IT-Verträge

Überarbeitung
Stand: November 2020

Prof. *Dr. Thomas Hoeren,* Münster

IT-Verträge

Übersicht

	Rn.
I. Wirtschaftliche Vorüberlegungen	1
II. Einordnung der Vertragsarten	2
1. Individualsoftware	3
2. Standardsoftware	4
3. Standardsoftware Plus	5
4. Application Service Providing	7
5. Hardwareverträge	8
III. Verschaffung der Nutzungs- und Verwertungsrechte	9
1. Weiterverkaufsverbote	10
a) Vereinbarkeit mit dem Urheberrecht	11
b) Wirksamkeit nach dem BGB	16
2. Weitervermietungsverbote	21
3. CPU-Klauseln	24
a) Urheberrechtliche Zulässigkeit	25
b) Wirksamkeit nach dem BGB	27
4. Fehlerbeseitigung und Umgestaltung	31
5. Andere Nutzungsbeschränkungen	33
IV. Gewährleistung bei Softwareüberlassungsverträgen	36
1. Gewährleistung im neuen Kaufrecht	37
a) Mangel	38
b) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft	39
2. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 HGB	55
3. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels	56
4. Verjährung (§ 438 BGB)	57
a) Der Begriff der „Ablieferung“	58
b) Verjährungshemmung	59
c) Vereinbarung über die Verjährung	61
5. Rechtsfolgen	62
a) Einzelne Gewährleistungsrechte	62
b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung	64
c) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB)	65
d) Teilleistungen	66
6. Verkäuferregress, §§ 445a, 445b	69a
V. Haftung im Rahmen von Softwareüberlassungsverträgen	70
1. Haftung für Mängel im Kaufrecht	70
2. Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§ 280 Abs. 1 BGB)	71
a) Vorüberlegungen	71
b) Auskunftspflichten	72
c) Abgrenzung zum selbstständigen Beratungsvertrag	74
3. Haftung wegen der Verletzung von Vertragsdurchführungspflichten	75
a) Treuepflichten	75
b) Schutzpflichten	76
c) Updatepflicht	77
d) Mitwirkungspflichten	78
e) Schulungspflicht	79
4. Haftung nach ProdHaftG	80
a) Vorgeschichte	80
b) Anwendbarkeit auf Software	81
c) Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs	82
5. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB	84
VI. Regelung der Gewährleistung und Haftung durch AGB	87
1. Ausschluss der Gewährleistung (§ 309 Nr. 8b aa BGB)	93
2. Nacherfüllung (§ 309 Nr. 8b bb BGB)	97
3. Beschränkungen der Nacherfüllung	98

a) Reichweite von § 309 Nr. 8b bb BGB 98
Rn.
b) Reichweite von § 307 BGB 100
c) Reichweite von § 475 BGB 101
4. Kosten der Nacherfüllung 102
a) Reichweite von § 309 BGB 102
b) Reichweite von § 307 BGB 103
c) Reichweite von § 476 BGB 104
d) Reichweite von § 138 BGB 105
5. Rügepflichten 106
a) Reichweite von § 309 BGB 106
b) Reichweite von § 307 BGB 108
c) Reichweite von § 476 BGB 109
d) Reichweite von § 138 BGB 110
7. Abnahmebestätigungen 111
8. Ausschluss der Haftung 112
a) Reichweite von § 309 BGB 112
b) Reichweite von § 307 BGB 116
c) Reichweite von § 476 BGB 117
d) Reichweite von § 138 BGB 118
9. Vertragsaufspaltung durch AGB 119
10. Verjährung 120
a) Reichweite von § 309 BGB 120
b) Reichweite von § 307 BGB 121
c) Reichweite von § 476 BGB 122
d) § 138 BGB 123
e) Verjährungsverlängerung 124
11. Platform-to-business-Verordnung 125
12. Musterklausel Gewährleistung/Haftung 126

VII. Besonderheiten bei Softwareerstellungsverträgen 127
1. Rechtsnatur 128
2. Probleme der werkvertraglichen Gewährleistung 131
a) Fehler iSd § 633 BGB 131
b) Gewährleistungsrechte 132
c) Abnahme im Sinne des § 640 Abs. 1 BGB 138
d) Verjährung 143
3. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel 144
4. Vertragliche Regelungen 147
5. Kündigung 151
6. Auditierungsklauseln 154

VIII. Softwaremiete 160
1. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen 161
2. Beschränkung der Gewährleistung 163
a) Bestätigung als „vertragsgemäß" 164
b) Ausschluss der Gewährleistung 166
c) Schadensersatzansprüche 168

IX. Softwarepflege 172
1. Rechtsnatur 172
2. Der allgemeine Servicevertrag 174
a) Hauptleistungspflichten 175
b) Nebenpflichten 182
c) Nicht- und Schlechterfüllung 184
d) Beendigung des Servicevertrags 189
3. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Updates/Upgrades: Kaufvertrag ... 193
4. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag 195
a) Abgrenzung AÜG 195
b) Problem: AGB-rechtliche Vergütungsregeln 197
c) Klauseln in AGB 198

X. Sonstige IT-Verträge 207
1. Shrink-Wrap Licensing 207
2. Open Source und GPL 210

I. Wirtschaftliche Vorüberlegungen

Software ist das Gehirn der Informationsgesellschaft, Hardware ihre Schädeldecke. Wo immer man hinsieht, findet man Computerprogramme. Das Internet basiert auf HTML-/PHP-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 Vertragstypen. 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 Public and Domain-Verträge (Freeware/Shareware), die Vermarktung von PC-Software und CD-Rom-Produkten über Schutzhüllenverträge sowie der wirtschaftlich sehr bedeutende DV-Servicemarkt (u. a. Outsourcing).* **1**

Die Hardware hat demgegenüber ein wechselhaftes Schicksal erfahren. Wurde in den siebziger Jahren Software noch als (günstige) Draufgabe zu der (teuren) EDV-Anlage gesehen, hat sich das Verhältnis umgekehrt. Aufgrund der steigenden Kapazitäten von PCs und dem drastischen Preisverfall im Hardwarebereich übersteigt der Preis für Software den der Hardware um ein Vielfaches.

II. Einordnung der Vertragsarten

Im Rahmen der AGB-Kontrolle sind die Vorgaben von §§ 307–309 zu beachten. Diese setzen voraus, dass der jeweilige gesetzliche Vertragstypus festgestellt wird. So verweist § 307 Abs. 2 Nr. 1 auf die wesentlichen Grundgedanken des Vertragsrechts des BGB. § 307 Abs. 2 Nr. 2 verbietet Beschränkungen vertragswesentlicher Pflichten und Rechte, die sich aus der „Natur des Vertrags" ergeben. § 309 wiederum nimmt in vielfältiger Weise auf kauf- oder werkvertragliche Spezifika Bezug. **2**

1. Individualsoftware

Die Erstellung von Individualsoftware erfolgt traditionell im Rahmen von Werkverträgen.[1] Ähnlich wird der DV-Projektvertrag, bei dem es um die Erstellung besonderer, auf die Bedürfnisse des Kunden abgestellter DV-Lösungen geht, als Werkvertrag angesehen.[2] **3**

* Wegen der Spezialität der Thematik sind in dieser Veröffentlichung einige Spezialorgane zitiert, die nicht allgemein bekannt sind:
CR = Computer + Recht (Zeitschrift), Verlag Dr. Otto Schmidt;
ECR = Entscheidungssammlung zum Computerrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln;
IuR = Informatik und Recht, Alfred Metzner Verlag
JurPC = Online-Zeitschrift zum Computerrecht;
K & R = Kommunikation und Recht, RWS-Verlag;
ITRB = IT-Rechtsberater, Verlag O. Schmidt;
MarlyRC = Rechtsprechung zum Computerrecht, Verlag C. H. Beck.

1 BGH NJW 1987, 1259; BGH WPM 1971, 615.

2 Siehe dazu BGH NJW 1993, 2436; vgl. NJW 1993, 1063; Beckmann, Rn. 189; Brandi-Dohrn, S. 3; Martinek, Bd. III, S. 36.

Unter das Werkvertragsrecht fällt auch ein Vertrag, in dem sich der Programmierer zur Umstellung der Software auf andere Betriebssysteme (sog. Portierung) verpflichtet.[3]

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 für den anderen Teil erkennbar ist.

Diskutiert wurde, ob die werkvertragliche Qualifizierung nach der Schuldrechtsreform bestehen bleiben könne. Das Problem ergab sich daraus, dass § 650 in seiner Neufassung die Grenzen zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht verschiebt.[4]

Teile der Literatur zogen die Konsequenz, dass für Softwareerstellungsverträge grundsätzlich nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern Kaufvertragsrecht zur Anwendung kommen solle.[5]

Mittlerweile ist man sich überwiegend einig, dass die Softwareherstellung als Werkvertrag einzuordnen und eben nicht nach § 650 zu handhaben ist.[6] Bei der Lieferung von Individualsoftware geht es dem Anwender nicht bloß darum ein Computerprogramm auf einem bestimmten Speichermedium zu übergeben. Vielmehr richtet sich bei Individualsoftware das Interesse beider Parteien danach, eine auf die Bedürfnisse des Anwenders zugeschnittene Individuallösung in die Tat umzusetzen.[7] Das Computerprogramm mit dem Datenträger ist dann nur eine Teilkomponente, die nicht das Gepräge des Softwareerstellungsvertrags ausmacht. Ob Werk- oder Kaufvertrag vorliegt bestimmt sich dann danach, 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.[8] Bei der Herstellung von Individualsoftware wird im Regelfall ein Werkvertrag vorliegen.

Der BGH hat im Jahr 2009 für weiteren Zündstoff gesorgt. Mit Urteil vom 23.7.2009[9] entschied das Gericht, dass Kaufrecht „auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden" sei. Eine Ausnahme soll allenfalls dann gelten, wenn eine Planungsleistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrags 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.

In der Entscheidung Internet-Systemvertrag[10] wies der BGH dann, die Werkvertragsauffassung bestätigend, darauf hin, dass ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen, auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software regelmäßig als Werkvertrag anzusehen sei.

3 BGH CR 2002, 93, erörtert bei Junker NJW 2003, 2792 (2797); Müller-Hengstenberg CR 2004, 161 (162); Redeker CR 2004, 88 (91); ähnlich für Österreich, Österreichischer Oberster Gerichtshof MR 2005, 480.
4 S. dazu Thewalt CR 2002, 1 ff.
5 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).
6 Schneider in Auer-Reinsdorff/Conrad IT-R-Hdb § 11 Rn. 15; ähnlich auch Diedrich CR 2002, 473; Barbel CR 2001, 649 (655); im Ergebnis auch Müller-Hengstenberg/Kremar CR 2002, 599; Stichtenoth K&R 2003, 105.
7 LG Landshut CR 2004, 19.
8 Vgl. die Nachweise in König, 268 ff. und Sandhövel, 208 ff.
9 BGH NJW 2009, 2877.
10 BGH MMR 2010, 398.

2. Standardsoftware

Umstritten war von Anfang an die Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen.[11] In der Industrie werden solche Vereinbarungen immer noch gerne als „Lizenzverträge" bezeichnet und als Verträge sui generis qualifiziert.[12] Dem hat die Rechtsprechung frühzeitig einen Riegel vorgeschoben, indem sie die Überlassung „nackter" Software auf Dauer gegen ein Einmalentgelt als Sachkauf, zumindest sachkaufähnlichen Vertrag eingestuft hat.[13] Diese Klassifizierung ist durch mehrere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) – insbesondere durch dessen Compiler-Entscheidung[14] – bestätigt worden. An der kaufrechtlichen Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen hat sich auch nach der Schuldrechtsreform nichts geändert. Die kaufrechtliche Qualifizierung wird vielmehr noch dadurch erleichtert, dass es auf die früher streitige Frage der Qualifizierung als Sache[15] angesichts der Regelung des § 453 Abs. 1 nicht mehr ankommt. Denn hiernach gelten für den Sach- und Rechtskauf dieselben Regeln wie für den Verkauf sonstiger Gegenstände.[16] **4**

3. Standardsoftware Plus

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. Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung möchte seit einiger Zeit alle Softwareverträge als Werkverträge einstufen.[17] Sie interpretiert 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 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 hieß es z. B. in dem Urteil des OLG Köln vom 11. Oktober 1991:[18] **5**

„Auf einen Vertrag, der den Erwerb von Standardsoftware zum Gegenstand hat, finden die Regeln des Werkvertrags 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 verwies das OLG Hamm in seinem Urteil vom 22. August 1991[19] 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 Ver-

11 Siehe hierzu Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 670 ff.; Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. III, S. 11 ff.
12 Lehmann GRUR Int. 2005, 181; Müller-Hengstenberg NJW 1994, 3128 (3134); Lauer BB 1982, 1758 (1758 f.).
13 BGH BGHZ 102, 135 (139 ff.) = NJW 1988, 406 (408); BGH BGHZ 109, 97 (99); BGH CR 1998, 393 (394).
14 BGH CR 2006, 361 (363); BGH NJW 1988, 406 (407 f.); deutlich auch BGH CR 2007, 75, wo der BGH ausdrücklich Software als Sache i. S. v. § 90 BGB anspricht.
15 Siehe BGH NJW 1993, 2436 (2437 f.); BGH NJW 1988, 406 (408); Palandt/Ellenberger § 90 Rn. 2.
16 Vgl. Palandt/Weidenkaff § 453 Rn. 8.
17 So die Tendenz, die sich in folgenden Entscheidungen deutlich dokumentiert: OLG Köln NJW-RR 1992, 1327 (1328); OLG Hamm CR 1992, 206 (207); OLG Düsseldorf NJW 1989, 2627; OLG Dresden BeckRS 2002, 17 296; vgl. hierzu auch Marly Rn. 679; Mehrings NJW 1988, 2438 (2439 f.).
18 OLG Köln NJW-RR 1992, 1327.
19 OLG Hamm CR 1992, 206 (207); ähnlich auch OLG Celle CR 1996, 539 (540).

pflichtung übernimmt, den Abnehmer in den Gebrauch der Anlage einzuweisen und entsprechend zu schulen."

6 Dass diese Auffassung dogmatisch nicht korrekt ist, dürfte offensichtlich sein. Denn hier wird jede Nebenpflicht ohne jegliche Gewichtung zum Anlass für eine Einstufung einer Vereinbarung als Werkvertrag genommen. Aus der Sicht der Praxis ist die Zuordnung jedoch interessengerecht: Sie führt von den Mängeln des Kaufvertragsrechtes weg zur differenzierteren Regelung der §§ 633 ff. und begründet das Erfordernis einer Abnahme der Software, an die sich der Beginn der Verjährungsfrist knüpft. Sie impliziert ein Nacherfüllungsrecht des Softwarehändlers, bevor der Kunde (nach ordentlicher Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung) Selbstvornahme, Minderung, Rücktritt oder Aufwendungs-/Schadensersatz verlangen kann.[20] Die EDV–Industrie sollte demnach bei allen Verträgen, die über den Erwerb der baren Software hinaus auf die Errichtung eines funktionsfähigen DV-Ambientes zielen, auf die Einhaltung werkvertraglicher Vorschriften achten.

4. Application Service Providing

7 Wird Software einem Anwender entgeltlich per Internet oder Standleitung zur Nutzung bereitgestellt und verbleibt diese selbst beim Anbieter, dem sog. Application Service Provider-, erhält der Anwender lediglich die Möglichkeit, sich das Programm zeitweilig auf dem Bildschirm anzeigen zu lassen und damit arbeiten zu können. Ein solches Nutzungskonzept unterliegt dem Mietrecht.[21]

5. Hardwareverträge

8 Hardware wird (zusammen mit der dazugehörigen Betriebssystemsoftware)[22] in den klassischen Formen des Vertragsrechts vertrieben.[23] Steht die Übereignung von Hardware im Vordergrund, handelt es sich um einen (Sach-)Kaufvertrag.[24] Soll die Hardware dem Kunden jedoch nur für eine begrenzte Zeit zur Verfügung stehen, liegt regelmäßig ein Mietvertrag vor.[25] Im EDV-Leasinggeschäft gelten weitgehend die normalen Regelungen zum Leasing.[26] Soweit in einem Vertrag Installationspflichten vereinbart werden,[27] sind diese einheitlich nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.[28]

III. Verschaffung der Nutzungs- und Verwertungsrechte

9 Softwareverträge bestehen typischerweise aus zwei Blöcken: In einem ersten Teil werden die zu übertragenden Rechte konkretisiert und Verwendungsbeschränkungen vorgesehen. Im zweiten Teil finden sich Regelungen zur Gewährleistung und Haftung. Im Folgenden sollen zunächst die Klauseln zur Rechtsverschaffung dargelegt werden.

20 Marly Rn. 1388 ff.
21 BGH NJW 2007, 2394; Junker NJW 2003, 2792 (2797); Sedlmeier/Kolk MMR 2002, 75 (78); Westerholt/Berger CR 2002, 81 (84); Bettinger/Scheffelt CR 2001, 729 (731); Grützmacher ITRB 2001, 59 (61); Koch ITRB 2001, 39 (40).
22 Betriebssystem und Hardware bilden regelmäßig eine vertragsrechtliche Einheit; siehe etwa LG Aachen CR 1988, 216; Brandi-Dohrn CR 1986, 63 (64); Redeker, Der EDV-Prozeß, Rn. 318; zur Pflicht, ein Betriebssystem mitzuliefern siehe OLG Karlsruhe CR 1991, 410.
23 So bereits Lauer BB 1982, 1758; Junker/Benecke Rn. 154 ff.; Redeker Rn. 318, 367.
24 BGH NJW 1983, 1903 (1904); OLG Karlsruhe CR 1986, 549 mAnm Seitz; KG CR 1986, 643 ff. mAnm Kropshofer/Spurzem.
25 BGH NJW 1982, 696.
26 Weitere Hinweise bei Schneider, Handbuch EDV-Recht, Kap. O Rn. 292 ff.
27 Diese gehören nicht grundsätzlich zum Inhalt des Hardwarekaufs; siehe OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.7.1985, in: Zahrnt, DV-Rechtsprechung II, HE-3; OLG Düsseldorf NJW 1989, 2627; Schneider Kap. M Rn. 200.
28 LG Stuttgart CR 1986, 203 mAnm Klaas.

1. Weiterverkaufsverbote

In vielen Softwareverträgen finden sich Klauseln, die den Weiterverkauf der Computer- 10
programme an Dritte untersagen.[29] Zweifelhaft ist, ob diese Klauseln mit dem geltenden Urheberrecht (a), dem Kartellrecht (b) und dem BGB (c) vereinbar sind. Dabei ist zu beachten, dass die Vorgaben des Urheberrechts über § 307 Abs. 2 Nr. 1* als wesentliche Grundgedanken in die AGB-Kontrolle einfließen.

a) Vereinbarkeit mit dem Urheberrecht

Weiterverkaufsverbote könnten mit § 69c Nr. 3 UrhG kollidieren, der den sog. Er- 11
schöpfungsgrundsatz statuiert. Hiernach ist der Weiterverkauf von Softwarekopien unbeschränkt zulässig, wenn sie zuvor mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind. Dabei wird man beim Vertrieb von Software – nach den obigen Ausführungen – regelmäßig vom Vorliegen eines Kauf- oder Werkvertrags ausgehen können. Der Lieferant hat zwar auch die Möglichkeit, die Software mittels Mietverträgen auf den Markt zu bringen;[30] er müsste dann aber nach den §§ 536 ff. die volle Gewährleistung und Haftung für Softwaremängel während der gesamten Mietzeit übernehmen. Von daher ist nach Auffassung der Gerichte der Erschöpfungsgrundsatz auf Softwareverträge unmittelbar anzuwenden.[31] Der Softwarelieferant kann sich nicht mit Verweis auf seine urheberrechtliche Stellung darauf berufen, dass der Weiterverkauf von Software in sein Verbreitungsrecht eingreife.

Allerdings ist beim Erschöpfungsgrundsatz zu beachten, dass dieser nur für den Bereich 12
der EU gilt (genauer für den Bereich der EU und der EWR-Vertragsstaaten). Eine internationale Erschöpfung ist nicht vorgesehen, auch wenn einzelne europäische Staaten (voran die skandinavischen Staaten und die Niederlande) über solche Ausweitungen der Erschöpfungslehre diskutieren. Daraus ergibt sich, dass Software, die in den USA oder in Asien[32] erworben worden ist, selbst dann nicht in Europa weiterverbreitet werden kann, wenn es sich um Originalprodukte handelt.

Die Frage, ob auch im Online-Bereich eine Erschöpfung angenommen werden kann, ist auch in der Rechtsprechung lange Zeit kontrovers diskutiert worden. Einige Gerichte haben die Frage verneint.[33] Der BGH hat im Februar 2011 die Frage, gestützt auf den in § 69c Nr. 1 UrhG umgesetzten Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG, dem EuGH vorgelegt.[34] Der EuGH hat sodann in UsedSoft vs. Oracle[35] den Erschöpfungsgrundsatz der Computerprogramm-Richtlinie auch auf Download-Software angewendet. 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). Das KG Berlin[36] hat klargestellt, dass die UsedSoft-Entscheidung[37]

29 Vgl. die Nachweise in Hoeren, Softwareüberlassung Rn. 126.
30 Siehe dazu Nordemann CR 1996, 5 (6 f.).
31 So schon LG Bielefeld CR 1986, 444; OLG Nürnberg CR 1990, 118; OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 494.
32 Vgl. etwa für China OLG München CR 2017, 495 (498).
33 LG München I CR 2006, 159 (163) mAnm Haines/Scholz; OLG München MMR 2006, 748 mAnm Stögmüller = CR 2006, 655 mAnm Lehmann. Siehe dazu Hoeren CR 2006, 573.
34 BGH MMR 2011, 305 – UsedSoft.
35 EuGH MMR 2012, 586; ihm dann auch folgend BGH NJW-RR 2014, 360 = ZUM 2014, 326 – Used Soft 2.
36 KG Berlin ZUM-RD 2016, 181.

nicht für Online-Computerspiele und die Übertragbarkeit von Accounts herangezogen werden kann, solange ein Teil des Programmcodes dem Nutzer stets nur vorübergehend durch Online-Zugriff auf die Server des Anbieters zugänglich ist und somit kein Inverkehrbringen der Software insgesamt vorliegt.

13 Streitig ist, inwieweit das Verbreitungsrecht dinglich beschränkt werden kann mit der Folge, dass auch entsprechende Beschränkungen innerhalb der Erschöpfung vorzunehmen wären. § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG sieht vor, dass ein Nutzungsrecht mit dinglicher Wirkung beschränkt werden kann. Allerdings setzt eine solche Beschränkung voraus, dass ein eigener wirtschaftlich unabhängiger Markt ausgegrenzt wird. Eine solche Begrenzung liegt nicht vor, wenn lediglich bestimmte Personengruppen ausgegrenzt werden sollen.[38] Es bedarf der Benennung eines eigenen Marktes für Anwendungen im Bereich einer abtrennbaren Nutzungsart. Für die Verwendung im Bereich Open Source und Linux wird eine solche eigenständige Nutzungsart angenommen.[39] Ähnlich wurde für Shareware angenommen, dass die gewerbliche Nutzung eines Programms mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden könne.[40] Für die vertragliche Trennung zwischen OEM- und Nicht-OEM Versionen gilt § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht. Nach Kontroversen in der obergerichtlichen Entscheidungspraxis[41] hat der BGH vertragliche Beschränkungen für die Weitergabe von OEM-Versionen für nichtig erklärt.[42] Microsoft sei es nicht mit dinglicher Wirkung möglich, die Kunden vertraglich dahingehend zu binden, dass diese die OEM-Versionen ihrer Software nur zusammen mit der Hardware veräußern dürfen. Urheberrechtlich unwirksam seien auch Hinweise auf der Verpackung der OEM-Versionen, wonach das jeweilige Programm nur mit einem neuen PC vertrieben werden darf. Offen gelassen hat jedoch der BGH die Möglichkeit, dass Microsoft „im Rahmen des kartell- und AGB-rechtlich Zulässigen" ihre Vertragspartner vertraglich binden kann.

14 Ähnliches gilt für Klauseln, die den Weiterverkauf von Altversionen eines Softwareproduktes verhindern wollen.[43] Ebenso sind vertragliche Beschränkungen des Nutzers im Hinblick auf die private Nutzung oder die Nutzung zu Ausbildungszwecken unwirksam.[44] Beim Verkauf von Software auf Test-CDs hat ein Vermerk „not for resale" keine dingliche Wirkung, sondern vermag allenfalls denjenigen zu binden, der sich vertraglich verpflichtet hat, den Weiterverkauf zu unterlassen.[45] Damit ziehen Weiterverkaufsverbote lediglich schuldrechtliche, nicht aber dingliche Folgen nach sich, so dass ein Verstoß die Wirksamkeit der Veräußerung unberührt lässt.[46] Da nach der Used-Soft Entscheidung des EuGH auch eine Online-Erschöpfung existiert, sind AGB-Klauseln, die diese unterlaufen, nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB iVm § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG unwirksam.[47]

15 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[48] urheberrechtswidrig.

37 EuGH MMR 2012, 586.
38 So OLG München CR 1998, 265 sowie KG CR 1996, 531.
39 Koch CR 2000, 333 (336).
40 OLG Düsseldorf CR 1995, 730.
41 Das KG hatte eine Anwendung von § 32 UrhG befürwortet; siehe CR 1996, 531 mAnm Erben/Zahrnt; ähnlich KG CR 1998, 137 sowie LG Berlin CR 1996, 730 (732). Dagegen OLG München CR 1998, 265 und OLG Frankfurt CR 1999, 7; kritisch auch Witte CR 1999, 65 sowie Erben/Zahrnt CR 1996, 535.
42 BGH CR 2000, 651 mAnm Witte sowie Chroziel und Lehmann; Rechtsprechung fortgeführt in BGH CR 2015, 429.
43 OLG München CR 1998, 265.
44 Czychowski, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69c Nr. 3 Rn. 49.
45 OLG Düsseldorf CR 1999, 150.
46 BGH CR 2015, 711 (712); OLG Frankfurt a. M. ZUM 2014, 803 (804).
47 OLG Hamburg MMR 2014, 115.
48 OLG Düsseldorf CR 2006, 656.

b) Wirksamkeit nach dem BGB

Das BGB enthält mehrere Klauselkataloge: **16**

In § 309 finden sich Klauseln, die automatisch, ohne jede weitere Prüfung unwirksam sind (sog. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit).

In § 308 sind Klauseln aufgeführt, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten und deren Unwirksamkeit nur nach genauer Prüfung des Einzelfalls festgestellt werden kann (sog. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit).

§ 307 enthält schließlich eine Generalklausel, die insbesondere für Klauseln wichtig ist, die im kaufmännischen Verkehr verwendet werden:[49] Wenn eine Vertragsbestimmung nicht unter § 308 oder § 309 fällt, so kann sie dennoch nach § 307 unwirksam sein, wenn

- sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweicht, unvereinbar ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1);
- wesentliche Rechte und Pflichten eines Vertrags beschränkt (§ 307 Abs. 2 Nr. 2);
- oder in anderer Art und Weise den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1).

§ 307 ist von besonderer Bedeutung für Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Denn für diesen Fall gelten die Klauselverbote der §§ 308 und 309 nicht; allerdings sind die Wertungen der §§ 308 und 309 bei der Prüfung des § 307 zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 1).

aa) *Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1* **17**

Wenn Weiterverkaufsverbote nicht mit § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG vereinbar sind, sind sie zugleich wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam. Der in § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG verankerte Grundsatz der Erschöpfung des Weiterverbreitungsrechts stellt eines der zentralen Prinzipien des gesamten Immaterialgüterrechts dar: Wenn der Berechtigte durch Veräußerung die Verfügungsmöglichkeit über die Werkstücke endgültig verliert, dann darf die weitere Verbreitung dieser Werkstücke nicht durch daran fortbestehende Rechte behindert werden. Mit dieser gesetzgeberischen Wertung sind generelle Weitergabeverbote prinzipiell nicht zu vereinbaren, da diese eine Umgehung des § 17 Abs. 2 UrhG beinhalten und die Fungibilität der Programmkopien entscheidend einschränken.[50]

bb) *Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2* **18**

Sofern ein Computerprogramm ausnahmsweise nicht urheberrechtsfähig ist, können Weiterverkaufsbeschränkungen gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 verstoßen.[51] Hiernach führt eine Klausel im Zweifel zur unangemessenen Benachteiligung, wenn sie wesentliche, sich aus der Natur des Vertrags ergebende Rechte und Pflichten in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise einschränkt, ohne durch besondere Interessen des Verwenders gerechtfertigt zu sein.

Aufgrund des Kauf- bzw. Werkvertrags mit dem Anwender trifft den Softwarelieferanten **19** gem. §§ 433 Abs. 1 S. 1, 631 Abs. 1 die Primärpflicht zur vollen Übertragung des Eigentums an der Programmkopie. Dabei ist es Bestandteil dieser Pflicht, dass der Anwender nicht nur formell Eigentümer der Programmkopie wird, sondern sie auch wie ein Eigentümer nutzen kann. Diese in § 903 kodifizierte Freiheit, ein zum Eigentum erworbenes Produkt grundsätzlich frei nutzen zu können, ist durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG mit Verfassungsrang geschützt und darf deshalb nicht einseitig durch AGB ausgehöhlt werden.

Ein wesentliches Recht jedes Eigentümers ist aber die Möglichkeit, sein Eigentum gem. §§ 929 ff. frei weiterübertragen zu können. Diese Chance wird ihm durch die Weitergabeverbote genommen und somit wird der Zweck jedes Kaufvertrags – die Einräumung von Eigentümerbefugnissen – ad absurdum geführt. Da diese Beschränkung auch nicht durch schutzwürdige Interessen des Softwarelieferanten gerechtfertigt ist, sind die Voraussetzungen des § 307 Abs. 2 Nr. 2 gegeben.

49 Siehe BGH NJW 1981, 1501; BGH NJW 1984, 2941; BGH NJW 1988, 1785.
50 So auch OLG Nürnberg CR 1990, 118 (121).
51 Vgl. Bartsch CR 1987, 8 (9); Hubmann FuR 1984, 496.

20 Im Ergebnis sind somit Weiterverkaufsverbote regelmäßig wegen unangemessener Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 1; § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG und § 307 Abs. 2 Nr. 2; §§ 433 Abs. 1 S. 1, 631 unwirksam. Im Einzelfall könnte der als Vermutung formulierte § 307 Abs. 2 zwar widerlegt werden, wenn die Klausel im Einzelfall sachlich gerechtfertigt und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt ist[52]; dieses erscheint im Bereich der Weiterveräußerung von Software praktisch aber schwer denkbar.[53]

2. Weitervermietungsverbote

21 Anders ist die Rechtslage bei Klauseln, die nicht die Weitergabe als solche bzw. den Weiterverkauf, sondern ausschließlich die Weitervermietung von Software an Dritte untersagen. Das Erschöpfungsrecht umfasst nicht das Recht der Weitervermietung der Software (§ 69c Nr. 3 UrhG am Ende).

Solche Klauseln galten bis zur Schallplattenaufkleber-Entscheidung des BGH[54] als unbedenklich. In der genannten Grundsatzentscheidung wurde festgestellt, dass auch die Weitervermietung vom Erschöpfungsgrundsatz umfasst und daher nicht vertraglich beschränkbar sei.[55] Die EU-Softwareschutzrichtlinie und infolge dessen § 69c Nr. 3 UrhG stellten diese Rechtsprechung auf den Kopf. Hiernach ist die Weitervermietung kein Bestandteil der Erschöpfungswirkung. Eine Weitervermietung bedarf nunmehr einer ausdrücklichen Sonderzustimmung des Rechteinhabers. Zu beachten ist dabei § 31 Abs. 5 UrhG, wonach bei Fehlen ausdrücklicher Regelungen nach dem Zweck des jeweiligen Vertrags zu bestimmen ist, ob eine entsprechende Vermietung vom Vertragszweck umfasst ist.

22 Dies macht besondere Schwierigkeiten im Bereich des Computerleasings. Hier wird typischerweise (neben der Vermietung von Hardware) auch eine Vermietung entsprechender Grundcomputerprogramme vorgenommen. Hier kann Art. 11 S. 3 des TRIPS-Abkommens herangezogen werden, wonach von einem Weitervermietungsverbot nicht der Fall umfasst ist, dass das Programm ein unwesentlicher Gegenstand der Vermietung ist. Auf diese Weise wäre es möglich, bei Hardwarevermietung oder -leasing die darin enthaltene Mitlieferung von Betriebssystemsoftware zu legitimieren und nicht von zusätzlichen Zustimmungserfordernissen abhängig zu machen.

23 Der Bereich des Verleihens ist nicht von dieser Regelung umfasst; für den insoweit zustimmungsfrei zulässigen Verleih von Software (z.B. über öffentliche Bibliotheken) steht dem Urheber nur ein Vergütungsanspruch über die Verwertungsgesellschaft Wort zu (§ 27 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 UrhG).

Im Ergebnis bedarf der Händler oder Anwender für die Weitervermietung (inklusive Leasing) von Software stets der Zustimmung des Urhebers. Damit bestehen auch keine kartellrechtlichen oder AGB-rechtlichen Bedenken gegen Weitervermietungsverbote.

3. CPU-Klauseln

24 In Überlassungsverträgen finden sich immer wieder Bestimmungen, wonach der Anwender die erworbene Software nur auf einer einzigen, im Vertrag genauer bestimmten Zentraleinheit einsetzen darf. Im Rahmen einer solchen Nutzungsbeschränkung (im Folgenden ‚CPU-Klausel' genannt) wird dem Vertrag meistens eine Liste beigefügt, aus der sich Hersteller, Typen- oder Modellnummer und Seriennummer der vom Anwender verwendeten Hardwarekonfiguration ergeben.

52 BGH NJW 2016, 1875 (1878).
53 Vgl. Marly Rn. 1624.
54 BGH NJW-RR 1986, 1183 – Schallplattenvermietung. Ähnlich spätere Entscheidungen etwa OLG Düsseldorf GRUR 1990, 188 – Vermietungsverbot. Diese Judikatur entsprach auch dem europäischen Mainstream; siehe der niederländische Hoge Raad GRUR Int. 1990, 235 mit Besprechung Krawczyk, GRUR Int. 1990, 196.
55 Das BVerfG hat diese Rechtsprechung als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft; siehe BVerfG NJW 1990, 896.

a) Urheberrechtliche Zulässigkeit

Ein kleiner Teil der Literatur vertritt die Ansicht,[56] dass CPU-Klauseln urheberrechtlich zulässig seien: Jedes Laden des Computerprogramms in den Arbeitsspeicher des Computers stelle nämlich eine Vervielfältigung des Programms dar, die ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig sei. Der Urheber könne aber seine Zustimmung auf einen bestimmten Computer beschränken (vgl. §§ 31 Abs. 1 S. 2, 16 Abs. 1 UrhG). Wie oben dargelegt, ist die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Position durch die EG-Softwareschutzrichtlinie nicht festgestellt worden. Nach § 69c Nr. 1 UrhG bedarf das Laden in den Arbeitsspeicher der Zustimmung des Rechteinhabers, sofern das Laden eine Vervielfältigung darstellt. Ob das Laden eine Vervielfältigung darstellt, lässt das Gesetz offen. 25

Wie bereits an anderer Stelle ausführlich dargestellt,[57] sprechen die besseren Argumente gegen die Einstufung des Ladens als Vervielfältigung. Zwar wird beim Laden des Programms eine vorübergehende ‚Kopie' des Programms für die kurze Zeit des Programmlaufs im Arbeitsspeicher hergestellt; dies merkt man daran, dass die CD, auf der das Programm gespeichert ist, nach dem Laden nicht mehr benötigt wird. Diese ‚Kopie' wird jedoch automatisch in dem Moment, in dem der Anwender ein neues Programm benutzt oder seinen Computer abschaltet, gelöscht. Es handelt sich insofern nur um eine unbeständige und flüchtige Zwischenspeicherung des Programms, die aber keine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts sein kann. Denn im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG sind nur körperliche Festlegungen, die wie Bücher oder Schallplatten während eines nicht unerheblichen Zeitraums körperlich fixiert sind, als „Vervielfältigung" einzustufen.[58] Zu beachten ist hier auch Art. 5 Abs. 1 der EU-Richtlinie über Urheberrecht in der Informationsgesellschaft und parallel § 44a UrhG, wonach vorübergehende Kopiervorgänge nur dann unter den Vervielfältigungsbegriff fallen, wenn sie eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Speichervorgänge im RAM sind jedoch rein technisch bedingt und bringen zumindest im PC-Bereich dem Nutzer keinen eigenständigen Nutzen. Insofern liegt darin auch kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Der Anwender braucht daher für das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher keine Erlaubnis des Urhebers; insofern hat der Urheber auch nicht die Möglichkeit, dem Anwender vorzuschreiben, auf welchem Computer die Software eingesetzt werden darf. Es bleibt vielmehr beim Erschöpfungsgrundsatz (§ 69c Nr. 3 UrhG; s.o.): Hat der Anwender die Software als Eigentum erworben, steht ihm kraft seiner Eigentümerstellung auch die Befugnis zu, den Einsatz- und Anwendungsbereich des Programms zu bestimmen. Der Hersteller/Händler hat mit der Veräußerung der Programme alle Möglichkeiten verloren, die lokale und räumliche Verwendung der Programme zu bestimmen. 26

b) Wirksamkeit nach dem BGB

aa) *Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1, 2* 27

CPU-Klauseln verstoßen auch gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1: Sie beschränken die dem Anwender in § 69c Nr. 3 UrhG garantierte Möglichkeit, das erworbene Programm frei nutzen zu können.[59] Darüber höhlen sie vertragswesentliche Rechte des Anwenders aus und sind daher mit § 307 Abs. 2 Nr. 2 inkompatibel. Da Softwareverträge als Kauf- bzw. Werkverträge einzustufen sind (s.o.), trifft den Softwarelieferanten die Pflicht, dem Anwender das Eigentum an der Programmkopie (§ 903) zu übertragen und damit auch eine sinnvolle Nutzung des Eigentums möglich zu machen. Ein Überlassungsvertrag, in dem dem Anwender formell die Stellung eines Eigentümers eingeräumt wird, sie aber de facto

56 So etwa Kindermann GRUR 1983, 150 (156).
57 Vgl. Hoeren/Schuhmacher CR 2000, 137; Hoeren, Softwareüberlassung Rn. 87 ff.; a.A. Kaboth/Spies in: Möhring/Nicolini UrhG § 69c Rn. 6.
58 Vgl. dazu auch die Begründung zum RegE 1962 des UrhG, BT-Drs. IV/270, 47; ähnlich BGH NJW 1955, 1276; BGH GRUR 1982, 102; Schulze in: Dreier/Schulze UrhG § 16 Rn. 6.
59 So auch Bartsch CR 1987, 9 (13); Salje, Festschr. Lukes 1989, 195.

durch unzählige und gravierende Nutzungsbeschränkungen wieder genommen wird, entspricht nicht dem Leitbild eines Kaufvertrags und verstößt deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2.

Mangels urheberrechtlicher Schranken steht dem Anwender grundsätzlich gem. § 903 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 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 S. 1, 631 Abs. 1 statuierten Eigentumsverschaffungspflicht des Softwarelieferanten.[60]

28 bb) *Schutzwürdige Interessen des Softwarelieferanten?*

Fraglich ist aber, ob CPU-Klauseln ausnahmsweise aufgrund schutzwürdiger Interessen des Softwarelieferanten gerechtfertigt werden können.

• Vergütungsinteresse des Lieferanten

Häufig wird zur Rechtfertigung der CPU-Klauseln von Hersteller- und Händlerseite auf das Vergütungsinteresse hingewiesen: Der Anwender soll, statt die von ihm erworbene Programmkopie auf einem anderen Computer einzusetzen, eine neue Kopie kaufen. Dies wird damit begründet, dass das Wandern einer Programmkopie von einer EDV-Anlage zur anderen als Mehrfachnutzung des Programms anzusehen sei, die zu einem höheren Preis führen müsse.[61]

Oben wurde aber bereits darauf hingewiesen, dass die Annahme einer Mehrfachnutzung unzutreffend ist: Wer eine Programmkopie hintereinander auf verschiedenen Rechnern einsetzt, nutzt immer nur die eine Kopie. Insbesondere stellt das Laden des Programms in die verschiedenen Arbeitsspeicher eine rein EDV-technische Zwischenspeicherung ohne urheberrechtliche Relevanz dar. Die Situation ist insofern vergleichbar der Nutzung einer Schallplatte:

Wenn jemand eine Schallplatte kauft und diese nacheinander auf verschiedenen Plattenspielern abspielt, würde niemand auf die Idee kommen, darin eine zusätzliche, vergütungspflichtige Nutzung zu sehen. Es ist nicht einzusehen, warum bei Computerprogrammen etwas anderes gelten soll. Der Anwender hat einen bestimmten Kaufpreis an den Lieferanten dafür gezahlt, dass er eine Programmkopie als Eigentümer nutzen und auf seinen Anlagen einsetzen kann. Er verfügt über ein Vervielfältigungsstück i. S. d. § 16 Abs. 1 UrhG, das er als solches überall nach Belieben einsetzen und nutzen kann. Warum sollte er dann noch einmal für die Einfachnutzung der Programmkopie auf einer anderen EDV-Anlage bezahlen müssen? Im Ergebnis kann daher das Vergütungsinteresse nicht zur Rechtfertigung von CPU-Klauseln herangezogen werden.

• Piraterierisiko

29 Zur Legitimierung von CPU-Klauseln könnte darüber hinaus auf das Piraterierisiko hingewiesen werden. Wenn der Hersteller oder Händler weiß, auf welcher EDV-Anlage die Software eingesetzt wird, kann er natürlich leichter kontrollieren, ob und von wem Raubkopien des Programms erstellt worden sind.

Selbst wenn man aber dieses Kontrollinteresse berücksichtigt, kann dies nicht dazu führen, dass die Bindung an einen bestimmten Computer für AGB-rechtlich zulässig erachtet wird:

– Fällt die im Überlassungsvertrag benannte CPU des Anwenders zeitweilig aus, ist es für den Anwender wichtig, seine Programmkopie vorübergehend auch auf einer anderen Anlage einsetzen zu können. CPU-Klauseln genügen nur dann den Anforderungen des BGB, wenn sie dem Anwender in dieser Notlage einen Wechsel der CPU gestatten.
– Häufig taucht bei der Nutzung von Software die Situation auf, dass die CPU ganz ausfällt und der Anwender sich gezwungen sieht, die erworbenen Programme auf anderen CPUs laufen zu lassen. Schließt der Lieferant jeden CPU-Wechsel aus, kann der Anwender die von ihm erworbene Programmkopie überhaupt nicht mehr einsetzen. CPU-Klauseln dürfen aber nicht dazu führen, dass eine Nutzung der Programmkopie unmöglich wird.
– Darüber hinaus kann dem Kontrollinteresse bereits dadurch Rechnung getragen werden, dass der Anwender den Lieferanten über einen CPU-Wechsel informieren muss. Ein Zustimmungserfordernis schießt insofern über das Ziel hinaus und genügt nicht mehr den Anforderungen des BGB.

Die Einführung eines Zustimmungserfordernisses bei CPU-Wechseln verstößt somit gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1, 2 und ist aus diesem Grund unwirksam.

• Rufschädigungsrisiko

Wenn das Programm jedoch in seiner Ablauffähigkeit, seiner Performance oder sonstigen 30
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 Softwareherstellers gefährden, ist ausnahmsweise ein schutzwürdiges Interesse zu bejahen.[62]

4. Fehlerbeseitigung und Umgestaltung

Nach § 69d Abs. 1 UrhG hat der Anwender das Recht, die Software zur Herstellung des 31
bestimmungsgemäßen Gebrauchs umzugestalten. Gedeckt sind hiervon u. a. die Fehlerbeseitigung und die Anpassung der Software an neue technische oder wirtschaftliche Anforderungen. Fraglich ist, ob diese Regelung AGB-fest ist. § 69d Abs. 1 UrhG verweist auf die Möglichkeit anderweitiger „besonderer vertraglicher Regelungen". 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 optained 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.[63] Zum Teil wurde die Annahme vertreten, dass die Präambel nicht binde, sodass Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie Vorrang habe. 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.[64] 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.[65]

60 Vgl. auch Hoeren, Softwareüberlassung Rn. 216 ff.; a. A. „Upgrade-Klauseln" für zulässig haltend: Kast in: Auer-Reinsdorff/Conrad IT-R-HdB § 12 Rn. 93.
61 Vgl. auch Zahrnt CR 1989, 965.
62 OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 182; OLG Frankfurt CR 2000, 146 f.
63 Vgl. generelle Ausführungen zur EU-Softwareschutzrichtlinie Moritz/Tybusseck, Rn. 442.
64 BT-Drucks. 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".
65 BT-Drucks. 12/4022, 12.

32 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. 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, das Nichtleistung und Gewährleistung dem Lieferanten ein Abhilferecht nach Maßgabe vertraglicher Regelungen einräumt.

5. Andere Nutzungsbeschränkungen

33 Unzulässig sind Nutzungsbeschränkungen in Bezug auf die Nutzung der Software in Netzwerken. So sind manche Lieferanten dazu übergegangen, dem Anwender die Nutzung von Software über Netzwerke zu untersagen bzw. ihn zur Entrichtung eines gesonderten Entgelts für jede Einsatzmöglichkeit zu verpflichten. Solche Vereinbarungen sind unwirksam, da dem Urheber nur die Verwertungsrechte in Bezug auf das Bereithalten zum Abruf in öffentlichen Netzen zusteht (§ 69c Nr. 4 UrhG). 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.[66] Insofern bedarf die Nutzung von Software im Rahmen lokaler Netzwerke, die von kleinen, überschaubaren Nutzerkreisen genutzt werden, nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers. An einer persönlichen Verbundenheit fehlt es bei den Beschäftigten eines Betriebes.[67] Hier fehlt es meist aufgrund der Größe des Betriebes an der persönlichen Verbundenheit. 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 nichtig sind.

34 Vertraglich nicht beschränkbar ist das in § 69d Abs. 2 UrhG aufgeführte Recht auf Erstellung einer Sicherungskopie; entgegenstehende Bestimmungen sind nichtig (§ 69g Abs. 2 UrhG). Das gesetzliche Beschränkungsverbot umfasst Standardklauseln und Individualverträge. Wenn in einem Softwarevertrag daher das Recht zur Erstellung von Softwarekopien untersagt werden soll, muss ein Vorbehalt in Bezug auf die zwingende Regelung des § 69d Abs. 2 UrhG in den Vertrag aufgenommen werden. Dem Nutzer ist allerdings nur die Erstellung einer einzelnen Sicherungskopie erlaubt („Die Erstellung einer Sicherungskopie"). Auch ist das Recht daran gekoppelt, dass die Kopie „für die Sicherung künftiger Benutzung erforderlich ist". Bietet der Lieferant seinerseits einen Backup-Service an, kommt das Selbsthilferecht des Nutzers nicht zum Tragen.

35 Nichtig sind auch vertragliche Beschränkungen der Dekompilierungsfreiheit und der Testfreiheit (§ 69d Abs. 3 und § 69e i. V. m. § 69g Abs. 2 UrhG). In der Praxis spielt diese Schranke keine Rolle. Dies hängt zum einen damit zusammen, dass eine Dekompilierung,

66 FG Berlin EFG 2004, 226.
67 BGH BGHZ 17, 376 (380 f.) – Betriebsfeier; Kotthoff GRUR 1997, 597 (600).

d. h. die Rückübersetzung des Quellcodes aus dem Objektcode, technisch aufwändig und nicht immer erfolgreich ist. Zum anderen ist die Dekompilierung nach § 69e UrhG nur zur Herstellung interoperabler, unabhängig geschaffener Programme zulässig; andere technisch denkbare Zwecke, z. B. die Pflege der Software, legitimieren die Dekompilierung nicht. Für die Vertragsgestaltung ist die Regelung des § 69e UrhG dennoch wichtig. Denn Nutzungsbeschränkungen müssen den Bereich des § 69e UrhG ausdrücklich ausklammern.

IV. Gewährleistung bei Softwareüberlassungsverträgen

Für eine Inhaltskontrolle von Geschäftsbedingungen ist die Kenntnis der gesetzlichen Vorgaben zentral. Denn nach § 307 Abs. 3 S. 1 ist die Leistungsbeschreibung, d. h. die vertragliche Regelung von Art und Umfang der vertragsrechtlichen Hauptleistungspflichten, nicht der Inhaltskontrolle unterworfen. Kontrollfähig sind hingegen Klauseln, die die Hauptleistung über die gesetzlichen Vorgaben hinaus einschränken, verändern oder modifizieren.[68] 36

1. Gewährleistung im Kaufrecht

Der Käufer eines mängelbehafteten Programms hat eine Reihe von Ansprüchen und Rechten. Er kann vor allem seine Gewährleistungsrechte aus § 437 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. 37

a) Mangel

Als Nächstes muss ein Mangel der Software vorliegen. Wie oben bereits skizziert, unterscheidet das BGB zwischen Sach- und Rechtsmängeln (§§ 434, 435). Vorrangig werden im Weiteren die Regelungen zur Sachmängelhaftung und deren vertraglichen Beschränkbarkeit skizziert. Eine Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie von der Sollbeschaffenheit abweicht. Eine solche Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit liegt vor, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat (§ 434 Abs. 1 S. 1), sie sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1), sie sich schon für die gewöhnliche Verwendung nicht eignet oder nicht die übliche Beschaffenheit einer Sache dieser Art aufweist (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2). 38

b) 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 berühmtberüchtigten 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 Vorliegen eines technischen Fehlers – kein Rücktrittsrecht (§§ 437 Nr. 2, 440 i. V. m. § 323 Abs. 5 S. 2). Umgekehrt kann ein Programm technisch fehlerfrei, aber juristisch mängelbehaftet 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. 39

68 BGH NJW 1993, 2369; siehe hierzu auch Thüsing im vertragsrechtlichen Teil dieses Handbuchs unter Preis/Preisnebenabrede.

40 aa) *Vereinbarte Beschaffenheit.* Ein Fehler liegt bereits dann vor, wenn das Programm von seiner Ist-Beschaffenheit her nicht den vertraglich vereinbarten Anforderungen entspricht (§ 434 Abs. 1 S. 1). Diese Leistungsanforderungen können ausdrücklich – im Rahmen eines Pflichtenheftes[69] – festgelegt sein. Irrelevant sind allerdings Angaben zu den Eigenschaften in der Dokumentation, da diese erst nach dem Verkauf für den Anwender einzusehen ist.[70] 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.

41 bb) *Vertraglich vorausgesetzte Verwendung.* Schwierig ist die Abgrenzung von vertraglich vereinbarter Bestimmung und vertraglich vorausgesetzter Verwendung. M. E. umfasst der Bereich der vertraglichen Vereinbarung die Soll-Bestimmungen, 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 fällt darunter der Fall, dass die gewünschten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind.[71] Im Hardwarebereich gelten als Mängel z. B. abweichende Speicherkapazitäten,[72] zu geringe Zugriffsraten auf den Speicher[73] oder Abweichungen der Zugriffsgeschwindigkeiten auf eine Festplatte von den Herstellerangaben.[74] Vertraglich vorausgesetzt kann auch eine aus älteren Softwareversionen entstandene EDV-Konfiguration sein, wenn sie als lang erprobt und in der Anwendung allein die sichere Gewähr des für einen Geschäftsbetrieb lebensnotwendigen ungestörten und zuverlässigen Funktionierens bietet.[75]

42 cc) *Gewöhnliche Verwendung.* Abseits vertraglicher Regelungen ist die gewöhnliche Verwendung der wichtigste Prüfmaßstab für Softwaremängel. Der Nachweis einer gewöhnlichen Verwendung ist nicht einfach. Eine Reihe früherer Abgrenzungsschwierigkeiten[76] bestehen jedoch seit 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 steht einem Sachmangel die Lieferung einer anderen Sache oder einer zu geringen Menge gleich.

• Fehlertypen

43 Schwierig wird es, wenn solche Leistungsanforderungen fehlen. Hier kann nur noch der gewöhnliche Gebrauch eines Programms als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Fraglich ist aber, ob es einen solchen Gebrauch bei einem bestimmten Standardprodukt überhaupt gibt.[77] Letztendlich können aus der Rechtsprechung nur einige typische Fehlerarten abgeleitet werden.[78]

(1) Funktionsdefizite

44 Ein Programm muss bestimmte Funktionen enthalten, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden ist. So muss ein als „UNIX-kompatibel" bezeichnetes Programm

69 Vgl. zum alten Recht OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 345 (346); LG Trier CR 1995, 221; Ihde, CR 1999, 409; Zur Definition des Pflichtenheftes siehe DIN 69 901-5, wonach es um eine ausführliche Beschreibung der Leistungen (...), die erforderlich sind oder gefordert werden, damit die Ziele des Projekts erreicht werden, geht.
70 OLG Stuttgart ECR OLG 328 (vgl. Fußnote * vor Fn. 1).
71 Vgl. LG Frankfurt IuR 1987, 229.
72 OLG Köln NJW-RR 1992, 118; LG München I CR 1992, 554 (L) = ECR LG 10.
73 LG Karlsruhe CR 1993, 499.
74 LG Tübingen CR 1993, 772.
75 OLG Brandenburg NJW-RR 1999, 850 (851).
76 BGH NJW 1992, 566.
77 Siehe hierzu die Bedenken des OLG Stuttgart CR 1986, 381; anders, einen gewöhnlichen Standard annehmend OLG Düsseldorf CR 1997, 732, vgl. auch BGH CR 1992, 543.
78 Vgl. hierzu auch Schneider Kap. M Rn. 1465–1756.

mehrplatzfähig sein.[79] Ferner muss ein Datenbankprogramm das Überlaufen von Dateien verhindern.[80] Ganz allgemein muss jede Software HELP-Funktionen und Fehlerroutinen enthalten, um Bedienungsfehler von vornherein zu vermeiden;[81] eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Anwender als EDV-Fachmann (was auch immer darunter zu verstehen ist) gelten kann.[82] Kein Fehler soll es hingegen sein, wenn der Software ein Druckertreiber fehlt.[83] Auch soll bei einem Branchenkompaktprogramm ein kleines Textverarbeitungsprogramm ausreichen.[84]

(2) Funktionsmängel

Eine weitere wichtige Fehlergruppe betrifft die Funktionsmängel, d. h. das technische 45
Versagen einzelner Programmfunktionen. Ein solcher Mangel liegt bei jedem Absturz des Programms vor,[85] sofern dieser nicht nachweislich auf einen Bedienungsfehler zurückzuführen ist. Die Darlegungs- und Beweislast trägt beim Verbrauchsgüterkauf innerhalb der ersten sechs Monate der Händler (§ 477); ansonsten liegt diese Last während der zweijährigen Gewährleistungsfrist beim Kunden. Kann dieser allerdings den Absturz reproduzieren und sind Bedienungsfehler nicht nachweisbar, liegt ein Gewährleistungsfall vor. Der Händler kann seinerseits nicht darauf verweisen, dass dies ein Problem des Herstellers sei. Auch ist es ihm verwehrt, allgemein darauf zu rekurrieren, dass Software ja nie fehlerfrei sein könne. Ein besonderes Problem liegt hier bei sog. Bananensoftware, wie manchen Produkten von Microsoft. Hier wird ein Produkt zunächst erst einmal auf den Markt gebracht, obwohl schwerwiegende Funktionsmängel nicht ausgeschlossen werden können. Die Software soll – wie eine Banane – nachträglich beim Kunden reifen, d. h. er soll die Mängel hinnehmen müssen und wird z. T. auch noch auf (kostenpflichtige) Releases und Updates verwiesen. Diese Praxis ist zum einen AGB-rechtlich bedenklich, zum anderen ändert sie nichts daran, dass jeder Funktionsmangel Gewährleistungsrechte auslöst.

Software ist im Übrigen mängelbehaftet, wenn 46
- sie bei Verwendung in einem Gewerbebetrieb falsche Rechnungen hervorbringt,[86]
- sie nicht in der Lage ist, Umlaute auszugeben, sondern stattdessen beim Ausdruck programmbedingt nur Fragezeichen erscheinen,[87]
- sie seit dem Zeitpunkt, in dem vierstellige Jahreszahlen programmiertechnisch allgemein üblich sind (Mitte der neunziger Jahre), nicht 2000-fest ist,[88]
- sie falsche Fehlermeldungen ausgibt, die den Anwender zu einer unzumutbaren zeitintensiven „händische[n]" Nachprüfung, zwingt,[89]
- sie nicht die Abwicklung des Ein-/Verkaufs in Euro ermöglicht.[90]

Hardware ist in diesem Sinne mangelhaft bei Ausfall des Bildschirms,[91] der Lieferung einer amerikanischen statt der deutschen Tastatur[92] oder ungewöhnlichen Geräuschen beim Rechnerbetrieb.[93] Kein Mangel ist es, wenn die einzelnen Komponenten von verschiede-

79 OLG Karlsruhe CR 1990, 266.
80 LG Duisburg CR 1989, 494 (495).
81 LG Heilbronn NJW-RR 1989, 1327; OLG Köln NJW 1988, 2477; OLG Hamm CR 1990, 716.
82 OLG Düsseldorf CR 1987, 174.
83 OLG Frankfurt CR 1990, 127 (130). Anderer Ansicht LG Tübingen CR 1995, 222.
84 BGH NJW 1990, 3008 (3010).
85 OLG Köln NJW-RR 1998, 1353.
86 LG München I CR 1987, 364.
87 OLG München CR 1990, 646 (648).
88 LG Leipzig ECR LG 302. Siehe hierzu Bartsch CR 1998, 193; ders., Software und das Jahr 2000 – Haftung und Versicherungsschutz für ein technisches Großproblem, Baden-Baden 1998, 58 ff.; Graf von Westphalen/Langheid/Streitz Rn. 407–409; Hildebrand CR 1998, 248.
89 OLG Koblenz CR 2008, 148.
90 LG Coburg CR 2002, 325; LG Stuttgart CR 2002, 255 (Leitsatz).
91 OLG München CR 1987, 506.
92 OLG München CR 1987, 506.
93 LG München I CR 1987, 20 (21); OLG Köln NJW 1993, 3143.

nen Herstellern stammen.[94] Dies gilt allerdings nicht, wenn die Lieferung eines bestimmten Markengeräts ausdrücklich vereinbart worden ist.[95]

(3) Kapazitätsmängel/Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten

47 Eine immer noch 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 ansteigen[96] oder sich die Geschwindigkeit des Druckers auf 20% reduziert.[97] Konkrete Zahlen lassen sich aber insgesamt nicht benennen; es wird im Einzelfall auf die Beurteilung des vom Gericht bestellten Sachverständigen ankommen.

(4) Programmsperren

48 Unzulässig ist auch der Einbau von Programmsperren, sofern dadurch die Begleichung einer Forderung[98] oder der Abschluss eines Wartungsvertrags[99] erzwungen werden soll. Zulässig könnte eine solche Sperre aber sein, sofern sie zum Schutz vor Softwarepiraterie erforderlich ist.[100] Insbesondere darf der Softwarehersteller als Urheberrechtsinhaber sein Produkt „mit allen ihm zur Verfügung stehenden technischen Mitteln" gegen unberechtigten Gebrauch sichern.[101] Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Käufer zur Beseitigung Systemdisketten benötigt, die sich nur im Besitz des Verkäufers befinden.[102] Auch die Produktaktivierung bei Windows XP ist insbesondere nach dem Wegfall der Bagatellgrenze des § 459 Abs. 1 S. 2 a. F. als Mangel anzusehen.[103] Zur Einbeziehung von solchen Sperren bedarf es der Hinweise auf der Verpackung oder in den Geschäftsbedingungen.[104] Solche Hinweise wirken sich auf die Soll-Beschaffenheit aus und schließen die Bejahung eines Mangels aus. Außerdem impliziert der deutliche Hinweis auf eine Sperre, dass der Anwender die technische Sperre kennt und insofern nach § 442 Abs. 1 keine Mängelrüge erheben kann.[105] 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.[106] Auch sind entsprechende Verträge wegen widerrechtlicher Drohung anfechtbar wenn der Lizenzgeber eine Programmsperre aktiviert, die die Nutzung der Software auf leistungsfähigere Hardware unmöglich macht, und erklärt, die Sperre nur aufzuheben, wenn der Lizenznehmer der Änderung des Systemverzeichnisses unter Anfall einer neuen Lizenzgebühr zustimmt.[107]

(5) Fehlen oder Fehler der Dokumentation

49 Letztendlich die „beliebteste" Fehlergruppe ist das Fehlen oder die Lückenhaftigkeit der Dokumentation.[108] 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 bei Hard- und Softwareverträgen

94 AG Nürtingen CR 1995, 406.
95 OLG Oldenburg CR 1989, 107.
96 LG Essen CR 1987, 428 (431).
97 KG CR 1990, 769. Nach Auffassung des LG Stuttgart CR 1994, 286 ist das Fehlen von 5% Festplattenplatz mangels Erheblichkeit kein Mangel.
98 LG Wiesbaden CR 1990, 652.
99 BGH NJW-RR 2000, 393.
100 BGH NJW 1981, 2684; OLG Köln NJW 1996, 733.
101 Vgl. EuGH NJW 2012, 2565 (2569).
102 OLG Köln CR 2000, 354.
103 So auch Faust K&R 2002, 583 (585); 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.
104 LG München I CR 2000, 506; OLG München MMR 2001, 395 (396).
105 Koch CR 2002, 629 (633).
106 OLG Köln NJW 1997, 1016.
107 OLG Frankfurt CR 2000, 146 mAnm Chrocziel. Ähnlich bereits LG Frankfurt CR 1999, 147.
108 Siehe hierzu auch Endler CR 1995, 7; Bergmann CR 1999, 455 und Ulmer ITRP 2001, 61.

eine Hauptleistungspflicht darstellt[109] oder das Fehlen der Dokumentation als Mangel anzusehen ist.[110] Nach der Schuldrechtsreform stellt sich die Rechtslage nicht anders dar. Insbesondere § 434 Abs. 3, der die Falsch- und Zuweniglieferung dem Sachmangel gleichstellt, ändert nichts daran, dass die teilweise Nichtlieferung eine Verzugsproblematik ist.

Einige Stimmen gehen davon aus, dass Dokumentation und Hard- und Software 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 geltend machen. Der BGH[111] geht hingegen davon aus, dass es beim Kauf einer aus Hard- und Software bestehenden Computeranlage an der Ablieferung fehle, solange die Lieferung der DV-Dokumentation noch nicht erfolgt sei. Das Fehlen der Dokumentation ist demzufolge als (teilweise) Nichterfüllung und nicht als Gewährleistungsfall anzusehen. Zu beachten ist, dass eine Klausel, wonach eine Benutzerdokumentation nicht geliefert wird, unwirksam ist.[112] Dies gilt bei Hardwareerzeugnissen sowie auch bei No-Name-Produkten,[113] Grafikkarten[114] und bei Druckern.[115]

Liegt eine Bedienungsanleitung vor, ist diese nach Gewährleistungsrecht zu beurteilen. Wichtig ist, dass die Bedienungsanleitung schriftlich vorliegt.[116] Es reicht daher nicht aus, Benutzer vorab zu schulen und unter Berufung darauf keine Dokumentation mitzuliefern.[117] Mangelhaft ist es auch, Bildschirmtexte in das Programm einzubauen oder als Dokumentation Text-Files auf Disketten mitzusenden.

Die Dokumentation muss in deutscher Sprache verfasst sein.[118] Die Lieferung eines eng- 50
lischsprachigen Handbuchs führt demnach dazu, dass der gesamte Kaufvertrag rückgängig gemacht oder der Kaufpreis gemindert werden kann. 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.[119] Ein zweisprachiges Handbuch ist stillschweigend geschuldet, wenn der Besteller sich ausbedungen hat, dass das gesamte System zweisprachig laufen solle.[120] Anders ist die Rechtslage auch bei Hardwaredokumentationen. Bei Hardware ist es regelmäßig ausreichend, wenn die grundlegenden, für die Inbetriebnahme des Rechners notwendigen Informationen, soweit sie sich an den Laien wenden, in deutscher Sprache angeboten werden und lediglich weiterführende Hinweise den zu den einzelnen Hardware-Komponenten mitgelieferten englischsprachigen „Manuals" vorbehalten bleiben.[121] Der durchschnittliche Anwender kommt bei seiner alltäglichen Arbeit in der Regel nur mit dem Betriebssystem,

109 OLG Düsseldorf CR 1990, 122; OLG Hamm CR 1986, 268 mAnm Mehrings; OLG Saarbrücken CR 1988, 470; LG Mannheim BB 1985, 144; LG Frankfurt, Urt. v. 19.1.82, in: Zahrnt, Rechtsprechung I, Ü-5; LG Baden-Baden CR 1988, 308.
110 So OLG Hamm CR 1990, 715 (716); OLG Karlsruhe NJW 1989, 2630; OLG Frankfurt CR 1986, 270 mAnm Czermin; NJW 1987, 3206; OLG München CR 1986, 365; im Grundsatz auch BGH NJW 1989, 3222 (3223); OLG Frankfurt NJW 1987, 3206. Ähnlich Bokelmann CR 1990, 194 (195); Schneider CR 1989, 193.
111 BGH NJW 1993, 461 = CR 1993, 203 = CR 1993, 422 mAnm Bartsch; ähnlich bereits BGH NJW 1987, 1259; OLG Köln NJW-RR 1998, 343; OLG Saarbrücken NJW-RR 1997, 558; OLG Hamm CR 1995, 20; siehe ferner Endler CR 1995, 7 (9).
112 So auch Zahrnt, Projektmanagement von IT- Verträgen. Ein Ratgeber für Auftragnehmer und Auftraggeber, CVR, 6.2.1 sub. 1.5.
113 LG Karlsruhe, Urt. v. 11. Juni 1991 – KfH O 18/90 (nicht veröffentlicht).
114 LG Bielefeld ECR LG 76.
115 LG Frankfurt ECR LG 28.
116 OLG Frankfurt NJW 1987, 3206; LG Stuttgart CR 1992, 277; a. A. LG Landshut CR 2004, 19 (20); Marly Rn. 1538.
117 Siehe auch OLG Frankfurt CR 1993, 93; OLG Hamm CR 1992, 335.
118 OLG München CR 1986, 365 = DV-Rechtsprechung Bd. 3, 106; OLG Stuttgart CR 1987, 173; LG München I Beil. Nr. 19/1996, 11. Siehe auch OLG Hamburg CR 1993, 498 mAnm Hoeren. Anderer Ansicht Bartsch CR 1993, 422 (423).
119 OLG Düsseldorf CR 1987, 173 (174).
120 OLG Köln CR 2000, 585.
121 LG Koblenz NJW-RR 1995, 942.

einer Betriebssystemerweiterung und der Anwender-Software in Kontakt und ist hierfür auf eine entsprechende, auf seine Bedürfnisse zugeschnittene Software-Dokumentation angewiesen. Soweit Systemerweiterungen vorgegeben sind, etwa durch Einbau eines CD-Rom-Laufwerks oder einer Soundkarte, bieten die diesen Peripheriegeräten beiliegenden Dokumentationen in der Regel die für die Systemerweiterung erforderlichen Informationen. Änderungen der Systemkonfiguration sind ebenso wie Erweiterungen des Arbeitsspeichers, der Installation einer weiteren Festplatte und Ähnlichem dem fortgeschrittenen Anwender vorbehalten.

In der Dokumentation müssen alle Programmfehlermeldungen vollständig aufgeführt sein.[122] Der Anwender muss anhand der Dokumentation feststellen können, was bestimmte Fehlermeldungen bedeuten und wie er auf einen Fehler zu reagieren hat.[123] Auch muss in der Dokumentation angegeben werden, wenn ein Softwareprodukt nur mit bestimmten Druckern zusammenarbeitet.[124]

51 dd) *Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers.* Neben dem Fehler können auch öffentliche Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seiner Gehilfen Gewährleistungsrechte auslösen. Diese können in jeder Form, also mündlich, schriftlich, durch gedruckte Werbeprospekte oder in elektronischen Medien erfolgt sein. Werbeaussagen sind grundsätzlich verbindlich, unabhängig von ihrer Quelle.

• Äußerungen

52 Wann eine solche „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 solche Äußerungen wahrscheinlich enthalten sind in verbindlichen Aussagen im Pflichtenheft, eindeutigen technischen Aussagen des Händlers (insbesondere zur Kompatibilität)[125] 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[126] gewährleistungsrechtlich verbindlich.

• des Herstellers/Händlers

53 Die Zurechnung erfolgt nicht bei allen Äußerungen beteiligter Verkehrsteilnehmer. Entscheidend sind vielmehr Aussagen des Herstellers 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 10 sitzt der Hersteller (Microsoft Inc.) in Redmond/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.

• Ausschlussgründe

54 Werbeaussagen haben keine gewährleistungsrechtliche Wirkung, wenn der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste. Ferner kommt sie nicht zum Tragen, wenn die Aussage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war. Irrelevant ist sie schließlich auch, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

(1) Montage: Ein Mangel ist auch gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist (§ 434 Abs. 2 S. 1). Der Bereich der Montage ist im Softwaresektor sehr relevant. Umfasst werden hiervon auch die Installation der Software sowie die Einrichtung des DV-Systems. Die

122 OLG Hamm CR 1990, 716. Ähnlich bereits LG Flensburg CR 1988, 132.
123 OLG Köln NJW 1988, 2477.
124 LG Bonn ECR LG 309.
125 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.
126 BGH NJW 1996, 1465.

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 Montage als Teil des Kaufvertrags oder unabhängig davon in einem separaten (Werk-)Vertrag vorgesehen worden ist.

(2) Montageanleitungen: Schließlich liegt ein Mangel auch bei mangelhaften Montageanleitungen vor (§ 434 Abs. 2 S. 2). Fraglich ist, ob Installationsanleitungen im DV-Sektor unter § 434 Abs. 2 subsumiert werden können. Die Begründung zum Regierungsentwurf erwähnt als Montage auch die fehlerhafte Installation;[127] insofern dürften auch fehlerhafte Installationsanleitungen Gewährleistungsrechte auslösen. Ansonsten dürften aber Handbücher und Programmdokumentationen nicht unter § 434 Abs. 2 S. 2 fallen.[128] Diese beinhalten im Kern keine Installations-, sondern eine Bedienungsanleitung für den laufenden Betrieb der Software. Allerdings gelten Mängel der Dokumentation als Mängel der Software und sind daher gewährleistungsrechtlich relevant.

2. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 HGB

55 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.[129] Bei offenen, überprüfbaren Mängeln eines PCs (hier: fehlende IBM-Kompatibilität) kann die Frist kürzer als 11 Tage sein.[130] Für die Rüge ist eine Beschreibung der Programmfehler nicht erforderlich; es reicht, wenn die mangelhafte Wirkung des Programms für die einzelnen Arbeitsabläufe dargelegt wird.[131] 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 an.[132]

Zu den Rügepflichten für Kaufleute kommen allgemeine Rügeobliegenheiten für jedermann hinzu. Nach §§ 437 Nr. 1, 439 kann der Käufer ohne weiteres bei mangelhafter Sache Nacherfüllung verlangen. Rechte auf Rücktritt, Minderung und Schadensersatz entstehen jedoch erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzten angemessenen Frist. Dies ergibt sich für den Rücktritt aus dem Verweis in § 437 Nr. 2 auf § 323 Abs. 1.

3. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels

56 Nach § 442 Abs. 1 S. 1 verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, wenn er beim Vertragsschluss den Mangel der gekauften Sache kennt. Auch verliert er seine Rechte, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist und der Verkäufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit übernommen hat (§ 442 Abs. 1 S. 2). Gerade diese Voraussetzung ist bei größeren EDV-

127 BT-Drs. 14/6040, 215.
128 So auch Palandt/Weidenkaff § 434 Rn. 48.
129 RG RGZ 59, 75; vgl. auch Koch in: Oetker HGB § 377 Rn. 65.
130 OLG München CR 1991, 19. Ähnlich Koch in: Oetker HGB § 377 Rn. 64.
131 BGH CR 1986, 79; OLG Köln CR 1988, 726; vgl. auch Rehmann CR 1990, 575.
132 BGH WPM 1990, 2000.

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 verliert.

4. Verjährung (§ 438 BGB)

57 Nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 gilt bei Softwareüberlassungsverträgen für die Ansprüche auf Nachlieferung und Schadensersatz eine Verjährungsfrist von zwei Jahren von der Ablieferung (§ 438 Abs. 2) an. Für Rücktritt und Minderung gelten § 438 Abs. 4 und 5 i. V. m. § 218. Danach ist die Ausübung dieser Gestaltungsrechte unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung bereits verjährt ist und der Schuldner sich darauf beruft.

a) Der Begriff der „Ablieferung"

58 Seit der Schuldrechtsreform besteht nicht mehr die Notwendigkeit, Verjährungsfristen künstlich durch eine extensive Auslegung des Begriffs „Ablieferung"[133] zu verlängern; der BGH kam damit zu seinem Recht.[134] Die Verjährungsfristen sind nunmehr angemessen lang. Dies spricht für einen Gleichlauf von Übergabe und Ablieferung. Allerdings ist zu beachten, dass § 438 Abs. 2 zwischen der „Übergabe" (bei Grundstücken) und der „Ablieferung" (bei Sachen) 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.[135] Entscheidend ist damit die rein tatsächliche Verfügungsmöglichkeit des Käufers über die Sache.[136] Das Bereitstellen der Software zum Download oder die Mitteilung über die Bereitstellung genügt den Anforderungen an die Ablieferung daher noch nicht.[137]

b) Verjährungshemmung

59 Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 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 mängelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen will,
- 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 Mahnbescheids (§ 204 Abs. 1 Nr. 3). 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 Mahnbescheids stellen. Nicht zulässig ist allerdings die Stellung eines solchen Antrags wegen der Rückzahlung des gesamten Kaufpreises. Denn dieser Anspruch besteht nur dann, wenn der Käufer seinerseits auch die mängelbehaftete Software zurückgibt; für solche sog. Zug-um-Zug-Ansprüche ist das Mahnverfahren aber nicht statthaft (§ 688 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Insoweit muss rechtzeitig Klage erhoben werden.

133 Vgl. OLG Köln NJW-RR 1992, 1327; ähnlich auch OLG Düsseldorf ZIP 1989, 580, 582. Vgl. auch BGH NJW 1990, 1290; OLG Hamm NJW 1989, 1041; OLG Hamm CR 1992, 335; OLG München CR 1991, 19; OLG Köln CR 1991, 154 (155); OLG Saarbrücken CR 1990, 713; OLG Bremen BB 1991, Beil. 7 S. 2 = CR 1991, 673; OLG Köln CR 1995, 605; OLG Celle CR 1996, 538 (539); OLG Hamburg CR 1997, 87 (Leitsatz).
134 Vgl. BGH NJW 2000, 1415 = CR 2000, 207 mAnm Chrocziel. Siehe dazu auch Ulmer CR 2000, 493.
135 So schon BGH NJW 1961, 730; BGH NJW 2000, 1415 (1416).
136 BGH NJW 1985, 1333 (1334).
137 Marly Rn. 1331; vgl. auch BGH NJW 1995, 3381 (3382).

Im Übrigen kann der Käufer einer mängelbehafteten Sache auch Klage (§ 204 Abs. 1 Nr. 1) gegen den Verkäufer erheben und dadurch die Verjährung hemmen. Ferner wird die Verjährung durch Erhebung einer Musterfeststellungsklage (§ 204 Abs. 1 Nr. 1a) gehemmt; Hemmung besteht auch solange der Verkäufer mit der Nachlieferung eines mängelfreien Programms oder mit der Nachbesserung der mängelbehafteten Software beschäftigt ist.[138] 60

c) Vereinbarung über die Verjährung

Letztendlich kann das Problem der Verjährung auch vertraglich geregelt werden (arg. e contrario § 202; siehe dazu unten).[139] Dabei ist sowohl eine Verkürzung als auch eine Verlängerung der Frist individualvertraglich zulässig. Probleme wirft allerdings eine Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist auf, die über AGB vorgenommen wird. Diese ist – auch beim Verbrauchsgüterkauf von gebrauchten Sachen (§ 476 Abs. 2) – auf ein Jahr reduzierbar (§ 309 Nr. 8b ff.). 61

5. Rechtsfolgen

a) Einzelne Gewährleistungsrechte

Der Käufer von Software hat mehrere, untereinander abgestufte Rechte (§ 437): Er hat primär einen Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439). Verlangt der Käufer Nacherfüllung, kommt der Verkäufer sofort in Verzug, da das berechtigte Nachlieferungsverlangen als Mahnung anzusehen ist.[140] Auf den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Nachfrist hin kann der Käufer Rücktritt, Minderung, Schadens- oder Aufwendungsersatz verlangen (§ 437 Nr. 2 und 3). 62

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 Vertrags in der Lage ist. Insofern liegt eigentlich ein Fall der subjektiven Unmöglichkeit vor. Die Nachlieferungspflicht würde dann ersatzlos entfallen (§ 275 Abs. 1) und der Käufer stattdessen nur Rücktritt (§ 326 Abs. 5) und Minderung (§ 441) verlangen können. Denkbar 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. 4 S. 2 („ohne erhebliche Nachteile"). Daraus soll sich auch eine Pflicht des Kunden zur Übernahme des neuen Releases ergeben, wobei er für zusätzliche Funktionalitäten nach dem Muster „neu für alt" zu zahlen hat.[141] Im Rahmen der Nacherfüllung sind dem Verkäufer weiterhin gemäß § 439 Abs. 3 S. 1 die Aufwendungen des Käufers für den Ein- und Ausbau der mangelhaften Sache entsprechend ihrer Art und ihrem Verwendungszweck anzulasten, sofern dieser ohne Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit erfolgte, § 439 Abs. 3 S. 2. Für Softwareüberlassungsverträge fallen unter diese Vorschrift wohl insbesondere die Kosten einer Deinstallation der mangelhaften und der Neuinstallation einer nachgelieferten Software.[142] Für Verträge die vor dem 1.1.2018 geschlossen wurden, nimmt der BGH eine entsprechende Regelung in richtlinienkonformer Auslegung

138 BGH BGHZ 39, 287 (292) = NJW 1963, 1452; BGH NJW 1973, 698 (699); MüKoBGB/Westermann § 438 Rn. 41.
139 Siehe dazu etwa die EVB-IT und dazu Feil/Leitzen CR 2002, 407.
140 Jauernig/Stadler BGB § 286 Rn. 19.
141 So Bartsch CR 2001, 649 (654).
142 Marly Rn. 1309.

nur für den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 S. 1) im Rahmen des § 439 Abs. 1 Alt. 2 an.[143] Für Aufwendungen die der Verbraucher nach § 439 Abs. 2 und 3 tätigt, kann er nach der neuen Regelung gemäß § 475 Abs. 6 Vorschuss verlangen.

63 Im Rahmen der Rechtsfolgen zu prüfen ist auch die Frage der Erheblichkeit von Mängeln. Diese Frage spielt im Rahmen der Softwarebranche eine wichtige Rolle. Denn zahlreiche Softwareprodukte haben kleinere „bugs"; die verschiedenen Fehlerkonstellationen können bei keinem Produkt ausgetestet werden. Der Nacherfüllungsanspruch (für Bagatellschäden) wird durch § 439 Abs. 4 S. 1 dadurch beschränkt, dass der Verkäufer die Nacherfüllung bei unverhältnismäßigen Kosten verweigern kann. Dieses Leistungsverweigerungsrecht ist aber im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 S. 1) dahingehend beschränkt, dass der Verkäufer im Fall eines Leistungsverweigerungsrechts für die eine Art der Nacherfüllung, die andere Art der Nacherfüllung nicht mehr nach § 439 Abs. 4 S. 1 verweigern kann, § 475 Abs. 4 S. 1. Im Fall von unverhältnismäßigen Kosten bei der anderen Art der Nacherfüllung durch den Aufwendungsersatz (§ 439 Abs. 2, 3, etwa De- und Neuinstallation) kann der Aufwendungsersatz dann aber auf einen angemessenen Betrag beschränkt werden, § 475 Abs. 4 S. 2. Das Rücktrittsrecht besteht nach § 323 Abs. 5 S. 2 bei Unerheblichkeit der Pflichtverletzung nicht.[144] In der Nacherfüllungsphase hat der Käufer keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Ersatzvornahme oder auf Ersatz der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen der Nacherfüllung (etwa aus § 326 Abs. 2 S. 2 analog).[145] Die Ersatzvornahme ist ein Instrument des Werkvertragsrechts, das nicht unbesehen in das Kaufvertragsrecht hineingelesen werden kann. Die Kosten aus der Ersatzvornahme werden aber dann im Rahmen eines Schadensersatzanspruches ersatzfähig, wenn eine Nachfrist gesetzt und abgelaufen oder entbehrlich ist und die weiteren Voraussetzungen für Schadensersatz bereits vorliegen.

§ 439 Abs. 5 sieht mit Verweis auf § 346 Abs. 1 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. Im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 S. 1) gilt der § 439 Abs. 5 jedoch gemäß § 475 Abs. 3 S. 1 nur eingeschränkt, dahingehend, dass der Verweis auf die Vorschriften über den Rücktritt nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache gilt, den Käufer aber nicht zur Herausgabe der Nutzungen oder zum Nutzungsersatz verpflichtet.[146] Der Verkäufer hat daher im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs eine mangelfreie Sache zu liefern und kann aber lediglich Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst verlangen. Für einen B2B-Softwarekauf gilt aber im Umkehrschluss die Pflicht zum Nutzungsersatz.

b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung

64 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 mängelfrei war? Liegt ein solches Recht auch vor, wenn Hard- und Software in verschiedenen Verträgen bzw. von verschiedenen Lieferanten verkauft worden sind? Grundsätzlich sind alle Teilleistungen als rechtlich selbstständig einzustufen; insofern ist prinzipiell bei Fehlen einer Teilleistung nur eine teilweise Rückabwicklung möglich.

143 Vgl. BGH CR 2013, 16.
144 Beachte für die Minderung § 441 Abs. 1 S. 2 BGB.
145 BGH NJW 2005, 1348; ebenso OLG Celle NJOZ 2005, 2025; LG Aachen DAR 2004, 452 (453); AG Kempen MDR 2003, 1406; aA Lorenz ZGS 2003, 398; Ebert NJW 2004, 1761 (1763).
146 Zum gleichen Ergebnis kam die Rechtsprechung mit richtlinienkonformer Auslegung bereits vor der Gesetzesänderung vom 1.1.2018; vgl. BGH NJW 2009, 427; EuGH NJW 2008, 1433.

c) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB)

Ein Gesamtabwicklungsrecht ist zunächst dann denkbar, wenn Hard- und Software als **65** einheitliche Sache i. S. d. § 93 anzusehen sind. Das setzt voraus, dass Hard- und Software nicht voneinander getrennt werden können, ohne dass eines der beiden zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird. Dabei ist nur auf die Verkehrsanschauung, nicht aber auf den Parteiwillen abzustellen.[147]

Die Voraussetzungen des § 93 sind im Regelfall im Softwarebereich nicht gegeben. Während in den 60er und 70er Jahren Hard- und Software meist zusammen vertrieben wurde (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 unter anderem dank des Windows-Standards die Möglichkeit, Software auf verschiedensten Rechnern einzusetzen. Insofern bilden Computerprogramme in der heutigen Zeit keine untrennbare Einheit mehr mit der Hardware. Kauft jemand einen PC nebst Software, liegt darin somit regelmäßig keine einheitliche Kaufsache.[148] Nur in Ausnahmefällen kann eine andere Beurteilung, in denen Hard- und Software eine Gesamteinheit bilden, angezeigt sein; hierzu zählen die Verwendung von nicht Windows-kompatiblen „Exoten"-Hardware sowie Betriebssysteme bei Großrechnern.[149]

d) Teilleistungen

Nach § 323 Abs. 5. S. 1 kann der Gläubiger bei Teilleistungen vom ganzen Vertrag nur **66** zurücktreten, wenn er an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Diese Regelung gilt jedoch 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 aber gewollt, dass der Gläubiger bei einer nur teilweise schlechten Leistung vom gesamten Vertrag zurücktreten kann.[150] Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2). Aus letzterer Regelung lässt sich aber auch eine Lösung des Problems finden. So kommt ein Rücktritt nach § 323 überhaupt nur in Betracht, wenn es um einen Vertrag mit Teilleistungen geht. Liegen zwei Verträge vor, 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 (aa). Dann ist als Zweites die (Un-)Erheblichkeit i. S. v. § 323 Abs. 5 S. 2 zu erörtern. Diese Frage lässt sich nur dann klären, wenn man die Nachteile für den Gläubiger betrachtet (bb).

aa) *Vertrag über Teilleistungen.* Die Regelung setzt einen einzelnen Vertrag über mehre- **67**
re Teilleistungen voraus. Dabei kommt 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, sodass die Sachen dazu bestimmt erscheinen, zusammenzubleiben".[151] Ein Indiz für getrennte Verträge – insbesondere das äußere Bild getrennter Urkunden[152] – könne aber etwa dadurch entkräftet werden, dass Hard- und Software nach dem Willen der Parteien als Gesamtsystem aufeinander abgestimmt und als einheitliches Paket verkauft worden sind.[153] Dies gilt auch,

147 Vgl. BGH NJW 2012, 778 (778); LG Oldenburg NJW-RR 1996, 1461; BGH NJW 1988, 406 (409); Palandt/Ellenberger § 93 Rn. 3.
148 Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 1223; LG Oldenburg NJW-RR 1996, 1461.
149 Vgl. BGH NJW 1988, 406 (409 f.).
150 Siehe auch BT-Drs. 14/6040, 187.
151 OLG München CR 1987, 506 (507); vgl. auch BGH NJW 1987, 2435 (2437).
152 Vgl. BGH NJW 2016, 3525 (3526); BGH NJW 2011, 2874 (2876); BGH MDR 1966, 749; OLG Köln, Urt. v. 29.1.81, in: Zahrnt; DV-Rechtsprechung I, K/M-11.
153 OLG Stuttgart IuR 1987, 61 (62); OLG Hamm CR 1988, 297 (302); LG Augsburg CR 1989, 22 (26); LG München I, CR 1987 364; vgl. Zahrnt, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, 1987, S. 116 ff. mwN.

wenn ein PC nach den Anforderungen des Käufers zusammengestellt ist.[154] Es kommt daher allein auf den Parteiwillen an, der anhand der Umstände des Einzelfalls erforscht werden muss und dahingehend umschrieben wird. Entscheidend sei, ob die verschiedenen Vereinbarungen rechtlich für sich allein gelten oder miteinander „stehen und fallen" sollen.[155] Das OLG München hat einen solchen Fall zum Beispiel bejaht, wenn Hard- und Software zur Bewältigung bestimmter Aufgaben eingesetzt werden.[156] Für die Vertragseinheit soll auch sprechen, dass die Software nach den AGB nur auf der erworbenen Hardware laufen darf,[157] wenn der Lieferant die Software auf der von ihm gelieferten Hardware installieren soll oder wenn die bezogenen Geräte der Umstellung eines Betriebsablaufs dienen.[158]

68 Schwierigkeiten tauchen jedoch auf, wenn es sich bei dem Lieferanten des Computers und dem der Software um verschiedene Personen handelt. Die insoweit ersichtlich einzigen gerichtlichen Entscheidungen zu diesem Problem stützen sich auch hier im Wesentlichen auf das Vorliegen verschiedener Vertragsurkunden, welche eine Vermutung gegen die rechtliche Einheitlichkeit begründen.[159] Greift man hier zusätzlich auf die Rechtsprechung zum finanzierten Ratenkauf 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, dass keines ohne den anderen geschlossen worden wäre oder jeder der Verträge seinen Sinn erst durch das andere erhält".[160] Ratsam ist hier eine ausdrückliche Verknüpfung der Hard- und Softwareverträge, da ansonsten die Zusammengehörigkeit nur schwer nachgewiesen werden kann.[161] Zum Teil wird auch für ausreichend erachtet, dass die Parteien bei den Verkaufsgesprächen vom Kauf einer einheitlichen Computeranlage ausgegangen sind.[162] 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.[163] Die bloße Tatsache, dass der Hard- und Softwarevertrag zeitgleich abgeschlossen worden sind, reicht jedoch nicht aus.[164] Ebenso reicht für das Vorliegen einer rechtlichen Einheit beider Verträge ein bloßes Interesse des Anwenders an der gemeinschaftlichen Verwendung von Hard- und Software nicht aus.[165]

69 bb) *Interessenwegfall.* Weiterhin setzt § 323 Abs. 5 S. 1 voraus, dass der Schuldner entgegen § 266 überhaupt zu Teilleistungen berechtigt ist und dass der Gläubiger an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Hier lässt sich die ältere Rechtsprechung heranziehen, wonach Hard- und Software nicht ohne Nachteil voneinander getrennt werden können. Nach Auffassung des BGH[166] 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 mit unzumutbaren Lieferzeiten zu erhalten wäre".[167] Ein vergleichbarer Fall wäre dann gegeben, wenn die Installation des Ersatzprogramms aufwändig wäre oder das neue Programm eine völlig andere Struktur aufwiese, sodass der Anwender sich neu in das Programm einarbeiten müsste.[168] Der Wegfall des Interesses ist beim normalen Kauf eines handelsüblichen Computers und der Überlassung von Standardsoftware nicht zu bejahen.[169] Anders ist 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 Vertrags die Vorteile des Kaufes aus einer Hand verlieren.[170] Ein Vertrag über eine „IT-Gesamtlösung" zu einem Gesamtpreis kann daher einen Interessenwegfall indizieren.[171]

154 LG Bonn ECR LG 306.
155 Vgl. BGH NJW 1997, 933 (934); BGH NJW 1994, 2885; BGH NJW 1993, 3196; OLG Hamm CR 1995, 535 (537).
156 OLG München CR 1990, 646.
157 OLG München, CR 1990, 646; Wirksamkeit der Klausel allerdings streitig; s. o.
158 OLG Köln CR 1991, 154 (156 f.).
159 Vgl. OLG Hamm CR 1990, 200 (201); OLG München BB 1988, 1693 f.; vgl. LG Frankfurt CR 1993, 285 f.
160 BGH WM 1984, 649, BGHZ 91, 9 (11).
161 OLG Frankfurt CR 1987, 769; vgl. auch BGH NJW 1987, 2004.
162 OLG Stuttgart CR 1988, 296.
163 BGH NJW 1990, 3011.
164 OLG München CR 1988, 130.
165 Vgl. OLG München MarlyRC 1987, Nr. 52 f.; Marly Rn. 860.
166 Vgl. BGH NJW 1988, 406 (409 f.); BGH NJW 1990, 3011 (3013).
167 BGH NJW 1990, 3011, 3013; ähnlich auch OLG Hamm BB 1989, Beil. 5, S. 9 Nr. 8; Köhler CR 1987, 827 (834); Mehrings NJW 1988, 2438 (2441).

6. Verkäuferregress, §§ 445a, 445b

69a In den §§ 445a, 445b ist seit dem 1.1.2018 der Verkäuferregress normiert. Dem Verkäufer soll ermöglicht werden Kosten, die ihm durch die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten durch Letztkäufer entstehen, an den für den Mangel verantwortlichen Lieferanten weiterzuleiten. Diese Regelungen gelten auch nicht mehr ausschließlich für den Verbrauchsgüterkauf, sondern vielmehr generell für Verkäufe neu hergestellter Sachen, auch für Verträge zwischen Unternehmern. Die sogenannte „Regressfalle" durch unterschiedliche Verjährungsbeginne in der Lieferkette soll durch einen Gleichlauf der Verjährung innerhalb einer solchen Kette vermieden werden.[172]

§ 445a Abs. 1 kodifiziert als eigene Anspruchsgrundlage den selbständigen Regress. Danach kann der Verkäufer von seinem Lieferanten Ersatz für die Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Letztkäufer gemäß § 439 Abs. 2, 3 und § 475 Abs. 4, 6 zu tragen hatte. Lieferant im Sinne der Vorschrift ist, wer dem späteren Weiterverkäufer die Sache verkaufte. Der Vorteil dieses Anspruchs gegenüber dem Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 284 ist, dass er vom Verschulden unabhängig einklagbar ist.[173] Der Anspruch setzt lediglich voraus, dass der Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorlag. War der letzte Kauf in der Lieferkette aber ein Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 S. 1), kommt dem Verkäufer gemäß § 478 Abs. 1 auch die Beweislastumkehr des § 477 zugute.

§ 445a Abs. 2 stellt keine eigene Anspruchsgrundlage für den Regress dar, sondern erleichtert den Regress gegen den Lieferanten nach den allgemeinen Gewährleistungsvorschriften gem. § 437 für den Verkäufer. Für die Erleichterung in Form der Entbehrlichkeit einer Fristsetzung ist es hingegen erforderlich, dass der Verkäufer die Sache „zurücknehmen musste", mithin das geltend gemachte Gewährleistungsrecht auch „tatsächlich und einredefrei" durchsetzbar war; eine „Rücknahme aus Kulanz" genügt nicht.[174]

Gemäß § 445a Abs. 3 erstreckt sich der Verkäuferregress in der Lieferkette insofern weiter, als der jeweilige Schuldner Unternehmer im Sinne des § 14 ist.

§ 445b Abs. 2 sieht weiterhin eine Ablaufhemmung der Verjährung der Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten vor, die zwei Monate nach dem Zeitpunkt der Erfüllung der Ansprüche des Käufers endet (maximal fünf Jahre nach Ablieferung der Sache vom Lieferanten an den Weiterverkäufer).

168 Vgl. Ruppelt S. 100.
169 BGH NJW 1987, 2004 (2007 f.); OLG Köln CR 2000, 354.
170 OLG Düsseldorf CR 2000, 350 (351).
171 Stögmüller CR 2015, 424 (428).
172 Marly Rn. 1333.
173 Vgl. Palandt/Weidenkaff § 445a Rn. 12.
174 MüKoBGB/Lorenz § 445a Rn. 49 m. w. N.

V. Haftung im Rahmen von Softwareüberlassungsverträgen

1. Haftung für Mängel im Kaufrecht

70 Ein Anspruch auf Schadensersatz (statt/neben der Leistung) ist bei jedem Softwaremangel, gleichrangig neben Rücktritt und Minderung (§ 437 Nr. 3), möglich. Erforderlich ist allerdings der erfolglose Ablauf einer angemessenen Nachfrist (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1). Der Schadensersatzanspruch verjährt wie das Rücktritts- und Minderungsrecht binnen zwei Jahren ab Ablieferung der Software (§ 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2). Nach § 325 schließt der Rücktritt von einem gegenseitigen Vertrag zudem nicht das Recht aus, Schadensersatz zu verlangen; der Gläubiger kann Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1 und 3, 311a Abs. 2 i. V. m. §§ 281, 282, 283), den Verzögerungsschaden (§ 280 Abs. 2 i. V. m. § 286) und Begleitschäden (§ 280 Abs. 1) fordern.[175]

2. Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB)

a) Vorüberlegungen

71 Neben der Gewährleistung ist die Haftung wegen Pflichtverletzung (§ 280) 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 Vertrags kam. Jede Nichterfüllung vertraglicher Pflichten ist eine Pflichtverletzung und führt zur Schadensersatzpflicht, soweit der Lieferant nicht nachweisen kann, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 S. 2). Zusätzlich kann der Anwender bei jeder nicht unerheblichen Pflichtverletzung nach erfolgloser Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung verlangen (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1) und/oder vom Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 1).

Bereits im Vorfeld der Vertragsverhandlungen treffen einen Verkäufer/Unternehmer bestimmte Sorgfaltspflichten nach § 241 Abs. 2. Erfüllt er diese Pflicht schuldhaft nicht, so muss er für eintretende Schäden gem. § 311 Abs. 2 haften (c. i. c.). Dieser Haftungstatbestand hilft gerade im EDV-Prozess, falls ein Mangel nicht oder nur schwer nachweisbar ist.

b) Auskunftspflichten

72 Mit der Pflicht aus § 311 Abs. 2 Nr. 2 zur Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des potentiellen Vertragspartners, treffen den Verkäufer insbesondere Aufklärungspflichten in Bezug auf die Kaufsache.[176] So haftet der Verkäufer, falls er vorsätzlich einen falschen Rat oder eine unrichtige Auskunft erteilt, wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht neben dem Gewährleistungsrecht auf Schadensersatz.[177] Dieses Haftungsrisiko ist besonders dann hoch, wenn die Einführung der Software mit einer Betriebsumstellung verbunden ist. Beziehen die Auskünfte sich aber auf die Beschaffenheit des Gegenstands selbst, sind die abschließenden Regelungen des Gewährleistungsrechts vorrangig zu berücksichtigen.[178]

Neben der Haftung für falsche Ratschläge geht die (hier sehr anwenderfreundliche) Rechtsprechung von weitreichenden Aufklärungspflichten des Verkäufers/Unternehmers vor dem Erwerb von EDV-Produkten aus. Es besteht zwar keine allgemeine Aufklärungspflicht.[179] Dennoch muss der Verkäufer den Kunden grundsätzlich insofern über Umstän-

175 Palandt/Grüneberg § 325 Rn. 2–4.
176 MüKoBGB/Emmerich § 311 Rn. 50.
177 Palandt/Grüneberg § 311 Rn. 14 f.
178 Marly Rn. 1213.
179 BGH NJW 1989, 763; OLG Naumburg MMR 2014, 809 (809); vgl. auch KG Berlin MMR 2011, 168 (169).

de, denen für seinen Entschluss wesentliche Bedeutung zukommt, weil sie „den von ihm verfolgten Vertragszweck vereiteln können" aufklären, als der Kunde eine Aufklärung „nach der Verkehrsauffassung erwarten" konnte.[180] So muss der Softwarehändler auf alle evtl. auftretenden Folge- und Nebenkosten hinweisen.[181] Er soll die Pflicht haben, die Wünsche und Erwartungen des Kunden hinsichtlich des Produktes zu ermitteln; alle Unklarheiten sollen dabei zu seinen Lasten gehen.[182] Zu den Pflichten des fachkundigen Unternehmers gehört es auch, den Kunden auf „die konkrete Tauglichkeit des Produkts [für den Betrieb des Auftraggebers] hinzuweisen"; dazu muss der Fachunternehmer sich entweder „selbst ein Bild von der (...) innerbetrieblichen Situation" machen oder auf die Erforderlichkeit einer weitergehenden Beratung aufmerksam machen.[183] Den Lieferanten trifft die Pflicht, auf Restriktionen bei der Anwendung (etwa ungeeignete Hardware des Anwenders) hinzuweisen.[184] Hierzu gehört auch eine Hinweispflicht auf mögliche Kapazitätsprobleme.[185] Schließlich soll der Lieferant sogar den Kunden darauf hinweisen, dass die Erstellung eines Pflichtenheftes sinnvoll sei; der Lieferant muss zusätzlich das Angebot zur Erstellung des Pflichtenheftes machen.[186] Allerdings hat er keine Pflicht, ohne entsprechenden Auftrag ein solches Pflichtenheft zu erstellen.[187]

Der Verkäufer kann sich nicht dadurch entlasten, dass er auf Ausführungsanweisungen des Kunden verweist. Er ist aufgrund seiner Fachkunde verpflichtet, auf Bedenken gegen Ausführungswünsche hinzuweisen; erst wenn der Kunde trotz der Bedenken des Verkäufers auf seinem Wunsch beharrt, trifft den Verkäufer kein Verschulden.[188] Allerdings soll der Umfang der Hinweispflicht von der Sachkunde des Anwenders abhängen.[189]

Gelingt dem Anwender der Nachweis, dass ihn der Lieferant fahrlässig vor Abschluss des 73
Vertrags nicht richtig über vertragswesentliche Umstände informiert hat, so hat er mehrere Möglichkeiten. Er kann Rückgängigmachung des Vertrags verlangen,[190] Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen aus § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 geltend machen oder die Software behalten und den (ihm entgangenen) günstigeren Preis verlangen.

Dieser Anspruch verjährt ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis innerhalb von drei Jahren (§§ 195, 199 Abs. 1). Fehlt es an der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis kommt es zur 10-jährigen Verjährung, sofern der Anspruch schon entstanden ist (§ 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1). Ist der Anspruch nicht entstanden, gilt eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis (§ 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 2). Allerdings greift die kürzere zweijährige Verjährungsfrist (§ 438 Abs. 1 Nr. 3), wenn der Verkäufer unrichtige Angaben über die Beschaffenheit der Kaufsache gemacht hat.[191]

c) Abgrenzung zum selbstständigen Beratungsvertrag

Noch besser sind die Rechte des Anwenders, wenn er mit dem Lieferanten neben dem 74
Kauf-/Werkvertrag einen zusätzlichen Beratungsvertrag geschlossen hat (§§ 311 Abs. 1, 675 Abs. 2). Dabei bedarf es für einen solchen Vertrag keiner besonderen Vereinbarung oder gar eines schriftlichen Vertrags. Vielmehr ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH ein solcher Auskunftsvertrag stillschweigend abgeschlossen, wenn eine Auskunft des Liefe-

180 BGH NJW 2003, 1811; speziell für Softwarevertrag OLG Frankfurt MMR 2012, 668 (668).
181 LG Arnsberg, Urt. v. 25.6.1982, in: Zahrnt, DV-Rechtsprechung II, K/M-35.
182 LG Augsburg CR 1989, 26; ähnlich LG Saarbrücken IuR 1986, 358.
183 OLG Schleswig CR 2017, 83.
184 OLG Celle CR 1988, 305.
185 LG Köln CR 1987, 508.
186 OLG Stuttgart CR 1989, 598 = NJW-RR 1989, 1328.
187 BGH NJW-RR 1992, 556; OLG Köln CR 1994, 213; siehe auch Junker NJW 1993, 824 (829); Schaub CR 1993, 332.
188 LG Osnabrück CR 1985, 32.
189 LG Frankfurt BB 1989 Beil. 11 S. 5; OLG Frankfurt CR 1990, 127 (130); OLG Hamm BB 1989, Beil. 15 S. 4.
190 Vgl. BGH NJW 1985, 1769 (1771).
191 BGH NJW 1984, 2938 (2939); BGH NJW 1985, 1769 (1772).

ranten „erkennbar von erheblicher Bedeutung" war und Basis wichtiger Entscheidungen des Anwenders werden sollte.[192] Ob ein solcher Beratungsvertrag zustande gekommen ist, beurteilt sich maßgeblich danach, ob nach den „Gesamtumständе[n] unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses" die erteilte Auskunft, nach dem objektiven Erklärungswert der Erklärungen beider Parteien, „zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten gemacht" werden sollte; der „Sachkunde" oder einem wirtschaftlichen Interesse des Auskunftgebers kommt dabei Indizwirkung zu.[193] Insgesamt ist es aber erforderlich, dass eine Auskunft nicht nur im Rahmen von Vertragsverhandlungen, sondern davon unabhängig erteilt wurde.[194] In einem solchen Fall kann der Anwender vollen Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 (s. u.) verlangen.

3. Haftung wegen der Verletzung von Vertragsdurchführungspflichten

75 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 auslöst.

a) Treuepflichten

Wichtig sind hier zunächst die Treuepflichten. Anwender und Lieferant von Software stehen aufgrund ihres Vertrags in einem besonderen Treueverhältnis. Dieses Verhältnis wird u. a. verletzt durch den Einbau von Programmsperren seitens des Lieferanten zwecks Abschluss eines Wartungsvertrags[195] oder durch Softwarepiraterie und unerlaubte Netzwerknutzung seitens des Anwenders.

b) Schutzpflichten

76 Zusätzlich trifft vor allem den Lieferanten die Pflicht, bei der Konstruktion, Lieferung und Installation von Software sorgfältig vorzugehen und hierbei keine Schäden an der Hardware oder sonstigen Rechtsgütern des Anwenders hervorzurufen also rücksichtsvoll mit den Rechten, Rechtsgütern und Interessen des Vertragspartners umzugehen (§ 241 Abs. 2)

Diese Pflicht wird verletzt

- bei einer Software, deren Installation mit einem rücksichtslosen Neuformatieren der Festplatte verbunden ist,
- bei der Offenbarung von Know-How oder anderen Geheimnissen, die der Lieferant während der Installation oder Reparatur erfahren hat (besonderes Problem bei Anwälten, Ärzten, Notaren und Banken).

Im Übrigen soll bei der erstmaligen Veräußerung eines umfangreicheren Softwarepakets die Erstinstallation zu den übernommenen Pflichten des Lieferanten gehören.[196]

c) Updatepflicht

77 Streitig ist, ob sich aus § 242 auch eine Pflicht des Verkäufers zum Bereitstellen von Updates und zur Wartung/Pflege ergibt. In der Literatur wird eine Pflicht zur Ersatzteilbelieferung für mindestens fünf Jahre bejaht.[197]

d) Mitwirkungspflichten

78 Den Anwender wiederum treffen eine Reihe von Mitwirkungspflichten vornehmlich bei der Lieferung und Installation der Software. So hat er geeignete Hardware für die Installation bereitzustellen sowie bei der Fehlersuche und -beseitigung mitzuwirken. Außer-

192 BGH NJW 2009, 1141 (1142).
193 BGH NJW 2009, 1141 (1142).
194 BGH NJW 2005, 820 (821).
195 OLG Stuttgart CR 1986, 639 (640).
196 OLG Hamm CR 1998, 202.
197 Vgl. Kühne BB 1986, 1527.

dem hat er eine Pflicht zur Datensicherung, sodass er bei Datenverlust regelmäßig wegen Mitverschuldens (§ 254) keinen Schadensersatz verlangen kann.[198]

e) Schulungspflicht

Nach einer (Fehl-)Entscheidung des OLG Stuttgart[199] besteht für einen Softwarelieferanten die Pflicht, das Personal kostenlos in den Einsatz von Symphony, einem Standardprogramm, einzuweisen. Aus diesem Urteil lässt sich jedoch ableiten, dass der Anwender auch deshalb von einem IT-Vertrag zurücktreten kann, weil der Händler/Hersteller nicht zur ordnungsgemäßen Einweisung und Einarbeitung in die Software fähig ist oder nicht ausreichend qualifiziertes Personal beschäftigt.[200] 79

Kommt der Lieferant oder Anwender diesen Pflichten fahrlässig[201] 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 S. 2 hinsichtlich 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 ist[202] oder die Ursache für den eingetretenen Schaden, vor den seinen Vertragspartner zu bewahren zu den Pflichten des Unternehmers gehört hat, in dessen Herrschafts- und Verantwortungsbereich zu suchen ist.[203]

Dabei verjähren die Ansprüche aus §§ 280 ff. in der regelmäßigen Frist der §§ 195, 199 Abs. 1. Allerdings gilt eine kürzere (zweijährige) Verjährungsfrist gem. § 438 analog, wenn die Schäden in unmittelbarem Zusammenhang mit Sachmängeln stehen.[204]

4. Haftung nach ProdHaftG

In Betracht kommt ferner eine Haftung nach dem ProdHaftG.[205] 80

a) Vorgeschichte

Das ProdHaftG beruht auf einer entsprechenden Richtlinie, die der Rat der Europäischen Gemeinschaften am 30. Juli 1985 erlassen hat. Aufgrund dieser Richtlinie waren alle Mitgliedsstaaten zur Angleichung ihrer nationalen Rechtsvorschriften bis zum 30. Juli 1988 verpflichtet (Art. 19); entsprechende Umsetzungsgesetze gibt es inzwischen in allen EU-Mitgliedstaaten.[206] Das deutsche ProdHaftG trat zum 1. Januar 1990 in Kraft.

b) Anwendbarkeit auf Software

Die Anwendung des ProdHaftG auf Software ist streitig. Die Europäische Kommission hat auf die Anfrage eines Abgeordneten des Europäischen Parlaments eine Anwendbarkeit des Gesetzes auf jede Form von Software bejaht.[207] In der deutschen Literatur wird die Anwendung hingegen zum Teil mit Berufung darauf abgelehnt, dass Software kein beweglicher Gegenstand und damit auch kein Produkt i. S. d. ProdHaftG sei.[208] Das ProdHaftG ist auf jeden Fall auch für *Standardsoftware* anwendbar, da diese eine bewegliche Sache i. S. d. 81

198 BGH NJW 1996, 2924; OLG Karlsruhe CR 1996, 348 f.; ähnlich LG Hagen ECR LG 316.
199 OLG Stuttgart CR 1987, 173; A. A. LG Köln CR 1986, 23; LG Verden CR 1986, 26.
200 OLG Stuttgart CR 1986, 559 (561); OLG Stuttgart CR 1987, 172 (173); LG Berlin ECR LG 315.
201 Die Darlegungs- und Beweislast für das Verschulden trägt nicht der Kunde, sondern der Lieferant muss nachweisen, dass ihn keine Schuld an der Pflichtverletzung trifft.
202 BGH BGHZ 42, 16 (18); BGH BGHZ 61, 118 (120); BGH VersR 1980, 1027 (1028).
203 Vgl. BGH BGHZ 3, 162 (174); BGH BGHZ 67, 383 (387); BGH NJW 1991, 1540 (1541).
204 Vgl. BGH NJW 1990, 908; vgl. BGH NJW 1989, 2118.
205 Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 15. Dezember 1989 (BGBl. I 2198).
206 Vgl. den Überblick bei Hohloch ZEuP 1994, 408.
207 Vgl. Erklärung der EG-Kommission vom 5. Juli 1988, ABl. EG vom 8. Mai 1989 – Nr. C 114/42.
208 Müller-Hengstenberg CR 2004, 161 (164); Redeker NJW 1992, 1739 (1740).

§ 90 ist.[209] Dieser Standpunkt entspricht sowohl der nationalen „opinio communis"[210] als auch dem Stand der internationalen Produkthaftungsdiskussion.[211]

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.[212] So heißt es in der Begründung: „Ohne Bedeutung ist für die Qualifikation als Produkt die Herstellungsart. Neben der industriell gefertigten Sache werden damit z. B. auch handwerklich oder kunstgewerblich gefertigte Sachen erfasst."[213] Auf der anderen Seite ist aber zu berücksichtigen, 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 Entwurfsbegründung immer wieder davon, dass „ein Produkt in Verkehr gebracht und verwendet" wird,[214] und bezieht sich immer wieder auf „Warenhersteller" und „Verbraucher".[215] Ein „Inverkehrbringen" liegt nach der Begründung nur dann vor, wenn ein Produkt „in die Verteilungskette gegeben wurde";[216] 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.[217]

c) Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs

82 Ein Anspruch nach dem ProdHaftG setzt zunächst voraus, dass ein Fehler i. S. v. § 3 Abs. 1 ProdHaftG 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 Programme festlegen. Es muss daher auf die allgemeine Üblichkeit bestimmter Sicherheitserwartungen abgestellt werden.

83 Der Schadensersatzanspruch wird nach § 1 Abs. 1 ProdHaftG nur bei Tötung, Körper- oder Gesundheitsverletzung und bei der Beschädigung von Sachen gewährt. Als besonders problematisch erweist es sich, dass im letztgenannten Fall ein Anspruch nur besteht, sofern die beschädigte Sache gewöhnlicherweise und im konkreten Fall hauptsächlich privat genutzt wird (§ 1 Abs. 1, S. 1 und 2 ProdHaftG). Diese Regelung führt dazu, dass das ProdHaftG im Softwarebereich kaum akut wird. Hinsichtlich denkbarer medizinischer Schäden

209 BGH NJW 2007, 2394; LG Oldenburg MMR 2016, 479 (480); aA Redeker Rn. 278, 279 (286) m. w. N.
210 Vgl. Marly Rn. 730, 1822; Bartl, § 2 Rn. 10; H. Taschner Art. 6 Rn. 28; Junker/Benecke Rn. 366; Hoeren, RDV 1988, 115 (119); ders., Softwarehaftung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, in: Handbuch der modernen Datenverarbeitung, Heft 146/1989, 22 (30 f.); A. Junker WM 1988, 1217 (1249 f.).
211 So etwa C. Stuurman, Product Liability for Software in Europe in: Vandenberghe, 110 (112 f.); ders., Softwarefouten, 122 (132 ff.); S. Whittaker, European Product Liability and Intellectual Products, in: LQR 105 (1989), 125 (138 ff.); Christopher M. Bown, Liability for Defective Software in the United Kingdom, in: Software Protection 1/1986, 1 (12); Vandenberghe, 103 (112 f.); Reed, (1988), 149 ff.
212 So die Argumentation von Junker/Benecke Rn. 367.
213 Begründung zu dem Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, BT-Drs. 1/2447, 17. Vgl. hierzu auch ausführlich Taschner, 46 f.
214 Entwurfsbegründung, BT-Drs. 11/2447, 7. „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."
215 Vgl. Entwurfsbegründung, BT-Drs. 11/2447, 7, 17 u. a.
216 Entwurfsbegründung, BT-Drs. 11/2447, 14 mit Verweis auf Art. 2 lit. d des Europäischen Übereinkommens vom 27. Januar 1977 über die Produkthaftung und Tötung.
217 AA Marly Rn. 1822 mwN; MüKoBGB/Wagner § 2 ProdHaftG Rn. 19 mwN; Littbarski in: Kilian/Heussen ComputerR-HdB Teil 18 Rn. 118–120; BeckOK BGB/Förster ProdHaftG § 2 Rn. 22.

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 oder das fehlerhafte Softwareprogramm zur Löschung von Daten auf dem Rechner führt.[218] Für Schäden an gewerblich genutzten Gegenständen ist das Gesetz von vornherein nicht anwendbar. Hinzu kommt, dass das Gesetz für den Fall der Sachbeschädigung von einer Selbstbeteiligung in Höhe von 500 € ausgeht (§ 11 ProdHaftG). Es dürfte allerdings sehr selten sein, dass der Schaden eines Verbrauchers beim Einsatz von Software diesen Betrag übersteigt. Von daher ist das Gesetz eine Totgeburt, die zumindest in der IT-Branche kaum von Bedeutung ist. Das Gesetz spielt nur deshalb eine (bescheidene) Rolle, weil 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 neben dem ProdHaftG bestehen (§ 15 Abs. 2 ProdHaftG), was für Sachschäden unter 500 € und Schäden an gewerblich genutzten Sachen eine zentrale Bedeutung hat.

5. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Bei § 823 Abs. 1 kommt es entscheidend darauf an, dass Leib, Leben, Gesundheit, 84
Eigentum oder ein sonstiges absolutes Rechtsgut verletzt wird. Abseits der berühmten Beispiele medizinischer Software oder Computerprogramme im Bereich der Flugsteuerung ist fraglich, wann Software in der Praxis einmal ein absolutes Rechtsgut verletzt. Diese Frage stellt sich insbesondere beim softwarebedingten Datenverlust. Die herrschende Meinung sieht hierin mangels Körperlichkeit der Daten keine Eigentumsverletzung.[219] In der Zwischenzeit wird dieser Konsens durch eine Reihe von Urteilen aufgebrochen, die die Veränderung der Magnetisierung eines Datenträgers als Eigentumsverletzung einordnen wollen.[220] Der BGH sieht bei vertraglichen Beziehungen den Datenbestand eines Computerbenutzers als ein selbständiges vermögenswertes Gut, das schadensrechtlich als Schädigungsobjekt beachtlich und schützenswert ist.[221] Das OLG Oldenburg entschied 2011, dass bei einer Veränderung oder Löschung von auf Datenträgern gespeicherter Software, das Eigentum am Datenträger verletzt sei.[222] Es komme auch nicht darauf an, ob die Daten lediglich neu heruntergeladen werden müssen.

Allerdings ist zu beachten, dass der Datenverlust auch als Mitverschulden des Anwenders 85
anzusehen ist, der sich nicht um eine ordnungsgemäße Datensicherung gekümmert hat.[223] Datensicherung ist eine allgemein bekannte Selbstverständlichkeit.[224] Angesichts der mannigfachen Gefahren eines Datenverlustes und der daraus regelmäßig folgenden schweren wirtschaftlichen Schäden für den EDV-Anwender gilt die Datensicherung als unverzichtbar.[225] So hatte das OLG Hamm[226] 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

218 Marly Rn. 1820, 1826.
219 So etwa LG Konstanz NJW 1996, 2662; Ähnlich AG Überlingen, Urt. v. 22.11.1995 – 3 C 504/95 (nicht veröffentlicht).
220 OLG Karlsruhe NJW 1996, 200 (201).
221 BGH NJW 1996, 2924 (2926).
222 OLG Oldenburg CR 2012, 77.
223 LG Hagen ECR LG 316.
224 BGH NJW 1996, 2924 (2926); vgl. OLG Karlsruhe CR 1996, 348; AG Kassel NJW-RR 1998, 1326.
225 Vgl. Becker NJW-CoR 1992, 17.
226 OLG Hamm MMR 2004, 487; ähnlich LG Stuttgart CR 2002, 487.

werden.[227] Zusätzliche Überprüfungspflichten bestehen jedoch dann, wenn ernsthafte Zweifel vorliegen, dass eine Datensicherung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist oder das Sicherungssystem nicht funktioniert.[228] Vor dem Hintergrund bestehender Datensicherungspflichten ist es auch zulässig, in AGB die Haftung für die Wiederherstellung von Kundendaten an die Existenz einer regelmäßigen Datensicherung zu knüpfen.[229]

86 Im Übrigen ist kein Grund dafür ersichtlich, dass Standardsoftware nicht den normalen Regeln des Deliktsrechts (§§ 823 ff.) unterliegen sollte. Führen Fehler in einem Computerprogramm dazu, dass das Eigentum des Anwenders oder eines Dritten verletzt wird, so haftet der Hersteller – wie jeder andere Produzent auch – gem. § 823 Abs. 1 für den entstandenen Schaden. Für die Erstellung von Individualsoftware geht die inzwischen herrschende Meinung zu Recht davon aus, dass diese ebenfalls unter §§ 823 ff. fällt.

Nicht nur den Hersteller, sondern auch den Händler treffen Produktbeobachtungspflichten, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 auslösen. 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:[230] 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 aufgrund 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 Produktbeobachtung, d. h. zur Überprüfung von Beanstandungen des Produktes.

VI. Regelung der Gewährleistung und Haftung durch AGB

87 Im Folgenden soll dargelegt werden, wie man die Frage der Gewährleistung und Haftung vertraglich in den Griff bekommen kann.[231] Zunächst ist die Frage zu klären, welche Bestimmungen überhaupt die Inhaltskontrolle regeln. Das BGB enthält in den §§ 305 ff. spezielle Vorschriften über das Recht der AGB. Darüber hinaus enthält das BGB zwingende Bestimmungen zugunsten des Verbrauchers beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476). Schließlich gilt die allgemeine Sperre des § 138 fort.

Das BGB regelt als derogationsfreundlichsten Teil die Beziehung zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern aufgrund individueller Vereinbarung am wenigsten. Hier kommt zunächst die allgemeine Sperre des § 138 zum Tragen. Hiernach sind Verträge insoweit nichtig, als sie gegen die guten Sitten verstoßen. Hinzu kommt der allgemeine Haftungsausschluss aus § 444, wonach der Verkäufer bei arglistigem Verschweigen eines Mangels oder der Übernahme einer Garantie für die Beschaffenheit der Sache seine Verantwortlichkeit nicht beschränken kann. Der Bereich der Garantie umfasst den früheren

227 Vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1997, 554; ähnlich OLG Köln NJW-RR 1994, 1262.
228 So auch OLG Hamm CR 2000, 289; BGH NJW 1996, 2924; OLG Köln NJW-RR 1994, 1262.
229 Klauselbeispiel bei Redeker in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. D Rn. 516.
230 BGH NJW 1994, 517.
231 Dazu auch eingehend Graf v. Westphalen in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. K Rn. 1 ff.

Bereich der Eigenschaftszusicherung. Der Verkäufer muss folglich für bestimmte Eigenschaften einstehen wollen und hierzu eine Erklärung abgegeben haben. Entscheidend ist die Sicht des Käufers; wenn dieser nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass der Verkäufer für die Folgen der Unrichtigkeit seiner Garantieerklärung einstehen will, liegt eine Garantie vor.[232]

Beim Verbrauchsgüterkauf kommt neben §§ 138 und 444 auch noch die besondere Bestimmung des § 476 Abs. 1 zum Tragen. Hiernach kann sich der Unternehmer nicht darauf berufen, dass er eine Vereinbarung über Mitteilung eines Mangels getroffen habe, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433–435, 437, 439–443 abweicht. Gleiches gilt für Abweichungen von den Bestimmungen der §§ 474–479. Diese Regelungen sollen auch zum Tragen kommen, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden (§ 476 Abs. 1 S. 2). Auf eine solche unzulässige Vereinbarung kann der Unternehmer sich gem. § 476 Abs. 1 S. 1 „nicht berufen". Mit der Formulierung soll ausgedrückt werden, dass Rechtsfolge eben nicht die Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags nach § 139 ist.[233] Vielmehr ist nur die Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulasten des Verbrauchers unwirksam. Der Verbraucher braucht sich auch nicht etwa auf die Unwirksamkeit berufen, denn diese tritt kraft Gesetzes ein.[234] **88**

Bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen kommt für den Bereich zwischen Unternehmern oder Verbrauchern neben §§ 138, 444 auch noch eine Anwendung von §§ 307, 309 in Betracht. Es fällt auf, dass § 476 wie ein Störfaktor wirkt, denn hiermit sind in Individualverträgen zu Lasten der Verbraucher Regelungen ausgeschlossen, die im Rahmen der Inhaltskontrolle auch bei Verträgen mit Verbrauchern wiederum ausdrücklich für wirksam erachtet werden (s. § 309). Allerdings steht § 309 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 § 476 zugunsten des Verbrauchsgüterkaufs. Der Gesetzgeber hat sich insoweit bei der Schuldrechtsreform dafür entschieden, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in engstem Umfang, rein nach dem Wortlaut umzusetzen. Dadurch entstehen jedoch Wertungswidersprüche, die kaum noch auflösbar sind. **89**

Fraglich ist vor allem, welcher Anwendungsbereich für § 309 bleibt. Diese Regelung gilt nicht für Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer vereinbart werden (§ 310 Abs. 1). Insofern findet § 309 hauptsächlich Anwendung 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 S. 1) und die öffentlich zugängliche Versteigerung gebrauchter Sachen (§ 474 Abs. 2 S. 2). Hinzu kommen abseits des Kaufrechts insbesondere die Bereiche des Werkvertragsrechts, insbesondere das Recht der Bauleistungen; bei letzterem gelten allerdings die Bestimmungen des § 309 Nr. 8b bb) und ff) nur eingeschränkt. Im Übrigen ist zu bedenken, dass auch bei B2C im Bereich der Haftung abweichende Vereinbarungen zulässig sind (§ 476 Abs. 2). **90**

Nach § 307 Abs. 1 sind Bestimmungen in AGB 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 S. 2). Nach § 310 Abs. 1 S. 2 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. **91**

232 BGH NJW 1991, 1880 zu § 463 BGB aF. Siehe dazu auch Graf v. Westphalen in: Henssler/v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 444 Rn. 9.
233 BeckOK BGB/Faust § 476 Rn. 22.
234 MüKoBGB/Lorenz § 476 Rn. 16.

92 Fraglich ist allerdings, ob § 476 eine Leitbildfunktion im Rahmen von § 307 auch für Verträge zwischen Unternehmen hat.[235] Man könnte aus § 476 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 infolge der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Anwendungsbereich der zwingenden Bestimmungen in § 476 eng auslegt, kann daraus nur der Rückschluss gezogen werden, dass in den Bereichen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs der Grundsatz der Vertragsautonomie gilt. Über § 307 die Grundgedanken des § 476 und der darin verwiesenen Vorschriften einfließen zu lassen, würde dieses Grundmodell konterkarieren. § 476 gilt jedoch nicht, wenn der Käufer dem Verkäufer einen gewerblichen Verwendungszweck vortäuscht.[236] Die Angaben des Verkäufers über das Vorliegen eines Gewerbes auf seiner Seite sind irrelevant.[237] Für C2C-Geschäfte gilt § 476 nicht wie sich aus § 474 BGB ergibt.

1. Ausschluss der Gewährleistung (§ 309 Nr. 8b aa) BGB)

93 Nach § 309 Nr. 8b aa) 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. Dabei ist zu beachten, dass diese Regelung sowohl Rechts- wie Sachmängel umfasst. Auch zwischen Kaufleuten ist eine solche Klausel unwirksam.[238] Der Anwendungsbereich des § 309 Nr. 8b ist jedoch erheblich eingeschränkt. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass beim Verkauf von Software im Verhältnis B2C (sog. Verbrauchsgüterkauf) die zwingende Regelungswirkung des § 476 Abs. 1 zu beachten ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Neu- oder Gebrauchtwaren handelt. Gleiches gilt gem. § 650 für einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat. Neben dem im Hinblick auf die Verwendung von AGB eher unbedeutenden Bereich des C2C erfasst § 309 Nr. 8b somit lediglich Vertragsgestaltungen in Bezug auf neu hergestellte, unbewegliche Sachen sowie auf Werkleistungen, die nicht unter § 650 fallen.

94 Insofern kommt die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, § 310 Abs. 1 zum Tragen. Auch beim Verbrauchsgüterkauf ist ein solcher Gewährleistungsausschluss unzulässig. § 476 Abs. 1 S. 1 verbietet eine Abweichung von § 437 zum Nachteil des Verbrauchers. Nach § 437 hat der Käufer das Recht, Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz zu verlangen. Diese Beschränkung von § 437 Nr. 1 und 2 rechtfertigt die Annahme, dass eine entsprechende Vereinbarung gegen § 476 Abs. 1 verstößt. Unwirksam ist im Übrigen die genannte Klausel auch nach § 138. Zu beachten ist ferner der Bereich der Arglist und der Garantien (§ 444).

95 Unwirksam sind danach vor allem folgende, typischerweise in den AGB von Softwarelieferanten auftauchenden Klauseln:

- „Jegliche Gewährleistung ist ausgeschlossen."[239]
- „Der Käufer bestätigt bei der Anlieferung, dass die gelieferte Ware bei Übergabe in einwandfreiem Zustand ist".[240]

Zulässig ist eine Regelung, wonach sich die Gewährleistung nicht auf Fehler erstreckt, die auf ein Bedienungsversagen des Kunden zurückzuführen sind.[241] Fraglich ist allerdings, ob eine solche Klausel sinnvoll ist, da sie letztendlich nur die gesetzliche Regelung wiedergibt. Unzulässig ist auch eine Klausel wie „Die Gewährleistung erlischt, sofern der Käufer

235 Siehe dazu die Bedenken von Westermann JZ 2001, 530 (535 f.).
236 BGH NJW 2005, 1045.
237 LG Trier, Urt. v. 8.6.2004 – 1 S 87/03 (nicht veröffentlicht).
238 Siehe dazu BGH NJW 1991, 2631; BGH NJW-RR 1993, 560.
239 Diese Klausel ist auch gegenüber Kaufleuten unwirksam; vgl. BGH NJW 1991, 2631.
240 So auch KG Berlin ZIP 1981, 1105.
241 Bartl CR 1985, 13, 20.

oder ein Dritter die Software verändert/umprogrammiert/disassembliert bzw. in die Hardware eingreift".[242] Der Kunde darf nach § 69e UrhG die Software unter bestimmten Voraussetzungen reassemblen; er darf auch in die Hardware eingreifen. Erst dann wenn es dadurch zu Störungen kommt, erlischt die Gewährleistung; doch dies ergibt sich bereits aus dem Gesetz und bedarf nicht gesonderter vertraglicher Regelungen.

Ein Gewährleistungsausschluss für „Schnäppchen" ist unwirksam, etwa dergestalt: „Wir 96
übernehmen keine Gewähr für Sonderangebote und Abholwaren."[243] Ebenso unwirksam ist der Hinweis: „Software ist nie fehlerfrei."[244] Der Käufer muss wissen, dass der Verkäufer subsidiär weiter haftet.[245] Der Händler darf den Kunden auch nicht darauf verweisen, dass dieser seine Gewährleistungsansprüche ausschließlich direkt beim Hersteller bzw. dessen inländischer Vertriebsgesellschaft geltend macht („Bei Mängeln hat sich der Käufer an den Hersteller/Lieferanten zu wenden.").[246] Dritthaftungsklauseln, die weiterhin eine subsidiäre Verantwortlichkeit des Verkäufers vorsehen, sind hingegen zulässig.[247]

2. Nacherfüllung (§ 309 Nr. 8b bb) BGB)

Nach § 309 Nr. 8b bb) darf der Lieferant von Software die Gewährleistungsansprüche 97
des Kunden nicht auf ein bloßes Recht zur Nacherfüllung beschränken. Zulässig ist nur, zunächst Nacherfüllung vorzusehen und dann für den Fall des Fehlschlagens der Nacherfüllung dem Kunden die Möglichkeit zur Minderung oder zum Rücktritt zu belassen.[248] Die Fehlerbeseitigung hat nach § 269 am Ort der Lieferung zu erfolgen. Daher muss der Lieferant bei Bring- und Schickschulden den Rechner vor Ort reparieren oder zumindest zur Reparatur abholen. Der Anwender ist dann nicht zur Rücksendung der Hardware verpflichtet.[249] Klauseln, die die Fehlerbeseitigung auf den Sitz des Lieferanten fixieren wollen, sind nach § 307 unwirksam.

Bei einem Computer, auf welchen der Verwender in der Regel für seine Arbeit angewiesen ist und den er demzufolge kaum entbehren kann, sind mehrere Nachbesserungsversuche unzumutbar. Soweit in den AGB des Händlers das Rücktrittsrecht vom Fehlschlagen von drei Nachbesserungsversuchen abhängig gemacht wird, verstößt die Regelung gegen § 309 Nr. 8b bb).[250] Ferner ist es dem Käufer eines Laptops nicht zumutbar, dass das Gerät nach einer Mängelrüge nicht direkt der schnellstmöglichen Prüfung und Nachbesserung zugeführt wird. Auch eine Ausfallzeit von mehr als einem Monat gilt als unzumutbar, wenn der Käufer des PCs auf dessen Nutzbarkeit aus beruflichen Gründen dringend angewiesen ist.[251]

3. Beschränkungen der Nacherfüllung

a) Reichweite von § 309 Nr. 8b bb) BGB

Im Rahmen von § 309 Nr. 8b bb) ist eine Beschränkung der Rücktritts- und Min- 98
derungsrechte durch eine vorgeschaltete Nacherfüllungsphase zulässig. Zu beachten ist allerdings die Abgrenzung zu §§ 474, 476. Denn für den Verbrauchsgüterkauf bleibt es zwingend dabei, dass der Käufer wahlweise Nacherfüllung, Minderung oder Rücktritt ver-

242 So auch BGH NJW 1980, 831; OLG Karlsruhe ZIP 1983, 1091.
243 Vgl. dazu noch zur alten Rechtslage nach dem AGBG, die bezüglich dieser Entscheidung jedoch auf die heutige übertragbar ist: OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1147.
244 Siehe hierzu BGH NJW-RR 1989, 625 für den Ausschluss der Gewährleistung bei handelsüblichen Holzmusterabweichungen.
245 Vgl. BGH NJW 1980, 2800.
246 BGH NJW 1980, 2800.
247 Erman/Roloff § 309 BGB Rn. 95, 96; Marly Rn. 1805.
248 Däubler NJW 2001, 3729 (3732).
249 OLG München CR 1987, 506.
250 BGH MDR 1998, 143; AG Mannheim NJW-RR 1997, 560; vgl. auch OLG Jena WRP 2014, 92.
251 AG Mannheim NJW-RR 1997, 560 (561).

langen kann. Nur bei Verbrauchergeschäften, die nicht unter den Verbrauchsgüterkauf fallen, kommt § 309 Nr. 8 zum Tragen (siehe oben).

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, weil der rechtsunkundige Käufer den Eindruck haben könnte, dass er außer der Nachbesserung keine weiteren Rechte geltend machen kann.[252] § 309 Nr. 8b bb) sieht allerdings vor, dass dem anderen Vertragsteil ausdrücklich das Recht vorbehalten sein muss, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder bei Absatz von Bauleistungen nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten. Dem Kunden muss somit auch ein Recht auf Rücktritt oder Minderung bei fehlgeschlagenen Nacherfüllungen verbleiben.

Nach §§ 437, 439 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). Denkbar ist allerdings eine Beschränkung auf eine der beiden Nachbesserungsmöglichkeiten, etwa durch deutlichen Verweis auf die Möglichkeit der Mängelbeseitigung.

99 Zulässig dürfte eine Formulierung sein, die der BGH in einer früheren Entscheidung einmal gebilligt hat: „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."[253]

Für das Fehlschlagen der Nacherfüllung ist auf § 440 S. 2 abzustellen, der ein Fehlschlagen nach zwei Versuchen annimmt.

§ 439 Abs. 5 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 (§ 309 Nr. 8b dd)).

b) Reichweite von § 307 BGB

100 Im Rahmen von § 307 kommt das Grundmodell von § 308 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.[254] Eine Beschränkung zum Beispiel auf das Minderungsrecht ist auch zwischen Unternehmen AGB-mäßig unzulässig.[255]

Die Rückgriffsrechte des Handelns gegenüber den „Hintermännern", sind insofern gestärkt, dass der Unternehmer nach § 478 Abs. 1 im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs als letztem Vertrag in der Lieferkette seine Lieferanten einfacher in Anspruch nehmen kann; die Beweislastumkehr des § 477 gilt dann modifiziert auch zugunsten des Verkäufers im Verhältnis zum Lieferanten. Auch hierzu regelt das Gesetz Fragen der vertraglichen Dispositivität. Nach § 478 Abs. 2 S. 1 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. 2 S. 2). Ein gleichwertiger Ausgleich kann etwa im Rahmen von pauschalisierten Abrechnungssystemen eingeführt werden. [256] Weiterhin gelten gemäß § 478 Abs. 3 die Beweislastumkehr (Abs. 1) und das Abweichungsverbot (Abs. 2) in einer Lieferkette solange fort, wie der jeweilige Verkäufer selbst Unternehmer ist.

252 Vgl. BGH NJW 1981, 1501; OLG Hamm BB 1980, 177; OLG Köln NJW 1988, 2477; vgl. auch OLG Stuttgart CR 1988, 296; OLG Köln CR 2000, 503.
253 BGH NJW-RR 1990, 886. Siehe auch OLG Köln CR 2000, 503.
254 BGH NJW 1981, 1501 (1502); BGH NJW-RR 1986, 52 (53).
255 BGH NJW 1981, 1501 (1502); BGH NJW 1993, 2436 (2438).
256 BT Drs. 14/6040, 249.

c) Reichweite von § 476 BGB

Diese inhärente Beschränkung macht die Klausel auch für Verbrauchsgüterkaufvereinbarungen gegenüber Verbrauchern unwirksam, da insofern eine Einschränkung des § 439 vorliegt, die nach § 476 Abs. 1 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. Nach § 476 Abs. 1, S. 1 haben die Vorschriften über die Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln zwingenden Charakter, sodass weder das Recht des Käufers auf Nacherfüllung/Nachlieferung noch die Rechte auf Minderung oder Rücktritt nachteilig verändert, bzw. ausgeschlossen werden dürfen. Bei einem Vertrag zwischen einem Verbraucher/Käufer und einem Unternehmer/Verkäufer ist daher eine Regelung, die ein primäres Nacherfüllungsrecht des Verkäufers anordnet, als unwirksam gem. § 476 Abs. 1 S. 1 zu qualifizieren. Denn eine unbedingte Verkoppelung von Nacherfüllungsmöglichkeit mit subsidiärer Minderungs- oder Rücktrittsmöglichkeit würde die Rechte des Käufers nach § 439 beschränken. **101**

Ohnehin hat der Käufer im Rahmen des Vorrangs der Nacherfüllung auch vor der Minderung grundsätzlich erst den Anspruch auf Nacherfüllung durchzusetzen. Rücktritt und Minderung sind jedoch nicht ausschließlich beim Fehlschlagen der Nacherfüllung möglich; vielmehr nennen §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 und § 440 S. 2 eine Reihe von Gründen, bei denen eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich ist, ein Fehlschlagen mithin nicht erforderlich. Eine AGB-mäßige Beschränkung von Rücktritt und Minderung auf solche Fälle des Fehlschlagens der Nachbesserung würde damit §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 und § 440 S. 2 konterkarieren und wäre damit ein Verstoß gegen § 476 Abs. 1.

4. Kosten der Nacherfüllung

Wie so häufig versuchen Verkäufer, die Kosten der Nacherfüllung auf den Käufer abzuwälzen. Zentrale Bedeutung haben im Ausgangspunkt nunmehr §§ 439 Abs. 2, 3, 635 Abs. 2, wonach die Kosten der Nacherfüllung beim Kaufvertrag der Verkäufer, beim Werkvertrag der Unternehmer zu tragen hat. **102**

a) Reichweite von § 309 BGB

Verboten sind Klauseln, wonach die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen auf den Käufer übertragen werden sollen (§ 309 Nr. 8b cc)). 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 an den Kosten zu beteiligen habe.[257] Gleiches gilt für die Formulierung: „Der Transport der Ware zum Zwecke der Reparatur erfolgt auf Kosten und Gefahr des Kunden."[258] Besonders gefährlich ist der Versuch, Wartung/Pflege von Software mit der Gewährleistung zu verquicken. Typisch hierfür ist folgende Klausel: „Die Nachbesserung erfolgt aufgrund einer gesonderten Auftragserteilung des Käufers/im Rahmen eines gesonderten Wartungsvertrags." Solche Versuche sind sämtlich unwirksam.[259] 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.

257 BGH NJW 1981, 867 (868).
258 LG München EzAGBG § 11 Nr. 10c Nr. 3; ähnlich OLG München NJW-RR 1986, 604 (605).
259 OLG Köln NJW-RR 1987, 1192f. BGH NJW 1988, 1726. Dazu auch ausführlich Peter in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. I Rn. 168ff.

b) Reichweite von § 307 BGB

103 Sollte im kaufmännischen Verkehr der Versuch unternommen werden, Nacherfüllungskosten auf den Käufer abzuwälzen, bleibt § 307 zu prüfen. Zu bedenken sind insofern die gesetzlich vorgeschriebenen Rechte des Käufers nach §§ 437 Nr. 1, 439, 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). § 439 Abs. 2 bestimmt darüber hinaus, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat. Diese vertragswesentlichen Pflichten des Verkäufers lassen sich nicht zu Lasten des Käufers abwälzen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2). § 439 Abs. 2 statuiert, 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. Ferner beruht § 439 Abs. 1 Var. 2 auf Art 3 der Richtlinie 1999/44/EG und ist somit richtlinienkonform auszulegen.[260] Die „Lieferung einer mangelfreien Sache" erfasst nach einer Entscheidung des EuGH sowohl den Ausbau und die Entsorgung der mangelhaften Sache, als auch den Einbau der ersatzweise gelieferten mangelfreien Sache.[261] Das spiegelt sich seit der Kaufrechtsreform auch in § 439 Abs. 3 n. F. wieder, wonach die Aufwendungen für das Entfernen der alten Sache und den Einbau der neuen Sache vom Verkäufer zu tragen sind. Die Richtlinie 1999/44/EG regelt zwar nur die Rechte beim Verbrauchsgüterkauf, mit der Regelung des § 439 Abs. 3 im BGB entschied der Gesetzgeber[262] sich aber insoweit für eine „überschießende" Umsetzung, als § 439 Abs. 3 auch für Unternehmer gilt.[263] Entgegen der früheren Rechtslage[264] besteht die Verpflichtung zur Übernahme von Ein- und Ausbaukosten daher nicht mehr nur für einen Verbrauchsgüterkauf i. S. d. § 474, sondern nun auch im unternehmerischen Verkehr. Für Verträge, die vor dem 01.01.2018 geschlossen wurden, gilt jedoch gemäß Art. 229 § 39 EGBGB weiterhin die alte Rechtslage und somit die Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Auslegung.[265]

c) Reichweite von § 476 BGB

104 Diese Überlegungen gelten auch für den Verbrauchsgüterkauf. § 476 schließt ausdrücklich eine Regelung aus, die die Rechte des Verbrauchers nach § 439 schmälern würde. Hierzu zählt auch jedweder Versuch, Kosten für eine Nacherfüllung in Rechnung zu stellen.

d) Reichweite von § 138 BGB

105 Sofern Unternehmer mit Unternehmern individualvertraglich eine Übernahme von Nacherfüllungskosten vereinbaren, kann aus § 476e contrario geschlossen werden, dass Individualverträge im Bereich B2B hinsichtlich der Kostenübernahme zulässig sind.

5. Rügepflichten

106 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.

260 BGH NJW 2013, 220 (221).
261 EuGH NJW 2011, 2269 (2272).
262 BT-Drucks. 18/8486, 39.
263 BeckOK BGB/Faust § 439 Rn. 84.
264 Vgl. noch zur alten Rechtslage: BGH NJW 2014, 2184; BGH NJW 2013, 221.
265 BeckOK BGB/Faust § 439 Rn. 85.

a) Reichweite von § 309 BGB

Nach § 309 Nr. 8b ee kann der Verwender für nicht-offensichtliche Mängel eine Anzeigefrist setzen; diese darf aber nicht kürzer sein als die gesetzliche Gewährleistungsfrist nach maximal zulässiger Verkürzung gem. § 309 Nr. 8b ff.

Unwirksam sind daher Klauseln wie:
- „Alle Mängel sind binnen drei Monaten anzuzeigen."
- „Mängel müssen unverzüglich bei Ablieferung gerügt werden. Ansonsten ist jegliche Gewährleistung und Haftung für solche Mängel ausgeschlossen."[266]

107 Für offensichtliche Mängel hingegen, die nicht von § 309 Nr. 8b ee erfasst werden, sind Ausschlussfristen zulässig, solange dem Vertragspartner eine angemessene Zeit zur Prüfung und Entscheidung eingeräumt wird, die wiederum nach § 307 zu beurteilen ist.[267] Ausreichen wird hier regelmäßig eine „Prüf- und Überlegungszeit" von zwei Wochen.[268] Die Frist beginnt mit Übergabe der Sache. Die fristvereinbarende Klausel muss den Begriff „offensichtlicher Mangel" verwenden; folgende Formulierungen sind unwirksam:
- „Sichtbare Mängel sind unverzüglich zu rügen."[269]
- „Erkennbare Mängel sind schriftlich binnen vierzehn Tagen geltend zu machen."[270]

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."[271]
- „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 unwirksam.[272] Zulässig ist demgegenüber eine Klausel des Wortlauts: „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen ab Übergabe der Ware schriftlich zu rügen."

Wichtig ist eine Vergegenwärtigung des weiten Mangelbegriffs des BGB. Zum Mangel zählen auch die Fälle der Falsch- und Zuweniglieferung (§ 434 Abs. 3). Diese beiden Konstellationen sind auch Gegenstand einer denkbaren Regelung zur Rügepflicht und sollten auch in den AGB als solche ausdrücklich genannt werden.

b) Reichweite von § 307 BGB

108 Zwischen Unternehmern ist zu bedenken, dass im Rahmen von § 310 die Rügepflichten zwischen Kaufleuten eine zentrale Rolle spielen. § 377 HGB verpflichtet die Kaufleute für Mängel und Falschlieferungen 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 unterscheidet sich insofern von der Grundkonzeption des BGB, das auf die Offensichtlichkeit abstellt. Es lässt sich daher aus § 309 Nr. 8 nicht der Rückschluss ziehen, dass auch bei offensichtlichen Mängeln im unternehmerischen Bereich eine Beschränkung der Gewährleistung ausgeschlossen ist. Im Übrigen kommt eine Anwendung der Grundzüge zur Inhaltskontrolle nicht in Betracht, sofern lediglich die Rügepflichten aus dem HGB in die AGB integriert werden (§ 305b). Ausgeschlossen sind allerdings erhebliche Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des HGB, insbesondere auf die Länge der Prüfungspflichten. Unzulässig ist es ferner, das Rügerecht an anderen Umständen festzumachen,

266 BGH NJW-RR 1986, 52 (53); ähnlich OLG Hamm NJW-RR 1987, 311 ff.
267 BeckOK BGB/Becker § 309 Nr. 8 Rn. 44.
268 BeckOK BGB/Becker § 309 Nr. 8 Rn. 44 m. w. N., in Anlehnung an zweiwöchige Widerrufsfrist nach § 355.
269 OLG Stuttgart BB 1979, 908; BGH NJW 1985, 855; LG Köln NJW 1986, 67.
270 LG München I EzAGBG § 11 Nr. 10e Nr. 9.
271 LG Köln NJW 1986, 67 (69).
272 OLG München NJW-RR 1987, 661 (664).

etwa an einer Bearbeitung oder Umgestaltung der Ware.[273] Klauseln in den AGB eines Unternehmers, die gegenüber einem Lieferanten verwendet werden, nach der im Falle der Nachlieferung neuer oder nachgebesserter Sachen durch den Lieferanten, die Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt, hat der BGH als nach § 307 unwirksam angesehen.[274] Gleiches gilt für Klauseln, die vermuten, dass ein Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen habe, wenn der Gefahrübergang nicht mehr als 12 Monate zurückliegt, durch die der Unternehmer in dringenden Fällen ein Recht zur Selbstbeseitigung auf Kosten des Lieferanten bekommt, durch die der Lieferant auch Schadensersatz gem. § 437 für unverschuldete Rechtsmängel zu leisten hat und für solche, durch die die Verjährung der Ansprüche wegen Rechtsmängeln auf zehn Jahre nach Lieferung erweitert wird.[275] Wirksam hingegen sei die Verlängerung der Verjährungsfrist auf 36 Monate ab Gefahrübergang.[276]

c) Reichweite von § 476 BGB

109 Beim Verbrauchsgüterkauf kommt eine Einführung von Rügepflichten nicht in Betracht. § 437 sieht Rechte des Käufers ohne Rücksicht auf die Einhaltung von Rügepflichten vor. § 476 Abs. 1 verbietet die Abweichung von diesem gesetzlichen Modell zu Lasten des Verbrauchers. Diese harte Regelung wird durch § 442 Abs. 1 S. 2 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 den AGB, wonach die Ware innerhalb einer Woche nach Empfang zurück gesandt werden muss, ist nach einer Entscheidung des Kammergerichts nichtig.[277] Damit gaben die Richter einem Online-Shop-Betreiber 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.[278] 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 Artikel" verwiesen wurde. Nach einem weiteren Richterspruch des LG Waldshut-Tiengen können Online-Händler das Rückgaberecht mangelhafter Ware auch nicht dadurch ausschließen, dass sie in ihren AGB die Rückgabe ausschließlich der Originalverpackung erlangen.[279]

d) Reichweite von § 138 BGB

110 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.").

Neben der Verkürzung der Mängelrüge haben einige Händler in der Vergangenheit mittels AGB darüber hinaus versucht, das für Fernabsatzverträge geltende Widerrufsrecht auszuschließen. Demnach kann der Kunde gemäß § 312g Abs. 1 iVm § 355 Waren ohne Wenn und Aber sowie ohne Angaben von Gründen zwei Wochen lang zurückgeben, wenn er diese über einen Onlineshop geordert hat. Nach § 312c Abs. 2 gilt dies auch für

273 BGH NJW 1985, 3016 (3016 f.).
274 BGH NJW 2006, 47 (48).
275 BGH NJW 2006, 47 (49).
276 BGH NJW 2006, 47 (47 f.).
277 KG Berlin CR 2005, 255.
278 LG Hamburg CR 2004, 136 (136 ff.).
279 LG Waldshut-Tiengen WRP 2003, 1148.

telefonische Bestellungen. Das Widerrufsrecht kann gem. § 312k Abs. 1 nicht zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen oder umgangen werden. Das Widerrufsrecht gilt aber nicht uneingeschränkt. Sobald etwa die Versiegelungen von CDs, DVDs oder CD-ROMs entfernt wurden, ist die Rückgabe gem. § 312g Abs. 2 Nr. 6 ausgeschlossen. Gleiches gilt nach § 312g Abs. 2 Nr. 1 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.[280]

7. Abnahmebestätigungen

In der EDV-Branche sind Abnahmebestätigungen beliebt. Meist scheitern sie aber AGB- **111**
rechtlich daran, dass sie einem Gewährleistungsausschluss nahe kommen und deshalb nach § 309 Nr. 8b aa) (s. o.) unwirksam sind. Dies gilt etwa für Klauseln wie „Der Käufer erkennt die Ware als mangelfrei an."[281] oder „Anlage in Ordnung übergeben".[282]

Im Übrigen sieht § 308 Nr. 5 vor, dass eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners als abgegeben gilt, unwirksam ist, sofern dem Vertragspartner nicht wenigstens eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird. Aus diesem Grund ist folgende Formulierung unbrauchbar: „Die Software gilt als abgenommen, wenn der Anwender nicht innerhalb von zwei Wochen schwerwiegende Mängel mitteilt."

8. Ausschluss der Haftung

Es fragt sich als Nächstes, ob abseits der Gewährleistung Beschränkungen der Haftung **112**
eingeführt werden können.

a) Reichweite von § 309 BGB

Zunächst fragt sich, welche Wertungen § 309 für den Bereich der B2C-Transaktionen abseits des Verbrauchsgüterkaufs vorsieht.

aa) *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 geht vom Grundgedanken aus, dass Haftung und Gewährleistung nebeneinander bestehende Rechte sind und sich wechselseitig ergänzen. Würde daher ein Unternehmen 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 bzw. § 476 Abs. 1.

bb) *Klauselverbote in § 309.* Die Haftung für Sachmängel ist kaum beschränkbar. **113**
Das BGB verbietet Beschränkungen der Haftung für

- arglistiges Verhalten (§ 444),
- das Bestehen von Garantien (§ 444),
- die Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit (§ 309 Nr. 7a),
- die Haftung für grobes Verschulden (§ 309 Nr. 7b),

280 BGH NJW 2003, 1665 (1666 f.).
281 LG Frankfurt NJW-RR 1986, 1055; BGH NJW 1983, 2026.
282 Vgl. OLG Düsseldorf CR 2002, 324.

– Ansprüche aus Produkthaftungsgesetz (§ 14 ProdHaftG).

Zu beachten ist, dass das Element der Garantie den alten Gedanken der Zusicherung ersetzt hat. Im Übrigen hat die alte Rechtsprechung zum AGBG, insbesondere zu den Kardinalpflichten bei § 9 Abs. 2 AGBG, Bestand. Denn § 307 Abs. 2 Nr. 2 wiederholt insoweit den Wortlaut des AGBG. Allerdings sieht der BGH auch bei B2B-Verträgen ein Transparenzproblem darin, den Begriff der Kardinalpflichten ohne nähere Erläuterung in AGB zu verwenden.[283] 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. Ausprägung des Transparenzgebotes ist schließlich auch, dass sich die Rechte und Pflichten, die sich für die Parteien aus der jeweiligen Klausel ergeben, hinreichend konkret darstellen.[284] Von einem durchschnittlichen Vertragshändler als juristischem Laien könne hingegen nicht erwartet werden, dass er den Inhalt der BGH-Rechtsprechung zu den so genannten „Kardinalpflichten" kenne. Für den Begriff der „vertragswesentlichen Regelung" gilt das gleiche, wenn keine nähere Konkretisierung etwa durch die Nennung von Beispielen erfolgt.[285] Eine selbständige Garantieverpflichtung i. S. d. § 443 kann auch alleine 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.[286]

114 Darüber hinaus sind die Verweise auf Gesundheitsschäden und Garantien zu beachten. Hier ist besonders der Rekurs auf die „Garantien" fatal. Hierunter verstand man freiwillige Herstellerzusagen. Solche Garantien sollen von Haftungsfreistellungen ausgenommen werden. Hat der AGB-Verwender individualvertraglich ein Beschaffungsrisiko i. S. v. § 276 Abs. 1 oder eine Garantie i. S. v. § 443[287] übernommen, so hat er damit seine unbedingte – verschuldensunabhängige – Einstandspflicht begründet. Eine Klausel, die sich dem zuwider am Schuldmaßstab des § 276 ausrichtet und eine Haftung nur bei Verschulden vorsieht, verstößt dann gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2, 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 Garantiehaftung formularmäßig auszubedingen, wenn und soweit eine derartige Einstandspflicht nicht Ergebnis eines Individualvertrags, sondern nur eine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 bzw. § 634 ist.[288]

Unwirksam sind folgende Vertragsbestimmungen:

– „Jede Haftung für Mängel wird ausgeschlossen."
– „Für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers wird nicht gehaftet."[289]
– „Wir haften nicht für Mangelfolgeschäden, Datenverlust und entgangenen Gewinn."[290]
– „Wir haften für Schäden (…) bis zur Höhe von … Euro."[291]
– „Wir schließen jegliche Haftung, soweit gesetzlich zulässig, aus."[292]

283 BGH NJW-RR 2005, 1496 (1505).
284 BeckOK BGB/Schmidt § 307 Rn. 45.
285 BGH NJW 2016, 2101 (2103).
286 OLG Frankfurt BB 2009, 2225.
287 Gleiches gilt für § 639 BGB im Werkvertragsrecht.
288 Graf v. Westphalen NJW 2002, 12 (18).
289 OLG Köln DAR 1982, 403.
290 OLG Hamm CR 2000, 289 (290); LG Bayreuth DB 1982, 1400.
291 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 NJW 1985, 3016; BGH NJW 1980, 1953; Erman/Hefermehl § 11 Nr. 7 AGBG Rn. 15). Wann dies in concreto der Fall war, ließ sich jedoch kaum feststellen; demnach war und ist die Klausel auf jeden Fall zu gefährlich.
292 Ein solcher Rettungsanker ist nicht erlaubt; er gilt als unzulässige salvatorische Klausel. Siehe BGH NJW 1987, 1815 (1818); BGH NJW 1985, 623 (627); OLG Stuttgart NJW 1981, 1105 (1106).

– „Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus."[293]
– „Wir haften für grob fahrlässig verursachte Schäden nur dann, wenn diese unverzüglich gemeldet werden."[294]
– „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 des Produkthaftungsgesetzes 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, sodass die Daten mit vertretbarem Aufwand rekonstruiert werden können."[295]

Zulässig bleibt nur eine Klausel wie folgt:

„Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern nicht **115** Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betreffend oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags 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. Weiterhin sind auch solche Bestimmungen unwirksam, die die Verjährungsfrist für Mängelansprüche des Käufers verkürzen, „wenn die [in § 309 Nr. 7a und b genannten] Schadensersatzansprüche nicht von der Abkürzung der Verjährungsfrist ausgenommen" sind.[296]

b) Reichweite von § 307 BGB

Für den Bereich des B2B kommt § 307 zum Tragen. Die Haftung für Zusicherungen ist **116** ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung und daher auch für den kaufmännischen Verkehr nicht beschränkbar. Dem entspricht die Regelung des § 444 mit Verweis auf übernommene Garantien. Auch die Haftung für arglistig verschwiegene Mängel kann durch AGB nach § 444 nicht ausgeschlossen werden. Gleiches gilt für die Haftung für grob fahrlässiges Handeln.[297] Die Wertung des § 309 Nr. 7b findet daher bei § 307 Abs. 1 Anwendung.[298] Die Verletzung von Kardinalpflichten spielt im Rahmen der Inhaltskontrolle eine Rolle;[299] man wird i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 2 annehmen dürfen, dass Haftungsklauseln den Bereich der Verletzung von Kardinalpflichten ausnehmen müssen, da sonst der Vertragszweck gefährdet würde.

Wirksam sind Haftungsbegrenzungen auf nicht vorhersehbare Schäden.[300] Nach Auffassung des BGH ist darüber hinaus ein Haftungsausschluss für entfernt liegende Schäden möglich.[301] Dies sieht auch das UN-Kaufrecht in Art. 74 so vor. Auch kann in den AGB

293 BGH NJW 1968, 1567 (1568) = BGHZ 49, 356 (363).
294 BGH NJW 1999, 1031 (1032). Über das Setzen solcher kurzen Ausschlussfristen hinaus ist auch in der Abkürzung der Verjährungsfrist eine unzulässige Haftungserleichterung zu sehen, vgl. BGH VersR 1983, 339.
295 Z. B. zu finden in den AGB unter https://www.wg-systems.de/wp-content/uploads/AGB_WG_SYSTEMS.pdf (letzter Abruf: 5.3.2020).
296 BGH NJW 2013, 2584 (2585).
297 BGH NJW 1978, 1918.
298 BGH NJW-RR 2015, 738 (739).
299 Siehe zum AGBG BGH NJW 1993, 335; BGH NJW 1985, 3016; BGH NJW-RR 2005, 1496.
300 Siehe BGH NJW 1984, 1350 (1351).
301 Siehe dazu BGH NJW 1993, 335; BGH NJW 1985, 3016 (3018).

die Haftung auf eine bestimmte Höchstsumme begrenzt werden. Dies gilt jedoch nicht für typischerweise vorhersehbare Schäden.[302]

c) Reichweite von § 476 BGB

117 § 476 Abs. 3 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". Es verbleibt daher insofern bei der Inhaltskontrolle insbesondere nach § 309 Nr. 7b und den dazu oben angestellten Überlegungen.

d) Reichweite von § 138 BGB

118 Für Individualverträge kommt § 138 zum Tragen, der einen gänzlichen Haftungsausschluss verbietet, im Übrigen aber Spielraum für Beschränkungen zulässt.

9. Vertragsaufspaltung durch AGB

119 Fraglich ist, ob Lieferanten ihre Verträge über AGB aufspalten können. Denkbar wäre etwa, dass in den AGB darauf hingewiesen wird, dass die Ausübung von Gewährleistungsrechten keinen Einfluss auf weitere Verträge haben soll.[303] Ein Teil der Literatur sieht darin eine überraschende Klausel i. S. v. § 305c Abs. 1.[304] Diese Meinung reduziert aber das Problem der Trennungsklauseln auf die Frage der äußerlichen Deutlichkeit solcher Bestimmungen. Ebensowenig überzeugt der Hinweis auf § 305b. Zwar verweisen einige Stimmen in der Literatur darauf, dass die Parteien in diesen Fällen regelmäßig eine vorrangige Individualabrede annehmen, die der klauselmäßigen Entkoppelung vorgeht.[305] Häufig findet sich aber eine solche Individualabrede nicht. Dem Richter stehen dann nur die AGB zur Auslegung des Vertragsinhalts zur Verfügung. Entscheidend ist demnach die Weichenstellung über § 307 Abs. 2 Nr. 2. Enthält ein Klauselwerk eine Trennungsklausel, kann diese zunächst einmal die Tatsache wiederholen, dass Hard- und Softwarevertrag getrennt zu betrachten sind. Trifft dies aber nicht zu, schafft die Klausel eine Trennung, wo keine ist. Sie umgeht die gesetzlichen Regelungen, die einen Zusammenhang zwischen beiden Verträgen nahe legen und nimmt dem Kunden das zentrale Recht zum Gesamtrücktritt. Ein solcher Eingriff führt dann zur Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 2.[306]

10. Verjährung

120 Schwierig ist die Beurteilung von Klauseln, die die Verjährung von Ansprüchen erschweren oder (umgekehrt) erleichtern.

a) Reichweite von § 309 BGB

Nach § 309 Nr. 8 lit. a ff) 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 und § 634a Abs. 1 Nr. 2 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 regelt die Haftung bei Bauwerken und -materialien; § 634a Abs. 1 Nr. 1 die Haftung für Bauwerke und Werke, deren Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht. Insofern besteht eine „AGB-feste" fünfjährige Verjährungsfrist, etwa für den Erwerb von Software, die integraler Bestandteil von Bauwerken ist.[307] Abseits dieser Spezialfälle greift der Verweis in § 309 Nr. 8 lit. a ff) 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 Werkverträgen im B2C-Bereich geht.

Zu beachten ist allerdings, dass § 309 Nr. 8 lit. a ff) nur für Klauseln greift, die Schadensersatzansprüche betrifft (vgl. § 476 Abs. 3). Für alle anderen Gewährleitungsansprüche gilt bei einem Verbrauchsgüterkauf die speziellere Regelung des § 476 Abs. 2. Danach „kann die Verjährung der in § 437 bezeichneten Rechte [...] vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt". Somit kann die Verjährungsfrist bei der Lieferung neuer Sachen nur auf zwei Jahre verkürzt werden, unabhängig davon, ob es sich um AGB oder eine Individualvereinbarung handelt.[308]

Zu beachten ist ferner § 309 Nr. 7a und b. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist steht im Haftungsfalle einer Beschränkung der gesetzlichen Haftung gleich.[309] Insofern stehen Verjährungsregelungen unter dem doppelten Vorbehalt der unzulässigen Verkürzung und der verkappten Gewährleistungsbeschränkung.

Allerdings ergeben sich hier schwere Abgrenzungsprobleme. § 309 Nr. 8b 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 Mangelunwert einer Sache zurückzuführen ist oder nicht. Für nicht-mangelbezogene Ansprüche kann die Verjährung im Rahmen von § 307 geregelt werden, wobei gleichzeitig zu bedenken ist, dass § 202 Abs. 1 eine Verjährungsverkürzung in Bezug auf vorsätzliches Handeln ausschließt.

§ 309 Nr. 8 gilt ferner nur für die Lieferung neuer Waren. Gebrauchtprodukte fallen nicht unter die Regelung. Hier ist auf § 307 zu achten (siehe dazu unten). Bei Software, die bereits genutzt und im Anschluss weiterverkauft wird, ist trotz fehlendem Verschleiß von einer gebrauchten Sache auszugehen.[310]

b) Reichweite von § 307 BGB

121 Diese Überlegungen dürften auch für den Fall der B2B-Geschäftsbedingungen gelten. Hier kommt nach § 307 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 entfaltet auch Indizwirkung für den kaufmännischen Verkehr.[311] Die Wertungen des § 309 Nr. 8 lit. a ff) können über § 307 ebenfalls im B2B-Bereich herangezogen werden, sodass auch dort eine Verkürzung der Verjährung nur auf mindestens fünf Jahre bzw. ein Jahr möglich ist.[312] Anders als nach altem Recht spielt aber bei der geforderten Gesamtbetrachtung keine entscheidende

302 Siehe dazu BGH BGHZ, 77, 126 (130 ff.) = NJW 1980, 1953; BGH NJW 1993, 335 (336); siehe auch OLG Köln NJW-RR 1998, 997 = VuR 1997, 363.
303 Siehe Zahrnt 6.4.1. zu 3.2.
304 So etwa Moritz/Tybusseck, Rn. 86.
305 Köhler/Fritzsche in: Lehmann XIII Rn. 217; Schmidt in: Lehmann, XV Rn. 21; Zahrnt 6.4.1. zu 3.2.
306 So auch Schmidt in: Lehmann XV Rn. 21; Graf v. Westphalen CR 1987, 477 (484).
307 BGH NJW-RR 2003, 1320; BGH MDR 2003, 1045.
308 Marly Rn. 1801.
309 OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 440.
310 Marly Rn. 1801.
311 So der BGH zur alten Rechtslage nach dem AGBG: BGH NJW 1993, 2054.
312 BGH NJW 2014, 206 (208).

Rolle mehr, dass die gesetzlichen Verjährungsfristen unangemessen kurz sind. Aus der alten Rechtsprechung lässt sich vielmehr nur der Grundgedanke entnehmen, dass die Verkürzung der Verjährung dem Käufer noch die Gelegenheit geben 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.[313] Unwirksam ist ebenfalls eine Vorverlegung des Verjährungsbeginns vor den Moment der Ablieferung.[314] Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, jedenfalls für den Regelfall eine Verkürzung auf unter einem Jahr auch für den rein unternehmerischen Bereich nicht zuzulassen.

c) Reichweite von § 476 BGB

122 § 476 verbietet Vereinbarungen, die von den Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf (Untertitel 3) abweichen. Zu diesen gesetzlichen Vorgaben zählt auch § 445b Abs. 2, der die Verjährung von Regressansprüchen des Unternehmers gegen seinen Lieferanten regelt (§ 478 Abs. 2). Allerdings sind diese Ansprüche keine, die das Verhältnis Unternehmer – Verbraucher betreffen. Insofern greift § 476 Abs. 1 nicht. Wichtiger ist § 476 Abs. 2, 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). Insofern lässt das BGB beim Verbrauchsgüterkauf eine Verkürzung der Verjährung allenfalls für gebrauchte Sachen zu.

d) § 138 BGB

123 Individualvertraglich sind Abreden zur Verjährungsverkürzung zulässig. Zu beachten ist, dass die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden darf (§ 202 Abs. 1). Ausgenommen von Verjährungsregelungen sind ferner der Bereich der Garantie (§ 444), da eine Verjährungsverkürzung insofern einem unzulässigen Gewährleistungsausschluss gleichkäme. Aber auch bei Individualvereinbarungen ist im Rahmen von Verbraucherverträgen § 476 Abs. 2 zu beachten.[315]

e) Verjährungsverlängerung

124 Zunächst ist zu bedenken, dass die Verjährung über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren hinaus nicht erschwert werden darf (§ 202 Abs. 2). Damit sind zwar verjährungsverlängernde Vereinbarungen in den Grenzen von § 202 Abs. 2 nunmehr erlaubt, dies aber nur in Individualvereinbarungen. Für die AGB-Prüfung ist entscheidend, dass die Gewährleistungsfristen bereits gesetzlich sehr zugunsten des Kunden verändert worden sind. Damit ist es nicht mehr notwendig, eine wesentliche Verlängerung der Verjährungsfristen über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus zuzulassen. Eine übermäßige Kundensicherung und damit einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 wird man wahrscheinlich schon bei einer Verlängerung von 24 auf 36 Monaten bejahen können.[316]

11. Platform-to-business-Verordnung

125 Durch die Platform-to-business-Verordnung (P2B-VO),[317] die ab dem 12.7.2020 unmittelbare Wirkung in den EU-Mitgliedstaaten entfaltet, werden im Anwendungsbereich der Verordnung die allgemeinen Regelungen der §§ 305 ff. zu AGB modifiziert.[318]

313 BGH NJW 1981, 1510 (1511).
314 BGH NJW 1981, 1510 (1511). Siehe auch Redeker in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. D Rn. 500.
315 Marly Rn. 1801.
316 AA MüKoBGB/Grothe § 202 Rn. 12.
317 Verordnung 2019/1150/EU.
318 Kohser/Jahn GRUR-Prax 2020, 273 (273 ff.); Voigt/Reuter MMR 2019, 783 (784 f.).

Die P2B-VO findet gem. Art. 1 Abs. 2 Anwendung auf Vertragsbeziehungen zwischen Betreibern von Online-Plattformen und gewerblichen Nutzern mit Sitz in der Europäischen Union, die über die Online-Plattformen ihre Waren oder Dienstleistungen an in der Europäischen Union befindliche Verbraucher-Kunden anbieten können. Damit konkurrieren die Regelungen der Verordnung mit den allgemeinen Regelungen der §§ 305 ff. im B2B-Bereich.[319]

Gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a P2B-VO sind Plattformbetreiber verpflichtet, sicherzustellen, dass ihre AGB klar und verständliche formuliert sind. Dies entspricht weitestgehend den Anforderungen des deutschen Transparenzgebotes aus § 307 Abs. 1 S. 2.[320]

Es fehlt der P2B-VO jedoch an einer der deutschen Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 vergleichbaren Regelung. Daher stellt sich die Frage, ob im Anwendungsbereich der Verordnung eine Inhaltskontrolle neben der Transparenzkontrolle überhaupt noch zulässig ist. Falls die P2B-VO in ihrem Anwendungsbereich hinsichtlich der Kontrolle von AGB abschließende wäre und so eine Sperrwirkung entfaltete, wäre ein Rückgriff auf die Inhaltskontrolle nach deutschem Recht verwehrt. Gegen eine solche Sperrwirkung spricht allerdings entscheidend Art. 1 Abs. 4 S. 1 P2B-VO, nach dem solche Vorschriften der Mitgliedstaaten unberührt bleiben, durch die im Einklang mit dem Unionsrecht einseitige Handlungen oder unlautere Geschäftspraktiken verboten oder geahndet werden, soweit die relevanten Aspekte nicht durch diese Verordnung geregelt werden.[321]

Falls AGB den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 P2B-VO nicht genügen oder die vom Plattformbetreiber vorgenommenen Änderungen der AGB den Bestimmungen von Art. 3 Abs. 2 P2B-VO zuwiderlaufen, sind sie gem. Art. 3 Abs. 3 P2B-VO nichtig. Diese Rechtsfolge entspricht dem Grundgedanken des § 306 Abs. 1. Darüber hinaus führt Art. 3 Abs. 3 P2B-VO nach Erwägungsgrund 20 der Verordnung entgegen § 306 Abs. 2 zur absoluten Nichtigkeit – erga omnes und auch ex tunc, sodass kein Raum für einen Rückgriff auf dispositives Ersatzrecht besteht.[322]

In Art. 8 lit. a P2B-VO als einziger materiell-rechtlicher Norm der P2B-VO ist das grundsätzliche Verbot einer rückwirkenden Änderung von AGB geregelt.[323] Die Rechtsfolge bei Verstößen ergibt sich mangels ausdrücklicher Regelung in der Verordnung aus dem nationalen Recht.[324] Da die Regelungen der P2B-VO wohl als Markverhaltensregelungen i. S. d. § 3a UWG einzuordnen sind, können sich bei Zuwiderhandlungen insbesondere auch Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüche für Mitbewerber aus § 8 Abs. 1 UWG ergeben.[325] Diese sind auch nicht durch die Regelungen des UklaG verdrängt.[326]

Art. 14 P2B-VO gewährt zudem Organisationen und Verbänden, die ein berechtigtes Interesse an der Vertretung gewerblicher Nutzer haben, ein eigenständiges Verbandsklagerecht.[327]

12. Musterklausel Gewährleistung/Haftung

126 Bei allen Gefahren und Risiken, die in Musterklauseln und Geschäftsbedingungen stecken (siehe oben unter I.), sei hier abschließend der Versuch gewagt, eine halbwegs brauchbare und wirksame Gewährleistungs- und Haftungsklausel vorzustellen. Dabei übernimmt der Verfasser selbstverständlich keine Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit

319 Vgl. Graf v. Westphalen BB 2020, 579.
320 Voigt/Reuter MMR 2019, 783 (785); Graf v. Westphalen BB 2020, 579 (582).
321 Schneider/Kremer WRP 2020, 1128 (1131); Busch GRUR 2019, 788 (790); vgl. Wais EuZW 2019, 221 (226).
322 Graf von Westphalen BB 2020, 579 (585).
323 Schneider/Kremer WRP 2020, 1128 (1130); Höppner/Schulz ZIP 2019, 2329 (2335).
324 Schneider/Kremer WRP 2020, 1128 (1131).
325 Alexander WRP 2020, 945 (949); Trebess GWR, 2020, 233 (238); Voigt/Reuter MMR 2019, 783 (787).
326 Lindacher in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, UKlaG, 7. Aufl. 2020, Vor § 1 Rn. 29.
327 Höppner/Schulz ZIP 2019, 2329 (2336); Tribess ZD 2020, 440 (444).

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.

AGB-Vorschläge zur Gewährleistung (nicht für Verbrauchsgüterkauf)
Gewährleistung

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.

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.

(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.

Vorschläge zur Haftung (incl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 476 Abs. 3)
Haftung

Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern sie nicht Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betrifft oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.

VII. Besonderheiten bei Softwareerstellungsverträgen

127 Softwareerstellungsverträge, d. h. die Verträge über die Erstellung von Individualsoftware, sind historisch gesehen die ersten Formen von Vereinbarungen über Computerprogramme gewesen. In der Frühzeit der Datenverarbeitung bestand noch kaum ein Markt für Standardsoftware. Problemlösungen wurden individuell programmiert und auf den einzelnen Kunden zugeschnitten. Erst allmählich kam die Idee auf, die ehemaligen Individuallösungen mehrfach zu vermarkten. Mit dem PC-Markt und später auch im Großrechnerbereich über SAP erweiterten sich die Möglichkeiten, Standardkomponenten einzusetzen. Dennoch ist heute der Bereich der Individualsoftware immer noch von großer Bedeutung. Einerseits bestehen immer noch Spezialbereiche, für die Standardsoftware noch nicht entwickelt worden ist und zum Teil auch nicht entwickelt werden kann. Auf der anderen Seite werden heute im Rahmen größerer IT-Projekte Standardpakete zu Individuallösungen zusammengesetzt und auf die Bedürfnisse des einzelnen Kunden hin angepasst (Customizing).[328]

Der typische Softwareerstellungsvertrag ist ein komplexer Langzeitvertrag.[329] Mit der Erstellung und Abnahme der Programme ist es in den seltensten Fällen getan. Sehr häufig werden die Anforderungen an die Software in einem langwierigen und aufwändigen Trial-and Error-Verfahren erst gemeinsam von den Parteien entwickelt. Die Abnahme erfolgt in einzelnen Verfahrensabschnitten, die sich insgesamt über einen mehrjährigen Zeitraum erstrecken können. Auch nach der Abnahme wird die Software noch gepflegt und auftretende Störungen beseitigt, wobei die Grenze zwischen Erstellungsvertrag und Pflegevereinbarung fließend ist.

Wichtig ist eine klare Planung einer solch komplexen Vertragsbeziehung.[330] 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 dieses Pflichtenheftes wird dann eine Ausschreibung vorgenommen, mit der geeignete Softwarehäuser um die Übersendung von Kostenvoranschlägen gebeten werden. Schon in dieser Vor-Phase sollte man Letters of Intent und Vertraulichkeitsvereinbarungen mit allen Beteiligten abschließen, da diese viele Betriebsinterna sowohl aus der Sphäre des Softwarehauses als auch aus der des Anwenders erfahren.[331] Der Software-Erstellungsvertrag selbst besteht aus einem relativ kurzen Hauptvertrag mit ergänzenden Service-Level-Agreements, etwa zum Reporting, den Mitwirkungspflichten des Kunden, zum Pricing und zur Auditierung sowie zum Feinkonzept.[332]

1. Rechtsnatur

Wie der BGH bereits 1986 feststellte,[333] handelt es sich bei der Erstellung von Individualsoftware um eine Leistung, die typischerweise als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Allerdings ist dabei zu bedenken, dass das Leitbild des Werkvertrags hinsichtlich der Gewährleistung und Abnahme nicht hinreichend mit dem komplexen Langzeitcharakter mancher Erstellungsverträge in Einklang zu bringen ist. **128**

Verpflichtet sich der Lieferant neben der Lieferung von Standardsoftware zu nicht unerheblichen Anpassungsleistungen („Umstricken" bzw. „Customizing") an die individuellen Bedürfnisse des Anwenders, war jedoch lange Zeit umstritten, ob bei einem Software-Fehler die kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften anzuwenden sind.[334] Dieser Streit wurde insbesondere durch die Einführung des § 650 verstärkt, wonach für einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Doch der BGH hielt an seiner früheren Auffassung fest und bestätigte, dass ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen, auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software regelmäßig als Werkvertrag anzusehen sei.[335]

328 Dazu ausführlich Witzel in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. G R.n. 139.
329 Siehe dazu grundlegend Nicklisch Der komplexe Langzeitvertrag, 1987.
330 Siehe das Beispiel von Change-Request-Verfahren, in: Hoeren, IT-Vertragsrecht, 314.
331 Siehe Muster einer Vertraulichkeitsvereinbarung, in: Hoeren, IT-Vertragsrecht, 343.
332 Siehe dazu Berger, Service-Level-Agreements, Köln 2007; Schreibauer/Tarschka CR 2003, 557; Söbbing ITRB 2004, 257; Bischiof/Witzel ITRB 2003, 31 (32).
333 Vgl. BGH NJW 1987, 1259; OLG Stuttgart CR 1987, 857.
334 Vgl. Dörner/Jersch IuR 1988, 137 (142 f.); OLG Düsseldorf NJW 1989, 2627; OLG Köln CR 1992, 544; für das Kaufrecht OLG Hamm CR 1992, 206 = BB 1991, Beilage 33 S. 3; LG Konstanz CR 1991, 93.
335 BGH MMR 2010, 398.

In der Regel ist für den Anwender das Herbeiführen des Erfolges aus vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffen und die Übereignung des fertigen Werkes wesentlich (vgl. § 650). 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.[336]

Dies gilt auch im Falle eines Vertrags über die Erweiterung eines betriebsinternen Netzwerkes.[337]

Ist die Anpassungsleistung jedoch von untergeordneter Bedeutung, kommt ein Kaufvertrag mit werkvertraglicher Anpassungsleistung zustande. Unbedeutend ist aber z. B. noch nicht per se eine Anpassungsleistung, deren Wert ungefähr 10 v. H. des Gesamtwertes der Leistung erreicht.[338] Es ist vielmehr 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.

129 Die Berufungsgerichte nehmen bereits Werkvertragsrecht dann an, wenn zu der Lieferung von Standardsoftware noch eine Zusatzleistung (Installation, Schulung) erbracht wird. Wie oben bei den Softwareüberlassungsverträgen bereits dargestellt, gehen die Gerichte davon aus, dass in einem solchen Fall nicht der Erwerb des nackten Standardprodukts im Vordergrund stehe, sondern die Herstellung eines für den Kunden lauffähigen Systems. Diese Ansicht überzeugt dogmatisch nicht. Man muss bedenken, dass die Wahl des Werkvertragsrechts auch vor dem Hintergrund stattfand, dass die Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts von vielen Gerichten als überholt und unangemessen angesehen werden.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass es stets einer Einzelfallbetrachtung bedarf, indem der Schwerpunkt der Vereinbarung anhand der Gesamtumstände zu ermitteln ist.[339] Dabei ist nach Ansicht des BGH zu beachten, dass es sich bei der Erstellung von Individualsoftware in der Regel um einen Werkvertrag handelt.

130 Bei IT-Projekten ist auch die Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht von Bedeutung.[340] So ist häufig streitig, ob der Unternehmer durch eine Änderungskündigung bessere Konditionen für das Projekt erzwingen kann. Beim Werkvertrag ist dies nicht möglich. Hier hat der Besteller einen Anspruch auf Herstellung und Ablieferung eines (mangelfreien) Werkes. Die Abgrenzung zum Dienstvertrag richtet sich nach der Erfolgsorientiertheit des Vertragszweckes: Beim Dienstvertrag ist die Arbeit als solche geschuldet, beim Werkvertrag hingegen ein durch Arbeit herbeizuführender Erfolg.[341] Bei detaillierter Beschreibung des bezweckten Erfolges wird demnach regelmäßig ein Werkvertrag vorliegen. Verträge ohne Beschreibung des Erfolges und ohne zeitlichen Rahmen sind demgegenüber Dienstverträge.[342]

Schwierig ist auch die Einordnung der Personen, die bei IT-Projekten neben Auftraggeber und Auftragnehmer tätig sind. So findet 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.[343] Im Zweifel wird man auch bei „begleitenden Maßnahmen" oder im Vertrag erwähnten Leistungen des „Mitwirkens am Projekt" von einem Dienstvertrag ausgehen müssen.[344] Kommt es hingegen vor allem während der Projektlaufzeit auf die Kontrolle und Überprüfung an, kann darin ähnlich der Überwachung von Bauobjekten durch Architekten ein werkvertragliches Element gesehen werden.[345] Unter das Werkvertragsrecht fallen auch die Zeitplanung sowie das Kostencontrolling.

336 Vgl. Mehrings NJW 1986, 1904 und 1988, 2438; Hoeren, IT-Vertragsrecht S. 80; Diedrich CR 2002, 473 (475); Spindler/Klöhn CR 2003, 81 (82 f.); anders: Redeker CR 2004, 88 (89 ff.); Stichtenoth K&R 2003, 105 (109). So auch LG Hamburg BeckRS 2011, 13476. So mittlerweile auch der BGH MMR 2010, 398.
337 OLG Celle BeckRS 2001, 30183778.
338 OLG Köln NJW-RR 1993, 1529; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 345.
339 OLG Düsseldorf CR 2015, 216.
340 BGH NJW 2002, 3232.
341 BGH NJW 1984, 2406 (2406 f.).
342 Vgl. OLG Köln CR 1988, 734 (735); Müller-Hengstenberg CR 1988, 633 (634 f.).
343 OLG Dresden NJW-RR 2000, 652; ähnlich OLG Düsseldorf BauR 1999, 508.
344 S. OLG Düsseldorf NJW 1999, 3129.

345 Stemmer/Wierer BauR 1997, 935 (937).

2. Probleme der werkvertraglichen Gewährleistung

a) Fehler iSd § 633 BGB

Die Regelung zum Sachmangel ähnelt der des Kaufrechts. Gewährleistungsrechte werden nach § 633 Abs. 2 nicht nur durch Abweichungen von der vereinbarten oder vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit, sondern auch durch Differenzen zur gewöhnlichen Verwendung ausgelöst. Die Regelung des § 434 Abs. 1 S. 3 in Bezug auf Werbeaussagen wurde hingegen nicht übernommen; der Gesetzgeber ging davon aus, dass eine Werbung Dritter im Werkvertragsrecht faktisch kaum eine Rolle spielt. Da Händler und Hersteller im Werkvertragsrecht regelmäßig identisch sind, sind Werbeaussagen des Unternehmers Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarungen und lösen daher Gewährleistungsrechte aus. Zu beachten ist ferner, dass die im Kaufrecht bereits bei Ablieferung geschuldete Dokumentation (s. o.) im Werkvertragsrecht erst mit dem Abschluss der Arbeiten an dem Programm geschuldet ist.[346] Bei der Sollbeschaffenheit wird primär auf eine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung abgestellt. Daran fehlt es, wenn die Software ohne konkretes Pflichtenheft oder abseits eines solchen Pflichtenhefts ständig weiterentwickelt wird. „Fehlt jedoch ein Pflichtenheft, so schuldet der Auftragnehmer eine Softwarelösung entsprechend dem Stand der Technik bei Einhaltung eines mittleren Ausführungsstandards".[347] Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, ist die Abnahme der Software.[348] **131**

b) Gewährleistungsrechte

Der Besteller, nicht der Lieferant, hat ab der Abnahme der Software die Wahl zwischen folgenden Gewährleistungsrechten: **132**

aa) *Nacherfüllung.* Der Besteller kann zunächst Mängelbeseitigung durch Nacherfüllung verlangen (§ 634 Nr. 1 i. V. m. § 635). Anders als beim Kaufvertrag (§ 439 Abs. 1) kann der Besteller beim Werkvertrag nicht nach freier Wahl Mängelbeseitigung oder Neuherstellung verlangen. Das Wahlrecht liegt vielmehr nach § 635 Abs. 1 beim Unternehmer; er kann frei darüber entscheiden, in welcher Form er dem Begehren nach Nacherfüllung nachkommt. Der Unternehmer ist mit dem Herstellungsprozess befasst und kann daher aufgrund größerer Sachkunde besser beurteilen als der Besteller, 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.[349] Der Unternehmer kann die Nacherfüllung verweigern, wenn sie unverhältnismäßige Kosten erfordert (§ 635 Abs. 3) oder sie unmöglich ist (§ 275 Abs. 1). Ab wann von unverhältnismäßigen Kosten gesprochen werden kann, ist anhand einer Gesamtabwägung zu beurteilen.[350] Im Übrigen ist der Verweis in AGB auf Fehlerumgehungsmöglichkeiten nicht mit § 307 vereinbar, da sich der Anwender nicht auf (u. U. unzumutbare) Umgehungsmöglichkeiten einlassen muss.[351]

Ein Selbstbeseitigungsrecht des Bestellers mit Anspruch auf Kostenvorschuss oder Kostenerstattung besteht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung nicht zu Recht verweigern kann und eine Nachfristsetzung keinen Erfolg hatte (§§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, 3). Dabei spielt es für die Kostenerstattung keine Rolle, dass die Kosten für die Ersatzvornah- **133**

346 BGH CR 2001, 367 mAnm Hoene = NJW 2001, 1718.
347 LG Hamburg BeckRS 2011, 13476; siehe auch OLG Düsseldorf CR 1997, 732.
348 BGH NJW 2016, 2183.
349 BT-Drs. 14/6040, 265.
350 BGH NJW 2009, 2123.
351 A. A. Redeker in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. D Rn. 509.

me im Softwarebereich gerade wegen der schwierigen Fehlersuche hoch sein können.[352] Allerdings sind nur die erforderlichen Aufwendungen zu ersetzen, also solche, die ein „vernünftiger, wirtschaftlich denkender [Besteller] für angemessen halten durfte, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss".[353]

134 Die Nachfristsetzung ist ihrerseits entbehrlich, wenn der Werkunternehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert hat oder wenn dem Werkvertrag ein Fixgeschäft zugrunde liegt (§ 637 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2). Ferner ist die Fristsetzung nicht erforderlich, wenn die Mängelbeseitigung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist (§ 637 Abs. 2 S. 2). Ungeklärt ist, wie viele Nacherfüllungsversuche der Besteller dem Unternehmer zugestehen muss, bis von einem „Fehlschlagen" ausgegangen werden kann.[354] Dies kann allerdings nicht pauschal beantwortet werden, sondern hängt laut der Rechtsprechung stets vom Einzelfall ab.[355] Im Übrigen ist die Fristsetzung unbeachtlich, wenn die Parteien sich nachträglich auf eine Weitergeltung des Vertrags verständigen.[356]

135 Die Nacherfüllung ist einschließlich der Selbstvornahme eines der zentralen Behelfe bei Softwaremängelfällen. Dem Besteller geht es meist nicht darum, nachträglich vom Vertrag zurücktreten oder den Werklohn zu mindern. Vielmehr will er, nachdem bereits aufwändige Projektvorarbeiten und Testphasen durchlaufen wurden, endlich die lauffähige Software. Auch spielt die Abgrenzung zwischen Nachbesserung und Neulieferung bei Individualsoftware – anders als im Kaufrecht – regelmäßig keine große Rolle. Hier liegen keine festgelegten Produkttypen vor. Nachbesserung und Neulieferung eines neuen Releasestandes sind aus der Sicht des Kunden gleichwertig, wenn nur die Software am Ende läuft und die vorgesehenen Funktionalitäten erfüllt.

136 bb) *Rücktritt oder Minderung.* Darüber hinaus kann der Besteller die Vergütung mindern oder vom Vertrag zurücktreten (§ 634 Nr. 3 i.V.m. §§ 636, 638). Das setzt allerdings nach § 323 Abs. 1 voraus, dass er dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Die Fristsetzung ist allerdings entbehrlich, wenn die Beseitigung des Mangels nicht möglich ist, vom Unternehmer verweigert wird, ein Fixgeschäft vorlag oder die sofortige Geltendmachung des Anspruchs durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt ist (§§ 323 Abs. 2, 636). Bei nur unerheblicher Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes ist – im Gegensatz zur Minderung – der Rücktritt nicht möglich (§ 323 Abs. 5 S. 2).

Die Frage der Erheblichkeit ist in Softwarefällen entscheidend. Denn sehr häufig wird vom Softwareentwickler behauptet, die geltend gemachten Mängel seien angesichts der üblichen Mängelproblematik bei Software und im Hinblick auf die Komplexität des Pflichtenheftes unerheblich. Dem Softwarehersteller obliegt in diesem Fall jedoch die Beweislast für die Unerheblichkeit.[357] Im Übrigen dürfte dem Kunden meist mehr an der Minderung als am Rücktritt liegen; denn im Werkvertragsrecht obsiegt das Interesse beider Parteien daran, das Projekt zu einem zufriedenstellenden Ende zu bringen. Kommt es dennoch 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.

137 Im Übrigen trägt der Anwender das Verzögerungsrisiko, wenn die Verzögerungen aufgrund einer Verletzung seiner Mitwirkungspflichten zustande gekommen sind.[358] Ohne die Mitwirkung des Anwenders gelingt kein größeres IT-Projekt. Der Softwarehersteller braucht zahlreiche Eckdaten aus dem Haus des Anwenders; er muss Zugang zu Räumlich-

352 LG Karlsruhe ECR LG 320.
353 BGH NJW 2013, 1528.
354 Vgl. Peters in: Staudinger § 634 Rn. 70.
355 OLG Hamm BeckRS 2013, 16795.
356 OLG Köln CR 2001, 437.
357 OLG Hamburg CR 2013, 697.
358 BGH NJW-RR 1992, 1141 (1143).

keiten, 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 Vertragsstrafen i.S.d. § 341 zu sanktionieren. Ohne entsprechende Klarstellung im Vertrag[359] wird die Mitwirkungspflicht nicht als (einklagbare) Nebenleistungspflicht, sondern als bloße Obliegenheit gesehen.[360] Kommt der Anwender seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, droht ihm auf jeden Fall eine Kündigung des Vertrags durch den Softwarehersteller nach Maßgabe von §§ 643, 648. Er muss in diesem Fall den Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen des Herstellers zahlen.

cc) *Schadensersatz.* Zuletzt kann der Besteller auch Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen fordern, §§ 634 Nr. 4 i.V.m. 636, 280, 281, 283, 311a, 284 (siehe dazu unten). **137a**

c) Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB

Wie im Kaufrecht die Ablieferung ist im Werkvertragsrecht die Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 von besonderer Bedeutung, insbesondere als Voraussetzung für den Beginn der zweijährigen Verjährung (§ 634a Abs. 2). Die Erklärung der Abnahme ist eine vertragliche Hauptpflicht;[361] 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.[362] **138**

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 anerkennt, zu verstehen.[363] In Erweiterung zur Ablieferung i.S.d. § 438 Abs. 2 erfordert die Abnahme eine ausdrückliche oder stillschweigende Billigung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß.[364] Früher war streitig, ob Software überhaupt abnahmefähig ist.[365] Heute wird dies aber bejaht.[366] Bei Computerleistungen ist Voraussetzung für eine Billigung durch den Abnehmer die Möglichkeit der Untersuchung der Ware, also deren vollständige und ordnungsgemäße Ablieferung, weil nur dann der Kunde das „Zusammenpassen" überprüfen kann.[367]

„Das Fehlen einer die Bedienung der örtlich installierten Hard- und Software betreffenden Dokumentation und die sich daraus ergebende Betriebsuntauglichkeit der Anwendungssoftware stellt einen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel dar".[368] Bei Softwareerstellungsverträgen ist der Entwickler daher regelmäßig auch zur Überlassung einer Dokumentation an den Besteller verpflichtet.[369] Diese muss so gestaltet sein, dass der Besteller mit dem System arbeiten kann; geschuldet ist insofern eine umfassende schriftliche Fixierung der Funktions- und Bedienungsregeln.[370] Die Übergabe einer solchen Dokumentation ist eine (ungeschriebene) Hauptpflicht. Selbst wenn im Vertrag zur Dokumentationspflicht nicht ausdrücklich etwas geregelt ist, besteht eine solche.[371] Geschuldet ist die Dokumentation allerdings nach Herstellung der Software, d.h. nach Abschluss der **139**

359 Individualvertraglich ist eine Regelung vertraglicher Natur möglich, nicht aber in AGB; so jedenfalls Redeker in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. D Rn. 472f.
360 Siehe Ihde CR 1999, 409 (413); Müglich/Lapp CR 2004, 801.
361 BGH NJW 1996, 1749.
362 BGH NJW 1972, 99; Siehe zur Abnahme bei Softwareerstellung auch Redeker in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. D Rn. 277ff.
363 Palandt/Sprau § 640 Rn. 3 mwN.
364 Vgl. für Computerleistungen Feuerborn CR 1991, 1, Feuerborn/Hoeren CR 1991, 513; OLG Hamm NJW 1989, 1041 (1042).
365 Zweifelnd OLG Celle IuR 1986, 311 (312), da Tauglichkeit erst bei Gebrauch feststellbar.
366 Siehe etwa OLG Hamburg CR 1986, 83 (84).
367 Vgl. BGH NJW 1990, 1290 (1294).
368 OLG Düsseldorf CR 2002, 324; siehe auch OLG Saarbrücken NJW-RR 1997, 558.
369 BGH NJW 2001, 1718 (1719); BGH NJW 1987, 1259; BGH NJW 1993, 461; ähnlich OLG Köln NJW-RR 1998, 343 (für Softwareüberlassung).
370 OLG Celle NJW-RR 1993, 432.
371 BGH NJW 2001, 1718 (1719); BGH NJW 1987, 1259; BGH NJW 1993, 461 (462).

geschuldeten Programmierung.[372] Es kann nicht erwartet werden, dass der Softwareentwickler ohne Rücksicht auf mögliche Änderungen jedes Stadium seiner Arbeiten dokumentiert.

140 Die Billigung des Abnehmers durch stillschweigende Erklärung kann gesehen werden in einem dauernden produktiven Einsatz trotz vorhandener Mängel[373] sowie in der Fortsetzung des Einsatzes der Ware nach Kenntnis der Mängel.[374] Dies gilt allerdings nicht bei sog. Notbenutzung zur Minderung drohender Schäden.[375] Gegen die stillschweigende Billigung des Bestellers spricht ein umfangreicher Schriftwechsel zwischen den Parteien mit Mängelrügen und Aufforderungen zur Nachbesserung.[376]

141 Bloßes Schweigen des Bestellers reicht in der Regel nicht aus. Eine endgültige Abnahmeverweigerung des Bestellers setzt die Verjährungsfrist in Gang.[377] Eine vom Abnehmer unterzeichnete Übernahmebestätigung beinhaltet trotz des oft anders lautenden Wortlauts keine Abnahme i. S. d. § 640, da die Gebrauchsfähigkeit eines Computersystems für alle Beteiligten ersichtlich zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Bestätigung noch gar nicht beurteilt werden kann, sodass von einer Billigung des Bestellers nicht ausgegangen werden kann.[378] Eine in den AGB des Anbieters enthaltene Abnahmefiktion ist grundsätzlich unwirksam, z. B. die Abnahme bei Verweigerung der Unterschrift des Kunden unter die Abnahmebescheinigung.[379]

Denkbar ist auch die Aufteilung der Abnahme in Teilabnahmen.[380] Teilabnahmen können erklärt werden, soweit es sich um selbständig bewertbare Teile der Gesamtleistung handelt. Ein Softwareentwickler kann eine Abnahme in Teilen nur aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung verlangen.[381] Dies muss unmissverständlich zum Ausdruck kommen.[382]

142 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),
- den Übergang der Vergütungsgefahr (§§ 644, 645),
- den Verjährungsbeginn für Gewährleistungsansprüche (§ 634a Abs. 2),
- den Ausschluss bekannter, nicht vorbehaltener Mängel (§ 640 Abs. 3).

Bei Softwareerstellungsverträgen ist außerdem an § 645 zu denken. Der Unternehmer kann nach dieser Regelung einen Teil der 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. Liegt der Grund des Scheiterns eines Softwareprojekts an den falschen Anweisungen des Bestellers, trägt dieser unter Umständen das Risiko in der Form, dass er dem Softwareersteller (dem Softwarehaus) einen Teil der Vergütung schuldet. Ähnliches gilt für „Stoff"-Mängel. Dieser Mangelbegriff ist weit auszulegen.[383] Unter diesen wird auch ein ungeeignetes Implementierungsumfeld gefasst.

372 BGH NJW 2001, 1718 (1719, 1721).
373 LG Hamburg BeckRS 2011, 13476; OLG München CR 1991, 19; OLG Hamm CR 1989, 1091.
374 OLG München CR 1991, 607 (609).
375 BGH NJW 1974, 95.
376 OLG Hamm CR 1989, 1091 (1092).
377 OLG Hamm CR 1991, 411; OLG München CR 1991, 607; siehe auch BGH NJW 1990, 3008.
378 Vgl. OLG Düsseldorf CR 2002, 324; OLG Hamm BB 1991, Beilage 23 S. 3 Nr. 2 (5); OLG Koblenz CR 1988, 463; OLG Saarbrücken CR 1988, 470 (471).
379 Vgl. OLG Hamm NJW 1989, 1041 (1042).
380 BGH NJW-RR 2006, 1248.
381 BGH BGHZ 125, 111 (115) = NJW 1994, 1276.
382 BGH NJW-RR 2006, 1248.
383 Mansel in: Jauernig BGB § 645 Rn. 6.

d) Verjährung

Problematisch ist es, die richtige Verjährungsfrist für Gewährleistungsrechte zu finden. **143**
Nach § 634a wird unterschieden zwischen der fünfjährigen Verjährung bei Bauwerken (§ 634a Abs. 1 Nr. 2)[384] 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 (§ 634a Abs. 1 Nr. 1). In beiden Fällen beginnt die Verjährung mit der Abnahme des Werkes zu laufen (§ 634a Abs. 2). Liegt keiner der beiden Spezialfälle vor, kommt die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren ab dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden und Kenntnis eingetreten ist, zum Tragen (§§ 634a Abs. 1 Nr. 3, 199 Abs. 1). Die Frage ist nun, in welche Kategorie Software einzuordnen ist. Zum Teil wird vertreten, dass Software unter § 634a Abs. 1 Nr. 3 zu subsumieren sei.[385] Es handele sich um eine unkörperliche, geistige Leistung, die ähnlich wie bei Gutachten, der Erstellung einer Planung oder Beratungsverträgen eine längere Verjährung rechtfertige. Solche Stimmen übersehen, dass gerade der Bereich der Planung unter § 634a Abs. 1 Nr. 1 fällt. Die Grenze zwischen Standard- und Individualsoftware ist fließend; es ist daher nicht zweckgemäß, die beiden Softwarekategorien unterschiedlichen Verjährungsmodellen zu unterwerfen. Auch wird die Mängelhaftung bei Anwendung der kenntnisabhängigen allgemeinen Verjährungsfrist zum unkalkulierbaren Risiko. Von daher scheint eine Anwendung der zweijährigen Frist i. S. v. § 634a Abs. 1 Nr. 1 – trotz einer daraus folgenden „schizoiden" Haltung bzgl. der Sachqualität einer Softwareerstellung – sachgerechter.[386]

Ergänzend zur Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche ist auf den wichtigen Unterbrechungstatbestand des Anerkenntnisses i. S. d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 zu verweisen. Dieses kann z. B. in der Vornahme einer Nachbesserungshandlung in dem Bewusstsein, zur Gewährleistung verpflichtet zu sein, gesehen werden.[387] Ob in der Vornahme einer Nachbesserung 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 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.[388]

3. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel

Im Werkvertragsrecht kann der Besteller neben Minderung und Rücktritt auch Scha- **144**
densersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstand beruht (§§ 634 Nr. 4, 636 i. V. m. §§ 280, 281, 283). Dieser Anspruch unterscheidet sich nicht mehr von den Schadensersatzregelungen im Kaufrecht (s. o.). Es handelt sich um eine Verschuldenshaftung, wobei die Darlegungslast für das (Nicht-)Verschulden aufgrund der Vermutungsregelung beim Softwarehaus liegt (§ 280 Abs. 1 S. 2). Im Falle von Beschaffenheitsgarantien verschiebt sich der Verschuldensmaßstab zu Lasten des Unternehmers (§ 276 Abs. 1 S. 1). Schadensersatz statt der Leistung darf der Besteller erst verlangen, wenn er dem Unternehmer erfolglos eine Frist

384 OLG Düsseldorf NJW 2003, 3140; siehe dazu auch BGH NJW-RR 2003, 1320 (Software zur Steuerung von Futtermühlen).
385 MüKoBGB/Busche § 634a Rn. 33.
386 OLG Hamm NJW-RR 2014, 878; siehe auch Westphalen in: Henssler/Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 634a Rn. 5.
387 Vgl. BGH NJW 1988, 254 (255); OLG Hamm MDR 90, 243.
388 Vgl. BGH NJW 1974, 1285; BGH NJW 1979, 866; BGH NJW 1986, 1861.

zur Nacherfüllung gesetzt hat (§ 281) oder diese nach §§ 636, 281 Abs. 2 entbehrlich ist. Der Schadensersatzanspruch steht neben den Rechten auf Rücktritt und Minderung (§ 325).

145 Der Besteller kann wahlweise die Sache behalten und den restlichen Schaden ersetzt verlangen (kleiner Schadensersatz) oder aber die Sache zurückgeben und die Erstattung seines kompletten Schadens begehren (großer Schadenersatz). Großer Schadensersatz ist allerdings für den Besteller nur möglich, wenn die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist (§ 281 Abs. 1 S. 3). Macht er seine Rechte auf Schadensersatz geltend, verliert er sein Recht auf Rücktritt oder Minderung.

Der Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 umfasst
- die Kosten der Fehlerdiagnose,[389]
- den Eigenaufwand zur Schadensermittlung,[390]
- den Eigenaufwand zur Fehlerbeseitigung inkl. fiktiver MwSt, aber ohne den kalkulierten Unternehmergewinn,[391]
- den entgangenen Gewinn.[392]

Der Anspruch verjährt binnen zwei Jahren ab Abnahme (§ 634a Abs. 1 Nr. 1). Hinfällig ist die alte Unterscheidung zwischen Mangelschäden, engeren und entfernteren Mangelfolgeschäden.[393] Alle Schäden werden nun gleichermaßen von § 634 Nr. 4 umfasst. Ein Ersatz der fiktiven Mängelbeseitigungskosten ist im Werkvertragsrecht mittlerweile nicht mehr möglich.[394] Der Besteller muss den Softwaremangel mithin tatsächlich beheben lassen, um die Kosten dafür erstattet zu bekommen. Anderenfalls kann er lediglich den Minderwert verlangen.

146 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) in Höhe der notwendigen Ersatzkosten ersatzfähig. Der BGH hat über einen solchen Anspruch auf Schadensersatz nach einem unberechtigten Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers entschieden.[395] 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). Ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen nach § 439 Abs. 1 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 Softwarehauses 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

389 BGH NJW 1986, 922 (923); OLG Düsseldorf WM 1989, 459 (462).
390 BGH NJW 1980, 1518 (1519).
391 BGH BGHZ 54, 82 (87 f.), BGH BGHZ 61, 56 (58); BGH NJW 1980, 1518 (1519); BGH NJW 1996, 2924; Unzutreffender Weise geht das OLG Köln davon aus, dass zusätzliche Arbeitszeit von Mitarbeitern stets zu ersetzen ist; s. BB Beil. 16/1995, 7; ähnlich LG Oldenburg ECR LG 173; LG München I ECR LG 192.
392 BGH BGHZ 62, 104 ff.; siehe auch Chrocziel CR 1988, 385.
393 Vgl. BGH BGHZ 39, 366; BGH BGHZ 46, 238 (239).
394 BGH NJW 2018, 1463 (1465 f.).
395 BGH NJW 2008, 1147.

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 Softwareersteller verfügt, nicht an.

4. Vertragliche Regelungen

147 Das Werkvertragsrecht geht anders als das Kaufrecht stark von der Dispositivität aller Bestimmungen aus. Insbesondere fehlt es an einem Pendant zu § 476; das Verhältnis zwischen Werkunternehmer und Verbraucher ist weitgehend frei aushandelbar. Eine Ausnahme stellen Werklieferungsverträge dar, bei denen § 650 auf das Kaufrecht und damit auch auf § 476 verweist.

Individualverträge unterliegen im B2B- und B2C-Sektor der Privatautonomie. Eine Grenze betrifft die Sittenwidrigkeit (§ 138) und den Bereich der Arglist sowie der Garantie (§ 639).[396] Erst bei Verwendung vorformulierter Bedingungen kommt der Bereich der Inhaltskontrolle nach §§ 307, 308, 309 (bei B2C) und § 307 (bei B2B) zum Tragen.

148 Wichtig bei der AGB-Kontrolle sind § 309 Nr. 7 und 8b. Auf die obigen Parallelüberlegungen zum Kaufrecht kann verwiesen werden. § 309 Nr. 7 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 verbietet den Ausschluss der Gewährleistung, die Kostenpflichtigkeit der Nacherfüllung sowie die Beschränkung der Rücktritts- und Minderungsrechte. Der Softwareersteller kann das Nacherfüllungsrecht des Bestellers aber auf eine der beiden Arten beschränken. Im Gegensatz zum Kaufrecht kann er gem. § 635 Abs. 1 wählen, ob er den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen will. Der Softwareersteller kann vom Besteller gem. § 635 Abs. 4 die Rückgabe des mangelhaften Werkes verlangen, wenn er ein neues Werk hergestellt hat. Im Umkehrschluss aus § 309 Nr. 8b dd) 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.[397] 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. 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.[398] Durch das Fehlen des § 476 bedingt, ist auch bei Verbrauchern im Werkvertragsrecht eine Beschränkung der Verjährung bis auf ein Jahr zulässig (§ 309 Nr. 8b ff.)).

Besonderheiten gelten für die Übernahme von Ein- und Ausbaukosten im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs:

Bei Werklieferungsverträgen findet gem. § 650 S. 1 das Kaufrecht Anwendung. Der Gesetzgeber hat sich in vollem Bewusstsein darüber, dass sich der Umfang der Gewährleistungsansprüche aus der Richtlinie 1999/44/EG ergibt,[399] für eine Gleichstellung von Werklieferungs- und Kaufvertrag entschieden.

Im Ergebnis gelten deshalb die obigen Ausführungen zum Kaufrecht mit der Folge, dass sowohl bei B2C- als auch bei B2B-Verhältnissen gem. §§ 650 S. 1, § 439 Abs. 3 Ein- und Ausbaukosten vom Unternehmer zu tragen sind. Daneben kann der Ersatz von Ein- und Ausbaukosten über die verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung verlangt werden.

396 Siehe dazu auch Graf v. Westphalen in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. J Rn. 2.
397 MüKoBGB/Wurmnest § 309 Nr. 8 Rn. 65 f.
398 OLG Köln NJW-RR 1987, 1192.
399 BT-Drucks. 14/6040, 265.

Das gleiche gilt für reine Werkverträge. Auch bei diesen gilt die Verpflichtung zur Übernahme von Ein- und Ausbaukosten im Falle der Nachlieferung, sofern das Werk bestimmungsgemäß eingebaut wurde.[400]

Daneben können Ansprüche aus verschuldensabhängiger Schadensersatzhaftung geltend gemacht werden. Hier ist zu beachten, dass beim Werkvertrag Subunternehmer, anders als bei Kaufverträgen, stets Erfüllungsgehilfen sind, sodass dem Werkunternehmer dessen Verschulden nach § 278 zuzurechnen ist. [401] Eine Haftung für von diesen verursachte Verletzungen von Leben, Körper, Gesundheit oder deren grob fahrlässiges und vorsätzliches Verhalten kann nach § 309 Nr. 7 nicht durch AGB ausgeschlossen werden.

149 Zu beachten ist schließlich die Regelung des § 632 Abs. 3, wonach ein Kostenanschlag im Zweifel nicht zu vergüten ist. Eine AGB-rechtliche Abwälzung der Kosten auf den Besteller ist nach der Rechtsprechung wegen Verstoßes gegen gesetzliche Grundgedanken nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam.[402] Diese Regelung macht im Softwarebereich Probleme, da dort oft im Rahmen der Vorverhandlungen Pflichtenhefte erstellt werden. In diesen Heften wird ein umfangreiches Leistungsgerüst erstellt, die Planung bis hin zur produktiven Nutzung der Software beschrieben und entsprechende Zahlungsziele definiert. Fraglich ist, ob ein solches Pflichtenheft als Kostenanschlag i. S. v. § 632 Abs. 3 anzusehen ist, mit der Konsequenz, dass der Softwareentwickler für die Erstellung des Pflichtenheftes regelmäßig keine Vergütung verlangen kann. Die Literatur bejaht eine Ausdehnung der Regelung auf den Kostenanschlag vergleichbare Vorarbeiten.[403] M. E. ist zu bedenken, dass der Kostenanschlag nur eine vorläufige Beschreibung der Kosten beinhaltet. Die detaillierte Projektplanung hat mit dieser Kostenschätzung nichts zu tun. Man wird dem Unternehmer nur anraten können, strikt zwischen Kostenanschlag und Pflichtenheft zu unterscheiden.

150 Im Rahmen eines Vertrags über die Herstellung einer Individualsoftware obliegt die Erstellung eines möglichst umfassenden Pflichtenheftes nicht einseitig dem Anwender.[404] Grundsätzlich ist es zwar Sache des Bestellers, für den Auftragnehmer das für die Programmierung der Software erforderliche Anforderungsprofil zu erstellen.[405] 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 Aufgabenstellung hilft und Organisationsvorschläge zur Problemlösung unterbreitet.[406] Versäumt der Anbieter diese Pflicht, ist er verantwortlich dafür, dass einem Programm die erforderliche Unkompliziertheit und Eignung für die individuellen Bedürfnisse des Anwenders fehlt. Streitig ist allerdings, ob er für solche Zusatzleistungen eine Vergütung verlangen kann.[407] 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 Aufwendigen, einschließlich der üblichen Arbeitsvergütung zu.

5. Kündigung

151 Nach § 648 S. 1 kann der Anwender jeden Werkvertrag bis zur Vollendung ohne Grund kündigen. Er muss dann aber nach § 648 S. 2 die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter

400 MüKoBGB/Busche § 635 Rn. 16; Grobe NZBau 2012, 347 (349); Rodemann/Schwenker ZfBR 2011, 634 (639 f.).
401 Schulze, in: Schulze BGB § 278 Rn. 10; Stadler in: Jauernig § 278 Rn. 7.
402 BGH NJW 1982, 765; a. A. Raab in: Dauner-Lieb/Langen NK-BGB § 632 Rn. 19; MüKoBGB/Busche § 632 Rn. 9.
403 Siehe Westphalen in: Henssler/Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 632 Rn. 9.
404 OLG Köln NJW-RR 1999, 51 (52).
405 Vgl. OLG Köln NJW-RR 1993, 1529 (1530); OLG Köln NJW-RR 1995, 1460 (1462). Ähnlich auch OLG Köln OLGReport Hamm 2005, 642.
406 Vgl. OLG Köln NJW-RR 1993, 1528; OLG Köln NJW-RR 1999, 51 (52).
407 Offengelassen bei Schneider in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. C Rn. 15 ff.

Aufwendungen entrichten. Im Übrigen besteht seit der Bauvertragsrechtsreform ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 648a. Bis zur Einführung des § 648a wurde eine Kündigung aus wichtigem Grund auf den allgemeinen § 314 gestützt. Streitig ist, ob eine Kündigung, die fälschlicherweise auf einen wichtigen Grund gestützt wird, in eine Kündigung nach § 648 umgedeutet werden kann.[408] Maßgeblich ist dabei, ob sich die Vertragspartei unabhängig vom Bestehen des wichtigen Kündigungsgrundes vom Vertrag lösen möchte.[409]

Fraglich ist, inwieweit das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Individualvertraglich kann dieses grundsätzlich abbedungen werden.[410] Anders ist die Lage bei AGB. Dort kann es nicht ausgeschlossen werden.[411] § 309 enthält kein Verbot einer solchen Klausel. Über § 307 findet aber die Wertung des § 648 S. 1 Anwendung. Das Kündigungsrecht ist nach dem Willen des Gesetzgebers eine vertragswesentliche Pflicht, von der nicht abgewichen werden darf.[412] 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 …".[413] Umgekehrt kann sich der Besteller von Software nicht ein völlig freies Kündigungsrecht in AGB einräumen.[414]

Nach § 648 S. 2 hat der Unternehmer einen Kostenerstattungsanspruch. Ersparte Auf- **152**
wendungen 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.[415] Möglich ist aber eine angemessene Pauschalierung, soweit dem Besteller der Gegenbeweis vorbehalten bleibt.[416] Das gilt für Verträge sowohl zwischen Unternehmern als auch gegenüber Verbrauchern.

Gefährlich wäre allerdings ein Rückruf nach § 41 UrhG, der zu einem Rechtefortfall 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 in der Regel nicht im Arbeitsverhältnis, etwa zugunsten angestellter Programmierer.[417] 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.[418]

Fraglich sind die Auswirkungen einer Kündigung auf die bereits übertragenen Nut- **153**
zungsrechte an der Software. Ist die Nutzungsrechtseinräumung mit dem Bestand der schuldrechtlichen Rechtseinräumungsverpflichtung kausal verknüpft, besteht nach erfolgter Kündigung des Vertrags das Nutzungsrecht womöglich nicht mehr. So wird die Anwendung des Abstraktionsprinzips in Rechtsprechung und Literatur zum Teil abgelehnt.[419] Das Nutzungsrecht sei derart mit dem beim Urheber verbleibenden Mutterrecht (§ 29 Abs. 1 UrhG) verbunden, dass es bei Wegfall des vorgegebenen Zwecks automatisch an den Urheber zurückfalle. Das Recht des Urhebers erstarke damit wieder zum Vollrecht (sog.

408 Dafür BGH NJW 1999, 3554 (3556); OLG Düsseldorf ECR OLG 228; Redeker in: Schneider/Graf v. Westphalen Kap. D Rn. 448.
409 BGH NJW 2003, 3474 (3475); MüKoBGB/Busche § 648a Rn. 17.
410 OLG Celle MDR 1961, 318 (319).
411 BGH NJW 1999, 3261 (3262).
412 So zu § 649 BGB a. F. BGH NJW 1999, 3261 (3262); MüKoBGB/Busche § 648 Rn. 6.
413 BGH NJW 1999, 3261 (3262); Marly Rn. 1429.
414 BGH NJW 1997, 2043 (2044 ff.); Redeker in: Schneider/Graf. v. Westphalen Kap. D Rn. 450.
415 In diese Richtung BGH NJW 1997, 259.
416 So zu § 649 BGB aF: BGH NJW 1978, 1054 (1055); BGH NJW 1983, 1489 (1491); BGH NJW 1985, 632; OLG Rostock NJW-RR 1998, 310 (311).
417 Schulze in: Dreier/Schulze UrhG § 41 Rn. 5; Nordemann in: Fromm/Nordemann, UrhG § 43 Rn. 50.
418 Grützmacher in: Wandtke/Bullinger UrhG § 69a Rn. 82; Link GRUR 1986, 141 (146).
419 OLG Köln MMR 2006, 750 (751). Siehe dazu auch Schmid ITRB 2007, 58 (59) und Hoeren CR 2005, 773 (774).

Heimfall).[420] 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.[421]

Der Rückruf wirkt nach allgemeiner Ansicht ex nunc. Mit dem Rückruf wird lediglich eine weitere Verwertung des Werkes durch den bisherigen Nutzungsberechtigten unterbunden. Ein Rückruf ist für bereits abgeschlossene Nutzungshandlungen nicht möglich.[422] Das Werkexemplar selbst muss nicht herausgegeben werden.[423] Im Übrigen wirkt sich der Rückruf nur auf die Mutterrechte aus, nicht jedoch auf die Enkelrechte (etwa bei einer Unter-„Lizenzierung"). Diese bleiben trotz Rückruf bestehen.[424]

6. Auditierungsklauseln

154 Alle Jahre wieder gehen die großen Softwareunternehmen ihre Kunden an und verlangen den Zugriff auf deren EDV im Rahmen eines „Software licensing audit". Sie berufen sich dazu auf vertragliche Audit-Klauseln, die ihnen eine Überprüfung der vor Ort genutzten „Lizenzen" ermöglichen. Die AGB-rechtliche Wirksamkeit solcher Klauseln ist jedoch noch nicht Gegenstand einer eingehenden Prüfung in der Rechtsprechung geworden. Eine solche zeigt aber, dass die Audit-Klauseln regelmäßig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam sind, da sie eine anlasslose Einsichtnahme gestatten.[425]

155 Die genannten Auditierungsmaßnahmen[426] dienen dazu, die Einhaltung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse zu überprüfen.[427] 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,[428] stand einem Rechteinhaber nach bewusster gesetzgeberischer Entscheidung kein Anspruch auf Bucheinsicht zu. Das Urheberrecht beschränkte die Rechte in der Überprüfung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse zunächst nur auf einen Auskunftsanspruch nach § 101 UrhG, der allenfalls und in wenigen Ausnahmen die Vorlage von Geschäftsunterlagen rechtfertigen konnte.[429] Auch durch den später eingeführten § 101a UrhG sollte sich an diesem Leitgedanken nicht viel ändern. Danach besteht ein Anspruch auf Bucheinsicht nur, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Urheberrechtsverletzung vorliegt. Ein Anspruch auf Einsicht in Unterlagen insbesondere vor Ort gewährt das Urheberrecht also nur unter sehr engen Voraussetzungen.[430] Der Gesetzgeber hat diesen engen bezogenen 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.[431] Ein solcher verdachtsunabhängiger Eingriff in die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wurde für unvereinbar mit dem geltenden Rechtsschutzsystem gehal-

420 Nordemann in: Fromm/Nordemann, UrhG Vor § 31 Rn. 111; Ulmer, UrhG § 83 II. Siehe auch LG München I ZUM 2005, 336 (339).
421 Ohne nähere Begründung BGH GRUR 1966, 567, 569 – GELU; BGH GRUR 1982, 308 (309) – Kunsthändler. So auch LG Köln CR 2006, 372.
422 Schulze in: Dreier/Schulze UrhG § 42 Rn. 29.
423 OLG Celle NJW 2000, 1579 – Dissertationsexemplare; Schulze in: Dreier/Schulze UrhG§ 42 Rn. 12.
424 OLG Köln GRUR-RR 2007, 33 (33 f.).
425 Vgl. Redeker in: Auer-Reinsdorff/Conrad IT-R.-Hdb Rn. 142; Marly Rn. 1764 f., sofern die Klausel keinerlei Beschränkungen enthält; a. A.: Kotthoff/ Wieczorek MMR 2014, 3 (6 ff.); Hupertz/ Schneider ZD 2013, 427 (428).
426 Die Details einer solchen Auditierung sind geregelt in der Norm ISO/IEC 27001:2017.
427 Vgl. Strittmatter/ Harnos CR 2013, 621.
428 OLG Köln NJW-RR 1996, 421.
429 BGH GRUR 2001, 841 (845) – Entfernung von Herstellnummern II; GRUR 2002, 709 (712) – Entfernung der Herstellungsnummer III.
430 Im Patentrecht gilt hierzu die Parallelvorschrift des § 140c PatG.
431 BT-Drs. 11/4792, 32 f.

ten. Stattdessen sollte es ausreichen, den Verletzer zur Auskunft und eidesstattlichen Versicherung nach § 259 Abs. 2 veranlassen zu können. Das OLG Köln hat in der oben erwähnten Entscheidung auch abgelehnt, entsprechende Vorschriften aus dem HGB (§ 87c) oder dem BGB (§§ 242, 259) analog anzuwenden.[432] Die genannten rechtsstaatlichen Bedenken, insbesondere im Hinblick auf die weiten Möglichkeiten der Einsichtnahme in Betriebsinterna, müssen mithin 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- **156**
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. Hier ist nun § 307 Abs. 2 Nr. 1 zu bedenken, der Klauseln verbietet, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar sind. In der Rechtsprechung ist es üblich, die Wertung des Urheberrechtsgesetzes genau über diese Vorschrift in die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle einfließen zu lassen.[433] Das Urheberrecht geht vom Leitbild aus, dass für die Geltendmachung urheberrechtlicher Ansprüche eine Bucheinsicht nur möglich ist, wenn eine Urheberrechtsverletzung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegt. Wie oben dargestellt, soll so den vorrangigen Interessen des betroffenen Unternehmens am Schutz seiner Betriebsgeheimnisse Rechnung getragen werden. Handelt es sich bei dem in Anspruch genommenen gar nicht um einen Rechtsverletzer, sondern wird erst einmal eine abstrakte Prüfung des Nutzungsverhaltens vorgenommen, so gewährt das Urheberrecht keinen Anspruch auf Bucheinsicht. 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 ohne jeglichen Anlass Zugriff auf die IT des Unternehmens geben sollen, sind folglich nicht mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 vereinbar.

Eine derartige Regelung ist auch im unternehmerischen Verkehr bei einem Software- **157**
vertrag so ungewöhnlich, dass der Kunde mit ihr nicht zu rechnen braucht. Insofern geht also auch eine auch bei § 307 Abs. 2 Nr. 1 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 sowie an welchen Projekten innerhalb eines Unternehmens gearbeitet wird. Insofern berührt die Auditierung den Schutz von Know-how, wodurch die Informationen regelmäßig nicht mehr als Geschäftsgeheimnis i. S. d. § 2 Nr. 1 GeschGehG qualifiziert werden können und somit den Schutz nach dem GeschGehG verlieren. Zu beachten ist im Übrigen auch die Rechtsprechung zur Bejahung eines Persönlichkeitsrechts für juristische Personen.[434]

Ferner ist eine Auditierung in Fällen des § 203 StGB problematisch, etwa wenn es sich **158**
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 die Sach- und Rechtslage eher der Frage der Drittwartung von IT-Diensten im medizinischen Bereich.[435] Selbst wenn man aber keinen Fall des § 203 StGB hat, müssen

432 OLG Köln GRUR 1995, 676 (677 f.).
433 OLG Düsseldorf MMR 2002, 238 (241); OLG Nürnberg NJW 1989, 2634; BGH GRUR 1984, 45 (52) – Honorarbedingungen – Sendervertrag.
434 BVerfG NJW 2005, 883; BVerfG NJW 2002, 3619 (3622).
435 Ehmann CR 1991, 293 (294); Otto wistra 1999, 201 (203).

die datenschutzrechtlichen Vorgaben eingehalten werden.[436] Ein Audit-Unternehmen erfährt einige Informationen, die in den Bereich der personenbezogenen Daten fallen, etwa über den Datenzugriff einzelner Mitarbeiter und deren IT-Nutzungsverhalten. Typischerweise ist das auditierende Unternehmen kein Beauftragter i. S. v. Art. 28 DSGVO; insofern fehlt es an einem Weisungsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Prüfer. Eine Kenntnisgabe von Daten mit Personenbezug könnte deshalb nur im Rahmen von Art. 6 DSGVO oder § 26 BDSG legitimiert werden. § 26 Abs. 1 BDSG ist allerdings nicht einschlägig, da die Datenverarbeitung nicht der Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder dessen Durchführung dient. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO scheidet ebenfalls offensichtlich aus, da der Vertrag, den es zu erfüllen gilt, nicht zwischen dem Kunden und den bezüglich der personenbezogenen Daten Betroffenen, etwa der Mitarbeiter, geschlossen wurde, sondern zwischen dem Kunden und dem Softwareunternehmen. Zur Anwendung käme somit nur der Tatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO, 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 ein berechtigtes Interesse darstellt, welches den Vorrang haben kann vor den Schutzinteressen der Betroffenen. Dies dürfte ihm 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. Die Einsichtnahme durch das auditierende Unternehmen ist also datenschutzrechtlich nicht legitimiert. Damit gerät der Kunde 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 obligo. Die unkonturierte Auditierungsverpflichtung kann den IT-Kunden zu einem permanenten Rechtsbruch verleiten und ist auch schon aus diesen Gründen nicht als das Sachangemessene anzusehen.

159 Auditierungsklauseln sind folglich regelmäßig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam, da sie von jeglichen Grundgedanken des Urheberrechts, nämlich in Gedanken der Beschränkung von Prüfungsrechten auf die Auskunftserteilung, erheblich abweichen. Dieser Makel der Rechtswidrigkeit wird noch durch die Überlegung verstärkt, dass durch die vertragliche Verpflichtung auch 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 bestehen, steht der Weg über die Staatsanwaltschaft bzw. die allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten zur Einsichtnahme und Beschlagnahme in Unterlagen offen.

VIII. Softwaremiete

160 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 ist im Übrigen beim Softwareleasing zu beachten. Auch für den Bereich des Application Service Providing spielt die Vermietung von Software eine Rolle.[437]

436 Huppertz/Schneider ZD 2013, 427; Schneider CR 2015, 413 (420).
437 Der BGH sieht ASP-Verträge als Mietverträge; siehe BGH NJW 2007, 2394 (2394 f.); So etwa Megede NJW 1989, 2580 (2582); Dana/Jersch IuR 1988, 137 (146); a. A. OLG Köln BeckRS 2001, 5514, das von einem Lizenzvertrag spricht und diesen dem Werkvertragsrecht unterstellen will.

1. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen

Der Anwendung von Pachtrecht steht schon entgegen, dass eine Fruchtziehungsbefugnis **161** zugunsten des Anwenders von Software in der Regel nicht besteht. Die Einräumung eines wirtschaftlichen Verwertungsrechts der Software i. S. d. Urheberrechtsgesetzes ist von den Softwareerstellern typischerweise nicht beabsichtigt.[438]

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 AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. unterliegen. Werden in einem Produktschein über eine EDV-Konfiguration die Parteien als Käufer und Verkäufer bezeichnet, so soll die Individualvereinbarung „Vermieten bis Zeitpunkt X – Leasing ab Zeitpunkt Y" der Annahme eines Kaufvertrags nicht entgegenstehen; diese Individualvereinbarung sei vielmehr als eine Finanzierungsregelung anzusehen, wonach der Kaufpreis bis zum Zeitpunkt X gestundet wurde und der Käufer als Gegenleistung „Miete" zahlen sollte.[439]

Bei zeitlich befristeten Softwareverträgen hat der BGH CPU-Klauseln für wirksam er- **162** achtet, die den Einsatz der Software auf einem leistungsfähigeren Rechner gegen weitere Lizenzzahlungen gestatten.[440] 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, welche die dauerhafte Überlassung von Software gegen Einmalzahlung zum Gegenstand haben oder die zeitlich befristete Überlassung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses.[441]

2. Beschränkung der Gewährleistung

Der Vermieter muss die Sache während der Mietdauer in einem brauchbaren Zustand **163** 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.[442] 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.

a) Bestätigung als „vertragsgemäß"

Häufig finden sich in Mietverträgen Klauseln, in denen der Mieter von Software den **164** 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."[443] Durch diese Klauseln versucht der Verwender seine Gewährleistung aus § 536 für vorhandene Softwaremängel vollständig auszuschließen, indem er sich die vorhandenen Mängel als vertragsgemäß bestätigen lässt.

438 LG Köln Beilage zu BB 1996, S. 9 Nr. 8; siehe auch Schmidl in: Dauner-Lieb/Langen NK-BGB Anhang IV zu §§ 535–580a Rn. 81.
439 OLG Köln NJW-RR 1992, 1326.
440 BGH NJW 2003, 2014 (2015 f.).
441 BGH NJW 2003, 2014 (2016).
442 OLG Hamm CR 1990, 37 (38).
443 Vgl. LG Berlin Grundeigentum 1985, 829.

Die Wirksamkeit solcher Klauseln bestimmt sich – abseits der Spezialregelungen zur Wohnraumiete in § 536 Abs. 4 – nach den §§ 308, 309. Anders als im Kaufrecht sind mietvertragliche Gewährleistungsbeschränkungen nicht schon nach § 309 Nr. 8b unzulässig, da diese Vorschrift auf Mietverträge nicht anwendbar ist. 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. 12b dar. Nach § 536b stehen dem Mieter von Software nämlich keine Gewährleistungsrechte zu, wenn er vorhandene Programmmängel bei Vertragsschluss kannte. Die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis des Mieters trägt der Softwarelieferant.[444] Eine Klausel, in der pauschal die Kenntnis des Kunden von allen vorhandenen Softwaremängeln fingiert wird, stellt daher eine unzulässige Änderung der Beweislast zum Nachteil des Mieters dar und sind daher nicht wirksam.

165 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 S. 1 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 deutlich gemacht wird.

Bei Softwaremietverträgen mit Unternehmern ist § 309 nicht anwendbar. Beweislastumkehrklauseln und Tatsachenbestätigungen zwischen Unternehmern unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle des § 307. Hiernach ist auch im unternehmerischen Bereich eine pauschale Klausel unwirksam, wonach der Unternehmer erklärt, dass ihm die Softwaremängel bekannt sind.[445] 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."

b) Ausschluss der Gewährleistung

166 Anders als im Kaufrecht ist im Mietrecht, dem eine den § 476 entsprechende Regelung fehlt, ein individualvertraglicher Ausschluss der Gewährleistung für Mängel der Mietsache im B2C-Verhältnis grundsätzlich zulässig.[446] Etwas anderes gilt nur im Falle der Arglist des Vermieters. Hat dieser den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich, ähnlich wie im Kaufrecht (vgl. § 444), gem. § 536d nicht auf einen Gewährleistungsausschluss berufen. Besonderheiten gelten zudem noch für den Bereich der Wohnraummiete, der allerdings hier keine Rolle spielt.

In AGB ist sowohl gegenüber Verbrauchern als auch im geschäftlichen Bereich die Grenze des § 307 Abs. 1 zu beachten. Hiernach darf der Gewährleistungsausschluss 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 „Auftretende 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 und stellt damit eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 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.[447]

Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters kann gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 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.[448]

444 BGH WM 1962, 1379.
445 Vgl. BGH NJW 2006, 47; BGH NJW 1988, 640; OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 245 (246).
446 BGH NJW-RR 1993, 519.
447 BGH NJW 1987, 1072.

Ein vollständiger Ausschluss von Gewährleistungsrechten durch AGB wird auch im **167** Mietrecht mithin als Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 angesehen. Zulässig soll allerdings sein, in Bezug auf das Minderungsrecht den Minderungsberechtigten auf seine Ansprüche aus Bereicherungsrecht hinsichtlich der zu viel gezahlten Miete zu verweisen.[449] Zu beachten ist auch das Recht des Mieters auf Mängelbeseitigung (§ 535 Abs. 2 S. 2). Hinzu kommt das aus dem Werkvertragsrecht bekannte Recht auf Selbstvornahme in Fällen des Verzugs mit der Mängelbeseitigung. Wie im Werkvertragsrecht sieht das BGB auch für Mietverträge ein Selbstvornahmerecht vor: Ist der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, kann der Mieter die Mangelbeseitigung selbst vornehmen und vom Vermieter Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 536a Abs. 2 Nr. 1). Im Übrigen steht dem Mieter von Software ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 zu, wenn erhebliche Mängel trotz Festsetzung und entsprechender Androhung nicht beseitigt werden.

c) Schadensersatzansprüche

Ebenso wie das Kaufrecht unterscheidet das Mietrecht zwischen Gewährleistungs- und **168** Schadensersatzansprüchen. Nach § 536a Abs. 1 haftet der Vermieter für anfängliche Mängel verschuldensunabhängig und für nachträgliche Mängel, sofern er sie zu vertreten hat. § 536a Abs. 1 ist damit für Schadensersatzansprüche wegen Sach- und Rechtsmängeln lex specialis zur Regelung des § 280 Abs. 1. Im Unterschied zum Minderungsrecht aus § 536 existiert für Schadensersatzansprüche nach § 536a Abs. 1 keine Sonderregelung für Mietverhältnisse über Wohnraum. Die Haftung des Vermieters aus § 536a ist damit grundsätzlich für alle Mietverhältnisse im Rahmen des § 536d vertraglich abdingbar. Dies gilt auch für Formularverträge, bei denen jedoch – wie schon an anderer Stelle dargelegt – die allgemeine Grenze des § 309 Nr. 7 für klauselmäßige Haftungsausschlüsse zu beachten ist.

Eine formularmäßige Klausel, in der die Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche **169** Mängel ausgeschlossen wird, ist daher unbedenklich: *„Die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Software wird ausgeschlossen."*.[450] Durch die Beschränkung dieser Klausel auf die verschuldensabhängige Haftung liegt kein Fall des § 309 Nr. 7 vor. Zu weitgehend wäre aber eine Klausel, durch die pauschal „die Haftung des Vermieters für Mängel der Software ausgeschlossen" wird. Da dieser Ausschluss auch schuldhafte Pflichtverletzungen i.S.v. § 309 Nr. 7 umfasst, ist ein solch undifferenzierter Haftungsausschluss unwirksam (§ 307 im Unternehmensbereich).

Zu bedenken ist zudem die Rückgabeverpflichtung aus § 546 Abs. 1. Der Mieter von **170** Software muss die Computerprogramme nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückgeben. Technisch ist zu berücksichtigen, dass eine Rückgabe von Software in Form der Aushändigung körperlicher Kopien 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 eine entsprechende Löschungsverpflichtung. Allerdings ist es mit einer Löschung durch Betätigung der DEL-Taste nicht getan. Die DEL-Taste bewirkt nur eine Streichung der gespeicherten Inhalte in der Index-Zeile. Zur Löschung bedarf es eigentlich einer Neuformatierung 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 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

448 BGH NJW 1988, 2664 (2665) zum Betrieb einer Gaststätte.
449 BGH NJW-RR 1993, 519.
450 BGH NJW-RR 1991, 74.

§ 309 Nr. 6 kollidieren würde.[451] Gibt der Mieter die Software nicht nach Beendigung des Mietverhältnisses zurück, kommt als eine Art Mindestschaden die Verpflichtung auf den Mieter zu, die vereinbarte Softwaremiete weiter zu bezahlen (§ 546a Abs. 1). Weitergehende Schadensersatzansprüche bleiben insofern unberührt (§ 546a Abs. 2). Diese Ansprüche können sich aus Verzug des Mieters mit der Rückgabe (§§ 286, 280 Abs. 2) sowie aus dem Gedanken der positiven Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1) ergeben. Hinzu kommt ein eventueller Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1.[452]

171 Für wirksam erachtet wird eine Koppelung der IT-Miete mit einem Verbot zur Nutzung von Anlagen anderer Hersteller.[453] 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.

IX. Softwarepflege

1. Rechtsnatur

172 Die Rechtsnatur von Serviceverträgen ist noch ungeklärt. Die Bandbreite der vertretenen Ansichten reicht von der Einordnung als Werk-,[454] Miet-,[455] Dienstverträge[456] über die Qualifizierung als Verträge sui generis bis hin zur Betrachtung als Versicherungsverträge.[457] 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 sich beispielsweise auf die Lieferung von Hardware, die kaufvertraglich zu qualifizieren ist, konzentrieren. 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.

173 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 sein. Ferner beinhaltet der allgemeine Servicevertrag ein Angebot des Pflegeunternehmens zum Abschluss von Einzelverträgen.[458]

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.[459] Die Lieferung von Updates und Upgrades ist gem. § 650 im Wesentlichen kaufvertraglich zu qualifizieren. Eine Hotline und sonstige Formen der Beratung erfolgen auf der Basis dienstvertraglicher Verpflichtungen.

451 LG Lüneburg CR 1989, 606.
452 BGH BGHZ 44, 241 (242).
453 Redeker Rn. 643.
454 Siehe etwa BGH NJW 2010, 1449 (1451); BGH NJW 1984, 2160.
455 Löwe CR 1987, 219.
456 Beise DB 1979, 1214 (1215).
457 BVerwG NJW-RR 1988, 343.
458 Siehe auch BGH NJW 2010, 1449 (1451); MüKoBGB/Busche § 631 Rn. 174.
459 Siehe auch BGH NJW 2010, 1449 (1451); NJW 1984, 2160; MüKoBGB/Busche § 631 Rn. 174; Schneider CR 2005, 695.

2. Der allgemeine Servicevertrag

Der allgemeine Servicevertrag wird von den Parteien frei geschlossen. Ein Anspruch auf **174** Abschluss eines solchen Vertrags kann im B2B-Bereich allenfalls nach Maßgabe kartellrechtlicher Vorgaben (§§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB bzw. Art. 102 AEUV) bejaht werden, wenn ein marktbeherrschender Unternehmer Serviceverträge abschließt und einem einzelnen Anwender ohne sachlichen Grund den Abschluss verweigert. Gegenüber Privaten lässt sich ein solcher Abschlusszwang allenfalls aus § 826 für lebenswichtige Güter herleiten.[460] Im Softwarebereich wird dies allerdings eher selten der Fall sein.

a) Hauptleistungspflichten

aa) *Pflichten des Dienstverpflichteten.* Dienstverträge verpflichten zu Diensten jeder Art **175** (§ 611 Abs. 2). Durch den Servicevertrag verpflichtet sich der Unternehmer insbesondere zum

- Bereithalten von Personal auf Abruf und
- Bereithalten von Maschinen.

Primärer Anspruch des Dienstberechtigten gegen den Dienstverpflichteten ist der Erfüllungsanspruch aus dem Dienstvertrag (§§ 611 Abs. 1, 241 Abs. 1), den der Dienstberechtigte im Wege einer Erfüllungsklage geltend machen kann. Allerdings ist eine Vollstreckung aus dem Erfüllungstitel im Regelfall gem. § 888 Abs. 3 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 Softwarepflegevertrag hinsichtlich einer Kanzleisoftware verpflichtete Par- **176** tei muss bei Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen die Software an die geänderten Bestimmungen anpassen und eine auf dem vereinbarten Betriebssystem lauffähige Version bereitstellen.[461]

Wird in einem Softwarepflegevertrag grundsätzlich vereinbart, dass die Erbringung der Wartungsleistung per Fernwartung (insbesondere online) erfolgen soll, so kann der Kostenaufwand für den vom Leasingnehmer ausdrücklich gewünschten Vor-Ort-Service diesem gesondert in Rechnung gestellt werden. [462] Zudem besteht ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung, wenn die Stundenzahl für ein mitgeleastes Training auf der neu erworbenen Software bei weitem überschritten wird.[463]

AGB-rechtlich unproblematisch ist eine Klausel, wonach die Wartung in Form der In- **177** standhaltung auf Abruf des Auftraggebers erfolgt.[464] Wird die Wartung schlecht durchgeführt und gerät die Anlage dann insgesamt in einen störanfälligen Zustand, liegt darin eine mangelhafte Werkleistung.[465] Die Beweislast für einen Mangel der Wartung liegt beim Kunden.[466] Wird eine Wartung auf Abruf sowie eine feste Mindestlaufzeit des Wartungsvertrags vorgesehen, bedarf es keiner Abnahme; die Abnahme gilt insofern als konkludent abbedungen.[467] Einer gesonderten Abnahme bedarf es auch deshalb nicht, weil die Pflegeleistungen ja kontinuierlich vorgenommen werden müssen.[468] Wird eine Hotline kostenlos

460 Marly Rn. 1049 f.
461 OLG Köln CR 2003, 329.
462 LG Cottbus CR 2004, 260.
463 LG Cottbus CR 2004, 260.
464 OLG Hamm CR 1989, 815.
465 OLG München CR 1989, 283.
466 OLG München CR 1989, 283.
467 OLG Karlsruhe CR 1987, 232 (233).
468 Seitz CR 1988, 31 (33); ähnlich Löwe CR 1987, 219 (220).

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".[469]

178 bb) *Das Pflegeunternehmen.* Welche Leistung der Dienstverpflichtete schuldet, ist im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln. Dabei ist zu beachten, dass durch die Einbeziehung von standardisierten Arbeitsverträgen in die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle auch die Hauptkonditionen des Dienstvertrags auf dem Prüfstand des § 307 Abs. 1 S. 1 stehen können. Zwar erstreckt sich die Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. gem. § 307 Abs. 3 S. 1 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 S. 1). Erbringen fremde Serviceunternehmen Dienstleistungen anstelle des Dienstverpflichteten, liegt darin keine Erfüllung des Dienstvertrags. Ohne Genehmigung braucht der Dienstberechtigte sich keinen anderen Vertragspartner gefallen zu lassen (§ 415). 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.[470] Auch bei Kaufleuten ist eine Regelung, die einen freien Wechsel im Rahmen von AGB vorsieht, nicht zulässig.[471]

179 Umgekehrt kann der Dienstberechtigte im Zweifel nicht seinen Anspruch auf die Dienste auf Dritte übertragen (§ 613 S. 2). Insbesondere ist es ihm verwehrt, den Dienstverpflichteten 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 in AGB vereinbart werden.[472] 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.[473]

Übernimmt eine Firma mit ausdrücklichem Schwerpunkt in der Softwarewartung eine „24-Stunden-Verfügbarkeitsgarantie", ist darin nach einer Entscheidung des OLG Köln[474] kein Verstoß gegen § 307 zu sehen. Den Leitsätzen des Urteils nach ist nicht anzunehmen, „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".[475]

180 *cc) Pflichten des Dienstberechtigten.* Der Dienstberechtigte hat die Serviceleistungen zu vergüten (§ 611 Abs. 1). Die Vergütung kann nach Leistung (§ 614 S. 1) oder Zeit (§ 614

469 AG Maulbronn NJW-RR 1994, 1077.
470 LG Köln NJW-RR 1987, 885 (886).
471 OLG Bramberg CR 1987, 234.
472 OLG Bamberg CR 1987, 234.
473 Schneider, Handbuch EDV-Recht, K Rn. 239.
474 OLG Köln BeckRS 2003, 08424.
475 OLG Köln BeckRS 2003, 08424.

S. 2) berechnet werden. Eine Vorauszahlungspflicht ist zumindest dann unwirksam, wenn es um eine Zahlung für ein Jahr im Voraus geht.[476] Zu beachten ist hier vor allem das Leitbild des Dienstvertragsrechts (§ 614) sowie des Mietrechts (§ 556b), wonach die Vergütung zum Ende des einzelnen Zeitabschnittes fällig wird. In der Literatur wird vorgeschlagen, zumindest eine vierteljährliche Vorauszahlung als wirksam anzusehen.[477]

Wird bei der Pflege ein „Circapreis" vereinbart, kann das Pflegeunternehmen seinen nachträglich höheren Aufwand nur bis zu 110% des Circapreises in Rechnung stellen.[478] Eine Berechnung der jeweils geschuldeten Pauschale zu Beginn eines Kalenderjahres ist AGB-rechtlich unzulässig.[479] Eine Vorauszahlungsklage soll allerdings zulässig sein.[480]

Zu beachten ist, dass Preisvereinbarungen nicht einer AGB-Kontrolle unterliegen. Eine 181
(scheinbare) Ausnahme gilt nur für Preisnebenabreden, welche die Art und Weise der Preisberechnung zum Gegenstand haben. Hinsichtlich der Abdingbarkeit von § 614 ist zu bedenken, dass eine Klausel, die eine Vergütung für ein Jahr im Voraus vorsieht, wohl kaum einer Inhaltskontrolle standhalten dürfte.[481] „Vereinbaren Vertragsparteien im Rahmen eines Softwarepflege- und Betreuungsvertrags 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".[482]

b) Nebenpflichten

Neben die Hauptleistungspflichten treten Nebenpflichten, die sich als Gebote redlichen 182
Verhaltens aus § 242 ableiten lassen. Ein Verstoß gegen diese Pflichten führt bei schuldhaftem Verhalten zu Schadensersatzansprüchen aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 und im vorvertraglichen Bereich aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 („c. i. c.").

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.[483] 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.

Eine Nebenpflicht des Dienstberechtigten besteht darin, alles zu tun, um Schäden an 183
Leib und Leben des Pflegeunternehmens 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 Datenverlust regelmäßig aus.[484] Streitig ist es, 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,

476 OLG München CR 1992, 401 (402); a. A. LG Köln RuS 1995, 313.
477 Schneider K Rn. 231; Zahrnt CR 1992, 401 (404).
478 LG Köln, Urt. v. 30.3.1992 – 90 O 282/82 (nicht veröffentlicht).
479 OLG München CR 1992, 401.
480 OLG München CR 1992, 401 (402).
481 OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1015.
482 LG Berlin ZUM-RD 2002, 296.
483 AG Düren CR 2004, 734.
484 LG Stuttgart CR 2002, 487.

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 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.[485] 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.[486] Das LG Hamburg hat entsprechende Klauseln gebilligt.[487] Demnach sei eine Klausel wirksam, nach der sich die Pflege stets auf den gesamten Bestand des Auftraggebers an der Software des Herstellers bezieht, soweit der Hersteller hierfür Pflege anbietet und die dazu bestimmt ist, dass der Auftraggeber stets alle Installationen der Software des Herstellers (einschließlich durch Zukäufe oder im Rahmen der Wartung erworbener Software) vollständig beim Hersteller in Pflege halten oder die Pflege insgesamt kündigen muss. Davon erfasst sei auch Software, die der Auftraggeber von Dritten bezogen hat und für die der Hersteller Pflege anbietet. Auch eine Klausel, die den Auftraggeber im Falle von Zukäufen zur Erweiterung der Pflege auf Basis gesonderter Pflegeverträge mit dem Hersteller verpflichtet, sei zulässig.

c) Nicht- und Schlechterfüllung

184 Das Dienstvertragsrecht in den §§ 611 ff. kennt keine eigenen Gewährleistungsregeln. Es ist also auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht zurückzugreifen. Vertraglichen Vereinbarungen durch Verwendung vorformulierter Geschäftsbedingungen, die das Haftungsrisiko für Leistungsstörungen regeln, kommt daher im Dienstvertragsrecht eine zentrale Bedeutung zu. Die Generalklausel des § 280 Abs. 1, die als zentrale Norm des Leistungsstörungsrechts 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 schuldhafte Verletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenleistungspflicht verursacht wird; eine selbständige Minderung der Vergütung wegen Schlechtleistung kennt das Dienstvertragsrecht auch weiterhin nicht. Die Haftung für Pflegemängel ist also verschuldensabhängig. Allerdings gelten die Regelungen zur Verschiebung der Darlegungs-/Beweislast nach § 280 Abs. 2. 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.

Nach einem Urteil des LG Bonn unterfallen Leistungsstörungen im Softwarepflegevertrag während seiner Laufzeit dem allgemeinen Schuldrecht.[488] Erst nach Laufzeitende sei das Gewährleistungsrecht einschlägig.

185 Die Rückabwicklung des Softwarepflegevertrags könne im Einzelfall auch den zugrunde liegenden Softwarevertrag erfassen, sofern Pflege- und Softwarevertrag Teile eines Gesamtgeschäftes sind. Dabei reiche 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 sei es nicht notwendig, dass zwischen den verschiedenen Akten ein rechtlicher Zusammenhang bereits durch rechtsgeschäftliche Bedingungen hergestellt wird. Ebenso wenig brauchten die mehreren Vereinbarungen demselben rechtlichen Geschäftstypus anzugehören; sie könnten durchaus wesensungleich sein. Eine Geschäftseinheit werde selbst dadurch nicht ausgeschlossen, dass an den mehreren Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.

485 Anders Peter in: Schneider/Graf v. Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Kap. I Rn. 289 ff., der solche Klauseln als Leistungsbeschreibungen für nicht kontrollfähig ansieht.
486 Schneider, K Rn. 171.
487 LG Hamburg ZUM 2014, 69.
488 LG Bonn CR 2004, 414.

Eine Softwaredokumentation ist mangelhaft, wenn in ihr in nennenswertem Umfang **186** 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.[489]

Hat der Gläubiger an der Erfüllung des Dienstvertrags wegen Verzögerung oder **187** Schlechtleistung kein Interesse mehr oder ist diese ihm nicht mehr zuzumuten, so gewähren § 280 Abs. 2 und 3 unter den Voraussetzungen der §§ 281, 282 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,[490] vor allem bei Dienstverträgen relevant werden, bei denen die Dienstleistung nicht im Rahmen eines 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 geregelt sind, liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn bei der (ordnungsgemäßen) Erbringung der Dienstleistung anderweitige Rechtsgüter und Vermögensinteressen des Dienstberechtigten geschädigt werden.[491] Darüber hinaus darf dem Gläubiger die weitere Leistung des Schuldners nicht mehr zuzumuten ist. Hiervon kann etwa im Bereich des Gesellschaftsrechts bei wiederholten Verstößen gegen ein nebenvertragliches Konkurrenzverbot durch einen Gesellschafter ausgegangen werden.[492]

Im Falle der Nichterfüllung von Pflegepflichten kann der Anwender auf Erfüllung kla- **188** gen. Hier gibt es auch die Möglichkeit einer Ersatzvornahme im Rahmen von § 887 ZPO. Ferner kann er das vereinbarte Entgelt verweigern (§ 320 Abs. 1). 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.

d) Beendigung des Servicevertrags

In der Rechtsprechung finden sich viele Entscheidungen, die sich mit der Wirksamkeit **189** von Kündigungserklärungen bei Serviceverträgen auseinandersetzen.

aa) *Ordentliche Kündigung.* Ein Dienstvertrag endet mit Ablauf des Zeitraumes, für den er abgeschlossen worden ist (§ 620 Abs. 1). Zu beachten ist § 624 bei einer mehr als fünfjährigen Laufzeit und § 309 Nr. 9 bei der Regelung der Laufzeit durch AGB.

Abseits solcher befristeter Verträge sieht das BGB besondere Fristen für die ordentliche Kündigung vor (§§ 620 Abs. 2, 621). Ist die Vergütung nach Vierteljahren bemessen, liegt die Kündigungsfrist bei sechs Wochen für den Schluss des Kalenderjahres (§ 621 Nr. 4). Zwar ist das Recht zur ordentlichen Kündigung uneingeschränkt abdingbar.[493] Allerdings muss der Anwender spätestens nach zwei Jahren eine erste Möglichkeit zur Kündigung haben (§ 309 Nr. 9a).[494] Stillschweigende Verlängerungen dürfen nicht länger als ein Jahr dauern (§ 309 Nr. 9b). Zu Lasten des Anwenders ist auch eine längere Kündigungsfrist als drei Monate nicht einführbar (§ 309 Nr. 9c). Eine unzulässige Umgehung dieses Verbots stellt eine Klausel dar, die zwar die 3-monatige Kündigungsfrist berücksichtigt, eine Kündi-

489 LG Bonn K&R 2004, 353.
490 Dauner-Lieb in: Dauner-Lieb/Langen NK-BGB § 280 Rn. 63.
491 Joussen NZA 2001, 745 (748); vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, 141.
492 Vgl. BGH NJW-RR 1996, 949 (950).
493 MüKoBGB/Hesse § 621 Rn. 29; Schreiber in: Schulze HK-BGB § 621 Rn. 1.
494 Siehe dazu auch Merveldt CR 2006, 721 (722); Kaufmann CR 2005, 841 (846).

gung jedoch nur zu einem bestimmten Zeitpunkt im Jahr zulässt.[495] 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.[496] Allerdings müssen dann außergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine solch lange Bindung erforderlich erscheinen lassen.[497]

190 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.[498] Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der Schuldner vor Kündigung des Vertrags 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.[499] In Literatur und Rechtsprechung werden in seltenen Einzelfällen Kündigungsausschlüsse wegen Rechtsmissbrauchs nach § 242 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.)[500] entziehen will oder aber in dem Fall, in dem durch eine Kündigung der Kunde zur Zahlung von nicht geschuldeten Leistungen gebracht werden soll.[501] Es liegt jedoch grundsätzlich in der Autonomie 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.[502]

191 bb) *Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626).* Nach § 626 kann jeder Dienstvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden. Dieses Recht zur außerordentlichen Kündigung ist nicht gänzlich abdingbar.[503] Auch eine Beschränkung auf bestimmte wichtige Gründe ist unzulässig.[504] 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 EDV-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.[505] Sind Pflege- und Softwarevertrag Teile eines Gesamtgeschäftes, so kann sich der Softwareunternehmer für die fristlose Kündigung des Pflegevertrags auch auf eine besonders gravierende Verletzung des Softwarevertrags durch den Gläubiger berufen.[506]

495 LG Saarbrücken NJOZ 2015, 1235.
496 OLG Hamm NJW-RR 1986, 1248 (1249); OLG Karlsruhe NJW-RR 1991, 1460 (1461), allg. zur Kündigung von Softwarepflegeverträgen; Kaufmann CR 2005, 841.
497 Marly Rn. 1055.
498 OLG Köln K&R 2003, 573; s. für den Fall eines Quasi-Vertragshändlers: BGH NJW 1994, 722.
499 OLG Koblenz CR 2005, 482.
500 S. OLG Köln CR 1998, 720 sowie Bartsch NJW 2002, 1526 (1530); a. A. OLG Nürnberg CR 2005, 260.
501 Vgl. OLG Koblenz NJW 1993, 3144.
502 OLG Koblenz CR 2005, 482 (483); a. A. LG Köln CR 1999, 218.
503 BGH NJW 1986, 3134; OLG Karlsruhe BB 1983, 725 (728).
504 So auch Peter in: Schneider/Graf v. Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Kap. I Rn. 349, der eine Definition einzelner wichtiger Gründe „in engen Grenzen" für wirksam erachtet, aber die Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten nach § 314 BGB allenfalls in engen Grenzen durch Individualvereinbarung als zulässig bewertet.
505 Kündigungsrecht bejaht durch BGH NJW 1986, 3134.
506 Marly Rn. 1057.

cc) *Fristlose Kündigung aufgrund besonderen Vertrauens (§ 627).* Ein besonderes außerordentliches Kündigungsrecht ohne wichtigen Grund sieht § 627 bei Diensten vor, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Dieses Recht ist individualvertraglich abdingbar. Ob eine Klausel aber der Inhaltskontrolle standhält, ist streitig.[507] **192**

3. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Softwareaktualisierungen: Kaufvertrag

Wichtig ist hier die Unterscheidung zwischen Programmanpassungen auf eine leistungsstärkere Hardwareumgebung einerseits und Softwareaktualisierungen zur bloßen Fehlerbeseitigung auf der Basis der bestehenden Hardwareinfrastruktur andererseits. Typischerweise sind in Pflegeverträgen nur Softwareaktualisierungen geschuldet, nicht aber zusätzliche Wartungs- und Fehlerbeseitigungsmaßnahmen vor Ort. Die Programmanpassungen müssen dabei an die vertraglich vorausgesetzte Hardware angepasst sein. Fehlt es an einer Kompatibilität des Updates mit der Hardware, liegt darin ein Mangel der Pflegeleistung. Auch darf der Kunde nicht vertraglich verpflichtet werden, bei jeder Programmänderung die Software erneut entgeltlich zu erwerben.[508] 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). Streitig ist, ob Pflegeleistungen mit entsprechenden Dokumentationen versehen sein müssen; für den Bereich der Hardwarewartung wurde eine solche (stillschweigende) Dokumentationspflicht abgelehnt.[509] **193**

Bei der Lieferung von Softwareaktualisierungen ist das Kaufrecht zu beachten. Soweit die Updates Softwaremängel beseitigen, ist die Regelung des § 308 Nr. 8 zu beachten. Die Nacherfüllung hat kostenlos zu geschehen, sodass eine Umwälzung von Kosten auf den Anwender unzulässig ist. Als problematisch erweist sich die Kombination von Softwareaktualisierungen zur Beseitigung von Mängeln mit Programmanpassungen auf eine leistungsstärkere Umgebung, 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 in das richtige Licht zu setzen. Für die Fehlerbeseitigung läuft keine neue Gewährleistungsfrist. Anders ist die Rechtslage für Verbesserungen. Hier läuft eine neue Verjährungsfrist für alle gewährleistungsrechtlichen Fragen. **194**

4. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag

a) 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 (vgl. § 1 Abs. 1 AÜG). Das schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Verleiher und dem Entleiher wird als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet.[510] Der Entleiher erwirbt das vom Arbeitgeber, d. h. dem Verleiher, **195**

507 Für eine Wirksamkeit AG Bremen NJW-RR 1987, 1007.
508 AG Hanau NJW-CoR 1998, 434.
509 OLG München CR 1988, 38 mAnm Bischoff.
510 Schüren/Hamann § 1 Rn. 85.

abgeleitete Recht, vom Leiharbeitnehmer die Leistung der zur Erfüllung des Überlassungsvertrags erforderlichen Arbeiten zu fordern und durch nähere Weisungen konkretisieren zu können (Direktionsrecht).[511] Der Leiharbeitnehmer unterliegt mithin dessen Weisungen (§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG). Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht fort, d. h. der Verleiher haftet für die Vergütung, Vergütungsfortzahlung bei Urlaub und Krankheit usw.

196 Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gilt gem. § 1 Abs. 1 S. 1 nur für die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Damit ist jegliches Handeln erfasst, mit dem Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden.[512] In der vorherigen Gesetzesfassung, die bis 2011 galt, wurde noch ein gewerbsmäßiges Handeln, also ein solches mit Gewinnerzielungsabsicht gefordert. Nicht um eine Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes handelt es sich, wenn es sich bei dem Vertrag zwischen Unternehmer (Arbeitgeber) und Drittem um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt.[513] 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 der seinen Weisungen unterliegenden Arbeitnehmer 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.[514]

Die Arbeitnehmerüberlassung bedarf, neben der Gewerbeanmeldung, der Erlaubnis nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG). Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht ein Anspruch, wenn keiner der Versagungsgründe des § 3 AÜG vorliegt.

Die Abgrenzung der 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 Verleiherlaubnis, 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 Vertrags ab.

b) Problem: AGB-rechtliche Vergütungsregeln

197 Verboten im Werkvertragsrecht ist eine Vergütungsregelung in AGB, die für das reine Tätigwerden eine Entgeltpflicht vorzieht. Zu solchen verbotenen Klauseln zählen z. B. Regelungen wie „Fahrzeiten gelten als Arbeitszeiten".[515] Verboten ist auch eine Klausel wie „nach Wahl Neuteile oder Austauschteile".[516] Als untauglichen Versuch, für das reine Tätigwerden Geld zu verlangen, gilt auch die Klausel „Angefangene Stunden werden als volle Stunden berechnet.".[517] Als zulässig wird hingegen angesehen, wenn der Softwareersteller nach Stunden abrechnet[518] oder im Rahmen von Individualverträgen eine Regelung vorsieht, wie „Kfz-Kostenanteil pro Anfahrt pauschal so und so viel Euro".[519]

511 Schüren/Hamann § 1 Rn. 93.
512 Höpfner in: Henssler/Willemsen/Kalb § 1 AÜG Rn. 38.
513 Siehe auch LAG München BB 1992, Beilage 10 S. 11 Nr. 9.
514 Siehe auch LAG Sachsen-Anhalt BeckRS 2006 41646 (zu der vergleichbaren Frage der Einordnung fremder Arbeitnehmer unter § 98 BetrVG).
515 BGH NJW 1984, 2160; OLG Frankfurt DB 1983, 1482.
516 OLG Frankfurt DB 1983, 1482.
517 Marly Rn. 1066.
518 OLG Stuttgart NJW-RR 1991, 252.
519 BGH BB 1992, 228.

c) Klauseln in AGB

Die oben dargestellten Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts sind vertraglich abdingbar. Da das Dienstvertragsrecht, anders als etwa § 476 im Kaufrecht für einen Verbrauchsgüterkauf, keine Grenzen für eine vertragliche Modifikation des Leistungsstörungsrechts enthält, richtet sich die Zulässigkeit haftungsbeschränkender Klauseln in Standarddienstverträgen nach den §§ 307 ff. **198**

aa) *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 S. 2 wegen Verstoßes gegen das materielle Transparenzgebot unwirksam sind – am Maßstab des § 309 Nr. 7 zu messen. Unwirksam ist daher die häufig in Verträgen über Telekommunikations- und Internetdienstleistungen anzutreffende Klausel „Unsere Haftung ist auf vorsätzliches Handeln begrenzt". Die Unwirksamkeit dieser Haftungsbeschränkung gegenüber dem Endverbraucher lässt sich auch nicht durch einen salvatorischen Zusatz „es sei denn, dem stehen zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegen" vermeiden.[520] **199**

Unwirksam sind auch Klauseln, die die „Haftung auf Grund von gesetzlichen Bestimmungen auf die zulässige Mindestsumme begrenzen". Diese inhaltsleere Floskel hält weder dem Klauselverbot des § 309 Nr. 7 noch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 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 ProdHaftG[521] enthält.

bb) *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. Dies ist als (mittelbarer) Haftungsausschluss unzulässig, wenn hierdurch schon die Vertragspflicht, deren Verletzung die Grundlage der Schadensersatzhaftung ist, eingeschränkt wird.[522] 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.[523] **200**

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, da nicht danach differenziert wird, ob die Leistungsstörung auf einer nur leicht fahrlässigen Pflichtverletzung einer nicht vertragswesentlichen Pflicht beruht. Zudem verbietet § 307 Abs. 2 Nr. 2 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

520 Vgl. BGH NJW 1987, 1815 (1818).
521 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.
522 Vgl. Dammann in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Gesetz, 7. Aufl. 2020, § 309 Nr. 7 Rn. 50; Schlosser WM 1978, 562 (564 f.).
523 Ähnlich auch BGH NJW 1992, 3158 (3161): Vermittlungsvertrag statt Reisevertrag.

schon bei der positiven Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden, etwa durch Vereinbarung einer bestimmten Toleranzgrenze bezüglich der Anzahl und Dauer von Ausfällen pro Zeiteinheit.[524]

201 Dennoch kann es auch bei unbeschränkter Leistungszusage sinnvoll sein, in den AGB 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. 1, 3 wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht schadensersatzpflichtig macht. Gleiches gilt für vorformulierte Hinweise auf mögliche Risiken bei Beratungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen von Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern.

202 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) 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. 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*").[525] 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 Garantie übernommen."), bereits wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 (widersprüchliche AGB) unwirksam. Im Übrigen gilt auch hier, dass die Haftung für eine – auch leicht fahrlässige – Verletzung von vertragswesentlichen Pflichten nicht ausgeschlossen werden kann.

203 cc) *Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche.* Auch eine Verkürzung der Verjährung von Schadensersatzansprüchen ist als Begrenzung der Haftung i.S.v. § 309 Nr. 7 anzusehen.[526] Für AGB in Dienstverträgen bedeutet dies, dass in den von § 309 Nr. 7 erfassten Fällen (s.o.) eine Verkürzung der in § 199 geregelten Verjährungsfristen für Schadensersatzforderungen unzulässig ist.

Anders ist dies bei Verjährungsklauseln in Standarddienstverträgen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Hier ist § 309 Nr. 7 nicht anwendbar (§ 310 Abs. 1), sodass sich die Zulässigkeit von Verjährungsabreden nach der Generalklausel des § 307 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 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.

524 Vgl. Jessen ZUM 1998, 282, 287; Cichon, Internetverträge, 2. Aufl. 2005, Rn. 68.
525 Vgl. dazu LG Hamburg NJW 2001, 3486 (3486 f.).
526 Kollmann in: Dauner-Lieb/Langen NK-BGB § 309 Rn. 101; so schon zur alten Rechtslage BGH NJW-RR 1987, 1252 (1253).

Im Ergebnis ist im unternehmerischen Bereich zu prüfen, ob die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist bewirkt, dass die Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche weitgehend verhindert würde.[527]

dd) *Änderungsvorbehalte.* § 308 Nr. 4 untersagt 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." **204**

Da es sich hierbei um ein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit handelt, sind Änderungsvorbehalte nicht generell unzulässig. Unzulässig ist hiernach z.B. die Klausel in einem Reparaturvertrag, nach der zusätzliche, nicht besonders in Auftrag gegebene Arbeiten vorbehalten werden, wenn diese zur Wiederherstellung des Geräts erforderlich werden.[528] Nach Ansicht der Rechtsprechung sind auch Klauseln unzulässig, die den Dienstverpflichteten zur Delegation der geschuldeten Dienstleistung ohne sachlichen Grund an einen Dritten berechtigten.[529] Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die geschuldete Dienstleistung nach dem gesetzlichen Leitbild des § 613 S. 1 eine höchstpersönliche Pflicht sei. Daher sei ein formularmäßiger Änderungsvorbehalt auch dann unwirksam, wenn er sich auf vorhersehbare Verhinderungen (Urlaub) erstrecke.[530] 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. 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. Einseitige Auftragserweiterungsvorbehalte für entgeltpflichtige Zusatzleistungen sind unzulässig.[531] In Bezug auf Geschäftsbedingungen in Pay-TV-Verträgen[532] und Tk-Verträgen[533] hat der BGH erklärt, dass Änderungsvorbehalte unwirksam seien, wenn der Kunde bei Vertragsschluss nicht absehen könne, welche Änderungen er nach Vertragsbeginn ohne seine Zustimmung hinzunehmen hätte. Es reiche nicht aus, dass sich eine Leistungsänderung für die Mehrheit der Abonnenten vorteilhaft auswirke. Auch entsprechende Preisanpassungsklauseln seien wegen Unbestimmtheit nichtig, wenn sie ganz allgemein an eine Erhöhung der nicht näher umschriebenen Bereitstellungskosten anknüpften und weder die Voraussetzungen noch den Umfang einer Preiserhöhung näher regelten. Die Unangemessenheit einer solchen Preisanpassungsklausel werde nicht dadurch kompensiert, dass dem Kunden ein Kündigungsrecht für den Fall eingeräumt werde, dass die Preiserhöhung 5% oder mehr des ursprünglichen Preises ausmache.

Zu beachten ist ferner, dass nach einem Urteil des BGH Klauseln unzulässig sind, die dem Verwender das Recht zur Änderung von Leistungsbeschreibungen geben.[534] Verboten sei demnach auch die Verwendung einer Klausel, die eine Leistungsänderung an einen fingierten Konsens der Parteien koppelt und den Kunden auf ein Widerspruchsrecht verweist.

ee) *Änderungen der AGB.* Dienstverträge sind typischerweise Dauerschuldverhältnisse, die **205**
auf eine längere Vertragslaufzeit ausgerichtet sind. In der Praxis finden sich in vielen AGB Änderungsklauseln, die gerade wegen der Planungsrisiken ein vorbehaltloses Änderungsrecht des Verwenders enthalten: „Wir behalten uns vor, diese AGB jederzeit zu ändern.

527 Vgl. zum bisherigen Recht BGH NJW-RR 1988, 559 (561); zur neuen Rechtslage siehe Mansel/Stürner in: Heidel u.a., Schuldrecht, 3. Aufl. 2016, § 202 Rn. 16 ff.
528 Dammann in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGBG § 308 Nr. 4 Rn. 31.
529 Vgl. OLG Düsseldorf NJW 195, 2421.
530 OLG Hamm NJW 1995, 794.
531 Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1992, 444 (445); zu Auftragserweiterungsvorbehalten in Werkverträgen vgl. BGH NJW 1987, 2818 (2818 f.).
532 BGH NJW 2008, 360 (361 ff.); KG GRUR-RS 2019, 39728.
533 BGH NJW-RR 2008, 134.
534 BGH CR 2008, 104.

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.[535] Ein einseitiges Änderungsrecht ist im Geltungsbereich von §§ 307, 309 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.

Unbedenklich ist hingegen eine Änderungsklausel, in der dem Kunden das Recht zur Kündigung des Vertrags 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 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.[536]

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.[537]

206 Einfacher ist die Änderung von AGB bei Dienstleistungen, die nicht im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses, sondern jeweils unter Abschluss eines neuen Vertrags bei sofortiger Leistungserbringung angeboten werden (Call-by-Call-Systeme etc.). Für diese Dienstleistungen gilt für die Einbeziehung der AGB das oben Gesagte, sodass neue AGB unter den Voraussetzungen des § 305a Nr. 2b) durch die Inanspruchnahme der Dienstleistung einbezogen werden.

X. Sonstige IT-Verträge

1. Shrink-Wrap Licensing

207 Um direkte Vereinbarungen mit dem Anwender schließen zu können, bedient sich die Softwareindustrie der sog. Schutzhüllenverträge (Shrink-Wrap-Licensing), die in der Regel wie folgt zustande kommen: 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. Anbei findet er 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.

Ähnlich legen die Softwareersteller dem Programmpaket oft ihre AGB bei (ENTER-Vereinbarungen) und verweisen den Anwender beim Programmstart darauf, dass die Benutzung der Software gleichzeitig eine konkludente Zustimmung zu den Hersteller-AGB beinhaltet.

535 Vgl. BGH NJW 1998, 454 (455 f.).
536 Kollmann in: Dauner-Lieb/Langen NK-BGB § 308 Rn. 120 f.
537 OLG Köln NJW 1996, 1065.

Die Vermarktung solcher Vertragsmodelle ist rechtlich bizarr. Man spricht hier von End **208** User License Agreements (EULA) und vermittelt dadurch den Eindruck, es gehe 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 § 69d 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 Virginia)[538] zur Anwendung.

Juristisch handelt es sich bei den EULA um den Versuch des Herstellers, mit dem An- **209** wender 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 (offerta ad incertas personas). Der Zugang der Annahmeerklärung durch den Anwender ist dabei gem. § 151 entbehrlich. Dies gilt jedoch nur für den Zugang; die Annahme als solche muss dennoch erklärt werden. Das Aufreißen der Schutzhülle oder die Inbetriebnahme des Programms 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.[539] Es ist allerdings ein „als Willensbetätigung zu wertendes, nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsempfängers erforderlich, aus dem sich dessen Annahmewille unzweideutig ergibt".[540] Ein unmittelbar lediglich auf einen tatsächlichen Erfolg zielendes Verhalten kann aber nicht mittelbar einen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck bringen, d. h. als Willenserklärung gewertet werden. Schutzhüllenverträge sind folglich mangels Zustimmung des Anwenders zum Vertragsschluss unwirksam.[541] Ähnliches gilt für Versuche, einen Vertragsschluss mittels Drücken der Enter-Taste zu konstruieren.[542]

2. Open Source und GPL

Die „General Public License" (GNU/GPL) in der Version 3 aus dem Jahr 2007[543] gilt als **210** Grundmodell für Open Source Software Lizenzen. Dem Nutzer wird unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt; er übernimmt aber auch die Verpflichtung, seine Umgestaltungen wiederum zur allgemeinen Nutzung nach den GPL-Bedingungen freizustellen. Streitig ist die Rechtsnatur von Open Source-Konstellationen. Teilweise wird hier mit Schenkungsrecht argumentiert.[544] 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.

538 Carlyle C. Ring, Jr., An Overview of the Virginia UCITA, 8 RICH. J. L. & TECH. 1 (Fall 2001) at http://jolt.richmond.edu/jolt-archive/v8i1/article1.html.
539 Schumacher CR 2000, 641 (641 ff.); 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, Inc. v. Zeidenberg, 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996).
540 BGH NJW 2016, 1441 (1443).
541 Anderer Ansicht ohne nähere Begründung OLG Stuttgart NJW 1989, 2633 (2634).
542 Specht v. Netscape Communications, Nos. 00 CIV 4871, 00 CIV 6219, 00 CIV 6249, 2001 WL 755 396 (S. D. N. Y. 07/05/01).
543 Siehe dazu https://www.ifross.org/gpl-version-3.
544 Metzger in: Jaeger, Open Source-Software 2002, 137 ff.

Die in der Version 2 der GPL zu findende Formulierung „provided that the following conditions are met" bezieht sich nach herrschender Meinung auf eine Nutzungseinräumung, die mit einer auflösenden Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 2 gekoppelt ist.[545] Diese Bedingungskonstruktion soll auch für den Vertrieb von Open Source unter der Version GPL 3 gelten, obwohl dieser Text nicht mehr von „condition" spricht".[546]

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 und kein Entgelt dafür verlangt wird (§ 2). Die GPL möchte sicherstellen, dass bei der Vermarktung der bearbeiteten Computerprogramme kein Gewinn erzielt wird. Es ist lediglich erlaubt, ein Entgelt in Höhe der eigenen Kostendeckung zu verlangen. Durch die sog. „Linux- Klausel" in § 32 Abs. 3 S. 3 UrhG ist für das deutsche Recht der wirksame Ausschluss der Vergütungsansprüche der einzelnen Urheber sichergestellt.

211 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, 476). Selbst im Falle einer Schenkung bleibt nach deutschem Verständnis eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bestehen (§§ 276 Abs. 3, 521, 523, 524).

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 GPLv2 im Kern 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, das 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 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.

Zu klären ist auch, welche Verwertungsrechte in die GPL einbezogen sind. Ausdrücklich umfasst 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.

212 Ein weiteres 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 führten. Andere gehen dagegen von einer dinglichen Beschränkung im Sinne einer eigenen Nutzungsart i. S. d. § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG aus. Nach Auffassung des LG München I enthält die GPL AGB, die in Deutschland nach den §§ 305 ff. wirksam in Nutzungsrechtsverträge einbezogen werden können. Die Verpflichtungsklauseln in den Ziff. 2 und 3 der GPL verstoßen

545 S. zu der Möglichkeit einer bindenden Rechtseinräumung BGH NJW 1958, 1583; für Open Source ausdrücklich LG München I MMR 2004, 693 f. mAnm Kreutzer LG München 2004, 774 (775 f.) und jetzt auch LG Frankfurt CR 2006, 729 mAnm Grützmacher.

546 Jäger/Metzger GRUR 2008, 130 (136).

insbesondere nicht gegen § 307. Verstößt ein Nutzer gegen die Pflichten aus der GPL, erlöschen seine Nutzungsrec hte und er kann vom Rechtsinhaber wegen Urheberrechtsverletzungen in Anspruch genommen werden.[547]

Literaturhinweise

• **Bücher:**

Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Handbuch IT und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019; *Beckmann,* Computerleasing, Köln 1993; *Brandi-Dohrn,* Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln, 2. Aufl. München 1994; *Cichon,* Internetverträge, 2. Aufl. Köln 2005; *Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.),* Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Band 2 (Zitiert: NK-BGB) 3. Aufl. 2016; *Dreier/Schulze (Hrsg.),* Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018; *Fromm/Nordemann (Hrsg.),* Urheberrecht, 12. Aufl. Stuttgart 2018; *Graf von Westphalen/Langheid/Streitz,* Der Jahr-2000-Fehler, Köln 1999; *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack (Hrsg.),* Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil – EGBGB, 3. Aufl. Baden-Baden 2016; *Henssler/Graf von Westphalen,* Praxis der Schuldrechtsreform, 2001; *Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.),* Arbeitsrecht – Kommentar, 9. Aufl. Köln 2020; *Hoeren,* Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989; *ders.,* IT-Vertragsrecht, 2. Aufl. Köln 2012; *ders.,* IT-Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012; *Jaeger/Metzger,* Open Source-Software, München 2002; *Junker/Benecke,* Computerrecht, 3. Aufl. Baden-Baden 2003; *Kilian/Heussen* (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, Stand EL 35, Juni 2020; *Koch,* Computer-Vertragsrecht, 7. Aufl. 2009; *König,* Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991; *Lehmann,* Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. Köln 1998; *Marly,* Praxishandbuch Softwarerecht – Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 2018; *Martinek,* Moderne Vertragstypen, Band III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München 1993; *Möhring/Nicolini,* Urheberrecht, 4. Aufl. München 2018; *Moritz/Tybusseck,* Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. Aufl. München 1992; *ders.,* IT-Recht, 6. Aufl. München 2017; *Oetker* Handelsgesetzbuch 6. Auflage 2019; *Redeker,* Der EDV-Prozeß, 2. Aufl. 2000 (zitiert: EDV-Prozeß); *Ruppelt,* Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990; *Sandhövel,* Gewährleistung beim Erwerb von Software, Diss. Bonn 1991; *Schneider, Jochen,* Handbuch des EDV-Rechts, 5. Aufl. Köln 2017; *Schneider/Graf von Westphalen (Hrsg.),* Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. Köln 2014; *Schneider, Jörg,* Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, München 1989; *Schröder,* Softwareverträge. Lizenzierung, Erstellung und Kauf, 3. Aufl. München 2008; *Schüren/Hamann,* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Aufl. München 2018; *Schulze/u. a. (Hrsg.),* BGB, (zitiert: HK-BGB), 10. Aufl. 2019; *Taschner,* Produkthaftung, München 1986; *Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage Berlin 1980; *Wandtke/Bullinger (Hrsg.),* Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. München 2019; *Zahrnt,* Projektmanagement von IT- Verträgen. Ein Ratgeber für Auftragnehmer und Auftraggeber, Heidelberg 2001.

• **Aufsätze**

Alexander, Anwendungsbereich, Regelungstechnik und einzelne Transparenzvorgaben der P2B-Verordnung, WRP 2020, 945; *Bartl,* Hardware, Software und Allgemeine Geschäftsbedingungen, CR 1985, 13; *ders.,* Produkthaftung nach dem neuen EG-Recht (ProdHaftG), Landsberg 1989; *Bartsch,* Weitergabeverbote in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standardsoftware, CR 1987, 8; *ders.,* Software und das Jahr 2000 – Haftung und Versicherungsschutz für ein technisches Großproblem, Baden-Baden 1998; *ders.,* Fehlende Dokumentation als Nichterfüllung, CR 1993, 422; *ders.,* Software und das Jahr 2000, CR 1998, 193; *ders.,* Das neue Schuldrecht – Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht, CR

547 LG München I CR 2004, 774; Schulz MMR 2004, 573. Ähnlich auch LG Frankfurt CR 2006, 729 mAnm Grützmacher.

2001, 649; *ders.,* Softwarepflege nach neuem Schuldrecht, NJW 2002, 1526; *Becker,* Datensicherung, NJW-CoR 4/92, 17; *Beise,* Gewährleistungsprobleme bei Wartungsverträgen, DB 1979, 1214; *Berger,* Service-Level-Agreements, Saarbrücken 2007; *Bergmann,* Handbücher für Softwareanwender, CR 1999, 455; *Bettinger/Scheffelt,* Application Service Providing: Vertragsgestaltung und Konflikt-Management, CR 2001, 729; *Bischof/Witzel* Softwarepflegeverträge, ITRB 2003, 31; *Bokelmann,* Rechtswirkungen von Computer-Leasingverträgen CR 1990, 194; *Bown,* Liability for Defective Software in the United Kingdom, in: Software Protection 1/1986, 1; *Brandi-Dohrn,* Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrages, CR 1986, 63; *Busch,* Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie?, GRUR 2019, 788; *Chrocziel,* Mitverschulden und Schadensersatz bei Vermietung eines mangelhaften EDV-Systems, CR 1988, 385; *Däubler,* Neues Schuldrecht – ein erster Überblick, NJW 2001, 3729; *Diedrich,* Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 473; *Dörner/Jersch,* Die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge IuR 1988, 137; *Ebert,* Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer, NJW 2004, 1761; *Ehmann,* Strafbare Fernwartung in der Arztpraxis, CR 1991, 293; *Endler,* Rechtsprechungsübersicht zu Dokumentationsmängeln, CR 1995, 7; *Erben/Zahrnt,* Erschöpfungsgrundsatz und Softwarevertrieb, CR 1996, 531; *Faust,* Softwareschutz durch Produktaktivierung, K&R 2002, 583; *Feuerborn,* Abnahme technischer Anlagen, CR 1991, 1; *ders./Hoeren,* Abnahme und Ablieferung von DV-Anlagen, CR 1991, 513; *Graf von Westphalen,* Rechtsprobleme des Computer-Leasing, CR 1987, 477; *ders.,* AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme NJW 2002, 12; *ders.,* b2b-Plattform-Verordnung: Das AGB-Recht vor weitreichenden Veränderungen, BB 2020, 579; *Grobe,* Ein Plädoyer für die erweiterte Auslegung des Nacherfüllungsanspruchs im Werkvertragsrecht, NZBau 2012, 347; *Grützmacher,* Application Service Providing – Urhebervertragsrechtliche Aspekte, ITRB 2001, 59; *Hassemer,* Kaufverträge nach der Schuldrechtsreform – Vertragsgestaltung gegenüber Verbrauchern und im Handelsgeschäft, ZGS 2002, 95; *Hoeren,* Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 4. November 1987, RDV 1988, 115; *ders.,* Softwarehaftung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, in: Handbuch der modernen Datenverarbeitung, Heft 146/1989, 22, *ders.,* Die Kündigung von Softwareerstellungsverträgen und deren urheberrechtliche Auswirkungen, CR 2005, 773; *ders.,* Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573; *Hohloch,* Produkthaftung in Europa, ZEuP 1994, 408; *Höppner/Schulz,* Die EU-Verordnung („PZB-Verordnung") für Fairness und Transparenz von Online-Vermittlungsdiensten 2019/1150, ZIP 2019, 2329; *Huppertz/Schneider,* Software-Lizenzaudits im Unternehmen – Datenschutzrechtliche Aspekte bei der Überprüfung von Softwarenutzung, ZD 2013, 427; *Ihde,* Das Pflichtenheft beim Softwareerstellungsvertrag, CR 1999, 409; *ders./Schuhmacher,* Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, 137; *Jaeger/Metzger,* Die neue Version 3 der GNU General Public License, GRUR 2008, 130; *Jauerning,* Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. München 2020; *Jessen,* Vertragsgestaltung und -praxis der Online-Dienste, ZUM 1998, 282; *Joussen,* Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, NZA 2001, 745; *Junker,* Ist Software Ware?, WM 1988, 1217; *ders.,* Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1991 und 1992, NJW 1993, 824; *ders.,* Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2001/2002, NJW 2003, 2792; *Kaufmann,* Kündigung langfristiger Softwarepflegeverträge oder Abschlusszwang?, CR 2005, 841; *Kindermann,* Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150; *Koch,* Urheber- und kartellrechtliche Aspekte der Nutzung von Open-Source-Software, CR 2000, 333; *ders.,* Urheberrechtliche Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Software-Nutzung, CR 2002, 629; *ders.,* Application Service Providing als neue IT-Leistung, ITRB 2001, 39; *Köhler,* Rechtsfragen zum Softwarevertrag, CR 1987, 827; *Kohser/Jahn,* Die P2B-Verordnung – Neue Pflichten für Plattformbetreiber und Suchmaschinenanbieter, GRUR-Prax 2020, 273; *Kotthoff,* Zum Schutz von Datenbanken beim Einsatz von CD-ROMs in Netzwerken, GRUR 1997, 597; *ders.,*

Softwareerstellungs-Verträge nach der Schuldrechtsmodernisierung, K&R 2002, 105; *ders./Wieczorek,* Rechtsrahmen von Softwarelizenzaudits – Zulässigkeit und Grenzen, MMR 2014, 3; *Krawczyk,* Erschöpfungslehre und Vermietungsrechte im niederländischen Urheberrecht, GRUR Int. 1990, 196; *Kühne,* Die nachvertragliche Ersatzteilbelieferung, BB 1986, 1527; *Lauer,* Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1758; *Lehmann,* Softwareüberlassungsverträge, GRUR Int. 2005, 181; *Linder,* Der Rückrufanspruch als verfassungsrechtlich notwendige Kategorie des Medienprivatrechts, ZUM 2005, 203; *Link,* Die Auswirkungen des Urheberrechts auf die vertraglichen Beziehungen bei der Erstellung von Computerprogrammen, GRUR 1986, 141; *Löwe,* Gedanken zur rechtlichen Einordnung von Wartungsverträgen, CR 1987, 219; *Mankowski,* Werkvertragsrecht – Die Neuordnungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag, MDR 2003, 854; *Marly,* Praxishandbuch Softwarerecht – Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 7. Aufl. München 2018; *Meggede,* Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV, NJW 1989, 2580; *Mehrings,* Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1904; *ders.,* Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware, NJW 1988, 2438; *Merveldt,* Zulässigkeit langfristiger Laufzeiten für Softwareüberlassungsverträge, CR 2006, 721; *Meub,* Schuldrechtsreform. Das neue Werkvertragsrecht, DB 2002, 131; *Müglich/Lapp,* Mitwirkungspflichten des Auftraggebers beim IT-Systemvertrag, CR 2004, 801; *Müller-Hengstenberg,* BVB-Planung, CR 1988, 633; *ders.,* Computersoftware ist keine Sache, NJW 1994, 3128; *ders.,* Vertragstypologie der Computersoftwareverträge, CR 2004, 161; *ders./Krcmar,* Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei IT-Projekten, CR 2002, 549; *Nordemann,* CPU-Klauseln in Software-Überlassungsverträgen, CR 1996, 5; *Otto,* Strafrechtliche Konsequenzen aus der Ermöglichung der Kenntnisnahme von Bankgeheimnissen in einem öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut durch Wartungs- und Servicepersonal eines Computer-Netzwerkes, wistra 1999, 201; *Redeker,* Wer ist Eigentümer von Goethes Werther, NJW 1992, 1739; *ders.,* Softwareerstellung und § 651 BGB, CR 2004, 88; *Reed,* Product Liability for Software, in: Computer Law & Practice 4 (1988), 149; *Rehmann,* Substantiierungspflicht im Softwareprozeß, CR 1990, 575; *Ring,* An Overview of the Virginia UCITA, 8 RICH. J. L. & TECH. 1 (Fall 2001), http://www.jolt.richmond.edu/v8i1/article1.html (zuletzt abgerufen am 22.9.2020); *Rodemann/Schwenker,* Gibt es im Kauf- und Werkvertragsrecht einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten mangelhafter Baustoffe?, ZfBR 2011, 634; *Runte,* Produktaktivierung, CR 2001, 657; *Salje,* Wirksamkeitsprobleme der Lizenzvereinbarung bei Standard-Anwendersoftware, in: Festschrift für Rudolf Lukes: Zum 65. Geburtstag (hrsg. v. Leßmann, Herbert/Großfeld, Bernhard/Vollmer/Lothar), Köln 1989, S. 183; *Schlosser,* Haftungsgrund, Haftungsmaßstab und AGB-Gesetz, WM 1978, 562; *Schmid,* Folgen des Rückrufs eines ausschließlichen Nutzungsrechts, ITRB 2007, 58; *Schneider, Jochen,* Das Fehlen der Dokumentation/ Bedienungsanleitung – kein Mangel? CR 1989, 193; *ders.,* Softwareerstellung und Softwareanpassung – Wo bleibt der Dienstvertrag?, CR 2003, 317; *ders.,* IT-Vertragsrecht, CR 2005, 695; *ders.,* Software als handelbares verkehrsfähiges Gut – „Volumen-Lizenzen" nach BGH, CR 2015, 413; *ders.,* Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. Köln 2017; *ders./Graf von Westphalen,* Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. Köln 2014; *Schneider, Jörg,* Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, München 1989; *Schneider, Nadine/Kremer,* Ein zweiter, kritischer Blick auf die P2B-Verordnung: Nachhaltige Veränderung des Plattformökosystems?, WRP 2020, 1128; *Schreibauer/Taraschka,* Service Level Agreements für Softwarepflegeverträge, CR 2003, 557; *Schuhmacher,* Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, CR 2000, 641; *Schulz,* Open Source Software vor Gericht, MMR 2004, 573; *Seitz,* Wartungsvertrag und Mängelgewährleistungsansprüche CR 1988, 31; *Sedlmeier/Kolk,* ASP – Eine vertragstypologische Einordnung, MMR 2002, 75; *Söbbing,* Service Level Agreements, ITRB 2004, 257; *Spindler/Klöhn,* Neue Qualifikationsprobleme im E-Commerce, CR 2003, 81; *Stemmer/Wierer,* Rechtsnatur und zweckmäßige Gestaltung von Projektsteuerungsverträgen, BauR 1997, 935; *Stichtenoth,* Softwareüberlassungsverträge nach dem

Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, K&R 2003, 105; *Stögmüller,* Teilbarkeit, Teilerfüllung und Teilrücktritt bei IT-Projekten, CR 2015, 424; *Strittmatter/Harnos,* Softwareaudits, CR 2013, 621; *Stuurman,* Product Liability for Software in Europe. A discussion of the EC-directive of 25 July 1985, in: Vandenberghe, Advanced Topics of Law and Information Technology, Deventer 1989, 110*Thewalt,* Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag, CR 2002, 1; *Tribess,* P2B-Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz von Online-Diensten, GWR 2020, 233; *ders.,* Datenzugangsrechte in der Plattformökonomie, ZD 2020, 440; *Ulmer, Detlef,* Der Bundesgerichtshof und der moderne Vertragstyp „Softwareüberlassung", CR 2000, 493; *Vandenberghe,* Software Bugs: A matter of Life and Liability, in: Computer Law Association, Distribution, Access & Communications, Amsterdam 1988, 103; *Voigt/Reuter,* Platform-to-Business-Verordnung, MMR 2019, 783; *Wais,* B2B-Klauselkontrolle in der Plattform-Ökonomie: Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über Online-Vermittlungsdienste, EuZW 2019, 221; *Westerholt/Berger,* Der Application Service Provider und das neue Schuldrecht, CR 2002, 81; *Westermann, Harm (Red.),* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4, 8. Aufl. München 2019 (Zitiert: MüKo BGB); *Westermann, Peter,* Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, 530; *Whittaker,* European Product Liability and Intellectual Products, in: LQR 105 (1989), 125; *Witte,* Urheberrechtliche Gestaltung des Vertriebs von Standardsoftware, CR 1999, 65; *Zahrnt,* Einsatz von Standardanwendungsprogrammen auf „fremden" DV-Anlagen, CR 1989, 965; *ders.,* Vorauszahlung bei Vollwartung/-pflege, CR 1992, 401.

Entnommen aus dem Werk

Graf von Westphalen/Thüsing
Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke
Verlag C. H. Beck – München

ISBN 978 3 406 50536 2

– Diese Broschur ist nicht einzeln erhältlich –