit der Vergütung für die Softwarehinterlassung und -erstellung zu verknüpfen. Gefährliche Konstellationen sind solche, in denen nachträglich nach Abschluss des Softwareüberlassungserstellungsvertrages eine Hinterlegungsvereinbarung abgeschlossen wird.

cc) Vertragsgestaltung

Hinterlegungsvereinbarungen sollten im Kern erst einmal aus einer hinreichend spezifizierten **Beschreibung des Hinterlegungsobjekts** (Programmbezeichnung; Module; Formate) bestehen. Dann sind die Pflichten des Anbieters zu konkretisieren. Dazu zählen u.a. die Übereignung des Sourcecodes incl. Updates und Compiler sowie die Übernahme einer Garantie für die Vollständigkeit, Richtigkeit und Adäquanz des Materials. Das Softwarehaus muss es hinnehmen, dass die Sourcen durch die Hinterlegungsstelle geprüft werden.

Die Pflichten der Hinterlegungsstelle umfassen zunächst einmal die **Geheimhaltungspflicht** in Bezug auf das überlassene Know-how. Die Sourcen sind sicher aufzubewahren (insbesondere im Hinblick auf Risiken durch Beschädigung, Diebstahl, Feuchtigkeit, Wärme). Auch die Versicherungsfrage ist im Hinblick auf eventuelle Schäden zu klären.

Die Kriterien für eine Herausgabe an den Anwender sind ebenfalls festzulegen. Als **Fall für die Herausgabe** sollte aufgenommen werden:¹³⁹³

- die Eröffnung des Insolvenzverfahren über das Vermögen oder Ablehnung eines Insolvenzantrags mangels Masse – Beweis durch Vorlage eines rechtskräftigen Beschlusses zumindest in beglaubigter Kopie
- die Löschung der Firma des Anbieters wegen Vermögenslosigkeit oder Eintragung des Liquidationsbeschlusses im Handelsregister – Beweis durch Vorlage eines beglaubigten Auszuges aus dem Handelsregister
- die schriftliche Zustimmung des Anbieters zur Herausgabe
- ein rechtskräftiges Urteil bzw. Beschluss hinsichtlich der Abgabe einer Zustimmungserklärung durch den Anbieter

¹³⁹³ Siehe Bömer, Hinterlegung, 394 f.

- der Verzug des Lieferanten hinsichtlich der Erfüllung wesentlicher Vertragsverpflichtungen, sofern fruchtlose Fristsetzung mit Androhung des Herausgabeverlangens – Beweis durch Vorlage eines Einschreibens mit Rückscheins sowie eidesstattlicher Versicherung des Anwenders
- sonstige Fälle, in denen der Lieferant seine Tätigkeit einstellt (Outsourcing, Verlust wichtiger Programmierer).

3. Pflichten des Anwenders

Auch den Anwender treffen Pflichten. Er darf das Material lediglich für vertragsgemäße Zwecke nutzen. Eine kommerzielle Verwendung des Materials kann z.B. ausgeschlossen werden. Zu regeln sind ferner Geheimhaltungspflichten.

II. Schutzhüllenverträge

Literatur:

Contreras/Slade, Click-Wrap Agreements: Background and Guidelines for Enforceability, CRI 4/2000, 104; *Davidson/Bergs*, Open, Click or Download: What Have You Agreed To? The Possibilities Seem Endless, The Computer Lawyer Vol. 16, No. 4, April 1999, 1; *Karger*, Download im Rahmen bestehender Softwareüberlassungs- und Pflegeverträge. Probleme mit Click-Wrap-Agreements, ITRB 2003, 134; *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hamburg 2006; *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Köln 2005.

Um direkte Vereinbarungen mit dem Anwender schließen zu können, bedient sich die Softwareindustrie drei verschiedener Wege.

Zum einen versucht sie, mit dem Anwender sog. **Schutzhüllenverträge (Shrink-Wrap-Licensing)** abzuschließen. Schutzhüllenverträge kommen in der Regel wie folgt zustande: Ein Anwender geht in ein Softwarehaus, kauft dort ein Softwarepaket und geht damit nach Hause. Dort entdeckt er, dass dieses Paket eingeschweißt bzw. der Datenträger mit einem Aufkleber verplombt ist. Darüber hinaus findet er anbei einen Zettel, auf dem die AGB des Herstellers abgedruckt sind – verbunden mit dem Hinweis, dass der Anwender mit dem Öffnen der Schutzhülle bzw. der Beseitigung des Aufklebers diesen AGB zustimmt. Zusätzlich ist dem Anwender das Recht eingeräumt, das Softwarepaket zurückgeben zu dürfen, wenn er die Versiegelung nicht beseitigt hat und mit den AGB nicht einverstanden ist.

Darüber hinaus befinden sich in den Softwarepaketen oft vorgedruckte Vereinbarungen (**RETURN-Verträge**), die der Anwender unterzeichnet an den Hersteller zurücksenden soll. Softwareersteller wie BORLAND oder MICROSOFT sind inzwischen dazu übergegangen, ihren Softwarepaketen neben ihren AGB auch vorgedruckte Anerkennungserklärungen (Acknowledgement Cards) beizulegen, die der Anwender unterschrieben an den Hersteller zurückzusenden hat.

Schließlich legen die Softwareersteller dem Programmpaket oft ihre AGB bei (**ENTER-Vereinbarungen**) und verweisen den Anwender beim Programmlauf darauf, dass die Benutzung der Software gleichzeitig eine konkludente Zustimmung zu den Hersteller-AGB beinhaltet.

Die rechtliche Vermarktung solcher Vertragsmodelle ist bizarr. Man spricht hier von **End User License Agreements (EULA)** und vermittelt dadurch den Eindruck, es gehe hier um Verträge, die der Endkunde mit dem Hersteller abschließen müsse. Auch der Begriff der „Lizenz“ ist nebulös; das deutsche Urheberrecht kennt keine „Lizenz“. Der Endnutzer braucht keine „Lizenz“ vom Hersteller; er hat Verträge mit dem Händler, die ihn zur Nutzung berechtigen. Alle zur Nutzung des Programms notwendigen Nutzungshandlungen sind ihm schon kraft § 69 Abs. 1 UrhG und des darin enthaltenen gesetzlichen Nutzungsrechts erlaubt. In den USA hat man versucht, EULA-Vertragsmodelle über Spezialgesetze wirksam werden zu lassen. So sollten nach dem UCITA Lizenzverträge auch dann Gültigkeit haben, wenn der Anwender sie erst nach dem Kauf der Software einsehen kann. Außerdem sollen die Softwareersteller ein Recht haben, die „Lizenz“ technisch auszuschalten. Das Gesetzesvorhaben hat sich nie durchgesetzt; es kam nur in wenigen Bundesstaaten (in Maryland und Virginia¹³⁹⁴) zur Anwendung.

Juristisch handelt es sich bei den EULA um den Versuch des Herstellers, mit dem Anwender einen **zweiten Vertrag** – neben der Vereinbarung mit dem Händler – zu schließen. Das Softwarepaket mit der erwähnten Schutzhülle und den sichtbaren Vertragsbedingungen ist das rechtlich wirksame Angebot des Herstellers an den Erwerber, einen „Lizenzvertrag“ abzuschließen. Das Aufreißen der Schutzhülle durch den Erwerber ist jedoch eine Handlung, die unmittelbar nur den Sinn hat, ein Hindernis für die Nutzung der Software zu beseitigen. Eine direkte Annahmeerklärung liegt also nicht vor.¹³⁹⁵ Ein unmittelbar lediglich auf einen tatsäch-

¹³⁹⁴ *Carlyle C. Ring, Jr.*, An Overview of the Virginia UCITA, 8 RICH. J.L. & TECH. 1 (Fall 2001) at <http://www.law.richmond.edu/jolt/v8i1/article1.html>.

¹³⁹⁵ Anders die Ansicht in den USA; *Brower v. Gateway 2000, Inc.*, 246 A.D.2d 246, 250–51, 676 N.Y.S. 2d 569(1998); *Hill v. Gateway 2000, Inc.*, 105 F.3d 1147 (7th Cir.), cert. denied, 522 U.S. 808 (1997); ProCD,

lichen Erfolg zielendes Verhalten kann aber mittelbar einen Rechtsfolgwillen zum Ausdruck bringen, d.h. als Willenserklärung gewertet werden. Schutzhüllenverträge sind folglich mangels Zustimmung des Anwenders zum Vertragsschluss unwirksam.¹³⁹⁶ Ähnliches gilt für Versuche, einen Vertragsschluss mittels Drücken der Enter-Taste zu konstruieren.¹³⁹⁷

III. Application Service Providing und Cloud Computing

Literatur:

Bisges, Urheberrechtliche Aspekte des Cloud Computing - Wirtschaftlicher Vorteil gegenüber herkömmlicher Softwareüberlassung?, MMR 2012, 574; Boos/Kroschwald/Wicker, Datenschutz bei Cloud Computing zwischen TKG, TMG und BDSG. in: ZD 2013, 205; Czychowski/Bröcker, ASP – Ein Auslaufmodell für das Urheberrecht?, MMR 2002, 81; Grützmacher, Application Service Providing – Urhebervertragsrechtliche Aspekte, ITRB 2001, 59; Lehmann/Giedke, Urheberrechtliche Fragen des Cloud Computings, in: CR 2013, 681; Müller, Cloud und Privatkopie, ZUM 2014, 11; Pötters, Beschäftigtendaten in der Cloud., NZA 2013, 1055; Pohle/Ammann, Über den Wolken – Chancen und Risiken des Cloud Computing, CR 2009, 273; Schultze-Melling, IT-Compliance in a Globalized World, CRi 2008, 142; Sujecki, Internationales Privatrecht und Cloud Computing aus europäischer Perspektive, K & R 2013, 312; Wagner/Blaufuß, Datenexport als juristische Herausforderung: Cloud Computing, in: BB 2012, 1751; Wicker, Durchsuchung in der Cloud - Nutzung von Cloud-Speichern und der strafprozessuale Zugriff deutscher Ermittlungsbehörden, MMR 2013, 76; Witzel, Gewährleistung und Haftung in Application Service Providing-Verträgen. Ausgestaltung von Gewährleistung und Haftung in ASP-Verträgen, ITRB 2002, 183; Zech, Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud, ZUM 2014, 3.

Aufgrund der verschiedenen Einsatzbereiche und Formen des Daten-Outsourcings wird durch die Nutzung von Outsourcing-Dienstleistern eine Fülle von Rechtsgebieten berührt. Gerade im Hinblick auf die Möglichkeiten einer internationalen Ressourcenverteilung ist eine exakte Analyse der im Einzelfall tangierten Rechtsvorschriften und den damit verbundenen Konsequenzen erforderlich. Die oben abgebildete Matrix zeigt eine Übersicht der vom deutschen Recht für den Bereich der Datenverarbeitung und Datenverbreitung geschaffenen Rahmenbedingungen. Die juristischen Risiken sind quantifiziert nach Eigenhaftung des Vorstandes, der Höhe des Schadensersatzes und dem (geschätzten) allgemeinen Reputationsschaden. Insbesondere sind im deutschen Recht Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu

Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir.1996). Erstaunlich ist das Urt. des *OLG Stuttgart* v. 10.2.1989 – 2 U 209/88 = NJW 1989, 2633 = CR 1989, 685, wonach Shrink-Wrap wirksam sein soll. Gründe für diese These finden sich im Urteil nicht.

¹³⁹⁶ A.A. ohne nähere Begründung *OLG Stuttgart*, NJW 1989, 2633 = CR 1989, 685 = DuD 1990, 97.

¹³⁹⁷ *Specht v. Netscape Communications*, Nos. 00 CIV 4871, 00 CIV 6219, 00 CIV 6249, 2001 WL 755396 (S.D.N.Y. 07/05/01).

beachten. Hinzu kommen nutzerabhängige produkt- und branchenspezifische Besonderheiten (z.B. AO).

Neben den hier berücksichtigten und bewerteten Rahmenbedingungen des deutschen Rechts ist jedoch zu beachten, dass durch ausländische Gesetze zusätzliche Risiken entstehen können. Als Beispiel sei hier „*pretrial discovery*“ genannt. (Die *pretrial discovery* ist eine Besonderheit des angelsächsischen Verfahrensrechts und hat insbesondere in den USA eine besondere Ausprägung erhalten.¹³⁹⁸ Das in den Federal Rules of Civil Procedure (Fed. R. Civ. P.) festgelegte *pretrial discovery*- Verfahren ist ein von den Parteien durchgeführtes und sehr weitreichendes Beweisermittlungsverfahren vor der mündlichen Verhandlung.¹³⁹⁹) Risiken die von ausländischen Rechtsordnungen ausgehen, sollten in einer auf das entsprechende Land bezogenen Einzelfallüberprüfung zusätzlich bewertet werden.

1. Vertragszweck

Seit den 70er Jahren gibt es das Konzept ASP (Application Service Providing). Mittels „Time-Sharing-Services“ wurde kleinen und mittleren Unternehmen Rechner und Applikationen zur Verfügung gestellt. Heute werden besonders branchenspezifische Anwendungen im Netz gemietet, um sich teure Investitionen in IT-Strukturen und Know-how zu sparen. Die Software-Applikationen, befinden sich in einem leistungsfähigen, sicheren und hoch verfügbaren Rechenzentrum (Internet-Data-Center). Die Produkte werden gegen eine Gebühr vermietet.

Das ASP-Geschäft wird mit dem Internet dergestalt verknüpft, dass „Software as a service“ angeboten wird. Über das Internet erfolgt der Zugriff auf externe Server, die die Software vorrätig halten. Der Nutzer braucht keinen eigenen Rechner mehr, sondern letztendlich nur noch eine Tastatur und einen Bildschirm. Auf diese Art und Weise kann er immer auf die aktuellsten Softwareversionen zugreifen, ohne die teure Software direkt käuflich erwerben oder anmieten zu müssen. Ein solcher Prozess setzt allerdings voraus, dass die Software ASP-fähig ist. Sie muss insofern webfähig sein, skalierbar und multi-user-fähig. Als Infrastruktur ist ein leistungsfähiges Rechenzentrum Grundvoraussetzung für den ASP-Geschäftsbetrieb. Der Vertrieb von ASP erfolgt über spezialisierte ASP-Provider; dies können Software-Unternehmen ebenso sein wie Internet-Service-Provider oder Telekommunikationsunternehmen. Auch der Software-Hersteller selbst kann als ASP-Anbieter ins Spiel kommen (so genannter Independent-Service-Vendor [ISV]). Die ASP-Software kann im Wege der Emulation

¹³⁹⁸ Terbille, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht 2008, § 33, Rn. 13.

¹³⁹⁹ Henry, GRUR Int. 1983, 82 (m.w.N.).

angeboten werden, bei dem der Anwender nur eine Benutzeroberfläche zum Zugriff auf die Software hat. Denkbar ist allerdings auch der Einsatz von Wartungs-ASP's, bei dem der Nutzer die Software warten und updaten kann. Auch die angebotenen Leistungen variieren von der bloßen Softwarenutzung bis hin zu Funktionalitäten wie die Lohnbuchhaltung oder den so genannten Fullservice-Provider.

Vom Vertragszweck her besteht das Leistungsprofil von ASP darin, dass der Provider Eigentümer der jeweiligen Software ist und bleibt. Er bietet eine IT-Infrastruktur an, die man gegen eine monatliche Servicepauschale nutzen kann. Der ASP-Provider übernimmt auch das Systemmanagement und gewährleistet den Zugriff über das Internet. Bei einem solchen Profil bestehen die Hauptleistungspflichten des Auftragnehmers darin, Hardware zur Verfügung zu stellen, deren Kapazität der Nutzer temporär verwenden kann. Die Kapazitäten hängen von der Anlage, Tageszeiten und Anschlüssen ab; zu definieren ist ein Übergabepunkt etwa ab dem VPN.

Ein weiteres Problem neuer Arten der Softwarenutzung stellt die rechtliche Einordnung der neuen Geschäftsmodelle Cloud und Grid Computing als kommende IT-Strategien ein. Unter Grid Computing versteht man das Benutzen von Ressourcen entfernter Computer für die elektronische Datenverarbeitung. Hierbei findet der Datenaustausch zwischen den kommunizierenden Rechnern via Internetverbindungen statt. Mit dem Begriff Cloud Computing wird hingegen die Möglichkeit bezeichnet, Anwendungen und Dienste in der beschriebenen Infrastruktur zu nutzen, wobei nicht nur die Nutzungsberechtigung zur Verfügung gestellt wird, sondern auch Filespace und Datenbanken, Leistungen also, die über das herkömmliche ASP hinausgehen.¹⁴⁰⁰ Dadurch, dass der Nutzer überhaupt nicht mehr nachvollziehen kann, auf welchem Server seine Daten gespeichert sind, nachdem er sie in die „Cloud“ eingegeben hat, liegt, sobald es sich um personenbezogene Daten handelt, ein Datenschutzproblem vor.¹⁴⁰¹ Aber auch Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Datenverlust und mangelnde Sicherheit sind noch weitgehend ungeklärt.¹⁴⁰²

2. Rechtsnatur

Umstritten ist die Rechtsnatur von ASP. Typischerweise wird hier von einem komplexen Langzeitvertrag mit verschiedensten Leistungselementen ausgegangen. Die Einordnung von

¹⁴⁰⁰ *Söbbing*, Cloud und Grid Computing: IT-Strategien der Zukunft rechtlich betrachtet, MMR 2008, XII.

¹⁴⁰¹ *Pohle/Ammann*, Über den Wolken ... – Chancen und Risiken des Cloud Computings, CR 2009, 273, 274; *Schultze-Melling*, IT-Compliance in a Globalized World, CRi 2008, 142, 143.

¹⁴⁰² *Pohle/Ammann*, CR 2009, 273, 275.

ASP-Verträgen ist im Übrigen streitig.¹⁴⁰³ In Anlehnung an Verträge über die Nutzung technischer Infrastruktur liegt eine Klassifizierung als Mietvertrag nahe.¹⁴⁰⁴ Zwar überlässt der ASP dem ASP-Endkunden gerade nicht dauerhaft die Online-Nutzung, sondern stellt ihm erst dann Netzzugang und Software bereit, wenn der Kunde den Zugang von seinem Rechner aus aktiviert. Die dauerhafte Nutzung einer bestimmten Sache, die an sich das Mietrecht prägt, ist damit nur für die Länge der Online-Sitzung, nicht aber für die gesamte Vertragslaufzeit gewährleistet. Dem Mietrecht unterliegen aber auch solche Vereinbarungen, die nicht auf die Verschaffung des Besitzes, sondern lediglich auf die kurze Nutzung einer Sache ausgerichtet sind. In diesem Sinne hat der *BGH* einen Rechenzentrumsvertrag, im Rahmen dessen dem Kunden mittels DFÜ Kapazitäten eines Rechenzentrums zur Verfügung standen, als Mietvertrag qualifiziert.

Jetzt hat der *BGH* in einem neueren Urteil zu ASP-Verträgen die Einordnung als einen Mietvertrag, der die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer beweglichen Sache zum Gegenstand hat, angenommen.¹⁴⁰⁵ Als typische Leistung stehe dabei die Gewährung der Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten. Der Anwendung des Mietrechts stehe nicht entgegen, dass es sich bei der Software nicht um eine Sache i.S.d. § 90 BGB handle. Der *BGH* habe wiederholt entschieden, dass eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen ist, auf die je nach der vereinbarten Überlassungsform Miet- oder Kaufrecht anwendbar ist.

Auch wenn der Nutzer keinen Besitz an der Software erhält, schließt dies eine mietvertragliche Einordnung nicht aus, da der Alleingebrauch des Produktes für Miete nicht zwingend notwendig ist. Insofern stört es auch nicht, dass die Software für den Zugriff durch verschiedenste Nutzer freigegeben wird. Ein zusätzliches Werkvertragsselement kann dadurch hinzutreten, dass auch ein Erfolg im Hinblick auf Geschäftsprozesse des Kunden geschuldet ist.

Das Mietrecht halten andere Autoren für nicht anwendbar. Zwar verlange das Mietrecht nicht zwingend eine Überlassung der Mietsache, aber doch zumindest die Einräumung der Möglichkeit eines (wenn auch zeitlich begrenzten) tatsächlichen Zutritts zur Sache. Davon könne man im Falle von ASP, das eine bloße Nutzungsmöglichkeit bietet, nicht sprechen. Mit ASP

¹⁴⁰³ *Gräfin v. Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84; *Sedlmaier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78 f.; *Eichler*, Anwalt 5/2002, 20. Aus urheberrechtlicher Sicht *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81.

¹⁴⁰⁴ *Koch*, ITRB 2001, 39, 40; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731; *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69, 70 f.; *Sedlmaier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78; von *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84; *Junker*, NJW 2003, 2792, 2797; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl., Rz. 563, 567.

¹⁴⁰⁵ *BGH*, MMR 2007, 243 = NJW 2007, 2394.

will der Provider auch regelmäßig nicht den „Erfolgsgedanken“ des Werkvertragsrechts (§§ 631 ff. BGB) übernehmen. Am ehesten ist an eine Anwendung der Vorschriften über den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) zu denken.

3. Vermietung: urheberrechtlich – vertragsrechtlich

Im Hinblick auf die Einordnung als Miete ergeben sich Probleme, wenn man daran denkt, dass der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht sich nicht auf die Weitervermietung bezieht. Insofern braucht der ASP-Provider für den Einsatz der Software im ASP-Netz eine separate Einwilligung der Rechteinhaber und kann sich nicht darauf berufen, die Software ja käuflich erworben zu haben. Allerdings ist streitig, ob man überhaupt von einer Weitervermietung reden kann, wenn die Software onlinemäßig zum Zugriff bereitgestellt wird. Derzeit ist ein Verfahren beim Bundesgerichtshof über die Frage anhängig, ob man im Onlinebereich überhaupt von einer Erschöpfung reden kann. Es würde sich aber widersprechen, wenn ein allgemeiner Zivilsenat des *BGH* eine Vermietung von Software auch bei ASP annimmt, der Urheberrechtssenat des *BGH* dann aber bei der Frage der Anwendung der Weitervermietvorschriften eine solche Anwendung für ASP ablehnt.

Schwierig ist auch das Verhältnis von ASP und Open Source. Die GPL enthält keine Regelung dafür, dass man beim Vermieten von Software eine Vergütung verlangen darf. Wäre ASP als Vermietung anzusehen, könnte dies also zu einem Konflikt mit der GPL führen.

4. Hauptleistungspflichten

a) Leistungspflicht

aa) Geschuldeter Erfolg

ASP-Verträge müssen technisch genau abgestimmt sein. Zu klären ist etwa, welche technischen Daten in SLAs garantiert werden. Vertragsstrafen regeln den Ausfall des Systems. Allgemein sind die Sicherheitsvorkehrungen im Data-Center und das Sicherheits-Management (Firewall, Verschlüsselung, Authentifikation) zu spezifizieren. Es bedarf eines Notfall-Plans für unerwarteten Webtraffic; die Frage des Daten-Backup ist ebenfalls zu besprechen. Hinzu kommen Eckdaten des User Supports (24h Verfügbarkeit).

Bei ASP-Verträgen bereitet vor allem die **Verfügbarkeit der Übertragungskapazität** Probleme. Fällt die Telekommunikationsverbindung zwischen Kunde und Rechenzentrum aus, kann im Unternehmen nicht gearbeitet werden. Das Rechenzentrum sollte nicht nur hohe Ver-

fügarkeitsraten sichern, sondern auch Back-Up-Strukturen aufbauen. Im Kern sind die technischen Daten des ASP-Geschäftes in einer SLA zu spezifizieren. Dazu zählen Fragen wie die Bandbreite der Verbindung und das monatliche Transfervolumen. Hinsichtlich des geschuldeten Zugangserfolges sind Jahresverfügbarkeitsraten zu spezifizieren. Geregelt werden muss auch, wie schnell der Zugriff auf die Software bei Störung wieder hergestellt wird. Auch evtl. Wartungsfenster sind genau festzulegen.

bb) Sachen

Hinsichtlich der zu verschaffenden Liefergegenstände ist zu beachten, dass nicht nur der Zugriff auf die Software geschuldet ist, sondern auch die Überlassung einer entsprechenden Dokumentation. Hier reicht eine Online-Dokumentation aus.¹⁴⁰⁶ Die Dokumentation muss auf jeden Fall kurze Installationshinweise enthalten.¹⁴⁰⁷ Die Überlassung einer Dokumentation kann nicht dadurch ersetzt werden, dass der Anbieter auf Schulungsprogramme hinweist.¹⁴⁰⁸

cc) Rechte

Im Übrigen ist bei der Rechteeinräumung zu beachten, dass die Emulation der ASP-Software auf der Benutzeroberfläche nach herrschender Meinung keine Vervielfältigung ist. Etwas anderes würde evtl. nur dann gelten, wenn zusätzlich über die Benutzeroberfläche hinaus die Software auch im Arbeitsspeicher des Rechners (RAM) gespeichert würde. Bei der Wartungs-ASP (s.o.) ist dieses Problem auf jeden Fall gegeben, da hier der Nutzer die entsprechende ASP-Software nicht nur auf der Benutzeroberfläche anschaut, sondern entsprechend über den Arbeitsspeicher einen erhöhten Zugriff auf die Software hat. Unklar ist auch hier wieder die Frage, ob es sich urheberrechtlich um einen Fall der Weitervermietung handelt oder um einen Fall des Bereithaltens zum Abruf für die Öffentlichkeit (§ 19a UrhG).

b) Entgelt

Der ASP-Kunde schuldet die mietvertraglich vorgesehene Vergütung, typischerweise monatlich. Die Miete erhöht sich, wenn der Kunde unberechtigterweise zu einer Übernutzung kommt. Allerdings ist der Nachweis erforderlich, dass der Kunde die Übernutzung oder eine Nutzung durch Dritte zu vertreten hat. Letzteres liegt vor allem dann vor, wenn der Kunde schlecht mit Passwörtern umgeht. Die Vergütung wird typischerweise monatlich in Rechnung gestellt. Die Vergütungspflicht wird zur Vereinfachung der Zahlung gekoppelt mit einem Ab-

¹⁴⁰⁶ OLG Stuttgart, CR 1999, 74.

¹⁴⁰⁷ LG Hannover, CR 2000, 154.

¹⁴⁰⁸ OLG Düsseldorf, CR 1996, 214; OLG Frankfurt a.M., CR 1993, 93.

buchungsauftrag. Denkbar wäre auch eine Regelung zum Einwendungsausschluss in Bezug auf die Rechnungshöhe. Dann wäre zu spezifizieren, dass Einwendungen gegen die Rechnungshöhe nur innerhalb von sechs Wochen schriftlich nach Zugang beim Anbieter erhoben werden können.

Wenn ASP-Geschäfte als Mietvertrag einzuordnen sind, obliegt dem Vermieter/ASP-Provider die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Jede Einschränkung der Nutzbarkeit des ASP-Systems fällt automatisch zu einer Minderung der Mietgebühren. Zu bedenken ist, dass der *BGH* für Vermietlösungen CPU-Erhöhungsklauseln als wirksam angesehen hat; insofern kann der ASP-Provider bei Veränderungen der technischen Infrastruktur auf Nutzerseite ein erhöhtes Nutzungsentgelt verlangen.

5. Nebenleistungspflichten

Bei den Nebenleistungspflichten ist streitig, ob man ein Verbot der Nutzung von Anlagen anderer Hersteller aussprechen kann. Ungeschrieben besteht eine Pflicht zur Datensicherung seitens des Kunden. Die Erstellung eines Pflichtenhefts ist Aufgabe des Kunden;¹⁴⁰⁹ erstellt der Anbieter für den Kunden ein solches Pflichtenheft, liegt darin eine zusätzliche werkvertragliche Leistung. Der ASP-Anbieter seinerseits ist nebenvertraglich verpflichtet, sich um die Einholung der notwendigen Rechte zu kümmern. Hier ist vor allem wichtig, dass der Anbieter sich darüber im Klaren ist, dass die urheberrechtliche Einordnung von ASP unklar ist. Auch ist zu beachten, dass ASP typischerweise eine eigene Nutzungsart ist, die von Altverträgen nicht abgedeckt ist (s. § 31 Abs. 5 und § 31 Abs. 4 a.F. UrhG).

Im Übrigen gehört zu den Mitwirkungspflichten des Kunden:

- die Mitwirkung bei Qualitätssicherungsmaßnahmen
- die Bereitstellung alle für den ASP erforderlichen Informationen
- die Benennung von Ansprechpartnern
- die Bereitstellung von Testdaten
- die Gewährung von Zutritt zu den Räumen des Kunden
- die Mitteilung, wohin Altdaten des Kunden übernommen werden sollen
- die temporäre Unterlassung der Nutzung während der Wartungszeiten.

¹⁴⁰⁹ *BGH*, CR 1992, 543.

Der Kunde hat seinerseits allenfalls aus § 242 BGB die Pflicht zur Übernahme von Updates. Sollte der Kunde durch Allgemeine Geschäftsbedingungen allgemein dazu verpflichtet sein, jedes Update zu übernehmen, wäre dies ein Verstoß gegen § 307 BGB, wenn dem Kunden bei einer solch weitgehenden Verpflichtung kein Sonderkündigungsrecht zugestanden wird.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch die culpa post pactum finitum. Kommt es zur Beendigung des Vertrages, hat der Kunde ein Wegnahmerecht bezüglich seiner eigenen Daten (§ 539 Abs. 2 BGB). Dieser Wegnahmeanspruch unterliegt allerdings einer kurzen Verjährung von sechs Monaten ab Beendigung des Vertrages (§ 548 Abs. 2 BGB). Nach § 307 Abs. 2 BGB i.V.m. § 539 Abs. 2 BGB ist eine Klausel unwirksam, die ein Recht des Providers zur Löschung aller Daten in einem solchen Fall vorsieht. Die vom Kunden bereitgestellten Inhalte stehen diesem rechtmäßig zu. Insofern ist der ASP-Provider zur Herausgabe aller Sicherungskopien verpflichtet. Ferner stehen dem Kunden Löschungsansprüche aus datenschutzrechtlichen Gründen zu (§ 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG).

6. Datenschutzrecht

Zweck des BDSG ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird. Werden durch den Cloud-Anbieter personenbezogene Daten verarbeitet, sind die Vorschriften des BDSG zu beachten.

a) Verarbeitung personenbezogener Daten

Insbesondere im Rahmen der Nutzung von Cloud-basierten Systemen werden Software und Daten nicht mehr lokal, sondern auf einer externen Infrastruktur bearbeitet und gespeichert. Hiervon sind regelmäßig personenbezogene Daten betroffen. Nach § 3 Absatz 1 BDSG sind „personenbezogene Daten“ alle Einzelangaben oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Nicht öffentliche Stellen, wie z.B. privatrechtliche Gesellschaften, (§ 1 Absatz 2 Nr. 3, § 2 Absatz 4 BDSG) haben die datenschutzrechtlichen Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetz zu beachten, soweit personenbezogene Daten betroffen sind. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten ist nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt, anordnet oder die Betroffenen eingewilligt haben (§ 4 Absatz 1 BDSG). Eine Einwilligung aller durch die Verarbeitung tangierten Personen wird jedoch in der Praxis so gut wie unmöglich sein.

b) Auftragsdatenverarbeitung

Findet jedoch die Datenverarbeitung im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung gem. § 11 BDSG statt, ist eine Einwilligung der Betroffenen nach § 4 BDSG nicht erforderlich. Im Falle des Vorliegens einer Auftragsdatenverarbeitung werden Auftraggeber und Auftragnehmer (Dienstanbieter) rechtlich als Einheit betrachtet.¹⁴¹⁰ Dies hat zur Folge, dass ein Datentransfer zwischen diesen Stellen nicht als Datenübermittlung an einen Dritten im Sinne des Datenschutzrechts angesehen wird und daher unproblematisch möglich ist.

aa) Auftrag im Sinne von § 11 BDSG

Der Auftrag muss die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten im engeren Sinne beinhalten.¹⁴¹¹ In welcher Rechtsform ein Auftragsverhältnis i. S. v. § 11 BDSG begründet wird, ist unerheblich. In Betracht kommen Dienstverträge, Werkverträge, Geschäftsbesorgungsverträge aber auch Gestaltungen im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen; z. B. kann bei im Rahmen eines *Konzerns* verbundenen Unternehmen das Rechenzentrum eines Unternehmens die Datenverarbeitung für alle anderen konzernangehörigen Unternehmen übernehmen. Der Begriff „Auftrag“ ist nicht ausschließlich im Sinne des BGB (§§ 662 ff.) zu verstehen.¹⁴¹² Auch Cloud Computing wird nicht als Funktionsübertragung, sondern als Auftragsdatenverarbeitung im Sinne des § 11 BDSG eingestuft.¹⁴¹³ Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass der Auftraggeber „Herr der Daten“ bleibt und folglich keine Übermittlung von Daten im Sinne des § 3 Absatz 4 Satz 2 Nr. 3 BDSG an eine Dritten (§ 3 Absatz 8 Satz 3 BDSG) vorliegt. Der Auftragnehmer ist weisungsgebunden und hat keinen eigenen Entscheidungsspielraum. Sobald der Auftraggeber dem Dienstanbieter hingegen eine eigenständige „rechtliche Zuständigkeit“ für die Aufgabe, deren Erfüllung die Datenverarbeitung oder die Nutzung dient, zuweist, wird der Bereich der Auftragsdatenverarbeitung verlassen. Erst wenn nicht nur die Verarbeitung von Daten, sondern auch die Aufgabe, zu deren Erfüllung die Verarbeitung der Daten notwendig ist, übertragen wird, kann ein Fall einer „Funktionsübertragung“ vorliegen.¹⁴¹⁴

bb) Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung

Sind die Voraussetzungen der Auftragsdatenverarbeitung im Sinne von § 11 BDSG erfüllt, bleibt der Auftraggeber für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung verantwortlich. Der

¹⁴¹⁰ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage 2010, § 11 Rn. 4.

¹⁴¹¹ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage 2010, § 11, Rn. 7.

¹⁴¹² Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage 2010, § 11, Rn. 6.

¹⁴¹³ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage 2010, § 11, Rn. 8 (m.w.N.).

Datenverarbeitungsvorgang wird ihm zugerechnet. Dies hat zur Folge, dass die Übermittlung der Daten an den Auftragnehmer keiner weiteren Erlaubnisnorm bedarf. Somit wird der Auftraggeber durch diese Regelung privilegiert, da eine Einwilligung des Betroffenen nicht notwendig ist.

cc) Richtige Auswahl des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer ist unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen sorgfältig auszuwählen (§ 11 Absatz 2 Satz 1 BDSG). Insbesondere muss der Auftraggeber sich darüber informieren, ob der Auftragnehmer willens und in der Lage ist, die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen auszuführen.¹⁴¹⁵ Die Eignung des Auftragnehmers muss der Nutzer auch nach Vertragsschluss regelmäßig prüfen (§ 11 Absatz 2 Satz 4 BDSG). Eine Missachtung dieser Kontrollpflicht ist bußgeldbewehrt (§ 43 Absatz 1 Nr. 2 b BDSG). Nicht zwingend erforderlich ist, dass sich der Auftraggeber durch eine eigene Inaugenscheinnahme vor Ort beim Auftragnehmer von der Einhaltung der Maßnahmen überzeugt.¹⁴¹⁶ Der Auftraggeber kann seine Kontrollverpflichtung auch auf andere Weise erfüllen (z. B. durch Einschaltung von sachverständigen Dritten, durch Fragebögen oder durch die Anforderung von Prüfergebnissen oder Zertifikaten).¹⁴¹⁷

dd) Richtige Auftragserteilung an den Auftragnehmer

Nach § 11 Absatz 2 Satz 2 BDSG ist der Datenverarbeitungsauftrag schriftlich zu erteilen. Insbesondere sind hierbei die Vorgaben der § 11 Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 bis 10 BDSG zu beachten. Wer *entgegen § 11 Absatz 2 Satz 2 BDSG einen Auftrag nicht richtig, nicht vollständig oder nicht in der vorgeschriebenen Weise erteilt, handelt gem. § 43 Absatz 1 Satz 2 b BDSG ebenfalls ordnungswidrig*. Inhaltlich darf der Auftragnehmer für den Auftraggeber nur Hilfsfunktionen erfüllen und nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers tätig werden, also keinen eigenen Spielraum bei der Erledigung seiner Aufgaben haben.¹⁴¹⁸ Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang insbesondere die Vorgabe der § 11 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3, 9 BDSG in Verbindung mit der Anlage zu § 9 BDSG. Hiernach muss der Auftraggeber Art und Umfang der Datenverarbeitung sowie Ort und Zeit vollständig kennen und beherrschen. Bei dem herkömmlichen Daten-Outsourcing, bei welchem eine feste Zuweisung von physikalischen Ressourcen erfolgt, ist dies im Regelfall möglich. Der Auftraggeber weiß, wo sich die

¹⁴¹⁴ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage 2010, § 11, Rn. 9.

¹⁴¹⁵ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage 2010, § 11, Rn. 20.

¹⁴¹⁶ Vgl. BT-Drs. 16/13 657, S. 29

¹⁴¹⁷ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage 2010, Rn. 21.

¹⁴¹⁸ Schuster/ Reichl, CR 2010, 38,41.

Datenspeicher befinden und kann somit Ort und Zeit der Datenverarbeitung zu jeder Zeit und vollständig beherrschen. Anders ist es im Falle des Cloud- Computing. Grundsätzlich widerspricht diese Form der oben beschriebenen Kontrolle dem Konzept des Cloud Computing, da durch den flexiblen Umgang mit im Einzelnen durch den Cloud-Anbieter verwendeten Ressourcen eine optimale Ausnutzung der Speicher und Server erfolgen soll. Eine Aufspaltung der Datenpakete oder eine kurzfristige Datenverlagerung auf andere (z.B. Speicher-) Ressourcen ist daher nicht unüblich, sondern vielmehr Teil des eigentlichen Cloud-Konzeptes. Hierdurch entsteht erst der große Vorteil der „Wolke“, den Ressourcenbedarf dynamisch an die aktuellen Erfordernisse anzupassen. Dies hat jedoch zur Folge, dass dem Auftraggeber die verwendeten Ressourcen entweder nicht bekannt oder sogar generell nicht festlegbar sind. Ein beherrschender Zugriff auf die Daten, zum Beispiel eine Zugangs- und Zugriffskontrolle durch den Auftraggeber bei allen Datenverarbeitungen in der Cloud, ist somit bei dem ursprünglichen Konzept des Cloud Computing nicht ohne weiteres möglich. Eine denkbare Lösung für dieses Problem liegt darin, dass der Cloud-Anbieter im Rahmen der Vertragsgestaltung ein datenschutzrechtliches Angebot abgibt und so z.B. sichert, dass die Daten im Bereich der EU bleiben.¹⁴¹⁹

c) Auftragserteilung EU/EWR

Wird ein Auftragnehmer beauftragt, der seinen Sitz in der EU oder dem EWR hat, greift nach § 3 Absatz 8 Satz 3 BDSG ebenfalls die Privilegierung des § 11 BDSG.

d) Auftragserteilung in Drittstaat

Wird ein Auftragnehmer mit Sitz in einem Drittstaat (außerhalb der EU/EWR) beauftragt oder soll eine Datenverarbeitung in einem solchen Drittstaat stattfinden, müssen zusätzliche Anforderungen erfüllt werden, da die Privilegierung des § 11 BDSG nur bei Auftragnehmern im Bereich der EU bzw. des EWR greift (§ 3 Absatz 8 Satz 3). Bei einer Datenverarbeitung außerhalb der EU bzw. des EWR greift hingegen der *Grundsatz des angemessenen Datenschutzniveaus des Empfängerlandes* und der damit verbundenen Regelung des §§ 4b und c BDSG.¹⁴²⁰ Hiernach muss zusätzlich sichergestellt werden, dass die EWR-weiten Datenschutzstandards eingehalten werden, zum Beispiel indem sich der Auftragnehmer *Binding Corporate Rules* im Sinne von Art. 25 Absatz 1, 2 bzw. Art 26 Absatz 2 RL 95/46/EG, *Standard-Vertragsklauseln der Europäischen Kommission* im Sinne von Art. 26 Absatz 2,4 RL

¹⁴¹⁹ Schuster/ Reichl, CR 2010, 38, 41.

¹⁴²⁰ Söbbing, MMR 2008, XII, XIV.

95/46/EG oder *Safe-Harbour-Regelungen* im Sinne von Art. 25 Absatz 1,2 RL 95/46/EG unterwirft.¹⁴²¹ Die Übermittlung in Drittstaaten ist also zulässig, wenn dort ein angemessenes Datenschutzniveau besteht. Ob ein solches Niveau vorliegt, muss der Datenexporteur nach Maßgabe des BDSG selbst prüfen.¹⁴²² Wird der von der EU abgesegnete Standardvertrag zur Auftragsdatenverarbeitung (*Standard Contract Clauses for Data Processing*) verwendet, führt dies zu einer weitgehenden Gleichstellung des Datentransfers in den Drittstaat mit einem Transfer innerhalb der EU bzw. des EWR. Soweit jedoch der Standardvertrag verwendet wird, fordern deutsche Datenschutzaufsichtsbehörden eine Ergänzung dieses Vertrages um die Vorgaben aus dem deutschen § 11 Absatz 2 BDSG. Diese Veränderung des Standardvertrages hat jedoch aus Sicht der EU den Verlust der Gleichstellungswirkung zur Folge. Im Ergebnis muss die Vertragsgestaltung derart erfolgen, dass die Vorgaben der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden zusätzlich in den Vertrag aufgenommen werden, ohne dabei die Regelungen des Standardvertrages zu beschränken.

aa) Feststellung eines angemessenen Datenschutzniveaus durch die EU-Kommission (Argentinien, Australien, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Kanada, Schweiz)

Nach Art. 25 Abs. 6 EU-DatSchRL kann die Kommission im Rahmen des in Art. 31 Abs. 2 EU-DatSchRL geregelten Verfahrens für die Mitgliedstaaten verbindlich feststellen, dass ein Drittland aufgrund seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder internationaler Verpflichtungen ein angemessenes Datenschutzniveau aufweist.¹⁴²³ Für folgende Länder wurden bislang entsprechende Angemessenheitsentscheidungen getroffen:

- Argentinien (ABl. EG v. 5. 7. 2003, Nr. L 168/19),
- Australien, Sonderfall PNR-Daten (ABl. EG v. 8. 8. 2008, Nr. L 213/47),
- Guernsey (ABl. EG v. 25. 11. 2003, Nr. L 308/27),
- Isle of Man (ABl. EG v. 30. 4. 2004, Nr. L 151/51 sowie Berichtigung in ABl. EG v. 10. 6. 2004, Nr. L 208/47),
- Jersey (ABl. EG v. 28. 5. 2008, Nr. L 138/21),
- Kanada (ABl. EG v. 4. 1. 2000. Nr. L 2/13), Sonderfall PNR-Daten (ABl. EG v. 29. 3. 2006, Nr. L 91/49),
- Schweiz (ABl. EG v. 25. 8. 2000, Nr. L 215/1),

¹⁴²¹ Nägele/ Jacobs, ZUM 2010, 281, 290.

¹⁴²² Tinnefeld, NJW 2001, 3078, 3082.

¹⁴²³ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage 2010, § 4b, Rn. 14.

e) Besonderheiten USA

Eine spezielle Entscheidung nach Art. 25 Abs. 6 EU-DatSchRL hat die Kommission bezüglich Datenübermittlungen in die USA getroffen. Danach gewährleistet das mit dem US-Handelsministerium ausgehandelte „**Safe Harbor**“-Paket einen angemessenen Datenschutz. Voraussetzung ist, dass der Empfänger in den USA sich durch Erklärung gegenüber der zuständigen US-Behörde zur Einhaltung bestimmter Datenschutzprinzipien verpflichtet.¹⁴²⁴ Bei einer Übermittlung von Daten in die USA ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass auf Grundlage des *U.S.Patriot Act* die Möglichkeit besteht, bestimmten Belange von nationalem Interesse Priorität gegenüber Datenschutzerwägungen einzuräumen. Ähnliche Bedenken bestehen auch bezüglich des *Cybersecurity Act 2009*, des *US-Health Insurance Portability*, des *Accountability Act* sowie des *Sarbanes-Oxley Act*.¹⁴²⁵

f) Umgehungsmöglichkeit durch Verschlüsselungstechniken (Encryption)

Eigentlich wird die Verschlüsselung von Daten dem Bereich der Datensicherheit zugeordnet. Grundsätzlich stellt sich aber die Frage, ob bei Nutzung entsprechender Verschlüsselungstechniken (Encryption) und der anschließenden Versendung möglicherweise überhaupt keine personenbezogenen Daten transportiert werden, da § 3 Absatz 1 BDSG personenbezogene Daten als Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person definiert.¹⁴²⁶ Diese Informationen werden aber bei einem verschlüsselten Datensatz nicht transportiert. Zwar stellen die verschlüsselten Daten für die den „Schlüssel“ besitzende Stelle weiterhin personenbezogene Daten dar.¹⁴²⁷ Jedoch hat die Verschlüsselung zur Folge, dass der Personenbezug für alle Nicht-Schlüsselinhaber ausgeschlossen wird, da für die inhaltliche Kenntnisnahme der Daten nur mittels einer aufwendigen, unbefugten Entschlüsselung möglich ist. Die Daten sind also für Personen, denen der Code unzugänglich ist, keine personenbezogenen, sondern anonyme Daten. Ein Schutz gegen die bloße Kenntnisnahme der Daten erübrigt sich, da keine personenbezogenen Informationen vermittelt werden. Der Schlüsselcode hingegen muss für Dritte absolut unzugänglich sein. Wird der Code nachträglich doch preisgegeben, werden die vorher anonymen Daten zu perso-

¹⁴²⁴ Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage 2010, § 4b, Rn. 15.

¹⁴²⁵ Spies, MMR 2009, XI, XII; Nägele/ Jacobs, ZUM 2010, 281, 290.

¹⁴²⁶ Vgl. Diskussion, MMR-Aktuell 2011, 313727.

¹⁴²⁷ Simitis – Dammann, § 3 BDSG, Rn. 34.

nenbezogenen Daten.¹⁴²⁸ Entscheidend ist, dass die Verschlüsselung nach dem aktuellen Stand der Technik als sicher eingestuft werden kann und eine Gefahr der Decodierung durch unbefugte Dritte nicht besteht. Nicht ausreichend ist Verschlüsselung mit einem bekannten Code, wie zum Beispiel dem Morse-Code oder dem ASCII-Code.¹⁴²⁹ Ob die notwendigen Sicherheitsstandards eingehalten wurden, ist im Zweifel von dem Verschlüsselnden nachzuweisen. Das BDSG ist somit grundsätzlich bei der Übermittlung von verschlüsselten Daten anwendbar, es sei denn der Datenexporteur weist nach, dass die Daten sicher verschlüsselt sind und dass nur der Betroffene oder ein nach BDSG Berechtigter die Daten mit dem Schlüssel einsehen kann.¹⁴³⁰

7. Abgabenordnung (AO)

Soll der Auftragnehmer steuerrechtlich relevante Daten verarbeiten, sind die Vorschriften der §§ 146 ff. AO zu beachten.

a) Finanzbuchführung im Inland

Gem. § 146 Absatz 2 Satz 1 AO sind Bücher und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen grundsätzlich im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu führen und aufzubewahren. Insofern ist ein Outsourcing der elektronischen Daten an einen Auftragnehmer in Deutschland in Bezug auf die AO unproblematisch.

b) Finanzbuchführung im Ausland

aa) In EU/ EWR

Nach § 146 Absatz 2a AO kann die zuständige Finanzbehörde auf schriftlichen Antrag des Steuerpflichtigen bewilligen, dass elektronische Bücher und sonstige erforderliche elektronische Aufzeichnungen oder Teile davon außerhalb des Geltungsbereichs der AO in einem EU-Mitgliedsstaat oder einem EWR-Mitgliedsstaat geführt und aufbewahrt werden können. Voraussetzung für eine Genehmigung ist, dass der Steuerpflichtige der zuständigen Finanzbehörde den Standort des Datenverarbeitungssystems und bei Beauftragung eines Dritten dessen Namen und Anschrift mitteilt, der Steuerpflichtige seinen sich aus den §§ 90, 93, 97, 140 bis 147 AO und 200 Absatz 1 und 2 AO ergebenden Pflichten ordnungsgemäß nachgekommen ist, der Datenzugriff der deutschen Finanzbehörde nach § 147 Absatz 6 AO in vollem Umfang

¹⁴²⁸ Simitis – Dammann, § 3 BDSG, Rn. 35.

¹⁴²⁹ Simitis – Dammann, § 3 BDSG, Rn. 33.

¹⁴³⁰ Spies, MMR-Aktuell 2011, 313727.

möglich ist und die Besteuerung hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Zudem besteht die Pflicht einer umfassenden Verfahrensdokumentation. Liegen diese Voraussetzungen bei einem Antrag auf Verlagerung der elektronischen Buchführung in das EU-/EWR-Ausland vor, wird ein Anspruch des Steuerpflichtigen auf Bewilligung durch das Finanzamt zu bejahen sein; sind hingegen die Voraussetzungen der Nr. 1 oder Nr. 2 nicht erfüllt, darf nach § 146 Absatz 2a Satz 5 AO das Finanzamt die Bewilligung nur erteilen, wenn die Besteuerung hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Für den Bereich des „regulären Outsourcing“ ergeben sich bei einer Auslagerung der Finanzbuchführung innerhalb der EU bzw. des EWR somit keine größeren Probleme. Die Vorgaben der AO sind durch den Auftraggeber durchweg erfüllbar. Bezüglich des Cloud- Computing Konzeptes ergibt sich, aufgrund der bereits beschriebenen flexiblen Datenlagerung, das Problem der Standortangabe. Es ist aufgrund der Konzeption von Cloud-Systemen nicht ohne weiteres möglich einen konkreten Standort des Datenverarbeitungssystems zu benennen. Jedoch wird durch die dynamische Bedarfsanpassung der IT-Systeme der Zugriff der Finanzbehörden in keiner Weise erschwert. Im Ergebnis bleibt die Zugriffsmöglichkeit der Behörden im Rahmen des Cloud-Computing identisch zu der im Rahmen des „regulären Outsourcing“.

bb) Außerhalb EU/EWR

Eine Verlagerung der elektronischen Buchführung in das übrige Ausland ist, wie sich aus § 146 Absatz 2 Satz 5 AO ergibt, grundsätzlich möglich. Jedoch wird eine Datenverlagerung in das nicht europäische Ausland regelmäßig steuerrechtlich problematisch sein. Nach § 146 Absatz 2a Satz 5 AO kann die zuständige Finanzbehörde, wenn die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 oder Satz 3 Nr. 1 oder Nr. 2 nicht vorliegen, die Führung und Aufbewahrung elektronischer Bücher und sonstiger erforderlicher elektronischer Aufzeichnungen außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes nur bewilligen, wenn die Besteuerung hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Wann eine Besteuerung nicht beeinträchtigt wird, ergibt sich weder unmittelbar aus Absatz 2a noch aus den Gesetzesmaterialien oder aus § 148 AO, in dem ebenfalls dieses Tatbestandsmerkmal verwendet wird; entscheidend dürfte sein, dass dem deutschen Finanzamt eine elektronische Außenprüfung nach § 147 Absatz 6 AO möglich ist und der Steuerpflichtige bisher seine steuerlichen Pflichten nicht verletzt hat.¹⁴³¹ Die Bewilligung ist eine Ermessensentscheidung und stellt einen Verwaltungsakt dar. Widerruft die ausländische Stelle ihre Zustimmung für einen Zugriff durch die deutsche Finanzbehörde, ist die Bewilligung der Verlagerung der elektronischen Buchführung zu widerrufen und Rückverlagerung

¹⁴³¹ Klein, Abgabenordnung, 10. Auflage 2009, § 146, Rn. 5a.

der EDV-Buchführung in das Inland zu verlangen sowie vom Steuerpflichtigen nachzuweisen.¹⁴³² Kommt der Steuerpflichtige dieser Aufforderung nicht nach, kann ein sogenanntes Verzögerungsgeld (in Höhe von 2500 € bis 250 000 €) gegen ihn festgesetzt werden. Das Verzögerungsgeld stellt ein Zwangsgeld im Sinne von § 329 AO dar, da es auf die Vornahme einer Handlung bzw. Duldung des Steuerpflichtigen gerichtet ist. Es kann zum einen festgesetzt werden, wenn in den Fällen § 146 Abs. 2 b die Rückverlagerung nicht vorgenommen oder nachgewiesen wird. Zum anderen kann Verzögerungsgeld auch gegenüber Steuerpflichtigen verhängt werden, die ihre Buchführung im Inland führen, aber einen Datenzugriff nach § 147 VI AO nicht zulassen oder im Rahmen einer Außenprüfung nach § 200 AO Auskünfte nicht erteilen oder angeforderte Unterlagen nicht vorlegen.

c) Folgen einer fehlerhaften Buchführung

Bei einer unschädlichen Fehlerberichtigung ist das *Buchführungsergebnis* anhand von Belegen und Unterlagen zu *korrigieren*. Anders ist es dagegen bei falscher Darstellung wesentlicher Vorgänge. Nach § 158 AO kommt nur der ordnungsmäßigen Buchführung Beweiskraft zu. Eine nicht ordnungsmäßige Buchführung kann zu einer Schätzung nach § 162 AO¹⁴³³, zu Zwangsmitteln nach § 328 AO oder zu einer Ahndung nach § 379 Absatz 1 AO führen. Bei Zahlungseinstellung oder Insolvenz kann es auch zu einer Bestrafung nach § 283 StGB (Bankrott) oder § 283 b StGB (Verletzung der Buchführungspflicht) kommen.

8. Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

Die Vorschrift des § 87 BetrVG regelt das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten. Die Regelung betrifft den Kernbereich der Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Die Betriebspartner müssen sich über alle Maßnahmen und Entscheidungen einig sein, die sich auf die in § 87 Absatz 1 BetrVG festgeschriebenen Angelegenheiten beziehen.¹⁴³⁴ Es besteht ein *positives Konsensprinzip*. Weder der Arbeitgeber noch der Betriebsrat kann ohne die Zustimmung der anderen Partei wirksam handeln.¹⁴³⁵ Werden Daten eines Unternehmens im Wege eines Daten-Outsourcing ausgelagert, ist die Installation eines digitalen Zugriffssystems zwingend erforderlich, um den Mitarbeitern weiterhin den Zugang zu den Unternehmensdaten zu gewährleisten. Im Regelfall wird dies durch ein passwortgeschütztes Benutzerkonten-System (via Intranet oder Internet) geschehen. Dies

¹⁴³² Klein, Abgabenordnung, 10. Auflage 2009, § 146, Rn. 5a.

¹⁴³³ Vgl. BFH BStBl 92, 55; BFH/NV 91, 573, 724; 95, 373,

¹⁴³⁴ Werner, Beck'scher Online-Kommentar, BetrVG, § 87 Rn. 1.

hat zur Folge, dass es dem Arbeitgeber, durch die Zuordnungsmöglichkeit der einzelnen Benutzerkonten zu bestimmten Angestellten, möglich ist, Arbeitsverhalten und eventuell auch Arbeitsleitung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die Installation eines solchen Zugangssystems löst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates § 87 BetrVG aus. Der Betriebsrat hat nach § 87 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu geeignet oder bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Vom Mitbestimmungstatbestand des § 87 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG erfasst sind nur solche Überwachungsmaßnahmen, die mit Hilfe *technischer Einrichtungen* durchgeführt werden.¹⁴³⁶ Durch den Einsatz dieser technischen Überwachungseinrichtung müssen Daten erhoben werden, die Rückschlüsse auf das Verhalten bzw. die Leistung der Arbeitnehmer zulassen.¹⁴³⁷ Zudem müssen die vom Arbeitgeber zur Überwachung der Arbeitnehmer eingesetzte technische Einrichtung über eine *eigenständige Kontrollwirkung* verfügen.¹⁴³⁸ Hinzu kommt, dass der Einsatz der technischen Einrichtung auf Grund der technischen Gegebenheiten der Einrichtung und der konkreten Art ihrer Verwendung *objektiv geeignet* sein muss, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.¹⁴³⁹ Auf eine *Überwachungsabsicht* des Arbeitgebers oder eine spätere Verwendung der durch die technische Einrichtung gewonnenen Informationen kommt es hingegen nicht an.¹⁴⁴⁰ Auch ist es unerheblich, ob die technische Einrichtung eine *arbeitsnotwendige Maßnahme* darstellt¹⁴⁴¹, oder die Überwachung des Arbeitnehmers bloßer *Nebeneffekt* des Einsatzes der technischen Einrichtung ist.¹⁴⁴² Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist allerdings nicht eröffnet, wenn eine bloß *theoretische Möglichkeit* der Überwachung der Arbeitnehmer durch eine technische Einrichtung besteht. Eine Beteiligung des Betriebsrats ist erst dann erforderlich, wenn die Einrichtung eine konkrete Funktion beinhaltet, um das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.¹⁴⁴³ Wird durch den Einsatz der technischen Einrichtung ein technischer Vorgang kontrolliert, liegt eine Überwachung im Sinne des § 87 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG nur dann vor, wenn der Einsatz der technischen Anlage zugleich eine *Benutzerkontrolle* ermöglicht oder Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Leistung Dritter zulässt.¹⁴⁴⁴

¹⁴³⁵ *Fitting*, BetrVG § 87 Rn 1; *Richardi/Richardi*, BetrVG § 87 Rn. 6.

¹⁴³⁶ *Werner*, Beck'scher Online-Kommentar, BetrVG, § 87 Rn. 90.

¹⁴³⁷ *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 505.

¹⁴³⁸ *Richardi/Richardi*, BetrVG § 87 Rn. 503.

¹⁴³⁹ *Werner*, Beck'scher Online-Kommentar, BetrVG, § 87 Rn. 92.

¹⁴⁴⁰ *Fitting*, BetrVG § 87 Rn. 226; *Richardi/Richardi*, BetrVG § 87 Rn. 504.

¹⁴⁴¹ *Fitting* BetrVG § 87 Rn 226; *Richardi/Richardi*, BetrVG § 87 Rn. 488.

¹⁴⁴² *Werner*, Beck'scher Online-Kommentar, BetrVG, § 87 Rn. 92.

¹⁴⁴³ *Richardi/Richardi*, BetrVG § 87 Rn. 501; *Werner*, Beck'scher Online-Kommentar, BetrVG, § 87 Rn. 92

¹⁴⁴⁴ BAG, Beschl. v. 9.9.1975 – 1 ABR 20/74.

Eine Rückschlussmöglichkeit auf das Verhalten und die Leistung von Arbeitnehmern wird bei einem Datenzugriffssystem regelmäßig gegeben sein. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG betrifft daher auch den Einsatz von technischen Geräten bei der Verwendung von *E-Mails* und bei der Nutzung des Internets sowie von *Zugangskontrollsystemen* zum Internet.¹⁴⁴⁵ Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber die Unterlassung von Maßnahmen verlangen, die seine Mitbestimmungsrechte verletzen. Der *Unterlassungsanspruch* ist im Beschlussverfahren geltend zu machen¹⁴⁴⁶. Nach Rechtskraft des Beschlusses kann gem. § 85 Absatz 1 ArbGG, §§ 888 ZPO ff. vollstreckt werden. Entfaltet die Maßnahme *fortdauernde Wirkung*, kann der Betriebsrat zudem gerichtlich durchsetzen, dass die Maßnahme rückgängig gemacht wird.

IV. General Public License (GPL)

Literatur:

Andreewitz, Opensource und proprietäre Software: Das Verknüpfungsproblem, Medien und Recht 2005, 240; *Auer-Reinsdorff*, Escrow-Lizenzen und Open Source Software – Regelungsbedarf in Escrow-Vereinbarungen, ITRB 2009, 69; *Beardwood/Alleyne*, Open Source Hybrids and the Final GPLv3, CRi 2008, 14; *Demmel/Herten-Koch*, Vergaberechtliche Probleme bei der Beschaffung von Open-Source-Software, NZBau 2004, 187; *Funk/Zeifang*, Die GNU General Public License, Version 3 – Eine Analyse ausgewählter Neuregelungen aus dem Blickwinkel deutschen Rechts, CR 2007, 61; *Heussen*, Rechtliche Verantwortungsebenen und dingliche Verfügungen bei der Überlassung von Open Source Software, MMR 2004, 445; *Jaeger/Metzger*, Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software. Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 2. Aufl., München 2006; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software and German Copyright Law, IIC 2001, 52; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, 839; *Jaeger/Metzger*, Die neue Version 3 der GNU General Public License, GRUR 2008, 130; *Koch*, Probleme beim Wechsel zur Version 3 der General Public License (Teil 1) – Die neuen Regelungen in Version 3 der GPL, ITRB 2008, 261; *Plaß*, Open Contents im deutschen Urheberrecht, GRUR 2002, 670; *Spindler* (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004; *Strobel*, So content with Open Content – Zufriedenheit dank Open-Content-Lizenz?, MMR 2003, 778.

Die vom GNU-System entwickelte „**General Public License**“ (GNU/GPL) in der Version 3 aus dem Jahre 2007 gilt als Grundmodell für Open Source Software Lizenzen. Als echte sog. „Copyleft“-Lizenz räumt sie **unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht** ein und nimmt im

¹⁴⁴⁵ Vgl. *D/K/K/Klebe*, BetrVG § 87 Rn. 165; *ErfK/Kania*, BetrVG § 87 Rn. 62; *Fitting*, BetrVG § 87 Rn. 245; *Werner*, Beck'scher Online-Kommentar, BetrVG, § 87 Rn. 95.

¹⁴⁴⁶ *BAG*, 3.5.1994 AP BetrVG 1972 § 23 Nr. 23; 23.7.1996 DB 1997, 379 f; 21.1.1997 NZA 1997, 786; 17.11.1998 NZA 1999, 665; 28.5.2002 NZA 2003, 170 f; *D/K/K/Klebe*, BetrVG § 87 Rn. 316; *Fitting*, BetrVG § 87 Rn. 610; *Richardi/Richardi*, BetrVG § 87 Rn. 139.

Gegenzug den Vertragspartnern die Verpflichtung ab, ihre Umgestaltungen wiederum zur allgemeinen Nutzung nach den GPL-Bedingungen freizustellen. Trotz der gelegentlichen Bezeichnung als freie Software liegt also **kein Verzicht des Urhebers auf seine Rechte** vor. Neben der GPL besteht noch die BSD Copyright License.¹⁴⁴⁷ Die BSD-Lizenz gilt insbesondere für die Nutzung von Unix. Bedeutungsvoll ist weiter die Apache-Software-Lizenz,¹⁴⁴⁸ die vor allem im Web-Softwarebereich zum Tragen kommt. Die BSD und Apache-Lizenzen lassen eine Vermarktung von Bearbeitungen als proprietäre Produkte zu und unterscheiden sich insofern auch stark von der GPL. Insofern besteht auch kein Zwang dazu, vollendete Versionen der Software auf der Basis von Open Source-Produkten wiederum unter einer Open Source-Lizenz weitergeben zu müssen. Seit dem Release der GNU General Public License Version 3 (GNU GPLv3), welche es in Nr. 4 Abs. 2 zulässt, dass die Vergütung für die Überlassung einer Programmkopie oder deren Zugänglichmachen gegenüber der Öffentlichkeit frei festgelegt werden kann,¹⁴⁴⁹ steigt die Attraktivität des Rückgriffs auf freie Software.

Die Wirksamkeit der GPL wird heute weitgehend an- und hingenommen. Im August 2008 entschied der *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* zugunsten eines Programmierers, der ein freies Programm zur Steuerung von Modelleisenbahnen unter der offenen „Artistic License“ veröffentlicht hatte. Der Klagegegner hatte den Quellcode ohne die erforderliche Zuschreibung kommerziell genutzt. Das Bezirksgericht hatte darin nur einen Vertragsbruch gesehen. Das Bundesgericht hob diese Entscheidung aber auf, es sah im Verstoß gegen die Anforderungen einer freien Lizenz eine Copyright-Verletzung. In seiner Urteilsbegründung erwähnt das Gericht auch explizit die CC-Lizenzen sowie die Verwendung der GPL bei Linux.¹⁴⁵⁰ Ähnlich entschieden in Deutschland die *Landgerichte* München und Frankfurt¹⁴⁵¹ sowie in den Niederlanden das *Bezirksgericht Amsterdam*.¹⁴⁵² Das *Bezirksgericht Amsterdam* hat die Wirksamkeit einer Creative Commons Lizenz für Fotos bejaht und wegen Verstoßes dagegen Schadensersatz zugesprochen.¹⁴⁵³ Ein US-amerikanisches Gericht hat wegen Verstoßes gegen Open Source Bedingungen für Software ebenfalls einen Scha-

¹⁴⁴⁷ BSD steht für Berkeley Software Distribution; s. www.openbsd.org/policy.html.

¹⁴⁴⁸ S. www.apache.org/licenses.

¹⁴⁴⁹ Koch, Probleme beim Wechsel zur Version 3 der General Public License (Teil I) – Die neuen Regelungen in Version 3 der GPL, ITRB 2008, 261, 262.

¹⁴⁵⁰ United States Court of Appeals for the Federal Circuit, Urteil veröffentlicht unter <http://www.cafc.uscourts.gov/opinions/08-1001.pdf>.

¹⁴⁵¹ LG München, GRUR-RR 2004, 350 = MMR 2004, 693 m. Anm. Kreuzer = CR 2004, 774; Urt. v. 24.5.2007 – A 7 O 5245/07 = CR 2008, 57; LG Frankfurt, CR 2006, 729 = ZUM-RD 2006, 525.

¹⁴⁵² <http://www.groklaw.net/article.php?story=20060316052623594>.

¹⁴⁵³ *Bezirksgericht Amsterdam*, Urt. v. 9.3.2006 – 334492/KG 06-172 SR.

densersatzanspruch trotz Unentgeltlichkeit der Überlassung angenommen.¹⁴⁵⁴ Die Vereinbarkeit der GPL mit dem deutschen Urheber- und Kartellrecht wurde insofern von diversen Gerichten bestätigt, es handelt sich hierbei um AGB.¹⁴⁵⁵

Aus dem sogenannten Copy-Left Prinzip des § 3 GPLv2 wird nach Auffassung des LG Hamburg ein einfaches Nutzungsrecht nur dann eingeräumt, wenn sich der Nutzer verpflichtet, die von ihm erstellte Bearbeitung oder Umgestaltung wieder zu den Bedingungen der GPLv2 anzubieten. Nur so könne – so jetzt das Landgericht – die Weiterentwicklung und Verbesserung der unter einer GPLv2 angebotenen Open Source Software sichergestellt werden. Nach § 4 GPLv2 führt ein Verstoß gegen die Bestimmungen der GPLv2 automatisch zu einem Verlust sämtlicher Nutzungsrechte. Daher sei es ein die Nutzungsrechte beendigender Tatbestand, wenn nicht der vollständigen Quellcode zum korrespondierenden Objektcode veröffentlicht wird.

Wird Open Source Code mit einem kommerziellen Programm vermischt, spricht man von einem „Open Source Hybrid“.¹⁴⁵⁶ Hierbei taucht das Problem auf, dass sich die Bedingungen, zu denen die Nutzung der OS-Nutzung gestattet wird, als sog. „viraler Effekt“ auf das kommerzielle Hybridprodukt übertragen und dies insgesamt als Open Source einstufen,¹⁴⁵⁷ gleichzeitig aber ein Verstoß gegen die GPLv3 zum Erlöschen der Nutzungsrechte führt. Werden die OS-Bedingungen nicht eingehalten, so führt dies dazu, dass u.U. das gesamte Produkt nicht mehr genutzt werden darf. Das *LG Frankfurt a.M.* hat einem Unterlassungsanspruch wegen Urheberrechtsverletzung aufgrund Verstoßes gegen die GNU GPL stattgegeben, sich jedoch um die kartellrechtliche Bewertung gedrückt, indem auf § 139 BGB und die daraus resultierende Gesamtnichtigkeit der Rechteeinräumung verwiesen wurde. Dem ist jedoch so nicht zu folgen; dadurch dass es sich bei der GPL um AGB handelt, geht § 306 BGB als *lex specialis* vor. Gem. § 306 Abs. 1 BGB bleibt der Vertrag jedoch bei Unwirksamkeit der AGB im Übrigen wirksam. Die Ausnahmeregel des § 306 Abs. 3 BGB hat bislang noch keine praktische Bedeutung erlangt,¹⁴⁵⁸ es hätte also weiter geprüft werden müssen.

Die Formulierung „provided that the following conditions are met“ bezieht sich nach herrschender Meinung auf eine Nutzungseinräumung, die mit einer auflösenden Bedingung i.S.v.

¹⁴⁵⁴ Court of Appeals for the Federal Circuit, Urt. v. 13.8.2008, Robert Jacobsen v. Matthew Katzer et. al. = CRi 2009, 15 ff.

¹⁴⁵⁵ *LG München I*, MMR 2004, 693 m. Anm. *Kreutzer* = GRUR-RR 2004, 350; *LG Berlin*, CR 2006, 735, *LG München*, Urt. v. 24.7.2007 – 7 O 5245/07, CR 2008, 57 ff.

¹⁴⁵⁶ *Beardwood/Alleyne*, Open Source Hybrids and the Final GPLv3, CRi 2008, 14.

¹⁴⁵⁷ *Funk/Zeifang*, Die GNU General Public License, Version 3 – Eine Analyse ausgewählter Neuregelungen aus dem Blickwinkel deutschen Rechts, CR 2007, 617, 618.

¹⁴⁵⁸ *Bamberger/Roth/Schmidt*, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, § 306 Rz. 18 ff.

§ 158 Abs. 2 BGB gekoppelt ist.¹⁴⁵⁹ Diese Bedingungskonstruktion soll auch für den Open Source-Vertrieb unter der Version GPL 3 gelten.¹⁴⁶⁰

Streitig ist die **Rechtsnatur** von Open Source-Konstellationen. Teilweise wird hier mit Schenkungsrecht argumentiert.¹⁴⁶¹ Andere stellen stärker auf gesellschaftsrechtliche Strukturen ab. Schließlich könnte man auch darauf rekurrieren, dass es sich hier angesichts des kommerzialisierten Gedankens des Weitervertriebs um normale Kauf- und Werkverträge handelt.

Mit dem Ziel der Einräumung eines weitestgehenden Verwertungsrechts für den Nutzer erlauben die GPL die **freie Vervielfältigung und Veränderung des Quellcodes**. Das Bearbeitungsrecht umfasst dabei die Erlaubnis zur Umarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Befugnis zum Dekompilieren und Kompilieren. Diese veränderten Werke dürfen die Nutzer wiederum frei vervielfältigen und verbreiten unter der Voraussetzung, dass sie wieder unter die GPL gestellt werden (§ 2). Durch die sog. „Linux-Klausel“ in § 32 Abs. 3 Satz 3 UrhG ist für das deutsche Recht der wirksame Ausschluss der Vergütungsansprüche der einzelnen Urheber sichergestellt.

Vorgeschrieben ist in allen Lizenzformen, dass ein **Hinweis auf die Ursprungsquelle der Software** in das Marketing aufgenommen werden muss. Unwirksam sind die Hinweise darauf, dass die Software unter Ausschluss jedweder Haftung genutzt werden kann. Eine solche Klausel ist als Disclaimer nicht mit deutschem Recht vereinbar (§§ 309 Nr. 7 und 8b, 475 BGB). Selbst im Falle einer Schenkung bleibt nach deutschem Verständnis eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bestehen (§§ 276 Abs. 3, 521, 523, 524 BGB).

Im Einzelnen führt dieses Vertragsstück im deutschen Recht jedoch zu zahlreichen Auslegungsfragen, insbesondere im Hinblick auf die im Urhebervertragsrecht geltende Zweckübertragungstheorie. Strittig ist erstens die wirksame Einbeziehung neuer Nutzungsarten gem. § 31a UrhG. Da die GPL aus dem Jahre 1991 stammt, aber stets aufs Neue mit dem Urheber vereinbart wird, ist bei neueren Lizenzeinräumungen problematisch, ob auch andere Nutzungsarten umfasst sind. Zweifellos ist der Vermerk in § 9 GPL, dass alle späteren Versionen umfasst sind, darauf keine Antwort. Eine Lösung für zukünftige Verträge soll durch den Hinweis auf die Version der GPL erreicht werden. Bei früheren Vereinbarungen hilft dies jedoch

¹⁴⁵⁹ S. zu der Möglichkeit einer bindenden Rechtseinräumung *BGH*, GRUR 1958, 504, 505; für Open Source ausdrücklich *LG München*, CR 2004, 774, 775 f. und jetzt auch *LG Frankfurt*, CR 2006, 729 = ZUM-RD 2006, 525.

¹⁴⁶⁰ *Metzger*, GRUR 2008, 131.

¹⁴⁶¹ *Metzger*, in: Jaeger, Open Source-Software 2002, 137 ff.

nicht weiter. Es wird teilweise dafür plädiert, auf den Zeitpunkt der ersten Verbreitung der Software abzustellen. Bei einer sukzessiven Bearbeitung einer Software nach diesem Ansatz wären dann aber zwei verschiedene Lizenzen notwendig.

Eine zweite zentrale Frage ist, **welche Verwertungsrechte** in die GPL einbezogen sind. Ausdrücklich umfassen die GPL nur das Vervielfältigungs-, Verbreitungs- und Bearbeitungsrecht. Nicht durch diesen Vertrag eingeräumt werden nach deutschem Recht also das Vermietrecht, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und zur öffentlichen Zugänglichmachung. Bezüglich des Rechts aus § 19a UrhG ist problematisch, dass einer der bedeutendsten Verbreitungswege, das Internet, dadurch abgeschnitten würde. Gegen eine ergänzende Auslegung spricht hier jedoch eindeutig § 31 Abs. 5 UrhG.

Ein drittes Problem wirft die **dogmatische Einordnung der Bedingungen zur Einräumung des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts** auf. Vertreten wird, dass die Bedingungen zur Vereinbarung einer auflösenden Bedingung i.S.v. § 158 Abs. 2 BGB führten. Andere gehen dagegen von einer dinglichen Beschränkung im Sinne einer eigenen Nutzungsart aus. Nach Auffassung des *LG München I* enthält die GPL Allgemeine Geschäftsbedingungen, die in Deutschland nach den §§ 305 ff. BGB wirksam in Nutzungsrechtsverträge einbezogen werden können. Die Verpflichtungsklauseln in den Ziff. 2 und 3 der GPL verstoßen insbesondere nicht gegen § 307 BGB. Verstößt ein Nutzer gegen die Pflichten aus der GPL, erlöschen seine Nutzungsrechte und er kann vom Rechtsinhaber wegen Urheberrechtsverletzungen in Anspruch genommen werden.¹⁴⁶²

Ungeklärt sind auch noch die **vergaberechtlichen Fragen** im Zusammenhang mit Open Source. Zum Teil will die öffentliche Hand Aufträge nur an Unternehmer vergeben, die den Source Code ihrer Produkte offen legen und dem Auftraggeber die Lizenzrechte kostenlos überlassen. In einem solchen Begehren könnte ein rein politisches und daher unzulässiges „vergabefremdes“ Kriterium gesehen werden, das das Vergabeverfahren rechtswidrig macht.¹⁴⁶³

V. IT-Outsourcing und Change Request

Literatur:

¹⁴⁶² *LG München I*, MMR 2004, 693 = ZUM 2004, 861 = CR 2004, 774; *Schulz*, „Open Source Software vor Gericht“ MMR 2004, 573. Ähnlich *LG Frankfurt*, CR 2006, 729 = ZUM-RD 2006, 525.

¹⁴⁶³ So vehement *Heckmann*, in: Spindler, Rechtsfragen bei Open-Source, Köln 2004, 281, Rz. 59 und 67.

Auer-Reinsdorff, Vertragsstrafenregelungen in IT-Projekten, ITRB 2005, 24; *Blöse/Pecharcheck*, Die rechtliche Absicherung von IT-Outsourcing-Projekten. Risikooptimale Durchführung von Auslagerungsmaßnahmen im IT-Bereich, CR 2002, 785; *Bräutigam*, IT-Outsourcing, 2. Aufl. 2009; *Bräutigam*, SLA: In der Praxis alles klar? Optimale Konkretisierung von Umfang und Qualität geschuldeter Einzelleistungen beim IT-Outsourcing, CR 2004, 248; *Crisolli*, IT-Outsourcing und Betriebsübergang. Neuregelung der Unterrichtungspflichten und des Widerspruchsrechts gem. § 613a BGB, CR 2002, 386; *Fritzemeyer/Schoch*, Übernahme von Softwareüberlassungsverträgen beim IT-Outsourcing. Rechtliches Vorgehen und Gestaltungsmöglichkeiten unter Beachtung des Urheberrechts des Lizenzgebers, CR 2003, 793; *Hilber*, Die Übertragbarkeit von Software-Rechten im Kontext einer Outsourcingtransaktion, CR 2008, 749; *Hörl/Häuser*, Service Level Agreements in IT-Outsourcingverträgen. Ausgestaltung und rechtliche Wirkungen von Qualitätsvereinbarungen bei der Auslagerung von IT-Leistungen an externe Anbieter, CR 2003, 713; *Koch*, IT-Change Management nach ITIL und ISO/IEC 20000, ITRB 2008, 61; *Nolte*, Benchmarking in IT-Outsourcing-Verträgen, CR 2004, 81; *Seffer/Hortler*, Datenschutzrechtliche Aspekte des EDV-Outsourcing privater Versicherungsunternehmen, ITRB 2004, 165; *Schultze-Melling*, Effizientes Information Security Management im Rahmen von IT-Outsourcing-Verträgen, ITRB 2005, 42; *Söbbing*, Das IT-Outsourcing- und Business Process Outsourcing-Vertragswerk. Strukturen und Aufbauhilfen, ITRB 2004, 44; *Söbbing*, Der Letter of Intent, ITRB 2005, 240; *Ulmer*, IT-Outsourcing und Datenschutz bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Über die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Outsourcing-Vorhaben in der öffentlichen Verwaltung und Grundlagen der Umsetzung, CR 2003, 701; *Vofßbein*, IT-Outsourcing. Ein Beitrag zum Lean Management?, RDV 1993, 205.

IT-Outsourcing hat eine Reihe von Risiken, die man ehrlich benennen muss. Dazu zählt insbesondere die auftretende **Abhängigkeit des Auftraggebers vom externen Dienstleister**. Insbesondere im Hinblick auf eventuelle Schlechtleistungen oder ein auftretendes Insolvenzrisiko können hier erhebliche Schädigungen auf das Unternehmen zukommen. Das auftraggebende Unternehmen verliert auch eine Reihe betrieblichen Know-hows und füttert mit seinen Outsourcinggebühren insofern den Dienstleister mit einem enormen Betriebswissen. Damit verbunden sind auch Sicherheitsrisiken, insbesondere was den Zugang Dritter zu Betriebs-Know-how angeht. Mit Outsourcing ist regelmäßig auch ein Flexibilitätsverlust verbunden, insbesondere aufgrund der festen Vertragslaufzeiten, die in diesem Bereich üblich sind. Langfristig kann es im Übrigen auch zu Kostensteigerungen kommen, gerade im Vergleich zu den Kosten einer internen IT-Nutzung. Auf die Probleme des Arbeitsplatzabbaus soll nicht näher eingegangen werden; selbstverständlich führt IT-Outsourcing hier zu einer deutlichen Verschlechterung des internen Arbeitsklimas.

Insofern ist **eine klare Analyse der Interessen der Beteiligten** notwendig. Dem Outsourcinggeber wird vor allem an der Service-Qualität, der Kostenkontrolle und der Flexibilität liegen. Im Bereich der Service-Qualität geht es ihm um die Festlegungen der Anforderungen bei Vertragsabschluss; hier sind die genauen Modalitäten der gewünschten Dienste genau zu

spezifizieren. Kommt es während der Vertragslaufzeit zu Innovationsfortschritten, möchte der Dienstgeber beteiligt werden. Im Übrigen wird die Service-Qualität auch durch Haftungs- und Kündigungsregeln bei Schlechtleistung abgesichert. Im Bereich der Kostenkontrolle richtet sich das Interesse des Outsourcinggebers auf die Erzielung eines günstigen Preises, sowohl bei Vertragsabschluss wie auch während der Vertragslaufzeit. Insbesondere wird er vermeiden wollen, zusätzliche Kosten übernehmen zu müssen. Hinsichtlich der Flexibilität geht das Interesse des Dienstgebers dahin, ein entsprechendes Änderungs- und Ausstiegsrecht vorzusehen.

Der Outsourcingnehmer seinerseits hat vor allem ein primäres Gewinninteresse. Ihm geht es um die Sicherung einer ausreichenden Gewinnmarge. Ferner sollen lange Laufzeiten die Anfangsinvestitionen kompensieren. Ähnlich wird sich der Outsourcingnehmer davor sichern wollen, dass bei vorzeitigen Leistungsänderungen durch den Auftraggeber finanzielle Einbußen drohen. Im Übrigen soll das Gewinninteresse natürlich auch dadurch abgesichert werden, dass interne Synergien ausgeschöpft werden. Typischerweise ist nämlich der Outsourcingnehmer nicht nur für einen Kunden tätig, sondern übernimmt den Auftrag für eine Reihe ähnlich gelagerter Fälle. Neben dem Gewinninteresse will sich der Outsourcingnehmer auch hinsichtlich seiner Risiken absichern, insbesondere durch die Ablehnung von Qualitätssicherungen und die Reduzierung der Haftung bei Schlechtleistung.

Die verschiedenen Interessen abzuwägen und in ein vernünftiges Vertragskorsett zu bringen, ist schwierig. Outsourcing ist eine komplexe Transaktion. Insbesondere sind eine Fülle von Rechtsgebieten betroffen, etwa was das Arbeitsrecht, Steuerrecht, Kartellrecht angeht. Hinzu kommen Fragen aus dem Dienst-/Werkvertragsrecht sowie dem Datenschutzrecht. Es handelt sich um einen langfristigen Vertrag mit geschäftskritischen Auswirkungen, was eine detaillierte Vertragsgestaltung besonders wichtig macht. Dabei ist insbesondere der Know-how-Vorsprung des Outsourcingnehmers zu berücksichtigen, der diesem einen Vertragsverhandlungsvorteil im Bereich IT- und Transaktionsmanagement gewährleistet. Allerdings kennt der Outsourcinggeber besser den Ist-Zustand seines eigenen Betriebes. Hinzu kommt die Gefahr eines Interessenkonflikts des IT-Personals des Outsourcinggebers, das ja unter Umständen sogar künftiger Arbeitnehmer des Outsourcingnehmers wird.

Ein IT-Outsourcingprojekt muss typischerweise am Anfang besonders **sorgfältig geplant** werden. Zunächst ist ein Team zu bilden, dem insbesondere die Geschäftsführung, der Bereich Finanzen/Controlling sowie die Personalabteilung angehören. Hinzu kommen externe Berater sowie die Einbindung der Rechtsabteilung. Es gilt eine **Ausschreibung** vorzunehmen,

bei der potentielle Anbieter auszuwählen sind. Ausschreibungsunterlagen sind festzulegen; gegebenenfalls ist ein Vertragsentwurf beizufügen. Für Bieter muss eventuell auch ein Datenraum eingerichtet werden, in dem sich diese über die wesentlichen Geschäftsvorgänge im Unternehmen informieren können. Nach Eingang der entsprechenden Angebote erfolgt deren Prüfung sowie Folgegespräche mit den Bietern. Ist ein präferierter Bieter ausgewählt worden, bietet es sich an, mit diesem im Rahmen eines Letter of Intent die Grundsätze der weiteren Vertragsverhandlungen festzulegen.¹⁴⁶⁴

Neben dieser Prozedur steht auch das interne Due Diligence. Hier gilt es zunächst einmal, das aktuelle IT-Budget festzustellen. Auch die betroffenen Systeme sind genauer zu fixieren. Dabei ist zu prüfen, ob die genannten Systeme im Eigentum des Outsourcinggebers stehen oder nur im Wege des Leasings zur Verfügung stehen. Die Buchwerte der Systeme sind festzustellen und deren Nutzung in anderen Bereichen. Neben den IT-Systemen gilt es die bestehenden Wartungs- und Pflegeverträge zu prüfen, insbesondere im Hinblick auf Kündigungsmöglichkeiten, die Möglichkeit der Übertragung des Vertrages auf den Outsourcingnehmer sowie sonstige Ausstiegsmöglichkeiten.

Die Softwareverträge sind daraufhin zu kontrollieren, ob sie übertragbar und/oder kündbar sind. Hier gilt es insbesondere die bestehenden Übertragungsverbote zu berücksichtigen. Diese können vertraglicher Natur sein (siehe § 399 BGB und § 354a HGB). Ferner sieht das Urheberrecht ein spezielles Zustimmungserfordernis für die Weiterübertragung von Nutzungsrechten vor (§ 34 UrhG). Hinsichtlich der **betroffenen Mitarbeiter** müssen die vom Betriebsübergang betroffenen Mitarbeiter identifiziert und nach Gehalt, Betriebszugehörigkeit und betrieblicher Altersversorgung klassifiziert werden. Es gilt dann zu prüfen, welche Konsequenzen ein Übergang der Mitarbeiter in einzelnen Betriebsteilen hat, was insbesondere bei funktional oder organisatorisch nicht klar abgegrenzten Betriebsteilen ein Problem sein kann. Dann gilt es die Wahrscheinlichkeit von Widersprüchen gegen den Betriebsübergang abzuschätzen und Keyplayer zu identifizieren, die für den Betriebsübergang wichtig sind. Neben den IT-Systemen und den Mitarbeitern sind noch Genehmigungserfordernisse zu prüfen, die entweder gesellschaftsintern bestehen (etwa im Hinblick auf den Aufsichtsrat oder Gesellschafter) oder sich aus dem öffentlichen Recht ergeben (siehe etwa § 25a KWG).

Im Bereich des vorvertraglichen Risikomanagements gilt es dann mit dem ausgewählten Bieter zu klären, wie die weiteren Vertragsverhandlungen sich gestalten. Zu beachten ist hier die **Schadensersatzpflicht bei Abbruch von Verhandlungen** (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311

¹⁴⁶⁴ Siehe dazu *Söbbing*, ITRB 2005, 240 ff.

Abs. 2 BGB). Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine solche Schadensersatzpflicht in Betracht kommt, wenn jemand das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages geweckt und die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen hat. Als triftiger Grund gilt jedoch ein günstigeres Angebot eines Dritten ebenso wie die Übernahme des Anbieters durch die Konkurrenz. Als Schadensersatz kommt in Betracht der Ersatz von Aufwendungen für den Kostenvoranschlag sowie von entgangenen Einnahmen. Ein Ausschluss dieser Haftung durch allgemeine Geschäftsbedingungen ist kaum möglich. Hier gelten die Sperren des § 309 Nr. 7 und § 307 Abs. 1 BGB. Bei der weiteren Vertragsgestaltung ist zu unterscheiden zwischen dem **direkten und dem indirekten Outsourcing**. Von indirektem Outsourcing spricht man, wenn die Auslagerungen im Rahmen eines Joint Venture zwischen Outsourcinggeber und Outsourcingnehmer erfolgen. Im Bereich IT-Outsourcing gängiger ist die Lösung des direkten Outsourcings über gesellschaftsrechtliche Neugründungen. Das indirekte Outsourcing hat allerdings gewisse Vorteile, nämlich die Möglichkeit der gesellschaftsrechtlichen Kontrolle der Dienstleistungen. Die Parteien befinden sich in einer Partnerschaft, auch was den Profit und die Kosten angeht. Statt des großen „Big Bang“ erfolgt ein stufenweiser Überführungsprozess, etwa durch Reduzierung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen. Im Übrigen ist die Gesellschaftsbeteiligung ihrerseits wieder ein zusätzlicher Wert. Allerdings ist indirektes Outsourcing auch komplex, was Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung angeht. Im Übrigen besteht hier die Gefahr von Zielkonflikten, etwa was das Interesse an Service gegen das Interesse an Gewinn betrifft.

Der Abschluss des endgültigen Vertrages erfolgt im Wesentlichen auf der Grundlage eines **Pflichtenheftes**. Dieses ist regelmäßig vom Outsourcinggeber zu erstellen. Erstellt der Outsourcingnehmer das Pflichtenheft, übernimmt er damit zusätzliche Haftungsrisiken (§ 280 Abs. 1 BGB). Ein Letter of Intent regelt vor allem die zeitliche Dauer der Vertragsverhandlungen sowie bestehende Geheimhaltungspflichten. Im **Hauptvertrag** gilt es dann eine **Reihe immaterialgüterrechtlicher Fragen** zu klären. Insbesondere die Frage der Abtretungsmöglichkeit von bestehenden Nutzungsrechten ist schwierig zu klären.

Bei dem Wechsel von Mitarbeitern ist **§ 613a BGB** zu beachten. Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Betriebsteils führt zu einer Reihe fataler Konsequenzen für ein Outsourcingprojekt. Ein Betriebsteil bezeichnet die wirtschaftliche Einheit aus Person- und Sachmitteln und ist insofern vom bloßen Funktionsübergang zu unterscheiden. Bei einer nur teilweisen Übertragung von Sachmitteln oder Personen bedarf es einer quantitativen oder qualitativen Abwägung im Einzelfall. Dies gilt insbesondere bei der bloßen Übertragung von Overhead-Funktionen (IT-Einkauf oder IT-Schulungen) oder bei Personen mit doppeltem Aufga-

benbereich. Liegt ein Fall des § 613a BGB vor, gehen die Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Outsourcingnehmer über. Der Outsourcingnehmer tritt zum Stichtag in bestehende Arbeitsverhältnisse ein; der alte Arbeitsvertrag gilt insofern mit dem neuen Arbeitgeber weiter, einschließlich bestehender Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge. Ähnliches gilt für die betriebliche Altersversorgung, die ebenfalls bestehen bleibt. Die Parteien des Outsourcingprojektes treffen Informationspflichten nach § 613a Abs. 5 BGB. Möglichst einen Monat vor Betriebsübergang sollten die Mitarbeiter über das Projekt informiert werden. Zu empfehlen ist eine gemeinsame Information, am besten schriftlich mit Zugangsnachweis. Die Informationspflicht bezieht sich auf den geplanten Zeitpunkt des Betriebsübergangs (einschließlich eventueller Spaltungen nach § 324 UmwG) sowie auf den Grund für den Betriebsübergang. Zu informieren ist ferner über rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen für Arbeitnehmer, insbesondere was deren Rechte aus Betriebsvereinbarungen, Tarifverträgen und Pensionsregelungen angeht. Auch ist über das bestehende Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers zu informieren. Der Arbeitnehmer hat nämlich seinerseits ein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB. Dieser Widerspruch kann gegenüber dem neuen oder alten Arbeitgeber erklärt werden. Es besteht eine Frist von einem Monat ab Zugang einer vollständigen Unterrichtung, wobei Mängel bei der Unterrichtung zu einem zeitlich unbeschränkten Widerspruchsrecht führen. Das Widerspruchsrecht muss schriftlich erklärt werden, eine Begründung ist allerdings nicht erforderlich. Erklärt der Arbeitnehmer den Widerspruch, bleibt das Arbeitsverhältnis beim alten Arbeitgeber bestehen. Dieser kann dann allerdings gegebenenfalls betriebsbedingt kündigen, wobei er die Regeln zur Sozialauswahl bei sachlichem Grund zu berücksichtigen hat. Bei mehr als 20 Arbeitnehmern im Unternehmen besteht eine Unterrichtungspflicht im Hinblick auf den Betriebsrat (§§ 111 ff. BetrVG); im Übrigen ist mit dem Betriebsrat eine Einigung über Interessenausgleiche und den Sozialplan notwendig. Der Übergang von Mitarbeitern ist der Agentur für Arbeit anzuzeigen (§ 17 KSchG).

Beim direkten Outsourcing ist zunächst die Frage der **Rechtsnatur des Leistungsverhältnisses** zu prüfen. Es kann sich hierbei um einen Dienstvertrag handeln, wenn eine Tätigkeit als solche geschuldet ist. Beim Werkvertrag würde ein Erfolg der entsprechenden Tätigkeiten geschuldet sein. Insbesondere bei Softwareerstellung kann auch ein Werklieferungsvertrag im Rahmen von § 651 BGB in Betracht kommen. Meistens handelt es sich bei Outsourcingverträgen um Gemischtverträge. Es finden sich hier dienstvertragliche Komponenten, insbesondere was den IT-Systembetrieb, die Hotline und TK-Dienstleistungen angeht. Werkvertragliche Komponenten sind insbesondere die System-Implementierungen sowie bestehende Transitionsprojekte. Im Pflichtenheft sind die Leistungspflichten möglichst konkret festzule-

gen. Dies geschieht typischerweise in angehängten **Leistungsscheinen und Service-Level-Agreements (SLA)**. In den SLAs werden die konkreten Leistungsparameter sowie Betriebszeiten, Verfügbarkeit, Ausfallzeiten oder Reaktionszeiten geregelt. Typische Leistungsinhalte der SLAs beziehen sich vor allem auch auf die Datensicherung und Datenarchivierung sowie maximale Ausfallzeiten. Im Projektvertrag werden neben der allgemeinen Leistungsbeschreibung auch noch Milestones und Endtermine geregelt. Hinzu kommen Test- und Abnahmeregelungen sowie Hinweise zu den Mitwirkungspflichten des Outsourcinggebers. Die SLAs sind Konkretisierungen der Leistungsanforderungen, machen den Dienstvertrag allerdings noch nicht zu einem Werkvertrag. Kommt es zu einem Verstoß gegen die SLAs, liegt eine Vertragsverletzung vor, die zu Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB führen kann. Dem Outsourcingnehmer bleibt allerdings noch die Möglichkeit, das Nichtverschulden nachzuweisen. Als Schwierigkeit erweist es sich hier, dass die Einhaltung der SLA häufig nicht nachprüfbar ist. Hier gilt es konkrete Messungsverfahren und Reporting-Strategien im Vertrag zu regeln.

Auch der konkrete Schaden ist oft nicht hinreichend nachweisbar. Hier bedarf es der Vereinbarung von **Vertragsstrafen/Pönalen** im Vertrag (siehe §§ 339 ff. BGB). Hinsichtlich der Regelungen der Verfügbarkeit ist zu fragen, wo und wie die Verfügbarkeit gemessen wird. Es bedarf zeitlicher Eckdaten für die Berechnung (monatlich oder im Quartal). Auch gilt es Wartezeiten abzuziehen. Maximale Ausfallzeiten sind hinsichtlich der Messdaten genauer zu quantifizieren, insbesondere was Recovery-Zeiten angeht. Hinsichtlich der Reaktionszeiten sind Störungskategorien zu definieren. Dabei gilt es nicht auf das technische Ausmaß der Störungen zu reagieren, sondern auf deren Auswirkungen für den Geschäftsbetrieb. Man könnte hier staffeln zwischen geschäftskritischen Störungen, Störungen mit wesentlichen Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb sowie sonstigen Störungen. Dann gilt es, die Reaktions-/Wiederherstellungszeiten festzulegen. Pönale sind als Vertragsstrafe i.S.v. § 341 BGB anzusehen. Sie können aber auch als pauschalierter Schadensersatz angesehen werden. Dann ist allerdings der Nachweis der Schadensentstehung erforderlich, nicht aber der Nachweis der Schadenshöhe. Die Geltendmachung eines höheren tatsächlichen Schadens ist dann nicht ausgeschlossen. Die Pönale sind prozentual je nach Ausmaß der SLA-Unterschreitung zu staffeln. Sie können sich gegebenenfalls erhöhen, wenn ein wiederholter Verstoß gegen eine SLA vorliegt. Bei wiederholtem Verstoß kann auch zusätzlich noch ein außerordentliches Kündigungsrecht vorgesehen werden.

Vertragsstrafen/Pönale gelten als das zentrale Druckmittel des IT-Projektes. Allerdings ist zu beachten, dass solche Vertragsstrafen einer Inhaltskontrolle nach § 309 BGB unterliegen.

Die Kontrolle erstreckt sich auch auf die Höhe der Vertragsstrafe. Als zulässig gilt eine Bestimmung der Höhe in Bezug auf einen Teilbetrag der Auftragssumme und bezogen auf den jeweiligen Tag der Verspätung. Die Höchstgrenze liegt bei 5 % der Auftragssumme.¹⁴⁶⁵ Würde man eine höhere Summe festsetzen, müsste man einen Teilbetrag oberhalb der Kappungsgrenze von 5 % der Gesamtauftragssumme zur richterlichen Überprüfung stellen (§ 343 BGB). So könnte eine Formulierung einer Vertragsstrafe sich auf eine Maximalsumme von 8 % der Gesamtauftragssumme beziehen, wobei diese Höchstsumme über 5 % der Gesamtauftragssumme zur richterlichen Überprüfung und Herabsetzung im Rahmen von § 343 BGB gestellt wird.

Bei Leistungsänderungen bedarf es der Einführung von **Change-Request-Verfahren**.¹⁴⁶⁶ Hier kann ein Change-Request durch den Outsourcingnehmer erfolgen. Dieser muss dann allerdings die Vor- und Nachteile der Veränderungen für den Outsourcinggeber ausführen; zu beachten sind hierfür Vergütungsreduzierungen/-erhöhungen sowie Leistungsvor- und nachteile für den Outsourcinggeber. Vorzusehen wäre dann eine Annahmepflicht des Outsourcinggebers, insbesondere wenn keine Nachteile für ihn bestehen. Wird der Change-Request durch den Outsourcinggeber vorgenommen, müsste der Outsourcingnehmer das Angebot annehmen und seinerseits von den Vor- und Nachteilen des Change informiert werden. Schwierig ist in diesem Bereich die Preisgestaltung, da jede Partei auf ein entsprechendes Preisrisiko empfindlich reagieren wird. Denkbar wäre die Festlegung eines Festpreises, was allerdings nur sinnvoll ist bei klarer Leistungsdefinition und Mengengerüst. Denkbar wäre auch eine Festlegung der Ist-Kosten minus eines Abzugs der definierten Kostenersparnisse. Eine bloße Tarifierung nach Aufwand hätte allerdings den Nachteil, dass keine vorhersehbaren Kosten-Budgets geplant werden könnten. Es besteht auch kein Incentive für den Outsourcingnehmer, Kosten zu sparen. Preise könnten sonst auch durch Bezug auf Referenzpreise gestaffelt werden. Man könnte im Übrigen auch Benchmarking-Techniken einsetzen und hierfür externe Gutachter oder Vergleichsangebote einholen.

Der Outsourcinggeber ist seinerseits **zum Mitwirken verpflichtet**. Typische Inhalte sind hier die Pflicht zur rechtzeitigen Bereitstellung erforderlicher Informationen und Unterlagen. Er muss auch kompetente Ansprechpartner benennen, zügig Entscheidungen treffen und beim Projekt selbst mitwirken. Ferner sind Räumlichkeiten und Arbeitsplätze vor Ort bereitzustellen. Zu den Bereitstellungspflichten zählen auch Pflichten zur Bereitstellung von Hardware

¹⁴⁶⁵ *BGH*, CR 2003, 647; *BGH*, MDR 2003, 804.

¹⁴⁶⁶ Siehe dazu auch *Redeker*, in: *Schneider/v. Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, Köln 2006, Rz. 505 ff.

und Software. Störungen und Probleme sollten zügig gemeldet werden müssen. Auch sind Datensicherheitsmaßnahmen einzuhalten, etwa was den Virenschutz angeht. Bei Nichteinhaltung der Mitwirkungspflichten kann der Outsourcingnehmer entsprechende Pflichterfüllung anmahnen; dies sollte mit einer angemessenen Fristsetzung gekoppelt werden. Unter Umständen kann der Outsourcingnehmer eine Ersatzvornahme vornehmen und die Erstattung der Mehraufwendungen verlangen.

Hinsichtlich der **Laufzeit** sollte von einer möglichst langen Laufzeit ausgegangen werden; typisch ist eine Zeit von fünf bis zehn Jahren. Eine automatische Verlängerung ist nicht empfehlenswert, da meist Leistung und Preise überprüft werden müssen. Besser wäre es, eine Verpflichtung zur Aufnahme von Verhandlungen über eine Vertragsverlängerung rechtzeitig vor Vertragsablauf vorzusehen. Die ordentliche Kündigung ist im Regelfall während der Grundlaufzeit ausgeschlossen. Eine außerordentliche Kündigung ist möglich bei wesentlichen Vertragsverletzungen. Was darunter zu verstehen ist, sollte konkretisiert werden, etwa im Hinblick auf mehrfache SLA-Verstöße oder erhebliche Verzögerungen beim Transitionsprojekt. Streitig ist, ob eine außerordentliche Kündigung auch an die **drohende Insolvenz** der anderen Partei gekoppelt werden kann. Meist werden noch zusätzlich **Sonderkündigungsrechte** vorgesehen, etwa wenn sich die Parteien nicht über Preisanpassungen einigen können. Hier werden die Sonderkündigungsrechte dann auch gekoppelt mit Ablösesummen, etwa was die Entschädigung für nicht amortisierte Investitionen oder für eine Restrukturierung angeht. Wichtig ist die klare Regelung der Beendigungsunterstützung nach Kündigung. Hier kann zum Beispiel vorgesehen werden, dass der Outsourcingnehmer zur zeitlich begrenzten Fortsetzung der Leistung verpflichtet wird. Er muss auch bei Überführungsprojekten mitwirken. Als Option könnten vorgesehen werden eine Möglichkeit des Rückkaufs von Software und Hardware sowie der Einstieg in Verträge, auch mit entsprechenden Mitarbeitern des Outsourcingnehmers. Zu empfehlen ist eine Hinterlegungsvereinbarung hinsichtlich der Sourcen, um einen solchen Rückübergang wieder möglich zu machen.

Ein besonderes Problem besteht **datenschutzrechtlich** bei Outsourcing. Ein solches Outsourcing ist eigentlich nur zulässig, wenn es sich um eine **Datenverarbeitung im Auftrag** (§ 11 BDSG) handelt. Es bedarf hierzu eines schriftlichen Vertragsschlusses mit Festlegung von Art und Umfang der Datenverarbeitung sowie weiterer technischer und organisatorischer Maßnahmen zur Sicherung des Auftragsverhältnisses. Der Outsourcinggeber muss Herr der Daten bleiben. Er ist auch verantwortlich für die Einhaltung der Datenschutzgesetze, für die sorgfältige Auswahl des Outsourcingnehmers, sowie für die Wahrung der Rechte der Betroffenen. Dementsprechend bedarf er eines Weisungsrechtes und eines Kontrollrechtes gegenüber dem

Outsourcingnehmer. Der Outsourcingnehmer darf die Daten nur für die Zwecke des Vertragsverhältnisses nutzen und muss die Weisungen des Outsourcinggebers befolgen. Die Mitarbeiter des Outsourcingnehmers sind auf das Datengeheimnis zu verpflichten (§ 5 BDSG). Grenzüberschreitende Datenübermittlung, insbesondere in den Bereich außerhalb der EU, sollte nur mit Zustimmung des Outsourcinggebers möglich sein.

Im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung ist Outsourcing als **Funktionsübertragung** anzusehen (§ 28 BDSG). Diese wäre nur dann zulässig, wenn das Outsourcing den berechtigten Interessen des Outsourcinggebers dient und keine vorrangigen Belange des Betroffenen entgegenstehen. Als Sonderproblem bleibt der **§ 203 StGB**, der ein echtes Outsourcing nahezu unmöglich macht, wenn es um Kreditinstitute, Arzt- und Anwaltspraxen sowie Lebensversicherungsunternehmen geht.¹⁴⁶⁷ Die Banken stützen sich hier auf § 25a Abs. 2 KWG, der eine Auslagerung wesentlicher Bereiche der Banken aufsichtsrechtlich möglich macht. Das Verhältnis des KWG zum BDSG ist insofern allerdings noch ungeklärt. Im Übrigen ist es noch wichtig, die Frage der Streitbeilegung zu klären. Eine gerichtliche Klärung ist meistens schwierig, da es sich um eine technisch aufwendige Materie handelt. Besser ist es, ein Eskalationsverfahren zu regeln und neben der Schlichtung unter Umständen auch noch ein Schiedsverfahren vorzusehen (etwa über die Internationale Handelskammer).

VI. IT-Vertriebsvertragsrecht

Literatur:

Bachofer, Der OEM-Vertrag, CR 1988, 1; *Bachofer*, Der VAR-Vertrag, CR 1989, 809; *Damm*, Zivil-, urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen zum Handel mit Software, Münster 2004; *Rinkler*, AGB-Regelungen zum Rückgriff des Unternehmers und zu Rechtsmängeln auf dem Prüfstand, ITRB 2006, 68; *Witzel*, Vertragsgestaltung bei Standardsoftware im Vertrieb, ITRB 2004, 180.

Ein bislang kaum bearbeitetes Gebiet ist die Rechtsbeziehung zwischen Händler und Hersteller im IT-Bereich. Software als körperliches Gut wird in verschiedensten Formen auf den Markt gebracht; eine entscheidende Rolle beim Vertrieb spielen insbesondere die IT-Händler. Diese sind vielfältig organisiert. Neben einem Vertriebssystem, das direkt vom Hersteller über angestellte Kräfte organisiert ist, gibt es auch die klassischen Formen des **Eigenhändlers und Handelvertreters**.

¹⁴⁶⁷ Siehe dazu *Seffer/Hortler*, ITRB 2004, 165.

1. Die Einordnung

Entsprechend der wirtschaftlichen Komplexität der Handelsbeziehungen ist auch die rechtliche Qualifizierung der Vertragsbeziehungen komplex. Teilweise wird ein **Rahmenvertrag mit Vorvertrag** abgeschlossen.¹⁴⁶⁸ Bei einem solchen Rahmenvertrag bleibt die Zahl der Einzelverträge sowie die Liefermenge offen. Der Händler ist nur verpflichtet, generell die Produkte des Herstellers auf ihre Verwendbarkeit hin zu überprüfen. Händler und Hersteller vereinbaren eine allgemeine Zusammenarbeit, ohne dass die Details dieser Zusammenarbeit geregelt sind. Denkbar ist auch ein **Dauerlieferungsvertrag** (§ 311 Abs. 1 BGB). Hier verpflichtet sich der Händler gegenüber dem Abnehmer dazu, eine nicht näher konkretisierte Menge an Softwarekopien in unbestimmten, verbrauchsabhängigen Raten zu liefern. Geschuldet ist eine ständige Leistungsbereitschaft. Keine besonderen Probleme macht der Vertrag über die Geschäftsausstattung mit Software, bei der der Hersteller sich verpflichtet, den Händler zu Probezwecken mit Software auszustatten. Hinzu kommen aber zum Teil auch Pflichten zur Unterstützung des Händlers mit Werbemitteln.

a) Gewerbe und Kaufmann

IT-Händler beginnen typischerweise als Kleingewerbetreibende. Als solche sind sie nicht im Handelsregister eingetragen und können eine vereinfachte Buchführung anwenden. In Bezug auf die Gewerbesteuer liegen sie häufig unter dem Freibetrag von derzeit 24 500 Euro. Wichtig ist für Gewerbetreibende aber die Steuernummer, die man bei der Anmeldung vom Finanzamt bekommt. Notwendig ist auch die Anmeldung als Gewerbe und die Beantragung eines Gewerbescheins. Ab einer bestimmten Größe sind IT-Händler **Kaufleute im Sinne des HGB**. § 1 HGB bestimmt, dass jeder Gewerbetreibende Kaufmann ist, es sei denn, dass sein Unternehmen einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Für die Kaufmannseigenschaft sprechen folgende Anhaltspunkte: Vielfalt der Produktpalette, Umfang der Geschäftsbeziehungen, Umsatz, Zahl der Beschäftigten, Inanspruchnahme von Kredit etc. Wer kein Kaufmann ist, kann sich dennoch in das Handelsregister eintragen lassen, so dass er dem Kaufmann gleichsteht.

b) Handelsvertreter

Besondere Regeln gelten, wenn der Händler **Handelsvertreter** ist (§§ 84 ff. und §§ 93 ff. HGB). Handelsvertreter ist gem. § 84 Abs. 1 Satz 1 HGB, wer als selbständiger Gewerbetrei-

¹⁴⁶⁸ So etwa für den Bereich des OEM-Vertriebs *Bachhofer*, CR 1988, 1, 2.

bender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB bestimmt, dass derjenige selbständig ist, der im Wesentlichen frei seine Tätigkeit und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Handelsvertreter trägt sein eigenes Risiko und kann auch eine Personengesellschaft (OHG, KG) oder eine juristische Person (AG, GmbH) sein. Grundsätzlich bedarf der Vertrag zwischen dem Unternehmen und dem Handelsvertreter (Handelsvertretervertrag) keiner besonderen Form. Jeder Vertragspartner kann aber gem. § 85 HGB verlangen, dass der Inhalt des Vertrages schriftlich festgelegt wird.

Handelsvertreter unterliegen **besonderen Pflichten im Verhältnis zum Hersteller**. Zu beachten ist zunächst die **Vermittlungs- und Abschlusspflicht** (§ 86 Abs. 1 1. Halbs. HGB). Der Handelsvertreter ist dazu verpflichtet, sich ständig um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften zu bemühen. Ferner ist die Interessenwahrnehmungspflicht (§ 86 Abs. 1 2. Halbs. HGB) wichtig. Der Handelsvertreter muss immer das Interesse des von ihm vertretenen Unternehmens wahrnehmen, also z.B. auch die Kundenbetreuung nach Abschluss des Geschäfts. Den Handelsvertreter treffen auch **Berichtspflichten** (§ 86 Abs. 2 HGB); Geschäftsvermittlungen und -abschlüsse sowie etwaige Vertragsverletzungen sind unverzüglich dem vertretenen Unternehmen mitzuteilen. Selbstverständlich sind Verschwiegenheitspflichten (§ 90 HGB); es darf kein Betriebsgeheimnis nach Beendigung des Vertragsverhältnisses verwertet werden. In ähnliche Richtungen zielt das **Wettbewerbs-/Konkurrenzverbot**. Dieses Verbot ergibt sich aus der Pflicht zur Interessenwahrnehmung. Der Handelsvertreter darf nicht im Geschäftszweig des vertretenen Unternehmens für eine Konkurrenzfirma tätig sein (auch wenn dieses vertraglich nicht geregelt ist). Dies gilt auch für den Mehrfirmenvertreter. (Vertraglich können darüber hinaus auch Erweiterungsverbote auf Substitutionsprodukte vereinbart werden – z.B. darf ein Handelsvertreter für Butter nicht gleichzeitig Margarine des Konkurrenten vertreten.). Weitere Pflichten können vertraglich vereinbart werden, z.B. die Pflicht zur Lagerhaltung, zum Kundendienst oder ein Wettbewerbsverbot nach Vertragsende.

Den vertretenen IT-Hersteller trifft neben der **Provisionszahlungspflicht** (§ 87 Abs. 1 HGB) die Pflicht, dem Handelsvertreter alle zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen zu überlassen. Dem Unternehmer ist es ferner verboten, in Konkurrenz zum eigenen Handelsvertreter zu treten.

Die übliche Vergütung des Handelsvertreters ist die **Provision** (§ 87 HGB). Sie ist eine Erfolgs- und keine Leistungsvergütung und erst dann verdient, wenn das von ihm vertretene Unternehmen das vermittelte Geschäft ausgeführt hat (§ 87a Abs. 1 Satz 1 HGB). Höhe und

Abrechnung der Provision sind in §§ 87b und c HGB geregelt. Im Falle der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses hat der Handelsvertreter nach § 89b HGB einen Ausgleichsanspruch. Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters ist eine Gegenleistung für Vorteile, die der Unternehmer durch die Tätigkeit des Handelsvertreters erlangt hat und nach der Vertragsbeendigung ohne fortlaufende Provisionsverpflichtungen einseitig nutzen kann. Der Anspruch ergibt sich aus § 89b HGB und ist ein zusätzlicher, auf Vorteilsausgleich gerichteter Vergütungsanspruch.¹⁴⁶⁹ Das Handelsvertreterverhältnis muss beendet sein. Auf die Art der Beendigung kommt es nicht an. Ausreichend sind z.B. einverständliche Lösungen des Vertragsverhältnisses, Vertragsumwandlungen, Kündigungen, Zeitablauf, auflösende Bedingungen, Insolvenz des Unternehmers oder der Tod des Handelsvertreters. Der Anspruch muss innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses (§ 89b Abs. 4 Satz 2 HGB) geltend gemacht werden.

Der Anspruch ist ausgeschlossen bei **Eigenkündigung des Handelsvertreters** (§ 89b Abs. 3 Nr. 1 HGB). Eine Ausnahme gilt, wenn das Verhalten des Unternehmers begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat. Der Provisionsanspruch besteht auch, wenn die Fortsetzung des Vertrages auf Grund von Alter oder Krankheit dem Handelsvertreter nicht zumutbar ist. Auch unverschuldetes oder sogar rechtmäßiges Verhalten des Unternehmers kann ausreichen; entscheidend ist, ob dadurch eine für den Handelsvertreter nach Treu und Glauben nicht mehr hinnehmbare Situation geschaffen wird.¹⁴⁷⁰ Schließlich besteht der Anspruch nicht bei einer Kündigung aus wichtigem Grund (§ 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB). Der Ausschluss kann auch vertraglich vereinbart werden, allerdings nicht im Voraus, also vor Beendigung des Vertrages (§ 89b Abs. 4 HGB). Wirksam sind Vereinbarungen nach Beendigung des Vertrages oder Vereinbarungen in einem Aufhebungsvertrag, die gleichzeitig den Vertrag beenden (jedoch unwirksam, wenn die gleichzeitige Aufhebung erst zu einem späteren Zeitpunkt eintritt).

Der Anspruch setzt voraus, dass der Handelsvertreter **für den Unternehmer neue Kunden geworben hat**. Der Unternehmer muss daraus nach Beendigung des Vertrages erhebliche Vorteile ziehen (§ 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB). Maßgebend ist der zu erwartende Umfang der Geschäfte im Rahmen des vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenstammes. Verkauft der Unternehmer das Geschäft nach Beendigung und führt der Erwerber das Geschäft fort, so ist im Regelfall davon auszugehen, dass im Übernahmepreis auch ein Entgelt für den Kundenstamm enthalten ist und der Unternehmer somit einen erheblichen Vorteil hat.

¹⁴⁶⁹ Siehe dazu *BGH*, NJW-RR 2009, 824 = BB 2008, 2594 = CR 2009, 83.

¹⁴⁷⁰ *BGH*, NJW 1996, 848 f.; *BGH*, MDR 1996, 371.

Der Ausgleichsanspruch muss **unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entsprechen** (§ 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB). Zur Anspruchsminderung führen z.B. eine vom Unternehmer finanzierte Altersvorsorge, verbotene Konkurrenz­­tätigkeit des Handelsvertre­­ters, Rückgang im Gesamtumsatz oder die Sogwirkung der berühmten Marke (bis zu 25 % Abzug).

Die Höhe des Anspruchs ist begrenzt (§ 89b Abs. 2 HGB) und zwar auf eine Jahresprovision (bzw. sonstige Jahresvergütung), berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre (grds. sind alle Arten von Provisionsansprüchen mit Nettobetrag zu berücksichtigen).

Streitig ist, ob auch **Überhangprovisionen** (= auf Abschlüssen während der Vertragszeit beruhende Provisionen, welche aber erst nach Vertragsende fällig werden, § 87a Abs. 1 Satz 1 HGB) zur Berechnung heranzuziehen sind. Dies wird teilweise verneint, weil die Höchstgrenze nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre berechnet wird, die Überhangprovision aber erst nach Beendigung der Tätigkeit als Handelsvertreter fällig wird. Nach h.M. fallen Überhangprovisionen nach Sinn und Zweck des § 89b HGB in die Berechnung der Höchstgrenze. Zugrunde liegend sind Geschäfte zwischen dem Unternehmer und dem Kunden, die bereits vor Ende des Handelsvertreterverhältnisses getätigt wurden. Der Anspruch wurde also durch Tätigkeit des Handelsvertreters während der Vertragszeit erworben, daher gehören Überhangprovisionen wirtschaftlich zum erzielten Einkommen während der Vertragszeit.¹⁴⁷¹

Die gesetzliche Fälligkeit tritt im Zweifel sofort ein (§ 271 Abs. 1 BGB). Eine Verzögerung ist unwirksam, etwa im Falle der Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs erst nach Anerkenntnis oder Zahlung in drei Jahresraten.¹⁴⁷²

Die **Beweislast** trägt grundsätzlich der Handelsvertreter. Für das Herbeiführen des Kundengeschäfts nach Abs. 1 Satz 1 1. Alt. genügt der vom Handelsvertreter zu führende Nachweis einer Tätigkeit, welche nach der allgemeinen Erfahrung mitursächlich für den Abschluss des Kundenvertrags geworden sein kann. Dem Unternehmer obliegt die Beweisführung, dass diese Tätigkeit des Handelsvertreters im konkreten Fall den späteren Geschäftsabschluss nicht einmal mitveranlasst hat oder zumindest die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass eine Mitursächlichkeit ausgeschlossen sein kann.

¹⁴⁷¹ BGH, NJW 1997, 316 f.; Brüggenmann, in: Großkommentar zum HGB, 5. Aufl., § 89b Rz. 91.

¹⁴⁷² OLG Oldenburg, BB 73, 1281; Abkürzung der Verjährung nach § 88; OLG Celle, HVR (78) Nr. 559.

c) Eigenhändler

Der Provisionsanspruch für Handelsvertreter ist für den IT-Vertrieb von zentraler Bedeutung. Denn die Regelungen zum Handelsvertreter werden von der Rechtsprechung **auch entsprechend auf Eigenhändler** angewendet. Nach ständiger Rechtsprechung ist dem Eigenhändler ein Ausgleichsanspruch vergleichbar § 89b HGB zuzubilligen, wenn zwischen ihm und dem Lieferanten ein Rechtsverhältnis besteht, das sich nicht in einer bloßen Käufer-Verkäufer-Beziehung erschöpft, sondern den Eigenhändler aufgrund vertraglicher Abmachungen so in die Absatzorganisation des Lieferanten eingliedert, dass seine Rechte und Pflichten denen eines Handelsvertreters ähneln. Solche handelsvertretertypischen vertraglichen Bindungen sind regelmäßig die Interessenwahrnehmungspflicht, ein Konkurrenzverbot, die Pflicht zur Kundenbetreuung sowie die Richtlinienkompetenz des Herstellers. Nicht ausreichend ist es, dass dem Händler das Alleinvertriebsrecht für zwei Länder übertragen wird, er seine Produkte ausschließlich bei dem Lieferanten beziehen und auf eigene Rechnung und unter eigener Preisgestaltung vertreiben soll.¹⁴⁷³ Auch reicht es nicht aus, dass der Vertragshändler eines Software-Lieferanten bei dem Verkauf der Programme an Endverbraucher verpflichtet ist, zwischen dem Käufer und dem Lieferanten einen „Lizenzvertrag“ zu vermitteln.¹⁴⁷⁴

Ferner ist erforderlich, dass der Eigenhändler verpflichtet ist, bei **Beendigung des Vertragsverhältnisses seinem Lieferanten seinen Kundenstamm zu überlassen**, so dass sich der Lieferant die Vorteile des Kundenstammes sofort und ohne weiteres nutzbar machen kann.¹⁴⁷⁵ Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Verpflichtung erst bei Vertragsbeendigung oder – wie hier – schon während der Vertragszeit durch laufende Übermittlung der Kundendaten an den Hersteller zu erfüllen ist; entscheidend ist, dass der Hersteller dadurch tatsächlich in die Lage kommt, sich den Kundenstamm auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter nutzbar zu machen.¹⁴⁷⁶

Der Eigenhändler bezieht keine vertraglich mit dem Unternehmer (Hersteller/Lieferanten) vereinbarte Provision wie der Handelsvertreter, sondern ein vergleichbares Entgelt durch seine **Handelsspanne, den Händlerrabatt**, nach Abzug seiner Kosten. Ausgangspunkt für die Berechnung des Händlerrabatts sind meist die unverbindlichen Preisempfehlungen (UPE) des

¹⁴⁷³ *BGH*, NJW-RR 1988, 1305; *OLG Köln*, BB 1994, 1881.

¹⁴⁷⁴ *OLG Köln*, CR 1995, 24 = NJW-RR 1995, 24.

¹⁴⁷⁵ Vgl. *BGH*, NJW 1983, 2877 ff.; *BGH*, MDR 1992, 951; *BGH*, DB 1993, 2526.

¹⁴⁷⁶ *BGH*, DB 1993, 2526.

Softwareerstellers. Gewährte Rabatte können im Rahmen der Billigkeitserwägungen (§ 89b Abs. 1 Nr. 3 HGB) zu einer Herabsetzung des Ausgleichsanspruchs führen.¹⁴⁷⁷

2. (Regress-)Ansprüche des Händlers gegen den Hersteller

Händler haben beim Verkauf mangelbehafteter Software besondere Probleme. Sie können Mängel der Software regelmäßig vorab nicht erkennen. Sie hängen auf Gedeih und Verderb an dem Hersteller und seinen Angaben fest. Zu Recht gewährt das BGB daher seit der Schuldrechtsreform den Händlern einen besonderen Regress. Diese haben nach § 478 BGB **ein Rückgriffsrecht gegen den Hersteller**. Dieses Recht gilt nur, wenn der Händler vorab im Bereich B2C tätig war. Beim Verkauf an gewerbliche Anwender steht dem Händler kein Regress zu.¹⁴⁷⁸ Der Anspruch setzt voraus, dass der Kunde die Software auf Grund eines Mangels zurückgegeben oder den Kaufpreis gemindert hat.¹⁴⁷⁹ Bei einer Rücknahme aus Kulanz kommt der Rückgriff nicht in Betracht. Der Regress kann nicht durch AGB ausgehebelt werden (§ 478 Abs. 4 Satz 1 BGB); die Regelungen in §§ 433–435, 437, 439–443 BGB sind insoweit nicht abdingbar, es sei denn, der Händler bekommt vertraglich einen gleichwertigen Ersatz. Maßgebliche Bedeutung kommt somit der Gleichwertigkeit des Ausgleichs zu. Was der Gesetzgeber sich unter einem gleichwertigen Ausgleich vorgestellt hat, ist fraglich; aus der Abgrenzung zur „Angemessenheit“ gem. § 307 BGB scheint zu folgen, dass das Kriterium der „Gleichwertigkeit“ die Freiheit der Vertragsparteien einzig auf die Auswahl der Art und Weise des Ausgleichs beschränkt.¹⁴⁸⁰ Rein wirtschaftlich entfaltet § 478 Abs. 4 BGB somit zwingenden Charakter.¹⁴⁸¹ Gleichwertig wäre im Falle der Nacherfüllung z.B. die Vereinbarung einer Erfüllungsübernahme des Lieferanten gegenüber dem Unternehmer durch eigene Neulieferung.¹⁴⁸² Möglichkeiten des gleichwertigen Ausgleichs bei Ausschluss von Rücktritts- und Minderungsrechten sowie im Falle der Verkürzung von Verjährungsfristen sind dagegen kaum vorstellbar.¹⁴⁸³ § 478 Abs. 4 Satz 3 BGB enthält schließlich ein Umgehungsverbot der genannten Regelungen.

Die Verjährung des Regresses beginnt frühestens zwei Monate ab Erfüllung des Vertrages, läuft dann zwei Jahre und beträgt maximal fünf Jahre (§ 479 BGB).

¹⁴⁷⁷ *BGH*, NJW 1961, 120, 121; *OLG Köln*, MDR 1996, 129 f. m. Anm. v. *Westphalen*.

¹⁴⁷⁸ Streitig. Pro: *Westermann*, NJW 2002, 241, 252; siehe auch *Jacobs*, JZ 2004, 225 f.

¹⁴⁷⁹ Streitig ist, ob der Regress auch im Falle der Nachbesserung gilt; siehe *Maultzsch*, JuS 2002, 1171, 1172; *Böhle*, WM 2004, 1616, 1618.

¹⁴⁸⁰ Vgl. *MüKoBGB/Lorenz*, 4. Aufl., § 478 Rz. 43.

¹⁴⁸¹ *MüKoBGB/Lorenz*, 4. Aufl., § 478 Rz. 38.

¹⁴⁸² *MüKoBGB/Lorenz*, 4. Aufl., § 478 Rz. 44 und *Palandt/Putzo*, BGB, § 478 Rz. 22 mit weiteren Bsp.

¹⁴⁸³ *MüKoBGB/Lorenz*, 4. Aufl., § 478 Rz. 45.

Zu beachten ist noch § 478 Abs. 6 BGB, wonach für den kaufmännischen Kunden die Vorschriften über die **kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht** (§ 377 HGB) zumindest entsprechend gelten.¹⁴⁸⁴ Voraussetzung ist, dass beide Parteien des Geschäfts als Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB zu qualifizieren sind und ein Handelskauf i.S.d. § 434 HGB vorliegt. Der Unternehmer muss gem. § 377 Abs. 1 HGB die Ware nach der Ablieferung durch den Verkäufer untersuchen und einen hierbei erkennbaren Mangel unverzüglich dem Verkäufer anzeigen. Diese Mängelrüge ist formlos zulässig.¹⁴⁸⁵ Diese Pflicht kann dann das Haftungsrisiko des Herstellers erheblich beschränken; eine Verletzung der Rügepflicht schließt den Regressanspruch nach § 478 BGB aus (vgl. § 377 Abs. 2 BGB). Mangelfolgeschäden – etwa Geschäftseinbußen in Folge nicht mehr vertretbarer Ware – können nur nach Deliktsrecht weiterhin geltend gemacht werden.¹⁴⁸⁶ Der Verkäufer kann im Ergebnis nur dann offensichtliche Mängel an der Ware geltend machen, wenn er die Ware unverzüglich nach Erhalt untersucht und den Mangel sofort seinem Lieferanten meldet.

Der Verkäufer hat das Recht, von seinem Lieferanten **Ersatz der Aufwendungen** zu verlangen, die er für den Käufer aufwenden musste. Dabei geht es vor allem um Kosten für die Beseitigung eines Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache. Hinzu kommen die vom Verkäufer zu tragenden Transport-, Arbeits- und Materialkosten.

Nach § 478 Abs. 5 BGB kann der Lieferant seinerseits die **Rechte auch in der Lieferkette** weiterreichen. Er kann folglich die gleichen Rechte gegenüber seinem Lieferanten geltend machen.

Typische Klauseln für die AGB-mäßige Ausgestaltung des Händlerregresses lauten z.B.:

In den Fällen, in denen auch für unseren Kunden kein Verbrauchsgüterkauf innerhalb der Lieferkette vorliegt, finden die Vorschriften §§ 474–479 BGB keine Anwendung. Falls der Kunde die Ware im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs weiterverkaufen will, kann der Ersatz entstandener Aufwendungen i.S.d. § 478 BGB nur verlangt werden, wenn der Kunde für die Entstehung der Aufwendungen Nachweise vorlegt. Ersatz für solche Aufwendungen wird nur bis maximal 2 % des Netto-Warenwertes gewährt. Weitergehende Ansprüche, die auf § 478 BGB zurückgehen, sind durch die zugunsten aller Kunden vereinbarte 24-monatige Gewährleistung als gleichwertiger Ausgleich i.S.d. § 478 Abs. 4 Satz 1 BGB abgegolten.

¹⁴⁸⁴ *BGH*, BB 1990, 510 f.; *BGH*, NJW 1993, 2436.

¹⁴⁸⁵ *BGH*, BB 1980, 384.

¹⁴⁸⁶ *Koch*, § 5 Rz. 164.

Im Bereich des Software-Handels besteht kein Handelsbrauch, dass der Hersteller dem Großhändler ein unbefristetes und mengenmäßig unbeschränktes **Retourenrecht** einräumt. Die Vereinbarung eines unbefristeten und mengenmäßig unbeschränkten Retourenrechts in den Einkaufs-AGB eines Großhändlers benachteiligt demnach dessen Vertragspartner unangemessen und ist gem. § 307 BGB unwirksam.¹⁴⁸⁷

Der *BGH* hat auch eine Klausel für unwirksam erachtet, wonach im Falle der Nachlieferung durch den Lieferanten eine neue Verjährungsfrist zu laufen beginne. Denkbar ist allerdings eine Formulierung, die die neue Verjährungsfrist lediglich auf die Lieferung einer Ersatzsache bezieht sowie dem Lieferanten den Vorbehalt erlaubt, er habe nur aus Kulanz neu geliefert. Der *BGH* hat im Übrigen in diesem Urteil eine Verlängerung der Verjährungsfrist auf 36 Monate ab Gefahrübergang für wirksam erachtet. Der Käufer hat ein legitimes Interesse an der Verlängerung, da der Abverkauf der Waren typischerweise über einen längeren Zeitraum erfolge und er sich daher auch nach Ablauf von zwei Jahren bei Mängeln mit seinen Kunden auseinandersetzen müsse (gilt nur für Händler). Eine Verlängerung auf zehn Jahre für die Haftung aus Rechtsmängeln hält der *BGH* wiederum für unwirksam.

Die Regeln zum Händlerregress gelten **auch für Rechtsmängel**. Dem Händler stehen gegenüber dem Hersteller (bzw. einem Lieferanten in der „Regresskette“) selbstverständlich die gleichen Gewährleistungsrechte zu, die dem Käufer ihm gegenüber zustehen (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz). Ist der Anbieter Unternehmer (§ 14 BGB) und als solcher Letztverkäufer gegenüber einem Verbraucher i.S.d. § 13 BGB (Verbrauchsgüterkauf), kann er seinerseits gegen seinen Lieferanten binnen zwei Jahren Rückgriff nehmen und verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatz verlangen, wenn der Verbraucher den Kaufpreis mindert oder auf Grund eines (Rechts-)Mangels vom Vertrag zurücktritt (vgl. auch Art. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).¹⁴⁸⁸ Dieser Regressanspruch ist unabhängig von einem (nicht immer nachweisbaren) Verschulden des Lieferanten.

3. Ansprüche der Rechteinhaber gegen Händler von Raubkopien

Dem Inhaber originärer oder fremder abgeleiteter Urheber- und Leistungsschutzrechte stehen verschiedene Abwehr-, Schadensersatz- oder Informationsansprüche zu, um gegen den Handel mit rechtswidrig kopierter Software in verkörperter Form, d.h. Computerprogrammen auf Datenträgern (z.B. CDs, DVDs), vorzugehen. Der Rechteinhaber hat insbesondere aus § 97 Abs. 1 UrhG einen **Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch** gegen einen Software-

¹⁴⁸⁷ OLG München, NJOZ 2006, 2175 = ZUM-RD 2006, 339.

händler, der gefälschte Computerprogramme verkauft. Ein Händler, der angekaufte gefälschte Software weiterverkauft, greift in das **Verbreitungsrecht** an Computerprogrammen aus § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG ein, wonach nur der Rechteinhaber das ausschließliche Recht hat, jede Form der Verbreitung des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung, vorzunehmen. Unter Verbreitungsrecht versteht das Gesetz das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke eines Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen, § 17 Abs. 1 UrhG. Als Anbieten kommt insbesondere das Feilhalten und das Ausstellen zum Zwecke des Verkaufs in Betracht,¹⁴⁸⁹ sowie der Versand von Angebotslisten,¹⁴⁹⁰ Prospekten oder Katalogen, bei illegal kopierten Computerprogrammen sogar das Angebot gegenüber einer einzigen Person.¹⁴⁹¹ Ein Inverkehrbringen liegt vor, wenn Werkstücke Personen überlassen werden, die nicht zum persönlichen Bekanntkreis des Herstellers oder Besitzers gehören.¹⁴⁹²

Da der Endabnehmer einer Raubkopie in der Regel nicht feststellbar ist, will das Gesetz bereits die **Vorstufen**, die der Heranbringung des Werkstückes an das Publikum dienen, der Herrschaftsmacht des Rechteinhabers unterwerfen, damit er die Möglichkeit hat, schon vom Verbreiter eine Vergütung in Form von Schadensersatz zu verlangen, die der Verbreiter natürlich auf den Verbraucher abwälzen kann.¹⁴⁹³ Zudem gelingt es dem Rechteinhaber fast nie, schon die erste Verbreitungshandlung zu erfassen und mittels Unterlassungsanspruch zu unterbinden, weshalb er auch bei den folgenden noch zugreifen können soll.¹⁴⁹⁴ Es haftet also grundsätzlich jeder, der die Urheberrechtsverletzung **adäquat kausal (mit)verursacht** hat.¹⁴⁹⁵

Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts innerhalb der Europäischen Union gemäß § 69c Nr. 4 Satz 2 UrhG kommt nicht in Frage, da es bei dem Inverkehrbringen von Fälschungen von Computerprogrammen an der Zustimmung des Rechteinhabers fehlt.¹⁴⁹⁶

Bei einem Anspruch auf Unterlassen haftet der Zwischenhändler **verschuldensunabhängig**. Es genügt also die rechtswidrige Verwirklichung des Verletzungstatbestandes,¹⁴⁹⁷ was bei dem Weiterverkauf gefälschter Software immer der Fall ist. Im Gegensatz dazu wird bei ei-

¹⁴⁸⁸ Koch, § 5 Rz. 86.

¹⁴⁸⁹ Kammergericht, GRUR 1983, 174.

¹⁴⁹⁰ LG Hannover, CR 1988, 826.

¹⁴⁹¹ BGHZ 113, 159.

¹⁴⁹² Rehbinder, Urheberrecht, 16. Aufl., München 2010, Rz. 322.

¹⁴⁹³ Rehbinder, Urheberrecht, 16. Aufl., München 2010, Rz. 323.

¹⁴⁹⁴ Rehbinder, Urheberrecht, 16. Aufl., München 2010, Rz. 323.

¹⁴⁹⁵ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl., Tübingen 2010, Rz. 682.

¹⁴⁹⁶ Rehbinder, Urheberrecht, 16. Aufl., München 2010, Rz. 326.

¹⁴⁹⁷ LG München I, ZUM 2004, 152.

nem Schadensersatzanspruch zusätzlich ein Vertretenmüssen des Zwischenhändlers in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit gefordert, § 97 Abs. 1 UrhG. Hat der Zwischenhändler positive Kenntnis, dass es sich bei den Computerprogrammen um Raubkopien handelt, so handelt er unproblematisch mit Vorsatz. Gem. § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Fraglich ist, welche **Maßstäbe an die Sorgfaltspflicht** im Rahmen einer Fahrlässigkeitshaftung zu stellen sind.

Für einen in der Computerbranche Tätigen muss beim Erwerb von Software eine ungewöhnlich niedrige Preisgestaltung (deutlich unter der Ausschlussgrenze für die Originalversion) Anlass geben, entweder eine Garantie über die Echtheit einzuholen oder die ordnungsgemäße Lizenzierung zu überprüfen.¹⁴⁹⁸ Auch enthalten Originalprogramme Merkmale eines Echtheitszertifikats, der Branchenerfahrene muss bei jeglichen Zweifeln diesbezüglich Nachforschungen über die Originalität der Software durchführen.¹⁴⁹⁹ So entschied das *LG München*, dass der Händler als verdächtig erworbene Programme durch den Originalhersteller untersuchen lassen muss.¹⁵⁰⁰ Nach einer neueren Entscheidung des *OLG Düsseldorf* muss sich der Händler im Zweifelsfall sogar dadurch vergewissern, dass die von ihm vertriebenen Exemplare keine Fälschungen sind, dass er die vorhandene Verschweißung an einer der Softwarekopien löst.¹⁵⁰¹

Der **Umfang des Schadensersatzes** ergibt sich aus den §§ 249 ff. BGB. Zum konkreten Schaden gehören dabei auch die durch Rechtsverletzung frustrierten Aufwendungen und der entgangene Gewinn. Jedoch erweist sich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen eine Darlegung der Art und des Ausmaßes der eigenen Nutzung und der hypothetischen Gewinnentwicklung häufig als äußerst kompliziert, trotz der Beweiserleichterung des § 252 BGB. Um diesen Schwierigkeiten zu begegnen, kann der Geschädigte zwischen drei Methoden der Schadensliquidation wählen. Er kann den Schaden

- konkret berechnen,
- die übliche Lizenzgebühr verlangen (Grundsätze der Lizenzanalogie) und
- den Gewinn des Verletzers herausverlangen.

Bei der Berechnung des Schadensersatzes nach einer Urheberrechtsverletzung wegen des Verkaufs unautorisierter Software als OEM-Versionen ist zu beachten, dass nicht der Preis

¹⁴⁹⁸ *AG München*, CR 1997, 749.

¹⁴⁹⁹ *AG München*, CR 1997, 749.

¹⁵⁰⁰ *LG München I*, CR 1993, 698.

¹⁵⁰¹ *OLG Düsseldorf*, GRUR-RR 2005, 213, *OLG Düsseldorf*, ZUM 2005, 562.

der Einzelhandelsversion, sondern der Vergleichspreis einer legalen OEM-Version maßgeblich ist.¹⁵⁰²

Auf der Grundlage der §§ 242, 259, 260 BGB gewährt die Rechtsprechung überdies einen Anspruch auf **Auskunftserteilung und Rechnungslegung**, wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die Auskünfte nicht in zumutbarer Weise selbst beschaffen könnte und der Verpflichtete sie unschwer vergeben kann.¹⁵⁰³

4. Kartellrecht und IT-Vertriebsverträge

Bei Vertriebsverträgen sind die besonderen Probleme des Kartellrechts zu bedenken. Gefahren drohen hier insbesondere durch **wettbewerbsbehindernde Vereinbarungen** zwischen Händler und Hersteller und durch **Machtmissbrauch** der marktbeherrschenden oder marktmächtigen Herstellerunternehmen. Die kartellrechtliche Beurteilung findet niemals abstrakt, sondern immer marktbezogen statt, so dass eine Marktabgrenzung der Beurteilung des fraglichen Verhaltens vorangehen muss. Der **sachlich relevante Markt** wird nach Maßgabe der funktionalen Äquivalenz bestimmt. Alle Güter, die gegeneinander austauschbar sind, gehören zu einem Markt. Sofern also aus der Sicht des durchschnittlichen Kunden bestimmte Güter oder Leistungen seinen Bedarf in derselben Weise erfüllen können, handelt es sich um Produkte auf demselben Markt. Ein anmerklicher Standard definiert meistens auch einen dazugehörigen einheitlichen Markt. Insofern wird man für das Betriebssystem Microsoft Windows durchaus einen eigenen sachlich relevanten Markt annehmen können. Offen ist dann allerdings noch die Frage, ob nicht durch Open-Source-Software Alternativen zu Microsoft Windows entstehen, die den Marktbegriff entsprechend ausweiten.¹⁵⁰⁴ Der räumlich relevante Markt wird danach bestimmt, in welchem Gebiet ein Unternehmen seine Produkte oder Dienstleistungen anbietet. Sprachbarrieren spielen hier gerade bei Software eine große Rolle, da deutsche Kunden meist eine deutschsprachige Version der Software erwarten. In Spezialsegmenten, die durch besondere Internationalität gekennzeichnet sind, wird man allerdings auch durchaus den europäischen bzw. den Weltmarkt als relevanten Markt ansehen können. Die Beherrschung eines solchen Marktes hängt davon ab, ob das Unternehmen eine solche Machtstellung hat, dass es eine von Konkurrenten unabhängige Marktstrategie verfolgen

¹⁵⁰² OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2005, 213.

¹⁵⁰³ Reh binder, Urheberrecht, 16. Aufl., München 2010, Rz. 930.

¹⁵⁰⁴ Sandl, CR 2001, 346 ff.

kann.¹⁵⁰⁵ Im Wesentlichen wird dabei der Marktanteil berücksichtigt. Nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB wird bei einem Marktanteil von einem Drittel eine marktbeherrschende Stellung vermutet. Geht es um den Vorwurf eines marktmächtigen Oligopols, muss der Marktanteil 50–60 % betragen. Eine ähnliche Vermutung kennt das europäische Wettbewerbsrecht, allerdings erst bei einem Marktanteil über 40 %.¹⁵⁰⁶ Bei Marktanteilen unter 10 % ist eine beherrschende Stellung per se ausgeschlossen.¹⁵⁰⁷ Marktbeherrschend ist im Bereich der Betriebssysteme sicherlich Microsoft. Missbräuchlich sind vor allem Fälle, in denen unangemessene Einkaufs- oder Verkaufspreise erzwungen worden sind. Auch eine Absatzbeschränkung zum Schaden des Verbrauchers ist verboten (s. Art. 102 Abs. 2 AEUV).

Die Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern und diejenigen zwischen Händlern und Endnutzern zählen zu den so genannten **Vertikalvereinbarungen**. Sowohl Art. 101 AEUV als auch das GWB enthalten wettbewerbsrechtliche Restriktionen für solche Vertikalverträge. Mit der 7. GWB-Novelle¹⁵⁰⁸ wurden die GWB-Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dem Art. 101 AEUV angeglichen. § 1 GWB erfasst nunmehr auch vertikale Vereinbarungen. Untersagt ist beispielsweise die Festsetzung von Verkaufspreisen oder Geschäftsbedingungen gegenüber dem Vertragspartner oder Dritten (Art. 101 Abs. 1 Buchst. a AEUV). Bei Lizenz- und Vertriebsvereinbarungen häufig anzutreffen, aber im Lichte von Art. 101 AEUV problematisch sind außerdem Exklusivitätsvereinbarungen, Alleinbezugsvereinbarungen, Wettbewerbsverbote, Vereinbarungen über Mindestabnahmen sowie territoriale Beschränkungen des Weitervertriebsgebiets.¹⁵⁰⁹ Verboten sind ferner Kopplungen vertraglicher Leistungen mit der Verpflichtung zur Übernahme weiterer Leistungen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen (Art. 101 Abs. 1 Buchst. e AEUV; § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB). Im Übrigen sind auch unangemessene Preise und Bedingungen für die Softwarepflege kartellrechtswidrig (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB).¹⁵¹⁰

Die Kartellbehörden hatten die Möglichkeit, aufgrund einer Einzelfreistellung bestimmte Einzelverträge vom Verbot des Art. 101 AEUV auszunehmen. Diese Möglichkeit wurde allerdings in der Vergangenheit gerade im Softwarebereich kaum genutzt. Seit der 7. GWB-

¹⁵⁰⁵ So etwa *EuGH*, Slg. I 1979, 461, 462; *EuGH*, Slg. I 1994, 5671, 5690.

¹⁵⁰⁶ *EuGH*, NJW 1978, 2439, 2441.

¹⁵⁰⁷ *EuGH*, Slg. I 1986, 3021, 3024.

¹⁵⁰⁸ Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 7.7.2005, BGBl. v. 12.7.2005, S. 1954.

¹⁵⁰⁹ *Berger*, K&R 2005, 15, 16.

¹⁵¹⁰ *Ulmer*, ITRB 2006, 211.

Novelle gilt, nach dem Vorbild der 2003 eingeführten europäischen Vorgaben,¹⁵¹¹ auch im deutschen Kartellrecht das System der **Legalausnahme** (§ 2 GWB). Nach diesem Prinzip sind Verhaltensweisen, die den Voraussetzungen in den Freigabeklauseln aus Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB¹⁵¹² genügen, vom Kartellverbot freigestellt, ohne dass es hierzu einer vorherigen Entscheidung einer Kartellbehörde bedürfte, Art. 1 Abs. 1 und 2 VO 1/2003.¹⁵¹³ Ferner gelten gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 GWB die von der Kommission erlassenen **Gruppenfreistellungsverordnungen** entsprechend. Für Softwareverträge sind zwei dieser Verordnungen relevant: Die Verordnung zur Freistellung von Technologie-Transfer-Vereinbarungen (GVO-TT) Nr. 772/2004,¹⁵¹⁴ und diejenige zur Freistellung bestimmter Vertikalvereinbarungen (GVO-VV) Nr. 330/2010.¹⁵¹⁵ Sofern diese Verordnungen für einen konkreten Softwarelizenzvertrag nicht eingreifen, kommt immer noch eine Einzelfallprüfung nach Art. 103 AEUV infrage.

Die **Gruppenfreistellungsverordnung für Technologie-Transfer-Vereinbarungen (GVO-TT)** von 2004 bezieht, im Gegensatz zur alten GVO-TT von 1996,¹⁵¹⁶ ausdrücklich Softwarelizenzen in ihren Anwendungsbereich mit ein (Art. 1 Abs. 1 Buchst. b GVO-TT) und stellt – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – somit auch reine Softwareüberlassungsverträge vom Kartellverbot frei.¹⁵¹⁷ Nach der alten Fassung war für eine Freistellung erforderlich, dass im Rahmen eines Softwarelizenzvertrages auch geschütztes Know-How überlassen oder eine Lizenz an einem Patent eingeräumt wurde.¹⁵¹⁸ Nach der neuen Fassung ist allerdings Freistellungsvoraussetzung, dass die Softwarelizenz-Vereinbarung die **Produktion von Vertragsprodukten** ermöglicht.¹⁵¹⁹ Vertragsprodukt¹⁵²⁰ ist im Falle von Softwarelizenzverträgen re-

¹⁵¹¹ VO Nr. 1/2003 v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1–25.

¹⁵¹² Zu den Freistellungsvoraussetzungen gehört gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn (z.B. durch Preissenkungen).

¹⁵¹³ ABl. Nr. L 001 v. 4.1.2003, S. 1–25.

¹⁵¹⁴ VO Nr. 772/2004 v. 27.4.2004, ABl. L 123 v. 27.4.2004, S. 11–17.

¹⁵¹⁵ VO Nr. 330/2010 v. 20.4.2010.

¹⁵¹⁶ VO Nr. 240/96 v. 31.1.1996, ABl. L 31 v. 9.2.1996, S. 2–13.

¹⁵¹⁷ *Grützmacher*, ITRB 2005, 205, 206; *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rz. 778; *Berger*, K&R 2005, 15, 16.

¹⁵¹⁸ *Grützmacher*, ITRB 2005, 205, 206; *Berger*, K&R 2005, 15, 16.

¹⁵¹⁹ Nach GVO-TT, Art. 1 Buchst. b, ist eine Technologietransfer-Vereinbarung „eine Patentlizenzvereinbarung, eine Know-how-Vereinbarung, eine Softwarelizenz-Vereinbarung oder gemischte Patentlizenz-, Know-how- oder Softwarelizenz-Vereinbarungen einschließlich Vereinbarungen mit Bestimmungen, die sich auf den Erwerb oder Verkauf von Produkten beziehen oder die sich auf die Lizenzierung oder die Übertragung von Rechten an geistigem Eigentum beziehen, sofern diese Bestimmungen nicht den eigentlichen Gegenstand der Vereinbarung bilden und *unmittelbar mit der Produktion der Vertragsprodukte verbunden sind*“.

¹⁵²⁰ Ein „Vertragsprodukt“ ist gem. Art. 1 Buchst. f GVO-TT „ein Produkt, das mit der lizenzierten Technologie produziert wird“.

gelmäßig die Softwarekopie. Softwarelizenzverträge mit Endnutzern fallen damit grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der GVO-TT.¹⁵²¹ Auch einfache Weitervertriebslizenzen sind nicht erfasst.¹⁵²² Hingegen dürfte beispielsweise die Überlassung einer Masterkopie einer Software mit der Lizenz zur Herstellung und zum Vertrieb von Kopien von der GVO-TT erfasst sein.¹⁵²³ Wenn allerdings der Hersteller der Vertriebsperson die Masterlizenz mit der Erlaubnis einräumt, nicht selbst Kopien herzustellen, sondern Sublicenzen zur Herstellung von Kopien einzuräumen (beispielsweise beim Vertrieb von Software per Download über das Internet), dann ist nicht die Produktion von Vertragsprodukten Gegenstand der Vereinbarung, so dass die GVO-TT nicht anwendbar ist.¹⁵²⁴ Auch Vereinbarungen über Application Service Providing (ASP) sowie Outsourcingverträge stehen nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Herstellung von Vertragsprodukten (Softwarekopien), so dass auch diese Vertragstypen aus der GVO-TT ausgeklammert sind.¹⁵²⁵

Die **Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen (GVO-VV)** von 330/2010 stellt bestimmte vertikale Vereinbarungen über den Kauf oder Verkauf von Waren und Dienstleistungen vom Kartellverbot frei.¹⁵²⁶ Gemäß Art. 2 Abs. 3 GVO-VV gilt die Freistellung auch für Vereinbarungen mit Bestimmungen über die Übertragung geistiger Eigentumsrechte, sofern diese Bestimmungen **nicht Hauptgegenstand** der Vereinbarung sind und sofern sie sich unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen beziehen. Die Überlassung einer einfachen Nutzungslizenz an Endnutzer ist somit, wie schon aus dem Bereich der GVO-TT, auch aus dem Bereich der GVO-VV ausgeklammert.¹⁵²⁷ Auf Softwarelizenzverträge mit Endanwendern ist somit in aller Regel keine Gruppenfreistellungsverordnung anwendbar.¹⁵²⁸ Hingegen eröffnet sich für die GVO-VV im Bereich der Softwarevertriebsverträge ein weites Anwendungsfeld. Voraussetzung für die Anwendung der GVO-VV auf Softwarevertriebsverträge ist, dass dem Händler vom Hersteller physische Kopien der Software zum Vertrieb überlassen werden, da anderenfalls die Lizenzvereinbarungen Hauptgegenstand der Vereinbarung sein würden und die Freistellung

¹⁵²¹ Berger, K&R 2005, 15, 18; Grützmacher, ITRB 2005, 205, 206; Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rz. 781 ff.

¹⁵²² Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rz. 779.

¹⁵²³ Berger, K&R 2005, 15, 17; a.A. Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rz. 780.

¹⁵²⁴ Berger, K&R 2005, 15, 18.

¹⁵²⁵ Berger, K&R 2005, 15, 18.

¹⁵²⁶ EG 3 zur GVO-VV.

¹⁵²⁷ Berger, K&R 2005, 15, 18.

¹⁵²⁸ Grützmacher, ITRB 2005, 205, 206; Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rz. 792.

gem. Art. 2 Abs. 3 GVO gesperrt wäre.¹⁵²⁹ Vereinbarungen zwischen Hersteller und Händler über den Vertrieb von Vervielfältigungsstücken, die bereits vom Hersteller produziert wurden, sind somit – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – durch die GVO-VV vom Kartellverbot freigestellt.¹⁵³⁰ Dies gilt auch für den Vertrieb von vorinstallierter Software mit entsprechender Hardware.¹⁵³¹ Sieht das Vertriebsmodell aber vor, dass dem Händler lediglich eine Masterkopie überlassen wird, mittels derer er die zu vertreibenden Kopien selbst herstellen soll, so steht bei dieser Vereinbarung die Nutzungsrechtseinräumung (Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht) im Vordergrund, so dass keine Freistellung durch die GVO-VV erfolgen kann; für diese Fälle greift aber die GVO-TT ein.¹⁵³² Auch in solchen Fällen, in denen dem Händler vom Hersteller zwar physische Kopien der Software überlassen werden, das Vertriebsmodell aber nur die Einräumung von Sublizenzen durch den Händler vorsieht, steht die Lizenzerteilung im Vordergrund, so dass eine Anwendung der GVO-VV wegen Art. 2 Abs. 3 ausscheidet.¹⁵³³ Aus dem gleichen Grund fallen auch Outsourcing- und ASP-Verträge aus dem Anwendungsbereich der GVO-VV heraus.

Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen gelten auch dann, wenn die Wettbewerbsbeschränkung nicht geeignet ist, den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen. In sog. Bagatell- oder „de-minimis“-Bekanntmachungen haben die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt die **Frage der Spürbarkeit** geregelt. Eine wettbewerbsbeeinträchtigende Vereinbarung ist nicht spürbar, wenn der Anteil der beteiligten Unternehmen am relevanten Markt insgesamt 5 %¹⁵³⁴ oder 5–15 %¹⁵³⁵ nicht überschreitet. Diese Freistellung gilt wiederum nicht für besonders gravierende Wettbewerbsverstöße, wie etwa die Festlegung verbindlicher Mindest- oder Festpreise.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass das EG-Wettbewerbsrecht nur bei **Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel** zum Tragen kommt. Eine Eignung zu einer zwischenstaatlichen Wettbewerbsbeschränkung ist allerdings dann zu vermuten, wenn sich die Auswirkungen der Vertikalvereinbarung nicht allein auf das Gebiet eines einzelnen Mitgliedstaats be-

¹⁵²⁹ Grützmacher, ITRB 2005, 205, 206.

¹⁵³⁰ Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rz. 788.

¹⁵³¹ Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. EG 2000 Nr. C 291, 1, Tz. 41.

¹⁵³² Vgl. Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. EG 2000 Nr. C 291, S. 1, Tz. 32; Berger, K&R 2005, 15, 17 f.; Grützmacher, ITRB 2005, 205, 206; Wissel/Eickhoff, WuW 2004, 1244, 1246; Zöttl, WRP 2005, 33, 35; Polley, CR 2004, 641, 645 f.

¹⁵³³ Berger, K&R 2005, 15, 17; Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rz. 789 f.

¹⁵³⁴ So die Bundeskartellamts-Bagatell-Bekanntmachung, Bundeskartellamt Nr. 57/80 v. 8.7.1980, Bundesanzeiger 1980, Nr. 133.

schränken. Damit sind Vereinbarungen zum Softwarevertrieb im Internet regelmäßig Gegenstand von EU-Kartellregeln. Ähnlich ist das EU-Recht anwendbar, wenn es um Exportbeschränkungen geht. Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen sind nach Ansicht der Kommission selten geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Dabei wird als kleines oder mittleres Unternehmen ein Betrieb angesehen, der weniger als 250 Mitarbeiter hat, einen Jahresumsatz von max. 40 Millionen Euro und eine Bilanzsumme von max. 27 Millionen Euro aufweist.¹⁵³⁶

Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV gilt auch dann nicht, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung dem Wesen eines gesetzlich geregelten Vertriebssystems immanent ist. Mit Berufung auf dieses sog. **Immanenzprinzip** hat die EG-Kommission den **echten Handelsvertretervertrag** von Art. 101 AEUV ausgenommen. Sofern also ein Softwarehändler als echter Handelsvertreter anzusehen ist, wären Vereinbarungen zwischen ihm und dem Hersteller kartellrechtlich von vorneherein unbedenklich. Ein solcher Fall ist allerdings selten, da Software weniger im Wege von Handelsvertreterverträgen auf den Markt gebracht wird. Streitig ist, ob man nicht die Regeln zu den Handelsvertretern auf Vertragshändler oder Franchisenehmer übertragen kann. Ein Teil der Literatur will Softwarehändler dann den Handelsvertretern gleichstellen, wenn das Erscheinungsbild beider wirtschaftlich identisch ist.¹⁵³⁷ Diese Auslegung widerspricht aber den Vertikal-Leitlinien, die wettbewerbsbeschränkende Vertragsvereinbarungen in Vertragshändlerverträgen und Vereinbarungen unechter Handelsvertreter insgesamt einem Verbot des Art. 101 AEUV unterwerfen.¹⁵³⁸

Neben Art. 101 AEUV spielt auch noch die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eine Rolle (Art. 102 Abs. 1 AEUV sowie §§ 19, 20 GWB). Entscheidend ist hier die Frage des relevanten Marktes.

Der Hersteller kann seine Vertriebsstrukturen im Grundsatz erst einmal **vertraglich frei** ausgestalten. Entscheidet er sich für ein System (echter) Handelsvertreter, ist er kartellrechtlich frei, aber an starke handelsrechtliche Vorgaben – insbesondere im Hinblick auf den Provisionsanspruch – gebunden. Eigenhändler, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig sind, kann er grundsätzlich aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes und des zentralen Gedan-

¹⁵³⁵ Bekanntmachung der EG-Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung v. 22.12.2001, EG ABI. 2001 C 368, S. 13.

¹⁵³⁶ So die Empfehlung der EG-Kommission über die Differenzierung der kleinen und mittleren Unternehmen v. 30.4.1996, 96/280/EG, EG ABI. 1996, L 107, 4 ff.

¹⁵³⁷ So etwa *Bechtold*, EWS 2001, 49, 53; *Lange*, EWS 2001, 18, 21; *Rittner*, GB 2000, 1211, 1214; *Damm*, Zivil-, urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen zum Handel mit Software, Diss. Münster 2004, 63 ff.

ken der Warenverkehrsfreiheit nicht binden. Denkbar wäre allerdings ein **selektives Vertriebssystem**. Dabei handelt es sich um ein Vertragssystem, in dem sich der Lieferant verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden. Die Händler ihrerseits verpflichten sich, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.¹⁵³⁹ Ein solches System ist kartellrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das vertriebene Produkt aus Image-Gründen oder zur Qualitätssicherung eine Selektion unter den Vertriebspartnern erfordert. Letzteres wäre bei Software, insbesondere Spezialprogrammen, sicherlich der Fall, da hier besondere technische Voraussetzungen im korrekten Umgang mit dem Programm gegeben sein müssen. Erlaubt ist ein selektiver Vertrieb von Software auch dann, wenn die Auswahlkriterien objektiver und qualitativer Art sind, sich also z.B. auf eine hinreichende Qualifikation des Händlers und seines Personals beziehen; eine Staffelung nach Umsatzkriterien wäre wiederum verboten. Untersagt bleiben alle Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs an Endverbraucher,¹⁵⁴⁰ wenn sich also ein freier Händler Software besorgt hat, kann ihm der Weiterverkauf an Endkunden nicht untersagt werden. Schließlich müssen auch Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems frei bleiben.¹⁵⁴¹

Im Übrigen sind beim Vertrieb auch die **allgemeinen Vorgaben des UWG** einzuhalten. Wenn z.B. zwei Softwarelieferanten über die Frage streiten, ob durch den Vertrieb komplexer Software Rechte der anderen Partei verletzt werden, ist es nach § 3 UWG rechtswidrig, wenn die vermeintlich verletzte Partei in einem Rundschreiben an ihre Kunden, die gleichzeitig potentielle Kunden der anderen Partei sind, in vager und pauschaler Form mitteilt: „Nunmehr mussten wir feststellen, dass von einem Drittunternehmen ein Produkt angeboten wird, welches unser ... System ersetzen soll. Es liegt uns hierzu ein Gutachten eines von der Industrie- und Handelskammer ... öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen vor. Sein Ergebnis hat uns dazu bewogen, unverzüglich gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Zu gegebener Zeit werden wir auf die Angelegenheit zurückkommen.“¹⁵⁴²

¹⁵³⁸ Verordnung über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, EG ABI. 1999, L 336, 21 und Leitlinien für vertikale Beschränkungen, EG ABI. 2000, C 291, S. 1.

¹⁵³⁹ Art. 1 Buchst. d GVO-VV Vertriebssysteme.

¹⁵⁴⁰ Art. 4 Buchst. d GVO-VV.

¹⁵⁴¹ Art. 1 Buchst. d GVO-VV.

¹⁵⁴² OLG Köln, GRUR 1999, 93.

Neuntes Kapitel: Musterverträge

I. Softwareüberlassungsvertrag

§ 1 Präambel

Gegenstand des Vertrages ist die Lieferung von Softwareprodukten durch XXX an den Käufer.

§ 2 Hauptleistungspflichten

(1) Dem Kunden steht das nicht ausschließliche Recht zu, die Produkte in unveränderter Form im Umfang der vereinbarten Nutzungsart auf den Geräten zu nutzen, für die sie bestimmt sind.

Der Kunde darf zur Datensicherung von jedem Produkt eine Kopie herstellen. Er hat dabei alphanumerische Kennungen, Warenzeichen und Urheberrechtsvermerke unverändert mit zu vervielfältigen und über den Verbleib der Kopien Aufzeichnungen zu führen. Dokumentationen dürfen nicht vervielfältigt werden.

Der Anwender darf die Software auf jeder ihm zur Verfügung stehenden Hardware einsetzen. Wechselt der Anwender jedoch die Hardware, muss er die Software von der bisher verwendeten Hardware löschen.

Der Anwender darf das gelieferte Programm vervielfältigen, soweit die jeweilige Vervielfältigung für die Benutzung des Programms notwendig ist. Die notwendigen Vervielfältigungen umfassen auch die Installation des Programms vom Originaldatenträger auf den Massenspeicher der eingesetzten Hardware sowie des Ladens in den Arbeitsspeicher.

Der Anwender darf die Software einschließlich Handbuchs und des sonstigen begleitenden Materials auf Dauer an Dritte veräußern und verschenken, vorausgesetzt der Erwerbende erklärt sich mit der Weitergeltung der vorliegenden Vertragsbedingungen auch ihm gegenüber einverstanden. Im Falle der Weitergabe muss der Anwender dem neuen Anwender sämtliche Programmkopien einschließlich ggf. vorhandener Sicherungskopien übergeben oder die nicht übergebenen Kopien vernichten.

Die Rückübersetzung des Programmcodes in andere Codeformen sowie sonstige Arten der Rückerschließung der verschiedenen Herstellungsstufen der Software einschließlich einer Programmänderung für den eigenen Gebrauch ist zulässig, insbesondere zum Zwecke der Fehlerbeseitigung. Sofern die Handlung aus gewerblichen Gründen vorgenommen wird, ist

sie nur zulässig, wenn sie zur Schaffung, Wartung oder zum Funktionieren eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms unerlässlich ist und die notwendigen Informationen auch nicht veröffentlicht worden und/oder sonst wie zugänglich sind.

Der Kunde wird dafür sorgen, dass die Produkte, deren Vervielfältigungen und die Dokumentationen ohne schriftliche Zustimmung von XXX nicht an Dritte vermietet werden.

(2) Das Recht zur Nutzung der Produkte geht mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises auf den Kunden über.

§ 3 Gewährleistung und Haftung

(1) Mängel der gelieferten Sache einschließlich der Handbücher und sonstiger Unterlagen werden vom Lieferanten innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von zwei Jahren ab Ablieferung nach entsprechender Mitteilung durch den Anwender behoben. Dies geschieht nach Wahl des Käufers durch kostenfreie Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Im Falle der Ersatzlieferung ist der Käufer verpflichtet, die mangelhafte Sache zurückzugewähren.

(2) Kann der Mangel nicht innerhalb angemessener Frist behoben werden oder ist die Nachbesserung oder Ersatzlieferung aus sonstigen Gründen als fehlgeschlagen anzusehen, kann der Käufer nach seiner Wahl Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Von einem Fehlschlagen der Nachbesserung ist erst auszugehen, wenn dem Lieferanten hinreichende Gelegenheit zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung eingeräumt wurde, ohne dass der gewünschte Erfolg erzielt wurde, wenn die Nachbesserung oder Ersatzlieferung ermöglicht ist, wenn sie vom Lieferanten verweigert oder unzumutbar verzögert wird, wenn begründete Zweifel hinsichtlich der Erfolgsaussichten bestehen oder wenn eine Unzumutbarkeit aus sonstigen Gründen vorliegt.

(3) Der Käufer ist, sofern es sich nicht um einen Verbraucher handelt, verpflichtet, die gelieferte Ware auf offensichtliche Mängel, die einem durchschnittlichen Kunden ohne weiteres auffallen, zu untersuchen. Zu den offensichtlichen Mängeln zählen auch das Fehlen von Handbüchern sowie erhebliche, leicht sichtbare Beschädigungen der Ware. Ferner fallen Fälle darunter, in denen eine andere Sache oder eine zu geringe Menge geliefert werden. Solche offensichtlichen Mängel sind beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach Lieferung schriftlich zu rügen.

Mängel, die erst später offensichtlich werden, müssen beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach dem Erkennen durch den Anwender gerügt werden.

Bei Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht gilt die Ware in Ansehung des betreffenden Mangels als genehmigt.

(4) Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern nicht Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betroffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.

§ 4 Sonstiges

(1) Nebenabreden bedürfen der Schriftform.

(2) Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam sein, so werden dadurch die übrigen Bestimmungen in ihrer rechtlichen Wirksamkeit nicht berührt. An die Stelle der unwirksamen Bestimmung muss für diesen Fall mit anfänglicher Wirkung eine solche treten, die dem beabsichtigten Sinn und Zweck aller Parteien entspricht und ihrem Inhalt nach durchführbar ist.

(3) Bei Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag ist der Sitz von XXX Gerichtsstand, wenn

- a) der Käufer Kaufmann ist oder
- b) der Käufer keinen allgemeinen Gerichtsstand im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hat oder
- c) der Käufer juristische Person des öffentlichen Rechts ist.

XXX ist berechtigt, auch an jedem anderen gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstand zu klagen. Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss des UN-Kaufrechts.

II. Softwareerstellungvertrag

Muster für Softwareerstellungverträge sind wenig brauchbar, da solche Verträge typischerweise nicht in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen konzipiert werden und im Übrigen aufgrund der Vielfalt notwendiger Einzelregelungen sehr komplex und einzelfallbezogen sind. Im Folgenden seien nur einige typische Vertragsbestandteile typisierend umschrieben.

§ 1 Präambel

T ist seit vielen Jahren im Versicherungssektor als IT-Dienstleister tätig und stellt in diesem Zusammenhang IT Systeme, IT Beratung und fachliches Know-how seinen Auftraggebern

und Partnern zur Verfügung. F ist ein Unternehmen, das Software für Versicherungsunternehmen entwickelt. Wesentlicher Inhalt dieser Verträge ist die Bereitstellung, Weiterentwicklung von Modulen und Wartung der von F zu entwickelnden Versicherungssoftware In-sutrans. Die technischen Eckdaten der Software sind in dem beigegeführten Pflichtenheft verankert, das Vertragsbestandteil ist. Die Parteien verpflichten sich hierbei, während der Vertragslaufzeit die besonderen Rechte und Formen der Zusammenarbeit auch bei den außerhalb dieses Vertrags liegenden Tätigkeiten zu berücksichtigen.

§ 2 Hauptleistungspflichten

(1) F verpflichtet sich, für T eine betriebsfertige Software nach Vorgaben von T werkvertraglich bereitzustellen und die Betriebsbereitschaft im Rahmen der notwendigen Pflege aufrechtzuhalten und zu sichern. Hierzu wird F für T die im Pflichtenheft und etwaigen Service Level Agreements, die insgesamt Vertragsbestandteil sind, aufgeführten Funktionen der Software bereitzustellen und -halten. Zur geschuldeten Software gehören auch die entsprechenden technischen Dokumentationen sowie der Source Code, jeweils auf dem aktuellen Programm- und Aktualisierungsstand.

(2) F räumt T schon jetzt die nach dem Vertragszweck notwendigen Nutzungsrechte in Bezug auf die Software ein. T erhält ein zeitlich und räumlich unbegrenztes, ausschließliches Nutzungsrecht an der Software. Dieses Recht ist übertragbar und berechtigt auch zur Einräumung einfacher Nutzungsrechte. Das Nutzungsrecht schließt auch künftige, neue Nutzungsformen ein. Insbesondere erhält T das Recht, die Software

- zu vervielfältigen, einschließlich der Vervielfältigung auf CD-ROM; DVD; Blue Ray, des Ladens in den Arbeitsspeicher
- zu verbreiten, einschließlich der Verbreitung über das Internet
- umzugestalten und zu bearbeiten, unter Wahrung eventueller Urheberpersönlichkeitsrechte
- der Öffentlichkeit unkörperlich zugänglich zu machen, einschließlich der Bereitstellung über Internet und Intranet.

(3) F hat die gesamte Vertragserfüllung höchstpersönlich zu leisten. Die Leistungserbringung durch Dritte ist ausgeschlossen, es sei denn, T stimmt der Vertragserfüllung durch Dritte ausdrücklich und schriftlich zu. T stimmt dem nur zu, wenn ein dringendes Bedürfnis für die Unterbeauftragung besteht und kein wichtiger Grund gegen die Person des Unterbeauftragten spricht.

(4) F übernimmt – abseits der geschuldeten Gewährleistung – die Pflege der Software, insbesondere die Diagnose und Beseitigung von nicht gewährleistungsbedingten Störungen. Die Pflege erfolgt innerhalb der im Service Level Agreement (Anlage 3) festgelegten Zeit. Der Umfang der Pflegeleistungen ist in Anlage 3 (Service Level Agreement), die Abwicklung der Pflegeleistung ist unter Anlage 4 (Service Management Prozesse) geregelt.

(5) T schuldet F die in den jeweiligen Leistungsscheinen vereinbarten Vergütungen 14 Tage nach deren Rechnungsstellung. Sofern nichts anderes vereinbart ist, erfolgt die Rechnungsstellung jeweils nach Erbringung der Leistung. Soweit die Leistung einer Abnahme durch T bedarf, beginnt die Zahlungsfrist erst nach der erfolgten Abnahme. Die gesetzliche Umsatzsteuer ist in den Rechnungen gesondert auszuweisen.

§ 3 Nebenleistungspflichten

(1) Die Parteien werden sich wechselseitig alle zur Vertragserfüllung notwendigen Informationen und Unterlagen zur Verfügung stellen. Die Parteien verpflichten sich, alle im Rahmen dieses Vertrages zur Verfügung gestellten oder erstellten Unterlagen ordnungsgemäß aufzubewahren und vor Einsichtnahme Dritter zu schützen.

(2) Die Parteien verpflichten sich sicherzustellen, dass sämtliche im Rahmen der Zusammenarbeit erhaltenen Informationen und Dokumente, gleich welcher Art, streng vertraulich zu behandeln und ausschließlich zur Verwendung in dem in der Präambel festgelegten Zweck einzusetzen. Die vertraulichen Informationen dürfen nicht ohne die vorherige schriftliche Zustimmung seitens der Parteien an Dritte weitergegeben werden. Das gilt neben den Kenntnissen über die Produkt- und Geschäftspolitik sowie Vertriebswege besonders für alle Informationen, die als vertraulich bezeichnet werden oder als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse erkennbar sind. Dazu gehören grundsätzlich alle betriebswirtschaftlichen, technischen, finanziellen und sonstigen Informationen über Geschäftstätigkeit, Projekte und Kunden. Die Parteien sind sich der Tatsache bewusst, dass Informationen zusätzlich dem Bankgeheimnis unterliegen können. Die Parteien und die von ihr eingesetzten Berater verpflichten sich, über solche Informationen den gesetzlichen Vorschriften entsprechend ebenfalls strengstes Stillschweigen zu bewahren.

(3) Alle Personen, die für die Parteien im Zusammenhang mit diesem Vertrag mit der Erfüllung der sich daraus ergebenden Aufgaben befasst sind oder sein können, werden zur Wahrung des Datengeheimnisses nach Maßgaben des § 5 BDSG verpflichtet und auf die Straf- und Ordnungswidrigkeitsvorschriften des BDSG und sonstige entsprechende Rechtsvorschriften hingewiesen werden.

(4) Es werden alle technischen und organisatorischen Maßnahmen getroffen, die erforderlich sind, um die Ausführung der Vorschriften der vorgenannten Gesetze zu gewährleisten, insbesondere die in der Anlage zu § 9 Abs. 1 Satz 1 BDSG genannten Anforderungen.

(5) Die Pflicht zur Einhaltung der Vertraulichkeit und des Bankgeheimnisses wirkt über den Zeitpunkt der Beendigung dieses Vertrages unbegrenzt fort.

(6) Die Parteien werden es wechselseitig unterlassen, Mitarbeiter der anderen Partei während des bestehenden Vertragsverhältnisses oder für einen Zeitraum von einem (1) Jahr nach Vertragsbeendigung abzuwerben. Im Falle der Zuwiderhandlung, ist eine an die betroffene Partei zu zahlende Vertragsstrafe fällig, deren Höhe gemäß § 315 BGB in dessen billiges Ermessen gestellt ist und im Streitfall der gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Dies gilt dann nicht, wenn die andere Partei nachweist, den Mitarbeiter nicht abgeworben zu haben.

(7) Diese Regelung gilt entsprechend, wenn das Beschäftigungsverhältnis mit einem zu einer Partei konzernrechtlich verbundenen Unternehmen oder mit diesem ein freies Mitarbeiterverhältnis begründet wird.

§ 4 Gewährleistung und Haftung

(1) F hat die mit T in den einzelnen Leistungsscheinen zu vereinbarenden Fälligkeitstermine für Leistungen einzuhalten. Soweit nicht anders vereinbart, handelt es sich bei diesen Fälligkeitsterminen um Fixtermine. Erbringt F die Leistung nicht zum Fälligkeitstermin, befindet sie sich automatisch im Schuldnerverzug, ohne dass es einer Mahnung bedarf. Für den Fall des Schuldnerverzugs stehen T die im BGB geregelten gesetzlichen Rechte ungekürzt zu.

(2) F hat dafür einzustehen, dass ihre Werkleistungen die in diesem Vertrag, dem Pflichtenheft und den SLAs vereinbarten Eigenschaften aufweisen, den anerkannten Regeln der Technik nach letztem Stand entsprechen und keine Fehler aufweisen, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes zu den gewöhnlichen oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Für den Fall, dass die Werkleistung mit Mängeln behaftet ist, steht T die gesetzlichen Gewährleistungsrechte nach den §§ 631 ff. BGB ungekürzt zu. Soweit es zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen einer Nachfristsetzung durch T bedarf, wird diese Frist aufgrund der außerordentlichen Dringlichkeit des Projektes für T auf höchstens 3 Kalendertage festgelegt.

T ist bei Werkmängeln nach Ablauf einer gesetzten Nachbesserungsfrist insbesondere berechtigt, die Mängel im Wege der Selbstvornahme durch Dritte beheben oder die Werkleistung bei Mängeln durch Dritte auf Kosten von F erbringen zu lassen. Zur Durchführung der Selbstvor-

nahme ist T berechtigt, einen Kostenvorschuss von F in Höhe von 80 % der erwarteten Kosten auf Basis eines Kostenvoranschlags des Dritten von F auf erstes Anfordern einzufordern.

(3) Die Vertragsparteien haften einander nach den allgemeinen Haftungsbestimmungen des BGB. Unbeschadet etwaiger darüber hinausgehender Ansprüche und Rechte wird F im Falle einer Nicht- oder Schlechtleistung T und andere Personen oder Gesellschaften, die Rechte von T herleiten, von allen gegen diese erhobenen Ansprüche Dritter einschließlich der Kosten einer etwaigen angemessenen Rechtsverteidigung freistellen. F wird T über alle Vorgänge informieren, die zu Beschwerden geführt haben, und alle Informationen bereitstellen, die T zur Prüfung der Rechts- und Sachlage benötigt.

Die Parteien haften einander bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit für alle von ihr sowie ihren gesetzlichen Vertretern oder Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden unbeschränkt. Bei leichter Fahrlässigkeit haften die Parteien im Fall der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit unbeschränkt. Die Parteien haften einander – gleich aus welchem Rechtsgrund – im Übrigen bei von ihren Mitarbeitern oder von ihnen eingeschalteten Dritten verursachte unmittelbare Sach- und Vermögensschäden bis zu einer Höhe von zwölf Monatsbeträgen der nutzungsabhängigen Vergütung.

§ 5 Beendigungsunterstützung

F verpflichtet sich, T bei Kündigung des Vertrages eine Beendigungsunterstützung zur Fortführung des Projektes zu leisten. Die Vertragsparteien werden hierzu binnen 1 Woche nach Kündigung des Rahmenvertrages einen entsprechenden Einzelvertrag abschließen. Hierbei hat F innerhalb von 4 Monaten nach Kündigung des Rahmenvertrages durch genügende Mitarbeiter in Kooperation mit einem Spezialistenteam von T oder einem etwaigen zukünftigen Partner ein Überführungskonzept zu erstellen. Dieses muss einen Transitionsprozess nebst Pflichtenheft beinhalten, welche in ihrem Detaillierungsgrad mindestens dem hiesigen Regelwerk entsprechen muss. Nach entsprechender Genehmigung des Konzeptes durch T wird F die physische Umsetzung der Transition durch X geeignete und entsprechend geschulte Mitarbeiter im Rahmen eines neuerlichen werkvertraglichen Einzelvertrages sicherstellen.

Die Gegenleistung für die Erstellung des Überführungskonzeptes sowie die Umsetzung der Transition werden die Vertragsparteien einvernehmlich festlegen.

Für den Fall, dass sich die Überführung des Prozesses zurück zu T über das Vertragsende des Rahmenvertrages hinaus verzögert, verpflichtet sich F, die Leistungen der abgeschlossenen Einzelverträge und Leistungsscheine mindestens solange selbst gegen Zahlung der vereinbar-

ten Gegenleistung zu erbringen, bis eine erfolgreiche Transition auf den neuen Leistungserbringer abgeschlossen ist.

§ 6 Sonstige Bestimmungen

(1) Dieser Vertrag enthält sämtliche Regelungen der Parteien in Bezug auf den Zweck dieses Vertrages. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Vertragspartner gelten nicht im Verhältnis der Vertragspartner zueinander. Änderungen, Ergänzungen sowie eine Vereinbarung über die Auflösung dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Ein Verzicht auf das Erfordernis der Schriftform kann nur im Wege einer ausdrücklichen schriftlichen Vereinbarung erfolgen.

(2) Auf das vorliegende Vertragsverhältnis findet ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland Anwendung. Ausgenommen ist das UN-Kaufrechtsabkommen – CISG.

(3) Als Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag, seiner Durchführung sowie über die Gültigkeit des Vertrages wird X vereinbart. XXX ist berechtigt, auch an jedem anderen gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstand zu klagen.

(4) Eine Aufrechnung oder ein Zurückbehaltungsrecht der Parteien an den nach diesem Vertrag zustehenden Ansprüchen aufgrund von Gegenansprüchen der jeweils anderen Partei ist nicht zulässig, es sei denn dass die zur Aufrechnung gestellten Forderungen von den Parteien schriftlich anerkannt worden sind.

(5) Jede Partei ist berechtigt, Änderungen der vertragsgegenständlichen Leistungen zu fordern, insbesondere wenn sich die Leistungsanforderungen während der Vertragslaufzeit ändern. Die jeweils andere Partei wird dem Änderungsverlangen (Change-Request) dann nachkommen, wenn ihr dies im Rahmen ihrer betrieblichen Leistungsfähigkeit zumutbar und ihr originärer Geschäftsauftrag dadurch nicht gefährdet ist. Jeder Change-Request ist schriftlich zu formulieren und den jeweils anderen Parteien zur Prüfung und Umsetzung vorzulegen.

(6) Sollte eine Bestimmung dieser Vereinbarung unwirksam sein oder während der Vertragsdauer unwirksam werden, so wird diese Vereinbarung in allen übrigen Bestimmungen dadurch nicht berührt und gilt unverändert weiter. Die unwirksame Bestimmung soll durch eine andere, zulässige Bestimmung ersetzt werden, die dem Sinn und Zweck der unwirksamen Bestimmung am nächsten kommt.

III. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern

In Ergänzung zum heute geschlossenen Arbeitsvertrag wird zwischen den Parteien folgende Vereinbarung getroffen:

§ 1 Rechte an Arbeitsergebnissen

(1) Zu den Arbeitsergebnissen im Sinne dieser Vereinbarung gehören insbesondere die aus der Tätigkeit des Herrn Y in Planung, Entwicklung, Forschung, Kundenberatung, Wartung oder Verwaltung geschaffenen Datensammlungen (Datenbanken) und DV-Programme in Quellen- und Objektprogrammform, bei ihrer Entwicklung entstandenen Erfindungen, Algorithmen, Verfahren, Spezifikationen, Berichte, sowie Dokumentations- und Schulungsmaterial über Systemanalyse, Roh- und Feinentwurf, Test, Installation, Einsatz, Wartung und Pflege der Datensammlungen und DV-Programme.

(2) X hat das Recht, alle Arbeitsergebnisse, die aus der Tätigkeit des Herrn Y für die X entstehen oder durch nicht allgemein bekannte Informationen der X angeregt wurden oder maßgeblich auf Erfahrungen, Arbeiten oder Unterlagen der X beruhen, ohne sachliche, zeitliche oder räumliche Beschränkungen zu verwerten oder verwerten zu lassen.

(3) Schutzfähige Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge unterliegen den Bestimmungen des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen. Dienstervfindungen im Sinne des ArbNEG sind der X unverzüglich gesondert schriftlich zu melden.¹⁵⁴³

(4) Soweit Arbeitsergebnisse gemäß Abs. (1) und (2) urheberrechtlich geschützte Werke sind, räumt Herr Y der X hieran ausschließliche, zeitlich und räumlich unbeschränkte Nutzungsrechte für alle bekannten Verwertungsarten ein. Dazu gehört insbesondere das Recht, Abänderungen, Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen vorzunehmen, die Arbeitsergebnisse im Original oder in abgeänderter, bearbeiteter oder umgestalteter Form zu vervielfältigen, zu veröffentlichen, zu verbreiten, vorzuführen, über Fernleitungen oder drahtlos zu übertragen und zum Betrieb von DV-Anlagen und -Geräten zu nutzen.

(5) Zur vollständigen oder teilweisen Ausübung der Rechte gem. Abs. (4) bedarf es keiner weiteren Zustimmung von Seiten des Herrn Y.

(6) X ist ohne Einholung weiterer Zustimmungen von Seiten des Herrn Y befugt, die Rechte gem. Abs. (3), (4) und (5) ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen oder Dritten entsprechende Rechte einzuräumen.

(7) Herr Y erkennt an, dass eine Verpflichtung zur Autorennennung nicht besteht.

(8) Herr Y verzichtet auf den Zugang zum Werkoriginal, alle in Quellcode gefassten Programme sowie alle anderen Arbeitsergebnisse im Sinne der Abs. (1) und (2).

¹⁵⁴³ Siehe §§ 4 und 5 ArbNEG.

(9) Die Rechtseinräumung bleibt von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unberührt. Eine Verpflichtung der X, dem aus dem Unternehmen ausgeschiedenen Herrn Y die von ihm während der Dauer des Arbeitsverhältnisses geschaffenen Arbeitsergebnisse zugänglich zu machen, wird ausdrücklich ausgeschlossen (kein Zugangsrecht).

§ 2 Abgeltung

(1) Die in § 1 genannten Rechte an Arbeitsergebnissen sind durch die laufenden Bezüge des Herrn Y abgegolten, und zwar auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

(2) Der Anspruch des Herrn Y auf gesetzliche Vergütungen von Dienstleistungen und technischen Verbesserungsvorschriften nach dem ArbNEG bleibt unberührt. Seine entsprechende Anwendung auf Softwareprodukte wird ausdrücklich ausgeschlossen.

§ 3 Eigene Software und Erfindungen des Herrn Y

(1) In der Anlage zu diesem Vertrag gibt Herr Y der X in Form einer Titelliste Kenntnis von allen Erfindungen, Datenverarbeitungsprogrammen, Vorentwürfen, Pflichtenheften, Problemanalysen, Grobkonzepten u.ä. mehr, die von ihm selbst vor Beginn des Arbeitsverhältnisses gemacht bzw. entwickelt wurden und über die er vollständig oder teilweise verfügungsberechtigt ist.

(2) Herr Y sichert zu, über keine weiteren Datenverarbeitungsprogramme, Vorentwürfe, Pflichtenhefte, Problemanalysen, Grobkonzepte u.ä. mehr bei Unterzeichnung dieser Vereinbarung zu verfügen. Beide Parteien sind sich darüber einig, dass von allen ab heute durch den Herrn Y entwickelten Produkten vermutet wird, dass diese für die X entwickelt wurden, und dass sie – soweit nicht in der Anlage aufgeführt – nicht vorher bzw. im Rahmen des Arbeitsverhältnisses für die X entwickelt worden sind.

(3) Sofern Herr Y beabsichtigt, die in der Titelliste gem. Abs. (1) genannten Erfindungen, Datenverarbeitungsprogramme und zugehörigen Dokumentationen in das Unternehmen der X einzubringen, bedarf dies der vorherigen schriftlichen Zustimmung der X. Sollte die X einer Nutzung dieses Materials zustimmen, wird über Nutzungsberechtigung und Vergütung eine gesonderte schriftliche Vereinbarung getroffen. Werden solche oder andere Programme stillschweigend eingebracht, so erhält die X ein unentgeltliches und zeitlich unbefristetes Nutzungsrecht, ohne dass es einer dahingehenden ausdrücklichen Vereinbarung bedarf, es sei denn Herr Y hat sich seine Rechte bei der Einbringung ausdrücklich schriftlich gegenüber der Geschäftsführung vorbehalten.

§ 4 Nebenberufliche Softwareverwertung

(1) Jede direkte oder indirekte Verwertung von Arbeitsergebnissen gem. § 1 ist Herrn Y untersagt.

(2) Die gewerbliche Verwertung sonstiger, von Herrn Y neben seiner Tätigkeit für die X geschaffener Software, die nicht Arbeitsergebnis i.S.d. §§ 1 und 2 ist, sowie von eigener Software gem. § 3 bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung der X. Diese Einwilligung darf nicht aus anderen Gründen versagt werden als dem Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen der X.

(3) Herr Y wird während der Dauer des Dienstvertrages keinerlei Wettbewerbshandlung gegen die X vornehmen, insbesondere sich nicht – auch nicht als Minderheitsgesellschafter oder stiller Gesellschafter – an einer Gesellschaft beteiligen, die in Wettbewerb zu der X steht.

§ 5 Informationen, Unterlagen und Software Dritter

(1) Herr Y verpflichtet sich, der X keine vertraulichen Informationen oder Unterlagen, die anderen gehören, zukommen zu lassen. Der Mitarbeiter wird auch nicht veranlassen, dass solche vertraulichen Informationen oder Unterlagen ohne Kenntnis der X in dessen Unternehmen benutzt werden.

(2) Herr Y verpflichtet sich, keine Datenverarbeitungsprogramme und zugehörige Dokumentationen, die er von Dritten erworben, lizenziert oder auf andere Weise erhalten hat, der X zukommen zu lassen, es sei denn nach ausdrücklicher Ermächtigung durch die Gesellschaft. Herr Y wird auch nicht veranlassen, dass solches Material ohne Kenntnis der X in deren Unternehmen benutzt wird.

(3) Herr Y wird für von ihm geschaffene Arbeitsergebnisse i.S.v. § 1 auf Verlangen der X wahrheitsgemäß erklären, ob die Arbeitsergebnisse von ihm im Original geschaffen und/oder welche Teile aus firmenexternen Quellen direkt oder indirekt in abgewandelter oder bearbeiteter Form übernommen wurden.

§ 6 Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

(1) Herr Y ist verpflichtet, alle Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse der X geheim zu halten. Hierzu gehören insbesondere alle als vertraulich oder unternehmensintern gekennzeichneten oder als solche erkennbaren Unterlagen, Datensammlungen und Datenverarbeitungsprogramme sowie zugehöriges Dokumentations- und Schulungsmaterial. Dies gilt insbesondere auch für alle Kenntnisse, die Herr X im Rahmen der Beratung von Kunden der X über deren Geschäftsbetrieb erlangt.

(2) Die Verpflichtung aus Abs. (1) bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.

(3) Der Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der X bzw. der Kunden von X unterliegt unter anderem den strafrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Ein Auszug aus diesem Gesetz ist dieser Vereinbarung als Anlage beigefügt.

§ 7 Wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge

(1) Manuskripte für wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge des Herrn Y, die mit dem Tätigkeitsbereich der X in Verbindung stehen, sind der X zur Freigabe vorzulegen. Eine Freigabe erfolgt, sofern berechnete betriebliche Interessen einer Publikation nicht entgegenstehen.

(2) Für wissenschaftliche Veröffentlichungen oder Vorträge gem. Abs. (1) erhält Herr Y in dem zum Zweck der Veröffentlichung und/oder des Vortrages gebotenen Umfang eine Freistellung von § 1 Abs. (2) und Abs. (4), die einen Verzicht der X auf jeden Honoraranspruch einschließt.

IV. Muster einer Geheimhaltungsvereinbarung mit Arbeitnehmern

Präambel

Der unterzeichnende Arbeitnehmer ist darauf hingewiesen worden, dass es sich bei den Geschäftstätigkeiten der XXX um hochgradig sensible und geheimnisträchtige Aktivitäten handelt. Insbesondere die zur Finanzanalyse eingesetzten Instrumente und Methoden sind rechtlich in vielfältiger Weise, unter anderem auch als Betriebsgeheimnisse, geschützt. Jedes unbefugte Weitergeben von Informationen aus dem XXX-Umfeld kann zu schwerwiegenden Schädigungen des Unternehmens führen. Dabei ist auch zu beachten, dass die XXX ein international tätiges Unternehmen ist, dessen Kundschaft und Partner sich aus allen Teilen der Welt rekrutieren. XXX muss aus diesen Gründen darauf bestehen, dass sich der Arbeitnehmer bei allen Aktivitäten zur strikten Vertraulichkeit im Rahmen der weiteren Bestimmungen verpflichtet.

§ 1 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich aus diesen Gründen zur strikten und unbedingten Geheimhaltung sämtlicher Tatsachen, Informationen und Unterlagen (in mündlicher, gedruckter oder maschinenlesbarer Form), welche den in der Präambel bezeichneten Geschäftsbetrieb der XXX betreffen (im Weiteren als „vertrauliche Informationen“ bezeichnet). Zu den vertraulichen Informationen zählen insbesondere

- die von der XXX-Gruppe entwickelten Technologien und Datenmodelle zur computer-gestützten Analyse von Finanzmärkten,
- die von der XXX-Gruppe zur Analyse entwickelte Software, einschließlich des Source Codes, Object Codes, der Programmdokumentation, der Datenflusspläne, der Benutzer-dokumentation und sonstiger technischer Grundlagen,
- die Identität von XXX-Kunden, Partnern, Zulieferern und Vertriebsunternehmen,
- die finanziellen und strategischen Rahmenbedingungen der XXX-Gruppe,
- die der Kooperation zwischen Kunden und XXX zu Grunde liegenden Informationen bezüglich der wirtschaftlichen Aktivitäten der Kunden,
- die Finanzinformationen, die XXX ihren Kunden übermittelt oder zu übermitteln beab-sichtigt.

§ 2 Ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung der XXX darf der Arbeitnehmer die vertrau-lichen Informationen weder für eigene Zwecke noch zu Gunsten Dritter sammeln, kopieren, aufbewahren oder in irgendeiner Art verwenden. Manuskripte für wissenschaftliche Veröf-fentlichungen und Vorträge, die mit dem Tätigkeitsbereich der XXX-Gruppe in Verbindung stehen, sind der XXX zur Freigabe vorzulegen. Eine Freigabe erfolgt, sofern berechtigte be-triebliche Interessen einer Publikation nicht entgegenstehen.

§ 3 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich dazu, die vertraulichen Informationen innerhalb der XXX nur an diejenigen weiterzugeben, die diese Informationen zur Durchführung ihrer jewei-lige Arbeitsaufgabe im XXX-Bereich unbedingt benötigen. Dabei sind die Vorgaben der Ge-schäftsleitung in Bezug auf die jeweiligen Arbeitsaufgaben zu beachten.

§ 4 Der Arbeitnehmer ist auf Grund seines Arbeitsvertrages zur Einhaltung des aktuellsten Standes der Technik, was Datensicherheit und den Schutz von Informationen angeht, ver-pflichtet. Er wird die XXX auf bestehende und drohende Sicherheitslücken hinweisen. Er wird bei der Auswahl und Bestellung von Wartungs-, Pflege- und sonstigem technischem Personal darauf achten, dass die jeweils tätigen Personen ihrerseits den aktuellsten Stand der Datensicherheit beachten und in all ihren Aktivitäten der vertraulichen Natur von XXX-Informationen Rechnung tragen.

§ 5 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich in der Kommunikation innerhalb des Unternehmens und im Verkehr nach außen zur Einhaltung höchster Vertraulichkeitsstandards. Insbesondere wird er Informationen nicht unverschlüsselt über Internet-Dienste übertragen. Er wird auf den

Einsatz geeigneter Firewallsysteme sowie eine stets auf aktuellem Stand befindliche Virenkontrolle achten. Er trägt auch Sorge dafür, dass die von ihm benutzten Rechner nicht unbefugt zugänglich, insbesondere gegen Zugriff durch Dritte durch effiziente technische Schutzsysteme, gesichert sind. Besondere Sorgfaltspflichten treffen den Arbeitnehmer auch hinsichtlich des sicheren Umgangs mit Passwörtern.

§ 6 Der Arbeitnehmer wird vertrauliche Informationen nur nach Rücksprache mit der Unternehmensleitung auf Rechnern außerhalb der XXX-Räume speichern und nutzen. Schriftliche Unterlagen mit vertraulichen Informationen dürfen nur soweit außerhalb der XXX-Räume genutzt werden, soweit dies zur Durchführung eines konkreten Arbeitsauftrages notwendig ist. Unterlagen mit vertraulichen Informationen, die der Arbeitnehmer nicht mehr benötigt, sind dem Arbeitgeber zurückzugeben oder nach entsprechender Information des Arbeitgebers unverzüglich zu löschen.

§ 7 Der Arbeitnehmer wird darauf hingewiesen, dass jede Verletzung dieser Vertraulichkeitsvereinbarung hohe Schadensersatzansprüche der XXX gegen ihn auslösen kann. Auch wird er bereits jetzt auf die denkbaren strafrechtlichen Folgen einer unbefugten Offenbarung, insbesondere im Hinblick auf §§ 17, 18 des deutschen UWG, hingewiesen (*hier denkbar, wenn nicht ganz unproblematisch: Konventionalstrafe*).

§ 8 Während der Dauer dieses Vertrages wird sich der Arbeitnehmer an Unternehmen, die mit der Gesellschaft in Wettbewerb stehen oder mit denen die Gesellschaft Geschäftsverbindungen unterhält, ohne Zustimmung der Gesellschaft weder unmittelbar noch mittelbar beteiligen.

§ 9 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich ferner, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung dieses Vertrages ohne Zustimmung der Gesellschafter in keiner Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, das auf dem Arbeitsgebiet der Gesellschaft tätig ist, sowie auf diesem Arbeitsgebiet keine Geschäfte für eigene oder fremde Rechnungen zu machen und keine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einem Unternehmen zu erwerben, welches auf dem Arbeitsgebiet der Gesellschaft tätig ist. (Vorschlag: *Der Arbeitnehmer erhält kompensatorisch eine Entschädigung, deren Höhe individuell zwischen der XXX und dem Arbeitnehmer abgestimmt wird*).

§ 10 Größere Geschenke oder sonstige erhebliche Vorteile von Personen, die mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung stehen oder eine solche Verbindung anstreben, darf der Arbeitnehmer nur nach vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung annehmen.

§ 11 Alle während der Betriebszugehörigkeit entworfenen Aufzeichnungen und Unterlagen sind Eigentum der Gesellschaft. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Unterlagen und Aufzeichnungen auf erste Anforderung, spätestens jedoch bei Beendigung des Vertrages an die Gesellschaft herauszugeben. Weder aus dem Gesichtspunkt des Immaterialgüterrechts noch aus sonstigen Gründen steht dem Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht zu.

XXX hat das Recht, alle Arbeitsergebnisse, die aus der Tätigkeit des Arbeitnehmers für die XXX-Gruppe entstehen oder durch nicht allgemein bekannte Informationen der XXX-Gruppe angeregt wurden oder maßgeblich auf Erfahrungen, Arbeiten oder Unterlagen der XXX-Gruppe beruhen, ohne sachliche, zeitliche oder räumliche Beschränkungen zu verwerten oder verwerten zu lassen. Soweit Arbeitsergebnisse urheberrechtlich geschützte Werke sind, räumt der Arbeitnehmer der XXX hieran ausschließliche, zeitlich und räumlich unbeschränkte Nutzungsrechte für alle bekannten Verwertungsarten ein. Dazu gehört insbesondere das Recht, Abänderungen, Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen vorzunehmen, die Arbeitsergebnisse im Original oder in abgeänderter, bearbeiteter oder umgestalteter Form zu vervielfältigen, zu veröffentlichen, zu verbreiten, vorzuführen, über Fernleitungen oder drahtlos zu übertragen und zum Betrieb von DV-Anlagen und -Geräten zu nutzen. Zur vollständigen oder teilweisen Ausübung der Rechte bedarf es keiner weiteren Zustimmung von Seiten des Arbeitnehmers. XXX ist ohne Einholung weiterer Zustimmungen von Seiten des Arbeitnehmers befugt, die Rechte ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen oder Dritten entsprechende Rechte einzuräumen. Die Rechtseinräumung bleibt von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unberührt.

V. Muster einer Vereinbarung zum Change Request

Präambel

Die Parteien sind sich bewusst, dass es vorliegend um einen für XXX absolut erfolgskritischen Prozess geht. Sie sind sich weiter bewusst, dass sich die Anforderungen zukünftig auf Grund branchenseitiger Änderungen weiter entwickeln werden und deshalb ein erheblicher Anpassungsbedarf an den Prozess im Rahmen der Kooperation gegeben sein wird. Die Parteien vereinbaren ein Business Process Outsourcing auf werkvertraglicher Basis nach Maßgabe der Regelungen des nachfolgenden Rahmenvertrages.

§ 1 Vertragsmanagement

(1) Dieser Rahmenvertrag beschreibt die allgemeinen Regelungen für die Erbringung von Leistungen für XXX durch Outsourcing-Nehmer.

(2) Die Bestimmungen dieses Vertrages gelten für alle Einzelverträge, die zwischen XXX und dem Outsourcing-Nehmer nach dessen Wirksamwerden abgeschlossen werden, wenn und soweit nicht im Einzelvertrag ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.

(3) Einzelverträge im Sinne dieses Vertrages werden in Form von Leistungsscheinen geschlossen. Diese Leistungsscheine regeln die Einzelheiten der zu erbringenden Leistungen. Monatlich wird im Rahmen des Reportings eine aktualisierte Übersicht über die jeweils gültigen Leistungsscheine erstellt.

Leistungsscheine bestimmen Leistungsumfänge (Mengen und Laufzeiten), deren Vergütung, Mitwirkungspflichten, Service-Level Agreements sowie etwaige Abnahmerichtlinien. Sie sind nach XXX-Format zu erstellen und werden zum Zwecke des Vertragsschlusses von den durch den Lenkungsausschuss bestimmten Zeichnungsberechtigten beider Vertragsparteien unterschrieben.

Ein Einzelvertrag kommt nur zustande auf Grund einer schriftlichen Bestellung von XXX auf einem Leistungsschein und deren schriftlichen Bestätigung durch Outsourcing-Nehmer.

(4) Die technische und organisatorische Abwicklung des Outsourcing-Projektes sowie die Änderung, Ergänzung und die Aufhebung von Rahmenvertragsbestandteilen werden ausschließlich von einem zwischen den Parteien zu konstituierenden Lenkungsausschuss koordiniert. Änderungen des Leistungsumfanges und der Einzelverträge werden jedoch nach dem unter Ziffer 4.d. dieses Rahmenvertrages niedergelegten Change-Management-Verfahren durchgeführt. Der Lenkungsausschuss besitzt alleinige Entscheidungskompetenz und ist eine kontinuierliche Einrichtung beider Vertragsparteien. Er besteht aus je 3 Mitgliedern einer Vertragspartei und wird sich eine eigene Geschäftsordnung geben.

a) Jede Vertragspartei benennt und stellt je einen generell verantwortlichen Ansprechpartner, der als Koordinator aller vertragsbezogenen Aktivitäten im Verantwortungsbereich dieses Vertragspartners und als Mitglied des Lenkungsausschusses fungiert. Die Vertragsparteien werden im Falle der Verhinderung der Koordinatoren für eine Stellvertretung sorgen und sich gegenseitig unverzüglich über die Person des Stellvertreters benachrichtigen. Während der Dauer des Vertragsverhältnisses werden sich die Koordinatoren in regelmäßigen Abständen treffen und alle Fragen und Probleme der vertraglichen Zusammenarbeit besprechen. Die Koordinatoren der Vertragsparteien sind jedoch berechtigt, auch jederzeit Treffen des Lenkungsausschusses auf Grund wichtiger Fragen einzuberufen.

Können sich die Koordinatoren in Problemfällen nicht innerhalb von zwei Wochen einigen, werden die zuständigen Geschäftsleitungsmitglieder der Vertragsparteien mit der Angelegenheit betraut. Sie sollen im Verlaufe von zwei Wochen zu einer gemeinsamen Lösung kommen. Die Koordinatoren werden zu diesem Zweck einen schriftlichen Problembericht erstellen.

Für den Fall, dass sich die Geschäftsleitungsmitglieder der Vertragsparteien ebenfalls nicht auf eine einvernehmliche Lösung des Problems einigen können, liegt das Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB im freien Belieben von XXX.

Zur Durchsetzung der Leistungserbringung bei Outsourcing-Nehmer ist XXX berechtigt, einen ihrer Koordinatoren des Lenkungsausschusses zum „Authorized Manager“ zu benennen, welcher befugt ist, den Mitarbeitern von Outsourcing-Nehmer Weisungen zur Leistungserbringung zu erteilen. Die Weisungen sind verbindlich und können nicht durch die Geschäftsleitung vom Outsourcing-Nehmer außer Kraft gesetzt werden.

- b) Der Lenkungsausschuss wird zudem Zeichnungsberechtigte der jeweiligen Parteien benennen, welche ausschließlich befugt sind, rechtswirksam Erklärungen im Rahmen des Vertragsverhältnisses abzugeben und zu zeichnen. Diese Zeichnungsberechtigten dürfen jedoch nicht personenidentisch mit den Koordinatoren sein.
- c) Der Lenkungsausschuss hat abgesehen vom Vertragsmanagement folgende Aufgaben:
 - Sicherstellung der bedarfsgerechten Leistungserbringung,
 - Technische Kapazitätsplanung für die Leistungserbringung,
 - Internes Schlichtungsverfahren bei Meinungsverschiedenheiten.
- d) Im Rahmen des Vertragsmanagements haben die Koordinatoren die Aufgabe, das sogenannte Change-Management-Verfahren durchzuführen. Change-Management bedeutet, dass XXX Änderungen in der Leistungserbringung bereits erteilter Leistungsscheine oder neue Leistungen auf Grund der Erteilung neuer Leistungsscheine im Rahmen der Leistungsfähigkeit von Outsourcing-Nehmer verlangen kann.

Das Change-Management ist dabei an das nachfolgende Verfahren gebunden:

- XXX kann nach Abschluss von Einzelverträgen Änderungen des Leistungsumfangs im Rahmen der Leistungsfähigkeit von Outsourcing-Nehmer verlangen, es sei denn, dies ist für Outsourcing-Nehmer unzumutbar.

- Die Änderung ist in einem Change Request Dokument nach XXX Format unter Beschreibung der Anforderung und des Umfangs der Änderung durch XXX zu dokumentieren.
- Outsourcing-Nehmer hat das Änderungsverlangen von XXX zu prüfen und XXX innerhalb von 10 Arbeitstagen mitzuteilen, ob das Änderungsverfahren für sie nicht zumutbar oder nicht durchführbar ist. Ist das Änderungsverfahren zumutbar oder durchführbar, teilt sie gleichzeitig mit, ob eine umfangreiche Prüfung erforderlich ist oder nicht.

Ist eine umfangreiche Prüfung erforderlich, hat der Outsourcing-Nehmer gleichzeitig ein entsprechendes Prüfungsangebot mit Angaben zur Vergütung zu unterbreiten. XXX wird innerhalb von 10 Arbeitstagen entweder den Prüfungsauftrag erteilen oder ablehnen.

Ist eine umfangreiche Prüfung des Änderungsverfahrens nicht erforderlich, hat der Outsourcing-Nehmer entweder ein Realisierungsangebot unter Angabe von Realisierungszeitraum, geplanten Terminen und Auswirkungen auf die Vergütung zu unterbreiten oder die Durchführung der beantragten Änderungen zu vereinbaren.

XXX wird das Realisierungsangebot des Outsourcing-Nehmers innerhalb der Angebotsbindefrist annehmen oder ablehnen. Vereinbarte Leistungsänderungen sind durch entsprechende Anpassung des Einzelvertrages oder Fertigung eines neuen Einzelvertrags verbindlich zu dokumentieren. Das Angebot und die Annahme oder Ablehnung sind durch die vom Lenkungsausschuss benannten Zeichnungsberechtigten zu unterzeichnen.

Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass die von dem Änderungsverlangen betroffenen Leistungen bis zur notwendigen Anpassung der vertraglichen Vereinbarungen unterbrochen werden.

Kommt die notwendige Anpassung der vertraglichen Vereinbarungen nicht innerhalb der Angebotsbindefrist des Realisierungsangebotes zustande, so werden die Arbeiten auf der Grundlage des Einzelvertrages weitergeführt.

- e) Vom Change-Management ausgenommen ist die Technologieanpassung durch den Outsourcing-Nehmer. Dies bedeutet, dass die installierte Hard- und Software bei gleichbleibendem Leistungsumfang ohne gesonderte Berechnung auf dem jeweilig neuesten Stand der Technik zu halten ist. Der Outsourcing-Nehmer wird XXX insbesondere über

mögliche Optimierungsmöglichkeiten auf Grund fortschreitenden Technologiefortschritts informieren.

- f) Der Lenkungsausschuss wird sich 3 Monate vor Abschluss eines Jahres zusammenfinden, um den Leistungsumfang des folgenden Jahres, soweit möglich, bereits festzulegen.

Die Vertragsparteien beabsichtigen einen bestimmten Leistungsumfang inklusive bereits absehbarer Änderungen bereits zu diesem Zeitpunkt festzulegen und hierfür eine pauschale Vergütung zu vereinbaren.

VI. Vertrag über Softwarepflege

Präambel

Gegenstand dieses Vertrages sind Pflegeleistungen, die die XXX für den Kunden erbringt. Andere Dienste wie Installation, Einweisung, Schulung, individuelle Anpassung der Software oder andere Leistungen sind nicht Bestandteil des Pflegeservice. Falls XXX solche Leistungen anbietet, sind sie gesondert schriftlich zu vereinbaren.

§ 1 Hauptleistungspflichten

(1) XXX bietet als Softwarepflege folgende Leistungen an:

- Dem Kunden werden jene neuen Programmstände (z.B. Updates) der vertragsgegenständlichen Software angeboten, die während der Vertragslaufzeit herausgegeben werden;
- dem Kunden werden während der offiziellen Geschäftszeiten von XXX telefonisch technische Unterstützung zur Störungs- und Fehlerbehebung bzw. -umgehung gegeben;
- dem Kunden werden zu geplanten neuen Programmständen vorab Informationen erteilt.

Das Pflegeverhältnis beginnt – sofern nicht etwas anderes ausdrücklich vereinbart ist – mit der Lieferung der Software. Die Zahlungspflicht beginnt in diesem Fall 6 Monate nach der Lieferung der Software.

(2) Die Pflegegebühren richten sich nach der jeweils aktuellen Preisliste. Die Vergütung wird für jedes Rumpf-/Kalenderjahr im Voraus in Rechnung gestellt.

§ 2 Nebenpflichten

(1) XXX ist von der Pflicht, Pflegeleistungen gegenüber dem Kunden zu erbringen, befreit, ohne dass dies einen Einfluss auf die Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung

hat, sofern der Kunde von der Installation der jeweils aktuellen oder der vorherigen Version sowie der gelieferten Problemlösungen der Software absieht, es sei denn, die gelieferten Versionen bzw. Problemlösungen sind fehlerhaft.

(2) Vom Pflegeservice ausgeschlossen sind Instandsetzungen oder erhöhter Aufwand zur Instandhaltung der Software, die durch vertragswidrige Nutzung, Nutzung in einer anderen als der vereinbarten Einsatzumgebung, unsachgemäße Benutzung, Fremdeinwirkung, höhere Gewalt oder ähnliche Umstände erforderlich waren, Arbeiten an der Software, die der Kunde vertragswidrig geändert hat oder die durch andere als XXX technisch gepflegt wurde, ohne dass jeweils vorher eine schriftliche Zustimmung von XXX vorlag.

(3) Der Kunde wird XXX unverzüglich benachrichtigen, wenn die Software nicht einwandfrei arbeitet. Der Kunde hat dabei die Umstände des Auftretens der Fehler und die Auswirkungen schriftlich darzustellen.

(4) Der Kunde trifft angemessene Vorkehrungen zur Datensicherung, damit die Daten aus den Datenbeständen, die in maschinenlesbarer Form bereitgehalten werden, mit vertretbarem Aufwand reproduziert werden können.

§ 3 Gewährleistung

(1) XXX gewährleistet, dass die im Rahmen des Pflegeservice erbrachten Leistungen nicht mit Fehlern behaftet sind, die den Wert und die Tauglichkeit gegenüber dem vereinbarten Leistungsumfang aufheben oder mindern. Unerhebliche Abweichungen bleiben unberücksichtigt.

(2) Treten bei vertragsgemäßer Nutzung Mängel auf, ist der Kunde verpflichtet, XXX die Möglichkeit zu geben, diese innerhalb angemessener Frist zu beseitigen. Der Kunde hat XXX die Fehler unverzüglich in nachvollziehbarer Form und unter Angabe der für die Fehlerbeseitigung zweckdienlichen Informationen mitzuteilen. Der Kunde wird XXX im Rahmen des Zumutbaren bei der Fehlerbehebung unterstützen. Für solche Mängel, die bei XXX nicht reproduzierbar sind, leistet XXX keine Gewähr.

(3) Gelingt es XXX trotz wiederholter Bemühungen nicht, den Mangel zu beheben oder so zu umgehen, dass die Software entsprechend der Produktbeschreibung genutzt werden kann, ist der Kunde berechtigt, nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften Minderung der vereinbarten Vergütung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten.

§ 4 Kündigung

Der Pflegevertrag kann auf unbestimmte oder auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden, was gesondert festzuhalten ist. Bei unbestimmter Dauer kann der Pflegeservice jeweils zum Jahresende mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten von jedem Vertragsteil aufgekündigt werden. Eine außerordentliche Kündigung bleibt von dieser Regelung unberührt.

§ 5 Sonstiges

(1) Nebenabreden bedürfen der Schriftform.

(2) Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam sein, so werden dadurch die übrigen Bestimmungen in ihrer rechtlichen Wirksamkeit nicht berührt. An die Stelle der unwirksamen Bestimmung muss für diesen Fall mit anfänglicher Wirkung eine solche treten, die dem beabsichtigten Sinn und Zweck aller Parteien entspricht und ihrem Inhalt nach durchführbar ist.

(3) Bei Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag ist der Sitz von XXX Gerichtsstand, wenn

- a) der Käufer Kaufmann ist oder
- b) der Käufer keinen allgemeinen Gerichtsstand im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hat oder
- c) der Käufer juristische Person des öffentlichen Rechts ist.

XXX ist berechtigt, auch an jedem anderen gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstand zu klagen. Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss des UN-Kaufrechts.

VII. Die General Public License

Version 3, 29 June 2007

Preamble

The GNU General Public License is a free, copyleft license for software and other kinds of works.

The licenses for most software and other practical works are designed to take away your freedom to share and change the works. By contrast, the GNU General Public License is intended to guarantee your freedom to share and change all versions of a program – to make sure it remains free software for all its users. We, the Free Software Foundation, use the GNU General Public License for most of our software; it applies also to any other work released this way by its authors. You can apply it to your programs, too.

When we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free

software (and charge for them if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs, and that you know you can do these things.

To protect your rights, we need to prevent others from denying you these rights or asking you to surrender the rights. Therefore, you have certain responsibilities if you distribute copies of the software, or if you modify it: responsibilities to respect the freedom of others.

For example, if you distribute copies of such a program, whether gratis or for a fee, you must pass on to the recipients the same freedoms that you received. You must make sure that they, too, receive or can get the source code. And you must show them these terms so they know their rights.

Developers that use the GNU GPL protect your rights with two steps: (1) assert copyright on the software, and (2) offer you this License giving you legal permission to copy, distribute and/or modify it.

For the developers' and authors' protection, the GPL clearly explains that there is no warranty for this free software. For both users' and authors' sake, the GPL requires that modified versions be marked as changed, so that their problems will not be attributed erroneously to authors of previous versions.

Some devices are designed to deny users access to install or run modified versions of the software inside them, although the manufacturer can do so. This is fundamentally incompatible with the aim of protecting users' freedom to change the software. The systematic pattern of such abuse occurs in the area of products for individuals to use, which is precisely where it is most unacceptable. Therefore, we have designed this version of the GPL to prohibit the practice for those products. If such problems arise substantially in other domains, we stand ready to extend this provision to those domains in future versions of the GPL, as needed to protect the freedom of users.

Finally, every program is threatened constantly by software patents. States should not allow patents to restrict development and use of software on general-purpose computers, but in those that do, we wish to avoid the special danger that patents applied to a free program could make it effectively proprietary. To prevent this, the GPL assures that patents cannot be used to render the program non-free.

The precise terms and conditions for copying, distribution and modification follow.

Terms and Conditions

0. Definitions.

”This License“ refers to version 3 of the GNU General Public License.

”Copyright“ also means copyright-like laws that apply to other kinds of works, such as semiconductor masks.

”The Program“ refers to any copyrightable work licensed under this License. Each licensee is addressed as ”you“. ”Licensees“ and ”recipients“ may be individuals or organizations.

To ”modify“ a work means to copy from or adapt all or part of the work in a fashion requiring copyright permission, other than the making of an exact copy. The resulting work is called a ”modified version“ of the earlier work or a work ”based on“ the earlier work.

A ”covered work“ means either the unmodified Program or a work based on the Program.

To ”propagate“ a work means to do anything with it that, without permission, would make you directly or secondarily liable for infringement under applicable copyright law, except executing it on a computer or modifying a private copy. Propagation includes copying, distribution (with or without modification), making available to the public, and in some countries other activities as well.

To ”convey“ a work means any kind of propagation that enables other parties to make or receive copies. Mere interaction with a user through a computer network, with no transfer of a copy, is not conveying.

An interactive user interface displays ”Appropriate Legal Notices“ to the extent that it includes a convenient and prominently visible feature that (1) displays an appropriate copyright notice, and (2) tells the user that there is no warranty for the work (except to the extent that warranties are provided), that licensees may convey the work under this License, and how to view a copy of this License. If the interface presents a list of user commands or options, such as a menu, a prominent item in the list meets this criterion.

1. Source Code.

The ”source code“ for a work means the preferred form of the work for making modifications to it. ”Object code“ means any non-source form of a work.

A ”Standard Interface“ means an interface that either is an official standard defined by a recognized standards body, or, in the case of interfaces specified for a particular programming language, one that is widely used among developers working in that language.

The "System Libraries" of an executable work include anything, other than the work as a whole, that (a) is included in the normal form of packaging a Major Component, but which is not part of that Major Component, and (b) serves only to enable use of the work with that Major Component, or to implement a Standard Interface for which an implementation is available to the public in source code form. A "Major Component", in this context, means a major essential component (kernel, window system, and so on) of the specific operating system (if any) on which the executable work runs, or a compiler used to produce the work, or an object code interpreter used to run it.

The "Corresponding Source" for a work in object code form means all the source code needed to generate, install, and (for an executable work) run the object code and to modify the work, including scripts to control those activities. However, it does not include the work's System Libraries, or general-purpose tools or generally available free programs which are used unmodified in performing those activities but which are not part of the work. For example, Corresponding Source includes interface definition files associated with source files for the work, and the source code for shared libraries and dynamically linked subprograms that the work is specifically designed to require, such as by intimate data communication or control flow between those subprograms and other parts of the work.

The Corresponding Source need not include anything that users can regenerate automatically from other parts of the Corresponding Source.

The Corresponding Source for a work in source code form is that same work.

2. Basic Permissions.

All rights granted under this License are granted for the term of copyright on the Program, and are irrevocable provided the stated conditions are met. This License explicitly affirms your unlimited permission to run the unmodified Program. The output from running a covered work is covered by this License only if the output, given its content, constitutes a covered work. This License acknowledges your rights of fair use or other equivalent, as provided by copyright law.

You may make, run and propagate covered works that you do not convey, without conditions so long as your license otherwise remains in force. You may convey covered works to others for the sole purpose of having them make modifications exclusively for you, or provide you with facilities for running those works, provided that you comply with the terms of this License in conveying all material for which you do not control copyright. Those thus making or running the covered works for you must do so exclusively on your behalf, under your direc-

tion and control, on terms that prohibit them from making any copies of your copyrighted material outside their relationship with you.

Conveying under any other circumstances is permitted solely under the conditions stated below. Sublicensing is not allowed; section 10 makes it unnecessary.

3. Protecting Users' Legal Rights From Anti-Circumvention Law.

No covered work shall be deemed part of an effective technological measure under any applicable law fulfilling obligations under article 11 of the WIPO copyright treaty adopted on 20 December 1996, or similar laws prohibiting or restricting circumvention of such measures.

When you convey a covered work, you waive any legal power to forbid circumvention of technological measures to the extent such circumvention is effected by exercising rights under this License with respect to the covered work, and you disclaim any intention to limit operation or modification of the work as a means of enforcing, against the work's users, your or third parties' legal rights to forbid circumvention of technological measures.

4. Conveying Verbatim Copies.

You may convey verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice; keep intact all notices stating that this License and any non-permissive terms added in accord with section 7 apply to the code; keep intact all notices of the absence of any warranty; and give all recipients a copy of this License along with the Program.

You may charge any price or no price for each copy that you convey, and you may offer support or warranty protection for a fee.

5. Conveying Modified Source Versions.

You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program, in the form of source code under the terms of section 4, provided that you also meet all of these conditions:

- a) The work must carry prominent notices stating that you modified it, and giving a relevant date.
- b) The work must carry prominent notices stating that it is released under this License and any conditions added under section 7. This requirement modifies the requirement in section 4 to "keep intact all notices".

- c) You must license the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy. This License will therefore apply, along with any applicable section 7 additional terms, to the whole of the work, and all its parts, regardless of how they are packaged. This License gives no permission to license the work in any other way, but it does not invalidate such permission if you have separately received it.
- d) If the work has interactive user interfaces, each must display Appropriate Legal Notices; however, if the Program has interactive interfaces that do not display Appropriate Legal Notices, your work need not make them do so.

A compilation of a covered work with other separate and independent works, which are not by their nature extensions of the covered work, and which are not combined with it such as to form a larger program, in or on a volume of a storage or distribution medium, is called an "aggregate" if the compilation and its resulting copyright are not used to limit the access or legal rights of the compilation's users beyond what the individual works permit. Inclusion of a covered work in an aggregate does not cause this License to apply to the other parts of the aggregate.

6. Conveying Non-Source Forms.

You may convey a covered work in object code form under the terms of sections 4 and 5, provided that you also convey the machine-readable Corresponding Source under the terms of this License, in one of these ways:

- a) Convey the object code in, or embodied in, a physical product (including a physical distribution medium), accompanied by the Corresponding Source fixed on a durable physical medium customarily used for software interchange.
- b) Convey the object code in, or embodied in, a physical product (including a physical distribution medium), accompanied by a written offer, valid for at least three years and valid for as long as you offer spare parts or customer support for that product model, to give anyone who possesses the object code either (1) a copy of the Corresponding Source for all the software in the product that is covered by this License, on a durable physical medium customarily used for software interchange, for a price no more than your reasonable cost of physically performing this conveying of source, or (2) access to copy the Corresponding Source from a network server at no charge.
- c) Convey individual copies of the object code with a copy of the written offer to provide the Corresponding Source. This alternative is allowed only occasionally and noncom-

mercially, and only if you received the object code with such an offer, in accord with subsection 6b.

- d) Convey the object code by offering access from a designated place (gratis or for a charge), and offer equivalent access to the Corresponding Source in the same way through the same place at no further charge. You need not require recipients to copy the Corresponding Source along with the object code. If the place to copy the object code is a network server, the Corresponding Source may be on a different server (operated by you or a third party) that supports equivalent copying facilities, provided you maintain clear directions next to the object code saying where to find the Corresponding Source. Regardless of what server hosts the Corresponding Source, you remain obligated to ensure that it is available for as long as needed to satisfy these requirements.
- e) Convey the object code using peer-to-peer transmission, provided you inform other peers where the object code and Corresponding Source of the work are being offered to the general public at no charge under subsection 6d.

A separable portion of the object code, whose source code is excluded from the Corresponding Source as a System Library, need not be included in conveying the object code work.

A "User Product" is either (1) a "consumer product", which means any tangible personal property which is normally used for personal, family, or household purposes, or (2) anything designed or sold for incorporation into a dwelling. In determining whether a product is a consumer product, doubtful cases shall be resolved in favor of coverage. For a particular product received by a particular user, "normally used" refers to a typical or common use of that class of product, regardless of the status of the particular user or of the way in which the particular user actually uses, or expects or is expected to use, the product. A product is a consumer product regardless of whether the product has substantial commercial, industrial or non-consumer uses, unless such uses represent the only significant mode of use of the product.

"Installation Information" for a User Product means any methods, procedures, authorization keys, or other information required to install and execute modified versions of a covered work in that User Product from a modified version of its Corresponding Source. The information must suffice to ensure that the continued functioning of the modified object code is in no case prevented or interfered with solely because modification has been made.

If you convey an object code work under this section in, or with, or specifically for use in, a User Product, and the conveying occurs as part of a transaction in which the right of possession and use of the User Product is transferred to the recipient in perpetuity or for a fixed term

(regardless of how the transaction is characterized), the Corresponding Source conveyed under this section must be accompanied by the Installation Information. But this requirement does not apply if neither you nor any third party retains the ability to install modified object code on the User Product (for example, the work has been installed in ROM).

The requirement to provide Installation Information does not include a requirement to continue to provide support service, warranty, or updates for a work that has been modified or installed by the recipient, or for the User Product in which it has been modified or installed. Access to a network may be denied when the modification itself materially and adversely affects the operation of the network or violates the rules and protocols for communication across the network.

Corresponding Source conveyed, and Installation Information provided, in accord with this section must be in a format that is publicly documented (and with an implementation available to the public in source code form), and must require no special password or key for unpacking, reading or copying.

7. Additional Terms.

”Additional permissions“ are terms that supplement the terms of this License by making exceptions from one or more of its conditions. Additional permissions that are applicable to the entire Program shall be treated as though they were included in this License, to the extent that they are valid under applicable law. If additional permissions apply only to part of the Program, that part may be used separately under those permissions, but the entire Program remains governed by this License without regard to the additional permissions.

When you convey a copy of a covered work, you may at your option remove any additional permissions from that copy, or from any part of it. (Additional permissions may be written to require their own removal in certain cases when you modify the work.) You may place additional permissions on material, added by you to a covered work, for which you have or can give appropriate copyright permission.

Notwithstanding any other provision of this License, for material you add to a covered work, you may (if authorized by the copyright holders of that material) supplement the terms of this License with terms:

- a) Disclaiming warranty or limiting liability differently from the terms of sections 15 and 16 of this License; or

- b) Requiring preservation of specified reasonable legal notices or author attributions in that material or in the Appropriate Legal Notices displayed by works containing it; or
- c) Prohibiting misrepresentation of the origin of that material, or requiring that modified versions of such material be marked in reasonable ways as different from the original version; or
- d) Limiting the use for publicity purposes of names of licensors or authors of the material; or
- e) Declining to grant rights under trademark law for use of some trade names, trademarks, or service marks; or
- f) Requiring indemnification of licensors and authors of that material by anyone who conveys the material (or modified versions of it) with contractual assumptions of liability to the recipient, for any liability that these contractual assumptions directly impose on those licensors and authors.

All other non-permissive additional terms are considered "further restrictions" within the meaning of section 10. If the Program as you received it, or any part of it, contains a notice stating that it is governed by this License along with a term that is a further restriction, you may remove that term. If a license document contains a further restriction but permits relicensing or conveying under this License, you may add to a covered work material governed by the terms of that license document, provided that the further restriction does not survive such relicensing or conveying.

If you add terms to a covered work in accord with this section, you must place, in the relevant source files, a statement of the additional terms that apply to those files, or a notice indicating where to find the applicable terms.

Additional terms, permissive or non-permissive, may be stated in the form of a separately written license, or stated as exceptions; the above requirements apply either way.

8. Termination.

You may not propagate or modify a covered work except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to propagate or modify it is void, and will automatically terminate your rights under this License (including any patent licenses granted under the third paragraph of section 11).

However, if you cease all violation of this License, then your license from a particular copyright holder is reinstated (a) provisionally, unless and until the copyright holder explicitly and finally terminates your license, and (b) permanently, if the copyright holder fails to notify you of the violation by some reasonable means prior to 60 days after the cessation.

Moreover, your license from a particular copyright holder is reinstated permanently if the copyright holder notifies you of the violation by some reasonable means, this is the first time you have received notice of violation of this License (for any work) from that copyright holder, and you cure the violation prior to 30 days after your receipt of the notice.

Termination of your rights under this section does not terminate the licenses of parties who have received copies or rights from you under this License. If your rights have been terminated and not permanently reinstated, you do not qualify to receive new licenses for the same material under section 10.

9. Acceptance Not Required for Having Copies.

You are not required to accept this License in order to receive or run a copy of the Program. Ancillary propagation of a covered work occurring solely as a consequence of using peer-to-peer transmission to receive a copy likewise does not require acceptance. However, nothing other than this License grants you permission to propagate or modify any covered work. These actions infringe copyright if you do not accept this License. Therefore, by modifying or propagating a covered work, you indicate your acceptance of this License to do so.

10. Automatic Licensing of Downstream Recipients.

Each time you convey a covered work, the recipient automatically receives a license from the original licensors, to run, modify and propagate that work, subject to this License. You are not responsible for enforcing compliance by third parties with this License.

An "entity transaction" is a transaction transferring control of an organization, or substantially all assets of one, or subdividing an organization, or merging organizations. If propagation of a covered work results from an entity transaction, each party to that transaction who receives a copy of the work also receives whatever licenses to the work the party's predecessor in interest had or could give under the previous paragraph, plus a right to possession of the Corresponding Source of the work from the predecessor in interest, if the predecessor has it or can get it with reasonable efforts.

You may not impose any further restrictions on the exercise of the rights granted or affirmed under this License. For example, you may not impose a license fee, royalty, or other charge

for exercise of rights granted under this License, and you may not initiate litigation (including a cross-claim or counterclaim in a lawsuit) alleging that any patent claim is infringed by making, using, selling, offering for sale, or importing the Program or any portion of it.

11. Patents.

A "contributor" is a copyright holder who authorizes use under this License of the Program or a work on which the Program is based. The work thus licensed is called the contributor's "contributor version".

A contributor's "essential patent claims" are all patent claims owned or controlled by the contributor, whether already acquired or hereafter acquired, that would be infringed by some manner, permitted by this License, of making, using, or selling its contributor version, but do not include claims that would be infringed only as a consequence of further modification of the contributor version. For purposes of this definition, "control" includes the right to grant patent sublicenses in a manner consistent with the requirements of this License.

Each contributor grants you a non-exclusive, worldwide, royalty-free patent license under the contributor's essential patent claims, to make, use, sell, offer for sale, import and otherwise run, modify and propagate the contents of its contributor version.

In the following three paragraphs, a "patent license" is any express agreement or commitment, however denominated, not to enforce a patent (such as an express permission to practice a patent or covenant not to sue for patent infringement). To "grant" such a patent license to a party means to make such an agreement or commitment not to enforce a patent against the party.

If you convey a covered work, knowingly relying on a patent license, and the Corresponding Source of the work is not available for anyone to copy, free of charge and under the terms of this License, through a publicly available network server or other readily accessible means, then you must either (1) cause the Corresponding Source to be so available, or (2) arrange to deprive yourself of the benefit of the patent license for this particular work, or (3) arrange, in a manner consistent with the requirements of this License, to extend the patent license to downstream recipients. "Knowingly relying" means you have actual knowledge that, but for the patent license, your conveying the covered work in a country, or your recipient's use of the covered work in a country, would infringe one or more identifiable patents in that country that you have reason to believe are valid.

If, pursuant to or in connection with a single transaction or arrangement, you convey, or propagate by procuring conveyance of, a covered work, and grant a patent license to some of the parties receiving the covered work authorizing them to use, propagate, modify or convey a specific copy of the covered work, then the patent license you grant is automatically extended to all recipients of the covered work and works based on it.

A patent license is "discriminatory" if it does not include within the scope of its coverage, prohibits the exercise of, or is conditioned on the non-exercise of one or more of the rights that are specifically granted under this License. You may not convey a covered work if you are a party to an arrangement with a third party that is in the business of distributing software, under which you make payment to the third party based on the extent of your activity of conveying the work, and under which the third party grants, to any of the parties who would receive the covered work from you, a discriminatory patent license (a) in connection with copies of the covered work conveyed by you (or copies made from those copies), or (b) primarily for and in connection with specific products or compilations that contain the covered work, unless you entered into that arrangement, or that patent license was granted, prior to 28 March 2007.

Nothing in this License shall be construed as excluding or limiting any implied license or other defenses to infringement that may otherwise be available to you under applicable patent law.

12. No Surrender of Others' Freedom.

If conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot convey a covered work so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not convey it at all. For example, if you agree to terms that obligate you to collect a royalty for further conveying from those to whom you convey the Program, the only way you could satisfy both those terms and this License would be to refrain entirely from conveying the Program.

13. Use with the GNU Affero General Public License.

Notwithstanding any other provision of this License, you have permission to link or combine any covered work with a work licensed under version 3 of the GNU Affero General Public License into a single combined work, and to convey the resulting work. The terms of this License will continue to apply to the part which is the covered work, but the special require-

ments of the GNU Affero General Public License, section 13, concerning interaction through a network will apply to the combination as such.

14. Revised Versions of this License.

The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the GNU General Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns.

Each version is given a distinguishing version number. If the Program specifies that a certain numbered version of the GNU General Public License "or any later version" applies to it, you have the option of following the terms and conditions either of that numbered version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify a version number of the GNU General Public License, you may choose any version ever published by the Free Software Foundation.

If the Program specifies that a proxy can decide which future versions of the GNU General Public License can be used, that proxy's public statement of acceptance of a version permanently authorizes you to choose that version for the Program.

Later license versions may give you additional or different permissions. However, no additional obligations are imposed on any author or copyright holder as a result of your choosing to follow a later version.

15. Disclaimer of Warranty.

THERE IS NO WARRANTY FOR THE PROGRAM, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM "AS IS" WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND PERFORMANCE OF THE PROGRAM IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.

16. Limitation of Liability.

IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MODIFIES AND/OR CONVEYS THE PROGRAM AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO

YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE PROGRAM (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE PROGRAM TO OPERATE WITH ANY OTHER PROGRAMS), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.

17. Interpretation of Sections 15 and 16.

If the disclaimer of warranty and limitation of liability provided above cannot be given local legal effect according to their terms, reviewing courts shall apply local law that most closely approximates an absolute waiver of all civil liability in connection with the Program, unless a warranty or assumption of liability accompanies a copy of the Program in return for a fee.

END OF TERMS AND CONDITIONS

How to Apply These Terms to Your New Programs

If you develop a new program, and you want it to be of the greatest possible use to the public, the best way to achieve this is to make it free software which everyone can redistribute and change under these terms.

To do so, attach the following notices to the program. It is safest to attach them to the start of each source file to most effectively state the exclusion of warranty; and each file should have at least the "copyright" line and a pointer to where the full notice is found.

<one line to give the program's name and a brief idea of what it does.>

Copyright (C) <year> <name of author>

This program is free software: you can redistribute it and/or modify it under the terms of the GNU General Public License as published by the Free Software Foundation, either version 3 of the License, or (at your option) any later version.

This program is distributed in the hope that it will be useful, but WITHOUT ANY WARRANTY; without even the implied warranty of MERCHANTABILITY or FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. See the GNU General Public License for more details.

You should have received a copy of the GNU General Public License along with this program. If not, see <<http://www.gnu.org/licenses/>>.

Also add information on how to contact you by electronic and paper mail.

If the program does terminal interaction, make it output a short notice like this when it starts in an interactive mode:

```
<program> Copyright (C) <year> <name of author>
```

This program comes with ABSOLUTELY NO WARRANTY; for details type "show w". This is free software, and you are welcome to redistribute it under certain conditions; type "show c" for details.

The hypothetical commands "show w" and "show c" should show the appropriate parts of the General Public License. Of course, your program's commands might be different; for a GUI interface, you would use an "about box".

You should also get your employer (if you work as a programmer) or school, if any, to sign a "copyright disclaimer" for the program, if necessary. For more information on this, and how to apply and follow the GNU GPL, see <<http://www.gnu.org/licenses/>>.

The GNU General Public License does not permit incorporating your program into proprietary programs. If your program is a subroutine library, you may consider it more useful to permit linking proprietary applications with the library. If this is what you want to do, use the GNU Lesser General Public License instead of this License. But first, please read <<http://www.gnu.org/philosophy/why-not-lgpl.html>>.

VIII. Düsseldorfer Modell – Antrag

1. Es wird, da ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist und die Antragstellerin ein rechtliches Interesse daran hat, dass der Zustand einer Sache festgestellt wird, die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens gemäß §§ 458 ff. ZPO angeordnet.
2.
 - a) Durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens soll Beweis darüber erhoben werden,

ob sich der Quellcode und/oder die Datenbankstruktur der Software und/oder die Datenbankstruktur der Software und/oder Datenbanktabellen und/oder Programmalgorithmen der Software auf einem gemeinsamen Entwicklungsserver der Antragsgegnerin und/oder auf einem Rechner der Antragsgegnerin, insbesondere ihres Geschäftsführers, befinden

und

inwieweit der Quellcode und die Datenbankstruktur des von der Antragsgegnerin angebotenen Software identisch oder ähnlich mit dem Quellcode und/oder der Datenbankstruktur des von der Antragstellerin erstellten Software ist oder die gegnerische Software unter Übernahme der Architektur und Programmabläufe nachprogrammiert wurde. Hierbei soll der Sachverständige insbesondere die Architektur der beiden Software vergleichen sowie die Datenbankstruktur, Datenbanktabellen und die Programmalgorithmen.

- b) Zum Sachverständigen wird Herr Dipl.-Informatiker XX ernannt, hilfsweise ein vom Gericht zu bestimmender Sachverständiger.
 - c) Dem Sachverständigen wird im Interesse der Wahrung etwaiger Betriebsgeheimnisse der Antragsgegnerin, die bei der Begutachtung zu Tage treten könnten, aufgegeben, jeden unmittelbaren Kontakt mit der Antragstellerin zu vermeiden und notwendige Korrespondenz entweder über das Gericht oder mit den Rechtsanwälten zu führen. Der Sachverständige hat darüber hinaus auch gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu wahren.
 - d) Die Begutachtung erfolgte wegen der besonderen Eilbedürftigkeit ohne vorherige Ladung und Anhörung der Antragsgegnerin.
3. Im Wege der einstweiligen Verfügung werden darüber hinaus folgende weitere Anordnungen getroffen:
- a) Die Rechtsanwälte werden verpflichtet, Tatsachen, die im Zuge des selbstständigen Beweisverfahrens zu ihrer Kenntnis gelangt sind und den Geschäftsbereich der Antragsgegnerin betreffen, geheim zu halten, und zwar auch gegenüber der Antragstellerin und ihren Mitarbeitern.
 - b) Der zuständige Gerichtsvollzieher wird ermächtigt, einen gemeinsamen Entwicklungsserver der Antragsgegnerin sowie sämtliche Rechner der Antragsgegnerin, die sich in ihren Geschäftsräumen befinden, dort zu beschlagnahmen, damit der Sachverständige vor Ort eine sofortige Besichtigung eines gemeinsamen Entwicklungsservers sowie sämtlicher Rechner der Antragsgegnerin durchführen und feststellen kann, ob auf diesen Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Software gespeichert sind. In diesem Zusammenhang wird dem Sachverständigen gestattet:

- (1) einen gemeinsamen Entwicklungsserver sowie jeden einzelnen Rechner in Betrieb zu nehmen und an einen Drucker anzuschließen, wobei ihm eventuell erforderliche Benutzererkennungen und Passwörter mitzuteilen und die Zugangsbefugnisse des höchsten Systemadministrators einzuräumen sind;
 - (2) Einsicht in das Inhaltsverzeichnis der ausführenden Programmdateien sowie in das Inhaltsverzeichnis der Link-Dateien zu nehmen;
 - (3) die daraufhin auf dem Bildschirm erscheinende Auflistung von auf einem gemeinsamen Entwicklungsserver sowie von auf der Festplatte des jeweiligen Rechners gespeicherten Dateien auf einem vom Sachverständigen mitgebrachten Speichermedium (USB Stick) zu speichern;
 - (4) die für einen gemeinsamen Entwicklungsserver sowie für jeden Rechner ermittelte Auflistung der ausführbaren Dateien auszudrucken und den Ausdruck zusammen mit einem Bericht, welche Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Antragstellerin ausweislich der so gewonnenen Auflistung der auf der Festplatte gespeicherten Programm-Dateien auf einen gemeinsamen Entwicklungsserver oder auf der jeweiligen Festplatte gespeichert sind, dem Gericht zu übergeben;
 - (5) die auf einem gemeinsamen Entwicklungsserver sowie auf jedem einzelnen Rechner der Antragsgegnerin vorgefundenen Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder der Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Antragstellerin probeweise zu starten;
- c) Der Antragsgegnerin wird mit sofortiger Wirkung und für die Dauer der Begutachtung untersagt, eigenmächtig Veränderungen an den zu begutachtenden Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder der Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Antragstellerin sowie an dem zu begutachtenden Software vorzunehmen, sofern nicht jeweils eine Kopie des unveränderten Inhalts vorgehalten wird, und die zu begutachtenden Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder der Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Antragstellerin sowie das zu begutachtende Software an einen anderen Ort zu verbringen.
- d) Die Antragsgegnerin hat dem Sachverständigen eine Kopie des zu begutachtenden Quellcodes und der Datenbankstruktur der gegnerischen Software auf einer CD-

ROM oder DVD vorzulegen. Die Antragsgegnerin hat dem Sachverständigen Zugang zu dem begutachtenden Quellcode und der Datenbankstruktur sowie der schriftlichen oder elektronischen Entwicklungsdokumentation zu verschaffen und ihm eventuell erforderliche Benutzerkennungen und Passwörter mitzuteilen, wobei dem Sachverständigen die Zugangsbefugnisse des höchsten Systemadministrators einzuräumen sind. Hierbei hat sie dem Sachverständigen insbesondere Zugang zu einem bei ihr befindlichen Entwicklungsserver und den Rechnern der Mitarbeiter zu gewähren.

- e) Die Antragsgegnerin hat es zu dulden, dass der Sachverständige den zu begutachtenden Quellcode und die Datenbankstruktur sowie die Entwicklungsdokumentation der gegnerischen Software in Augenschein nimmt und sich hiervon jeweils eine Kopie zum Zwecke der weiteren Begutachtung anfertigt.
- f) Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die unten Lit. b), c), d) und e) genannten Anordnungen wird der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 250 000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft von bis zu zwei Jahren, jeweils zu vollstrecken an dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin angedroht.

Nach Vorlage des schriftlichen Gutachtens wird die Antragsgegnerin Gelegenheit erhalten, zu etwaigen Geheimhaltungsinteressen, die auf ihrer Seite bestehen, Stellung zu nehmen. Das Gericht wird alsdann darüber entscheiden, ob der Antragstellerin das Gutachten zur Kenntnis gebracht wird.

Die Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens ist davon abhängig, dass die Antragstellerin vorab einen Auslagenvorschuss in Höhe von 7500,00 Euro bei der Gerichtskasse in Düsseldorf einzahlt.

Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.