

Prof. Dr. Thomas Hoeren
Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
Universität Münster
Leonardo-Campus 9
D-48149 Münster
hoeren@uni-muenster.de

IT-Recht

Stand: September 2021

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis (Auswahl).....	15
Erstes Kapitel: Der Rechtsschutz für EDV-Produkte.....	16
I. Vorüberlegung: Der Ideenschutz	21
II. Softwareschutz – eine Übersicht.....	32
1. Patentschutz.....	32
2. Titel- und Markenschutz	36
3. Laufbildschutz	38
4. Geheimnisschutz.....	39
5. Strafrechtlicher Schutz	41
6. Ergänzender Leistungsschutz	42
7. Datenbankschutz.....	43
III. Der urheberrechtliche Schutz	54
1. Schutzgegenstand (§ 69a UrhG).....	54
2. Standard der Originalität	61
3. Urheberrecht und Arbeitsverhältnis.....	64
a) Reichweite von § 69b UrhG	65
b) Rechteverteilung im Team	71
4. Rechte des Softwareurhebers	72
a) Vervielfältigung	72
b) Verbreitung.....	75
c) Bearbeitung.....	84
d) Bereithalten zum Abruf.....	85
5. Schranken	86
a) Der bestimmungsgemäße Gebrauch (§ 69d Abs. 1 UrhG)	88
b) Sicherungskopie.....	91
c) Testläufe	92
d) Dekompilierung	94
6. Umgehungsschutz.....	98
IV. Der Softwareverletzungsprozess	101
1. Ansprüche des Verletzten.....	101
a) Unterlassungsansprüche	101
b) Vernichtungsansprüche	102
c) Schadensersatz.....	102
d) Auskunft und Rechnungslegung.....	104
e) Anträge	105
2. Verfahrensgang.....	107
3. Kosten	112
4. Vollstreckung.....	112
Zweites Kapitel: EDV-Vertragsrecht.....	114
I. Einführung: Wirtschaftliche Vorüberlegungen.....	115
II. Einordnung der Vertragsarten.....	117
1. Standardsoftware	117
2. Individualsoftware	119
3. Die EVB-IT	122
III. Allgemeine Regeln für den Aufbau eines IT-Vertrags.....	129
Drittes Kapitel: Softwareüberlassungsverträge	130
I. Präambel	133
II. Hauptleistungspflichten und Nutzungsrechte	134

1. CPU-Klauseln.....	135
2. Weitergabeklauseln.....	137
3. LAN-Verbote.....	142
4. Auditklauseln.....	146
5. Ausschluss von Bearbeitungsrechten.....	148
6. Wartungsverbote.....	148
7. Zusammenfassung	150
III. Gewährleistung.....	150
1. Gewährleistung im Kaufrecht.....	150
a) Mangel.....	151
aa) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft.....	152
bb) Vereinbarte Beschaffenheit	153
cc) Vertraglich vorausgesetzte Verwendung.....	153
dd) Gewöhnliche Verwendung	153
b) Fehlertypen.....	154
aa) Funktionsdefizite	154
bb) Funktionsmängel.....	155
cc) Kapazitätsmängel/Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten.....	157
dd) Programmsperren.....	157
ee) Fehlen oder Fehler der Dokumentation	158
ff) Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers.....	160
gg) Montage.....	161
hh) Montageanleitungen.....	161
2. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 HGB.....	162
3. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels	162
4. Verjährung (§ 438 BGB).....	163
a) Der Begriff der „Ablieferung“	164
b) Verjährungshemmung.....	165
c) Vereinbarung über die Verjährung	167
5. Rechtsfolgen	168
a) Einzelne Gewährleistungsrechte.....	168
aa) Nacherfüllung.....	169
bb) Rücktritt und Minderung	173
cc) Widerruf.....	174
dd) Aufwendungs- und Schadensersatz	177
b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung.....	177
aa) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB)	178
bb) Gesamtrücktritt und Teilleistungen.....	178
IV. Haftung	182
1. Haftung für Mängel im Kaufrecht	182
2. Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§ 280 Abs. 1 BGB).....	183
a) Vorüberlegungen	183
b) Abgrenzung zum selbständigen Beratungsvertrag	185
3. Haftung wegen der Verletzung von Vertragsdurchführungspflichten.....	185
4. Haftung nach ProdHaftG.....	186
5. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB	188
V. Regelung der Gewährleistung und Haftung durch AGB	189
1. Ausschluss der Gewährleistung (§ 309 Nr. 8b lit. aa) BGB)	191
2. Beschränkung der Nacherfüllung	195
3. Kosten der Nacherfüllung	199

4. Rügepflichten.....	201
5. Haftung.....	204
a) Trennung Gewährleistung – Haftung.....	204
b) Garantie.....	205
c) Klauselverbote in § 309 BGB.....	206
aa) § 309 Nr. 7a BGB.....	206
bb) § 309 Nr. 7b BGB.....	207
cc) § 309 Nr. 8a BGB.....	209
6. Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen.....	216
7. Verjährung.....	218
8. Verzug und Unmöglichkeit/Leistungsstörungen.....	220
9. UN-Kaufrecht.....	221
10. Musterklausel Gewährleistung/Haftung.....	221
a) AGB-Vorschläge zur Gewährleistung (nicht für Verbrauchsgüterkauf).....	222
aa) Gewährleistung.....	222
bb) Untersuchungs- und Rügepflicht.....	222
b) Vorschläge zur Haftung (inkl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 475 Abs. 3 BGB).....	223
VI. Sonstiges.....	223
VII. Das Erkenntnisverfahren bei Gewährleistungs- und Verzugsprozessen.....	227
1. Vorbereitung des Prozesses.....	227
a) Beweisprobleme bei Mängeln.....	227
b) Fristsetzung.....	228
c) Risikoanalyse und Alternativen.....	229
d) Selbständiges Beweisverfahren.....	230
aa) Zuständigkeit.....	231
bb) Verfahrensgegenstand und Auftragsbefugnis.....	232
cc) Inhalt des Antrags.....	233
dd) Möglichkeit des Antragsgegners.....	234
ee) Kosten.....	234
2. Das Verfahren vor Gericht – Zuständigkeit.....	235
a) Örtliche Zuständigkeit.....	235
b) Sachliche Zuständigkeit.....	236
3. Die Klageschrift.....	236
a) Standardsoftware.....	237
b) Individualsoftware.....	237
c) Abwicklung des Rücktritts.....	237
d) Rücktrittsklage bei Leasingverträgen.....	238
4. Die Darstellung des Klagestoffes.....	239
5. Darlegungs- und Beweislast.....	241
a) Rücktritts- und Minderungsprozess.....	241
b) Schadensersatzklage.....	245
c) Verjährungsprobleme.....	246
6. Verfahrensablauf vor (der) Beweisaufnahme.....	246
7. Die Beweisaufnahme.....	247
a) Der Beweisbeschluss.....	247
b) Die Beweismittel.....	248
c) Insbesondere der Sachverständigenbeweis.....	249
aa) Auswahl des Sachverständigen.....	249
bb) Aufgaben des Sachverständigen.....	250
cc) Befugnisse des Sachverständigen.....	251
dd) Das Sachverständigen Gutachten und seine Bewertung.....	252

8. Das Urteil	253
a) Der Inhalt des Urteils	253
b) Gutachterkosten.....	254
9. Vollstreckung von Urteilen	254
a) Zug-um-Zug-Titel.....	254
b) Nachbesserungstitel	255
c) Zwangsvollstreckung in Software	256
aa) Durchführung der Pfändung	256
bb) Mögliche Pfändungshindernisse	257
Viertes Kapitel: Softwareerstellungsverträge	258
I. Abgrenzung Werk- und Kaufvertragsrecht.....	266
II. Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht	270
III. Hauptleistungspflichten	272
1. Pflichten des Auftragnehmers/Unternehmers.....	272
a) Überlassung der Software und Dokumentation.....	272
b) Übertragung der Rechte	273
c) Leistungsänderungen	275
2. Pflichten des Auftraggebers/Bestellers: Vergütung	276
a) Angemessene Vergütung (§§ 32, 32a UrhG)	277
b) Vergütung im Werkvertragsrecht	278
c) Abnahme	282
IV. Nebenvertragliche Pflichten.....	285
1. Vertraulichkeit und Datenschutz	286
2. Vorvertragliche Pflichten	288
a) Aufwendungsersatz, § 284 BGB	289
b) Pflichtenheft	290
V. Gewährleistung im Werkvertragsrecht	290
1. Mangel i.S.d. § 633 BGB	290
2. Gewährleistungsrechte	293
a) Nacherfüllung	293
b) Rücktritt oder Minderung.....	298
VI. Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB.....	299
VII. Verjährung	318
VIII. Besonderheiten bei der Haftung	320
1. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel.....	320
2. Vertragsgestaltung	321
IX. Ausschluss der Gewährleistung.....	322
X. Ausschluss oder Beschränkung der Nacherfüllung	322
XI. Kosten der Nacherfüllung	325
XII. Rügepflichten	326
XIII. Ausschluss der Selbstvornahme.....	327
XIV. Haftungsfreizeichnung	328
XV. Ausschluss des Kündigungsrechts	329
XVI. Vergütung des Kostenanschlags	329
XVII. Sonstige Klauseln	330
XVIII. Agile Programmierung	334
Fünftes Kapitel: Softwarevermietung	349
I. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen.....	349
II. Beschränkung der Gewährleistung	350
1. Bestätigung als „vertragsgemäß“	350

a) §§ 308, 309 BGB	351
b) § 307 BGB.....	351
2. Ausschluss der Gewährleistung	352
III. Schadensersatzansprüche	353
Sechstes Kapitel: Softwareleasing	355
I. Ausschluss der Gewährleistung nach bisherigem Recht	356
1. §§ 474 ff. BGB	357
2. § 307 BGB.....	358
II. Dauer der Gewährleistungsfrist	361
III. Beschränkung der Nacherfüllung auf Mängelbeseitigung	361
IV. Kündigung.....	362
Siebtens Kapitel: Softwarewartungs- und Pflegeverträge	363
I. Der allgemeine Servicevertrag.....	365
1. Hauptleistungspflichten.....	365
a) Pflichten des Dienstverpflichteten	365
b) § 307 BGB.....	366
2. Nebenpflichten.....	368
II. Nicht- und Schlechterfüllung.....	369
III. Beendigung des Servicevertrags.....	371
1. Ordentliche Kündigung	371
2. Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB).....	372
3. Kündigung aufgrund besonderen Vertrauens (§ 627 BGB).....	373
IV. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Softwareaktualisierungen: Kaufvertrag	373
V. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag.....	375
1. Abgrenzung AÜG	375
2. Problem: Vergütungsregeln.....	379
3. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	379
a) Ausschluss und Beschränkung der Haftung	379
b) Beschränkung von Leistungspflichten	380
4. Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche	382
a) § 309 BGB	382
b) § 307 BGB.....	382
5. Änderungsvorbehalte	383
6. Änderungen der AGB	384
a) Vorbehaltloses Änderungsrecht.....	384
b) Widerspruchsrecht	384
Achtes Kapitel: Besondere Softwareverträge	385
I. Hinterlegungsvereinbarungen	388
1. Pflicht zur Überlassung des Quellformats.....	388
2. Hinterlegung des Quellformats.....	392
a) Hinterlegungspflichten	392
b) Hinterlegungsvereinbarungen	393
aa) EDV-technische Probleme.....	393
bb) Insolvenzsrechtliche Probleme.....	395
cc) Vertragsgestaltung	397
3. Pflichten des Anwenders	398
II. Schutzhüllenverträge.....	398
III. Application Service Providing und Cloud Computing	400
1. Vertragszweck	400
2. Rechtsnatur	402

3. Vermietung: urheberrechtlich – vertragsrechtlich	403
4. Hauptleistungspflichten.....	403
a) Leistungspflicht	403
aa) Geschuldeter Erfolg	403
bb) Sachen	404
cc) Rechte	404
b) Entgelt	405
5. Nebenleistungspflichten	405
6. Datenschutzrecht.....	408
a) Verarbeitung personenbezogener Daten	408
b) Auftragsdatenverarbeitung	408
c) Auftragserteilung in Drittstaat	410
d) Besonderheiten USA.....	411
e) Umgehungsmöglichkeit durch Verschlüsselungstechniken	412
7. Abgabenordnung (AO).....	413
a) Finanzbuchführung im Inland	413
b) Finanzbuchführung im Ausland	414
aa) In EU/ EWR	414
bb) Außerhalb EU/EWR	414
c) Folgen einer fehlerhaften Buchführung	415
8. Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).....	415
IV. General Public License (GPL)	417
V. IT-Outsourcing und Change Request.....	424
VI. IT-Vertriebsvertragsrecht.....	434
1. Die Einordnung.....	434
a) Gewerbe und Kaufmann.....	435
b) Handelsvertreter.....	436
c) Eigenhändler	439
2. (Regress-)Ansprüche des Händlers gegen den Hersteller	440
3. Ansprüche der Rechteinhaber gegen Händler von Raubkopien	443
4. Kartellrecht und IT-Vertriebsverträge	446
Neuntes Kapitel: Musterverträge	453
I. Softwareüberlassungsvertrag	453
II. Softwareerstellungvertrag	455
III. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern	460
IV. Muster einer Geheimhaltungsvereinbarung mit Arbeitnehmern.....	463
V. Muster einer Vereinbarung zum Change Request	466
VI. Vertrag über Softwarepflege	470
VII. Die General Public License	472
VIII. Düsseldorfer Modell – Antrag	485

Abkürzungsverzeichnis

A

a.A.	anderer Ansicht
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ADR	Alternative Dispute Resolution
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation (Zeitschrift)
ARPA	Advanced Research Projects Agency
ASP	Application Service Providing/Provider
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)

B

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

C

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

D

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

E

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

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Europäische Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
F	
FG	Finanzgericht
FTC	Federal Trade Commission
FTP	File Transfer Protocol
Fed. R. Civ. P.	Federal Rules of Civil Procedure
G	
gem.	gemäß
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GewO	Gewerbeordnung
GMVO	Verordnung über die Gemeinschaftsmarke
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International (Zeitschrift)
GVBl.	Gesetzes- und Verordnungsblatt
H	
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
I	
ICC	International Chamber of Commerce
IHK	Industrie- und Handelskammer
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)

i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ITM	Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
ITRB	Der IT-Rechts-Berater (Zeitschrift)
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht

K

K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
KUG	Kunsturheberrechtsgesetz
KWG	Kreditwesengesetz

L

LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Ls.	Leitsatz

M

MA	Markenartikel (Zeitschrift)
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)
m.E.	meines Erachtens
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

N

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-CoR	Neue Juristische Wochenschrift – Computerreport (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift/Rechtsprechungsreport
NW	Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

O

OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
------	--

OEM	Original Equipment Manufacturer
OLG	Oberlandesgericht
ONP	Open Network Provision
OVG	Oberverwaltungsgericht
P	
PatG	Patentgesetz
PC	Personal Computer
PersR	Der Personalrat (Zeitschrift)
POP	Point of Presence
pVV	positive Vertragsverletzung
R	
R + S	Recht und Schaden (Zeitschrift)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAM	Random Access Memory
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
S	
SaaS	Software as a Service
S.	Satz, Seite
SigG	Signaturgesetz
SigV	Signaturverordnung
SLA	Service Level Agreement

U

UCITA	Uniform Computer Information Transaction Act
UFITA	Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht (Zeitschrift)
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UPR	Urheberpersönlichkeitsrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz
URL	Uniform Resource Locator
US	United States
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

V

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

W

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

Z

z.B.	z.B.
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

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

Literaturverzeichnis (Auswahl)

Allgemeine Werke zum deutschen EDV-Recht

Deister/Meyer-Spasche, Anwaltsstrategien im Software-Recht, Stuttgart 2009.

Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, München 3. Aufl. 2019.

Borges/Meents, Cloud Computing. Rechtshandbuch, München 2016.

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

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

Lehmann/Meents (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Informationstechnologierecht, Köln 2. Aufl. 2011.

Leupold/Wiebe/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, München 4. Aufl. 2021.

Marly, Jochen, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. München 2018.

Redeker, Helmut, IT-Recht, 7. Aufl., München 2020.

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

Schneider, Jochen, Handbuch des EDV-Rechts, 5. Aufl., Köln 2017.

Schneider, Jochen/von Westphalen (Hrsg.), Friedrich von, Software-Erstellungsverträge, Köln 2. Aufl. 2014.

Weitnauer, Beck'sches Formularhandbuch IT-Recht, 5. Aufl., München 2020.

Zeitschriften

Computer and Law Review. International (CRI)

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

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

Kommunikation und Recht (KR) Der IT-Rechts-Berater (ITRB)

Computerrecht (Niederländisch)

Erstes Kapitel: Der Rechtsschutz für EDV-Produkte

Literatur:

Ann, EU-Richtlinie zum Schutz vertraulichen Know-hows – Wann kommt das neue deutsche Recht, wie sieht es aus, was ist noch offen?, GRUR-Prax 2016, 465; *Bauer*, Reverse Engineering und Urheberrecht, CR 1990, 89; *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Paragraph 1 UWG, Tübingen, 1995; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, München, 2002; *Betten*, Titelschutz von Computerprogrammen, GRUR 1995, 5; *Betten*, Erwiderung – Titelschutz von Computerprogrammen, CR 1995, 383; *Betten*, Patentschutz von Computerprogrammen, GRUR 1995, 775; *Betten/Körber*, Patentierung von Computer-Software, GRUR 1997, 118; *Brüggemann*, Urheberrechtlicher Schutz von Computer- und Videospiele, CR 2015, 697; *Buchmüller*, Urheberrecht und Computersoftware, Diss. Münster 1987; *Buchner*, Die Vergütung für Sonderleistungen des Arbeitnehmers ein Problem der Äquivalenz der im Arbeitsverhältnis zu erbringenden Leistungen, GRUR, 1985, 1; *Bullinger/Czychowski*, Digitale Inhalte: Werk und/oder Software? – Ein Gedankenspiel am Beispiel von Computerspielen, GRUR 2011, 19; *Benecke*, Was ist „wesentlich“ beim Schutz von Datenbanken? CR 2004, 608; *Bildhäuser/Reinhardt*, Das neue GeschGehG: Systematik, Rechtsprechung und Unternehmenspraxis, GRUR-Prax 2020, 576; *Boecker*, Computerprogramme zwischen Werk und Erfindung, Diss. Berlin 2008; *Börger/Rein*, Step-by-step: In zehn Schritten zum wirksamen Geheimnisschutz, CB 2017, 118; *Burkill*, Reverse Compilation of Computer Programs and its Permissibility under the Berne Convention, Computer Law & Practice, March-April 1990, 114; *Brandi-Dohrn*, in: Schneider/von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl., Köln 2014, Kap. A Rz. 202 ff.; *Calame*, Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, Bamberg 2002; *Czarnota/Hart*, Legal Protection of Computer Programs in Europe, 1991; *Czychowski*, Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des automatisierten Abrufs von Daten einer Internetseite, NJW 2014, 3277; *Däubler*, Ein neues Arbeitszeitrecht, AuR 1985; *Deutsch*, Neues zum Titelschutz, GRUR 2013, 113; *Deutsch*, Neues zum Titelschutz, GRUR 2013, 113; *Dietrich*, ASP – öffentliche Zugänglichmachung oder unbenannte Nutzungsart?, ZUM 2010, 567; *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München, 2018; *Dreier*, Verletzung urheberrechtlich geschützter Software nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993, 781; *Ehmann*, Big Data auf unsicherer Grundlage - was ist "wesentlich" beim Investitionsschutz für Datenbanken?, K&R 2014, 394; *Elteste*, Screen Scraping: Wechselwirkungen zwischen Datenbankrecht und Vertragsrecht, CR 2015, 447; *Engel*, Über „Computerprogramme als solche“, GRUR 1993, 194; *Erdmann*, Möglichkeiten und Grenzen des Urheberrechts, CR 1986, 249; *Erdmann/Bornkamm*, Schutz von Computerprogrammen – Rechtslage nach der EG-Richtlinie, GRUR 1991, 877; *Ernestus*, Nutzung und Vervielfältigung eines Computerprogrammes, CR 1989, 784; *Ernst*, Die Verfügbarkeit des Source Codes – Rechtlicher Know-How-Schutz bei Software und Webdesign, MMR 2001, 208; *Ernst*, Kopierschutz nach neuem UrhG. Bedeutung und Tragweite des Verbots von Umgehungsmaßnahmen und Hacking-Werkzeugen für die Praxis, CR 2004, 39; *Ensthaler*, Der patentrechtliche Schutz von Computerprogrammen nach der BGH-Entscheidung „Steuerungseinrichtung für Untersuchungsmodalitäten“, GRUR 2010, 1; *Falce*, Trade Secrets – Looking for (Full) Harmonization in the Innovative Union, IIC 2015, 940; *Fischer*, Beck'scher Kurz-Kommentar StGB, 68. Aufl. 2021; *Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl., München 2009; *Fitzner/Lutz/Bodewig*, BeckOK Patentrecht, 19. Ed. (Stand: 15.1.2021); *Flehsig*, Der rechtliche Rahmen der europäischen Richtlinie zum Schutz von Datenbanken, ZUM 1997, 577; *Frank/Wiegand*, Der Besichtigungsanspruch im Urheberrecht de lege ferenda, CR 2007, 481; *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. Stuttgart 2018;

Fuchs, Allgemeiner Kennzeichenschutz für geistige Produkte – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Werktitel und Marke, GRUR 1999, 460; *Fusbahn*, Der Schutz des Datenbankherstellers, IPRB 2012, 114; *von Gamm*, Urheberrechtsgesetz, 1968; *Ganea u.a. (Hrsg.)*, Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 493; *Ganzhorn*, Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter, Diss. Freiburg 2015; *Gärtner*, Zum Richtlinienentwurf über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, NZG 2014, 650; *Gaster*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, Köln 1999; *Gaster*, Die draft U.S. database legislation und die EU-Datenbankrichtlinie – ein Vergleich, CR 1999, 669; *Gaster*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft: Anmerkungen zum Grünbuch der Europäischen Kommission, ZUM 1995, 740; *Gaster*, Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie (I), CR 1997, 669; *Gedert*, Bemessung des Schadensersatzes nach der „Enforcement-Directive“, in: *Taeger/Wiebe*, Aktuelle Rechtsfragen zu IT und Internet, Oldenburg 2006, 76; *Gennen*, Die Software-Entwicklergemeinschaft, Voraussetzungen und Rechtsfolgen, ITRB 2006, 161; *Gennen*, „Auseinandersetzungen“ von Miturhebergemeinschaften – Möglichkeiten zur Minimierung der Auswirkungen einer Miturhebergemeinschaft bei gemeinschaftlicher Softwareentwicklung, ITRB 2008, 13; *Gorbatyuk/Overwalle/van Zimmeren*, Intellectual Property Ownership in Coupled Open Innovation Processes, IIC 2016, 262; *Grützmacher*, „Gebrauchtsoftware“ und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302; *Grützmacher*, Gebrauchtsoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen – Zu den Rechtsfragen auch jenseits der Erschöpfungslehre, CR 2007, 549; *Grützmacher*, Lizenzgestaltung für neue Nutzungsformen im Lichte von § 69d UrhG, CR 2011, 458; *Günther*, Änderungsrechte des Softwarenutzers, CR 1994, 321; *Gutman*, Abruf im Internet von unbekanntem und offensichtlich urheberrechtlich unrechtmäßigen Werken, MMR 2003, 706; *Haberstumpf*, Der Ablauf eines Computerprogramms im System der urheberrechtlichen Verwertungsrechte, CR 1987, 409; *Haberstumpf*, Der Schutz elektronischer Datenbanken nach dem Urheberrechtsgesetz, GRUR 2003, 14; *Haberstumpf*, Die Zulässigkeit des Reverse Engineering, CR 1991, 129; *Hacker*, Immaterialgüterrechtlicher Schutz von KI-Trainingsdaten, GRUR 2020, 1025; *Hackemann*, Urheberrechtlicher Schutz von Datenbanken – rechtsvergleichend und nach internationalem Recht, ZUM 1987, 269; *Haedicke*, Patentrecht, 5. Aufl. Köln 2020; *Harte-Bavendamm*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Reverse Engineering von Computerprogrammen, GRUR 1990, 657; *Haedicke/Zech*, Technische Erfindungen in einer vernetzten Welt - Das Internet als Herausforderung für das Patentrecht, GRUR Beilage 2014, 52; *Harte-Bavendamm*, Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Computerprogrammen, GRUR 1986, 615; *Hauck*, Was lange währt... - Das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen ist in Kraft, GRUR-Prax 2019, 223; *Herrmann*, Praktische Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie zum Schutz von vertraulichem Know-how und Geschäftsgeheimnissen, CB 2016, 368; *Heermann/Schlingloff*, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrechts, 3. Aufl., München 2020; *Heutz*, Freiwild Internetdesign? – Urheber- und geschmacksmusterrechtlicher Schutz der Gestaltung von Internetseiten, MMR 2005, 567; *Henkel*, Beteiligung eines Arbeitnehmers an der wirtschaftlichen Verwertung der von ihm entwickelten Software, BB 1987, 833; *Heussen*, Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware. Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen, GRUR 1987, 779; *Hillig*, Der Schutz von Datenbanken aus der Sicht des deutschen Rechts, ZUM 1992, 325; *Hoebbel*, European Sui Generis Right for Databases, CR Int. 2001, 74; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Diss. Münster 1989; *Hoeren*, Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen, CR 2004, 721; *Hoeren*, Die Kündigung von Softwareerstellungsverträgen und deren urheberrechtliche Auswirkungen, CR 2005, 773; *Hoeren*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von

Computerprogrammen, CR 2006, 573; *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimediarecht, München 2014; *Hoeren/Pinelli*, Miturheberschaft in der agilen Softwareentwicklung?, MMR 2019, 779; *Hoppen*, Software-Besichtigungsansprüche und ihre Durchsetzung, CR 2009, 407; *Hunsucker*, The European Database Directive: Regional Stepping Stone to an International Model?, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 1997, 697; *Huppertz/Fritzsche*, Titelschutz für Software: Überblick, wettbewerbsrechtliche Aspekte, Vergleich zur Marke, ITBR 2011, 86; *Kalbfus*, Know-how-Schutz in Deutschland zwischen Strafrecht und Zivilrecht – welcher Reformbedarf besteht? (GEW 25), Köln 2011; *Kalbfus/Harte-Bavendamm*, Protokoll der Sitzung des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht zum Richtlinienvorschlag über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, GRUR 2014, 453; *Kalbfus*, Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRUR 2016, 1009; *Kalbfus*, Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRUR-Prax 2017, 391; *Katko/Maier*, Computerspiele – die Filmwerke des 21. Jahrhunderts?, MMR 2009, 306; *Karger*, Beweisermittlung im deutschen und US-amerikanischen Softwareverletzungsprozess 1996, 3; *Katzenberg*, Urheberrecht und Datenbanken, GRUR 1990, 94; *Knöbl*, Der Schutz von Datenbanken nach der Feist-Entscheidung des amerikanischen Supreme Court, UFITA 2002/II, 355; *Küllezi/Kilpatrick/Kobel*, Abuse of Dominant Position and Globalization & Protection and Disclosure of Trade Secrets and Know-How, Berlin 2017; *Kiethe/Hohmann*, Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, NStZ 2006, 185; *Kilian*, Entwicklungsgeschichte und Perspektiven des Rechtsschutzes von Computersoftware in Europa, GRUR Int. 2011, 895; *Kindermann*, Reverse Engineering von Computerprogrammen, CR 1990, 638; *Kindermann*, Urheberrechtliche Voraussetzungen und Grenzen des Reverse Engineering und Schutz von Schnittstellen, Wirtschaftsinformatik 34 (1992), 175 ff.; *Kindermann*, Zur Praxis der Softwareüberlassung, EDV & Recht 2/1987; *Klein/Wegener*, Wem gehören Geschäftsgeheimnisse?, GRUR-Prax 2017, 394; *Klumpp/Kubicek/Roßnagel/Schulz (Hrsg.)*, Medien, Ordnung und Innovation, Heidelberg, 2006, 273; *Koch*, Grundlagen des Urheberrechtsschutzes in Internet und in Online-Diensten, GRUR 1997, 417; *Koch*, Rechtsschutz für Benutzeroberflächen von Software, GRUR 1991, 180; *Koch*, Software-Urheberrechtsschutz für Multimedia-Anwendungen, GRUR 1995, 459; *Kochmann*, Schutz des „Know-how“ gegen ausspähende Produktanalysen („Reverse Engineering“), Berlin, 2009; *Köhler*, Der Schutz von Websites gemäß §§ 87a ff. UrhG, ZUM 1999, 548; *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander*, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 39. Aufl., München 2021; *Kolle*, Der angestellte Programmierer – Zur rechtlichen Zuordnung von in Arbeitsverhältnissen geschaffenen, insbesondere urheberrechtlich geschützten Softwareprodukten, GRUR 1985, 1061; *König*, Anmerkung zum Urteil des LG Mannheim 7 O 197/94 v. 20.1.95 NJW-Computerreport 3/1995, S.191; *König*, Zur Zulässigkeit der Umgehung von Softwareschutzmechanismen, NJW 1995, 3293; *Koós*, Die europäische Geschäftsgeheimnis-Richtlinie – ein gelungener Wurf?, MMR 2016, 224; *Kraßer*, Grundlagen des zivilrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie von Know-how, GRUR 1977, 177; *Kotthoff*, Zum Schutz von Datenbanken beim Einsatz von CD-ROMs in Netzwerken, GRUR 1997, 597; *Kraßer*, Patentrecht, 7. Aufl. München 2016; *Kreutzer*, Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts – Eine Untersuchung des geltenden Rechts für Sicherungskopien und Schutz technischer Maßnahmen bei Computerspielen, CR 2007, 1; *Kühnen*, Die Besichtigung im Patentrecht, GRUR 2005, 185; *Kullmann*, Der Schutz von Computerprogrammen und –chips in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA, Berlin, 1988; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, Stellungnahme der GRUR zum interfraktionellen Antrag zu Softwarepatenten, GRUR 2013, 704; *Lejeune/Sieckmann*, Softwarepatente in den USA und die aktuelle Entwicklung in Deutschland und der EU - Analyse der Entscheidung des U.S. Supreme Court i.S. Bilski v. Kappos, MMR 2010, 741; *Leistner*, Der Rechtsschutz von

Datenbanken im deutschen und europäischen Recht, München 2000; *Leistner*, Landkarte als Datenbank: Überlegungen zum Datenbankschutz für topografische Karten und geografische Daten, GRUR 2014, 528; *Lehmann*, Neuer Titelschutz von Software im Markengesetz, CR 1995, 129; *Lehmann*, Titelschutz für Software, CT 1998, 2; *Leistner*, Verwandte Schutzrechte im europäischen Urheberrecht: Eine Untersuchung am Beispiel des Datenbankherstellerschutzes; *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln, 1993, 831; *von Lewinski*, Vermieten, Verleihen und verwandte Schutzrechte. Der zweite Richtlinienentwurf der EG-Kommission, GRUR Int. 1991, 104; *Lietz*, Technische Aspekte des Reverse Engineering, CR 1991, 564; *Link*, Die Auswirkungen des Urheberrechts auf die vertraglichen Beziehungen bei der Erstellung von Computerprogrammen, GRUR 1986, 141; *Loewenheim*, Festschrift für Otto Friedrich Freiherr von Gamm, 1990, 423; *Loewenheim*, Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 1996, 830; *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München, 2010; *Lopez*, El derecho sui generis del fabricante de bases de datos, Madrid 2001; *Marly*, Der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes, GRUR 2012, 773; *McGuire/Joachim/Künzel/Weber*, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch Rechte des Geistigen Eigentums und durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int 2010, 829; *McGuire*, Der Schutz von Know-how im System des Immaterialgüterrechts, GRUR 2016, 1000; *Mehrbrey/Schreibauer*, Haftungsverhältnisse bei Cyber-Angriffen – Ansprüche und Haftungsrisiken von Unternehmen und Organen, MMR 2016, 75; *Mellulis*, Zum Besichtigungsanspruch im Vorfeld von Schutzrechtsverletzungen, in: Festschrift Tilmann 2003, 843; *Moritz*, Vervielfältigungsstück eines Programms und seine berechtigte Verwendung – § 69d UrhG und die neueste BGH-Rechtsprechung, MMR 2001, 94; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. Aufl., München 1992; *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar, 21. Aufl., München 2021; *Nack*, Nationaler und internationaler Rechtsschutz von Datenbanken, GRUR Int 2004, 227; *Nippe*, Urheber und Datenbank, München 2000; *Ohly*, Der Geheimnisschutz im deutschen Recht: heutiger Stand und Perspektiven, GRUR 2014, 1; *Ohly*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick, GRUR 2019, 441; *Ohst*, Computerprogramm und Datenbank, Definition und Abgrenzung – Eine Untersuchung beider Begriffe und ihrer Wechselbeziehungen im Urheberrechtssystem der Informationsgesellschaft, Frankfurt a.M., 2004; *v. Olenhusen*, Der Urheber- und Leistungsrechtsschutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, GRUR 2002, 11; *Olzhöfer*, Reverse Engineering von Software und Urheberrecht – eine Betrachtung aus technischer Sicht, CR 1990, 578; *Pacini/Placid/Wright-Isak*, Fighting economic espionage with state trade secret laws, Int. Journal of Law and Management 2008, 121; *Partsch/Reich*, Die Change-of-Control-Klausel im neuen Urhebervertragsrecht – Zum Wegfall des § 28 VerlG, AfP 2002, 298; *Pfeiffer*, Zur Diskussion der Software-Regelungen im Patentrecht. Zum Ausschluss von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen „als solche“ von der Patentfähigkeit, GRUR 2003, 581; *Platz*, Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht, WRP 2000, 599; *Poll/Brauneck*, Rechtliche Aspekte des Gaming-Markts, GRUR 2001, 389; *Raczinski/Rademacher*, Urheberrechtliche Probleme beim Aufbau und Betrieb einer juristischen Datenbank, GRUR 1989, 324; *Raubenheimer*, Softwareschutz nach dem neuen Urheberrecht, CR 1994, 69; *Raubenheimer*, Beseitigung/Umgehung eines technischen Programmschutzes nach UrhG und UWG, CR 1996, 69; *Raue/Bensinger*, Umsetzung des sui-generis-Rechts an Datenbanken in den §§ 87a ff. UrhG, MMR 1998, 507; *Raubenheimer*, Die jüngere BGH-Rechtsprechung zum Softwareschutz nach Patentrecht, CR 1994, 328; *Rauer/Lovells*, Richtlinienentwurf: Europaweit einheitlicher Schutz von Geschäftsgeheimnissen, GRUR-Prax 2014, 2; *Redeker*, Eigentumsvorbehalte und Sicherungsklauseln in Softwareverträgen, ITRB 2005, 70; *Redeker*, IT-Recht 7. Aufl., München 2020; *Rehbinder*, Recht am Arbeitsergebnis und Urheberrecht, Festschrift für Georg Roeber, 1973, 481; *Reichman/Samuelson*, Intellectual Property Rights in

Data?, *Vanderbilt Law Review* 1997, 51; *Rosler*, The European Union's Proposed Directive for the Legal Protection of Databases: A New Threat to the Free Flow of Information, *High Technology Law Journal*, 1995, 105; *Röttinger*, Finden beim Lauf eines Computerprogramms Vervielfältigungsvorgänge im Sinne des Urheberrechts statt?, *IuR* 1987, 267; *Royal/Gramer*, Urheberrecht und Unternehmenskauf – Reichweite von Zustimmungserfordernis und Rückrufrecht des Urhebers von Computerprogrammen, *CR* 2004, 154; *Sander*, Schutz nicht offenbarer betrieblicher Informationen nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im deutschen und amerikanischen Recht, *GRUR Int.* 2013, 217; *Schaub/Koch*, *Arbeitsrecht von A-Z* 25. Aufl., München 2021; *Schach*, Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames, *MMR* 2001, 9; *Schapiro/Zdanowiecki*, Screen Scraping: Rechtlicher Status quo in Zeiten von Big Data, *MMR* 2015, 497; *Schloßer*, Effektiver Schutz der Belegschaft durch vertragliche Abwerbeverbote?, *BB* 2003, 1382; *Schneider*, Titelschutz für Software. Rechtsschutz, *CI* 1998, 37; *Schneider*, Ein- und Ausbaurkosten mangelhafter Kaufsachen im unternehmerischen Rechtsverkehr - Vertragliche Vereinbarung einer Selbstvornahme durch den Käufer, *NJW* 2007, 2215; *Schmid/Stolz*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft: Anmerkungen zum Grünbuch der Europäischen Kommission, *ZUM* 1995, 740; *Schmidt*, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 4. Aufl., München, 2016; *Schricker*, *Festschrift für Heinrich Hubmann*, Frankfurt, 1985, 409; *Schricker/Loewenheim*, *Urheberrecht*, 6. Aufl., München 2020; *Schulte*, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, *CR* 1992, 648; *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Köln u.a., 2005; *Schumacher*, Schutz von Algorithmen für Computerprogramme, Münster, 2004; *Schwarz*, Rechtfertigen rechtsdogmatisch schwierige Fragen die Abschaffung von „Software-Patenten?, *GRUR* 2014, 224; *Schweikart*, Zum Verbraucherschutz im Urheberrecht, *UFITA* 2005, 7; *Schweikart*, Die jüngste Rechtsprechung zur Beseitigung/Umgehung eines Dongles, *NJW-CoR* 1996, 174; *Schweikart*, Vernichtungsanspruch gem. § 69f UrhG, *CR* 1994, 129; *Schweyer*, Die rechtliche Bewertung des Reverse-Engineering in Deutschland und den USA, Bayreuth 2012; *Seetzen*, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, dargestellt an Hand des Urheber- und Patentrechts unter Berücksichtigung des bürgerlichen Rechts, Diss. Göttingen 1969; *Seffer*, Softwareschutz beim Asset-Deal – Übertragung der gewerblichen Schutzrechte bei Individualsoftware mit Tücken, *ITRB* 2006, 146; *Seffer/Horter*, IT-Vertragsklauseln über Nutzungsrechte an Residual Information, *ITRB* 2005, 61; *Sendrowski*, Zum Schutzrecht sui generis an Datenbanken, *GRUR* 2005, 369; *Smith*, EC Software Protection Directive – an attempt to understand Article 5 (1), *Computer Law and Security Report* 7 (1990/91), 149; *Söbbing*, Algorithmen und urheberrechtlicher Schutz, *CR* 2020, 223; *Sosnitzka*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handelns mit gebrauchter Software, *K&R*, 2006, 206; *Sousa e Silva*, What exactly is a trade secret under the proposed directive?, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2014, 923; *Spindler/Weber*, Die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie nach dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, *ZUM* 2007, 257; *Spindler*, Softwareschutz; Grenzen, *CR* 2012, 417; *Stehfix*, Zur Unwirksamkeit von Vertragsstrafen im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten, *GRUR* 1936, 573; *Steinmann/Schubmehl*, Vertraglicher Geheimnisschutz im Kunden-Lieferanten-Verhältnis – Auswirkungen der Geheimnisschutz-RL am Beispiel der Automobilindustrie, *CCZ* 2017, 194; *Stratmann*, Titelschutz für Software nach dem neuen deutschen Markengesetz, *Mitt.* 1995, 366; *Sucker*, Lizenzierung von Computer-Software, *CR* 1989, 353 und 468; *Taeger*, Internet der Dinge – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2015, 2015, 519; *Tauchert*, Nochmals: Anforderungen an einen Patentschutz für Computerprogramme, *GRUR* 2004, 922; *Thormann*, Links und Frames und ihr Rechtsschutz im Internet, *Mitt.* 2002, 311; *Tilmann/Schreibauer*, Die neueste BGH-Rechtsprechung zum Besichtigungsanspruch nach

§ 809 BGB – Anmerkungen zum Urteil des BGH „Faxkarte“, GRUR 2002, 1015; *Ullmann*, Das urheberrechtlich geschützte Arbeitsergebnis – Verwertungsrecht und Vergütungspflicht, GRUR 1987, 6; *Ullmann*, Urheberrechtlicher und patentrechtlicher Schutz von Computerprogrammen, CR 1992, 641; *Ulmer*, Urheberrechtliche Probleme beim Aufbau juristischer Dokumentationssysteme, DVR 1976, 87; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl, Berlin, 1988; *Vinje*, Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität, GRUR Int. 1992, 250; *Vinje*, The development of Interoperable Products Under the EC Directive, The Computer Lawyer 8 (1991), Nummer 11, 13 ff.; *Wand*, So the Knot Be Unknotted – Germany and the Legal Protection of Technological Measures, IIC 2002, 305; *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. München 2019; *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Aufl., München 2021; *Waltl*, Geschützte und nicht geschützte Computerprogramme, Diss. Berlin 1990; *Weber/Hötzel*, Das Schicksal der Softwarelizenz in der Lizenzkette bei Insolvenz des Lizenznehmers, NZI 2011, 432; *Wiebe*, Rechtsschutz für Software in den neunziger Jahren, BB 1993, 1094; *Weiden/Wiebe*, Know-How-Schutz von Computersoftware, München 1993; *Westkamp*, Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht, München 2003; *Westermeier*, New Strategies for Strengthening the Protection for Databases - A Focus on Collective Works, Cri 2014, 7; *Weyand/Haase*, Anforderungen an einen Patentschutz für Computerprogramme, GRUR 2004, 198; *Wiebe/Funkat*, Multimedia-Anwendungen als urheberrechtlicher Schutzgegenstand, MMR 1998, 69; *Wiebe*, „User Interfaces“ und Immaterialgüterrecht: Der Schutz von Benutzungsoberflächen in den U.S.A. und in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR Int 1990, 21; *Wiebe*, Reverse Engineering und Geheimnisschutz von Computerprogrammen, CR 1992, 134; *Wiebe*, Rechtsschutz von Datenbanken und europäische Harmonisierung, CR 1996, 198; *Wiebe*, Der Schutz von Datenbanken – ungeliebtes Stiefkind des Immaterialgüterrechts, CR 2014, 1; *Wiechmann*, Urheber- und gewährleistungsrechtliche Probleme der Kopiersperre bei digitalen Audio-Kassetten-Recordern, ZUM 1989, 111; *Wimmers*, Urheberrechtliche Probleme beim IT-Outsourcing, in: Büchner/Dreier, Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk – 30 Jahre DGRI, Köln, 2007; *Witt/Freudenberg*, Der Entwurf der Richtlinie über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Spiegel zentraler deutscher Verbotstatbestände, WRP 2014, 374; *Witte*, Online-Vertrieb von Software, ITRB 2005, 86; *Witte*, Zur Schadensberechnung bei der Verletzung von Urheberrechten an Software – Die drei Berechnungsarten, der Bereicherungsausgleich und der Ausgleich für die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten, ITRB 2006, 136; *Wuermeling*, Neue U.S.-Entscheidung zum Softwareschutz, CR 1993, 665; *Zahrnt*, Umfang des Einsatzrechts des Anwenders und Programmschutz, IuR 1986, 199; *Zahrnt*, Titelschutz für Software-Produkte – ein Irrtum?!, BB 1996, 1570; *Zecher*, Zur Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes bei Computerprogrammen, Baden-Baden, 2004; *Zoebisch*, Technische Schutzrechte bei der Digitalisierung der Wirtschaft – Softwarepatente in Europa und den USA, DSRITB 2015, 695; *Zöllner/Lehmann*, Kennzeichen- und lauterkeitsrechtlicher Schutz für Apps, GRUR 2014, 431; *Zscherpe*, Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke im Internet, MMR 1998, 404.

I. Vorüberlegung: Der Ideenschutz

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

Ideen sind nicht schutzfähig. Das Urheberrecht z.B. schützt nicht alle Ergebnisse individueller geistiger Tätigkeit, sondern nur Werke i.S.d. § 2 UrhG. Computerprogramme sind ihrem

Charakter und ihrer Verwendung nach eher weniger schöngeistiger als technisch-funktionaler Natur; ihr wirtschaftlicher Wert besteht in der Regel in ihrer Funktionalität. Das Gesetz schützt **nur die Form eines Werkes**, d. h. die Art und Weise seiner Zusammenstellung, Strukturierung und Präsentation. **Die Idee, die einem Werk zu Grunde liegt, ist nicht geschützt.** Je konkreter einzelne Gestaltungselemente übernommen worden sind, desto eher liegt eine Urheberrechtsverletzung vor. Schwierig, ja fast unmöglich scheint aber die Grenzziehung zwischen Idee und Form. Hier wird man sich klarmachen müssen, dass die Unterscheidung nicht ontologisch zu erfolgen hat, sondern auf einer gesellschaftlichen Entscheidung zu Gunsten des Freihaltebedürfnisses, also der freien Nutzung, beruht.¹

Zu den freien Ideen gehören z.B. **Werbemethoden**, wissenschaftliche Lehren sowie sonstige Informationen, die als Allgemeingut anzusehen sind. Auch die Umsetzung einer Idee in ein Konzept ändert nichts am Prinzip der Ideenfreiheit.² Im Softwarebereich bestimmt § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG ausdrücklich, dass Ideen und Grundsätze, auf denen ein Element des Computerprogramms basiert, sowie die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Grundsätze nicht geschützt sind.³ Das bedeutet, dass die Verfahren zur Lösung eines Problems und die mathematischen Prinzipien in einem Computerprogramm grundsätzlich nicht vom urheberrechtlichen Schutz umfasst werden, wobei wiederum die Abgrenzung zu der geschützten konkreten Ausformulierung dieser Grundsätze äußerst schwierig ist. Dementsprechend soll der Good Will eines IT-Unternehmens keinen objektiven Veräußerungswert haben.⁴

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

¹ Siehe Möhring/Nicolini/Hoeren, Urheberrechtsgesetz, § 69a Rn. 10.

² BGH, Urt. v. 26.6.2003 – I ZR 176/01 = NJW 2003, 2828; BGHZ 155, 257.

³ EuGH, Urt. v. 29.11.2011 – C-406/10 – SAS Institute.

⁴ AG Münster, Urt. v. 9.1.2007 – 46 F 858/05, NJW 2007, 2645 = NJW-Spezial 2007, 438.

Auch bei IT-Projekten gibt es mit der Ideenfreiheit Probleme, und zwar wegen der Residual Information. **Residual Information** bezeichnet die Restinformation, die nach Abschluss eines Auftrags im Gedächtnis der Mitarbeiter des Projektes bleiben.⁵ Typischerweise wird hier versucht, zugunsten des Auftragnehmers ein Recht zu vereinbaren, entsprechende Ideen oder im Gedächtnis der Mitarbeiter vorhandenes Wissen nutzen zu können.⁶ Die Gefahr besteht allerdings, dass die Immaterialgüterrechte des Auftraggebers geschädigt werden, weshalb man in der Praxis versucht, den Bereich des freien Wissens durch das Verbot zur schriftlichen Fixierung einzuschränken und die Nutzung von betroffenen gewerblichen Rechten oder Urheberrechten auszuschließen.⁷ Auch wird hier der Begriff der Residual Information dann auf die reine Gedächtnisleistung des Mitarbeiters einbezogen, soweit diese einem durchschnittlichen Mitarbeiter entspricht.

Besondere Probleme macht der **Ideenschutz im Arbeitsverhältnis**. Ein ausgeschiedener Arbeitnehmer ist auch ohne besondere Vereinbarung aufgrund nachwirkender Treuepflicht arbeitsrechtlich zur Verschwiegenheit über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verpflichtet.⁸ Ihm ist lediglich die Verwertung des erworbenen beruflichen Erfahrungswissens gestattet.⁹ Eine weitergehende Verschwiegenheitspflicht kann ihm nur bei Beachtung besonderer Schutzüberlegungen auferlegt werden. So hat die Rechtsprechung Bedenken gegen eine unbegrenzte Dauer der Verschwiegenheitspflicht, die Verquickung mit einer Schadensersatzpflicht bei unmittelbarer oder mittelbarer Vermittlung von entsprechenden Kenntnissen an Wettbewerber oder Gründung eines Wettbewerbsunternehmens sowie das Fehlen einer Karenzentschädigung.¹⁰

Ein Arbeitnehmer ist aber wettbewerbsrechtlich **nach dem Ausscheiden** aus einem Beschäftigungsverhältnis in der Weitergabe und Verwertung der dort redlich erlangten Betriebsgeheimnisse frei.¹¹ Eine solche Weitergabe oder Verwertung verstößt nur unter besonderen Umständen gegen § 3 UWG.¹² Für sie spricht insbesondere die Erwägung, dass die

⁵ *Seffer/Horter*, ITRB 2005, 61.

⁶ Musterformulierungen einer solchen Klausel finden sich in *Seffer/Horter*, ITRB 2005, 61 ff.

⁷ vgl. *Seffer/Horter*, ITRB 2005, 61, 64.

⁸ vgl. *Sander*, GRUR Int. 2013, 217 ff.; *ErfK/Müller-Glöge*, § 345 BGB Rn. 21.

⁹ BAG, Urt. v. 16.3.1982 – 3 NJW 1983, 134, 135 = BAGE 41, 21; BAG, Urt. v. 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, NJW 1988, 1686, 1687 = BAGE 57, 159; BGH, Urt. v. 3.5.2001 – I ZR 153/99, GRUR 2002, 91 = NJOZ 2001, 235; *Ohly*, GRUR 2019, 441, 448.

¹⁰ BGH, Urt. v. 3.5.2001 – I ZR 153/99, GRUR 2002, 91 = NJOZ 2001, 2357; OLG Stuttgart, Urt. v. 19.11.2020- 2 U 575/19, GRUR-RS 2020, 35613.

¹¹ vgl. RGZ 65, 333, 337; 166, 193, 198 – Sammlung D; *Stehfix*, RG, GRUR 1936, 573, 578; BAG, Urt. v. 18.8.2005 – 8 AZR 65/05, NZA 2006, 34 = BB 13/2006, 720.

¹² BGH, Urt. v. 21.12.1962 – I ZR 47/61, BGHZ 38, 391, 396 = NJW 1963, 856 f.; BGH, Urt. v. 16.11.1954 – I ZR 180/53, GRUR 1955, 402, 403 = NJW 1955, 463 f.; BGH, Urt. v. 6.11.1963 – Ib ZR 41/62f., GRUR

Arbeitnehmer ihre – redlich erworbenen – beruflichen Kenntnisse grundsätzlich verwerten sollen dürfen,¹³ sowie weiter der Gesichtspunkt, dass eine sichere Abgrenzung von Geheimnis und Erfahrungswissen nur schwer möglich ist.¹⁴ Durch die Regelungen des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG), das im April 2019 als Umsetzung der EU-Geschäftsgeheimnisrichtlinie (GeschGeh-RL) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Kraft getreten ist, können unter den Voraussetzungen des GeschGehG Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse umfassend geschützt werden. Das Gesetz führte zu einer erheblichen Verbesserung im Vergleich zu der vorherigen Rechtslage, bei welcher ein solcher Schutz lediglich durch die §§ 17 bis 19 UWG gewährleistet war.¹⁵

Schwierigkeiten machen auch **Abwerbverbote**. Grundsätzlich ist der Programmierer nicht daran gehindert, bei einem Fremdeinsatz einen Arbeitsplatz anzunehmen; er darf sich dort auch nach einem Arbeitsplatz erkundigen. Grundsätzlich zulässig sind Stellenangebote, wohingegen es verboten ist, den Programmierer zum „sofortigen“ Wechsel zu bewegen, ohne die Kündigungsfrist gegenüber dem Verleiher einzuhalten, weil der Arbeitnehmer dadurch zum Vertragsbruch angestiftet wird.¹⁶ Ein solches Verhalten verstößt gegen die Treuepflichten aus dem Überlassungsverhältnis und gegen § 4 Nr. 4 UWG. Ein Unternehmen kann in AGB wirksam verpflichtet werden, für jeden Fall unzulässigen Abwerbens von Fremdmitarbeitern eine Vertragsstrafe zahlen zu müssen.¹⁷ Sog. Kündigungshilfe stelle dabei ein unzulässiges Abwerben dar. Nach § 75 f. HGB unzulässig sind Absprachen zwischen Arbeitgebern, welche die Anstellung von Arbeitnehmern eines Arbeitgebers für andere Arbeitgeber sperren (Sperrabreden). Von diesem Verbot nicht umfasst sind Vereinbarungen, in denen sich die Arbeitgeber lediglich zur Unterlassung von Abwerbung verpflichten.¹⁸

Der *BGH* hat am 30.4.2014 entschieden, dass Abwerbverbote im Rahmen des § 75 f. HGB nur in Form von Nebenbestimmungen, nur bei Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses und nur für einen Zeitraum von maximal zwei Jahren nach der Beendigung der Zusammenarbeit

1964, 215, 216 = NJW 1964, 351 f.; BGH, Urt. v. 19.11.1982 – I ZR 99/80, GRUR 1983, 179, 181 = WRP 1983, 209.

¹³ BGH, Urt. v. 21.12.1962 – I ZR 47/61, BGHZ 38, 391, 396 = NJW 1963, 856 – Industrieböden; BGH, Urt. v. 3.5.2001 – I ZR 153/99, WRP 2001, 1174 = NJOZ 2001, 2358; KG, Beschl. v. 25. 3. 2011 - 5 U 62/11, GRUR-RR 2012, 16; ErfK/*Oetker*, § 74 HGB Rn. 1.

¹⁴ Vgl. *Kraßer*, GRUR 1977, 177, 186.

¹⁵ *Ohly*, GRUR 2019, 441, 441; *Bildhäuser/Reinhardt*, GRUR-Prax 2020, 576, 576.

¹⁶ BGH, Urt. v. 11.1.2007 – I ZR 96/04, GRUR 2007, 800 = NJW 2007, 2999; OLG Brandenburg, Urt. v. 6.3.2007 – 6 U 34/06, GRUR-RR 2008, 14, 15; enger jetzt OLG Frankfurt a.M. GRUR-RS 2013, 15217; zur Übersicht vgl. auch *Bornkamm/Feddersen/Alexander/Köhler*, § 4 Rn. 4.107.

¹⁷ OLG München, Urt. v. 26.1.1994 – 7 U 5841/93, NJW-RR 1994, 867.

¹⁸ So *MüKoHGB/Thüsing*, § 75 f. Rn. 5; a. A: *Schloßer*, BB 2003, 1382, 1383.

als zulässig angesehen werden können, wobei das Gericht dem genauen Wortlaut des in Rede stehenden Abwerbeverbots ausdrücklich geringe Bedeutung beigemessen hat.¹⁹

Eine **Rechtswahlklausel** im Arbeitsvertrag, etwa auf das arbeitgeberfreundliche Recht der Schweiz, hilft nicht weiter. Der Arbeitsvertrag unterliegt zwar gem. Art. 8 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO dem nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO für alle schuldrechtlichen Verträge geltenden Grundsatz der Privatautonomie. Jedoch können hierdurch zwingende Schutzvorschriften nicht abbedungen werden, die aufgrund objektiver Rechtswahl i.S.d. Art. 8 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO gelten würden, hätten die Parteien keine Rechtswahl getroffen. Voraussetzung ist, dass die von den Parteien gewählte Rechtsordnung keinen entsprechenden Schutz bietet. Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO enthält dabei die Regelanknüpfung an das Recht des Staates, in dem sich der Arbeitsort befindet. Sofern das anzuwendende Recht nach Abs. 2 nicht bestimmt werden kann, gilt nach Abs. 3 das Recht des Staates der einstellenden Niederlassung. Das so bestimmte Recht ist jedoch nach Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO nicht maßgebend, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; dann ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.²⁰ Primäre Anknüpfungskriterien sind der **Arbeitsort**, der **Sitz des Arbeitgebers**, die **Staatsangehörigkeit beider Vertragsparteien** und der **Wohnsitz des Arbeitnehmers**, also die räumliche Dimension des Arbeitsverhältnisses. Ergänzend ist die Vertragsdimension, also Vertragssprache und Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, zu berücksichtigen und gegebenenfalls weitere vertragswesentliche Gesichtspunkte, die in ihrer Gesamtheit hinreichendes Gewicht haben, um die Bedeutung der Regelanknüpfung zu überwinden.

Es gibt viele Wege, wie wertvolles Wissen aus einem Konzern wie Volkswagen entweichen kann. Mitarbeiter mit Spezialwissen verlassen Volkswagen, Cyberattacken können ebenfalls der Fall sein sowie Abfotografieren, Abspeichern oder andere Formen der Preisgabe durch Mitarbeiter. Auch E-Mails können abgefangen und mitgelesen werden. Der geschätzte Schaden durch Wirtschaftsspionage beträgt in Deutschland jährlich rund 50 Milliarden Euro. International haben die Industriestaaten durch Art. 39 Abs. 2 des TRIPS-Abkommens Vorsorge getroffen. Als Mindeststandard haben sich die Mitgliedstaaten von TRIPS verpflichtet, Informationen gegen den unberechtigten Abgang zu schützen, solange diese Informationen geheim sind, d. h:

¹⁹ BGH, Urt. v. 30.4.2014 – I ZR 245/12, NJW 2014, 3442 = GRUR 2014, 1122.

²⁰ Allgemeine Meinung, vgl. BAG, Urt. v. 12.12.2001 – 5 AZR 255/00, BAGE 100, 130 = NZA 2002, 734; BAG, Urt. v. 29.10.1992 – 2 AZR 267/92, BAGE 71, 297.

- in der Zusammenstellung in üblichen Geschäftskreisen nicht allgemein bekannt oder zugänglich sind,
- einen wirtschaftlichen Wert haben, weil sie geheim sind, und
- Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen darstellen.
- In Deutschland besteht ein besonderer Schutz für Geschäftsgeheimnisse durch das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG). Die Straftatbestände werden durch § 23 GeschGehG und über Transfornormen auch zivilrechtlich sanktioniert (§ 3 UWG, § 823 Abs. 2 BGB). Neu sind vor allem besondere Nachweisproblematiken für den Geheimnischarakter der Information und die Nachweispflichten für angemessene Geheimhaltungsvereinbarungen.

In der europäischen Übersicht liegt Deutschland im Mittelfeld des Schutzniveaus von Geheimnissen. Während Großbritannien über ein wohldurchdachtes System von Geheimhaltungspflichten verfügt, sind in Staaten wie Frankreich oder Malta Geheimhaltungsvereinbarungen nahezu unbekannt. Dies hat die Kommission schon im November 2011 und April 2013 bewogen, zwei Studien zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen im europäischen Vergleich in Auftrag zu geben. Die Studien kamen naturgemäß zu der Feststellung, dass der Geheimnisschutz in Europa einem Flickenteppich ähnelt.²¹ Die Kommission hat daraufhin im November 2013 einen ersten Entwurf für eine Harmonisierungsrichtlinie verabschiedet.²² Im Mai 2014 folgte der gemeinsame Text, verabschiedet vom Ministerrat.²³ Ein Jahr später – im Juni 2015 – legte das Parlament seinen Bericht zum Richtlinienentwurf vor,²⁴ auf dessen Grundlage die Europäische Kommission, der Rat und das Parlament im Rahmen (inoffizieller) Trilog-Verhandlungen einen Kompromissvorschlag erarbeiteten, der im Dezember 2016 veröffentlicht wurde.²⁵ Im Juni

²¹ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, MARKT/2011/128/D (April 2013), S. 12 f., 23, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/14838/attachments/1/translations/en/renditions/pdf> (zuletzt abgerufen am 4.8.2021).

²² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, COM/2013/0813 final – 2013/0402 (COD), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0813> (zuletzt abgerufen am 4.8.2021).

²³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure – General Approach, abrufbar unter: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209870%202014%20INIT> (zuletzt abgerufen am 4.8.2021).

²⁴ Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0199+0+DOC+XML+V0//DE> (zuletzt abgerufen am 4.8.2021).

²⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure – Analysis of

2016 konnte schließlich die Richtlinie verabschiedet werden,²⁶ die nunmehr bis Juni 2018 in das nationale Recht umgesetzt werden sollte.²⁷ Auf nationaler Ebene wurde darüber gestritten, ob der Schutz von Betriebsgeheimnissen in ein umfassendes eigenes Regelwerk für Immaterialgüterrechte aufzunehmen ist²⁸ oder zumindest ein Spezialgesetz die Thematik regeln sollte.²⁹ In Deutschland hat die Unterbrechung durch die Bundestagswahl zur Diskontinuität eventueller Vorentwürfe der alten Koalition geführt: Jedenfalls musste das Bundesjustizministerium (BMJV) von Neuem einen Entwurf in die parlamentarische Diskussion einbringen. Die Umsetzungsfrist bis Juni 2018 konnte nicht eingehalten werden. Erst am 26.4.2019 wurde schließlich das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GeschGehG) eingeführt. §§ 17 bis 19 UWG sind in Folge dessen aufgehoben worden.³⁰

Die Richtlinie beabsichtigt, die existierenden verschiedenen nationalen Regelungen zu harmonisieren.³¹ Angedacht ist die Einordnung als ergänzende oder alternative Maßnahme zu Immaterialgüterrechten (Erwägungsgrund 2). Das Verhältnis zum UWG wird generell offengelassen und einer späteren Prüfung durch die Kommission anheimgegeben (Erwägungsgrund 10). Im Übrigen soll die Richtlinie jetzt³² nur eine Mindestharmonisierung beinhalten (Art. 1 Abs. 1). Auch zu berücksichtigen ist, dass die EU keine Zuständigkeit für das Strafrecht hat und außerdem nicht in Anspruch nimmt, eine Regelung zum Betriebsverfassungsrecht oder Presserecht vorzunehmen (Art. 1 Abs. 2).

Verblüffend ist, dass die Richtlinie keine Regelung zum Internationalen Privatrecht (IPR) enthält. Angeknüpft werden könnte an das Strafrecht, das Immaterialgüterrecht oder das UWG. Letztendlich rächt sich hier, dass die Rechtsnatur des neu geschaffenen Systems unklar ist. Ordnet man das System immaterialgüterrechtlich ein, greift die Richtlinie schon bei jeder

the final compromise text with a view to agreement, abrufbar unter: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15382-2015-REV-1/en/pdf> (zuletzt abgerufen am 4.8.2021).

²⁶ RL 2016/943/EU v. 08.06.2016, ABl. L 157/1 v. 15.06.2016, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0943> (zuletzt abgerufen am 4.8.2021).

²⁷ *Ann*, GRUR-Prax 2016, 465.

²⁸ So *McGuire*, GRUR 2016, 1000, 1007 ff. mit Verweis auf Italien und Portugal.

²⁹ So etwa in Schweden: Act on the Protection of Trade Secrets (1990), abrufbar unter: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=241716 (zuletzt abgerufen am 4.8.2021); vgl. auch AIPPI Report Q 215 (2010); Kellezi/Kilpatrick/Kobel/Tonell, S. 541 ff.

³⁰ *Hauck*, GRUR-Prax 2019, 223, (die Aussage belegende Seite).

³¹ *Koós*, MMR 2016, 224, 225.

³² Anders noch der Kommissionsentwurf, COM/2013/0813 final – 2013/0402 (COD) (s. Fn. 23), vergleiche dazu *Kalbfus/Harte-Bavendamm*, GRUR 2014, 453.

Benutzungshandlung mit Bezug zur EU. Nach dem UWG wäre stattdessen nach dem finalen Markteingriff oder der bestimmungsgemäßen Benutzung zu fragen.

Dreh- und Angelpunkt der Richtlinie ist der Begriff des Geschäftsgeheimnisses.³³ Er ist weit gefasst, weiter als nach dem inzwischen aufgehobenen § 17 UWG. Auch die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht durch das GeschGehG ändert den Begriff des Geschäftsgeheimnisses, passt ihn jedoch nicht wie viele andere EU-Mitgliedstaaten vollständig der Richtlinie an, sondern ändert ihn in Form des § 2 GeschGehG leicht ab.³⁴ Ein Geheimnis soll schon vorliegen, wenn die Information generell unbekannt oder in den angesprochenen Verkehrskreisen nicht bekannt ist.³⁵ Welche Kreise als angesprochene Verkehrskreise betrachtet werden, ist dabei informationsspezifisch zu bestimmen.³⁶ Es besteht eine Wertungsähnlichkeit zum Durchschnittsfachmann des Patentrechts.³⁷ Auch die Existenz eines Außenseiters oder eines Hackers macht rein faktisch die Information zugänglich. Das Problem ist allerdings nicht neu, sondern war schon bei § 17 UWG, welcher mittlerweile jedoch in Folge der Einführung des GeschGehG aufgehoben wurde, bekannt. Die Rechtsprechung hat darauf abgestellt, dass die Erschließung einer Information einen großen Zeit- und Kostenaufwand erfordert und hat hierfür ebenfalls auf die Sicht der Fachkreise abgestellt.³⁸ Zudem muss das Geschäftsgeheimnis von VW einen kommerziellen Wert verkörpern, weil es geheim ist (Art. 2 Ziff. 1 lit. B der RL und § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG). Der Wert des Geschäftsgeheimnisses von VW muss also gerade im Geheimnis liegen.³⁹ Dies ist für Volkswagen unbekannt, da weder nach dem Wert der Information noch nach dem Vorliegen eines Geheimnisses gefragt wird. Das deutsche Recht hat stattdessen stets auf das Erfordernis eines objektiv bestehenden, wirtschaftlichen Geheimhaltungsinteresses abgestellt und insofern auch Geheimnisse ohne Wert geschützt, deren Bekanntwerden Schaden verursachen könnte.⁴⁰ Die Definition stammt aus Art. 39 TRIPS. Nunmehr wird es also erforderlich sein, die Werthaltigkeit einer Information

³³ *Klein/Wegener*, GRUR-Prax 2017, 394 ff. Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander, § 2 GeschGehG Rn. 9-14.

³⁴ *Ohly*, GRUR 2019, 441, 442.

³⁵ *McGuire*, GRUR 2016, 1000 mit dem Kernvorschlag, den Geheimnisschutz in das System des geistigen Eigentums einzubetten.

³⁶ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander, § 2 GeschGehG Rn. 33.

³⁷ *Ohly*, GRUR 2019, 441, 443.

³⁸ BGH, Urt. v. 12.2.1980 – KZR 7/79, WRP 1980, 403, 404 – "Pankreaplex II"; BGH, Urt. v. 23.2.2012 – I ZR 136/10, WRP 2012, 1230, 1232, Rn. 21 – MOVICOL-Zulassungsantrag; BGH, Urt. v. 22.3.2018 – I ZR 118/16, GRUR 2018, 1161, 1164, Rn. 39 - Hohlfasermembranspinnanlage II.

³⁹ *Sousa e Silva*, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2014, 923; MüKoUWG/Namysłowska, Art. 2 Geheimnisschutz-RL Rn. 11.

⁴⁰ *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1011.

gerichtsfest dokumentieren zu können.⁴¹ Das setzt zum einen eine Bilanzierung von Geschäftsgeheimnissen voraus. Zum anderen ist der Nachweis der Geheimhaltung als Status quo zu erbringen. Schon bei diesem Element wird man also ein umfassendes Geheimnismanagement nachweisen müssen, das bis zur Verschlüsselung von E-Mails und IT-Sicherheit geht.⁴²

Damit nicht genug: Es muss auch der Nachweis erbracht werden, dass das Geheimnis Gegenstand von angemessenen Schritten zur Geheimhaltung ist (Art. 2 Ziff. 1 lit. c der RL und § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG). Es bedarf also schon jetzt proaktiver kontinuierlicher Geheimhaltungsmaßnahmen, um den Geheimnischarakter einer Information bewahren zu können. Dies setzt umfangreiche und vor allem langfristige Maßnahmen voraus, die dem neuesten Stand der Technik entsprechen.⁴³ Für Volkswagen ist es neu, dass angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen Schutzvoraussetzung sind. Sie spielten bisher allenfalls im Beweisrecht eine Rolle. Der BGH hatte es bislang ausreichen lassen, dass sich ein Geheimhaltungswille aus der Natur der Sache ergibt, und hat selbst das Fehlen ausdrücklicher Geheimhaltungsvereinbarungen als unproblematisch angesehen.⁴⁴ Jetzt aber machen sich viele Gedanken darüber, was unter der Angemessenheit von Geheimhaltungsmaßnahmen zu verstehen ist.⁴⁵ In der Richtlinie wird der Begriff nicht näher erläutert. Vorausgesetzt werden nicht bestmögliche oder maximal effektive Schutzvorkehrungen, sondern nur ein angemessener Schutzstandard.⁴⁶ Für die unternehmensinterne Umsetzung sind daher konkrete Schritte zu bestimmen. Zunächst gilt es, klare Zuständigkeiten für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Unternehmen zu definieren. Anschließend muss das potentiell relevante Know-how identifiziert, bewertet und kategorisiert werden. Schließlich müssen konkrete Schutzmaßnahmen festgelegt werden, einschließlich besonderer Vertragsvereinbarungen, Maßnahmen der IT-Sicherheit und der Organisation von Arbeitsabläufen.⁴⁷ In der Automobilindustrie wird zum Beispiel darauf geachtet, dass gebäudetechnische,

⁴¹ So auch *Herrmann*, CB 2016, 368, 369.

⁴² *Pacini/Placid/Wright-Isak*, Int. Journal of Law and Management 2008, 121, (die Aussage belegende Seite) mit Präsentation eines "trade secret compliance plans" inklusive unterschiedlicher Maßnahmen, die ergriffen werden können sowie unterschiedlicher Variablen auf die je nach Unternehmen geachtet werden muss.

⁴³ *Börger/Rein*, CB 2017, 118; zur Besonderheit im Automobilbereich *Steinmann/Schubmehl*, CCZ 2017, 194 ff.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 27.04.2006 – I ZR 126/03, WRP 2006, 1511, 1513.

⁴⁵ Siehe etwa *Kalbfus*, Know-how-Schutz in Deutschland zwischen Zivilrecht und Strafrecht - welcher Reformbedarf besteht? S. 65 ff.; *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391.

⁴⁶ *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391, 392; unzutreffend *Steinmann/Schubmehl*, CCZ 2017, 194, 198, die auf einen rein faktischen Geheimnisschutz abstellen und verkennen, dass die Richtlinie durchaus normative Vorstellungen vom Geheimnisschutz hat.

⁴⁷ *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391, 391 ff.

informationssicherheitstechnische und organisatorische Maßnahmen durchgeführt und über Audits geprüft werden. Die Zertifizierung erfolgt für den Bereich IT-Sicherheit nach ISO 27001.⁴⁸

Nach § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG muss zudem ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung bestehen. An einem solchen könnte es beispielsweise fehlen, wenn Informationen lediglich zum Schutz illegaler Machenschaften geheim gehalten werden sollen. Das GeschGehG weicht hier folglich von der Richtlinie der EU ab, wo ein solches „berechtigtes Interesse“ zumindest nicht direkt gefordert wird.⁴⁹ Wie mit dieser Abweichung verfahren wird, ob sie mit der Richtlinie vereinbar ist und in Einklang steht oder sie richtlinienwidrig ist und dementsprechend richtlinienkonform ausgelegt werden muss, ist noch unklar.⁵⁰

Nach Art. 2 Ziff. 2 der RL und § 2 Nr. 2 GeschGehG ist Inhaber des Geschäftsgeheimnisses diejenige natürliche oder juristische Person, die die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis ausübt. Entscheidend ist also nicht der Schöpfer, sondern derjenige, der die rechtmäßige Kontrolle ausübt. Unklar ist, was unter Kontrolle zu verstehen ist. Stellt man hier auf die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit ab, wäre der Arbeitnehmer originärer Inhaber, solange Volkswagen als der Arbeitgeber die Informationen nicht bekommen hat. In der Richtlinie sowie in dessen Umsetzung im deutschen Recht in Form des Geschäftsgeheimnisgesetzes steht der Schutz der Unternehmen aber im Zentrum; deshalb finden sich dort auch keine Regeln für den derivativen Erwerb. Durch das Merkmal der angemessenen Schutzmaßnahmen wird ein originärer Erwerb durch den Unternehmer begründet. Damit ergibt sich die Pflicht, durch arbeitsvertragliche und betriebliche Anweisungen, Geheimhaltungsstrukturen zu schaffen und damit originäre Erwerbstatbestände zu begründen.⁵¹

Art. 3 lit. b) der RL und § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG regelt die besonders sensible allgemeine Testfreiheit. Die Regelung erlaubt die Analyse und das Austesten eines Produkts, das der Öffentlichkeit bekannt gemacht worden ist oder rechtmäßig im Besitz des Erwerbers der Information ist. Hiermit betritt die Richtlinie Neuland. Es geht um eine europäische Regelung zum Reverse Engineering aus dem US Recht. In Deutschland gilt traditionell das Reverse Engineering als verboten.⁵² Spuren des Reverse Engineering finden sich im Urheberrecht (§§ 69d Abs. 3, 69e) und im Patentrecht (§ 11 Nr. 1 und 2) ausführlich geregelt. Das

⁴⁸ *Steinmann/Schubmehl*, CCZ 2017, 194, 197.

⁴⁹ *Ohly*, GRUR 2019, 441, 444.

⁵⁰ *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander*, GeschGehG, § 2 Rn. 74.

⁵¹ *Klein/Wegener*, GRUR-Prax 2017, 394, 396.

⁵² RGZ 149, 329, 331; vgl. auch OLG Hamburg, 19.10.2000 – 3 U 191/98, GRUR-RR 2001, 137; dazu auch *Beater*, S.136; *Kochmann*, S. 140.

Halbleiterschutzgesetz enthält eine ausführliche Erlaubnis für Reverse Engineering (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 und 3). Dort geregelt sind die Nachbildung von Topografien zum Zwecke der Analyse, Bewertung oder Ausbildung, sowie die geschäftliche Verwertung einer Topographie, die das Ergebnis einer Analyse oder Bewertung ist. Die Testfreiheit bezieht sich auf ein Produkt, das der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist oder sich rechtmäßig im Besitz des Erwerbers der Information befindet. Der Grundsatz geht weit über den Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und im Patentrecht hinaus und bezieht sich auch auf vermietete Produkte. Es ist daher den Konkurrenten nicht zu verwehren, durch eine genaue Analyse eines Softwareprodukts Testergebnisse zu erzielen und gewinnbringend in ein konkurrierendes Produkt einzusetzen.

Erstaunlich ist ein kleiner Zusatz, wonach der Erwerber der Information frei von rechtlichen Pflichten sein muss, um das Geheimnis zu nutzen. Es ist also im Rahmen des Volkswagenkonzerns vertraglich zulässig, die Testfreiheit zu beschränken. In Lieferverträgen sowie Kooperationsverträgen sollte daher ein Hinweis auf Reverse Engineering enthalten sein und ein solches Verhalten ausgeschlossen werden. Zusätzlich hat die Kommission im Erwägungsgrund 17 zu bedenken gegeben, dass in Fällen parasitären Kopierens auch an eine Regelung über das UWG zu denken ist (Produktpiraterie oder sklavische Nachahmung). Vertragliche Beschränkungen sind aber regelmäßig zwecklos, wenn es gar keine Verträge gibt. Niemand kann einen Automobil-Hersteller daran hindern, ein konkurrierendes Produkt auf dem freien Markt zu erwerben und im Wege des Austestens nachzubauen.

II. Softwareschutz – eine Übersicht

Ist ein IT-Projekt über die Phase der reinen Idee übergegangen in eine Form, muss die Frage nach dem adäquaten und effizientesten Schutz des IT-Produkts geklärt werden. Anbieten wird sich hier ein Schutz der Software über das Urheberrecht – ein Schutz, der nichts kostet und formlos ist. Eigentlich ist die Integration eines technischen Produktes wie der Software in den Schutzkatalog des UrhG, das hauptsächlich durch den Schutz von Werken der schönen Kunst geprägt ist, fragwürdig. Dementsprechend passen die Kategorien des Urheberrechts nicht für Computerprogramme, wenn man etwa an die Urheberpersönlichkeitsrechte oder die für Software bizarren Schutzfristen von 70 Jahren post mortem auctoris denkt. Überflüssig war die Einführung des urheberrechtlichen Softwareschutzes auch deshalb, weil nach deutschem Recht hinreichende Schutzmechanismen gegen Softwarepiraterie bestanden haben (siehe unten). In der Zwischenzeit ist jedoch die Annahme eines urheberrechtlichen Schutzes für Software weltweiter Common. Art. 10 TRIPs sieht vor, dass Computerprogramme in Quell- und Maschinencode als Werke der Literatur zu schützen sind. Ähnliches ist in Art. 4 WCT verankert. Insofern ist weltweit von einem urheberrechtlichen Schutz für Computerprogramme auszugehen. Neben dem Urheberrecht gibt es aber noch andere Schutzmöglichkeiten.

1. Patentschutz

Nach § 1 Abs. 2 PatG sind Programme für Datenverarbeitungsanlagen nicht als schutzfähige Erfindungen anzusehen. Dieser Ausschluss von der Patentfähigkeit gilt jedoch nur insoweit, als für **Software „als solche“** Schutz begehrt wird (§ 1 Abs. 3 PatG). Diese Regelung bewirkt, dass Software im Regelfall nicht patentfähig ist. Historisch basiert die Regelung darauf, dass das US Patent Office Anfang der siebziger Jahre mit zahlreichen, arbeitsintensiven Softwareanmeldungen überlastet war.⁵³ Von daher wurde in den US Patent Act der Ausschluss der Patentierbarkeit übernommen; von dort gelangte er auch in die europäischen Patentgesetze. Der *BGH* ging in Deutschland bereits vor Verabschiedung der Neuregelung davon aus, dass es Computerprogrammen regelmäßig am technischen Charakter fehle und sie daher nicht patentfähig seien.⁵⁴

⁵³ *Kraßer*, in: Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, V, Rn. 12; siehe auch U.S. Supreme Court, *Gottschalk v. Benson*, 409 US 63, 68 (1972).

⁵⁴ *BGH*, Beschl. v. 22.6.1976 – X ZB 23/74, BGHZ 67, 22 = NJW 1976, 1936 – „Dispositionsprogramm“.

Die derzeitige Rechtslage findet sich im Wesentlichen in den **alten Prüfungsrichtlinien des DPA** vom 24.6.1981⁵⁵ wieder, die zum 1.1.1987 in Kraft getreten sind.⁵⁶ Hiernach sind Erfindungen auch dann dem Patentschutz zugänglich, wenn sie ein DV-Programm, eine Rechen- oder eine Organisationsregel, sonstige Software-Merkmale oder ein programmartiges Verfahren enthalten (programmbezogene Erfindungen). Allerdings sei bei solchen Erfindungen entscheidend, dass sie technischen Charakter haben (Nr. 1). Dies sei dann der Fall, wenn zur Lösung der ihr zu Grunde liegenden Aufgabe von **Naturkräften**, technischen Maßnahmen oder Mitteln (z.B. hydraulischen, elektronischen Strömen in Schaltelementen und Regeleinrichtungen oder von Signalen in DV-Anlagen) Gebrauch gemacht werden müsse (Nr. 3). Anders als der *BGH*⁵⁷ stellt das DPA für die Beurteilung des technischen Charakters nicht auf den als neu und erfinderisch beanspruchten Kern der Lehre ab. Vielmehr sei der angemeldete **Gegenstand in seiner Gesamtheit**, über die neuen und erfinderischen Elemente hinaus, auf seinen technischen Charakter hin zu untersuchen (Nr. 3). Eine programmbezogene Erfindung sei technisch, wenn zur Lösung der Aufgabe Schaltelemente eingesetzt werden, selbst wenn die Elemente für sich genommen in bekannter Weise arbeiteten (Nr. 5a). Auch könne der technische Charakter darin liegen, dass die Erfindung einen neuen und erfinderischen Aufbau der Anlage erfordere (Nr. 5b). So soll z.B. ein Verfahren zur Satzanalyse nach grammatikalischen Gesichtspunkten nicht auf technischem Gebiet liegen, auch wenn es computerimplementiert ausgeführt wird.⁵⁸

Ein nichttechnisches Verfahren erhält auch durch die beiläufige Nennung eines Vorrichtungsmerkmals keinen technischen Charakter.⁵⁹ Der Trend geht allerdings dahin, immer weitergehender die Tore des Patentrechts für Software zu öffnen, indem man den **Begriff der technischen Natur extensiv auslegt**.⁶⁰ So soll z.B. auch eine medizinische Software, die unmittelbar Untersuchungsgeräte steuert, patentierbar sein.⁶¹ Der Gegenstand, für den Patentschutz begehrt wird, muss über das reine Programm hinausgehen. Es muss klargelegt

⁵⁵ BIPMZ 1981, 263.

⁵⁶ Siehe allgemein zur Rechtslage: *Weyand/Haase*, GRUR 2004, 198 ff.; *Betten*, GRUR 1995, 775 ff.; *Engel*, GRUR 1993, 194 ff.; *Raubenheimer*, CR 1994, 328 ff.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 22.6.1976 – X ZB 23/74, BGHZ 67, 22 = NJW 1976, 1936 – „Dispositionsprogramm“; ähnlich BPatG v. 8.9.1989 – 17 W [pat] 137/86, BPatGE 29, 24 85 = CR 1989, 902; modifiziert in BGH, Beschl. v. 11.6.1991 – X ZB 13/88, BGHZ 115, 11 = CR 1991, 658 – Seitenpuffer; Siehe auch: BGH, Beschl. v. 17.10.2001 – X ZB 16/00, GRUR 2002, 143 = MMR 2002, 105 – Suche fehlerhafter Zeichenketten; BPatG, Beschl. v. 29.4.2002, GRUR 2002, 791 = CR 2002, 275 – Elektronischer Zahlungsverkehr; *Fitzner/Lutz/Bodewig/Hössle*, PatG § 1 Rn. 201.

⁵⁸ BPatG, GRUR 2003, 413.

⁵⁹ BPatG, Beschl. v. 12.11.2002 – 17 W (pat) 41/01, GRUR 2003, 413.

⁶⁰ *Betten/Körper*, GRUR 1997, 118; *Schricker/Loewenheim/Spindler*, § 69a, Rn. 10.

⁶¹ BPatG, Urt. v. 11.12.2008 – 17 W (pat) 54/05; ähnlich BPatG, Beschl. v. 28.5.2009 – 17 W (pat) 123/05.

werden, dass im Kern der Patentlösung Anweisungen vorliegen, die eine schutzwürdige Bereicherung der Technik beinhalten. Für die Erteilung eines Patents für ein Verfahren, welches der Abwicklung eines Geschäfts wirtschaftlicher Betätigung mittels Computer dient, ist es nicht ausreichend, vorzuschlagen, für die Abwicklung dieses Geschäfts Computer als Mittel zur Verarbeitung verfahrensrelevanter Daten einzusetzen. Vielmehr müssen weitere Anweisungen enthalten sein, denen ein konkretes technisches Problem zu Grunde liegt. Denn nur dann ist bei der Prüfung einer erfinderischen Tätigkeit eine Aussage darüber möglich, ob eine Bereicherung der Technik vorliegt, die einen Patentschutz rechtfertigt.⁶² Die Präsidentin des EPA hat Ende 2008 ausführliche Rechtsfragen zur Klärung durch die Große Beschwerdekammer nach Art. 112 EPÜ vorgelegt, zu der auch zahlreiche Stellungnahme Dritter vorliegen.⁶³ Der *BGH* wiederum hat in zwei Fällen das Tor zum Patentschutz von Software weit aufgestoßen. So sollen auch rein konzeptionelle Überlegungen unter bestimmten Umständen ein technisches Problem lösen können und somit prinzipiell schutzwürdig sein. Dabei stellt der *BGH*⁶⁴ fest, dass ein Verfahren, welches das unmittelbare Zusammenwirken der Elemente eines DV-Systems (hier: eines Servers mit einem Client zur dynamischen Generierung strukturierter Dokumente) betrifft, stets technischer Natur ist, ohne dass es darauf ankäme, ob es in der Ausgestaltung, in der es zum Patent angemeldet wird, durch technische Anweisungen geprägt ist. Eine Lösung mit technischen Mitteln liege nicht nur dann vor, wenn Systemkomponenten modifiziert oder in neuartiger Weise adressiert werden. Es reiche vielmehr aus, wenn der Ablauf eines DV-Programms, das zur Lösung des Problems eingesetzt werde, durch technische Gegebenheiten außerhalb der DV-Anlage bestimmt werde, oder wenn die Lösung gerade darin bestehe, ein DV-Programm so auszugestalten, dass es auf die technischen Gegebenheiten der DV-Anlage Rücksicht nehme. Geschützt sei demnach auch – so der *BGH* im zweiten Fall⁶⁵ – ein Verfahren, das der datenverarbeitungsmäßigen Abarbeitung von Verfahrensschritten in Computer-Netzwerken dient. Diese Öffnung für den Patentschutz von Software bedeutet aber noch nicht, dass jede Software patentfähig ist. Es ist vielmehr auch die erfinderische Tätigkeit und die Neuheit der Software im Einzelfall zu prüfen.⁶⁶ Ferner ist ein Schutz ausgeschlossen, wenn eine Software lediglich ein reines Problem der Datenverarbeitung löst, das etwa in der

⁶² BGH, Beschl. v. 24.5.2004 – X ZB 20/03, MMR 2004, 780 = GRUR 2004, 667; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 137-144.

⁶³ Siehe z.B. hierzu <https://www.pressebox.de/inaktiv/ffii-ev/Softwarepatent-Plan-unter-Stellungnahmen-begraben/boxid/261593> (zuletzt abgerufen am 05.08.2021).

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 22.4.2010 – Xa ZB 20/08, MMR 2010, 550 = GRUR 2010, 613.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 24.2.2011 – X ZR 121/09 (BPatG), GRUR-Prax 2011, 239 = GRUR 2011, 610.

⁶⁶ BPatG, Beschl. v. 28.7.2011 –W (pat) 71/04.

Bereitstellung von Informationen, deren Aufbereitung, Abruf und Auswertung liegt. Mangels eines Bezugs zur Welt der Technik scheidet dann ein Schutz nach dem PatG aus.⁶⁷

Der *Bundestag* hat mit einem Antrag im Jahr 2013⁶⁸ eine Beschränkung der Patentierbarkeit von Computerprogrammen gefordert und damit die rechtspolitische Diskussion um Softwarepatente angefacht.⁶⁹

In den **Vereinigten Staaten** ist die Patentierbarkeit von Software spätestens seit der Entscheidung *State Street Bank v. Signature*⁷⁰ aus dem Jahr 1998 anerkannt und auch das Europäische Patentamt (EPA) hat seit 1978 ca. 20 000 bis 30 000 Softwarepatente vergeben.⁷¹ Das Problem ist, dass sowohl auf europäischer, als auch auf deutscher Ebene ein Patentschutz für Computerprogramme durch Art. 52 Abs. c, Abs. 3 EPÜ und § 1 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 PatG explizit ausgeschlossen ist. Der Versuch der Kommission, diesen Bereich durch eine Richtlinie über softwarebasierte Erfindungen⁷² zu harmonisieren, ist im Juli 2005 am Widerstand des Europäischen Parlaments gescheitert.

Gem. einem US-Bundesgesetz von 1952 und einer frühen Entscheidung des Obersten US-Gerichtshofs von 1851 hat eine Erfindung in den USA eigentlich als trivial und somit nicht schutzwürdig zu gelten, wenn ein Experte auf dem betroffenen Fachgebiet sie als offensichtlich bezeichnet. Das für Berufungsklagen auch in Patentstreitigkeiten zuständige Gericht, der Federal Circuit Court of Appeals, schränkte dieses Ausschlusskriterium für gewerbliche Schutzrechte aber in den vergangenen Jahrzehnten stark ein. Demnach reichte selbst eine einfache Neukombination bereits bekannter Techniken oder Verfahren aus, um einen staatlichen Monopolanspruch zu erhalten. Diese enge Auslegungspraxis der Offensichtlichkeitsregel kassierte der **Supreme Court** in dem viel beachteten Fall der US-Firma **Teleflex** gegen den kanadischen Autozulieferer KSR International aber größtenteils wieder.⁷³ Nach Auffassung des Gerichts hat eine Erfindung als offensichtlich und nicht patentrechtlich schutzwürdig zu gelten, wenn ein gewöhnlicher Fachmann „die Lehre vieler

⁶⁷ BPatG, Beschl. v. 23.2.2012 – 17 W (pat) 11/08; BPatG, Beschl. v. 24.1.2012 – 17 W (pat) 84/07.

⁶⁸ Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Wettbewerb und Innovationsdynamik im Softwarebereich sichern – Patentierbarkeit von Computerprogrammen effektiv begrenzen, BT-Drs. 17/13086, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/130/1713086.pdf> (letzter Abruf: 05.8.2021).

⁶⁹ *Ensthaler*, GRUR 2013, 666, 667; *Haedicke/Zech*, GRUR Beilage 2014, 52 ff.; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 704; *Schwarz*, GRUR 2014, 224.

⁷⁰ U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit, Urt. v. 23.7.1998, GRUR Int. 1999, 633 ff.

⁷¹ Vgl. <http://cert.uni-stuttgart.de/ticker/article.php?mid=30> (letzter Abruf: 05.8.2021).

⁷² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen, v. 20.2.2002 – Richtlinienvorschlag der Kommission (RLVK) – ABLEG C 2002/151 E, S. 0129-0131, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.CE.2002.151.01.0129.01.DEU> (letzter Abruf: 05.8.2021).

⁷³ U.S. Supreme Court, *KSR v. Teleflex*, 550 U.S. 127 S. Ct. 1727 (2007).

Patente“ dafür „wie Stücke in einem Puzzle zusammenfügen“ könnte. „Die Erteilung eines Patentschutzes für Fortschritte, die sich im normalen Entwicklungsverlauf ohne echte Innovation abspielen, verhindern den Fortschritt und können im Fall von Patenten, die zuvor bekannte Elemente zusammenführen, frühere Erfindungen ihres Wertes und ihres Nutzens berauben“, urteilte der Oberste Gerichtshof nun in seiner Mehrheitsmeinung.

2. Titel- und Markenschutz

Software ist **titelschutzfähig**.⁷⁴ Der Schutz erstreckt sich auch auf Computerspiele.⁷⁵ Das LG Hamburg hat auch die Werktitelschutzfähigkeit von Apps bejaht.⁷⁶ Zuletzt hat das *OLG Köln* einen Werktitelschutz für ein Computer Simulationsspiel bejaht.⁷⁷ Wie der *BGH*⁷⁸ betont, setzt der Titelschutz voraus, dass die Software einen umsetzungsfähigen geistigen Gehalt aufweist, der für den Verkehr das Wesen des Programms ausmacht und den Warencharakter der konkreten Verkörperung der Softwareidee in den Hintergrund treten lässt. Der Schutz erstreckt sich auf alle Bezeichnungen, unter denen ein Softwareprodukt auf den Markt gebracht wird. Der Schutz entsteht durch Ingebrauchnahme der Bezeichnung, etwa im Rahmen der Werbung oder des Vertriebs. Eine hausinterne Erprobung der Software reicht nicht aus.⁷⁹ Eine Registrierung beim Deutschen Patent- und Markenamt ist nicht erforderlich. Der Schutz kann dadurch zeitlich vorverlagert werden, dass die Absicht der Ingebrauchnahme in geeigneten Publikationsorganen **öffentlich bekannt gemacht** wird (etwa im „Börsenblatt des Deutschen Buchhandels“ oder im „Titelschutzanzeiger“). Mit der Ankündigung verlagert sich der Schutz um sechs Monate vor. In dieser Zeit hat der Schutzberechtigte dann die Vermarktung in die Wege zu leiten. Tut er dies nicht oder nicht rechtzeitig, verfällt die Wirkung der Titelschutzanzeige. Der Schutz ist von seinem Umfang her durch die Voraussetzung der Branchennähe begrenzt. So hat das *LG Hamburg* beim Computerspiel „emergency“ die Durchsetzbarkeit des Werktitelschutzes mit der Begründung abgelehnt, dass es zwischen den Parteien des Rechtsstreits an der für die Inanspruchnahme eines Werktitelschutzes

⁷⁴ BGH, Urt. v. 24.4.1997 – I ZR 44/95, CR 1998, 5 = NJW 1997, 3313 – PowerPoint; BGH, Urt. v. 24.4.97 – I ZR 233/94, CR 1998, 6 = GRUR 1997, 902 – FTOS; OLG Hamburg, Urt. v. 22.12.1994 – 3 U 38/94, CR 1995, 335 = NJW-RR 1995, 430 – PowerPoint; so auch *Fezer*, Markenrecht, § 15 Rn. 256; *Lehmann*, CR 1998, 2; a. A. *Betten*, GRUR 1995, 5, 10 ff.; *Betten*, CR 1995, 383 f., BPatG, Beschl. v. 18.6.2018 - 29 W (pat) 16/16, BeckRS 2018, 15697.

⁷⁵ LG Hamburg, Urt. v. 10.6.1998 – 315 O 107/98, MMR 1998, 485 = K&R 1998, 509 – Emergency; *Fuchs*, GRUR 1999, 460, 461.

⁷⁶ LG Hamburg, Beschl. v. 8.10.2013 – 327 O 104/13, K&R 2014, 131, 132 = GRUR-RR 2014, 206 f.; CR 2014, 271 (Ls.).

⁷⁷ OLG Köln, Urt. v. 28.11.2014 – 6 U 54/14, MMR 2015, 683.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 21.1.1993, I ZR 25/91, NJW 1993, 1465 = WRP 1993, 701.

⁷⁹ BGH, Urt. v. 24.4.1997 – I ZR 233/94, CR 1998, 6 = NJW 1997, 3315 – FTOS.

erforderlichen **Branchennähe** gefehlt habe. Der Hersteller des Computerspiels stehe in keinem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis zu seinem Gegner, der unter der Internetadresse „emergency.de“ einen Online-Dienst für Informationen zu Notfällen anbot.⁸⁰

Der *BGH*⁸¹ hat inzwischen seine liberale Haltung zum Titelschutz für Software relativiert. Zwar sei Software titelschutzfähig. Allerdings seien bei der Frage der **Verwechslungsgefahr** Abstriche zu machen. Computersoftware könne vom Typ und vom Verwendungszweck her sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Dem durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher sei dies bekannt. Nach seinem Verständnis könnten sich daher Softwareprodukte, die sich in ihrer Ausgestaltung voneinander unterscheiden und insbesondere für unterschiedliche Verwendungszwecke bestimmt sind, als unterschiedliche Werke darstellen, die sogar denselben Titel tragen können, ohne dass sie miteinander verwechselt werden.

Für die Entstehung des Titelschutzes an einem Computerprogramm ist die **Aufnahme des Vertriebs des fertigen Produkts** oder eine der Auslieferung, des fertigen Produkts unmittelbar vorausgehende werbende Ankündigung erforderlich.⁸² Es reicht nach einer Entscheidung des *LG Düsseldorf* nicht aus, in einem Schreiben an einen einzelnen Interessierten auf ein „Grob-Konzept“ zu verweisen.⁸³ Es müsse vielmehr ein fertiges Computerprogramm zum Zeitpunkt der Bewerbung vorliegen und ein tatsächlicher Vertrieb möglich sein. Zwei Schreiben an mögliche Interessenten seien eine derartige Ankündigung nicht ausreichend. Vielmehr sei hierfür erforderlich, dass aufgrund der Ankündigung mit der Möglichkeit einer breiten Kenntnisnahme durch die interessierten Konkurrenten gerechnet werden kann. Nicht genügend sei es auch, dass das Programm auf einer kleinen Fachmesse vorgestellt worden ist, wenn zu diesem Zeitpunkt erst mit der Akzeptanzprüfung und Markteinführung dieses Programmes begonnen wurde.

Die Bezeichnung einer App ist grundsätzlich dem Werktitelschutz i.S.d. § 5 Abs. 3 MarkenG fähig.⁸⁴ Durch die Zusammenstellung und Aufbereitung der Daten sowie deren Aufmachung und Anordnung in Bezug auf Übersichtlichkeit und Benutzerführung wird eine eigenständige und charakteristische Leistung, mithin ein Produkt i.S.d. § 5 Abs. 3 MarkenG geschaffen, das durch das Symbol bzw. Icon inhaltsbezogen gekennzeichnet ist. Für die Entstehung des Werktitelschutzes bei Apps ist zur Bestimmung der originären Kennzeichnungskraft der

⁸⁰ LG Hamburg, Urt. v. 10.6.1998 – 315 O 107/98, MMR 1998, 485 – Emergency.

⁸¹ BGH, Urt. v. 27.4.2006 – I ZR 109/03, MMR 2006, 602 = GRUR 2006, 594 – SmartKey.

⁸² BGH, Urt. v. 24.4.1997 – I ZR 233/94, WRP 1997, 1181 ff. = NJW 1997, 3315 – FTOS; BGH, Urt. v. 15.1.1998 – I ZR 282/95, GRUR 1998, 1010 ff = MMR 1998, 481 ff. – WINCAD.

⁸³ LG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2003 – 2a O 230/00, BeckRS 2003, 17259.

⁸⁴ LG Hamburg, Beschl. v. 8.10.2013 – 327 O 104/13, GRUR 2014, 492; LG Köln, Urt. v. 10.12.2013 - 33 O 83/13, GRUR-RS 2014, 17696.

allgemeine Maßstab anzulegen.⁸⁵ Für App-Titel gelten dagegen nicht die deutlich vereinfachten Voraussetzungen wie für Zeitungs- oder Zeitschriftentitel. Anders als auf dem Zeitungs- und Zeitschriftenmarkt, wo seit jeher Zeitungen und Zeitschriften unter mehr oder weniger farblosen Gattungsbezeichnungen angeboten werden, ist eine entsprechende Gewöhnung des Verkehrs in Bezug auf Apps nicht ersichtlich. Hier stehen reine Phantasiebezeichnungen ("skype", "WhatsApp") neben sprechenden Zeichen ("traffic4all") und beschreibenden Titeln ("wetter").⁸⁶

Neben dem Titelschutz kommt ein **Markenschutz für Software** in Betracht.⁸⁷ In diesem Fall kann durch Eintragung oder aufgrund einer entsprechenden Verkehrsgeltung ein Schutz im Rahmen von § 14 MarkenG in Anspruch genommen werden. Wird eine Bezeichnung als Name eines Computerspiels genutzt, ist eine markenmäßige Benutzung eher zweifelhaft und es kommt eine Benutzung nicht als Marke, sondern als Werktitel i.S.d. § 5 Abs. 3 MarkenG in Betracht.⁸⁸ Für die Annahme, dass es sich bei der Bezeichnung auch um einen Herkunftshinweis handele, bedarf es im Einzelfall konkreter Anhaltspunkte.⁸⁹

Der Schutz bezieht sich jedoch auf den jeweiligen Markt. So besteht keine Verwechslungsgefahr zwischen Marken für Software und elektronisch gestützter Dienstleistung für den Finanzsektor. Aus der Tatsache, dass eine Dienstleistung elektronisch gestützt erbracht wird, folgert der Verkehr nicht, dass mit dem Angebot der Dienstleistung zugleich die Software beworben und mit der Bezeichnung der Dienstleistung auch die genutzte Software benannt wird.⁹⁰ Der Markenschutz hilft auch gegen die Umgehung technischer Sperren, wie etwa DRM-Systeme. Baut ein Markeninhaber in seine Produkte eine (wie auch immer geartete) technische Sperre gegen bestimmte Arten der Benutzung ein, so stellt es eine Veränderung i. S. von § 24 Abs. 2 MarkenG dar, wenn ein Dritter ohne seine Zustimmung diese Sperre überwindet und so eine vom Markeninhaber nicht gewünschte Benutzung ermöglicht.⁹¹

3. Laufbildschutz

⁸⁵ LG Hamburg, Beschl. v. 8.10.2013 – 327 O 104/13, GRUR 2014, 492; zu „wetter.de“ siehe BGH, Urt. v. 28. 1.2016 - I ZR 202/14 – wetter.de.

⁸⁶ LG Hamburg, Beschl. v. 8.10.2013 – 327 O 104/13, GRUR 2014, 492.

⁸⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, GRUR 1985, 1055 = NJW-RR 1986, 219 – Datenverarbeitungsprogramme als Ware; BGH, Beschl. v. 26.1.1989 – I ZB 4/88, NJW 1989, 2624 = GRUR 1989, 421 – Conductor.

⁸⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 18.1.2012 – 5 U 147/09, GRUR-RR 2012, 154.

⁸⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 18.1.2012 – 5 U 147/09, GRUR-RR 2012, 154.

⁹⁰ BGH, Urt. v. 13.11.2003 – I ZR 103/01, GRUR 2004, 241 = NJW-RR 2004, 765.

⁹¹ BGH, Urt. v. 9.6.2004 – I ZR 13/02, MMR 2005, 94.

Einen einfach zu erlangenden Schutz gewährleistet der **Laufbildschutz** nach § 95 UrhG, insbesondere bei Computerspielen.⁹² Hier werden häufig laufende Bilder in filmähnlicher Folge aneinandergereiht,⁹³ sodass der Eindruck einer Bewegung entsteht. Damit fallen Computerspiele – unabhängig von ihrer Originalität – in den Leistungsschutz des § 95 UrhG.⁹⁴ Der Inhaber eines solchen Leistungsschutzes verfügt über das ausschließliche Recht, den Bildträger zu vervielfältigen und zu verbreiten (§ 94 UrhG). Bei Verletzungen dieses Rechts steht dem Inhaber u.a. ein Unterlassungs- und/oder Schadensersatzanspruch zu (§§ 97 ff. UrhG). Den Laufbildschutz genießen alle bewegten Bilder unabhängig davon, ob sie auf einer schöpferischen Leistung beruhen und insofern i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhG schutzfähig sind. Der Schutz spielte eine besondere Rolle, als die Rechtsprechung bei Software noch sehr hohe Anforderungen an die Gestaltungshöhe stellte. Mit Inkrafttreten der §§ 69a ff. UrhG hat die Bedeutung nachgelassen. Dennoch ist der Laufbildschutz immer noch ein sehr bequemes Instrument, um die Piraterie gerade in Bezug auf Computerspiele zu bekämpfen.⁹⁵ Allerdings bleibt ausländischen Nicht-EU-Softwareerstellern bei korrekter Auslegung der internationalen Vertragslage dieser Schutz versagt.⁹⁶ Art. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ) gilt nämlich nur für Rechte von Urhebern, nicht aber für Leistungsschutzberechtigte, also auch nicht für den Schutz von Laufbildern nach § 95 UrhG, die keinen Urheberschutz genießen.⁹⁷ Im Übrigen kommt ein Laufbildschutz nicht in Betracht, wenn die beweglichen Bilder allein durch die zu Grunde liegende Software erzeugt werden.⁹⁸

4. Geheimnisschutz

Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen wurde im deutschen Recht bislang vorrangig in den §§ 17 bis 19 UWG als Vorschriften des Nebenstrafrechts normiert⁹⁹, seit April 2019 ist dieser jedoch nun stattdessen durch das als Folge der EU-Richtlinie 2016/943

⁹² Dazu *Katko/Maier*, MMR 2009, 306, (306); Zuletzt LG Hamburg, Beschl. v. 28.4.2014 – 308 O 83/14, BeckRS 2015, 07034.

⁹³ A. A. Bezirksgericht Tokyo, Entsch. v. 27.5.1999, GRUR Int. 2001, 183.

⁹⁴ So OLG Hamburg, Urt. v. 31.3.1983 – 3 U 192/82, FuR 1983, 432, 433 – Puckman; OLG Hamburg, Urt. v. 18.5.1995 – 3 U 279/94, CR 1995, 603; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.9.1986 – 6 U 276/85, CR 1986, 723, 725; LG Hannover, Urt. v. 28.10.1987 – 18 O 58/87, CR 1988, 826 f.; AG Mainz, Urt. v. 22.2.1989 – 302 Js 12.274/87 – 16 Ds, CR 1989, 626, 627 = NJW 1989, 2637; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger/Reber*, Urheberrecht, § 95 Rn. 12; a. A. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 4.8.1983 – 6 U 19/83, GRUR 1984, 509 = WRP 1984, 79 – Donkey Kong Junior II.

⁹⁵ Siehe auch LG Bochum, Urt. v. 6.1.1995 – 5 O 274/94, CR 1995, 274.

⁹⁶ Insofern falsch OLG Hamburg, Urt. v. 12.10.1989 – 3 U 75/89, GRUR 1990, 127 = CR 1990, 770.

⁹⁷ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 6.8.1992 – 6 U 69/92, NJW-RR 1993, 230 = CR 1993, 29.

⁹⁸ LG Köln, Urt. v. 21.4.2008 – 28 O 124/08, MMR 2008, 556 = K&R 2008, 477.

⁹⁹ *McGuire/Joachim/Künzel/Weber*, GRUR Int 2010, 829.

eingeführte GeschGehG normiert worden. Weitere Regelungen finden sich im privat- und arbeitsrechtlichen Umfeld.

Auf europäischer Ebene soll die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung¹⁰⁰ die Regelungen des Geheimnisschutzes im Geschäftsverkehr erstmals vereinheitlichen. Die Richtlinie wurde am 8. Juni 2016 vom Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union erlassen. Nach bisherigem deutschen Recht handelte es sich bei Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen um Informationen, die im Zusammenhang mit dem Betrieb stehen und nicht offenkundig sind. Sie sind nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und sollen nach dem bekundeten, auf einem genügenden wirtschaftlichen Interesse beruhenden Willen des Betriebsinhabers, geheim gehalten werden.¹⁰¹ In den Grundzügen entsprach der Großteil der Verbotstatbestände bereits den Vorgaben der Richtlinie. Das neue GeschGehG gewährleistet jedoch eine deutlich bessere Umsetzung dieser Vorgaben. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden als Informationen definiert, die geheim und daher von kommerziellem Wert und durch den rechtmäßigen Inhaber des Geschäftsgeheimnisses durch Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt sind. Nach dem GeschGehG muss bei diesen Informationen zusätzlich, abweichend von den Vorgaben der Richtlinie, ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung bestehen. Zukünftig werden im Verletzungsprozess daher die konkreten technischen und rechtlichen Schutzmaßnahmen darzulegen sein; entscheidend sind hierbei hinreichende Geheimhaltungsverträge (Art. 2 des Richtlinienentwurfes). Für die rechtswidrige Erlangung, Nutzung und Offenlegung von Geheimnissen normiert die Richtlinie ebenfalls Voraussetzungen. Zu beachten ist hierbei, dass die Verbotstatbestände der Richtlinie bereits bei grober und unter Umständen sogar bei einfacher Fahrlässigkeit¹⁰² greifen und somit weiter als das deutsche Recht gefasst war. Durch das neue GeschGehG von April 2019 wurden diese Anforderungen der Richtlinie jedoch auch größtenteils in deutsches Recht umgesetzt. Die alten Normierungen der §§ 17 bis 19 UWG wurden aufgehoben.¹⁰³ Im Hinblick auf weitere einzelne Auslegungsfragen besteht noch Klärungsbedarf¹⁰⁴, da die Richtlinie die

¹⁰⁰ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung PE 76 2015 REV 1 - 2013/0402 (OLP), abrufbar unter http://eurlex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_76_2015_REV_1&from=DE (zuletzt abgerufen am 05.8.2021).

¹⁰¹ BGH, Urt. v. 15.3.1955 – I ZR 111/53 = GRUR 1955, 424.

¹⁰² Gärtner, NZG 2014, 650, 651.

¹⁰³ Hauck, GRUR-Prax 2019, 223.

¹⁰⁴ Witt/Freudenberg, WRP 2014, 374 (382); Hauck, GRUR-Prax 2019, 223; Ohly, GRUR 2020, 447, 448.

Verbotstatbestände generell und weit gefasst anlegt. Als Rechtsfolgen sieht die Richtlinie vorbeugende und endgültige Maßnahmen vor, die denjenigen Konsequenzen, die aus der Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts folgen, sehr ähneln.¹⁰⁵ So etwa die Möglichkeit der Untersagung der Nutzung und Offenlegung des Geheimnisses oder des Verbots der Herstellung und Vermarktung.

Im Hinblick auf das IT-Recht zählt zum geschützten Know-How jedenfalls das **Quellformat der Software** (Source Code), das der Softwareersteller als Herzstück der Programmierung typischerweise nicht an Dritte herausgeben will. Ferner gehören zu den Betriebsgeheimnissen **Schnittstelleninformationen** und **der zu Grunde liegende Algorithmus**. Der Object Code, beziehungsweise der maschinenlesbare Code selbst, ist nicht geschützt, da er den Nutzern des Programms allgemein zugänglich gemacht wird. Aus dieser Konstellation heraus ergibt sich, dass das Dekompilieren des Programms als Verletzung des Know-How-Schutzes mit technischen Mitteln nach dem GeschGehG anzusehen ist.¹⁰⁶ Dies gilt jedoch nur, sofern die Dekompilierung nicht im Rahmen der zulässigen Ausübung des Selbsthilferechts gem. § 69e UrhG erfolgt.

5. Strafrechtlicher Schutz

Nach Ansicht des *OLG Stuttgart*¹⁰⁷ verstößt die unbefugte Beschaffung und Verwertung von Software gegen § 202a Abs. 1 StGB. Damit wäre Softwarepiraterie strafbar; Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche würden sich über §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB ergeben.

Die Anwendung des § 202a StGB auf Softwarepiraterie ist allerdings nicht unproblematisch: § 202a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter „Daten“ i.S.d. § 202a Abs. 2 StGB ausspäht. Fraglich ist aber, ob Software mit Daten gleichgesetzt werden kann. Allerdings unterscheidet § 263a StGB ausdrücklich zwischen Daten und Programmen. Darüber hinaus ist § 202a StGB keine Urheberschutzvorschrift.¹⁰⁸ Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auch auf Software würde den Sinn des Urheberstrafrechts weitgehend ad absurdum führen.

Nach § 202a Abs. 2 StGB sind nur solche Daten strafrechtlich geschützt, die **nicht unmittelbar** wahrnehmbar sind. Warum sich der Gesetzgeber gerade bei Daten auf das Merkmal der Wahrnehmbarkeit gestützt hat, ist äußerst fragwürdig. Dieses Merkmal führt auf jeden Fall zu ungereimten Ergebnissen: Eine Speicherung auf Lochkarte oder die Überlassung von Software

¹⁰⁵ Gärtner, NZG 2014, 650 (651).

¹⁰⁶ Siehe dazu *Harte-Bavendamm*, CR 1986, 615 ff.

¹⁰⁷ OLG Stuttgart, Urt. v. 10.2.1989 – 2 U 290/88, NJW 1989, 2633 = DB 1989, 876 – „Dongle“.

¹⁰⁸ So auch *Fischer*, § 202a StGB Rn. 7.

in Form einer ausführlichen Programmbeschreibung fällt nicht unter § 202a StGB, da in diesen Fällen eine unmittelbare Wahrnehmbarkeit der Daten gegeben ist. Nach der Legaldefinition in § 202a Abs. 2 StGB sind Daten nur solche, die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind. Der Schutz des § 202a Abs. 1 StGB greift daher nur ein, wenn die Software mit einem Kopierschutz versehen worden ist.

Die Einführung eines Kopierschutzes kann jedoch auch negative Folgen für den Hersteller der Software haben: Es besteht u. U. ein Recht des Anwenders, Sicherungskopien des von ihm erworbenen Programms ziehen zu dürfen (§ 69d Abs. 2 UrhG). Kann der Anwender eine Sicherungskopie nicht erstellen, so stehen ihm gegen den Hersteller/Händler gewährleistungs- und haftungsrechtliche Ansprüche zu, wenn das Programm aufgrund eines Defekts nicht genutzt werden kann.¹⁰⁹ Bislang liegt hierzu allerdings noch keine Rechtsprechung vor; eine endgültige Klärung steht noch aus.

6. Ergänzender Leistungsschutz

Wettbewerbsrechtlich zulässig ist dagegen der Verkauf eines Computers mit vorinstallierter Software.¹¹⁰ In dieser Entscheidung ging es im Kern um die Frage, ob der **Verkauf eines Computers mit vorinstallierter Software** eine unlautere Geschäftspraxis im Sinne der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (Richtlinie 2005/29) darstellt. Der *EuGH* entschied, dass eine Geschäftspraxis, die im Verkauf eines Computers mit vorinstallierter Software besteht, und bei welcher der Verbraucher keine Möglichkeit hat, dasselbe Computermodell auch ohne jene vorinstallierte Software zu erwerben, an sich keine unlautere Geschäftspraxis i.S.v. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie darstellt. Voraussetzung dafür ist, dass das Angebot nicht den Merkmalen der Unlauterkeit nach Art. 5 bis 9 der Richtlinie unterfällt. Der *EuGH* entschied in diesem Zusammenhang auch, dass das Fehlen einer Preisangabe für die einzelnen vorinstallierten Programme im Rahmen des Kopplungsangebots nicht als irreführende Geschäftspraxis i.S.v. Art. 5 Abs. 4 a), Art. 7 der Richtlinie eingestuft werden kann.

Ein Schutz über das Behinderungsverbot kann sich insbesondere für Computerspiele ergeben. Das bloße Sich-Hinwegsetzen über Spielregeln etwa von **World of Warcraft** reicht für die Bewertung einer geschäftlichen Handlung als wettbewerbswidrig regelmäßig nicht aus. Es

¹⁰⁹ Vgl. auch zur Kopiersperre bei DAT-Recordern *Wiechmann*, ZUM 1989, 111 ff.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 7.9.2016 – C-310/15, abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5668dc924bcb64b74a7c9df7054ce17fc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=183106&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=558502> (zuletzt abgerufen am 05.8.2021).

müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, die das Wettbewerbsverhalten als unlauter erscheinen lassen. Solche besonderen Umstände können vorliegen, wenn das pflichtwidrige Verhalten der einen Vertragspartei das durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestaltete Geschäftsmodell der anderen Vertragspartei beeinträchtigt und damit in unlauterer Weise auf das von der anderen Vertragspartei angebotene Produkt einwirkt. Dabei kann bereits in der mittelbaren Einwirkung auf das Produkt eines Mitbewerbers eine wettbewerbsrechtlich unlautere produktbezogene Behinderung zu sehen sein. Eine Einwirkung auf das Produkt eines Mitbewerbers etwa durch Cheat-Bots ist regelmäßig als unlauter anzusehen, wenn dabei eine Schutzvorkehrung unterlaufen wird, die eine solche Einwirkung verhindern soll.¹¹¹

7. Datenbankschutz

Bestandteile eines Softwarepakets können als **Datenbankwerke** (§ 4 Abs. 2 UrhG) geschützt werden. Nach § 4 Abs. 1 UrhG werden Sammlungen von Werken oder Beiträgen, die durch Auslese oder Anordnung eine persönlich-geistige Schöpfung sind, unbeschadet des Urheberrechts an den aufgenommenen Werken wie selbständige Werke geschützt.¹¹² Eine digitale Datenbank kann in dieser Weise geschützt sein, sofern in ihr Beiträge (auch unterschiedlicher Werkarten) **gesammelt** sind und die Auslese bzw. Anordnung der Beiträge eine **persönlich-geistige Schöpfung** darstellt (fehlt diese Schöpfungshöhe, kommt allerdings noch ein Schutz als wissenschaftliche Ausgabe nach § 70 UrhG in Betracht).

Das erste Merkmal bereitet wenig Schwierigkeiten: Im Rahmen einer Website können eine Reihe verschiedener Auszüge aus Musik- und Filmwerken und Texten miteinander verknüpft werden. Das Merkmal einer persönlich-geistigen Schöpfung bereitet bei der Subsumtion die meisten Schwierigkeiten. Die Rechtsprechung stellt hierzu darauf ab, dass das vorhandene Material nach eigenständigen Kriterien ausgewählt oder unter individuellen

¹¹¹ BGH, Urt. v. 12.01.2017 – I ZR 253/14, GRUR 2017, 397 – World of Warcraft II; LG Hamburg, Urt. v. 28.8.2018 – 312 O 32/13, MMR 2019, 404.

¹¹² Vgl. zum urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken auch *Erdmann*, CR 1986, 249, 253; *Hackemann*, ZUM 1987, 269; *Hillig*, ZUM 1992, 325, 326; *Nack*, GRUR Int 2004, 227, 228 f.; *Raczinski/Rademacher*, GRUR 1989, 324; *Ulmer*, DVR 1976, 87.

Ordnungsgesichtspunkten zusammengestellt wird.¹¹³ Eine rein schematische oder routinemäßige Auswahl oder Anordnung ist nicht schutzfähig.¹¹⁴

Im Übrigen hat der *EuGH*¹¹⁵ den Hinweis auf die geistigen Anstrengungen und die Sachkenntnis, die für die Erzeugung der Daten aufgewandt wurden, als Argument für einen Schutz als Datenbankwerk abgelehnt. Es sei hierfür auch gleichgültig, ob die Auswahl oder Anordnung der Daten beinhaltet, dass diesen eine „wesentliche Bedeutung hinzugefügt“ wird. Ein Schutz könne auch nicht durch einen bedeutenden Arbeitsaufwand und die bedeutende Sachkenntnis, die für die Erstellung der Datenbank erforderlich waren, gerechtfertigt werden, wenn durch sie keinerlei Originalität bei der Auswahl oder Anordnung der in der Datenbank enthaltenen Daten zum Ausdruck kommt.

Von zentraler Bedeutung sind im Übrigen auch die §§ 87a–87e UrhG mit dem dort verankerten sui-generis-Recht, das infolge der EU-Datenbankrichtlinie¹¹⁶ in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen worden ist.¹¹⁷ Geschützt werden die **Datenbankhersteller**. Als Hersteller gilt nicht nur die natürliche Person, die die Elemente der Datenbank beschafft oder überprüft hat, sondern derjenige, der die **Investition in die Datenbank** vorgenommen hat. Aus diesem Grund fällt nach der Legaldefinition des § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG unter diesen Schutz jede Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind, sofern deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang **wesentliche Investition** erfordert. Aufwendungen für den Erwerb einer fertigen Datenbank oder einer „Lizenz“ an einer solchen Datenbank rechtfertigen keine Datenbankrechte.¹¹⁸

Wie der *EuGH*¹¹⁹ in seiner Entscheidung zum Datenbankschutz für **Wett- und Fußballdaten** bestimmt hat, bedarf es hierfür einer nicht unerheblichen Investition in die Ermittlung und Zusammenstellung von Elementen in der Datenbank. Irrelevant sollen die Mittel sein, die eingesetzt werden, um die Elemente zu erzeugen, aus denen der Inhalt der Datenbank besteht.

¹¹³ BGH, Urt. v. 12.6.1981 – I ZR 95/79, GRUR 1982, 37, 39 = MDR 82,295 – WK-Dokumentation; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.7.1981 – 20 U 77/81, Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht, OLGZ 246, 4; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 10.1.1985 – 6 U 30/84, GRUR 1986, 242 = NJW-RR 1986, 612 – Gesetzessammlung.

¹¹⁴ BGH, Urt. v. 22.9.1983 – I ZR 166/81, GRUR 1984, 129, 130 – Besitz der Erde; *Hacker*, GRUR 2020, 1025, 1028.

¹¹⁵ EuGH, Urt. v. 1.3.2012 – C-604/10 Football Dataco Ltd. u.a./Yahoo! UK Ltd., Football Dataco/Yahoo, EuZW 2012, 308 = GRUR-Int 2012, 435.

¹¹⁶ Richtlinie 96/9/EG v. 11.3.1996, ABl. Nr. L 77 v. 27.3.1996, 20. Siehe dazu *Flehsig*, ZUM 1997, 577); *Gaster*, ZUM 1995, 740, 742; *Gaster*, CR 1997, 669 und 717; *Hoeren/Sieber/Gaster*, Teil 7.8; *Gaster*, Der Rechtsschutz von Datenbanken; *Wiebe*, CR 1996, 198, 201 f.

¹¹⁷ Siehe dazu *Raue/Bensinger*, MMR 1998, 507.

¹¹⁸ BGH, Teilurt. v. 30.4.2009 – I ZR 191/05, GRUR 2009, 852 = CR 2009, 735 – Elektronischer Zollltarif.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 9.11.2004 – C 203/02, GRUR 2005, 244 = MMR 2005, 29 m. Anm. *Hoeren*.

Mit dieser Begründung hat sich der *EuGH* geweigert, eine Zusammenstellung von Ergebnissen einzelner Fußballspiele oder Hunderennen zu schützen. Entscheidend sei insofern der Aufwand an Arbeit und Geld bei der Datenbankaufbereitung, nicht jedoch bei der Datenerzeugung. Die Abgrenzung ist schwierig und wird im Ergebnis zu heftigen Kontroversen für künftige Fälle führen. Der *BGH* hat in zwei Entscheidungen¹²⁰ die Vorgaben des *EuGH* verdreht. Ein Eingriff in das Datenbankrecht soll hiernach schon gegeben sein, wenn Daten entnommen und auf andere Weise zusammengefasst werden. Auf die Übernahme der Anordnung der Daten in der Datenbank des Herstellers soll es für den Schutz nach § 87b Abs. 1 S. 1 UrhG nicht ankommen. Folglich sei das Recht des Datenbankherstellers durch den Vertrieb einer CD-ROM mit Daten aus einer urheberrechtlich geschützten Sammlung nicht verletzt; Schutz komme nur dem Urheber der Zusammenstellung über § 4 Abs. 2 UrhG zu.¹²¹

Unter den Schutz können eine umfangreiche Sammlung von Hyperlinks,¹²² online abrufbare Sammlungen von Kleinanzeigen¹²³ und die meisten Zusammenstellungen von Informationen auf einer Website¹²⁴ fallen. Der Schutz von Datenbanken ist auch auf Printmedien, etwa „Lists of Presses“¹²⁵ oder ein staatliches Ausschreibungsblatt,¹²⁶ anwendbar. Auch Zugpläne fallen unter § 87b UrhG.¹²⁷ Auszüge aus solchen Datenbanken mit Hilfe einer Meta-Suchmaschine verstoßen gegen das dem Urheber der Datenbank zustehende Vervielfältigungsrecht. § 87a UrhG schützt eBay gegen eine Vervielfältigung ihrer Bewertungsdatenbank.¹²⁸ Auch Bewertungsdatenbanken, die von Nutzern der Plattform mit Inhalten gefüttert werden, fallen unter § 87a UrhG, sodass die Veröffentlichung von Bewertungsdatensätzen auf einer konkurrierenden Website gegen § 87b verstößt.¹²⁹ Streitig ist, ob **Klassenbibliotheken** im

¹²⁰ BGH, Urt. v. 21.7.2005 – I ZR 290/02, GRUR 2005, 857, 860 – Musikcharts; ähnlich bereits BGH, Urt. v. 24.4.2005 – I ZR 1/02, GRUR 2005, 940, 943 = MDR 2006, 104 – Marktstudien.

¹²¹ BGH, Urt. v. 24.5.2005 – I ZR 130/04, MMR 2007, 589 – Gedichttitelliste I.

¹²² LG Köln, Urt. v. 12.5.1998 – 28 O 216/98, NJW CoR 1999, 248; AG Rostock, Urt. v. 20.2.2001, MMR 2001, 631, 632; s. dazu auch *Schack*, MMR 2001, 9 ff.

¹²³ LG Berlin, Urt. v. 8.10.1998 – 16 O 448-98, MMR 2000, 120 = NJW-RR 1999, 1273, das unter Anwendung des neuen Schutzrechts dem Anbieter einer Metasuchmaschine, die verschiedene Online Angebote von Kleinanzeigenmärkten systematisch durchsuchte, untersagte, die Ergebnisse dieser Suche seinen Kunden per E-Mail verfügbar zu machen; LG Köln, Urt. v. 2.12.1998 – 28 O 431/98, AfP 1999, 95, 96 = CR 1999, 593; hierzu auch *Schmidt/Stolz*, AfP 1999, 146; a. A. Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 4.2.2005 – 4C.336/2004/zga = MMR 2005, 442, wonach veröffentlichte Immobilieninserate immaterialgüterrechtlich nicht schutzfähig seien.

¹²⁴ S. die Entscheidung des Berufungsgerichts Helsinki, Urt. v. 9.4.1998 – S 96/1304, MMR 1999, 93; *Köhler*, ZUM 1999, 548 ff.

¹²⁵ OLG Köln, Urt. v. 1.9.200 – 6 U 43/00, MMR 2001, 165.

¹²⁶ OLG Dresden, Urt. v. 18.7.2000 – 14 U 1153/00, ZUM 2001, 595.

¹²⁷ LG Köln, Urt. v. 8.5.2002 – 28 O 180/02, MMR 2002, 689.

¹²⁸ LG Berlin, Beschl. v. 27.10.2005 – 16 O 743/05, MMR 2006, 46.

¹²⁹ LG Köln, Urt. v. 6.2.2008 – 28 O 417/07, MMR 2008, 418 (nicht rechtskräftig; nachgehend OLG Köln, Urt. v. 14.11.2008, 6 U 57/08 – MMR 2009, 191 = ZUM 2009, 578).

Rahmen der objektorientierten Programmierung Datenbankschutz genießen.¹³⁰ Nicht unter den Schutz fallen z.B. Rechtschreibprogramme, da sie zwar eine integrierte Datenbasis beinhalten, deren Elemente für den Nutzer jedoch nicht einzeln zugänglich sind.¹³¹ Für die Lokalisierbarkeit einzelner Elemente nennt die Rechtsprechung technische oder andere Mittel, wie z.B. einen Index, ein Inhaltsverzeichnis oder eine Gliederung.¹³² Betriebssysteme sind als solche bloße Zusammenstellungen ohne systematischer Anordnung, sodass ihnen auch kein Schutz nach § 87a UrhG zugebilligt werden kann.

Eine wegen der hohen Praxisrelevanz besondere Rolle spielt der sui generis Schutz bei der Piraterie von **Telefonteilnehmerverzeichnissen**. Die Rechtsprechung hat einen urheberrechtlichen Schutz für solche Datensammlungen – insbesondere in den Auseinandersetzungen um D-Info 2.0¹³³ – abgelehnt und stattdessen einen ergänzenden Leistungsschutz über § 3 UWG überwiegend bejaht. Der BGH stellte dies unter anderem in seiner „Tele-Info-CD“ – Entscheidung fest und führte weiterhin aus, dass auch ein Schutz als Datenbank nach § 87a UrhG in Betracht komme.¹³⁴ Allerdings reicht es nicht aus, wenn jemand Daten für ein Internet-Branchenbuch lediglich aus öffentlich zugänglichen Quellen sammelt und per Computer erfassen lässt.¹³⁵ In dem Aufrufen der Suchmaske der Online-Auskunft der Bahn, dem Starten der Suchabfrage und dem anschließenden (fern-)mündlichen Mitteilen des Suchergebnisses soll nach Auffassung des *LG Köln* eine wiederholte und systematische Verbreitung bzw. öffentliche Wiedergabe von Teilen der Online-Auskunfts-Datenbank der Bahn gesehen werden können.¹³⁶

Zum Vorlagebeschluss des *BGH*¹³⁷, ob Art. 1 Abs. 2 der RL 96/9/EG vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken¹³⁸ dahingehend auszulegen sei, dass es sich bei

¹³⁰ Bejaht von OLG Hamburg, Urt. v. 29.11.2001 – 3 U 288/00, CR 2002, 485, 486 = GRUR-RR 2002, 217 – CT-Klassenbibliothek; verneinend: *Koch*, GRUR 2000, 191, 201 f.

¹³¹ *Haberstumpf*, GRUR 2003, 14, 19.

¹³² EuGH, Urt. v. 9.11.2004 – C 203/02, GRUR 2005, 254, 255; OLG Hamburg, Urt. v. 08.06.2017, BeckRS 2017, 138204 Rn. 240

¹³³ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.9.1996 – 6 U 46/96, CR 1997, 149; LG Hamburg, Urt. v. 12.4.1996 – 416 O 35/96, CR 1997, 21; LG Trier, Urt. v. 19.9.1996 – 7 HO 113/96, CR 1997, 81; siehe bereits OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.10.1996 – 11 U Kart 44/95, Jur-PC 1994, 2631 = CR 1997, 275 – Tele-Info-CD; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.2.1997 – 3/12 O 73/96, CR 1997, 740.

¹³⁴ BGH, Urt. v. 6.5.1999 – I ZR 199/96, NJW 1999, 2898 = MMR 1999, 470 m. Anm. *Gaster*; *Wiebe*, MMR 1999, 474; s. auch HandelsG Paris, Urt. v. 18.6.1999 – 98/030426, MMR 1999, 533 m. Anm. *Gaster*.

¹³⁵ LG Düsseldorf, Urt. v. 7.2.2001 – 12 O 492/00, ZUM 2002, 65 – Branchenbuch.

¹³⁶ LG Köln, Urt. v. 8.5.2002 – 28/0 180/02, MMR 2002, 689, 690.

¹³⁷ BGH, Beschl. v. 18.9.2014 – I ZR 138/13, GRUR 2014, 1197; weiterführende Hinweise bei *Leistner*, GRUR 2014, 528.

¹³⁸ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. L 77, online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:de:HTML> (zuletzt abgerufen am 05.08.2021).

topografischen Karten um eine Sammlung von unabhängigen Elementen handelt, was entscheidend ist für den Datenbankherstellerschutz), entschied der *EuGH*, dass geografische Daten, die von Dritten aus einer topografischen Landkarte herausgelöst wurden, um in eine andere Landkarte herzustellen und zu vermarkten, nach ihrer Herauslösung ein hinreichender Informationswert verbleibt, um als unabhängiges Element einer Datenbank im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden zu können.¹³⁹

In Bezug auf **Gesetzessammlungen** hat das *OLG München* in seiner Entscheidung vom 26.9.1996¹⁴⁰ einen urheberrechtlichen Schutz ausdrücklich abgelehnt: Eine solche Sammlung stelle allenfalls eine Aneinanderreihung von Texten dar, die auch hinsichtlich der redaktionell gestalteten Überschriften zu einzelnen Paragraphen keinen urheberrechtlichen Schutz genießen könne. Auch ein wettbewerbsrechtlicher Schutz scheide im Hinblick auf die fehlende Eigenart aus. In Betracht kommt jedoch ein Schutz über § 87a UrhG, da die Erstellung umfangreicher Textsammlungen (wie im Falle des „Habersack“) im Allgemeinen mit einer wesentlichen Investition des Verlegers verbunden ist.¹⁴¹

Eine Ausnahmebestimmung, die **amtliche Datenbanken** ungeschützt lässt, findet sich in § 87a UrhG zwar nicht; allerdings scheint der *BGH* insoweit § 5 UrhG (Bereichsausnahme vom Urheberrechtsschutz für amtliche Werke) analog auch auf durch das UrhG geschützte Leistungsergebnisse – und damit auch auf Datenbanken – anwenden zu wollen.¹⁴² Unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit, durch eine investitionsintensive Zusammenstellung von amtlichen Werken, Dokumenten oder anderen Materials (z.B. Gesetzessammlungen) sui generis Schutz für die daraus erstellte Datenbank zu beanspruchen.

Beim Investitionsschutz nach §§ 87a ff. UrhG ist das Kriterium der **wesentlichen Investition** das Pendant zur Schöpfungshöhe beim Schutz der Urheber. Bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus § 87a UrhG muss u.a. dargelegt und bewiesen werden, ob und in welchem Umfang die Antragstellerin Aufwendungen für die Aufbereitung und Erschließung des Datenbankinhaltes durch die Erstellung von Tabellen, Abstracts, Thesauri, Indizes, Abfragesystemen u.a., die erst die für eine Datenbank charakteristische Einzelzugänglichkeit ihrer Elemente ermöglichen, Kosten des Erwerbs der zur Datenbanknutzung erforderlichen

¹³⁹ EuGH, Urt. v. 29.10.2015 – C-490/14 – Freistaat Bayer/Verlag Esterbauer [TK 50], GRUR 2015, 1187 m. Anm. *Czychowski*, EuZW 2015, 957.

¹⁴⁰ OLG München, Urt. v. 26.9.1996 – 6 U 1707/96, CR 1997, 20 = NJW 1997, 1931.

¹⁴¹ Einen sui generis Schutz bejaht das Bezirksgericht Den Haag, Urt. v. 20.3.1998 – 98/147, MMR 1998, 299 m. Anm. *Gaster*.

¹⁴² BGH, Beschl. v. 28.9.2006 – I ZR 261/03, GRUR 2007, 500 = ZUM 2007, 473; BGH, Urt. v. 6.5.1999 – I ZR 199/96, MMR 1999, 470, 472; m. Anm. *Gaster*; zur niederländischen Situation siehe Bezirksgericht Den Haag, Urt. v. 20.3.1998 – 98/147, MMR 1998, 299.

Computerprogramme sowie Kosten der Herstellung eines Datenbankträgers getätigt hat. Sodann fallen die Kosten der Datenaufbereitung, einschließlich der Optimierung der Abfragesysteme, ins Gewicht, die sich im Wesentlichen in Lohnkosten für ihre systematische oder sonstige methodische Anordnung niederschlagen, sowie Kosten der Bereitstellung. Diese Aufwendungen sind abzugrenzen von unbeachtlichen Investitionen in die Datenerzeugung.¹⁴³ Das *OLG Köln*¹⁴⁴ bejaht eine „wesentliche Investition“ in den Aufbau einer über das Internet für registrierte Mitglieder zugängliche Datenbank mit mehr als 25.000 Datensätzen für denjenigen, der seit sieben Jahren wöchentlich 20-30 Arbeitsstunden investierte. Denn es handele sich nach objektiver Betrachtung um eine nicht unbedeutende, also nicht von jedermann zu erbringende Investition, die damit wesentlich im Sinne des § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG sei.

Das Schutzregime umfasst ein **15 Jahre währendes Recht** des Datenbankherstellers, die Datenbank ganz oder in **wesentlichen Teilen** zu vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben.¹⁴⁵ Gerade gegenüber einer kommerziellen Verwendung fremder Netzinhalte, z.B. mittels virtueller Suchroboter (intelligent or electronic agents), die Inhalte fremder Webseiten übernehmen, kann das sui generis Recht herangezogen werden.¹⁴⁶ Damit stellt sich z.B. für Anbieter von Suchmaschinen die Frage, inwieweit die von ihnen angewandten Suchmethoden nicht im Hinblick auf einen eventuellen sui generis Schutz für die durchsuchten Webseiten problematisch sein könnten. Kein Verstoß gegen das Datenbankrecht liegt darin, dass ein Konkurrent sein Produkt mit einer Import-/Exportfunktion für eingegebene Benutzerdaten versieht.¹⁴⁷ Schon die einmalige Entnahme aller geänderten Daten aus einer bestimmten Version der CD-ROM – durch Erstellung einer (ggf. nur zwischengespeicherten) Änderungsliste oder unmittelbare Übernahme – bezieht sich nach Meinung des *BGH*¹⁴⁸ auf einen qualitativ wesentlichen Teil der Datenbank. Deshalb stehe dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen, dass der rechtmäßige Benutzer qualitativ oder quantitativ unwesentliche Teile einer öffentlich zugänglichen Datenbank zu beliebigen Zwecken entnehmen könne. Die Übernahme von 10 % einer Internet-Bewertungsdatenbank ist noch nicht „wesentlich“.¹⁴⁹ Nach

¹⁴³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.8.2008 – I 20 W 103/08 – ZUM-RD 2008, 598.

¹⁴⁴ OLG Köln, Urt. v. 28.3.2014 – 6 U 140/13, MMR 2015, 273, dazu auch *Schapiro/Zdanowiecki*, MMR 2015, 497.

¹⁴⁵ Wobei in richtlinienkonformer Auslegung der Verwertungsrechte des § 87b UrhG grundsätzlich auch vorübergehende Vervielfältigungen und ein zum Abruf im Internet Bereithalten von dem sui generis Schutz umfasst sind.

¹⁴⁶ Vgl. LG Berlin, Urt. v. 8.10.1998 – 16 O 448/98, CR 1999, 649 = AfP 1998, 649.

¹⁴⁷ BGH, Urt. v. 3.11.2005 – I ZR 311/02, GRUR 2006, 493 = NJW-RR 2006, 1132.

¹⁴⁸ BGH, Urt. v. 30.4.2009 – I ZR 191/05, MMR 2009, 615 (m. Anm. Rösse) = CR 2009, 735 – Elektronischer Zolllarif; siehe dazu auch OLG Köln, Urt. v. 28.10.2005 – 6 U 172/03, GRUR-RR 2006, 78.

¹⁴⁹ OLG Köln, Urt. v. 14.11.2008 – 6 U 57/08, MMR 2009, 191 = ZUM 2009, 578.

Auffassung des *EuGH* liegt eine relevante Vervielfältigung auch vor, wenn ein Teil der Kopie, der aus Textauszügen von elf Wörtern besteht, ausgedruckt wird.¹⁵⁰ Das *OLG Köln* nimmt die Entnahme wesentlicher Teile einer Datenbank an, wenn 1/5 der Datensatz einer Moduldatenbank übernommen werden.¹⁵¹ Zuletzt entschied das *LG Hamburg*¹⁵², dass eine Datenbank, die eine regelmäßig aktualisierte Zusammenstellung aller von den gesetzlichen Krankenkassen angebotenen Grundleistungen und Zusatzleistungen enthält, die in insgesamt 456 Leistungsdetails, 10 Leistungsbereiche und verschiedene Versorgungsbereiche systematisiert sind, datenbankrechtlich schutzfähig ist. Die nahezu identische Übernahme von Leistungsdetails einschließlich ihrer Einordnung in bestimmte Leistungs- und Versorgungsbereiche stelle daher eine unzulässige Vervielfältigung eines wesentlichen Datenbankteils im Sinne von § 87b Abs. 1 S. 1 UrhG dar.

§ 87b Abs. 1 S. 2 UrhG sanktioniert im Übrigen auch die Verwendung **unwesentlicher Teile** einer Datenbank, wenn damit eine unzumutbare Beeinträchtigung der Interessen des Datenbankherstellers verbunden ist. Dies soll z.B. beim Ablesen von Zugverbindungsdaten aus einer öffentlichen Datenbank und der mündlichen Mitteilung dieser Daten an Dritte der Fall sein.¹⁵³ Das Datenbankherstellerrecht aus § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG wird nicht verletzt, wenn aus Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln, die in einer Datenbank gespeichert sind, durch einen Internet-Suchdienst einzelne kleinere Bestandteile auf Suchwortanfrage an Nutzer übermittelt werden, um diesen einen Anhalt dafür zu geben, ob der Abruf des Volltextes für sie sinnvoll wäre. Dies gilt auch dann, wenn der Suchdienst dabei wiederholt und systematisch i.S.d. § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG auf die Datenbank zugreift.¹⁵⁴ Ein Unternehmen, das Software zum automatisierten Auslesen von Online-Automobilbörsen vertreibt, verletzt nur dann das Datenbankherstellerrecht eines Automobilbörsenbetreibers, wenn die einzelnen Nutzer ihrerseits das Datenbankherstellerrecht verletzen.¹⁵⁵ Ansonsten fehlt die für eine Gehilfen- oder Störerhaftung, also für eine Haftung die auf irgendeiner willentlichen und kausalen Mitwirkung an einer rechtswidrig Beeinträchtigung beruht und deren Beseitigung für den Störer oder Gehilfen zumutbar gewesen wäre¹⁵⁶, die notwendige Haupttat. Deswegen kommt es für die Beurteilung der Frage, ob ein wesentlicher Teil der Datenbank entnommen wird, nicht auf das Nutzungsverhalten der Summe aller Nutzer an, sondern darauf, ob zumindest einzelne Nutzer

¹⁵⁰ EuGH, Urt. v. 16.7.2009 – C-5/08, GRUR 2009, 1041 = EuZW 2009, 655 – Infopaq.

¹⁵¹ OLG Köln, Urt. v. 28.3.2014 - 6 U 140/13, ZUM-RD 2014, 433= CR 2014, 569.

¹⁵² LG Hamburg, B. v. 15.06.2015 - 308 O 215/15, ZUM 2016, 70.

¹⁵³ LG Köln, Urt. v. 8.5.2002 – 28 O 180/02, MMR 2002, 689.

¹⁵⁴ BGH, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/00, NJW 2003, 3406 = K&R 2003, 554 – Paperboy.

¹⁵⁵ BGH, Urt. 22.6.2011 – I ZR 159/10, MMR 2014, 544 – Automobile-Onlinebörse.

¹⁵⁶ BGH, Urt. v. 15.10.1998 – I ZR 120/96, GRUR 1999, 418, 419 = NJW 1999, 1960 = MMR 1999, 280 m. Anm. Decker – Möbelklassiker.

bei dem Einsatz der Software quantitativ wesentliche Teile der Datenbank vervielfältigen oder entnehmen. Die wiederholte und systematische Vervielfältigung und Entnahme von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen der Datenbank kann nur dann eine Verletzung des Datenbankherstellerrechts darstellen, wenn durch die Entnahmehandlungen in ihrer kumulierten Wirkung in der Summe ein wesentlicher Teil der Datenbank vervielfältigt oder entnommen wird.¹⁵⁷

Das Datenbankrecht erweist sich auch als Problem für das sog. **Screen-Scraping**. Der Begriff Screen Scraping (engl., etwa: „Bildschirm auskratzen“) umfasst generell alle Verfahren zum Auslesen von Texten aus Computerbildschirmen. Gegenwärtig wird der Ausdruck jedoch beinahe ausschließlich in Bezug auf Webseiten verwendet (daher auch Web Scraping). In diesem Fall bezeichnet Screen Scraping speziell die Technologien, die der Gewinnung von Informationen durch gezieltes Extrahieren der benötigten Daten dienen. Die Vermittlung von Flugtickets durch ein anderes Unternehmen im Wege des Screen-Scrapings ist nach Ansicht des *OLG Frankfurt a.M.*¹⁵⁸ auch dann rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Flugunternehmen diesen Vertriebsweg nicht wünscht; insbesondere kann hierin weder eine Verletzung des „virtuellen Hausrechts“ des Flugunternehmens an seiner Internetseite noch ein Verstoß gegen die Datenbankrechte (§ 87b UrhG) des Flugunternehmens gesehen werden. Auch ist das Screen Scraping im Zusammenhang mit der Flugvermittlung im Internet wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Danach verstößt der Betreiber eines Internetportals nicht gegen § 4 Nr. 4 UWG, wenn die einer Vermittlung zugrundeliegenden, frei zugänglichen Flugverbindungsdaten im Wege einer automatisierten Abfrage von der Internetseite der Fluggesellschaft ermittelt werden.¹⁵⁹ Der Webseitenbetreiber kann die Verwendung der Daten durch Dritte nicht allein durch einen Ausschluss in den AGB verhindern. Er muss technische Vorrichtungen schaffen, um einem Kontrollverlust Einhalt zu gebieten.¹⁶⁰ Dagegen können Datenbanken, die weder urheberrechtlich noch durch das Schutzrecht sui generis der Richtlinie geschützt sind, unbeschadet des anwendbaren nationalen Rechts, vertragliche Beschränkungen für ihre Nutzung durch Dritte festlegen.¹⁶¹ Das führt allerdings zu dem paradoxen Ergebnis, dass Hersteller von Datenbanken, die dem Datenbankschutzrecht unterfallen, einen geringeren

¹⁵⁷ BGH, Urt. 22.6.2011 – I ZR 159/10, MMR 2014, 544 – Automobile-Onlinebörse.

¹⁵⁸ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 5.3.2009 – 6 U 221/08, MMR 2009, 400; in diesem Sinne auch OLG Hamburg, Urt. v. 15.3.2018 – 5 U 152/15 zur Wettbewerbswidrigkeit von Internet-Werbeblockern.

¹⁵⁹ BGH, Urt. v. 30.4.2014 – I ZR 224/12 = NJW 2014, 3307 = GRUR 2014, 785 = MMR 2014, 740 = GRUR-Prax 2014, 312 m. Anm. *Hermes* = K&R 2014, 596, zustimmend *Czychowski*, NJW 2014, 3277.

¹⁶⁰ BGH, Urt. v. 30.4.2014 – I ZR 224/12 – Flugvermittlung im Internet = NJW 2014, 3307 = GRUR 2014, 785 = MMR 2014, 740 = GRUR-Prax 2014, 312 m. Anm. *Hermes* = K&R 2014, 596.

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 15.1.2015 – C-30/14, MMR 2015, 189.

Schutz genießen als solche Hersteller, auf die das Datenbankschutzrecht nicht anzuwenden ist.¹⁶²

In einem vergleichbar gelagerten Fall entschied der *EuGH*, dass spezialisierte Metasuchmaschinen dann gegen die Datenbankrichtlinie verstoßen, wenn wesentliche Teile einer Datenbank dadurch weiterverwendet werden, dass sie Ergebnisse öffentlich zugänglich machen und damit dem Datenbankhersteller die Möglichkeit nehmen, Einkünfte zu generieren und Herstellungskosten zu decken.¹⁶³ Der *EuGH*¹⁶⁴ sieht damit schon in der Bereitstellung der Metasuchmaschine einen Verstoß gegen § 87b Abs. 1 UrhG, während der *BGH*¹⁶⁵ die Nutzeranfragen danach bewertet, ob sie wesentliche Teile der Datenbank auslesen würden.

Die bei dem *sui generis* Recht auftretenden, schwierigen Interpretationsfragen und die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit sind nur mit Hilfe der Gerichte zu lösen. Dies gilt insbesondere für die Auslegung des Begriffs der Wesentlichkeit, der sowohl den Schutzgegenstand (§ 87a Abs. 1 UrhG) als auch den Schutzzumfang (§ 87b Abs. 1 UrhG) bestimmt und damit maßgeblich über die Zulässigkeit einer Datenbanknutzung entscheidet. Dies gilt umso mehr, als § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG auch das Einfallstor verfassungsrechtlicher Überlegungen, etwa im Hinblick auf die Presse- und Informationsfreiheit, sein soll.¹⁶⁶

Der *BGH*¹⁶⁷ legte dem europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob eine rechtswidrige Übernahme von Daten auch dann vorliege, wenn die entsprechende Entnahme aufgrund von Abfragen der Datenbanken nach einer Abwägung im Einzelnen vorgenommen werde. Es ging hierbei um den Fall eines Professors für Germanistik an der Universität Freiburg, der nach umfangreichen Recherchen eine Liste von Gedichttiteln erstellt hatte, die unter der Überschrift „Die tausendeinhundert wichtigsten Gedichte der deutschen Literatur zwischen 1730 und 1900“ im Internet veröffentlicht wurde. Die Beklagte vertrieb eine CD-Rom „1000 Gedichte, die jeder haben muss“. Bei der Zusammenstellung der Gedichte auf der CD-Rom hatte sich die Beklagte an der Gedichtliste des Freiburger Professors orientiert. Einige der dort aufgeführten Gedichte waren weggelassen, andere hinzugefügt worden. Die vom Kläger getroffene Auswahl wurde im Übrigen jeweils kritisch geprüft. Der *EuGH* hat auf die Vorlagefrage, ob der Begriff „Entnahme“ i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 96/9 den Vorgang erfasst, bei dem Elemente einer geschützten Datenbank auf Grund von Abfragen der Datenbank nach einer Abwägung im

¹⁶² Dazu auch *Elteste*, CR 2015, 447.

¹⁶³ *EuGH*, Urt. v. 19.12.2013 - C-202/12 – *Innoweb*, MMR 2014, 185 m. Anm. *Berberich*, MMR 2014, 188.

¹⁶⁴ *EuGH*, Urt. v. 19.12.2013 - C-202/12 – *Innoweb*, MMR 2014, 185 m. Anm. *Berberich*, MMR 2014, 188.

¹⁶⁵ *BGH*, Urt. v. 22.6.2011 – I ZR 159/10, MMR 2014, 544 – *Automobile-Onlinebörse*.

¹⁶⁶ *BGH*, Urt. v. 21.4.2005 – I ZR 1/02, GRUR 2005, 940 = *NJW-RR* 2005, 1707.

¹⁶⁷ *BGH*, Urt. v. 24.5.2007 – I ZR 130/04, GRUR 2007, 688.

Einzelnen vorgenommen wird, oder ob der eine Entnahme im Sinne dieser Vorschrift einen Vorgang des physischen Kopierens eines Datenbestands voraussetzt¹⁶⁸, entschieden.¹⁶⁹ Hiernach kann eine rechtswidrige Entnahme bei einer Bildschirmabfrage einer geschützten Datenbank verbunden sein, wenn die Übernahme von Elementen daraus im Wege einer noch einmal im Einzelnen vorgenommenen Abwägung erfolge. Entscheidend sei, dass die Bildschirmabfrage zur Übertragung eines wesentlichen Teils des Inhalts der geschützten Datenbank führe. Der Hersteller einer Datenbank dürfe Dritte nicht an der Abfrage der Datenbank zu Informationszwecken hindern, wenn er deren Inhalt Dritten zugänglich mache. Erst wenn für die Darstellung des Inhalts der Datenbank auf dem Bildschirm die ständige oder vorübergehende Übertragung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils dieses Inhalts auf einen anderen Datenträger erforderlich sei, könne die betreffende Abfrage von der Genehmigung des Herstellers abhängig gemacht werden. Für die Frage, ob eine Entnahme vorliege, sei es unerheblich, ob die Übertragung auf einem technischen Verfahren der Kopie des Inhalts einer geschützten Datenbank beruhe. Der Umstand, dass in einer Datenbank enthaltene Elemente erst nach kritischer Prüfung übernommen werden, stehe ebenfalls nicht der Feststellung entgegen, dass eine Übertragung von Elementen der ersten Datenbank zur zweiten stattfindet.

In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des *OLG Köln*¹⁷⁰ zu beachten. Hiernach sind auch die von Nutzern abgegebenen Bewertungen auf einem Bewertungsportal als Datenbank i.S.v. § 87a Abs. 1 UrhG zu qualifizieren. Bei der Beurteilung der notwendigen Investitionshöhe seien auch die Kosten für die Erstellung, Betreuung und kontinuierliche Weiterentwicklung der Datenbanksoftware zu berücksichtigen. Allerdings führe eine wiederholte und systematische Entnahme einzelner Bewertungen aus einer solchen Datenbank nicht zwangsläufig zur Annahme eines Rechtsverstoßes. Denn selbst bei einer systematischen Entnahme müssten die entnommenen Daten in der Summe die Wesentlichkeitsgrenze überschreiten. Die rein quantitativ bedeutende Entnahme einzelner Daten reiche nur aus, wenn die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung dieses Teils der Daten eine ganz erhebliche, menschliche, technische oder finanzielle Investition erforderte. Neben § 87a UrhG komme eine Anwendung von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG nicht in Betracht; eine gewisse Behinderung des Wettbewerbs sei auch bei einer Entnahme einzelner Datensätze für den Wettbewerb immanent.

¹⁶⁸ BGH, Urt. v. 24.5.2007 – I ZR 130/04, GRUR 2007, 688; EuGH, Urt. v. 9.10.2008 – C-304/07, MMR 2008, 807.

¹⁶⁹ EuGH, Urt. v. 9.10.2008 – C-304/07, MMR 2008, 807.

¹⁷⁰ OLG Köln, Urt. v. 14.11.2008 – 6 U 57/08, GRUR-RR 2009, 298 = ZUM 2009, 578.

Daran fehle es, wenn es dem Übernehmenden nur um das Partizipieren an den Daten, nicht aber an der Verhinderung der Verwertung der Datenbank gehe.

Gerade auch wegen einer angeblich exzessiven Verwendung solcher unbestimmten Rechtsbegriffe hat die Datenbankrichtlinie **in den USA** besonders heftige Kritik erfahren.¹⁷¹

Anlass für eine so ausführliche Beschäftigung mit der europäischen Regelung des Datenbankschutzes dürfte jedoch das in Art. 11 Abs. 3 i.V.m. Erwägungsgrund 56 der Datenbankrichtlinie festgelegte **Erfordernis materieller Gegenseitigkeit** für die Gewährung eines sui generis Schutzes gegenüber Herstellern aus Drittstaaten sein. Danach genießen amerikanische Datenbankenhersteller für ihre Produkte in der EU nur dann den neuen Rechtsschutz, wenn in den USA ein vergleichbarer Schutz für europäische Datenbanken besteht. Obwohl vielfach Gefahren für die Informationsfreiheit, Wissenschaft und Forschung, eine Behinderung des Wettbewerbs auf dem Markt für Sekundärprodukte und eine Beschränkung des globalen Handels mit Informationsprodukten und -dienstleistungen durch die europäische Regelung befürchtet werden,¹⁷² scheint die Sorge um einen Wettbewerbsnachteil für amerikanische Unternehmen auf dem europäischen Markt ein (verdecktes) Motiv für die harsche Kritik zu sein. Schließlich bleibt noch zu erwähnen, dass es in den USA seit Einführung der Datenbankrichtlinie ebenfalls Bemühungen gibt, einen Sonderrechtsschutz für „nicht-kreative“ Datenbanken einzuführen.¹⁷³

Vertragsrechtlich zu beachten ist § 87e UrhG. Hiernach sind Vereinbarungen über den Ausschluss der Nutzung von nach Art oder Umfang unwesentlichen Teilen einer Datenbank unwirksam, soweit die beschränkten Handlungen weder einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen noch die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen. Ähnlich erlaubt § 87b UrhG die freie Nutzung unwesentlicher Teile einer Datenbank, sofern die Nutzung weder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigt noch der normalen Auswertung der Datenbank zuwiderläuft. Vertragliche Beschränkungen der §§ 87b und e UrhG sind unwirksam; AGB-Regelungen verstoßen gegen § 307 BGB.¹⁷⁴

¹⁷¹ Siehe *Reichman/Samuelson*, Vanderbilt Law Review 1997, 51; *Rosler*, High Technology Law Journal 1995, 105; die Richtlinie insgesamt befürwortend jedoch *Hunsucker*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 1997, 697.

¹⁷² Siehe insbesondere *Reichman/Samuelson*, Vanderbilt Law Review 1997, 84–137.

¹⁷³ Vgl. dazu *Gaster*, CR 1999, 669; Gesetzesvorschläge: HR.354 und HR.1858; s. auch *Knöbl*, UFITA 2002, 355.

¹⁷⁴ So OLG München, Urt. v. 25.10.2001 – 29 U 2530/01, NJW-RR 2002, 401 = AfP 2002, 57.

III. Der urheberrechtliche Schutz

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

1. Schutzgegenstand (§ 69a UrhG)

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

§ 69a Abs. 1 UrhG umschreibt den Begriff der Software ausdrücklich als „**Computerprogramme in jeder Form** und einschließlich ihrem Entwurfsmaterial“. Auffällig ist hierbei, dass es sich bei § 69a Abs. 1 UrhG nicht um eine Definition des Begriffs handelt. Die Bundesregierung hielt eine solche Definition für nicht „ratsam, da zu befürchten wäre, dass sie alsbald durch die Entwicklung überholt würde“.¹⁷⁵ Meist wird in der Kommentarliteratur auf die Definition in § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO hingewiesen.¹⁷⁶ Hiernach umfasst der Begriff des Computerprogramms eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einem maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.

Dieser Regelungsverzicht führt dazu, dass die Abgrenzung des eigentlichen Programms von anderen Teilen eines Softwarepakets im Dunkeln bleibt. Unstreitig fallen im Windows-Bereich Dateien mit der Kennung „.exe“ oder „.com“ unter den Softwarebereich. Fraglich ist aber, ob sonstige Dateien in einem Softwarepaket als „Computerprogramm“ i.S.v. § 69a UrhG subsumiert werden können. Diese Frage stellt sich etwa für reine **Grafik-** oder **Help-Dateien**. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 1 Abs. 3 der EU-Datenbankrichtlinie zu berücksichtigen, der zwischen den Rechten an einer Datenbank und den Rechten an den zu ihrer Schaffung oder zu ihrem Zugang verwendeten Computerprogrammen unterscheidet. Nicht unter den Schutz nach § 69a UrhG fallen rein konzeptionelle Vorgaben, etwa in kaufmännischer oder betriebswirtschaftlicher Hinsicht.¹⁷⁷

In Übereinstimmung mit der EG-Richtlinie erstreckt sich der Schutz auf **jede Form** des Computerprogramms (§ 69a Abs. 2 S. 1 UrhG). Folglich erstreckt sich der Schutz auf Object

¹⁷⁵ BT-Drs. 12/4022, S. 9.

¹⁷⁶ Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware, GRUR Int. 1978, 286.

¹⁷⁷ OLG Köln, Urt. v. 8.4.2005 – 6 U 194/04, GRUR 2005, 863 = GRUR-RR 2005, 303.

und Source Code in gleicher Weise. Einige Autoren haben früher zwar betont, dass sich der Urheberrechtsschutz nur auf den Source Code, nicht aber auf den Object Code erstrecken könne, da letzterer eine rein technische Transformation des Source Codes sei.¹⁷⁸ Diese Meinung ist nach Inkrafttreten von § 69a UrhG nicht mehr aufrechtzuhalten. Auch die Schnittstellen sind geschützt; § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG erklärt nur die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Ideen für gemeinfrei.

Der Schutz erstreckt sich **auch auf das Entwurfsmaterial**. Geschützt sind demnach auch die Vorstufen des Source Codes, insbesondere die Problemanalyse, der Datenflussplan und der Programmablaufplan.¹⁷⁹ Zum Entwurfsmaterial gehören allerdings nicht die Unterlagen, die der Benutzer erhält.¹⁸⁰ Rechte nach § 69a UrhG kann nur derjenige innehaben, der bestimmte von ihm selbst entwickelte oder von dritter Seite vorgegebene Aufgabenstellungen in ein Computerprogramm umsetzt. Die rein konzeptionellen Vorgaben – etwa in kaufmännischer und betriebswirtschaftlicher Hinsicht – sind kein nach dieser Vorschrift geschütztes „Entwurfsmaterial“, auch wenn sie für die Erstellung eines funktionstüchtigen Programms unerlässlich sind. Sie können allenfalls Schutz nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 7 UrhG beanspruchen und dann zur Miturheberschaft an dem Gesamtwerk führen.¹⁸¹ Für **Handbücher, Bedienungsanleitungen oder Pflichtenhefte** gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 2 ff. UrhG, was insbesondere hinsichtlich der Frage der Urheberrechtsfähigkeit praktische Relevanz hat. Diese Texte sind als Sprachwerke i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG oder als wissenschaftlich-technische Darstellungen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG nur dann schutzfähig, wenn sie als persönlich-geistige Schöpfungen i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG angesehen werden.¹⁸² Daten oder in Dateien gespeicherte Datenbestände sind für sich genommen keine urheberrechtlich nach § 69a UrhG geschützten Computerprogramme oder Schriftwerke i.S.v. § 2 UrhG Nr. 1 UrhG.¹⁸³

Streitig ist, ob der Schutz für Software sich auf **Bildschirmmasken** erstreckt.¹⁸⁴ Allerdings ist dabei zu beachten, ob und inwieweit den Programmautoren ein nicht unerheblicher Spielraum bei der Gestaltung der Masken zur Verfügung stand. Erst wenn auch bei übereinstimmenden sachlichen Vorgaben andere Gestaltungsformen möglich sind, kommt ein Urheberrechtsschutz

¹⁷⁸ *Kullmann*, 92, 94; *Waltl*, 74 f.

¹⁷⁹ BGH, Urt. v. 9.5.1985 – I ZR 52/83, GRUR 1985, 1041, 1046 f. = NJW 1986, 192, 196 – Inkassoprogramm.

¹⁸⁰ Ähnlich bereits BGH, Urt. v. 9.5.1985 – I ZR 52/83, GRUR 1985, 1041, 1047 – Inkassoprogramm.

¹⁸¹ OLG Köln, Urt. v. 8.4.2005 – 6 U 194/04, GRUR 2005, 863 = GRUR-RR 2005, 303.

¹⁸² So auch LG Köln, Urt. v. 28.1.1992 – 31 O 344/91, CR 1994, 227, 228; ähnlich auch der EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C-406/10 (SAS Institute Inc./World Programming Ltd.), Rn. 64, EuZW 2012, 584.

¹⁸³ BAG, Urt. v. 24.3.2011 – 2 AZR 282/10, NZA 2011, 1029.

¹⁸⁴ So grundlegend OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.6.1994 – 6 U 52/94, CR 1994, 607, 609 = NJW-RR 1995, 176, 177. Aufgegeben durch OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.4.2010 – 6 U 46/09, MMR 2010, 622 = CR 2010, 427.

in Betracht. Diese – aus der amerikanischen Rechtsprechung entlehnte – Interpretation schließt es aus, dass z.B. der Aufbau einer Bilanz über § 69a UrhG urheberrechtlichen Schutz genießt. Die Erstreckung von § 69a UrhG auch auf Bildschirmoberflächen wird von der Justiz und weiten Teilen der Literatur grundsätzlich abgelehnt.¹⁸⁵ Diese Autoren plädieren für einen vom Softwareschutz unabhängigen Schutz für Bildschirmoberflächen. Diese Auffassung ist jedoch zweifelhaft. Denn die Struktur der Masken ist programmtechnisch im Source Code vorgegeben; die Entwicklung der Benutzeroberfläche ist Teil der Entwicklungsleistung des Programmierers. Auch könnte ein **wettbewerbsrechtlicher Schutz** nach §§ 3, 4 Nr. 9 UWG als effektive Lösung des „Look & Feel“-Problems in Betracht kommen. Dabei ist die Bildschirmmaske auf ihre wettbewerbliche Eigenart hin zu überprüfen; je größer diese Eigenart ist, desto größer ist auch die Vermutung für das Vorliegen eines unlauteren Wettbewerbsverhaltens. Auf jeden Fall muss der gegen Plagiatoren prozessierende Softwareersteller nachweisen, dass und wie viel ihm die Entwicklung des Programmdesigns an Kosten und Mühen gebracht hat. Ist dieses Design bereits marktmäßig vorgegeben, so kann er sich nicht auf § 3 UWG berufen. Weiterhin muss aber zu seinen Gunsten geprüft werden, wie bekannt und marktgängig sein Softwareprodukt ist: Gerade bei bekannten Computerprogrammen spielt die Gewöhnung des Anwenders an ein bestimmtes Bildschirmdesign eine große Rolle. Hat er sich an das Design gewöhnt, so wird er auch sehr oft geneigt sein, ein Plagiat mit gleichem Design zu billigeren Zwecken zu erwerben. Insofern nutzt der Plagiator die Zugkraft von Marktführern für eigene Zwecke aus; dies muss wettbewerbsrechtlich als unlauter geahndet werden. Neuerdings wird auch über einen Schutz von Webdesign und Benutzeroberflächen über das nicht eingetragene Geschmacksmuster/Design nachgedacht.¹⁸⁶

Unklar ist die Zuordnung bei **modernen Programmieretechniken**, etwa im Bereich der HTML- oder JAVA-Programmierung. Teilweise wird in der Diskussion vertreten, dass der Schutz multimedialer Produkte letztendlich eine Frage des Softwareschutzes sei, insbesondere wenn diese auf HTML oder ähnlichen Tools beruhen.¹⁸⁷ In der Tat ist bei einer HTML-basierten Homepage nicht mehr zwischen Benutzeroberfläche und dem zugrundeliegenden Programmcode zu unterscheiden. Allerdings verkennt diese Auslegung die dem § 69a UrhG

¹⁸⁵ *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010 – C-393/09, GRUR 2011, 220; OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.4.2010 – 6 U 46/09, MMR 2010, 622 = CR 2010, 427; Schrickler/Loewenheim/*Spindler*, § 69a, Rn. 7; *Günther*, CR 1994, 610, 611; *Koch*, GRUR 1991, 180; *Raubenheimer*, CR 1994, 69, 70; *Wiebe*, GRUR Int. 1990, 21, 26.

¹⁸⁶ Nach Auffassung des LG Düsseldorf (Urt. v. 26.6.2013 - 12 O 381/10) kann ein Webdesign als nicht eingetragenes europäisches Gemeinschaftsgeschmacksmuster i.S.v. Art. 19 Abs. 2 GGV geschützt sein, sodass bei einer Verletzung des Musters auch Schadensersatzansprüche des Verletzten i.S.v. Art. 89 Abs. 1 lit. d) GGV i.V.m. §§ 42 Abs. 2, 38 GeschmMG in Betracht kommen.

¹⁸⁷ Siehe OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.3.2005 – 11 U 64/04, MMR 2005, 705, 706; OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, CR 2000, 184.

zugrundeliegende Trennung von Programmierleistung und der Kreativität anderer Schaffender. Dass bestimmte Informationen in eine HTML-Codierung gebracht werden, macht diese noch nicht zu einer Programmierleistung.¹⁸⁸

Vom Schutz umfasst sind auch **Computerspiele**.¹⁸⁹ Daneben kommt aber weiterhin ein Schutz als Laufbilder i.S.v. §§ 94, 95 UrhG in Betracht.¹⁹⁰ Der Verweis in § 69a Abs. 4 UrhG auf die für Sprachwerke geltenden Regelungen bedeutet nicht, dass nicht auch andere Vorschriften außerhalb des Sprachwerkschutzes zur Anwendung kommen können. Gerade weil Computerspiele häufig Bildfolgen beinhalten, die Filmwerken entsprechen, kommt für diese Bestandteile ein Laufbildschutz in Betracht.¹⁹¹ Ferner bestehen bei einer bloßen Aneinanderreihung einzelner Bilder Leistungsschutzrechte nach § 72 UrhG. So soll der **Slideshow** eines Computerprogramms bereits ein solcher Lichtbildschutz zugewiesen werden können.¹⁹² Nicht geschützt sind hingegen gespeicherte **Spielstände**, also der „aktuelle Stand“ des Spielfortschritts des Computerspielers. Der Schutz kommt nach Auffassung des *OLG Hamburg*¹⁹³ erst dann in Betracht, wenn die abgespeicherten Spielstände Programmbefehle, d.h. Elemente des Programmcodes enthalten, die das Computerspiel für dessen Programmablauf nutzen. Das Abspeichern von Spielständen allein genügt noch nicht für die Annahme eines Programms bzw. einer Folge von Programmbefehlen. Auch ein Schutz über § 3 UWG – etwa unter dem Gesichtspunkt des Einschlebens in eine fremde Serie – soll regelmäßig ausscheiden.¹⁹⁴

Web-Grafiken fehlt es regelmäßig an der erforderlichen Schöpfungshöhe. Sie genießen keinen Urheberrechtsschutz, denn es handelt sich bei ihnen im Ausgangspunkt um Fotografien, die am Computer lediglich verfremdet worden sind, um gewisse hell-dunkel-Effekte zu erzielen. Dabei ist nicht ersichtlich, inwieweit dieser Verfremdungseffekt auf besonderen Leistungen beruht, die die Grafiken über das normale handwerkliche Können hinausheben. Web-Grafiken

¹⁸⁸ So auch Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69a, Rn. 19; Ernst, MMR 2001, 208, 211; Schack, MMR 2001, 9 (10); OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, CR 2000, 184; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.3.2005 – 11 U 64/04, MMR 2005, 705 f.; OLG Rostock, Beschl. v. 27.6.2007 – 2 W 12/07, CR 2007, 737 f.; a.A. Koch, GRUR 1997, 417 (420); Zscherpe, MMR 1998, 404, 405.

¹⁸⁹ LG Stuttgart, Urt. v. 19.8.1993 – 17 O 382/93, CR 1994, 162; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.2008 – 20 U 72/06, CR 2009, 214 = K & R 2009, 193.

¹⁹⁰ LG Bochum, Urt. v. 6.1.1995 – 5 O 274/94, CR 1995, 274.

¹⁹¹ LG Bochum, Urt. v. 6.1.1995 – 5 O 274/94, CR 1995, 274.

¹⁹² LG Bochum, Urt. v. 6.1.1995 – 5 O 274/94, CR 1995, 274.

¹⁹³ OLG Hamburg, Urt. v. 12.3.1998 – 3 U 226-97, NJW-RR 1999, 483 = MMR 1999, 230 – Tomb Raider. LG Hamburg, Urt. v. 12.5.1998 – 312 O 85/98, MMR 1998, 547 = NJW 1998, 3650 – Commandos; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.7.1999 – 20 U 40/99, MMR 1999, 602 – Die Siedler III.

¹⁹⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 12.3.1998 – 3 U 226-97, NJW-RR 1999, 483; LG Hamburg, Urt. v. 12.5.1998 – 312 O 85/98, MMR 1998, 547 = NJW 1998, 3650 – Commandos; a.A. LG Saarbrücken, Urt. v. 22.12.1998 – 7 IV O 126/98 – Anno 1602.

genießen ebenso wenig Lichtbilderschutz nach § 72 UrhG, da es sich hierbei nicht um Lichtbilder handelt, die unter Benutzung strahlender Energie erzeugt worden sind.¹⁹⁵ An dieser Art der Herstellung fehlt es bei Computerbildern, denn das Computerprogramm bringt die Grafik selbständig hervor; der schöpferische Akt liegt in der Programmierung und nicht in der Bildherstellung, sodass Schutzgegenstand bei solchen Computergrafiken daher nur das Programm selbst sein kann, welches das entsprechende Computerbild hervorbringt.¹⁹⁶ Im Übrigen genießen digitalisierte Schriften jedenfalls hinsichtlich des zugrundeliegenden Computerprogramms einen urheberrechtlichen Schutz nach §§ 69a ff. UrhG.¹⁹⁷

Die Rechtsprechung ist im Übrigen, was den **Schutz von Websites** angeht, zurückhaltend.¹⁹⁸

Die in Werbebannern integrierte Grafik wird typischerweise auch unter Berücksichtigung der besonderen farblichen Gestaltung als nicht schutzfähig angesehen. Allenfalls soll es sich hierbei um ein Werk der angewandten Kunst handeln; dann aber erreiche eine solche Bannergrafik nicht die erforderliche Werkqualität. Im Bereich der angewandten Kunst werden strenge Anforderungen an die Schöpfungshöhe gelegt. Im Hinblick auf den parallel möglichen Designschutz muss es sich um eine Schöpfung individueller Prägung handeln, deren ästhetischer Gehalt einen solchen Grad erreicht, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch von Kunst gesprochen werden kann.¹⁹⁹ Auch die Webseite soll weder als Sprachwerk noch als Werk der bildenden Kunst wegen der hohen Schutzanforderungen Schutz genießen.²⁰⁰ Allein ein einheitliches Design und eine alltägliche grafische Gestaltung der Benutzeroberfläche genüge nicht für das Erreichen der erforderlichen Schöpfungshöhe. In solchen Fällen könne ein Schutz des Designs und der Gestaltung nicht fast „automatisch“ als „kleine Münze“ über § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG erreicht werden.²⁰¹ Inzwischen ist allerdings gerichtlich klargestellt, dass das Design einer Internetseite (und damit auch das Design einer Benutzeroberfläche) auch als nicht eingetragenes Design geschützt sein kann.²⁰² Erforderlich ist gem. § 2 Abs. 1 DesignG lediglich, dass sich in der Internetseite ein Muster findet, das neu ist und Eigenart besitzt. Es ist nicht erforderlich, dass die Internetseite eine besondere gestalterische Leistung aufzeigt.

¹⁹⁵ OLG Hamm, Urt. v. 24.8.2004 – 4 U 51/04, GRUR-RR 2005, 73 = MMR 2005, 106.

¹⁹⁶ OLG Hamm, Urt. v. 24.8.2004 – 4 U 51/04, GRUR-RR 2005, 73 = MMR 2005, 106.

¹⁹⁷ LG Köln, Urt. v. 12.1.2000 – 28 O 133/97, NJW-RR 2000, 1150 = ZUM 2000, 1099.

¹⁹⁸ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.3.2005 – 11 U 64/04, GRUR-RR 2005, 299 = MMR 2005, 705 = CR 2006, 198; LG Köln, Urt. v. 20.6.2007 – 28 O 798/04, MMR 2008, 64 = CR 2008,489.

¹⁹⁹ BGH, Urt. v. 23.1.1981 – IZR 48/79, GRUR 1981, 517, 519 = NJW 1981, 2252, 2252 – Rollhocker.

²⁰⁰ OGH, Urt. v. 16.1.2007 – 4 Ob 198/06f, Medien und Recht 2007, 138–143 m. Anm. *Wiebke/Walter* – Übernahme von Code-Schnipseln; *Wiebe*, MR 2007, 142.

²⁰¹ LG Köln, Urt. v. 20.6.2007 – 28 O 798/04, ZUM-RD 2008, 489 = MMR 2008, 64.

²⁰² LG Düsseldorf, Urt. v. 26.6.2013 – 12 O 381/10 (Urteil bezieht sich auf das Geschmacksmuster, das in zwischen durch das Design ersetzt wurde).

Für die Schutzfähigkeit eines Sprachwerks soll es sowohl auf seine Art als auch auf seinen Umfang ankommen.²⁰³ Ist der Stoff des Sprachwerks frei erfunden, so erlangt es nach Auffassung des *LG Köln* eher Urheberschutz als solche Texte, bei denen der Stoff durch organisatorische Zwecke oder wissenschaftliche und andere Themen vorgegeben ist. Denn dort fehle der im fraglichen wissenschaftlichen oder sonstigen Fachbereich üblichen Ausdrucksweise vielfach die urheberrechtsschutzfähige eigenschöpferische Prägung. Die Gerichte verweisen stattdessen als Schutzmöglichkeit auf das UWG unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden Leistungsschutzes (§ 8 Abs. 1 i.V.m. §§ 3, 4 Abs. 1 Nr. 9 UWG).²⁰⁴

Anders argumentiert das *OLG Rostock* für eine **suchmaschinen-optimierte Webseite**.²⁰⁵ Eine solche liegt etwa vor, wenn die Suchmaschinen im Internet ihre Ergebnisse auf der Grundlage der in den Quelltexten enthaltenen Meta-Tags sowie dem Auftreten der Suchbegriffe im Dokumententitel oder in Überschriften sortieren. Um für eine gewisse Dauer die Auflistung der Webseiten an der Spitze der Suchergebnisse zu erreichen, bedürfe es besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Gestaltung des Internetauftritts. Darin liege die persönliche geistige Schöpfung. Die Auswahl, die Einteilung und die Anordnung der Suchbegriffe aus der Alltagssprache auf den Webseiten und im Quelltext bildeten hier die individuelle, schöpferische Eigenheit. Die Gestaltung mit Mitteln der Sprache erreiche die für die Urheberrechtsschutzfähigkeit hinreichende Gestaltungshöhe, denn sie übersteige deutlich das Schaffen eines durchschnittlichen Webdesigners, das auf einer routinemäßigen, handwerksmäßigen und mechanisch-technischen Zusammenfügung des Materials beruht.

Auch **multimediale Werke** sind nicht per se als Software i.S.v. § 69a UrhG anzusehen. Zwar wird für sog. Multimediawerke vertreten, dass diese einheitlich als Computerprogramm zu schützen seien.²⁰⁶ Die vereinzelt gebliebene Auffassung wird jedoch mit Recht von der ganz überwiegenden Auffassung abgelehnt.²⁰⁷ Wie sonstige softwaregestützte Benutzeroberflächen werden Multimedia-Anwendungen technisch nämlich nur durch ein Programm bzw. dessen Befehle und Grafikdaten generiert und dementsprechend erst durch den Programmablauf sichtbar gemacht. Es handelt sich damit aber um das Ergebnis eines Programmbetriebs und

²⁰³ LG Köln, Urt. v. 20.6.2007 – 28 O 798/04, MMR 2008, 64.

²⁰⁴ OGH, Urt. v. 16.1.2007 – 4 Ob 198/06f, Medien und Recht 2007, 138–143 m. Anm. *Wiebke/Walter* – Übernahme von Code-Schnipseln. OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.4.2010 – 6 U 46/09, MMR 2010, 622 = ZUM 2010, 980.

²⁰⁵ OLG Rostock, Beschl. v. 27.6.2007 – 2 W 12/07, GRUR 2008, 69 = MMR 2008, 116.

²⁰⁶ *Koch*, GRUR 1995, 459, 465 f. und wohl auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.6.1994 – 6 U 52/94, GRUR 1994, 726, 729 = NJW 1995, 892 – Bildschirmmasken.

²⁰⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, MMR 1999, 729; *Wiebke/Funkat*, MMR 1998, 69, 71; *Loewenheim*, GRUR 1996, 830, 832; *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69a, Rn. 22; *Dreier/Schulze*, § 69a Rn. 18; *Schricker/Loewenheim/Spindler*, § 69a, Rn. 29.

nicht um Programme selbst. Computerprogramm i.S.d. § 69a UrhG kann hier verständigerweise nur das Programm sein, welches die Ansteuerung und den Ablauf der einzelnen Bestandteile des Multimediawerks ermöglicht.²⁰⁸

Ideen und Prinzipien, die einem Computerprogramm zugrunde liegen, einschließlich derjenigen, die den Schnittstellen zugrunde liegen, sind nicht schutzfähig (§ 69a Abs. 2 S. 2 UrhG). Das Gesetz verweist an dieser Stelle auf den allgemeinen Grundsatz der Ideenfreiheit. Die technische und wissenschaftliche Lehre, die in einem Computerprogramm Eingang gefunden hat, soll gemeinfrei sein. Die Grenzziehung zwischen Idee und Form ist gerade bei Software nicht einfach.²⁰⁹ In den USA stellt man darauf ab, ob zu der gewählten Lösung eine hinreichende Zahl von Alternativen existiert („dictated by necessities“). Sofern ein Problem nur auf eine einzige Art und Weise programmtechnisch gelöst werden kann, scheidet ein Schutz aus. Fraglich ist, ob dieser Test auf deutsche Verhältnisse übertragbar ist.²¹⁰ Man wird sich hier zunächst klar machen müssen, dass die Abgrenzung von Idee und Form zumindest bei Software wertend als Frage nach einem Freihaltebedürfnis geklärt werden muss. Auf dieser Grundlage gilt es zu klären, inwieweit die einzelnen Strukturmerkmale eines Programms durch externe Faktoren (Standards u.a.) diktiert werden oder lediglich Allgemeinwissen beinhalten. Sofern es nur einen einzigen Weg zur Umsetzung einer Idee in eine bestimmte Programmgestalt gibt, scheidet ein Urheberrechtsschutz ebenfalls aus.²¹¹ Mit der Ideenfreiheit fallen auch abstrakte Problemstellungen und Leitgedanken eines IT-Projektes aus dem Schutzbereich des Immaterialgüterrechts heraus.²¹² Geschützt sind nach Auffassung des *EuGH*²¹³ daher auch weder die Funktionalität eines Computerprogramms noch die Programmiersprache oder das Dateiformat, die im Rahmen eines Computerprogramms verwendet werden. Denn ansonsten würde man – so der *EuGH* – zum Schaden des technischen Fortschritts und der industriellen Entwicklung die Möglichkeit eröffnen, Ideen zu monopolisieren. Dementsprechend könne der Rechteinhaber einem Anwender nicht verbieten, die Ideen und Grundsätze eines Programms, also dessen Funktionalität, zu ergründen, sofern die vom Nutzer ergriffenen Maßnahmen sich im Rahmen der in der Lizenz gestatteten Handlungen bewegen.

²⁰⁸ LG Köln, Urt. v. 15.6.2005 – 28 O 744/04, MMR 2006, 52 = ZUM 2005, 910.

²⁰⁹ So auch OLG Celle, Urt. v. 9.9.1993 – 13 U 105/93, ECR OLG 148 = CR 1994, 748.

²¹⁰ Dafür votieren *Czarnota/Hart*, 42; *Wuermeling*, CR 1993, 665, 670; kritisch hingegen *Schulte*, CR 1992, 648, 649; *Wiebe*, BB 1993, 1094, 1095.

²¹¹ *Günther*, CR 1994, 610, 612; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.6.1994 – 6 U 52/94, NJW-RR 1995, 176.

²¹² OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.6.1994 – 6 U 52/94, GRUR 1994, 726, 729.

²¹³ EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C-406/10, MMR 2012, 468 = EuZW 2012, 584 (m. Anm. *Fiedler*) - SAS Institute Inc./World Programming Ltd.

Das Gesetz enthält keine Definition des Begriffs „**Schnittstelle**“. Die Bundesregierung weist nur auf die Präambel der EG-Richtlinie hin, die den Begriff der Schnittstelle definiert als „the parts of the program which provide for (...) interconnection and interaction between elements of software and hardware“.²¹⁴ Gemeint sind die Informationen, deren Kenntnis zur Herstellung interoperabler Programme notwendig ist (siehe hierzu auch § 69e UrhG). Die „reinen“ Fakten als solche sind freihaltebedürftig und deshalb frei. Lediglich ihre konkrete Umsetzung in einem Computerprogramm kann geschützt werden. Ebenso wenig wie die EU-Richtlinie enthält auch § 69a UrhG keine Hinweise zu Programmiersprachen und zum **Algorithmus**²¹⁵. Es ist unklar, warum in der Richtlinie diese Themen ausgelassen worden sind. Nur die Präambel zur Richtlinie gibt einige Hinweise, indem sie betont, dass die Ideen und Prinzipien, die den „logic algorithms and programming languages“ zugrunde liegen, nicht urheberrechtsfähig sein können. Dieser (nicht bindende) Hinweis kann nur dahingehend verstanden werden, dass Algorithmen und Programmiersprachen selbst urheberrechtsfähig sein können. Bezüglich Algorithmen ist jedoch darauf zu achten, ob der Begriff keine konkrete Ausgestaltung eines Programmes sondern mathematische Grundregeln oder auch größere logisch zusammenhängende Abläufe üblicher Programme bezeichnen soll – in dem Fall sind sie nicht schutzfähig.²¹⁶

2. Standard der Originalität

Nach § 69a Abs. 3 UrhG sind Computerprogramme schutzfähig, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie als das **Ergebnis einer eigenen persönlichen Schöpfung** des Autors angesehen werden können.²¹⁷ Alle anderen Kriterien zur Bestimmung der Schutzfähigkeit, insbesondere qualitative oder ästhetische Kriterien, sind unzulässig. Mit dieser Regelung bricht der Softwareschutz mit klassischen Kategorien des Urheberrechtsschutzes. Software ist ein Gegenstand, der aufgrund seiner eher technischen Natur eigentlich über das Patentrecht zu schützen wäre, hätte man nicht in § 1 Abs. 3 PatG die legislative Absage an die Patentfähigkeit von Computerprogrammen. Mit dem **Verzicht auf jedwedes qualitativ-ästhetische Kriterium** wird der Urheberrechtsschutz für Software eröffnet, wobei nach dem Wortlaut der Regelung jedes auch noch so banale Programm schutzfähig sein müsste.

Mit dem Merkmal der „**persönlichen**“ Schöpfung soll darauf verwiesen werden, dass die Tätigkeit eines Menschen als Schöpfer der Software zu Grunde liegen muss. Dies ist regelmäßig

²¹⁴ BT-Drs. 12/4022, S. 9.

²¹⁵ Ausführlich zu Algorithmen und knapper zu deren Schutz *Söbbing*, CR 2020, 223.

²¹⁶ *Dreier/Schulze*, § 69a Rn. 22; *Schricker/Loewenheim/Spindler*, § 69a Rn. 12a.

²¹⁷ Ähnlich Cour de cassation (chambre criminelle), Urt. v. 9.9.2003, GRUR Int. 2004, 1033.

der Fall. Probleme entstehen jedoch bei computergenerierter Software. Diese entspricht ihrerseits nicht dem Schöpferprinzip. In Großbritannien hat man daraufhin eine eigene urheberrechtliche Regelung für diesen Bereich geschaffen. Hiernach ist bei solchen Programmen derjenige als Schöpfer anzusehen, der das Entwicklungstool erstellt hat.

Der *BGH* hat bereits in der Buchhaltungsprogramm-Entscheidung darauf hingewiesen, dass § 69a Abs. 3 UrhG auf jeden Fall zu einer **Herabsetzung der Schutzanforderungen** für Software führen müsse.²¹⁸ Keine Rolle spielt folglich mehr der „ästhetische Gehalt“ eines Programms²¹⁹ oder das Erfordernis einer deutlich überdurchschnittlichen Gestaltung. Software ist auch dann schutzfähig, wenn die (niedrige) Gestaltungshöhe bei einer anderen Werkart die Annahme einer persönlich-geistigen Schöpfung nicht rechtfertigen würde.²²⁰ Erfordert die Entwicklung eines Programms Fähigkeiten und Kenntnisse, die über dem Können eines Durchschnittsprogrammierers liegen, reicht dies für § 69a Abs. 3 S. 2 UrhG aus.²²¹ Noch geringer hat das *OLG Düsseldorf* die Messlatte gesetzt. Es soll ausreichen, dass für den Programmierer bei der Lösung der ihm gestellten Aufgabe ein hinreichender Spielraum zur individuellen Gestaltung verbleibt und die Konzeption Eigentümlichkeiten aufweist, die nicht als trivial, banal und von der Sachlogik her zwingend vorgegeben erscheinen.²²² Das *OLG Karlsruhe* stellt darauf ab, ob für den Programmierer ein nicht unerheblicher Spielraum bei der Gestaltung der Software zur Verfügung steht bzw. inwieweit bei übereinstimmenden sachlichen Vorgaben andere Gestaltungsformen möglich gewesen wären.²²³ Dieses Kriterium kommt vor allem bei der Gestaltung von Bildschirmoberflächen zum Tragen. Denn hier befindet sich der Programmierer häufig in einer Reihe von Sachzwängen, sodass der Spielraum für eine individuelle Schöpfung gering ist.

Im Ergebnis ist zumindest auch die sog. **kleine Münze** vom Schutz umfasst.²²⁴ Einfache Computerprogramme genießen urheberrechtlichen Schutz, sofern sie nicht völlig banal sind. Dabei steht selbst der Ausschluss banaler Schöpfungen im Widerstreit mit dem Verbot der Verwendung qualitativer Prüfungskriterien. Das UrhG verfügt mit dem Softwareschutz

²¹⁸ BGH, Urt. v. 14.7.1993 - IZR 47/91, BGHZ 208, 211 = NJW 1993, 3136, 3137 = CR 1993, 752, 753; ähnlich *Ullmann*, CR 1992, 641, 643; *Dreier*, GRUR 1993, 781, 782; *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 877, 878; *Haberstumpf*, GRUR Int. 1992, 865.

²¹⁹ So aber noch LG Mannheim, Urt. v. 12.6.1981 – 7 O 143/81, BB 1981, 1543.

²²⁰ So OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.6.1994 – 6 U 52/94, NJW-RR 1995, 176, 177 = CR 1994, 606, 609; offen gelassen in LG Oldenburg, CR 1996, 217, 218.

²²¹ LG Oldenburg, CR 1996, 217, 218; LG Oldenburg, Urt. v. 31.1.1996 – 5 O 3578/93, GRUR 1996, 481, 482.

²²² OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.3.1997 – 20 U 51/96, CR 1997, 337.

²²³ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.6.1994, CR 1994, 607, 610; ähnlich LG München I, Urt. v. 28.8.1998 – 7 O 3114/98, CR 1998, 655.

²²⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 12.3.1998 – 3 U 226/97, CR 1998, 332, 333; ähnlich *Dreier*, GRUR 1993, 781, 782; *Lehmann*, GRUR Int. 1991, 327, 329; *Raubenheimer*, CR 1994, 69.

vielmehr erstmals über einen Leistungsschutz im urheberrechtlichen Gewand.²²⁵ Allerdings bleibt ein gewisses Mindestmaß an geistiger Schöpfung erforderlich, weil Individualität bzw. die „eigene geistige Schöpfung“ letztlich nichts anderes als eine persönliche geistige Schöpfung i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhG ist. Deswegen ist es nicht etwa ausreichend, die Individualität als „statistische Einmaligkeit“ zu verstehen oder etwa überhaupt keine Schöpfungshöhe zu verlangen.²²⁶ Ausreichend soll es aber schon sein, vorzutragen, dass das Computersystem marktgängig ist und/oder von einer Mehrzahl von Programmierern im Zuge jahrelanger Arbeit und Fortentwicklung entwickelt worden ist.²²⁷ Ähnlich stellt der österreichische *OGH*²²⁸ darauf ab, ob die gestellte Aufgabe mehrere Lösungen zuließ und der Programmierer genügend gedanklichen Spielraum für die Entwicklung individueller Merkmale hatte. Dies sei entweder bei komplexen Programmen oder dann anzunehmen, wenn sich im Werk ein ungewöhnlicher Grad an Erfahrung, Gewandtheit und Fachkenntnis manifestiere. Maßgeblich sei auch, ob ein Programm neu geschaffen wird oder ob der Programmierer im Wesentlichen auf bereits vorhandene Programmbausteine zurückgreifen kann.²²⁹ Das Obergericht des Kanton Schweiz stellte ebenso fest, dass der urheberrechtliche Schutz von Software der Regelfall sei und nur ausnahmsweise von fehlender Individualität ausgegangen werden könne.²³⁰ Die Vermutung für die Schutzfähigkeit könne nur durch substantiierten Beweis der Banalität oder maschinellen Produktion widerlegt werden. Eigenwillig ist allerdings die Haltung des *OLG Hamm*, das davon ausgeht, die Originalität eines Quellcodes ohne technische Hilfe aus eigener Sachkunde beurteilen zu können.²³¹

Die Gerichte ziehen aus der Herabsenkung der Gestaltungshöhe **auch prozessuale Konsequenzen**, etwa für die Darlegungslast im Urheberverletzungsprozess. Nach Auffassung des *BGH* ist von einer tatsächlichen Vermutung der Urheberrechtsschutzfähigkeit auszugehen.²³² Auch kleinere Werke oder Werkteile sind geschützt. Bei komplexer Software spricht schon die Komplexität für eine ausreichende individuelle Schöpfung des Urhebers.²³³

²²⁵ LG München I, Urt. v. 12.10.1994 – 1 HKO 7690/93, CR 1995, 344.

²²⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 29.11.2001, 3 U 288/00, GRUR-RR 2002, 217.

²²⁷ OLG Hamm, Urt. v. 7.8.2007 – 4 U 14/07, GRUR-RR 2008, 154, 155.

²²⁸ OGH, Urt. v. 16.1.2007 – 4 Ob 198/06f = Medien und Recht 2007, 138–143 m. Anm. *Wiebke/Walter* – Übernahme von Code-Schnipseln.

²²⁹ OGH, Urt. v. 16.1.2007 – 4 Ob 198/06f = Medien und Recht 2007, 138–143 m. Anm. *Wiebke/Walter* – Übernahme von Code-Schnipseln.

²³⁰ Obergericht Zürich, Urt. v. 24.1.2013 – LK100006-0/U.

²³¹ OLG Hamm, Urt. v. 7.8.2007 – 4 U 14/07, GRUR-RR 2008, 154, 155.

²³² *BGH*, Urt. v. 3.3.2005 – I ZR 111/02, NJW-RR 2005, 1403 = GRUR 2005, 860 = MMR 2005, 845; *LG Mannheim*, Urt. v. 17.12.1993 – 7 O 257/93, CR 1994, 627; ähnlich auch in der Literatur: Schrickler/Loewenheim/Spindler, § 69a Rn. 22; *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 877, 879; *Günther*, CR 1994, 610.

²³³ *BGH*, Urt. v. 20.9.2012 – I ZR 90/09, GRUR 2013, 509 = NJW-RR 2013, 878.

Es genügt allerdings nicht der Hinweis auf die Einsatzmöglichkeiten des Programms.²³⁴ Erforderlich ist vielmehr, dass der Kläger darlegt, inwiefern die von ihm jeweils gewählten Einzelmerkmale nicht bereits durch die Problemstellung technisch vorgegeben sind.²³⁵ Allerdings muss der Urheber die Spezifika seiner Software aufzeigen.²³⁶ Notwendig ist eine globale Beschreibung, aus der hervorgeht, dass es sich bei dem fraglichen Programm nicht um eine völlig banale Programmgestaltung oder um eine Nachahmung eines fremden Programms handelt. Ohne eine solche Beschreibung wäre es für das Gericht unmöglich, die Übernahme der charakteristischen Merkmale durch den Verfahrensgegner nachzuvollziehen.

Restriktiver sieht das *OLG Celle* die Anforderungen an die Darlegungslast. Im Verfügungsverfahren soll es nicht möglich sein, die Urheberrechtsfähigkeit – etwa durch Vorlage des Quellformats an einen Sachverständigen – glaubhaft zu machen.²³⁷ Das Gesetz biete keine Lösungen an, die es mit den Mitteln des einstweiligen Verfügungsverfahrens gestatten, zu einer so verlässlichen Entscheidungsgrundlage zu gelangen, dass es gerechtfertigt wäre, so weitreichende Folgen anzuordnen, wie sie mit einem Vertriebsverbot verbunden wären.

3. Urheberrecht und Arbeitsverhältnis

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

²³⁴ LG München I, Urt. v. 28.8.1998 – 7 O 3114/98, CR 1998, 655.

²³⁵ LG München I, Urt. v. 28.8.1998 – 7 O 3114/98, CR 1998, 655.

²³⁶ KG, Urt. v. 6.9.2010 – 24 U 71/10, ZUM-RD 2011, 544.

²³⁷ OLG Celle, Urt. v. 9.9.1993 – 13 U 105/93, ECR OLG 148 = CR 1994, 748, 749; a.A. OLG Hamburg, Urt. v. 29.11.2001 – 3 U 288/00, GRUR-RR 2002, 217.

a) Reichweite von § 69b UrhG

Wenn der Arbeitgeber dies im Arbeitsvertrag nicht tut, sollen ihm nach der sog. **Zweckübertragungsregel** diejenigen Rechte zukommen, die nach dem Zweck des Arbeitsvertrags erforderlich sind (§ 31 Abs. 5 i.V.m. § 43 UrhG). Der Arbeitgeber erhält hiernach auch die Rechte für Software, die vor Inkrafttreten der §§ 69a ff. UrhG zum 24.6.1993 entwickelt worden sind, sofern die Softwareentwicklung in Erfüllung der Arbeitspflicht vorgenommen worden ist.²³⁸

Dieser Grundsatz ist für Software in **§ 69b Abs. 1 UrhG** kodifiziert worden. Wenn ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in der Ausführung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten oder gem. den Instruktionen seines Arbeitgebers entwickelt worden ist, sollen ausschließlich dem Arbeitgeber alle wirtschaftlich relevanten Rechte zustehen, es sei denn, der Vertrag sieht etwas anders vor. Diese Regelung soll sich auch auf Arbeitsverträge der öffentlichen Hand beziehen (§ 69b Abs. 2 UrhG). Für Auftragsverhältnisse kommt die Regelung jedoch nicht zur Anwendung; insofern kommt es auf die (schwierige) Abgrenzung von Auftrag und Arbeitsvertrag entscheidend an. Allerdings kann der Programmierer auch im Falle einer Tätigkeit als freier Mitarbeiter nach § 31 Abs. 5 UrhG konkludent umfassende Nutzungsrechte eingeräumt haben.²³⁹ Für eine solche Annahme spricht z.B., dass der Entwickler eines zur Vermarktung bestimmten Programms im Rahmen eines Dienstvertrags für seine Tätigkeit ein monatliches Entgelt erhielt.²⁴⁰

Die Regelung des § 69b UrhG führt zu einem wichtigen Wechsel im deutschen Urheberrecht: Der Arbeitgeber bekommt **alle wirtschaftlichen Rechte**, selbst wenn sein Arbeitnehmer nicht als Vollzeit-Softwareentwickler beschäftigt wird. Zusätzlich braucht er seine Rechte nicht mehr rechtlich einzuklagen, falls sich der Arbeitnehmer diesbezüglich weigert; stattdessen wird er Inhaber der Rechte, selbst im Falle einer Verweigerung durch den Arbeitnehmer. Kraft Gesetzes sind dem Arbeitgeber – wie es in der Gesetzesbegründung zu § 69b UrhG heißt – „die vermögensrechtlichen Befugnisse (...) vollständig zuzuordnen“.²⁴¹ Mit dieser Vorschrift wird die bereits vor deren Inkrafttreten bestehende Rechtsüberzeugung fortgeschrieben, dass der als Arbeitnehmer tätige Schöpfer urheberrechtsfähiger Werke für seine Leistung regelmäßig dann

²³⁸ OLG Frankfurt a.M., ECR OLG 166; ähnlich bereits BAG, Urt. v. 13.9.1983 – 3 AZR 371/81, GRUR 1984, 429, 431 – Statikprogramme. Zur alten Rechtslage siehe auch Schrickler/*Rojahn*, UrhG, 1. Aufl., 1987, § 43 UrhG Rn. 64; *Rehbinder*, FS für Roeber, 481, 489; *Ullmann*, GRUR 1987, 6, 8; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 29, 118.

²³⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 20.3.1986 – I ZR 179/83, GRUR 1986, 885, 886, NJW-RR 1987, 103 – METAXA; *Ullmann*, GRUR 1987, 6, 11.

²⁴⁰ BGH, Urt. v. 3.3.2005 – I ZR 111/02, MMR 2005, 845 = GRUR 2005, 860 = NJW-RR 2005, 1403 = CR 2005, 854 m. Anm. *Heymann* – Fash 2000.

²⁴¹ BT-Drs. 12/4022, S. 10.

mit seinem Arbeitslohn abgegolten ist, wenn die Schaffung derartiger Werke zu seinen arbeitsrechtlichen Pflichten nach den mit dem Arbeitgeber getroffenen Absprachen gehört oder von diesem sonst nach dem Arbeitsvertrag verlangt werden kann. Dieses überwiegend als gesetzliche Lizenz verstandene Benutzungs- und Verwertungsrecht fällt dem Arbeitgeber im Anwendungsbereich des § 69b UrhG in jedem Stadium der Entstehung zu.²⁴²

Dieser gesetzlich normierte Übergang der wirtschaftlichen Verwertungsrechte **wird nicht von einer Gegenleistung des Arbeitgebers abhängig** gemacht. Das lässt nur den Schluss zu, dass der von der Regelung betroffene Arbeitnehmer eine solche Vergütung jedenfalls grundsätzlich nicht beanspruchen kann.²⁴³ Der Arbeitnehmer hat folglich – anders als im Patentrecht – keinen Anspruch auf weitere Vergütung für die Nutzung und Verwertung seiner Software durch den Arbeitgeber, da er bereits durch seinen Lohn für die Entwicklung des Programms bezahlt worden ist.²⁴⁴ § 69b UrhG ist insoweit abschließend.²⁴⁵ Dem Arbeitnehmer soll jedoch bisher eine Sonderbelohnung zustehen, wenn dessen Lohn außerordentlich disproportional zum ökonomischen Erfolg seiner Software war.²⁴⁶ Zur Begründung wurde früher auf § 36 UrhG a.F. rekurriert.²⁴⁷ Seit dem 28.3.2002 gilt insoweit § 32a UrhG.²⁴⁸ Dessen Anwendbarkeit auf Computerprogramme wird jedoch zur Umsetzung von Art. 23 Abs. 2 DSM-RL²⁴⁹ im Regierungsentwurf²⁵⁰ in § 69a Abs. 5 UrhGE ausgeschlossen.

Die Regelung gilt für **Arbeitsverträge jedweder Art**, unabhängig vom Beschäftigungsumfang oder der Größe des beschäftigenden Unternehmens. Unter den Begriff des Arbeitsvertrags fallen somit auch Teilzeitverträge, Verträge mit Auszubildenden und Leiharbeitsverträge im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung. Für die Beziehungen eines Verwerters zu freien Mitarbeitern oder Softwarehäusern gilt die Regelung nicht. Solche typischerweise über Werkvertragsrecht abzuwickelnden Vertragsverhältnisse werden über § 31 Abs. 5 UrhG i.V.m. § 69a Abs. 4 UrhG abgewickelt. Sofern also im Entwicklungsvertrag keine besondere Regelung

²⁴² BGH, Urt. v. 23.10.2001 – X ZR 72/98, MMR 2002, 99 = GRUR 2002, 149 = NZA-RR 2002, 202 – Wetterführungspläne II.

²⁴³ BGH, Urt. v. 23.10.2001 – X ZR 72/98, MMR 2002, 99 = GRUR 2002, 149 = NZA-RR 2002, 202 – Wetterführungspläne II; LAG Köln, Urt. v. 1.4.2021 – 8 SA 729/20 Rn. 67.

²⁴⁴ BGH, Urt. v. 24.10.2000 – X ZR 72/98, MMR 2001, 310 = CR 2001, 223 – Wetterführungspläne I; LAG München, Urt. v. 16.5.1986, RDV 1987, 145; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.5.2004 – I-2 U 67/95, ZUM 2004, 756.

²⁴⁵ LAG Köln, Urt. v. 1.4.2021 – 8 SA 729/20 Rn. 67.

²⁴⁶ BAG, Urt. v. 30.4.1965 – 3 AZR 291/63, GRUR 1966, 88.

²⁴⁷ Siehe BGH, Urt. v. 23.10.2001 – X ZR 72/98, NJW 2002, 1352 = GRUR 2002, 149 – Wetterführungspläne II. Vgl. *Buchner*, GRUR 1985, 1 ff.

²⁴⁸ Siehe zu den zeitlichen Fristen § 132 III 2 UrhG n.F.

²⁴⁹ Richtlinie (EU) 2019/790.

²⁵⁰ BT-Drs. 19/27426.

zur Rechteübertragung enthalten ist, gilt der Grundsatz: in dubio pro auctore.²⁵¹ Dies führt allerdings nicht zu gravierenden Unterschieden. Dem Auftraggeber eines freien Mitarbeiters steht folglich das ausschließliche Nutzungsrecht an dem Programm zu, sofern nicht anderweitige Regelungen vorliegen.²⁵² Dies schließt das Recht ein, den Source Code zu erhalten und zu nutzen.²⁵³

Über § 69b Abs. 2 UrhG findet die Bestimmung **auch im öffentlichen Dienst**, insbesondere auf Dienstverhältnisse der Beamten, Anwendung. Letztere Regelung findet sich nicht in der EU-Richtlinie (91/250/EWG), sondern ist erst im Umsetzungsverfahren aufgrund kritischer Stimmen in der Literatur in die Vorschrift aufgenommen worden.

Die Vorschrift ist abseits des Bereichs der Arbeitsverträge und Dienstverhältnisse **eng auszulegen**. Dies ergibt sich aus dem Grundgedanken des § 29 S. 2 UrhG, wonach das Urheberrecht einschließlich der verwertungsrechtlichen Befugnisse grundsätzlich beim angestellten Programmierer verbleibt. Keine Anwendung findet die Bestimmung daher auf Auftragsverhältnisse, etwa bei Softwareentwicklungsvereinbarungen mit einem Softwarehaus. Zwar sah der erste Entwurf der Softwareschutzrichtlinie noch eine entsprechende Anwendung auf Auftragsverträge vor. Dieser Vorschlag ist jedoch nicht in den endgültigen Text der Richtlinie aufgenommen worden. Auch auf arbeitnehmerähnliche Personen dürfte die Bestimmung nicht anwendbar sein.²⁵⁴ Die Konstruktion dient nur dazu, bestimmte Gruppen Selbständiger zu ihrem Schutz einem Arbeitnehmer partiell gleichzustellen. Eine Anwendung zu Lasten der Betroffenen ist damit ausgeschlossen.

Der Arbeitnehmer bzw. Dienstverpflichtete muss **in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach Anweisungen des Arbeitgebers gehandelt** haben. „Wahrnehmung von Aufgaben“ verweist auf die allgemeine Beschreibung der Arbeitsaufgaben, wie sie entweder tarifvertraglich oder im Rahmen des Arbeitsvertrags fixiert ist. Sofern also ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Pflichten mit der Entwicklung von Computerprogrammen betraut worden ist, hat der Arbeitgeber im Zweifel das ausschließliche Nutzungsrecht, um die geschaffene Software kommerziell ausnutzen zu können.²⁵⁵ Der Begriff der Arbeitsaufgaben wird von der herrschenden Auffassung weit interpretiert. Auch die

²⁵¹ Siehe BGH, Urt. v. 27.9.1995 – I ZR 215/93, NJW 1995, 3252 – Architekturbüro.

²⁵² OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 30.8.1979 – 6 U 45/79, ECR OLG 195.

²⁵³ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 30.8.1979 – 6 U 45/79, ECR OLG 195.

²⁵⁴ So auch: Schrickner/Loewenheim/*Spindler*, § 69b Rn. 3; v.*Olenhusen*, GRUR, 2002, 11; *Dreier/Schulze*, § 69b Rn. 7.

²⁵⁵ So bereits zum alten Recht OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.5.1987 – 6 U 9/87, CR 1987, 763; LAG München, Urt. v. 16.5.1986 – 4 Sa 28/86, CR 1987, 509; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 24.6.1981 – 2 Sa 605/81, BB 1983, 994; OLG Koblenz, Urt. v. 13.8.1981 – 6 U 294/80, BB 1983, 992.

Verbesserung des Arbeitsplatzes und -umfeldes gehört zu den allgemeinen Aufgaben eines Arbeitnehmers.²⁵⁶ Es reicht aus, dass die Computerprogramme während der Arbeitszeit mit Billigung und auf Kosten des Arbeitgebers erstellt worden sind.²⁵⁷ Die Tatsache, dass der Arbeitnehmer seiner Arbeitstätigkeit zu Hause nachgeht, ändert an der Anwendbarkeit des § 69b UrhG nichts. Dies gilt selbst dann, wenn er in seiner Freizeit noch Arbeitsaufgaben wahrnimmt.²⁵⁸ Der Arbeitgeber, der seinem Arbeitnehmer zur Erstellung eines Computerprogramms von sonstigen Tätigkeiten sowie der betrieblichen Anwesenheitspflicht zeitweilig freigestellt hat, ist auch dann Inhaber der in § 69b UrhG beschriebenen Rechte an dem Programm, wenn dessen Entwicklung überwiegend außerhalb der regulären Arbeitszeiten vorangetrieben worden ist.²⁵⁹

Anweisungen des Arbeitgebers bezeichnen dessen Einzelweisungen. Zu beachten ist allerdings arbeitsrechtlich, dass Einzelweisungen sich im Rahmen der arbeitsvertraglichen Pflichten zu halten haben.²⁶⁰ Wichtig ist der innere Zusammenhang zu den Tätigkeitsfeldern des Arbeitnehmers.²⁶¹

Es bleiben allerdings noch **unklare Konstellationen** bestehen. Unklar ist die Rechtslage, wenn ein Arbeitnehmer Software abseits seiner Arbeitsaufgaben und Einzelweisungen nebenbei im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses entwickelt. In einem solchen Fall ging bereits die ältere Rechtsprechung davon aus, dass dem Arbeitgeber ein einfaches Nutzungsrecht an der Software zustehen muss, damit dieser die Software in seinem Geschäftsbetrieb einsetzen kann.²⁶² Zweifelhaft bleibt jedoch, ob dem Arbeitgeber in dieser Konstellation auch ein ausschließliches Nutzungsrecht zukommen soll. Das *LG München*²⁶³ hat im Falle eines Beamten, der nicht ausdrücklich mit der Softwareentwicklung beauftragt worden war, dem Dienstherrn jegliche Nutzungsrechte aberkannt. Allerdings hat das Gericht dann über eine analoge Anwendung der Grundsätze zum Arbeitnehmererfindungsrecht dem Dienstherrn die Möglichkeit eingeräumt, die Nutzungsrechte an sich zu ziehen, sofern die Software maßgeblich auf Erfahrungen oder Arbeiten des Betriebs beruht. Das Kammergericht geht in seiner Entscheidung „Poldok“ davon aus, dass alle Nutzungsrechte an einem Programm dem

²⁵⁶ BAG, Urt. v. 13.9.1983 – 3 AZR 371/81, DB 1984, 991 – Statikingenieur.

²⁵⁷ KG Berlin, Beschl. v. 28.1.1997 – 5 W 6232/96, NZA 1997, 718 = NJW-RR 1997, 1405 = CR 1997, 612.

²⁵⁸ Dreier/Schulze, § 69b Rn. 8; Schricker/Loewenheim/Spindler, § 69b Rn. 10.

²⁵⁹ OLG Köln, Urt. v. 25.2.2005 – 6 U 132/04, CR 2005, 557 = GRUR-RR 2005, 302 = MMR 2005, 616.

²⁶⁰ A.A. OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.5.2004 – I-2 U 67/95, ZUM 2004, 756; hiernach soll es irrelevant sein, wann und wo das Werk geschaffen worden ist.

²⁶¹ BGH, Urt. v. 24.10.2000 – X ZR 72/98, GRUR 2001, 155 – Wetterführungspläne I; OLG München, Urt. v. 25.11.1999 – 29 U 2437/97, ZUM-RD 2000, 8. 12; KG Berlin, ZUM 1998, 167.

²⁶² BGH, Urt. v. 9.5.1985 – I ZR 52/83, CR 1985, 22.

²⁶³ LG München, Urt. v. 16.1.1997 – 7 O 15354/91, CR 1997, 351.

Arbeitgeber zustehen, wenn sich der Urheber der Personal- und Sachmittel des Arbeitgebers bedient und während seiner Arbeitszeit die zur Schaffung seines Werkes erforderlichen Tätigkeiten entfaltet.²⁶⁴ In der Literatur wird mit einem „richtig verstandenen neugefassten Aufgabenbereich“ argumentiert.²⁶⁵ Sofern der Arbeitnehmer mit Billigung des Arbeitgebers eine betriebliche Nutzung anvisiert habe, sei die Software freiwillig in Erweiterung des Aufgabenbereichs erstellt worden und dem Arbeitgeber konkludent ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt worden.

Ein Arbeitnehmer darf Software frei nutzen und verwerten, die er **außerhalb der Arbeitszeit** entwickelt hat. Es wurde bislang aber diskutiert, ob nicht bestimmte Vorschriften des Patentrechts in einem solchen Fall analog angewandt werden können.²⁶⁶ Streitig ist insbesondere, ob der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen über seine Erfindung informieren und ihm die Erfindung anbieten muss.²⁶⁷ Für die Reichweite von § 69b UrhG ist es unerheblich, ob der Arbeitnehmer das Computerprogramm in seiner Freizeit oder während der regulären Arbeitszeit geschaffen hat, sofern feststeht, dass er nur in Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben und Weisungen handelt. Einen Schöpfungsprozess in eine Phase innerhalb oder außerhalb der Freizeit aufzuteilen, ist in einem solchen Fall nicht sachgerecht. Wird also ein Programmierer von seinen sonstigen Tätigkeiten und einer betrieblichen Anwesenheit zeitweilig freigestellt, um zu Hause an dem Programm zu arbeiten, gehören die Rechte an dem entwickelten Programm dem Arbeitgeber.²⁶⁸

Der Arbeitgeber hat keine Rechte an einer Software, **die vor Beginn des Arbeitsverhältnisses oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses** entwickelt worden ist.²⁶⁹ Eine Ausnahme gilt nur, soweit ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber ein Programm unentgeltlich überlässt und dieser das Programm für seine Zwecke erkennbar adaptiert; hier soll dem Arbeitgeber zumindest ein einfaches Nutzungsrecht verbleiben.²⁷⁰ Ein Softwareentwickler darf jedoch nicht die Entwicklung eines Programms stoppen, um sein Beschäftigungsverhältnis zu lösen und dann das Programm später für sich selbst auszunutzen; tut er dies, bekommt der Arbeitgeber

²⁶⁴ KG Berlin, Urt. v. 6.9.1994 – 5 U 2189/93, NJW-RR 1996, 1066 für den Fall eines programmierenden Hochschullehrers.

²⁶⁵ Lehmann/Buchner, XI 31; ähnlich Schneider, Handbuch EDV-Recht, C 394.

²⁶⁶ Buchmüller, 99; Henkel, BB 1987, 833, 836 f.

²⁶⁷ § 19 Arbeitnehmererfindungsgesetz analog; siehe hierzu Däubler, AuR 1985, 169, 174 f.; Kollé, GRUR 1985, 1016, 1020.

²⁶⁸ OLG Köln, Urt. v. 25.2.2005 – 6 U 132/04, CR 2005, 557 = GRUR-RR 2005, 302 = MMR 2005, 616.

²⁶⁹ BGH, Urt. v. 10.5.1984 – I ZR 85/82, GRUR 1985, 129; LAG München, Urt. v. 16.5.1986 – 4 Sa 28/86, RDV 1987, 145.

²⁷⁰ BAG, Urt. v. 21.8.1996 – 5 AZR 1011/94, CR 1997, 88 = 1997, 1025, 1026.

eine ausschließliche Lizenz, obwohl das Programm unabhängig vom Beschäftigungsverhältnis zu Ende entwickelt worden ist.²⁷¹

§ 69b UrhG sichert dem Arbeitgeber bzw. Dienstherrn **alle „wirtschaftlichen Rechte“** an dem Computerprogramm zu. Dieser Begriff ist dem klassischen Urheberrecht fremd. Gemeint sind hier die ausschließlichen, zeitlich und räumlich unbeschränkten Nutzungsrechte i.S.v. § 31 Abs. 3 UrhG. Der Begriff „wirtschaftliche Rechte“ beinhaltet nicht die Urheberpersönlichkeitsrechte. Diese ideellen Rechte wollen weder die EG-Richtlinie (91/250/EWG) noch das Urheberrechtsgesetz regeln;²⁷² es bleibt insofern beim alten Recht. Die **Urheberpersönlichkeitsrechte** bleiben folglich immer beim Arbeitnehmer. Diese Rechte beinhalten vor allem das Recht, als Autor benannt zu werden, und das Recht, die Software zu bearbeiten (§ 39 UrhG); hinzukommen weitere Nebenrechte.²⁷³ Diese Rechtslage ist sehr unvorteilhaft für den Arbeitgeber – besonders im Vergleich zum angloamerikanischen Urheberrechtssystem, wonach der Arbeitgeber als Urheber des entwickelten Programms gilt. Allerdings wird in der Literatur ein vertraglicher Verzicht auf die Ausübung dieser Persönlichkeitsrechte für möglich erachtet.²⁷⁴

Die Nutzungsrechte erstrecken sich nicht nur auf das Programm im Object Code. Vielmehr ist gerade der **Source Code** von dieser Regelung umfasst. Gleiches gilt für das Entwurfsmaterial, insbesondere die technische Dokumentation. Für weitere Unterlagen ist auf § 31 Abs. 5 i.V.m. § 43 UrhG abzustellen. Löscht ein Arbeitnehmer auf dem Firmennotebook ein Programm, sodass der Arbeitgeber das Notebook und Daten darauf nicht mehr nutzen kann, ist dies ein Grund für eine außerordentliche Kündigung. Denn das Aufspielen eines Programms stellt einen **Verarbeitungsvorgang i.S.v. § 950 BGB** dar, der beim Arbeitgeber als Hersteller i.S.v. § 950 BGB zum gesetzlichen Eigentumserwerb geführt hat. Der Arbeitnehmer hat daher das Notebook nebst dem von ihm aufgespielten Programm gem. § 985 BGB herauszugeben und zwar unabhängig von der urheberrechtlichen Rechtslage.²⁷⁵

Für Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über die Nutzung von Computerprogrammen, die der Arbeitnehmer geschaffen oder eingebracht hat, ist der **Rechtsweg** zu den ordentlichen Gerichten gegeben (vgl. § 104 UrhG, § 2 Abs. 2b ArbGG).²⁷⁶

²⁷¹ BGH, Urt. v. 21.10.1980 – X ZR 56/78, NJW 1981, 345.

²⁷² So ausdrücklich BT-Drs. 12/4022, 10.

²⁷³ Recht auf Zugang zu Werkstücken gem. § 25 UrhG; Rückrufrechte gem. §§ 41 f. UrhG u.a.

²⁷⁴ *Seetzen*, 49 ff.; *Schricker*, FS für Hubmann, 409 ff.

²⁷⁵ Sächsisches LAG, Urt. v. 17.1.2007 – 2 Sa 808/05, MMR 2008, 416.

²⁷⁶ BAG, Urt. v. 21.8.1996 – 5 AZR 1011/94, NJW 1997, 1025 = ZUM 1997, 67 = CR 1997, 88.

b) Rechteverteilung im Team

Bei der Programmierung besteht häufig die Situation, dass diese nicht von einem einzigen Programmierer, sondern von einem ganzen **Team** vorgenommen wird. Hier kommt **§ 8 UrhG** zum Tragen, der im Grundsatz eine Miturheberschaft vorsieht, die zu der notwendigen Wahrnehmung der Rechte in Gesamthand führt. § 8 UrhG setzt das Vorliegen einer einheitlichen Schöpfung voraus, bei der sich die beteiligten Urheber unter einer Gesamtidee unterordnen.²⁷⁷ So sollen z.B. **Software-Updates** regelmäßig nicht unter § 8 UrhG fallen, da es sich um losgelöste, nachträglich erstellte Produkte handelt.²⁷⁸ Der Umfang und die Größe der einzelnen Programmierleistungen sind irrelevant, sofern die einzelne Programmierleistung in sich schutzfähig ist.²⁷⁹ Bei agiler Programmierung wird das Team regelmäßig vor der Herausforderungen stehen, die Mitwirkungsbeiträge zu qualifizieren.²⁸⁰ Jeder Urheber muss vor Gericht das Erreichen der Schöpfungshöhe seines eigenen Beitrags nachweisen können, was insbesondere das Darlegen eines Gestaltungsspielraums innerhalb des eigenen Beitrags erfordert.²⁸¹ Erstellt jemand nur die **allgemeine Programmieraufgabe**, ohne selbst an der Programmierung beteiligt zu sein, bekommt er kein Urheberrecht und gehört insofern auch nicht zu der Miturhebergruppe.²⁸² So kann insbesondere der Auftraggeber selbst nicht ein Urheberrecht nur deshalb reklamieren, weil er seine Ideen in ein IT-Projekt eingebracht hat. Urheber im Hochschulbereich ist nicht der Hochschullehrer, der nur die Ideen für ein IT-Projekt einbringt, ohne selbst programmierend tätig zu sein. Konzeptionelle Vorgaben betriebswirtschaftlicher Art, die in die Softwareentwicklung einfließen, rechtfertigen keine Urheberschaft an der Software.²⁸³ Miturheberschaft liegt vor, wenn der Urheber eines unvollständigen Werks mit einem anderen bei dessen Vollendung zusammenarbeitet und sich die Beiträge der später in den Werkschöpfungsprozess eintretenden Personen nicht in einer bloßen Gehilfentätigkeit erschöpfen.²⁸⁴ Bei Miturheberschaft stehen den Miturhebern die Urheberrechte gem. § 8 Abs. 2 UrhG gesamthänderisch zu. Jeder Miturheber ist gem. § 8 Abs. 3 S. 3 UrhG berechtigt, Ansprüche aus Verletzungen des gemeinsamen Urheberrechts geltend zu machen. Der Miturheber kann jedoch nach § 8 Abs. 3 a.E. UrhG nur Leistung an alle Miturheber verlangen.

²⁷⁷ BGH, Urt. v. 3.3.2005 – I ZR 111/02, CR 2005, 854, 856 = GRUR 2005, 860, 863.

²⁷⁸ BGH, Urt. v. 3.3.2005 – I ZR 111/02, CR 2005, 854, 856 = MMR 2005, 845, 847.

²⁷⁹ BGH, Urt. v. 14.7.1993 – I ZR 47/91, CR 1993, 752.

²⁸⁰ Dazu ausführlich *Hoeren/Pinelli*, MMR 2019, 779.

²⁸¹ OLG Hamburg, Urt. v. 23.7.2020 – 5 U 18/14, GRUR-RS 2020, 31460 Rn. 54 ff. = CR 2020, 712.

²⁸² OLG Köln, Urt. v. 8.4.2005 – 6 U 194/04, CR 2005, 624, 625.

²⁸³ OLG Köln, Urt. v. 8.4.2005 – 6 U 194/04, K&R 2006, 43.

²⁸⁴ LG Düsseldorf, Urt. v. 12.1.2007 – 12 O 345/02, ZUM 2007, 559.

Die an der Miturhebergruppe beteiligten Programmierer bilden eine Gesamthandsgemeinschaft (§ 8 Abs. 2 UrhG). Aufgrund dessen kann zwar der einzelne Programmierer bei einer Urheberrechtsverletzung auf Unterlassung klagen; Schadensersatzansprüche müssen aber von der Gesamthand geltend gemacht werden.²⁸⁵ Auch ist eine Verwertung von Einzelleistungen bei einer solchen Konstruktion unmöglich; es bedarf für die Klärung der wirtschaftlichen Verwertung einer Einwilligung aller Beteiligten. Dies bereitet insbesondere bei Open-Source-Produkten viele Schwierigkeiten, da hier eine Vielzahl meist unbekannter Programmierer an der Entwicklung eines solchen Open-Source-Produktes beteiligt sind.

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

4. Rechte des Softwareurhebers

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

a) Vervielfältigung

§ 69c Nr. 1 UrhG sichert dem Rechteinhaber das **Recht zur dauerhaften oder vorübergehenden Vervielfältigung**, ganz oder teilweise, des Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. Umfasst ist davon auf jeden Fall die Erstellung von Kopien auf einer Diskette, einer CD-ROM oder einer Festplatte.²⁸⁶ Die künftige Vervielfältigung durch die Installation des Programms auf der Festplatte des PCs des Endnutzers ist meist implizit konsentiert und stellt damit keine Urheberrechtsverletzung dar.²⁸⁷ Die bei einem sog. Webservicevertrag fällige Leistung des Softwareherstellers bezieht sich regelmäßig nur auf die

²⁸⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.2008 – 20 U 72/06, MMR 2009, 215; LG Düsseldorf, Urt. v. 12.1.2007 – 12 O 345/02, ZUM 2007, 559.

²⁸⁶ BGH, Urt. v. 20.1.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 – Holzhandelsprogramm.

²⁸⁷ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.8.2003 – 11 U 15/03, NJOZ 2004, 874 = GRUR-RR 2004, 198.

Überlassung der Anwendung an einen Nutzer; nur sofern eine entsprechende Gewähr vertraglich vereinbart wurde, erstreckt sich dessen Leistungspflicht auch auf die Haftung für eine Verletzung der Rechte Dritter durch die Nutzung dieser Anwendung.²⁸⁸

Fraglich ist allerdings, ob auch temporäre Zwischenspeicherungen unter den Vervielfältigungsbegriff fallen. Solche Zwischenspeicherungen sind hardwarebedingt. Die Kopien können in diesen Zwischenspeichern für Mikrosekunden vorhanden sein; die Speicherung kann jedoch je nach den technischen Vorgaben auch länger erfolgen. Typische Beispiele sind das **Laden des Programms in den Arbeitsspeicher** oder die **Nutzung von Proxy-Servern im Internet**. Das UrhG enthält keine Definition des Vervielfältigungsbegriffs. Deshalb bestanden vor Verabschiedung des § 69c Nr. 1 UrhG im Jahr 2003 Zweifel daran, ob der Ladevorgang als urheberrechtsrelevante Vervielfältigung anzusehen ist.²⁸⁹ Die deutschen Gerichte hatten bis zum Inkrafttreten des 2. Änderungsgesetzes diese kontroverse Frage nicht entschieden; der *BGH* weigerte sich, die Frage im Nixdorf-Fall zu entscheiden.²⁹⁰

Auch § 69c Nr. 1 UrhG enthält keine abschließende Lösung für dieses Problem.²⁹¹ Insbesondere § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG hilft hier nicht weiter, sagt diese Regelung doch nichts darüber, ob das Laden, das Speichern oder der Lauf eines Programms als Vervielfältigung anzusehen ist. Die Vorschrift geht offensichtlich davon aus, dass das Laden oder Laufenlassen eines Computerprogramms grundsätzlich keine Vervielfältigung beinhaltet. Eine Zustimmung des Urhebers soll für diese Handlung nur dann erforderlich sein, wenn sie eine Vervielfältigung im Einzelfall erfordert. Der *BGH* hat hierzu im Holzhandelsprogramm-Urteil²⁹² als obiter dictum darauf hingewiesen, dass an der urheberrechtlichen Relevanz des Ladens insoweit Bedenken bestehen, als die reine Benutzung nicht vom Urheberrecht erfasst sei. Anders sind jedoch vermehrte Stellungnahmen zu gewichten, die das Laden als urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungsvorgang qualifizieren wollen. Dies wird z.B. von einigen deutschen Gerichten vertreten.²⁹³ Auch die Europäische Kommission hat sich für eine solche Auslegung ausgesprochen und in der EU-Datenbankrichtlinie auch vorübergehende Speicherungen unter

²⁸⁸ OLG Köln, Beschl. v. 14.9.2018 – 19 U 57/18.

²⁸⁹ *Ernestus*, CR 1989, 784; *Haberstumpf*, CR 1987, 409; *Loewenheim*, FS für Otto Friedrich Frhr. v. Gamm, 1990, 423; *Röttinger*, IuR 1987, 267.

²⁹⁰ BGH, Urt. v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, CR 1991, 80; ähnlich später in Österreich der Oberste Gerichtshof, Urt. v. 26.1.1999 – 4 Ob 345/98, GRUR Int. 1999, 968.

²⁹¹ So auch BGH, Urt. v. 20.1.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 – Holzhandelsprogramm.

²⁹² BGH, Urt. v. 20.1.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 – Holzhandelsprogramm; ähnlich auf LG Mannheim, Urt. v. 11.9.1998 – 7 O 142/98, CR 1999, 360.

²⁹³ OLG Celle, Urt. v. 2.9.1994 – 13 W 54/94, CR 1995, 16; OLG Hamburg, Urt. v. 22.2.2001 – 3 U 247/00, MMR 2001, 533; LG München, Urt. v. 19.1.2006 – 7 O 23237/05, MMR 2006, 175.

den Vervielfältigungsbegriff subsumiert.²⁹⁴ Vermittelnde Stellungnahmen verweisen darauf, dass technische Vorgänge nicht als Vervielfältigung angesehen werden können, wenn sie zur Benutzung des Programms erforderlich sind. Nach dieser schon im Holzhandelsprogramm-Urteil zu Grunde gelegten Perspektive würde das Laden nicht urheberrechtlich relevant werden, während das Browsen und Downloaden im Internet als eigene Verwertungshandlung zu qualifizieren wäre.

M.E. ist hier die **Wertung des § 44a UrhG** heranzuziehen. Hiernach sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen zustimmungsfrei, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Nach dieser Wertung besteht bei RAM-Kopien kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert, sodass die Erstellung solcher Kopien auch ohne Zustimmung des Urhebers zulässig ist.²⁹⁵ Der Federal Court Australiens hat sich in einer Entscheidung²⁹⁶ dazu durchgerungen, das Vorliegen einer Vervielfältigung bei RAM-Kopien mangels materieller Fixierung abzulehnen. Abwegig ist die Haltung des *BGH* im Vorlagebeschluss an den *EuGH* zur Online-Erschöpfung.²⁹⁷ Hier bezweifelt der *BGH* die Anwendbarkeit von § 44a UrhG und will auch flüchtige Kopien unter § 69c Nr. 1 UrhG subsumieren. § 44a UrhG könne schon deshalb nicht greifen, weil das Laden der Software in den Arbeitsspeicher weiterer Arbeitsplatzrechner eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat. Das ergebe sich bereits daraus, dass die Beklagte für die Erteilung einer Lizenz zu dieser Nutzung eine Vergütung verlangt.²⁹⁸ Der *EuGH* hat dieser Argumentation den Garaus gemacht. In der Entscheidung *Sky Decoder*²⁹⁹ hat der *EuGH* betont, dass flüchtige Vervielfältigungshandlungen, etwa im Speicher eines Satellitendecoders und auf einem Fernschirmschirm, die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 (= § 44a UrhG) erfüllen und daher ohne Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber vorgenommen werden dürfen. Auch die Softwarenutzung im Wege des Cloud-Computings stellt keine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG dar, entschied das OLG Frankfurt.³⁰⁰ Eine Vervielfältigung finde zwar statt, wenn eine virtuelle Maschine ausgelastet sei, dies liege jedoch

²⁹⁴ Ähnlich auch Court of Appeals, *MAI Systems Corp v. Peak Computer Inc* 991 F 2d 511 (9th Cir, 1993); certificate denied 114 S Ct 671 (1994) (Peak); US District Court for the Eastern District of Virginia, *Advanced Computer Services of Michigan Inc v. MAI Systems Corp* 845 F Supp 356 (ED Va, 1994).

²⁹⁵ Ähnlich *Gutmann*, MMR 2003, 706; a.A. *Wand*, IIC 2002, 305.

²⁹⁶ Urt. des Federal Court, IIC 2004, 1069.

²⁹⁷ *BGH*, Beschl. v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, GRUR 2011, 418 (m. Anm. *Jochen Scholz*) = GRUR Int 2011, 439 = MMR 2011, 305.

²⁹⁸ *BGH*, Beschl. v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, ZUM 2011, 397.

²⁹⁹ *EuGH*, Urt. v. 4.10.2011 – C-403/08, C-429/08, NJOZ 2012, 108.

³⁰⁰ OLG Frankfurt, Urt. v. 19.6.2019 – 11 U 36/18, Rn. 32ff; GRUR-RS 2019, 44422.

nicht in der Hand des einzelnen Nutzers, ob eine solche erfolgt, sondern entscheidend sei die Anzahl der gleichzeitigen Nutzer und die zur Verfügung gestellten Rechnerkapazitäten. Für die Glaubhaftmachung einer Vervielfältigung reicht es aus, wenn es in großem Maße wahrscheinlich ist, dass ein Programm vollständig nachprogrammiert worden ist.³⁰¹ **Stimmen die Bildschirmmasken** überein, ist dies ein Indiz für die Identität des äußeren Erscheinungsbildes und der inneren Struktur der Programme.³⁰² Kleinere Übereinstimmungen in der Benutzeroberfläche von Computerprogrammen lassen allerdings ebenso wenig auf die Übernahme urheberrechtsschutzfähiger Programmteile schließen wie die Übereinstimmung von Computerprogrammen in einzelnen Programmblöcken, wenn jene Programmblöcke bei einer Gesamtgröße der Programmdatei von über 700 000 Bytes nur jeweils ca. 100 Bytes groß sind.³⁰³ Steht nach einem Sachverständigengutachten fest, dass die fraglichen Programme in den Implikationen und den Datensammlungen identisch sind und dass ein zufälliges Zustandekommen dieser Übereinstimmungen so gut wie ausgeschlossen ist, so liegt ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vor.³⁰⁴

b) Verbreitung

Hinsichtlich der Verbreitung von Software steht dem Urheberrechtsinhaber das ausschließliche Recht zu, das Programm der Öffentlichkeit anzubieten und es auf den Markt zu bringen (§ 69c Nr. 3 S. 1 UrhG). Diese Regelung ist das Pendant zum allgemeinen Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG). Das Verbreitungsrecht ist das **Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in den Verkehr zu bringen**. Inverkehrbringen ist das Heraustreten des Anbietenden aus der internen Sphäre in die Öffentlichkeit.³⁰⁵ 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). Ein Heraustreten in die Öffentlichkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Vertrieb an rechtlich selbständige Schwestergesellschaften oder Kooperationspartner erfolgt. Für die Frage des Inverkehrbringens ist nach der Rechtsprechung des *EuGH* bedeutungslos, ob Rechtsinhaber und Lizenznehmer

³⁰¹ LG Mannheim, Urt. v. 17.12.1993 – 7 O 257/93, CR 1994, 627.

³⁰² LG Mannheim, Urt. v. 17.12.1993 – 7 O 257/93, CR 1994, 627.

³⁰³ OLG Hamburg, Urt. v. 11.1.2001 – 3 U 120/00, GRUR-RR 2001, 289 = ZUM 2001, 519.

³⁰⁴ Arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch, Urt. v. 30.1.1981 und 14.5.1982, GRUR Int. 1983, 669.

³⁰⁵ So etwa BGH, Urt. v. 13.12.1990 – I ZR 21/89, BGHZ 113, 159 = NJW 1991, 1234 = GRUR 1991, 316.

demselben Konzern angehören.³⁰⁶ Allerdings hat das Verbreitungsrecht bei Software einige Spezifika. Der Akt der Verbreitung umfasst sowohl das **Recht der Vermarktung als auch des Marketings**. Ein Verbreiten in der Form des „der Öffentlichkeit anbieten“ kann auch durch ein Einzelangebot an einen Dritten erfolgen, zu dem keine persönlichen Beziehungen bestehen.³⁰⁷ Ausreichend ist insofern bereits die Suche nach einem Tauschpartner über Zeitschrifteninserate.³⁰⁸ Ähnliches gilt für Angebote an Händler.³⁰⁹ Ein tatsächlicher nachgelagerter Verkaufsvorgang ist insoweit nicht erforderlich.³¹⁰

Derjenige, der ein fremdes, urheberrechtlich geschütztes Computerprogramm zum Herunterladen ins Internet stellt, darf sich nicht darauf verlassen, dass es sich dabei mangels entgegenstehender Anhaltspunkte um ein Programm handelt, mit dessen öffentlicher Zugänglichmachung der Berechtigte einverstanden ist. Er muss vielmehr vorher sorgfältig prüfen, ob der Berechtigte das Programm **zur öffentlichen Zugänglichmachung freigegeben** hat.³¹¹ Das *OLG Frankfurt a.M.* legte den Begriff des Verbreitens dahingehend aus, dass bereits das Bewerben eines urheberrechtlich geschützten Werks auch ohne nachgelagerten Verkaufsvorgang ein Verbreiten i.S.d. § 69c Nr. 3, S. 2 UrhG darstellt, sofern die Bewerbung zu dessen Erwerb anregt.³¹² Dabei stellt die Gewährung eines Testzugangs eine öffentliche Zugänglichmachung des Computerprogrammes dar.³¹³

Das Verbreitungsrecht ist jedoch beschränkt durch den **Erschöpfungsgrundsatz**, der sich in § 69c Nr. 3 S. 2 des Urheberrechtsgesetzes wiederfindet. Danach ist die **Weiterverbreitung** (nicht die Vervielfältigung³¹⁴ oder andere Rechte!) von Werkstücken im Gebiet des EWR unbeschränkt zulässig, wenn sie zuvor mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind.

Lange Zeit war es unklar, ob dieser Erschöpfungsgrundsatz sich **auch auf Softwareverträge** erstreckt. Diese Unsicherheit bezog sich vor allem auf die Frage, ob ein Softwarevertrag eine „Veräußerung“ i.S.v. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG sein könne. Die Rechtsprechung steht – anders als ein Teil der Literatur – auf dem Standpunkt, dass dies bei den normalen Softwareverträgen der

³⁰⁶ EuGH, Urt. v. 31.10.1974 - Rs. 15/74, NJW 1975, 516 - Centrafarm I; vgl. auch EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – C-77/01, DStRE 2004, 1095.

³⁰⁷ BGH, Urt. v. 13.12.1990 – I ZR 21/89, NJW 1991, 1234 f. = GRUR 1991, 316.

³⁰⁸ LG Hamburg, Urt. v. 13.9.1994 – 308 O 414/93, CR 1995, 222.

³⁰⁹ BGH, Urt. v. 23.1.1981 – I ZR 170/78, GRUR 1981, 360; Urt. v. 3.7.1981 – I ZR 106/79, GRUR 1982, 102.

³¹⁰ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 11.8.2015 – 11 U 94/13.

³¹¹ BGH, Urt. v. 20.5.2009 – I ZR 239/06, GRUR 2009, 864 = MMR 2009, 756 m. Anm. Kaufmann = NJW 2009, 3509 = ZUM-RD 2009, 502 = CR 2009, 642.

³¹² OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 11.8.2015 – 11 U 94/13, MMR 2016, 337; *Hermes*, GRUR-Prax, 2016, 61.

³¹³ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 27.1.2015 – 11 U 94/13 (Teilurteil), NJW-RR 2015, 999; *Cichon*, GRUR-Prax 2015, 210.

³¹⁴ Siehe dazu LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.11.2008 – 2/6 O 437/08, CR 2009, 142.

Fall ist: Der Erwerb von (maßgeschneiderter) Individualsoftware erfolgt danach im Rahmen eines Werkvertrags.³¹⁵ (Konfektionierte) Standardsoftware wird hingegen im Wege eines Sachkaufs oder kaufähnlichen Vertrags auf den Markt gebracht. In beiden Fällen erwirbt der Anwender/Kunde Eigentum an einer bestimmten Programmkopie einschließlich der dazu gehörigen Programmunterlagen.³¹⁶ Individual- und Standardsoftware werden daher regelmäßig im Wege von Kauf- und Werkverträgen auf den Markt gebracht werden, selbst wenn solche Verträge als „Lizenzen“ bezeichnet werden. Der Erschöpfungsgrundsatz gilt allerdings nicht bei einer Erstvermietung der Software.³¹⁷

Von daher ist nach Auffassung der Gerichte der Erschöpfungsgrundsatz bei Softwareverträgen unmittelbar anwendbar.³¹⁸ Der Hersteller oder Händler kann sich daher nicht unter Bezugnahme auf das Urheberrecht darauf berufen, dass der Weiterverkauf von Software seine Rechte verletze. Ihm bleibt nur die Möglichkeit, mit den Anwendern Mietverträge über die Überlassung der Programme abzuschließen, da dann keine Veräußerung i.S.d. § 17 Abs. 2 UrhG vorliegt; diese Alternative scheidet aber angesichts der sehr weitgehenden Gewährleistungsregeln des Mietvertragsrechts³¹⁹ aus praktischen Gründen aus. Dies gilt auch für Bundlingverträge, wonach der Weiterverkauf von vorinstallierter Software nicht ohne die dazugehörige Hardware erlaubt ist.³²⁰ Eine demgegenüber einzuwendende Gefahr, dass der Endkunde die Software unter Verstoß gegen das Verbreitungsrecht mehrfach verbreitet, besteht nicht, sofern dem Händler Erklärungen vorliegen, dass die Kunden die Software auf ihrer Festplatte gelöscht haben. Insofern unterscheidet der Fall sich nicht von jenen, in denen ein Weiterveräußerer eine ihm auf Diskette übergebene Lieferkopie der Software weiterveräußert, hinsichtlich derer ihm das Recht zur Installation und Nutzung auf dem Computer eingeräumt

³¹⁵ BGH, Urt. v. 11.2.1971 – VII ZR 170/69, WM 1971, 615; BGH, Urt. v. 30.1.1986 – I ZR 242/83, BB 1986, 1319.

³¹⁶ So etwa BGH, Urt. v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, CR 1990, 24 = JZ 1990, 236; Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135 = JZ 1988, 460 m. Anm. *Junker*; ähnlich BGH, Urt. v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, GRUR 1985, 1055; weitere Nachweise bei *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rn. 33; a.A. etwa *Kindermann*, CR 1986, 447; *Kindermann*, EDV & Recht 2/1987, 8 f.; *Heussen*, GRUR 1987, 779.

³¹⁷ LG Köln, Urt. v. 2.6.2010 – 28 O 77/06, CR 2010, 576 = ZUM-RD 2010, 636.

³¹⁸ So ausdrücklich noch zum alten Recht LG Bielefeld, Urt. v. 18.4.1986 – 20 O 412/84, CR 1986, 444; OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.1989 – 3 U 1342/88, NJW 1989, 2634 = CR 1990, 118; für § 69c Nr. 3: OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.6.1996 – 11 U 4/96, NJW-RR 1997, 494. Für Österreich auch der Oberste Gerichtshof, Beschl. v. 23.5.2000 – 4 Ob 30/00, GRUR Int. 2000, 1028.

³¹⁹ Gebrauchstauglichkeit während der Mietzeit; vgl. § 538 BGB.

³²⁰ LG Düsseldorf, Urt. v. 22.4.2009 – 12 O 23/09, CR 2009, 357 = MMR 2009, 216; mit Urt. v. 7.9.2016 hat der *EuGH* auch zur Frage der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von vorinstallierter Software entschieden. Die Entscheidung ist abrufbar unter:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5668dc924bcb64b74a7c9df7054ce17fc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=183106&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=558502> (zuletzt abgerufen am 17.05.2021).

war. Auch in diesen Fällen wird es als notwendig und ausreichend erachtet, dass der Veräußerer mit der Weitergabe die von ihm auf der Festplatte installierte Kopie löscht.

Fraglich ist allerdings, inwieweit das Verbreitungsrecht **vertraglich mit dinglicher Wirkung beschränkt** werden kann. § 137 S. 1 BGB schließt dies grundsätzlich aus; die Vorschrift lässt aber eine schuldrechtliche Bindung zu (§ 137 S. 2 BGB). Das KG Berlin hat z.B. dem Unternehmen Microsoft gestattet, den Verkauf von Microsoft-Produkten in OEM-Versionen und (freie) Nicht-OEM-Versionen aufzuspalten und mit dieser Konstruktion den Verkauf von OEM-Versionen auf dem freien Markt zu untersagen.³²¹ Das europäische Recht habe an der Zulässigkeit der Einräumung unterschiedlicher Nutzungsrechte für getrennte Nutzungsarten nichts geändert; so könnten weiterhin unterschiedliche Nutzungsrechte für gebundene und Taschenbuchausgaben eingeräumt werden.³²² Diese Auffassung wird von anderen Oberlandesgerichten nicht geteilt³²³ und von der Literatur kritisiert.³²⁴ Der *BGH* hat inzwischen eine dingliche Beschränkung des OEM-Vertriebs für unwirksam erachtet. Der Vertrieb von OEM-Software sei nicht von vornherein beschränkbar; es gelte ungeachtet einer inhaltlichen Beschränkung des Nutzungsrechts der Erschöpfungsgrundsatz.³²⁵ Der *BFH* hat darüber hinaus präzisiert, dass der Begriff der Verbreitung auch den Weitervertrieb an rechtlich selbständige Konzernunternehmen und Kooperationspartner umfasse.³²⁶ Dies gelte auch für die Nutzung innerhalb eines Intranets oder via File-Sharing.³²⁷

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

Der Begriff „Miete“ ist im Regierungsentwurf nicht definiert. Die Bundesregierung verweist auf die Präambel zur EG-Richtlinie (91/250/EWG), die den Begriff der Miete als „the making

³²¹ KG Berlin, Urt. v. 27.2.1996 – 5 U 8281/95, NJW 1997, 330 = CR 1996, 531 m. Anm. *Witte* und *Erben/Zahrnt*; ähnlich auch LG Berlin, Urt. v. 27.8.1996 – 16 O 581/95, CR 1996, 730 = NJW-RR 1997, 1065; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.5.2000 – 6 U 63/99, ZUM 2000, 763 = CR 2000, 581.

³²² Vgl. zu diesem Aspekt BGH, Urt. v. 12.12.1991 – I ZR 165/89, GRUR 1992, 310 – Taschenbuchlizenz; BGH, Urt. v. 21.11.1958 – I ZR 98/57, GRUR 1959, 200 – Heiligenhof.

³²³ Siehe etwa OLG München, Urt. v. 12.2.1998 – 29 U 5911/97, MMR 1998, 313.

³²⁴ *Siehe Witte*, CR 1996, 533; KG Berlin, Urteil v. 27.2.1996, m. Anm. *Erben/Zahrnt*, CR 1996, 535.

³²⁵ BGH, Urt. v. 6.7.2000 – I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 11 – OEM; ähnlich danach auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.2.2005 – 20 U 126/04, GRUR-RR 2005, 213 = MMR 2005, 707.

³²⁶ BFH, Urt. v. 25.11.2004 – V R 25/04, V R 26/04, DStR 2005, 595.

³²⁷ BFH, Urt. v. 25.11.2004 – V R 25/04, V R 26/04, MMR 2005, 529 = GRUR 2005, 863.

available for use, for limited period of time and for profit-making purposes“ definiert.³²⁸ Vermietung bezieht sich demgegenüber nicht auf die öffentliche Verleihpraxis, die Gegenstand einer anderen EG-Richtlinie ist.³²⁹ Dies veranlasste den Bundesrat in seiner Stellungnahme zu dem Vorschlag, durch Hinzufügung der Worte „zu Erwerbszwecken“ in § 69c Nr. 3 UrhG den Bezug des Gesetzes auf die Vermietung klarzulegen.³³⁰ Dieser Vorschlag wurde von der Bundesregierung jedoch unter Verweis darauf abgelehnt, die nähere Bestimmung des Begriffs der Miete sollte der Umsetzung der Verleihrichtlinie vorbehalten bleiben.³³¹ Problematisch ist diese Einschränkungsmöglichkeit allerdings für das **DV-Leasing**. Hier kommt es regelmäßig zum Leasing von Hard- und Software, letzteres vor allem bei der Überlassung von Betriebssystemsoftware. Das IT-Leasing ist allerdings wegen § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG nur mit Zustimmung des Inhabers der Softwarerechte zulässig.

Zugelassen hat jetzt das *OLG Karlsruhe*³³² die vertragliche Beschränkung der Übertragung von Software-Rechten. In einem Vertrag, der die Überlassung einer client-server-basierten Unternehmenssoftware regelt, halte eine Klausel, nach der es unzulässig ist, ein als Gesamtheit erworbenes Nutzungsvolumen aufzuspalten (Aufspaltungsverbot), der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB stand. Ein solches Aufspaltungsverbot verstoße auch nicht gegen das Kartellrecht. Allerdings basiert das Urteil ausdrücklich auf dem Vorlageschluss des *BGH* an den *EuGH* zur Online-Erschöpfung (s.u.) und hat daher bis zur endgültigen Klärung der Rechtsfragen durch den *EuGH* keine weitere Bedeutung.

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.³³³ So hat insbesondere die Münchener Justiz ihr Problem mit der Online-Erschöpfung. Das *OLG München*³³⁴ wollte diesen Grundsatz nicht anerkennen; die Weitergabe von Nutzungsrechten verstoße gegen das Vervielfältigungsrecht des Urhebers, weil sich der Erschöpfungsgrundsatz sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Recht nur auf in

³²⁸ BT-Drs. 12/4022, S. 11.

³²⁹ Die EG-Kommission verabschiedete am 5.12.1990 einen zweiten Vorschlag für eine Council Directive on rental right, lending right and on certain rights related to copyright (COM (90) 586 final – SYN 319. Vgl. zu dem Themenkomplex auch von *Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104.

³³⁰ Anlage 2 zu BT-Drs. 12/4022, S. 18.

³³¹ Anlage 3 zu BT-Drs. 12/4022, S. 19.

³³² OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.7.2011 – 6 U 18/10, MMR 2011, 727.

³³³ LG München I, Urt. v. 19.1.2006 – 7 O 23237/05, MMR 2006, 175 = CR 2006, 159 m. Anm. *Haines/Scholz*; OLG München, Urt. v. 3.8.2006, MMR 2006, 748 m. Anm. *Stögmüller* = CR 2006, 655 m. Anm. *Lehmann*; Siehe dazu *Hoeren*, CR 2006, 573.

³³⁴ Zuletzt OLG München, Urt. v. 3.7.2008 – 6 U 2759/07, MMR 2008, 601 m. Anm. *Moritz* = BeckRS 2008, 16725 = K&R 2008, 538; davor Urt. v. 3.8.2006 – 6 U 1818/06, CR 2006, 655 m. Anm. *Lehmann* = BeckRS 2006, 10438 = MMR 2006, 748.

einem Gegenstand verkörperte Werke beziehe und hier die „gebrauchte“ Software dem Käufer nicht auf einem Datenträger verkörpert übergeben, sondern nur die Softwarelizenz verkauft wurde. Weder direkt noch analog könne der Erschöpfungsgrundsatz zur Anwendung kommen. Ferner ist nach Auffassung des *LG München*³³⁵ die pauschale Werbeaussage, dass die Veräußerung von „gebrauchten“ Softwarelizenzen für Standardsoftware erlaubt sei, im Lichte der §§ 3, 5 UWG irreführend und damit unzulässig. Dabei wird auch darauf abgestellt, dass ohnehin die Nutzung von Software den Eingriff in weitere Rechte impliziere, etwa das Recht zum Laden in den Arbeitsspeicher. Das OLG München entschied 2015 jedoch, dass der Erschöpfungsgrundsatz auch auf Gebrauchsoftwares, bei der nur die entsprechende Softwarelizenz verkauft wird, angewandt wird. Dabei ist jedoch derjenige, der sich auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts beruft, im Hinblick auf die tatsächlichen Voraussetzungen dieser darlegungs- und beweispflichtig.³³⁶ Andere Gerichte argumentieren zu Recht damit, dass es keinen Unterschied mache, ob Software via DVD oder über das Netz vertrieben werde; in beiden Fällen müsse wirtschaftlich und juristisch im Hinblick auf eine Erschöpfung gleich argumentiert werden.³³⁷ Das *LG München*³³⁸ hat der Kaufpreisklage des mit gebrauchten Softwarelizenzen handelnden Klägers stattgegeben; das Vorbringen des Software-Käufers, der Veräußerung einer einzelnen Lizenz aus einem Volumenlizenzvertrag liege ein Rechtsmangel zu Grunde, teilte das Gericht nicht. Es sei dem Käufer eine verkörperte Kopie übergeben worden, die durch Vervielfältigung der Masterkopie des ursprünglichen Lizenzinhabers entstanden sei. Dadurch sei sowohl hinsichtlich des Verbreitungsrechts als auch des Vervielfältigungsrechts Erschöpfung gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG eingetreten. Durch die in Erfüllung des jeweiligen Volumenlizenzvertrags erfolgte Einräumung von Nutzungsrechten an Software habe sich das Verbreitungsrecht des Lizenzinhabers in Bezug auf jedes einzelne eingeräumte Nutzungsrecht, das jeweils als ein eigenständig zu beurteilendes Vervielfältigungsstück der Software zu behandeln sei, erschöpft. Dadurch könnten auch bei aufgespaltenen Volumenlizenzen einzelne Softwarelizenzen ohne Zustimmung des Lizenzinhabers veräußert werden.

Eine Erschöpfung wurde vom *OLG Frankfurt a.M.* in einem Beschluss, bei dem es um den Weiterverkauf überzähliger, im Rahmen einer Volumenlizenz erworbener, Nutzungsrechte an

³³⁵ LG München I, Beschl. v. 30.4.2008 – 33 O 7340/08, CR 2008, 414, m. Anm. *Moritz*.

³³⁶ OLG München, Beschl. v. 2.3.2015 – 6 U 2759/07, MMR 2015, 397, 400.

³³⁷ So etwa LG Hamburg, Urt. v. 29.6.2006 – 315 O 343/06, MMR 2006, 827 = CR 2006, 812; OLG Hamburg, Urt. v. 7.2.2007 – 5 U 140/06, MMR 2007, 317 m. Anm. *Hüsch/Meuser*. Siehe dazu auch *Rössel*, ITRB 2007, 105. Ähnlich *Grützmaker*, ZUM 2006, 302; *Grützmaker*, CR 2007, 549; *Sosnitsa*, K&R 2006, 206.

³³⁸ LG Hamburg, Urt. v. 29.6.2006 – 315 O 343/06, MMR 2006, 827 m. Anm. *Heydn/Schmidl* = CR 2006, 815 m. Anm. *Grützmaker*; *Bräutigam/Sosna*, jurisPR-ITR 12/2006, Anm. 5.

Windows XP Professional über eBay ging, abgelehnt.³³⁹ Eine analoge Anwendung wurde mit der Begründung verneint, dass sich das Verbreitungsrecht nur an körperlichen Werkstücken, nicht aber an unkörperlichen Rechten erschöpfen kann und dass bei einem Erwerb via Download schon kein Inverkehrbringen vorliege. Von dieser Sachlage zu unterscheiden ist der Handel mit gebrauchter Software bei OEM-Versionen, welche zwar in körperlicher Form in Verkehr gebracht, aber ausschließlich in Verbindung mit einem Computer vertrieben werden. Hier hob das *OLG Düsseldorf*³⁴⁰ ein Urteil des *LG Düsseldorf*³⁴¹ auf und zwar mit der Begründung, dass der Erschöpfungsgrundsatz beim Verkauf von OEM-Software nicht greife, da die Software nie zum isolierten Vertrieb in Verkehr gebracht wurde. Vielmehr liege es beim Rechteinhaber zu entscheiden, ob er die Weiterverbreitung durch Verbreitung einzelner Werkstücke erleichtere oder erschwere, indem er eine Verkörperung wählt, welche nur schwer handelbar ist. Bei vorinstallierter Software könne sich das Verbreitungsrecht nur bezüglich des Werkstücks erschöpft haben, in dem sich das Computerprogramm verkörpert, also der Computer, auf dem das Programm vorinstalliert worden war. Ohne Weitergabe des Computers oder zumindest der Festplatte sei ein Weitervertrieb der vorinstallierten Software somit unzulässig. Vor dem Hintergrund, dass der *BGH* schon vor Jahren die Zulässigkeit der Weiterveräußerung von, allerdings noch auf CD ausgelieferter, OEM-Software erklärt hat,³⁴² zeigt sich jedoch, dass die feste Vorinstallation lediglich ein Weg zur Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes ist und daher nicht einfach in das Belieben des Rechteinhabers gestellt werden kann. So würde der unabdingbare § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG auf technischer Ebene zur Disposition gestellt. Egal, ob Vertrieb als OEM-Version oder als Download, solange sichergestellt ist, dass es zu keiner Vermehrung von Vervielfältigungen der überlassenen Software kommt,³⁴³ muss der Erschöpfungsgrundsatz anerkannt werden. Andernfalls würde es zu einer ähnlich absurden Situation kommen, wie der Aushebelung des § 53 UrhG durch die von § 95a UrhG unter Schutz gestellten technischen Schutzmaßnahmen.

³³⁹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.5.2009 – 11 W 15/09, MMR 2009, 544 m. Anm. *Bräutigam*; ähnlich OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.6.2010 – 11 U 13/10, MMR 2010, 681; so auch LG München I, Urt. v. 15.3.2007 – 7 O 7061/06, MMR 2007, 328 und bestätigend OLG München, Urt. v. 3.7.2008 – 6 U 2759/07, MMR 2008, 601 m. Anm. *Moritz* = ZUM 2009, 70; ähnlich auch LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.11.2008 – 2/6 O 437/08, CR 2009, 142, welches einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht angenommen hat. Ferner ebenso LG Frankfurt a.M., Urt. v. 27.4.2010 – 2-26 O 428/10, MMR 2011, 617.

³⁴⁰ LG Düsseldorf, Urt. v. 26.11.2008 – 12 O 431/08, MMR 2009, 216 m. Anm. *Leistner/Klein* = NJW 2000, 3571; ähnlich LG Frankfurt a.M., Urt. v. 6.1.2010 – 2-06 O 556/09, MMR 2010, 465.

³⁴¹ LG Düsseldorf, Urt. v. 26.11.2008 – 12 O 431/08, MMR 2009, 216 m. Anm. *Leistner/Klein* = NJW 2000, 3571.

³⁴² BGH, Urt. v. 6.7.2000 – I ZR 244/97, MMR 2000, 749.

³⁴³ Vgl. LG München I, Urt. v. 28.11.2007 – 30 O 8684/07, MMR 2008, 563 = ZUM-RD 2008, 496.

Der *BGH* hat im Februar 2011 die Frage dem *EuGH* zur Entscheidung vorgelegt.³⁴⁴ Die Kunden der Beklagten greifen durch das Herunterladen der Computerprogramme – so der *BGH* – in das nach § 69c Nr. 1 UrhG ausschließlich dem Rechtsinhaber zustehende Recht zur Vervielfältigung der Computerprogramme ein. Da die Beklagte ihre Kunden durch das Angebot „gebrauchter“ Lizenzen zu diesem Eingriff veranlasst, kann sie auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, falls ihre Kunden nicht zur Vervielfältigung der Programme berechtigt sind. Die Kunden der Beklagten können sich nach Auffassung des *BGH* allerdings möglicherweise auf die Regelung des § 69d Abs. 1 UrhG berufen, die Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG ins deutsche Recht umsetzt und daher richtlinienkonform auszulegen ist. Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG bedarf die Vervielfältigung eines Computerprogramms – solange nichts anderes vereinbart ist – nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig ist. Es stellt sich daher die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen derjenige, der eine „gebrauchte“ Softwarelizenz erworben hat, als „rechtmäßiger Erwerber“ des entsprechenden Computerprogramms anzusehen ist. In diesem Zusammenhang kann sich auch die weitere Frage stellen, ob sich das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers erschöpft, wenn ein Computerprogramm mit seiner Zustimmung im Wege der Online-Übermittlung in Verkehr gebracht worden ist. Der *EuGH* hat in *UsedSoft vs. Oracle*³⁴⁵ 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, ob künftig neue Vertriebsmodelle Kauf/Lizenz ersetzen werden (Miete, Cloud Computing; SaaS). Im Übrigen zählen zu den Vervielfältigungen, die nach Art. 5 der RL für die Benutzung der Software erforderlich und dem Zweiterwerber daher erlaubt sind, nicht die Aufspaltungen von Volumenlizenzen. In einer weiteren Entscheidung, der *UsedSoft III*-Entscheidung, hat der *BGH*

³⁴⁴ BGH, Beschl. v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, MMR 2011, 305 – *UsedSoft*.

³⁴⁵ EuGH, Urt. v. 3. Juli 2012 – C-128/11, MMR 2012, 586 = *EuZW* 2012, 658. Ihm dann auch folgend BGH, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360 = *ZUM* 2014, 326 – *UsedSoft 2*.

nun entschieden, dass der Erschöpfungsgrundsatz nicht nur für die Kopie des Ersterwerbers gelte, sondern auch auf die Vervielfältigung durch den Ersterwerber zur Herstellung der abzuspaltenden Kopien, die an den Zweiterwerber gehen.³⁴⁶ Demnach mache es keinen Unterschied mehr, ob die Kopie heruntergeladen oder hergestellt wurde.³⁴⁷ Spannend ist, wie sich die Entscheidungen auf andere Werkarten auswirken.³⁴⁸ Das *LG Berlin*³⁴⁹ hat klargestellt, dass die UsedSoft-Entscheidung³⁵⁰ nicht für Online-Computerspiele und die Übertragbarkeit von Accounts in solchen herangezogen werden kann.

Klauseln, die die Online-Erschöpfung unterlaufen, sind AGB-rechtlich unwirksam. So hat das *OLG Hamburg*³⁵¹ die Verwendung der Klausel

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

untersagt. Sie verstoße gegen den urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz. Die Beschränkung der Übertragbarkeit der Software auf einen einzigen Übertragungsvorgang – vom ersten Lizenznehmer auf einen Dritten – weiche von der gesetzlichen Regelung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG ab und verletze deshalb § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Verboten wurden auch Klauseln in AGB eines Softwareherstellers, wonach die Weitergabe von Software der schriftlichen Zustimmung des Softwareherstellers bedarf und dieser die Zustimmung verweigern kann, wenn die Nutzung der Software durch den neuen Nutzer seinen berechtigten Interessen widerspricht.³⁵² Unzulässig ist ferner eine Klausel, wonach jede Nutzung der Software des Herstellers, die über die vertraglichen Vereinbarungen hinausgeht, dem Softwarehersteller schriftlich anzuzeigen ist und eines gesonderten Vertrags mit dem Softwarehersteller über den zusätzlichen Nutzungsumfang (Zukauf) bedarf.³⁵³

³⁴⁶ BGH, Urt. v. 11.12.2014 – I ZR 8/13 - UsedSoft 3 = MMR 2015, 530 = GRUR 2015, 772 m. Anm. Sattler = CR 2015, 429 = K&R 2015, 490.

³⁴⁷ BGH, Urt. v. 11.12.2014 – I ZR 8/13 - UsedSoft 3 = MMR 2015, 530 = GRUR 2015, 772 m. Anm. Sattler = CR 2015, 429 = K&R 2015, 490.

³⁴⁸ Abgelehnt durch LG Bielefeld, Urt. v. 5.3.2013 – 4 O 191/11, ZUM 2013, 688 = GRUR-RR 2013, 281 und OLG Hamm, Urt. v. 15.5.2014 – 22 U 60/13, NJW 2014, 3659; LG Berlin Urt. v. 11.3.2014 -16 O 73/13, CR 2014, 291 m. Anm. Jaeger; OLG Hamburg, Hinweisbeschluss v. 4.12.2014 und Beschl. v. 24.3.2015 – 10 U 5/11, MMR 2015, 740 m. Anm. Hansen/Struwe, zustimmend Ganzhorn, 2015, der im Interesse der Warenverkehrsfreiheit für eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf alle digitalen Güter streitet.

³⁴⁹ LG Berlin, Urt. v. 21.1.2014 – 15 O 56/13, CR 2014, 400 = ITRB 2014, 131 m. Anm. Rössel.

³⁵⁰ EuGH, Urt. v. 3.7.2012 – C – 128/11, MMR 2012, 586 = EuZW 2012, 658.

³⁵¹ OLG Hamburg, Beschl. v. 30.4.2013 – 5 W 35/13, MMR 2014, 115.

³⁵² LG Hamburg, Urt. v. 25.10.2013 – 315 O 449/12 (nicht rechtskräftig), ZUM 2014, 69 = K&R 2014, 60.

³⁵³ LG Hamburg, Urt. v. 25.10.2013 – 315 O 449/12 (nicht rechtskräftig), ZUM 2014, 69 = K&R 2014, 60.

Die Zurückweisung oder Nichtbearbeitung von sog. **Transferanträgen zur Übertragung gebrauchter Software** durch Microsoft ausschließlich aus dem Grund, dass hierbei veraltete Formulare verwendet wurden oder durch den Gebraucht-Softwarehändler eine Passage gestrichen wurde, welche die Versicherung zur Nichtübertragung an nicht verbundene Dritte beinhaltete, ist nach § 4 Nr. 4 UWG wettbewerbswidrig.³⁵⁴

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* urheberrechtswidrig.³⁵⁵ Schwierig ist auch die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in Erschöpfungsfällen. Wer auf Grund der Erschöpfung des Verbreitungsrechts geltend macht, als zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks Berechtigter vom Vervielfältigungsrecht Gebrauch machen zu dürfen, muss im Einzelnen vortragen, dass

- der Rechtsinhaber seine Zustimmung zum Download der betreffenden Softwarelizenzen gegen Zahlung eines Entgelts erteilt hat,
- der Rechtsinhaber seinen Erwerbern ein Recht zur zeitlich unbegrenzten Nutzung der jeweiligen Programmkopie eingeräumt hat,
- die Nutzung von Updates der Software im jeweiligen konkreten Einzelfall von einem zwischen dem Rechtsinhaber und dem ursprünglichen Erwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt ist,

der Ersterwerber seine eigene Programmkopie zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar macht, auf seinem Server mithin keine Vervielfältigung mehr erhalten bleibt, sodass eine unzulässige Aufspaltung der Lizenzen ausgeschlossen ist und im jeweiligen Einzelfall sichergestellt ist, dass der Nacherwerber die Programmkopie nur im dem Ersterwerber vertraglich gestatteten bestimmungsgemäßen Umfang nutzt.³⁵⁶

c) **Bearbeitung**

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

³⁵⁴ LG Hamburg, Urt. v. 22.7.2010 – 315 O 266/09, CR 2010, 778.

³⁵⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.6.2006 – I-20 U 112/05, CR 2006, 656.

³⁵⁶ OLG München, B. v. 02.03.2015 – 6 U 2759/07 in Anlehnung an BGH, Urt.v.17.07.2013 – I ZR 129/08 – Used Soft II.

§ 69c Nr. 2 UrhG verbietet auch die Entfernung einer Dongle-Abfrage ohne Zustimmung des Rechteinhabers.³⁵⁷ Die Dongle-Abfrage ist ein Kopierschutzstecker, der auf eine Schnittstelle des Computers aufgesteckt wird und dessen Vorhandensein von der zu schützenden Software regelmäßig abgefragt wird. Wird der Dongle entfernt, verweigert die Software ihren Dienst. Eine Bearbeitung liegt nicht in Veränderungen an der Verpackung, weil das Programm selbst, auf das sich § 69c UrhG bezieht, hierdurch nicht verändert worden ist; darin kann aber ein Verstoß gegen § 3 UWG liegen.³⁵⁸

Im Zusammenhang mit der Bearbeitung steht die urheberpersönlichkeitsrechtliche Frage nach dem **Namensnennungsrecht eines Programmierers** (§ 13 UrhG). Das *OLG Hamm*³⁵⁹ hat als erstes Gericht ein solches Recht angenommen. Die umfassende und ausschließliche Einräumung der Nutzungs- und Verwertungsbefugnis erlaubt es nicht, sich das Urheberpersönlichkeitsrecht anzumaßen und die Hinweise auf die Urheberschaft eines Programmierers wegzulassen, so insbesondere den Copyrightvermerk zu ändern oder die Software entsprechend zu vertreiben. Grundsätzlich hat jeder Urheber gem. § 13 UrhG das Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft am Werk – ergänzt durch die Entstellungs- und Änderungsverbote der §§ 14, 39 UrhG und die Pflicht zur Quellenangabe gem. § 63 UrhG. Er kann sich, wenn jemand z.B. das Werk als eigenes bezeichnet, entsprechend hiergegen wehren. Das *OLG Hamm* hat die Anforderungen an einen Verzicht auf die Namensnennung präzisiert: Eine Vereinbarung über die Urheberbezeichnung im Rahmen einer Nutzungseinräumung sei zwar zulässig. Indes seien diesbezüglich zum Schutze des Urhebers strenge Anforderungen zu stellen. Dies gelte einerseits für die Feststellung einer – gegebenenfalls auch stillschweigend – erfolgten vertraglichen Einschränkung des Namensnutzungsrechts. Andererseits bedürfe es zur Beurteilung der für den Urheber zumutbaren Resultate einer konkreten Interessenabwägung, bei der etwa die Intensität des Eingriffs, dessen Erforderlichkeit im Hinblick auf die im Rahmen der vertragsgemäßen Ausübung der Verwertung, die Branchenüblichkeit und der Vertrags- bzw. Verwertungszweck zu berücksichtigen sind.

d) Bereithalten zum Abruf

§ 69c Nr. 4 UrhG gewährleistet für Software das neue Recht des Urhebers zur Kontrolle derjenigen Vorgänge, die auf eine **Bereithaltung des geschützten Inhalts für den öffentlichen Abruf** hinauslaufen (§ 15 Abs. 2 UrhG). Dies spielt eine besondere Rolle beim

³⁵⁷ OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.1.1996 – 6 U 40/95, NJW 1996, 2583 = CR 1996, 341.

³⁵⁸ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.8.2003 – 11 U 15/03, NJOZ 2004, 874 = GRUR-RR 2004, 198.

³⁵⁹ OLG Hamm, Urt. v. 7.8.2007 – 4 U 14/07, GRUR-RR 2008, 154.

Download von Computerprogrammen über File Transfer Protocol (FTP) oder vergleichbare Internetdienste. Hier gilt es zusätzlich zu beachten, dass das einmalige Herunterladen eines urheberrechtlich geschützten Werks von einem FTP-Server eine gem. § 106 UrhG strafbare Vervielfältigung darstellt.³⁶⁰ Dritten im Wege des Application Service Providing (ASP) ein Computerprogramm im Internet zugänglich zu machen, verletzt auch dann die Rechte des Urhebers nach § 69c Nr. 4 UrhG, wenn im ASP-Betrieb keine Programmdateien übertragen werden.³⁶¹

Die **Abrufbarkeit im nicht-öffentlichen Bereich** ist hingegen urheberrechtsfrei. Der Öffentlichkeitsbegriff bestimmt sich wiederum nach § 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.³⁶² Insofern bedarf die Nutzung von Software im Rahmen lokaler Netzwerke, die von kleinen, überschaubaren Nutzerkreisen genutzt werden, nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers. Denn hier fehlt es wegen der Größe des Betriebes regelmäßig an einer persönlichen Verbundenheit bei den **Beschäftigten eines Betriebes**.³⁶³ Nach Auffassung des *BGH*³⁶⁴ muss der Teilnehmerkreis über seine Zugehörigkeit zum Betrieb hinaus durch engere persönliche Beziehungen miteinander verbunden sein, um als nicht-öffentlich zu gelten.³⁶⁵

Bedenklich erscheinen demgegenüber **pauschale Netzwerkbeschränkungen**, LAN-Verbote und Netzlizenzen, da solche Regelungen ohne urheberrechtliche Rechtfertigung in die Eigentümerfreiheit des Anwenders eingreifen und damit regelmäßig gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB nichtig sind. Im Übrigen berechtigt die dem Lizenznehmer eingeräumte ausschließliche Lizenz zum Vertrieb des Werks in körperlicher Form in Schachteln („physical product in boxed versions“) ihn nicht dazu, gegen die öffentliche Zugänglichmachung im Internet in digitaler Form vorzugehen.³⁶⁶

5. Schranken

³⁶⁰ LG Braunschweig, Urt. v. 8.7.2003 – 6 KLS 1/03, MMR 2003, 755 = ZUM 2004, 144.

³⁶¹ OLG München, Urt. v. 7.2.2008 – 29 U 3520/07, GRUR-RR 2009, 91 = CR 2009, 500.

³⁶² FG Berlin, Urt. v. 21.1.2003 – 7 K 7087/02, EFG 2004, 226.

³⁶³ BGH, Urt. v. 24.6.1955 – I ZR 178/53, NJW 1955, 1356 – Betriebsfeier; Kotthoff, GRUR 1997, 597.

³⁶⁴ BGH, Urt. v. 24.6.1955 – I ZR 178/53, NJW 1955, 1356 – Betriebsfeier.

³⁶⁵ Streitig ist die Anwendbarkeit von § 69c Nr. 4 UrhG auf ASP; siehe *Dietrich*, ZUM 2010, 567.

³⁶⁶ LG Mannheim, B. v. 18.5.2015 - 7 O 81/15, GRUR-Prax 2015, 413.

§ 69d UrhG steht in Korrelation zu § 69c UrhG. Wenn die Rechte des Urhebers in § 69c UrhG über das sonst übliche Maß hinaus erweitert werden, muss dies auch Auswirkungen auf die **Schranken zugunsten des Nutzers** haben.³⁶⁷ Dementsprechend enthält § 69d UrhG eine Reihe von Schutzbestimmungen im Interesse des Softwareanwenders, die zwingender Natur sind (siehe § 69g Abs. 2 UrhG).

Die **Rechtsnatur von § 69d Abs. 1 UrhG** ist allerdings unklar. Teilweise wird darin eine gesetzliche Schranke gesehen.³⁶⁸ Andere sehen darin wegen des Verweises auf die anderweitigen Regelungen eine Auslegungsregel in Anlehnung an § 31 Abs. 5 UrhG, wonach der Lizenznehmer sein Recht soweit benutzen kann, wie es der Zweck des Vertrags ungeachtet anderer vertraglicher Bestimmungen erfordert.³⁶⁹ Die Unklarheit ist dadurch bedingt, dass der Hinweis auf die Dispositivität auf einem inneren Widerspruch der EU-Softwareschutzrichtlinie beruht. Im Kern ist die Regelung als zwingende gesetzliche Schranke anzusehen; nur in seinem dispositiven Teil kann man eine Auslegungsregel sehen.

Die in §§ 69d und 69e UrhG verankerten Schranken sind – wie sonst auch im Urheberrecht – **weit auszulegen**, weil grundsätzlich die Nutzung fremder Ideen frei ist und der urheberrechtliche Schutz selbst eine Ausnahme von diesem Prinzip darstellt.³⁷⁰ Zwar geht eine bestimmte Schule im Urheberrecht davon aus, dass Schrankenbestimmungen stets eng auszulegen seien.³⁷¹ Dies ist allerdings unzutreffend.³⁷² Schranken geben dem Nutzer nur die Freiheit zurück, die ihm ohnehin zusteht. Grundsätzlich ist jede Nutzung fremder Ideen frei. Der Schutz von Werken über das Urheberrecht ist seinerseits eine Ausnahme, die eng auszulegen ist. Demgegenüber verweisen die Schranken auf den allgemeinen Gedanken der Informationsfreiheit und sind folglich – auch nach Maßgabe verfassungsrechtlicher Prinzipien – extensiv zu verstehen. §§ 69d und 69e UrhG sind folglich im Wege der gesetzeskonformen Auslegung als Garantie eines zwingenden Kerns urheberrechtlich relevanter Nutzungen anzusehen, die für die vertragsgemäße Verwendung des Programms unerlässlich sind.³⁷³

³⁶⁷ Unzutreffend insofern OLG München, Urt. v. 22.6.1995 – 6 U 1717/95, CR 1996, 11 = ZUM-RD 1997, 120 = MarlyRC 1995 Nr. 202, das einseitig auf die Verbesserung der Rechtsposition des Programmierers abstellt.

³⁶⁸ Witte, CR 1996, 533; Schulte, CR 1992, 588.

³⁶⁹ In diese Richtung etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.1.1996 – 6 U 40/95, NJW 1996, 2583 = CR 1996, 341.

³⁷⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.5.2001 – 20 U 166/00, NJW-RR 2002, 1049 = ZUM 2001, 795.

³⁷¹ Schricker/Loewenheim/Stieper, Urheberrecht, vor §§ 44a ff. Rn. 18 ff.; von Gamm, § 51 Rn. 2.

³⁷² So auch Schricker/Loewenheim/Leistner, Urheberrecht, § 97 Rn. 39; ähnlich Löffler, NJW 1980, 201.

³⁷³ Vgl. BGH, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 – Programmfehlerbeseitigung; Schricker/Loewenheim/Spindler, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 69d Rn. 6 f.

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

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

Die „Bestimmung“ eines Programms bestimmt sich **subjektiv-objektiv**. Primär ist auf den Willen der Parteien abzustellen, wie er sich aus dem Softwarevertrag oder sonstigen Abreden ergibt. Sollte ein solcher gemeinsame Wille nicht festzustellen sein, ist die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für Standardsoftware, bei der eine gewisse Typisierung der Funktionalitäten zumindest durch Sachverständige festgestellt werden kann. Bei Individualsoftware dürfte eine objektive Verkehrsauffassung schwieriger festzustellen sein. Zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogramms kann z.B. auch die Schulung durch Dritte gehören, sofern sich dies aus dem Softwarevertrag ergibt.³⁷⁴

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

Der bestimmungsgemäße Gebrauch umfasst nach dem Wortlaut von § 69d Abs. 1 UrhG **die Fehlerbeseitigung**. Dem User kann nicht verboten werden, Störungen durch eigenen Programmieraufwand zu beseitigen. Zu bedenken ist allerdings, dass er im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen daran gehindert sein kann, eigenmächtig Änderungen vorzunehmen. Dies gilt nicht im Rahmen des beim Erwerb von Standardsoftware anwendbaren Kaufrechts. Der User kann Fehler der Software kraft seiner Stellung als Eigentümer beseitigen. Es ist AGB-rechtlich nicht zulässig zu vereinbaren, dass eine solche Fehlerbeseitigung automatisch zum Ausschluss der Gewährleistung führt. Etwas anderes gilt, wenn der Händler mit dem Kunden eine Phase der Nachbesserung vereinbart.³⁷⁵ In diesem Fall muss der Kunde eine Fehlerbeseitigung durch den Händler dulden und kann nicht eigenmächtig vorgehen. Gleiches gilt für die Vereinbarung zur Erstellung von Individualsoftware, die aufgrund ihrer werkvertraglichen Natur ein Fehlerbeseitigungsrecht des Softwareerstellers beinhaltet (§ 633

³⁷⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.5.2001 – 20 U 166/00, NJW-RR 2002, 1049 = ZUM 2001, 795.

³⁷⁵ Siehe zu den Grenzen § 309 Nr. 8 BGB.

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

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

Problematisch ist allerdings, ob der User die auf diese Weise geänderte Softwareversion weiterveräußern darf. Dies könnte im Hinblick auf das Kennzeichenrecht des Herstellers problematisch sein. Insofern greift die aus dem Arzneimittelbereich bekannte Rechtsprechung zu den Umverpackungsfällen.³⁷⁶

Nicht von § 69d Abs. 1 umfasst ist die **Entfernung oder Umgehung der Dongle-Abfrage** als Kopierschutz.³⁷⁷ Solchen Umgestaltungen steht der erkennbare Wille des Programmierers entgegen, für den die Dongle-Abfrage zum fehlerfreien Betrieb des Programms gehört.³⁷⁸ Im Rahmen des „bestimmungsgemäßen“ Gebrauchs ist daher zu beachten, dass der Anwender zwar ein Interesse an einem funktionsfähigen und damit auch von Dongle-Abfragen freien Programm hat. Der bestimmungsgemäße Gebrauch wird jedoch nicht nur aus der Sicht des Nutzers bestimmt. Vielmehr muss auch den schutzwürdigen und für den Anwender erkennbaren Interessen des Programmierers Rechnung getragen werden. Dieser muss sein Programm vor der kaum zu kontrollierenden unrechtmäßigen Vervielfältigung schützen. Sofern für den Anwender daher die Verbindung des Programms mit einem Dongle erkennbar ist, hat er diese technische Vorrichtung während der Nutzung des Programms zu respektieren. Sollte die Vorrichtung nicht einwandfrei funktionieren, scheidet ein Selbsthilferecht aus; an die Stelle tritt die Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen gem. §§ 434 ff.

³⁷⁶ BGH, Urt. v. 19.10.2000 – I ZR 89/98, GRUR 2001, 422 = NJW-RR 2001, 978 – ZOCOR.

³⁷⁷ A.A. LG Mannheim, Urt. v. 20.1.1995 - 7 O 187/94, NJW 1995, 3322; Koch, NJW-CoR 1994, 293; König, NJW-CoR 1995, 191; König, NJW 1995, 3293.

³⁷⁸ OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.1.1996 – 6 U 40/95, NJW 1996, 2583 = CR 1996, 341.

BGB sowie §§ 633 ff. BGB. Allenfalls dann, wenn der Rechteinhaber nicht bereit ist, einen fehlerhaften Dongle auszutauschen, ließe sich die Eigeninitiative des Anwenders legitimieren.³⁷⁹ Verboten ist nicht nur die Umgehung der Dongle-Abfrage seitens des Anwenders, sondern auch der **Vertrieb von Dongle-Umgehungsprogrammen**. Hinsichtlich letzteren Verhaltens ist auf § 3 UWG i.V.m. § 69g Abs. 1 UrhG abzustellen.³⁸⁰

Es stellt sich dann die Frage, was als **anderweitige Vereinbarung** i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG anzusehen ist. Ein Teil der Literatur sieht § 69d Abs. 1 UrhG generell als dispositiv an. Jedwede vertragliche Beschränkung des Selbsthilferechts soll zulässig sein. Diese Ansicht widerspricht jedoch dem Wortlaut der EU-Softwareschutzrichtlinie, die im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung zur Interpretation heranzuziehen ist. Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie lässt andere vertragliche Bestimmungen zu, die die Rechte des Benutzers beschränken. Diese Möglichkeit widerspricht jedoch der Präambel der Richtlinie, die ausdrücklich betont, dass „acts of loading and running for the use of a copy of a program which has been a lawfully obtained and the act of correction of its errors may not be prohibited by contract“. Dies hat zur Folge, dass vertragliche Beschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie zulässig wären, die durch die Präambel verboten sind.³⁸¹ Zum Teil wurde die Annahme vertreten, dass die Präambel nicht binde, sodass Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie Vorrang habe.³⁸² 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.³⁸³ Diese Unterscheidung führt jedoch zu einigen Rechtsunsicherheiten; aus diesem Grund will die *Bundesregierung* den Gerichten eine Klärung der zwingenden Substanz von § 69d Abs. 1 UrhG überlassen.³⁸⁴

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

³⁷⁹ So OLG München, Urt. v. 22.6.1995 – 6 U 1717/95, CR 1996, 11 = MarlyRC 1995 Nr. 202.

³⁸⁰ OLG München, Urt. v. 22.6.1995 – 6 U 1717/95, CR 1996, 11 = MarlyRC 1995 Nr. 202; LG München, Urt. v. 1.12.1994 – 7 O 23605/93, CR 1995, 669 (zu § 3 UWG a.F.).

³⁸¹ Vgl. *Moritz/Tybusseck*, 174 ff.

³⁸² Dies ist auch die Sichtweise der griechischen Regierung, die in ihrem Umsetzungsentwurf auf ein „agreement to the contrary“ abstellt.

³⁸³ BT-Drs. 12/4022, S. 12: „Artikel 5 Abs. 1 der Richtlinie – und damit auch § 69d Abs. 1 – stellt die Möglichkeit der bestimmungsgemäßen Verwendung eines Programms sicher, wenn die näheren Einzelheiten der Benutzung nicht vertraglich geregelt sind“.

³⁸⁴ BT-Drs. 12/4022, S. 12.

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 – zumindest individualvertraglich – festlegbare³⁸⁵ und im Werkvertragsrecht gesetzlich verankerte Möglichkeit des Distributors zur Selbstvornahme der Nachbesserung (Verzug bei Änderung?). Wenn und soweit der Lieferant seinerseits einen hinreichenden Update- und Pflegedienst anbietet, ist dem Kunden die Selbsthilfe verwehrt. Insoweit ist der Hinweis auf die besonderen Vereinbarungen im Hinblick auf das BGB zu lesen, dass Nichtleistung und Gewährleistung dem Lieferanten ein Abhilferecht nach Maßgabe vertraglicher Regelungen einräumen.

b) Sicherungskopie

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

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

Die Bundesregierung hat jedoch eine andere Regelungslücke der EG-Richtlinie gefunden.³⁸⁶ In Art. 5 Abs. 2 gewährt die Richtlinie ein Recht des rechtmäßigen Benutzers zur Herstellung

³⁸⁵ Kritisch zur Vereinbarung eines Selbstvornahmerechts des Käufers in AGB: *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2215, 2217 ff.

³⁸⁶ BT-Drs. 12/4022, S. 12.

einer Sicherungskopie; nach Art. 7 Abs. 1c verbietet sie die kommerzielle Nutzung von Antikopierschutzprogrammen. Wenn solche Programme legale Sicherungskopien erstellen lassen, müssten sie eigentlich nach Art. 5 Abs. 2 zulässig vertrieben werden dürfen. Die Bundesregierung erörtert selbst keine Möglichkeit zur Lösung dieses Problems, sondern verweist stattdessen auf eine spätere Klärung durch die Gerichte.

Wird die Erstellung einer erforderlichen Sicherungskopie durch technische Sperren verhindert, liegt darin ein Mangel der Software, der Gewährleistungsrechte des Kunden, ggf. auch Schadensersatzansprüche auslöst. Allerdings rechtfertigt ein solches Verhalten des Lieferanten nicht, dass der Kunde seinerseits durch Umgehungsmechanismen einen Kopierschutz außer Kraft setzt oder umgeht. Wie die Rechtsprechung zu den Dongle-Fällen ausdrücklich betont, ist der Einsatz solcher Umgehungsmechanismen seinerseits urheberrechtswidrig. Der Vertrieb solcher Mechanismen gilt als unlauter i.S.v. § 3 UWG.³⁸⁷

c) Testläufe

§ 69d Abs. 3 UrhG erlaubt das Beobachten, Untersuchen und Testen der Funktionalität eines Computerprogramms ohne Zustimmung des Rechteinhabers. Anders als § 69e UrhG ist die Programmanalyse **nicht auf bestimmte Zwecke beschränkt**. Vielmehr kann die Analyse dazu dienen, die Wartungsfähigkeit der Software zu gewährleisten, das Programm um neue Funktionalitäten zu erweitern oder technische Nachweise für den Verletzungsprozess zu generieren.³⁸⁸ Entscheidend ist, dass die Analyse darauf gerichtet ist, die einem Programmelement zu Grunde liegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln. Damit ist die Regelung jedoch letztlich überflüssig. § 69a Abs. 2 UrhG sieht bereits vor, dass Ideen und Prinzipien, die einem Programm zu Grunde liegen, nicht durch das Urheberrecht geschützt sind; als Konsequenz darf der rechtmäßige Benutzer eines Computerprogramms in jedem Fall das Funktionieren der Software beobachten, um die zu Grunde liegenden Prinzipien herauszufinden. Insofern wiederholt dieser Teil des deutschen Gesetzes nur eine offensichtliche Regel des traditionellen Urheberrechts. Das Recht steht nur dem zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten zu. Erlaubt sind Handlungen zum Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Programms. § 69d Abs. 3 UrhG regelt folglich nur die interne Nutzung durch den Nutzungsberechtigten. Die Vorschrift legitimiert jedoch nicht den Einsatz der Testergebnisse für die Entwicklung nahezu identischer

³⁸⁷ Siehe dazu *Raubenheimer*, CR 1996, 69 (zu § 3 UWG a.F.).

³⁸⁸ Siehe auch *Harte-Bavendamm*, GRUR 1990, 657; *Lietz*, CR 1991, 564.

Konkurrenzprodukte.³⁸⁹ Durch die Einführung des § 3 Abs. 1 GeschGehG stellt dies jedoch keinen besonderen Ausnahmefall für die Software mehr dar, Reverse Engineering ist danach ein grundsätzlich zulässiges Mittel zum Erwerb von Geschäftsgeheimnissen.³⁹⁰ Die freie Analyse von Programmen darf nicht mit der Dekompilierung verwechselt werden. Die neuen Bestimmungen erlauben nur, das Programm in Form des Object Codes zu untersuchen und zu testen; sie erlauben nicht eine Vervielfältigung und Übersetzung des Object Codes in den Source Code, wie dies im Rahmen einer Dekompilierung geschieht.³⁹¹ § 69g Abs. 2 UrhG sieht vor, dass jede vertragliche Beschränkung dieses Rechts nichtig ist. Hierin liegt die eigentliche Bedeutung der Vorschrift. In Verträgen muss ein Hinweis auf die Analysefreiheit enthalten sein; sonst droht die partielle Nichtigkeit der Vereinbarung.

Nach § 69d Abs. 3 UrhG darf der zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks eines Computerprogramms Berechtigte die Handlungen zum Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Programms, zu denen er nach dem Lizenzvertrag berechtigt ist, auch dann ohne Zustimmung des Rechtsinhabers vornehmen, um das Funktionieren dieses Programms zu beobachten, zu untersuchen oder zu testen und die einem Programmelement zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln, wenn er dabei gewerbliche oder berufliche Zwecke verfolgt und der „Lizenzvertrag“ lediglich eine Nutzung des Programms zu privaten Zwecken gestattet.³⁹² Bei Computerspielen kann allerdings ein Gebrauch von Bot-Programmen, der gegen die in AGB niedergelegten Spielregeln verstößt, über eine Vertragsverletzung hinaus auch zu wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen führen.³⁹³ Die Bestimmung des § 69d Abs. 3 UrhG ist allein auf Computerprogramme und nicht auf andere urheberrechtlich geschützte Werke oder Leistungen anwendbar. Die Vervielfältigung eines Computerspiels, das nicht nur aus einem Computerprogramm besteht, sondern auch andere urheberrechtlich geschützte Werke oder Leistungen enthält, ist daher hinsichtlich der Vervielfältigung der anderen Werke oder Leistungen nicht nach § 69d Abs. 3 UrhG zulässig.³⁹⁴

Über § 69d UrhG und § 69e UrhG³⁹⁵ hinaus lässt das Gesetz keine weiteren Schranken zu Gunsten des Anwenders zu. Insbesondere soll ihm der Rückgriff auf die Privatkopierfreiheit (§ 53 Abs. 1 UrhG) verwehrt sein.

³⁸⁹ LG Mannheim, Urt. v. 17.12.1993 – 7 O 257/93, CR 1994, 627 = NJW-RR 1994, 1007.

³⁹⁰ *Scholtyssek/Judis/Krause*, CCZ 2020, 23, 25.

³⁹¹ Ähnlich auch *Dreier*, GRUR 1993, 781; *Vinje*, GRUR Int. 1992, 250; *Vinje*, CR 1993, 401.

³⁹² BGH, Urt. v. 06.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 – World of Warcraft I.

³⁹³ BGH, Urt. v. 12. 1. 2017 – I ZR 253/14, CR 2017, 154 – World of Warcraft II.

³⁹⁴ BGH, Urt. v. 06.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 – World of Warcraft I.

³⁹⁵ Siehe dazu sogleich unten.

Allerdings ist die Nutzung eines Programms frei möglich, wenn es als **Public Domain Software** auf den Markt gebracht worden ist. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass durch den Gebrauch des Begriffs „Public Domain“ auf die Geltendmachung etwaiger Ansprüche gegen eine Person, die das Programm vervielfältigt und weiter vertreibt, von vornherein verzichtet wird.³⁹⁶ Davon abzugrenzen ist der Sharewaremarkt, bei dem der Vertrieb von Probeversionen von Computerprogrammen im Vordergrund steht. In diesem Bereich ist das Kopieren und Verbreiten von Sharewareprodukten ohne Zustimmung des Berechtigten zumindest als unmittelbare Leistungsübernahme nach § 3 UWG a.F. verboten.³⁹⁷

d) Dekompilierung

§ 69e UrhG beruht auf Art. 6 der EU-Softwareschutzrichtlinie, einer der umstrittensten Regelungen der gesamten Richtlinie.³⁹⁸ Im Vordergrund steht die Frage, wie der freie Zugang zu Schnittstellen gesichert werden kann, wenn diese Informationen urheberrechtlich geschützt sind. § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG sieht vor, dass **die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Ideen** gemeinfrei sind. Die Abgrenzung zwischen gemeinfreier Idee und urheberrechtlich geschützter Konkretisierung der Schnittstelleninformation ist jedoch sehr schwierig. Daher musste man auch den Zugang zu schutzfähigen Schnittstellen reglementieren, wollte man nicht – wie in den berühmten Auseinandersetzungen zwischen IBM und der Europäischen Kommission – die Marktmacht von marktmächtigen DV-Herstellern urheberrechtlich zementieren. In dieser Situation hätte es sich angeboten, das Problem kartellrechtlich – über Art. 102 AEUV – zu lösen.³⁹⁹

Der Richtliniengeber hat sich allerdings dafür entschieden, einen **urheberrechtlichen Sonderweg** über die Einführung einer neuen Schranke zu gehen. Dem Anwender sollte es erlaubt sein, unter bestimmten Voraussetzungen den Object Code eines Programms in dessen Source Code rückzuübersetzen und auf diese Weise die notwendigen Informationen herauszufiltern. Die Europäische Kommission stieß aber bereits in der Frühphase der Diskussion auf erbitterten Widerstand der Softwareersteller. Diese befürchteten, dass die Zulassung des Reassemblings zu einer ungebremsten Nutzung des Source Codes führen würde, der zu den Betriebsgeheimnissen des Herstellers zählt. Der nach hartem Ringen erzielte Kompromiss ist allerdings unbrauchbar. Die Angst der Hersteller vor einem unkontrollierten

³⁹⁶ OLG Stuttgart, Urt. v. 22.12.1993 – 4 U 223/93, CR 1994, 743; a.A. noch die Vorinstanz LG Stuttgart, Urt. v. 19.8.1993 – 17 O 382/93, CR 1994, 162.

³⁹⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.7.1995 – 20 U 65/95, NJW-RR 1996, 555 = CR 1995, 730.

³⁹⁸ Ähnlich auch die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 12/4022, S. 13.

³⁹⁹ Siehe dazu *Pilny*, GRUR Int. 1995, 954.

Zugriff auf den Source Code ist pathologisch, da durch Reassembling technisch nie der Original-Source-Code generiert werden kann. Bei dem sehr aufwendigen Vorgang entstehen Programmzeilen in einer Art Assemblersprache, die z.B. nicht die Kommentarzeilen des Originalcodes enthalten. Insgesamt ist die Regelung zur Dekompilierung von einer großen technischen Unsicherheit geprägt. Sowohl das Dekompilieren wie auch das „Lesen“ des Endproduktes sind auch für Experten nur unter hohem Aufwand möglich. Die Dekompilierung generiert auch nicht den Original Source Code, sondern nur eine C- oder Assemblerähnliche Rekonstruktion einer Zwischenversion ohne die internen Kommentarzeilen des Programmierers. Die Kompilierung des Original Source Codes kann auch mittels einer Optimierungsoption erfolgt sein. Ferner kann der Source Code mit einem Obfuscator verschleiert werden. In solchen Fällen ist der dekompierte Code nahezu unbrauchbar. Die Frage ist daher, welche Bedeutung die Dekompilierung tatsächlich in der Softwareindustrie hat. Unter Umständen ist bei der Frage der Dekompilierung über ein Thema gestritten worden, das auch in Zukunft keine besondere Rolle spielen wird.

§ 69e Abs. 1 UrhG regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Dekompilierung **abschließend**. Angesichts des eindeutigen Wortlauts ist eine erweiternde Auslegung – etwa im Hinblick auf die Wartung von Software – nicht möglich. § 69e UrhG verwendet den Begriff der Dekompilierung nur in der Überschrift. Im Text der Vorschrift wird stattdessen von der „Vervielfältigung des Codes“ oder der „Übersetzung der Codeform“ gesprochen. Zu beachten ist technisch, dass jede Software normalerweise in zwei Versionen vorliegt. Der Programmierer verwendet eine besondere Programmiersprache, die möglichst nahe an der Umgangssprache orientiert ist. Der auf diese Weise erstellte „Source Code“⁴⁰⁰ ist jedoch für den Computer nicht „lesbar“. Er muss in eine Maschinensprache übersetzt werden, die über binäre Signale⁴⁰¹ Bits und Bytes generiert. Der auf diese Weise erstellte „Text“ ist der Object Code. Zur Übersetzung bedient man sich besonderer Programme, den sog. Compilern.

Nun lässt sich aber der Object Code seinerseits nicht zur Analyse des Programms nutzen. Hierzu benötigt man den „Original-Source-Code“ oder zumindest eine Version des Programms, die diesem Format nahekommt. Zur Rekonstruktion des Source Codes kann man sich wiederum besonderer Programme bedienen, den sog. Decompilern. Diese generieren allerdings nie den Original-Source-Code, sondern nur eine Mischform aus Object und Source Code.⁴⁰²

§ 69e UrhG erlaubt eine Dekompilierung des Object Codes nur, um Interoperabilität herzustellen, nicht zu anderen Zwecken. Bei den ersten Entwürfen der EU-

⁴⁰⁰ Einige sprechen auch vom „Quellformat“.

⁴⁰¹ 1 – 0; Strom an – Strom aus.

⁴⁰² Siehe dazu *Lietz*, CR 1991, 564.

Softwareschutzrichtlinie war noch der **Bereich der Drittwartung** aufgeführt; dieser Vorschlag ist nicht in den endgültigen Richtlinienentwurf übernommen worden. Damit wird die Wartung von Software durch Drittunternehmen nahezu unmöglich; die einzige Lösung dieses schwierigen Problems wird die Einführung von Wartungsrechten im Softwarevertrag sein. Auch nicht legitimiert ist die Dekompilierung zwecks Fehlerbeseitigung.⁴⁰³ Dies gilt auch für die Umgehung oder Beseitigung einer Dongle-Abfrage; hierfür kann eine Erlaubnis nicht aus § 69e UrhG abgeleitet werden.⁴⁰⁴ Ausgeschlossen ist auch die Dekompilierung zu Zwecken der Wissenschaft und Forschung.⁴⁰⁵ Für die Beschaffung von Beweisen im Verletzungsprozess kann die Dekompilierung nicht genutzt werden; allerdings dürfte die Verweigerung der Einwilligung des Rechteinhabers als Beweisvereitelung anzusehen sein.⁴⁰⁶ Für die Zulässigkeit der Dekompilierung reicht es nicht aus vorzutragen, dass Software in ein anderes Programm eingefügt sei.⁴⁰⁷

Wie bereits die Begründung zum Gesetzesentwurf erklärt,⁴⁰⁸ bleibt bei dieser Regelung offen, ob Dekompilierung auch **zur Herstellung kompatibler Hardware** zulässig sein soll. Die EG-Richtlinie und ihr folgend der deutsche Gesetzgeber stellen ausdrücklich nur auf die Herstellung interoperabler Software ab. Dennoch könnte sich die Fragestellung nach der Zulässigkeit kompatibler Hardware als technisch überflüssig herausstellen. Hardware ist per se nie Gegenstand des Dekompilierens gewesen. Auch wenn es um die Kompatibilität von Hardware geht, handelt es sich um ein Problem software-definierter Schnittstellen. Dass softwareunabhängig die Kompatibilität „reiner“ Hardware Anlass zu einer Dekompilierung gegeben hat, ist meines Wissens bislang nie der Fall gewesen.

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

⁴⁰³ *Raubenheimer*, CR 1996, 67.

⁴⁰⁴ OLG Karlsruhe, CR 1996, 341 m. Anm. *Raubenheimer*; ähnlich LG Düsseldorf, CR 1996, 737.

⁴⁰⁵ *Marly*, Urheberrechtsschutz Computersoftware EU (1995), S. 317.

⁴⁰⁶ So die Amtliche Begründung BT-Drs. 12/4022, S. 14.

⁴⁰⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.1.2001 – 20 U 142/00, CR 2001, 371.

⁴⁰⁸ BT-Drs. 12/4022, S. 13 f.; ähnlich auch *Marly*, Urheberrechtsschutz Computersoftware EU (1995), S. 322 ff.; *Moritz*, CR 1993, 257; *Schulte*, CR 1992, 648.

Konkurrenzprodukten dient. Die Herstellung konkurrierender Produkte führt insoweit nicht zum Ausschluss der Schranke.⁴⁰⁹

§ 69e UrhG erklärt die Dekompilierung nur für rechtmäßig, soweit die erhaltenen Informationen **zur Herstellung der Interoperabilität von unabhängig geschaffenen Programmen notwendig** sind. Insofern folgt das Gesetz dem Gedanken strikter Zweckbindung. Nur im Rahmen des Interoperabilitätzweckes dürfen Daten generiert werden. Sobald die Daten nicht mehr benötigt werden, sind sie zu löschen. Hier wird noch einmal deutlich, dass es sich bei § 69e UrhG nicht um eine Urheberrechtsbestimmung handelt, sondern vielmehr Kartellrecht in ein (unpassendes) urheberrechtliches Kleid gehüllt worden ist.

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

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

§ 69e Abs. 2 UrhG regelt das **weitere Schicksal der durch Dekompilierung generierten Schnittstelleninformationen**. Allerdings handelt es sich bei dieser Regelung nicht um die Konkretisierung einer urheberrechtlichen Schranke. Denn die Schnittstelleninformationen als solche sind nur selten schutzfähig. Wie bereits § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG zeigt, sind die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Ideen gemeinfrei. Auf diese Ideen kann sich folglich auch nicht § 69e Abs. 2 UrhG beziehen. Vielmehr kann diese Vorschrift nur den (seltenen und schwer greifbaren) Fall der konkreten Ausgestaltung einer Schnittstelle umfassen. Insoweit enthält § 69e Abs. 2 UrhG eine **gesetzliche Schranke** hinsichtlich der Nutzung solcher konkreten Formgestaltungen. Die Schranke ist allerdings wenig klar definiert. Zunächst verweist § 69e Abs. 2 Nr. 1 UrhG darauf, dass die Informationen nur zur Herstellung der

⁴⁰⁹ So bereits die Stellungnahme der EG-Kommission an das Parlament, Dok. SEK (91) 87 endg. – SYN 1183 v. 18.1.1991; ähnlich *Dreier*, CR 1991, 577; *Haberstumpf*, in: Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl. 1993, II Rn. 175; *Vinje*, GRUR Int. 1992, 250; a.A. *Moritz*, CR 1993, 257.

Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms verwendet werden dürfen. Andere Zwecke scheiden aus, was allerdings auch bereits § 69e Abs. 1 UrhG betont. Ferner dürfen Informationen nicht für die Entwicklung, Produktion oder den Vertrieb urheberrechtswidriger Software benutzt werden (§ 69e Abs. 2 Nr. 3 UrhG); dies dürfte selbstverständlich sein und hätte keiner besonderen Erwähnung bedurft. Am gewichtigsten ist noch § 69e Abs. 2 Nr. 2 UrhG, der die Weitergabe an Informationen nur dann zulässt, wenn dies zur Herstellung der Interoperabilität erforderlich ist.

6. Umgehungsschutz

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

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

Neu ist auch der Anspruch hinsichtlich der **Antikopierschutzmechanismen (§ 69f Abs. 2 UrhG)**. § 98 UrhG sieht zwar einen Anspruch auf Vernichtung oder Überlassung von Kopiervorrichtungen vor; dieser richtet sich aber nicht auf den umgekehrten Fall des Einsatzes von Umgehungsmechanismen. Der Anspruch lässt sich nur teilweise aus § 3 UWG ableiten, soweit diese Mechanismen im Wettbewerbsverhältnis zum Einsatz kommen. Die private Erstellung und Weitergabe entsprechender Tools kann nur über § 69f Abs. 2 UrhG geahndet werden. Im Übrigen gelten die neuen Bestimmungen zum Kopierschutz (§§ 95a, 95b UrhG) nicht für Computerprogramme; § 69f Abs. 2 UrhG ist als speziellere und abschließendere Regelung zu betrachten. Unter den Schutz des § 69f Abs. 2 UrhG fallen DRM-Systeme, Expiration Dates oder auch Nintendo-DS-Karten.⁴¹⁰ Hingegen soll eine Software, die es ermöglicht, Videos von einem Internetportal herunterzuladen, obwohl ihr Betreiber den

⁴¹⁰ LG München, Urt. v. 13.3.2008 – 7 O 16829/07, MMR 2008, 839.

Videostream mit den genannten Schutzmaßnahmen gesichert hat, dem § 95a Abs. 1 UrhG unterliegen⁴¹¹. Daneben kommt noch eine Anwendung von § 4 Nr. 4 UWG in Betracht.⁴¹²

Die Abgrenzung zwischen § 95a UrhG und § 69f UrhG ist allerdings unklar. So hat der *BGH* dem *EuGH* die Frage vorgelegt, nach welchen Regeln sich der Schutz technischer Maßnahmen zum Schutz urheberrechtlich geschützter Videospiele richtet.⁴¹³ Es stelle sich die Frage, ob sich der Schutz von Maßnahmen zum Schutz "hybrider Produkte" wie insbesondere Videospiele nach den speziell für Computerprogramme oder nach den allgemein für Werke geltenden Bestimmungen richte oder ob sowohl die einen wie auch die anderen Bestimmungen anwendbar seien.

Nachdem der *EuGH* in einem anderen Vorabentscheidungsverfahren ausgeführt hat, dass bei einem Videospiele, das nicht nur aus einem Computerprogramm bestehe, sondern auch – etwa grafische oder klangliche – Bestandteile mit eigenem schöpferischen Wert umfasse, seien die an der Originalität des Werks teilhabenden Teile des Videospiele zusammen mit dem Gesamtwerk durch das Urheberrecht i.R.d. mit der RL 2001/29/EG eingeführten Regelung geschützt,⁴¹⁴ nahm der *Senat* seine Vorlagefrage zurück. Der *BGH* übernahm die Rechtsprechung des *EuGH* und urteilte für den zu Grunde liegenden Rechtsstreit, dass zwar auf technische Maßnahmen, die sowohl Computerprogramme als auch audiovisuelle Inhalte schützen, die §§ 95a ff. UrhG anwendbar seien und darin auch eine „wirksame“ Maßnahme i. S. dieser Vorschriften liege. Allerdings verletze ein Verstoß kein Urheberrecht i.S.v. § 97 UrhG, sodass § 98 UrhG nicht anwendbar sei.⁴¹⁵

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

Die Regelung bezieht sich auf **alle rechtswidrig hergestellten, verbreiteten oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücke**. Insofern ist die Vernichtung vor allem gegen illegal erstellte Kopien gerichtet; aufgrund ihrer rechtswidrigen Herstellung ist auch deren Verbreitung untersagt (§ 96 Abs. 1 UrhG). Zusätzlich kommt der Anspruch zum Tragen, wenn jemand ein rechtmäßig erworbenes Softwareprodukt

⁴¹¹ LG Hamburg, Beschl. v. 25.4. 2013 – 310 O 144/13, ZUM-RD 2014, 216 = NJW-RR 2014, 737. Dazu auch *Janisch/Lachenmann*, CR 2013, 544.

⁴¹² LG Hamburg, Urte. v. 23.5.2013 - 312 O 390/11, MMR 2013, 725 = NJOZ 2013, 1931.

⁴¹³ BGH, Beschl. v. 6.2. 2013 - I ZR 124/11, MMR 2013, 671 m. Anm. *Roth* = ZUM 2013, 804 - Videospiele-Konsole; siehe dazu LG München, Urte. v. 14.10.2009 – 21 O 22196/08, MMR 2010, 341.

⁴¹⁴ EuGH, Urte. v. 23.1.2014 – C-355/12, MMR 2014, 401 m. Anm. *Oehler* – Nintendo/PC Box und 9Net.

⁴¹⁵ BGH, Urte. v. 27.11.2014 – I ZR 124/11, MMR 2015, 460 – Videospielekonsolen II, dazu *Roth*, MMR 2015, 466.

unerlaubterweise an einen Dritten weitergibt. Dies ist dann der Fall, wenn die Weitergabe im Rahmen der Weitervermietung erfolgt (§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG). Schwierig ist die tatsächliche Feststellung, ob eine Kopie zur rechtswidrigen Verbreitung „**bestimmt**“ ist. Hier wird es objektiv-final auf eine Wertung der Tatumstände ankommen.

Die Urheberrechtsverletzung muss **tatbestandsmäßig** und **rechtswidrig** sein. Anders als in der Softwareschutzrichtlinie vorgesehen,⁴¹⁶ ist der Anspruch als genereller Störungsbeseitigungsanspruch konzipiert; auf ein Verschulden kommt es demnach nicht an.⁴¹⁷ Im Übrigen setzt der Anspruch nicht voraus, dass gerade der Besitzer bzw. Eigentümer seinerseits die Urheberrechtsverletzung begangen hat.⁴¹⁸ Entscheidend ist nur, dass die Kopie auf einer Urheberrechtsverletzung beruht.

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

Ebenso wie ein bloßes Verschieben in den Papierkorb reicht die einfache Löschung der Programmkopie vom jeweiligen Datenträger (etwa durch Leeren des Papierkorbs) nicht aus. Denn durch das Löschen wird nur der Eintrag der Softwarekopie im Register des Dateisystems entfernt. Obwohl das Programm dann nicht mehr sichtbar und nicht ohne Weiteres abrufbar ist, verbleibt es tatsächlich auf dem Datenträger und kann durch entsprechende Tools wieder sichtbar gemacht werden. Dasselbe gilt für bloß „schnellformatierte“ Speichermedien. Eine endgültige Löschung setzt vielmehr eine vollständige Überschreibung der betreffenden Datei auf dem Speichermedium voraus, die einerseits gezielt mittels bestimmter Tools, andererseits auch durch die totale Neuformatierung des gesamten Datenträgers erfolgen kann (von der dann allerdings alle Daten auf dem Speichermedium oder der jeweiligen Partition desselben betroffen sind). Die Möglichkeit, Daten von formatierten Speichermedien mit großem Aufwand wiederherzustellen, dürfte dabei zu vernachlässigen sein. Denkbar ist angesichts des geringen Materialwertes vieler Speichermedien auch die Zerstörung des Datenträgers, wobei der Verletzer die Wahl zwischen beiden Maßnahmen hat.⁴¹⁹ Der Verletzte hat insoweit nur das Recht auf den Enderfolg, die Vernichtung der Programmdateien. Bei nur lesbaren Formaten – wie z.B. CD-ROM – ist eine Löschung nicht möglich, sodass hier ausschließlich die Zerstörung des Datenträgers als Möglichkeit zur Vernichtung verbleibt.⁴²⁰

Im Übrigen spricht § 69f UrhG nicht davon, dass der Verletzte die Vernichtung durchführt. Die Formulierung „vernichtet werden“ spricht stattdessen dafür, dass dem **Verletzer die**

⁴¹⁶ Siehe Art. 7 Abs. 1.

⁴¹⁷ Schricker/Loewenheim/*Spindler*, Urheberrecht § 69f Rn. 7.

⁴¹⁸ Amtliche Begründung, BT-Drs. 12/4022, 14.

⁴¹⁹ A.A. Fromm/Nordemann/*Czychowski*, Urheberrecht, § 69f Rn. 4.

⁴²⁰ Schricker/Loewenheim/*Spindler*, Urheberrecht, § 69f Rn. 8.

Vernichtung obliegt. Der Verletzte kann dementsprechend nicht Herausgabe der Kopien an sich selbst oder einen Dritten verlangen. Allerdings ist § 98 Abs. 2 UrhG zu beachten, der nach § 69f Abs. 1 S. 2 UrhG auch im Softwarerecht Anwendung findet. Hiernach kann der Verletzte statt der Vernichtung auch Überlassung der Kopien gegen eine angemessene Vergütung verlangen; die Vergütung darf die Herstellungskosten nicht übersteigen.

IV. Der Softwareverletzungsprozess

1. Ansprüche des Verletzten

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

a) Unterlassungsansprüche

Bei Urheberrechtsverletzungen im Softwarebereich bestehen zunächst einmal **Unterlassungsansprüche** nach § 97 UrhG. Bei markenrechtlichen Verstößen ergeben sich die Unterlassungsansprüche aus §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4 MarkenG sowie Art. 102 GMVO. Ist die Software patentfähig, ist § 139 Abs. 1 PatG einschlägig. Der Unterlassungsanspruch setzt Wiederholungsfahr voraus, die aufgrund einer vorangegangenen Verletzung gegeben ist. Es reicht allerdings in bestimmten Fällen auch eine drohende Begehungsfahr aus. Prozessual ist bei allen Unterlassungsansprüchen zu bedenken, dass die jeweilige konkrete Verletzungsform genau genannt wird. Erforderlich ist es, einen bestimmten Klageantrag zu stellen, in dem die einzelnen Verletzungshandlungen in gesonderten Anträgen als konkrete Verletzungsform umschrieben sind.⁴²¹ Schwierig ist gerade bei Software der Nachweis einer Rechtsverletzung. In einem urheberrechtlichen Softwareschutzprozess ist die Vorlage des Quelltextes des Ausgangsprogramms und der Quelltexte oder Binärcodes des nach dem Vorbringen der Klägerin abgeleiteten Programms erforderlich, um hinreichend darzutun und zu belegen, welche Teile des Ausgangsprogramms aufgrund welcher Umstände als schöpferische Eigenleistung Urheberrechtsschutz beanspruchen können, also nicht etwa bloße Übernahmen oder Routinen sind. Dies betrifft bereits die Darlegungsebene.⁴²² Werden statt der Quelltexte bloß auf beiden Seiten die Binärcodes verglichen, scheidet nicht nur die Darlegung der

⁴²¹ BGH, Urt. v. 9.4.1992 – I ZR 171/90, GRUR 1992, 561 – unbestimmter Unterlassungsantrag II; BGH, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/00, GRUR 2003, 958 – Paperboy.

⁴²² KG Berlin, Urt. v. 17.3.2010 – 24 U 117/08, CR 2010, 424.

Urheberrechtsschutzfähigkeit der Teilkomponenten, sondern auch die Darlegung, dass und wodurch gerade diese urheberrechtlich geschützten Teile übernommen worden sind.⁴²³

b) Vernichtungsansprüche

Zu den Unterlassungsansprüchen kommen **Vernichtungsansprüche** (geregelt in § 18 MarkenG, § 98 UrhG, § 140a PatG). Der Vernichtungsanspruch setzt Widerrechtlichkeit voraus. Ferner darf es kein schonenderes anderes Mittel geben und ist die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Bei der Verhältnismäßigkeit ist insbesondere zu prüfen, wie das Vernichtungsinteresse des Verletzten zum Erhaltungsinteresse des Verletzers steht.⁴²⁴ Berücksichtigt wird hier in der Rechtsprechung insbesondere die Schuldlosigkeit oder der Grad der Schuld des Verletzers. Hinzu kommen Fragen nach der Schwere des Eingriffs, insbesondere nach Art und Umfang der Übernahme von Programmierunterlagen. Schließlich ist auch der Umfang des entstandenen Schadens in eine Beziehung zum Vermögensverlust auf der Seite des Verletzers zu stellen. Vernichtung kann primär nur in Form der Zerstörung seitens des Verletzers erfolgen. Im Softwarebereich kann eine Vernichtung nicht lediglich durch eine Betätigung der Delete-Funktion erfolgen, sondern muss – sofern die Software auf einem Datenträger gespeichert ist – grundlegend bewirkt werden; also etwa durch Neuformatierung des Datenträgers (s.o. S. 87 f.). Liegt die Software schon aufgrund einer Beschlagnahme bei den staatlichen Behörden, bejaht die Rechtsprechung einen Herausgabeanspruch des Verletzten als Teil der Vernichtung.⁴²⁵ Insbesondere im Urheberrecht soll eine Vernichtung auch in der Form verlangt werden können, dass rechtswidrig hergestellte Vervielfältigungsstücke an einen zur Vernichtung bereiten Gerichtsvollzieher herauszugeben sind.⁴²⁶

c) Schadensersatz

Neben den Unterlassungs- und Vernichtungsansprüchen bestehen auch noch **Schadensersatzansprüche** (geregelt in §§ 14 Abs. 6, 15 Abs. 5 MarkenG, § 97 UrhG sowie § 139 Abs. 2 PatG). Zu beachten ist hier die Möglichkeit der **dreifachen Schadensberechnung**. Der Schaden kann im Wege der Lizenzanalogie nach Wahl des Verletzten berechnet werden, durch Bestimmung des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) oder durch die Herausgabe des Verletzergewinns. Der Verletzte kann bis zur rechtsfähigen Zuerkennung zwischen den verschiedenen Berechnungsmethoden wechseln.⁴²⁷ Nach Art. 13

⁴²³ KG Berlin, Urt. v. 17.3.2010 – 24 U 117/08, CR 2010, 424.

⁴²⁴ BGH, Urt. v. 10.4.1997 – I ZR 242/94, GRUR 1997, 899 – Vernichtungsanspruch.

⁴²⁵ BGH, Urt. v. 10.4.1997 – I ZR 242/94, GRUR 1997, 899 (902) = NJW 1997, 3443 (3445) – Vernichtungsanspruch.

⁴²⁶ BGH, Urt. v. 28.11.2002 – I ZR 168/00, GRUR 2003, 228 = NJW 2003, 668 – P-Vermerk.

⁴²⁷ BGH, Urt. v. 17.6.1992 – I ZR 107/90, GRUR 1993, 55 = NJW 1992, 2753 – Tchibo/Rolax II

soll der Verletzte für die Rechtsverletzung einen Ersatz des tatsächlichen Schadens in angemessener Form bekommen müssen. Dabei soll bei der Schadensersatzberechnung eine umfassende Betrachtung aller in Frage kommenden Aspekte, einschließlich der Gewinneinbußen, möglich sein. Stattdessen kann aber auch ein Pauschalbetrag in Höhe der Lizenzanalogie verlangt werden. Nach dem bisherigen Entwurf zum deutschen Umsetzungsgesetz soll es beim alten Wahlrecht zwischen den drei Schadensberechnungsmethoden bleiben.

Die Berechnung des Schadensersatzes wird typischerweise durch einen **Auskunftsanspruch** gem. § 101 UrhG vorbereitet. Der Verletzte verlangt erst einmal Auskunft über die verschiedenen Verletzungsvorgänge und deren Umfang und begehrt darüber hinaus Schadensfeststellung nach § 256 ZPO. Aufgrund der Komplexität der Schadensberechnungen wird im gesamten gewerblichen Rechtsschutz vom Vorliegen eines Feststellungsinteresses ausgegangen.⁴²⁸

Im Wege der **Lizenzanalogie** erhält das betroffene Softwarehaus einen Ausgleich in der Form, dass es so gestellt wird, als habe der Verletzer einen Nutzungsvertrag abgeschlossen.⁴²⁹ Zu der sich daraus berechnenden angemessenen „Lizenz“ gibt es keine Verletzerzuschläge.⁴³⁰ Zuschläge werden allenfalls dann gewährt, wenn die verletzende Ware den Absatz einer Hauptware gefördert hat.⁴³¹ Hinzu kommt ein Lizenzzuschlag in Höhe von derzeit 5 % über dem Basiszinssatz (§ 288 BGB). Maßstab für die Ermittlung der Höhe des zu zahlenden Schadensersatzes nach einer Urheberrechtsverletzung wegen des Verkaufs unautorisierter Software-Kopien ist nicht der Preis der Einzelhandelsversion, sondern der Vergleichspreis einer legalen OEM-Version.⁴³²

Neben der Lizenzanalogie besteht auch die Möglichkeit, den eigenen **entgangenen Gewinn** zu fordern (§ 252 BGB). Allerdings ist hier das Problem, dass der Verletzte ausführlich Rechenschaft über seine betriebsinterne Gewinnstruktur geben muss. Im Übrigen müsste er nachweisen, dass er tatsächlich alle Aufträge des Verletzers bekommen hätte und dieser nicht die Rechte bei einem Dritten hätte einholen können. Daher wird diese Form der Schadensberechnung selten gewählt. Größter Beliebtheit erfreut sich die Form des Schadensersatzes, die auf die **Herausgabe des Verletzergewinns** zielt (abgeleitet aus §§ 687

⁴²⁸ BGH, Urt. v. 17.5.2001 – I ZR 189/99, GRUR 2001, 1177 – Feststellungsinteresse II; BGH, Urt. v. 15.5.2003 – I ZR 277/00, GRUR 2003, 900 – Feststellungsinteresse III.

⁴²⁹ BGH, Urt. v. 6.3.1980 – X ZR 49/78, GRUR 1980, 841 – Tolbutamid.

⁴³⁰ BGH, Urt. v. 17.6.1992 – I ZR 107/90, GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolex II.

⁴³¹ BGH, Urt. v. 29.5.1962 – I ZR 132/60, NJW 1962, 1507 = MDR 1962, 717 – Diarähmchen II.

⁴³² OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.2.2005 – 20 U 126/04, GRUR-RR 2005, 213 = MMR 2005, 707 = CR 2006, 17.

Abs. 2, 666 BGB).⁴³³ Die Gewinnherausgabe ist im Urheberrecht ausdrücklich als andere Möglichkeit der Schadensberechnung anstelle des Schadensersatzes vorgesehen (§ 97 Abs. 1 UrhG). Streitig ist bis heute, wie weit die Gemeinkosten bei der Kalkulation des Verletzergewinns abzugsfähig sind. Der *BGH* hat den Einwand des Verletzers abgeschnitten, dass sein Verletzergewinn auch auf den besonderen eigenen Vertriebsleistungen beruhe.⁴³⁴ Im Übrigen sollen Gemeinkosten nur abgezogen werden können, wenn und soweit sie ausnahmsweise den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können.⁴³⁵ Allerdings ist diese Haltung des 1. Zivilsenats des *BGH* nicht common sense bei allen anderen *BGH*-Senaten; die Richter des für Patentrechts zuständigen 10. Zivilsenats halten eine solch scharfe Haltung in Sachen Gemeinkostenanteil für problematisch.⁴³⁶

Fraglich ist auch, wie der Verletzergewinn in der **Absatzkette** zu berechnen ist. Nach Ansicht des *BGH*⁴³⁷ ist dieser nach einer Verletzung urheberrechtlicher Nutzungsrechte nach § 97 Abs. 1 UrhG nur insoweit herauszugeben, als er auf der Rechtsverletzung beruht. Beim urheberrechtsverletzenden Verkauf einer unfreien Bearbeitung kommt es insoweit maßgeblich darauf an, inwieweit der Entschluss der Käufer zum Erwerb der angegriffenen Ausführung gerade darauf zurückzuführen ist, dass diese die Züge erkennen lässt, auf denen der Urheberrechtsschutz des benutzten Werkes beruht. Haben innerhalb einer Lieferkette mehrere Lieferanten nacheinander urheberrechtliche Nutzungsrechte verletzt, ist der Verletzte zwar grundsätzlich berechtigt, von jedem Verletzer innerhalb der Verletzerkette die Herausgabe des von diesem erzielten Gewinn als Schadensersatz zu fordern. Der vom Lieferanten an den Verletzten herauszugebende Gewinn wird aber durch Ersatzzahlungen gemindert, die der Lieferant seinen Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Verletzten erbringt.

d) Auskunft und Rechnungslegung

Neben den Hauptansprüchen auf Unterlassung, Vernichtung und Schadensersatz stehen die **Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung**. Diese ergeben sich zum einen aus § 242 BGB sowie aus dem Produktpirateriegesetz. Aus § 242 BGB lässt sich ein so genannter **unselbständiger Auskunftsanspruch** dahingehend ableiten, dass der Verletzer die zur Anspruchsberechnung erforderlichen Angaben machen muss.⁴³⁸ Als Hilfsanspruch zum

⁴³³ S. hierzu grundlegend ROHG 22, 336 sowie RG, Urt. v. 3.2.1909 – I 99/08, RGZ 70, 249.

⁴³⁴ BGH, Urt. v. 2.11.2000 – I ZR 246/98, GRUR 2001, 329 = NJW 2001, 2173.

⁴³⁵ BGH, Urt. v. 2.11.2000 – I ZR 246/98, GRUR 2001, 329 = NJW 2001, 2173.

⁴³⁶ S. dazu *Meier-Beck*, GRUR 2005, 617 sowie *Rojahn*, GRUR 2005, 623.

⁴³⁷ BGH, Urt. v. 14.5.2009 – I ZR 98/06, GRUR 2009, 856 = NJW 2009, 3722 – Tripp-Trapp-Stuhl.

⁴³⁸ BGH, Urt. v. 16.8.2012 – I ZR 96/06, ZUM 2013, 406 = NJOZ 2013,1690; *Czychowski*, GRUR-RR 2008, 265 (267f.).

Schadensersatzanspruch muss zunächst einmal dem Grunde nach feststehen, dass der Verletzte Schadensersatz begehren kann. Daneben muss die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts plausibel gemacht werden.⁴³⁹ Schließlich ist auch ein entsprechendes Verschulden des Verletzers nachzuweisen. Daneben stehen die **selbständigen Schadensersatzansprüche** nach dem Produktpirateriegesetz, die insofern spezialgesetzlich in den einzelnen Schutzgesetzen geregelt sind (§ 101a UrhG, § 19 MarkenG; § 140b PatG). Bei diesen Ansprüchen spielt die Frage der Schadensersatzpflicht keine Rolle, ebenso wenig die Frage der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts sowie das Verschulden des Verletzers. Neben der klassischen Auskunft stellt sich immer noch die Frage des so genannten Wirtschaftsprüfervorbehaltes. Bei einem solchen Vorbehalt darf der Auskunftspflichtige Namen und Anschriften seiner Abnehmer sowie der diesbezüglichen Lieferungen einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten, meist einem Wirtschaftsprüfer, offenbaren. Dies setzt allerdings voraus, dass der Wirtschaftsprüfer auch ermächtigt wird, den Verletzten darüber zu informieren, ob sich in den Unterlagen bestimmte konkret bezeichnete Abnehmer oder Lieferungen finden. Ein solcher Wirtschaftsprüfervorbehalt ist nach dem Produktpirateriegesetz nicht mehr möglich;⁴⁴⁰ er spielt allerdings noch für den unselbständigen Auskunftsanspruch eine Rolle.

e) Anträge

Schwierigkeiten bereitet die **Bestimmtheit des Klageantrags**. Hier wird man regelmäßig sehr sorgfältig vorgehen müssen, wie der *BGH* in der Entscheidung „Planfreigabesystem“⁴⁴¹ betont hat. Steht nicht eindeutig fest, welches Computerprogramm mit einer bestimmten Bezeichnung gemeint ist, sind die sich auf ein solches Computerprogramm beziehenden Klageanträge auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung sowie auf Feststellung der Schadensersatzpflicht – ebenso wie entsprechende Unterlassungsanträge – grundsätzlich nur dann hinreichend bestimmt, wenn sie den Inhalt dieses Computerprogramms auf andere Weise so beschreiben, dass Verwechslungen mit anderen Computerprogrammen soweit wie möglich ausgeschlossen sind. Dabei kann die gebotene Individualisierung des Computerprogramms durch Bezugnahme auf Programmausdrucke oder Programmträger erfolgen.⁴⁴²

Allerdings soll z.B. auch die bloße Marktbezeichnung eines Programms selbst dann ausreichen, wenn nur Teile eines Programms angeblich kopiert worden sind.⁴⁴³ Entscheidend ist die

⁴³⁹ BGH, Urt. v. 5.6.1985 – I ZR 53/83, GRUR 1986, 62 = NJW 1986, 1244 – GEMA-Vermutung I.

⁴⁴⁰ BGH, Urt. v. 20.12.1994 – X ZR 56/93, GRUR 1995, 338 = NJW 1995, 1905 – Kleiderbügel.

⁴⁴¹ BGH, Urt. v. 22.11.2007 – I ZR 12/05, GRUR 2008, 357 = ZUM-RD 2008, 225.

⁴⁴² OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 27.1.2015 – 11 U 94/13.

⁴⁴³ Wandtke/Bullinger/*Grützmacher*, UrhR, vor § 69a Rn. 19; *Brandi-Dorn*, CR 1987, 853, 838.

Konkretisierung durch vorgelegte Unterlagen oder Datenträger,⁴⁴⁴ sofern diese nicht nur allgemeine Leistungsanforderungen des zu entwickelnden Programms enthalten.⁴⁴⁵ Der bloße Verweis auf Anlagen reicht nicht aus, wenn diese nur aus Listen bestehen, in denen die Namen der jeweiligen Datei, ihre Größe in Bytes, die Daten der letzten Änderung, des letzten Zugriffs und der Erstellung sowie ein Zuordnungskriterium angegeben sind.⁴⁴⁶ Nicht ausreichend ist auch der bloße Hinweis auf die Programmbezeichnung.⁴⁴⁷ Geht es bei dem Verbotsantrag um Nachahmungen oder Teilübernahmen, sind die Antragspezifika am verletzenden Programm auszurichten.⁴⁴⁸ Pauschale Unterlassungsanträge dahingehend, dass der Programmcode nicht „abgeändert“ oder „in diesen eingegriffen“ werden dürfe, sind mangels Bestimmtheit unzulässig. Denn die bloße Wiedergabe des Wortlautes von § 69c Nr. 2 UrhG reicht nicht aus, um die konkrete Verletzungshandlung zu umschreiben.⁴⁴⁹ Nimmt ein beantragtes Verbot der Vervielfältigung und Bearbeitung nicht den Bereich der zulässigen Dekompilierung aus (§ 96e UrhG), ist ein solcher Antrag insoweit unbegründet.⁴⁵⁰

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

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

I. die Beklagte zu verurteilen,

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

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

⁴⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, BGHZ 112, 264, 268 = NJW 1991, 1231 = GRUR 1991, 449 m. Anm. *Frhr. v. Gravenreuth* – Betriebssystem.

⁴⁴⁵ BGH, Urt. v. 22.11.2007 – I ZR 12/05, ZUM-RD 2008, 225, 227 = GRUR 2008, 357.

⁴⁴⁶ BGH, Urt. v. 23.1.2003, I ZR 18/00, GRUR 2003, 786, 787 – Innungsprogramm.

⁴⁴⁷ OLG Hamm, Urt. v. 27.4.1989 – 4 I 196/86, GRUR 1990, 185.

⁴⁴⁸ BGH, Urt. v. 23.1.2003, I ZR 18/00, GRUR 2003, 786, 787 – Innungsprogramm.

⁴⁴⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.1.2003, I ZR 18/00, CR 2001, 371, 372.

⁴⁵⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.1.2003, I ZR 18/00, CR 2001, 371, 372.

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

2. Verfahrensgang

Der Softwareverletzungsprozess beginnt typischerweise mit einer **Verwarnung nach § 97a UrhG**. Dabei handelt es sich um eine Abmahnung mit ernsthafter Unterlassungsaufforderung unter Androhung gerichtlicher Schritte.⁴⁵¹ Die Verwarnung ist wegen der sonst auftretenden Kostenfolge wichtig, da ein ohne Verwarnung geführter Verletzungsprozess unter Umständen dazu führen kann, dass der Verletzte die gesamten Kosten des Prozesses trägt (§ 93 ZPO). Zu bedenken ist bei der Verwarnung, dass dem Verletzten bei einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung auch noch Regressansprüche drohen (§ 823 BGB).⁴⁵² Die Verwarnung muss hinreichend deutlich formuliert sein, eine bloße Berechtigungsanfrage ist keine Verwarnung.⁴⁵³ Eine bloße **Berechtigungsanfrage**⁴⁵⁴ reicht dementsprechend auch nicht

⁴⁵¹ Dreier/Schulze/Spacht, § 97a UrhG Rn. 3,5.

⁴⁵² Siehe dazu ausführliche BGH, Beschl. v. 15.7.2005 – GSZ 1/04, WRP 2005, 1408 – unberechtigte Schutzrechtsverwarnung.

⁴⁵³ Siehe OLG München, Urt. v. 6.3.1997 – 6 U 4373/96, Mitteilungen 1998, 117.

⁴⁵⁴ Typischer Text einer solchen Anfrage: „Wir erlauben uns daher die Anfrage, warum Sie sich berechtigt glauben, dieses Schutzrecht nicht beachten zu müssen. Wir bitten um Ihre Stellungnahme spätestens bis zum 22.2.1983 hier eingehend. Für den Fall, dass wir innerhalb dieser Frist keine befriedigende Antwort erhalten, behalten wir uns gerichtliche Maßnahmen vor“ (aus OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.10.1993 – 6 U 119/83, GRUR 1984, 143).

aus, um die Kostenfolgen des § 93 ZPO zu vermeiden. Deshalb kann der Softwarenutzer auf die Berechtigungsanfrage eine gegenteilige Rechtsauffassung äußern, ohne dass er bei einer unmittelbar folgenden gerichtlichen Inanspruchnahme die Möglichkeit verliert, den Anspruch noch kostenfrei gem. § 93 ZPO anzuerkennen. Denn der Austausch von unterschiedlichen Rechtsansichten macht eine vorherige Abmahnung nicht schon wegen voraussichtlicher Erfolglosigkeit entbehrlich.⁴⁵⁵ Unberechtigte Verwarnungen lösen Gegenansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz aus, wobei das verwarnende Unternehmen die Beweislast für alle Tatbestandsvoraussetzungen des zugrundeliegenden Anspruchs trägt.⁴⁵⁶ Eine Verwarnung ist auch unberechtigt, wenn sie zu pauschal gefasst ist.⁴⁵⁷ Der Schutzrechtsinhaber ist dazu angehalten, vor einer Unterlassungsaufforderung die gebotenen, von ihm zu erwartenden und ihm zumutbaren Prüfungen zur Berechtigung seines Verlangens vorzunehmen.⁴⁵⁸

Ebenso löst eine reine Berechtigungsanfrage nicht beim Verletzer das Recht aus, seinerseits **Klage auf negative Feststellung zu erheben.**⁴⁵⁹ Bekommt der Verletzer eine Verwarnung, sollte er sorgfältig seine eigene Verteidigung vorbereiten. Zu prüfen sind die Möglichkeiten, den Angreifer selbst als Rechtsverletzer anzugreifen. Auch ist daran zu denken, im Wege eines Vergleichs oder einer Abgrenzungsvereinbarung einen Rechtsstreit vor staatlichen Gerichten zu vermeiden, da diese sehr häufig mit Softwareverletzungsprozessen überfordert sind.

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

Für die **internationale Zuständigkeit** ist die Verordnung der EU über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) zu beachten.⁴⁶⁰ Diese Verordnung gilt nur für Streitigkeiten mit

⁴⁵⁵ OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2006 – 5 W 12/06, GRUR 2006, 616.

⁴⁵⁶ BGH, Urt. v. 23.2.1995 – I ZR 15/93, GRUR 1995, 424, 425 – Betriebssystem.

⁴⁵⁷ KG Berlin, Urt. v. 24.2.2004 – 5 U 273/03, GRUR-RR 2004, 258.

⁴⁵⁸ So der berühmte Beschluss des Großen Senats des BGH v. 15.7.2005 – GSZ 1/04; GSZ, GRUR 2005, 882, 884 = NJW 2005, 3141 = JuS 2005, 1125 m. Anm. *Emmerich*.

⁴⁵⁹ OLG München, Urt. v. 6.3.1997 – 6 U 4373/96, Mitteilungen 1998, 117.

⁴⁶⁰ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000, ABl. G 16.1.2001, 12.

Parteien, die ihren Sitz innerhalb der EU haben. Hiernach besteht erst einmal eine internationale Zuständigkeit am Sitz des Beklagten (Art. 2 EuGVVO) sowie am Ort der unerlaubten Handlung (Art. 5 Nr. 3 EuGVVO). Bei Schadensersatzprozessen mit grenzüberschreitendem Bezug kann nur der in dem betreffenden Vertragsstreit am jeweiligen Erfolgsort entstandene Schaden vom örtlich zuständigen Gericht entschieden werden. Lediglich das Gericht am Handlungsort kann über den gesamten Schaden entscheiden.⁴⁶¹ Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis auf die Gefahren, die aufgrund des sog. **Brussels Torpedo** existieren. Hierbei erhebt der Rechtsverletzer basierend auf einer entsprechenden Verwarnung eine negative Feststellungsklage und bringt diese beim Landgericht Brüssel ein. Wegen dieser Klage ist eine Unterlassungsklage an anderen Orten aufgrund des Einwandes der bereits bestehenden Rechtshängigkeit unmöglich (Art. 27 EuGVVO). Da Entscheidungen in Belgien (ähnlich wie in Italien) sehr viel Zeit brauchen, hat der Verletzer einen enormen Zeitgewinn, verbunden mit besonderen wirtschaftlichen Vertriebsmöglichkeiten. Hiergegen hilft nur eine schnelle Unterlassungsklage ohne entsprechende Vorwarnung. Im Übrigen gehen die belgischen Gerichte dazu über, entsprechende Klagen unter Umständen wegen Missbräuchlichkeit abzuweisen.⁴⁶²

Wichtig ist zu bedenken, dass **neben dem Händler auch der Hersteller** in das Gerichtsverfahren einbezogen werden kann. Dies geschieht typischerweise im Wege einer gemeinschaftlichen Klage gegen beide. Unter Umständen wird der Händler aber auch ein Interesse haben, den Hersteller in das Verfahren einzubeziehen. Dies geschieht insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Händler einen Schadensersatzanspruch wegen Rechtsmängeln gegen den Hersteller hat (§§ 433 Abs. 1 S. 2, 435 BGB). Deshalb wird er als Händler dem Lieferanten nach §§ 72 ff. ZPO den **Streit verkünden**. Hierzu schickt er einen Schriftsatz an den Hersteller, in dem der Grund und die Lage des Rechtsstreits spezifiziert werden. Ist die Streitverkündung wirksam, muss der Hersteller die nun ergehenden Gerichtsentscheidungen gegen sich gelten lassen, unabhängig davon, ob er dem Rechtsstreit beitrifft oder nicht (§ 68 ZPO). Sinnvoll ist auch die Vereinbarung eines Streitbeitritts im Wege der Vereinbarung zwischen Händler und Softwareersteller. Im Übrigen spielt die Streitverkündung auch eine Rolle, wenn es um die Beteiligung ausgeschiedener Mitarbeiter an einer Urheberrechtsverletzung geht.⁴⁶³

⁴⁶¹ EuGH, Urt. v. 7.3.1995 – C-68/93, NJW 1995, 1881 – Fiona Shavill; ähnlich LG Düsseldorf, Teilurt. v. 25.8.1998 – 4 O 165/97, GRUR Int. 1999, 455 – Schussfadengreifer.

⁴⁶² So etwa in der Entscheidung Roche vs. Wellcome Foundation des Brüsseler Appellationsgerichts v. 20.12.2001. Zur Situation in Italien siehe Tribunal of Lodi, 13 February, 1991, Giur. Ann. Dir. Ind., 2759.

⁴⁶³ OLG Hamburg, Urt. v. 11.1.2001 – 3 U 120/00 PK 1115, GRUR-RR 2001, 289.

Denkbar ist auch eine Durchsetzung im Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes**. Früher war ein solches Schnellverfahren nicht denkbar, da die Prüfung der Urheberrechtsfähigkeit hohe Anforderungen hatte.⁴⁶⁴ Heute gehen die Gerichte großzügiger mit dem einstweiligen Rechtsschutz im Falle einer Softwareverletzung um. Aber auch hier können nur eindeutige Verstöße im vorläufigen Verfahren geahndet werden, nicht jedoch kompliziert nachzuweisende Nachahmungen.⁴⁶⁵

Die **Darlegungs- und Beweislast** im Softwareverletzungsprozess trägt natürlich die Klägersseite. Die Beklagtenseite muss ihrerseits entsprechende Verteidigungsargumente vortragen, wie etwa den Einwand der Erschöpfung. Von den **Beweismitteln** spielt der Zeugenbeweis eher eine geringe Rolle. Wichtiger ist das **Sachverständigengutachten**. Die Bestellung eines Sachverständigen erfolgt durch das Gericht mittels eines Beweisbeschlusses entweder nach der mündlichen Verhandlung (§ 358 ZPO) oder bereits vor der mündlichen Verhandlung (§ 358a ZPO). Die Parteien haben die Möglichkeit, Vorschläge für einen Sachverständigen zu machen. Das schriftliche Gutachten leitet das Gericht den Parteien zu und gibt ihnen Gelegenheit zu Ergänzungsfragen (§ 411 Abs. 4 ZPO). Ein Sachverständiger kann nur wegen Besorgnis der Parteilichkeit abgelehnt werden, nicht wegen fachlicher Inkompetenz (§ 406 ZPO). Besorgnis der Befangenheit besteht z.B. dann, wenn der Gutachter eine Besichtigung vornimmt, ohne den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu beachten.⁴⁶⁶ Wichtig ist eine Vorab-Erörterung der Beweisfragen mit dem Sachverständigen in einem **Einweisungstermin**. Auch sollte nach Möglichkeit, im Hinblick auf die Komplexität der meisten Softwareverletzungsfälle, noch einmal eine mündliche Erläuterung des Gutachtens vorgenommen werden (§ 411 Abs. 3 ZPO).

Neben dem Sachverständigengutachten kommt auch der **Augenschein** bei Urheberrechtsverletzungen in Betracht. Der Augenschein kann nach § 144 ZPO bei einer Partei oder auch beim Dritten angeordnet werden. Derzeit wird über eine Erweiterung des Augenscheins nachgedacht, insbesondere in Folge der Umsetzung der EG-Enforcement-Richtlinie. Die Ergänzungen beziehen sich vor allem auf den **Besichtigungsanspruch nach § 101a UrhG**. Nach dieser Vorschrift kann der Verletzte von demjenigen, der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Urheberrecht widerrechtlich verletzt, Vorlage von Urkunden oder Besichtigung einer Sache verlangen, die sich in seiner Verfügungsgewalt befinden, wenn dies zur Begründung seiner Ansprüche erforderlich ist. Aus § 101a UrhG könnte sich ein Anspruch

⁴⁶⁴ LG Hannover, Urt. v. 23.3.1993 – 18 O 77/93, CR 1994, 626.

⁴⁶⁵ OLG Celle, Urt. v. 9.9.1993 – 13 U 105/93, CR 1994, 748 f.

⁴⁶⁶ BGH, Urt. v. 15.4.1975 – X ZR 52/73, GRUR 1975, 507 – Schulterpolster.

auf Besichtigung eines Datenträgers ableiten lassen, auf dem der Quellcode des Konkurrenzprogramms abgespeichert ist. Dieser war bislang nach den Regeln des *BGH* aus dessen Entscheidung „Druckbalken“ ausgestaltet und aus § 809 BGB abgeleitet.⁴⁶⁷ Danach war ein Augenschein in Form der Besichtigung dann möglich, wenn eine sehr hohe Verletzungswahrscheinlichkeit besteht.⁴⁶⁸ Der Besichtigungsanspruch kann also grundsätzlich nur zur Durchsetzung von Ansprüchen geltend gemacht werden, die im Übrigen erfolgversprechend sind.⁴⁶⁹ In der Entscheidung „Faxkarte“ hat der *BGH* dann für den IT-Bereich das Kriterium der Wahrscheinlichkeit auf das Vorliegen einer „gewissen“ Verletzungswahrscheinlichkeit reduziert.⁴⁷⁰ Das **Landgericht Düsseldorf** hat dann den Besichtigungsanspruch noch einmal prozessual erweitert. Dabei wurde vor allem das Instrument des selbständigen Beweisverfahrens (§§ 485 ff. ZPO) genutzt. Das Landgericht will auch im einstweiligen Rechtsschutz eine Beschlagnahme und Besichtigung zulassen, wenn neben dem selbständigen Beweisverfahren auch die Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung vorliegen.⁴⁷¹ Der Verfügungsgrund liegt hier in dem drohenden Beweismittelverlust.⁴⁷² Dem Schutz von Betriebsgeheimnissen wird dadurch Rechnung getragen, dass die Rechtsanwälte des Antragstellers an einem solchen Beweisverfahren teilnehmen können und gleichzeitig eine Schweigepflicht gegenüber dem Antragsteller haben.⁴⁷³ An dieser in Deutschland bereits in Patentrechtsstreitigkeiten etablierten sog. *Düsseldorfer Praxis* orientiert sich erkennbar auch Art. 8 des Richtlinienentwurf über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen.⁴⁷⁴ Denkbar ist auch, die Besichtigung nur durch einen unabhängigen, zur Geheimhaltung verpflichteten Sachverständigen erfolgen zu lassen. Dieser ist nur dem Gericht gegenüber verpflichtet; seine Ergebnisse werden vom Gericht dem angeblichen Verletzer erst nach positiver Entscheidung in allen sonstigen Fragen der Hauptsache freigegeben.⁴⁷⁵ Es reicht nicht aus, nur die Übereinstimmung kleinerer Teile der Programmierunterlagen vorzutragen, ohne dass deren

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

⁴⁶⁸ *BGH*, Urt. v. 8.1.1985 – X ZR 18/84, GRUR 1985, 512 – Druckbalken.

⁴⁶⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 29.4.2004 – 3 U 120/00, CR 2005, 558, 559 = ZUM 2005, 394 – Faxkarte II.

⁴⁷⁰ *BGH*, Urt. v. 2.5.2002 – I ZR 45/01, GRUR 2002, 1046 – Faxkarte; ähnlich bereits KG Berlin, Urt. v. 11.8.2000 – 5 U 3069/90, NJW 2001, 233 für Software.

⁴⁷¹ Bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2010 – I-20 W 32/10, MittPatA 2011, 151; ähnlich OLG Hamm, Beschl. v. 20.8.2009 – I-4 W 107/09, ZUM-RD 2010, 27.

⁴⁷² A.A. OLG Köln, Beschl. v. 9.1.2009 – 6 W 3/09, CR 2009, 289 = ZUM 2009, 427, das immer danach fragen will, ob auch die Dringlichkeit glaubhaft gemacht worden ist.

⁴⁷³ *Kühnen*, GRUR 2005, 185.

⁴⁷⁴ *Gärtner*, NZG 2014, 650 (653).

⁴⁷⁵ OLG München, Beschl. v. 31.10.1986 – 11 W 1282/86, GRUR 1987, 33.

Schutzfähigkeit feststeht.⁴⁷⁶ Bei Raubkopien sieht die Lage anders aus, da hier dann weniger strikte Maßstäbe anzulegen sind.⁴⁷⁷ Es reicht aber auch in einem solchen Fall nicht aus nur vorzutragen, die Programme seien von einer selbstgebrannten CD auf die Computer kopiert worden.⁴⁷⁸

3. Kosten

Prozessual ist auch die Frage der Kostenerstattungen nach Maßgabe von § 91 ZPO wichtig. Erstattungsfähig sind die Kosten für die Einbeziehung eines ausländischen Verkehrsanwaltes, allerdings begrenzt auf eine inländische Verkehrsgebühr.⁴⁷⁹ Recherchekosten, insbesondere im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, sind nach Maßgabe des nachgewiesenen Aufwandes ebenfalls erstattungsfähig.⁴⁸⁰ Sachverständigenkosten werden typischerweise **nicht erstattet, sofern es sich um ein reines Privatgutachten handelt**. Denkbar ist auch die Möglichkeit eines Vergleichs, insbesondere etwa durch die Gewährung einer Lizenz für die Vergangenheit und die Gewährung einer eingeschränkten Lizenz für die Zukunft.

4. Vollstreckung

Auskunftsansprüche sind typischerweise **unvertretbare Handlungen** im Rahmen von § 888 ZPO. Eine Vollstreckung ist daher nur durch Festsetzung eines Ordnungsgeldes oder Ordnungshaft möglich. Die Vollstreckung nach § 888 ZPO ist losgelöst von einem Verschulden möglich, da die Ordnungsgelder nur Beugemittel sind. Die Verifizierung der Auskunft ist im Wege der eidesstattlichen Versicherung nach Maßgabe von § 259 Abs. 2 und § 260 Abs. 2 BGB möglich. Voraussetzung ist allerdings, dass Grund zu der Annahme bestehen könnte, dass die gemachten Angaben nicht mit der gebotenen Sorgfalt zusammengestellt worden sind.⁴⁸¹ Die eidesstattliche Versicherung muss vom jeweiligen Gesellschaftsorgan, also typischerweise vom Vorstand oder dem Geschäftsführer, geleistet werden.⁴⁸² Eine Verifizierung durch Bucheinsicht ist nicht möglich, es sei denn, sie ist vertraglich vereinbart worden.⁴⁸³ Insofern lohnt es sich, vertraglich eine Möglichkeit zur Überprüfung von Abrechnungen durch einen

⁴⁷⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 11.1.2001 – 3 U 120/00, ZUM 2001, 519, 521, 523 – Faxkarte; OLG Hamburg, Urt. v. 29.4.2004 – 3 U 120/00, CR 2005, 558, 559.

⁴⁷⁷ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 26.5.2004 – 3 O 2524/04, CR 2004, 890, 891 f. = MMR 2004, 627.

⁴⁷⁸ KG Berlin, Urt. v. 11.8.2000 – 5 U 3069/90, NJW 2001, 233, 235.

⁴⁷⁹ BPatG, Urt. v. 29.12.1977 – 3 Ni 25/70, MittDtschPatAnw 1978, 96; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 11.11.1985 – 6 W 308/85, GRUR 1986, 336.

⁴⁸⁰ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 6.7.1994 – 6 W 65 und 75/94, GRUR 1996, 967.

⁴⁸¹ BGH, Urt. v. 4.12.1959 – I ZR 135/58, GRUR 1960, 247 – Krankenwagen.

⁴⁸² BGH, Urt. v. 8.12.1960 – II ZR 223/59, BB 1961, 190.

⁴⁸³ BGH, Urt. v. 3.7.1984 – X ZR 34/83, GRUR 1984, 728 – Dampffrisierstab II; BGH, Urt. v. 21.2.2002 – I ZR 140/99, GRUR 2002, 709 – Entfernung der Herstellungsnummer III.

Wirtschaftsprüfer vorzusehen. Wichtig ist auch und gerade im Softwarebereich die Grenzbeschlagnahme, die vor allem auf der Grundlage einheitlicher EU-Regelungen erfolgt.⁴⁸⁴ Die **Zollbehörde** kann nach Maßgabe von § 111b UrhG offensichtlich schutzrechtsverletzende Waren beim Grenzüberschritt beschlagnahmen. Dabei prüft die Zollbehörde also nicht, ob tatsächlich eine Schutzrechtsverletzung vorliegt. Die Beschlagnahme erfolgt gem. § 111 Abs. 1 S. 1 UrhG aufgrund eines entsprechenden Bescheides sowie eines zuvor eingegangenen Antrags auf Grenzbeschlagnahme. Einem entsprechenden Antrag wird nur dann stattgegeben, wenn eine Absicherung von Seiten des Verletzten in Form einer Bankbürgschaft erfolgt (§ 111 Abs. 1 S. 1 UrhG). Ferner brauchen die Zollbehörden anschauliche Muster schutzrechtsverletzender Ware sowie den Namen eines entsprechenden Ansprechpartners beim Verletzten. Im Falle eines Widerspruchs des Verletzers gegen die Grenzbeschlagnahme muss der Rechteinhaber gem. § 111 Abs. 4 UrhG binnen zwei Wochen nach Mitteilung des Widerspruchs eine vollziehbare gerichtliche Entscheidung beibringen, aufgrund derer eine Verwahrung des beschlagnahmten Erzeugnisses vorzunehmen ist. Typischerweise bedarf es hierfür einer einstweiligen Verfügung eines Gerichts. Zuständig sind für ganz Deutschland die Spezialisten der **Oberfinanzdirektion Nürnberg – Außenstelle München**.

Neben diesen nationalen Regelungen bestehen gemeinschaftsrechtliche Regelungen, insbesondere durch die **Verordnung 1383/2003**.⁴⁸⁵ Auf EU-Ebene geht es nicht mehr um eine Grenzbeschlagnahme, sondern um eine Aussetzung der Überlassung bzw. eine Zurückhaltung von Waren. Die Zollbehörden können auf Antrag oder von Amts wegen tätig werden, letzteres dann, wenn hinreichender Verdacht für eine Rechtsverletzung gegeben ist (Art. 4 und Art. 5). Es bedarf keiner Bürgschaft mehr des Rechteinhabers; auch eine Gebührenpflicht besteht nicht. Auch muss der Rechteinhaber nicht binnen der oben genannten kurzen Frist gerichtliche Entscheidungen vorlegen. Er muss vielmehr auf einen entsprechenden Widerspruch nur nachweisen, dass er ein Verfahren zur Feststellung einer Rechtsverletzung eingeleitet hat (Art. 13). Dabei reicht ein Hauptsacheverfahren aus.

⁴⁸⁴ Siehe dazu insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 1383/2003.

⁴⁸⁵ ABl. EG L 196/7 v. 2.8.2003.

Zweites Kapitel: EDV-Vertragsrecht

Literatur:

Bauer/Witzel, Nacherfüllung beim Kauf von Standardsoftware, ITRB 2003, 109; *Barbel*, CR 2001, 649; *Bartsch*, Software als Rechtsgut, CR 2010, 553; *Beckmann*, Computerleasing, Köln 1993; *Brandi-Dohrn*, Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln. BGB, Leasing und UN-Kaufrecht, 2. Aufl., München 1994; *Bischof*, Der EVB-IT Erstellungsvertrag – Der „kleine“ EVB-IT Systemvertrag – Überblick und erste kritische Würdigung, CR 2013, 553; *Bräutigam/Rücker*, Softwareerstellung und § 651 BGB, CR 2006, 361; *Diedrich*, Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 473; *Feil/Leitzen*, EVT-IT Kommentar, Köln 2003; *Fritzemeyer*, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; *Hassemer*, Kaufverträge nach der Schuldrechtsreform – Vertragsgestaltung gegenüber Verbrauchern und im Handelsgeschäft, ZGS 2002, 95; *Hilty*, Der Softwarevertrag, MMR 2003, 3; *Hilty*, Die Rechtsnatur des Softwarevertrages, CR 2012, 625; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989; *Hoeren/Spittka*, Aktuelle Entwicklungen des IT-Vertragsrechts – ITIL, Third Party Maintenance, Cloud Computing und Open Source Hybrids, MMR 2009, 583; *Junker*, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2003/ 2004, NJW 2005, 2829; *Kahler*, Der neue EVB-IT Erstellungsvertrag, K&R 2013, 765; *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch, 35. Ergänzungslieferung, München 2020; *Kirm/Müller-Hengstenberg*, Die EVB-IT Systeme – ein Mustervertrag mit hohen Risiken?, CR 2009, 69; *Kotthoff*, Softwareerstellungs-Verträge nach der Schuldrechtsmodernisierung, K&R 2002, 105; *König*, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991; *Kremer*, Anpassungspflicht für Software bei Änderungen der Rechtslage, ITRB 2013, 116; *Lehmann*, Softwareüberlassungsverträge, GRUR Int 2005, 181; *Leitzen/Intveen*, IT-Beschaffungsverträge der öffentlichen Hand, CR 2001, 493; *Malenavy*, Die UsedSoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkungen des EuGH-Urteils, CR 2013, 422; *Mankowski*, Wervertragsrecht – Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag, MDR 2003, 854; *Lensdorf*, Der EVB-IT Systemvertrag – was lange währt, wird endlich gut?, CR 2008, 1; *Leupold/Wieber/Glossner*, IT-Recht, 4. Aufl. München 2021; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl., München 2004; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl., München 2018; *Martinek*, Moderne Vertragstypen Band III, München 1993; *Mehrings*, Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet, BB 1998, 2373; *Meub*, Schuldrechtsreform: Das neue Werkvertragsrecht, DB 2002, 131; *Müller*, Quo Vadis EVB-IT-Verträge? Über Sinn und Nutzen der geplanten Musterverträge EVB-IT-Systeme und EVB-IT-Planung und Realisierung für die Branche, CR 2006, 426; *Müller-Hengstenberg*, BVB/EVB-IT-Computersoftware – Besondere Vertragsbedingungen für die Überlassung, Erstellung, Planung und Pflege sowie ergänzende Vertragsbedingungen für IT-Dienstleistungen, 6. Aufl. Berlin 2003; *Müller-Hengstenberg/Kremer*, CR 2002, 599; *Müller-Hengstenberg*, BVB/EVB-IT-Computersoftware, 7. Aufl., Berlin 2007; *Müller-Polley*, Softwareverträge und ihre kartellrechtliche Wirksamkeit, CR 2004, 641; *Müglich*, AGB-rechtliche Überlegungen zur Auftragsvergabe nach BVB. Führt das reformierte Schuldrecht zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit? CR 2004, 166; *Redeker*, Softwareerstellung und § 651 BGB, CR 2004, 88; *Redeker*, Software – ein besonderes Gut, NJW 2008, 2684; *Redeker*, Vertragsrechtliche Einordnung von Softwarelieferungsverträgen: Einzelprobleme, ITRB 2013, 165; *Roth*, Die Reform des Werkvertragsrechts, JZ 2001, 543; *Sandhövel*, Gewährleistung beim Erwerb von Software, Diss. Bonn 1991; *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4, 8. Aufl., München 2019; *Schneider/von Westphalen*, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl., Köln 2014; *Schuster*, Leistungsabgrenzung in IT-Verträgen – Ein Plädoyer für die sorgfältige Abgrenzung von

Leistungsbereichen und Verantwortlichkeiten in IT-Projekten, CR 2013, 690; *Schneider*, Softwareerstellung Softwareanpassung – wo bleibt der Dienstvertrag?, CR 2003, 317; *Schneider*, Zwischenbilanz zum Lebensraum der werkvertraglichen „Abnahme“ in IT-Projekten, CR 2010, 634; *Schweinoch/Roas*, CR 2004, 326; *Spindler*, IT-Sicherheit – Rechtliche Defizite und rechtspolitische Alternativen, MMR 2008, 7; *Stichtenoth*, Softwareüberlassungsverträge nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, K&R 2003, 105; *von Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: Anh zu §§ 305-310, 18. Aufl., Berlin 2019; *Thewalt*, Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag., CR 2002, 1; *Westerholt/Berger*, Der Application Service Provider und das neue Schuldrecht, CR 2002, 81; *Zahrnt*, Wie die EVB-IT handhaben?, CR 2004, 716.

I. Einführung: Wirtschaftliche Vorüberlegungen

Software ist das Fundament jeder Informationsgesellschaft. Wo immer man hinsieht, findet man Computerprogramme. Das Internet basiert auf HTML-Codierung und JAVA-Script-Programmen. Der klassische Softwaremarkt gewinnt neben dem Internet immer weiter an Bedeutung. Seine Innovationsgeschwindigkeit und die Vielgestaltigkeit der Softwareverträge führen dabei zu einer erhöhten vertragsrechtlichen Komplexität. Es finden sich **verschiedene Arten von Verträgen**. Ordnet man diese historisch, steht am Anfang der Hardwaremarkt, insbesondere der Verkauf und die Vermietung von Hardware. Erst allmählich entwickelt ein Unternehmen Software zur Lösung individueller Kundenprobleme im Rahmen so genannter Softwareerstellungsverträge. Die Individualsoftware wurde sehr schnell standardisiert und auf den Massenmarkt gebracht. Solche Standardlösungen wurden regelmäßig im Rahmen so genannter Softwareüberlassungsverträge weitergegeben. Individuallösungen werden heutzutage hauptsächlich im Rahmen großer DV-Projektverträge angeboten. Zunehmend löste sich die Software vom Datenträger, zunächst im Rahmen von Netzwerkvereinbarungen, dann auch von Downloading-Verträgen, die etwa das Laden von Software via Internet regeln. Sondermärkte sind der Vertrieb über Open Source, die Vermarktung von PC-Software und CD-ROM-Produkten über Schutzhüllenverträge sowie der wirtschaftlich sehr bedeutende DV-Pflegemarkt.

Änderungen im Bereich des IT-Verbrauchervertragsrechts werden sich durch die 2019 verabschiedete Richtlinie (EU) 2019/770 (Digitale-Inhalte-Richtlinie, DIRL)⁴⁸⁶ und die Richtlinie (EU) 2019/771 (Warenkauf, WKRL)⁴⁸⁷ ergeben. So regelt die DIRL bestimmte

⁴⁸⁶ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=DE> (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

⁴⁸⁷ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie

vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen an Verbraucher und die WKRL bestimmte verbrauchervertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs. Beide Richtlinien müssen bis zum 1. Juli 2021 in nationales Recht umgesetzt werden. Am 13. Januar 2021 wurde der Gesetzesentwurf zur Umsetzung der DIRM⁴⁸⁸ veröffentlicht. Darin ist ein gänzlich neuer Titel 2a „Verträge über Digitale Produkte“ im Abschnitt 3 des Buches 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches vorgesehen, welcher sowohl Verbraucherverträge über digitale Inhalte als auch Dienstleistungen erfassen soll. Dies würde nicht nur für Verträge gelten, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer Geld zahlt, sondern auch für solche, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt (§ 327 Abs. 3 BGB-E). Nennenswerte Bestandteile des Mängelgewährleistungsregimes (§§ 327d - 327n BGB-E) sind insbesondere die in § 327f BGB-E geregelte Verpflichtung des Unternehmers zur Bereitstellung von Aktualisierungen, sowie eine im Vergleich zur bisher sechs Monate geltenden Beweislastumkehr (§ 477 BGB) doppelt so langanhaltende Beweislastumkehr (§ 327k BGB-E).

Am 10. Februar 2021 folgte der Gesetzesentwurf zur Umsetzung der WKRL.⁴⁸⁹ Dieser enthält insbesondere eine Aktualisierungsverpflichtung für Sachen mit digitalen Elementen (§ 475b BGB-E) und besondere Anforderungen an die Vereinbarung einer Abweichung von objektiven Anforderungen an die Kaufsache (§ 476 Abs. 1 BGB-E). Außerdem verlängert der Entwurf die Beweislastumkehr für Verbraucher bei Mängeln generell auf ein Jahr (§ 477 Abs. 1 BGB-E). Welche Auswirkungen sich für das nationale Recht und spezifisch für das IT-Vertragsrecht am Ende des gesetzgeberischen Verfahrens wirklich ergeben werden, bleibt abzuwarten.

2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0771&from=DE> (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

⁴⁸⁸ Regierungsentwurf: Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_BereitstellungdigitalerInhalte.pdf;jsessionid=9E3C8751B08A972BB9CD45E346F549F7.1_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

⁴⁸⁹ Regierungsentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=C19D9FB520F311653C6237553E256CAB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

II. Einordnung der Vertragsarten

1. Standardsoftware

Umstritten ist von Anfang an die **Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen** gewesen.⁴⁹⁰ In der Industrie werden solche Vereinbarungen immer noch gern als „Lizenzverträge“ bezeichnet und als Verträge sui generis qualifiziert.⁴⁹¹ Dem hat die Rechtsprechung frühzeitig einen Riegel vorgeschoben, indem sie Verträge über die Überlassung „nackter“ Software auf Dauer gegen ein Einmalentgelt als Sachkauf, zumindest als sachkaufähnlichen Vertrag eingestuft hat. Diese Klassifizierung ist durch mehrere Entscheidungen des *BGH* – insbesondere durch dessen Compiler-Entscheidung⁴⁹² – bestätigt worden. An der kaufrechtlichen Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen ändert sich infolge der Schuldrechtsreform nichts. Die kaufrechtliche Qualifizierung wird vielmehr noch dadurch erleichtert, dass es auf die früher streitige Frage der Qualifizierung von Sachen⁴⁹³ angesichts der Regelung des § 453 Abs. 1 BGB nicht mehr ankommt. Denn hiernach gelten für den Sach- und Rechtskauf dieselben Regeln wie für den Verkauf sonstiger Gegenstände.⁴⁹⁴

Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung hingegen wollte lange Zeit alle **Softwareverträge als Werkverträge** einstufen.⁴⁹⁵ Sie interpretierte hierzu die Compiler-Entscheidung des *BGH* 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 heißt es z.B. in dem Urteil des *OLG Köln* vom 11.10.1991:⁴⁹⁶ „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

⁴⁹⁰ S. hierzu *Martinek*, 11 ff.

⁴⁹¹ Zuletzt: *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128, 3134; *Lehmann*, GRUR Int. 2005, 181 ff.; *Hilty*, MMR 2003, 3 ff.

⁴⁹² *BGH*, Urt. v. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 f. = CR 1988, 124, 125 f. Siehe deutlich auch: *BGH*, Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75, woin der *BGH* ausdrücklich Software als Sache i.S.v. § 90 BGB anspricht.

⁴⁹³ Siehe *BGH*, Urt. v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, CR 1993, 681 = NJW 1993, 2436, 2437 f.; *BGH*, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, CR 1988, 124 = NJW 1988, 406, 408; ähnlich auch u.a. *LG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 10.11.2004 – 2-06 O 142/04.

⁴⁹⁴ So auch *Diedrich*, CR 2002, 473, 476; *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 107; *Roth*, JZ 2001, 543, 546.

⁴⁹⁵ So die Tendenz, die sich in folgenden Entscheidungen deutlich dokumentiert: *OLG Köln*, Urt. v. 11.10.1991 – 19 U 87/91, CR 1992, 153 = NJW-RR 1992, 1327; *OLG Hamm*, Urt. v. 22.8.1991 – 31 U 260/90, CR 1992, 206, 207; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 9.6.1989 – 16 U 209/88, NJW 1989, 2627. Vgl. hierzu auch *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 46 ff.; *Mehring*s, NJW 1988, 2438, 2439 f.

⁴⁹⁶ *OLG Köln*, Urt. v. 11.10.1991 – 19 U 87/91, CR 1992, 153 = NJW-RR 1992, 1327.

Software an die Bedürfnisse des Anwenders und eine Einarbeitung des Personals erfolgen soll.“ (1. Leitsatz).

Ähnlich verweist das *OLG Hamm* in seinem Urteil vom 22.8.1991⁴⁹⁷ auf das Werkvertragsrecht: „Wenn der Abnehmer jedoch ein nicht sachkundiger Endabnehmer ist, der eine Gesamtanlage zur Bewältigung bestimmter Aufgaben erwerben will, entspricht es nach den Erfahrungen des Senats eher den Vorstellungen von Lieferant und Abnehmer, dass eine werkvertragliche Leistung jedenfalls dann geschuldet wird, wenn der Lieferant die Verpflichtung übernimmt, den Abnehmer in den Gebrauch der Anlage einzuweisen und entsprechend zu schulen.“

Das *OLG Köln* hält auch nach der Schuldrechtsreform an einer möglichst werkvertraglichen Qualifizierung von Softwareverträgen fest. Bei schriftlicher Bestätigung, dass das bestellte EDV-System die gesamte, für die Branche und die Bedürfnisse des Kunden notwendige, Anwendersoftware enthält, wird nicht lediglich die zugehörige Standard-Hardware und Standard-Software geschuldet, sondern eine Gesamtlösung, die den Bedürfnissen des Kunden entspricht.⁴⁹⁸

Dann verblieb allerdings noch das Problem der **Qualifizierung von Verträgen zwischen Softwareüberlassung und Softwareerstellung**. Gemeint ist hierbei der Vertrieb von Standardsoftware, die durch zusätzliche Leistungen an die Bedürfnisse des Kunden angepasst wird. Steht die Anpassung der Standardsoftware an die individuellen Bedürfnisse des Anwenders im Vordergrund, ist der Vertrag werkvertraglich zu qualifizieren.⁴⁹⁹ Das ist der Fall, wenn das Basisprogramm eine derartige Umänderung erfahren hat, dass es für eine anderweitige Nutzung nicht mehr verwendbar ist.⁵⁰⁰ Viele Oberlandesgerichte bestehen darüber hinaus darauf, dass alle Softwareverträge möglichst werkvertraglich zu qualifizieren sind.⁵⁰¹ So soll ein Vertrag, der die Herstellung eines den individuellen Bedürfnissen des Anwenders gerecht werdenden EDV-Programms zum Leistungsgegenstand hat, in der Regel auch dann als Werkvertrag zu qualifizieren sein, wenn dazu ein Standardprogramm unter Anpassung an die betrieblichen Besonderheiten Verwendung findet und wenn zusätzlich die Lieferung von Hardware sowie die Einarbeitung des Personals und die Erfassung betrieblicher Daten

⁴⁹⁷ OLG Hamm, Urt. v. 22.8.1991 – 31 U 260/90, CR 1992, 206, 207; ähnlich auch OLG Celle, Urt. v. 22.11.1995 – 13 U 111/95, CR 1996, 539, 540.

⁴⁹⁸ OLG Köln, Urt. v. 4.11.2002 – 19 U 27/02, CR 2003, 246 = ZUM-RD 2003, 195.

⁴⁹⁹ OLG Köln, Urt. v. 26.6.1991 – 19 U 261/91, NJW-RR 1992, 1328; LG Landshut, Urt. v. 20.8.2003 – 2 HK O 2392/02; Leupold/Wiebe/Glossner/von dem Bussche/Schelinski, Teil 2 IT-Recht, Rn. 61.

⁵⁰⁰ LG Landshut, Urt. v. 20.8.2003 – 2 HK O 2392/02, CR 2004, 19.

⁵⁰¹ S. z.B. OLG Köln, Urt. v. 11.10.1991 – 19 U 87/91, CR 1992, 153 = NJW-RR 1992, 1327; OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95; siehe dazu auch *Schneider*, CR 2003, 317 ff.

übernommen werden.⁵⁰² In der Literatur wird eine dienstvertragliche Qualifizierung vorgeschlagen⁵⁰³ oder eine Abgrenzung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls gefordert.⁵⁰⁴

2. Individualsoftware

Die Erstellung von Individualsoftware erfolgt im Rahmen von **Werkverträgen**.⁵⁰⁵ Ähnlich wird der DV-Projektvertrag, bei dem es um die Erstellung besonderer, auf die Bedürfnisse des Kunden abgestellter DV-Lösungen geht, als Werkvertrag angesehen.⁵⁰⁶ Unter das Werkvertragsrecht fällt auch ein Vertrag, in dem sich der Programmierer zur Umstellung der Software auf andere Betriebssysteme (sog. Portierung) verpflichtet.⁵⁰⁷

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

Fraglich ist, ob diese Differenzierung nach der Schuldrechtsreform bestehen bleiben kann. Infolgedessen hat sich ein Problem dadurch ergeben, dass § 651 BGB in seiner Neufassung **die Grenzen zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht** verschiebt.⁵⁰⁸ Grundlage war Art. 1 Abs. 4 der EU-Richtlinie zur Gewährleistung über einen Verbrauchsgüterkauf.⁵⁰⁹ Nach Art. 1 Abs. 4 gelten auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter als Kaufverträge i.S.d. Richtlinie. Ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien Verbraucher sind oder nicht, regelt nunmehr § 651 S. 1 BGB, dass das Kaufrecht auch auf Verträge zur Anwendung kommt, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben.⁵¹⁰

Teile der Literatur ziehen hieraus die Konsequenz, dass für Softwareerstellungsverträge grundsätzlich nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern Kaufvertragsrecht zur Anwendung

⁵⁰² OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95.

⁵⁰³ *Schneider*, CR 2003, 317 ff.

⁵⁰⁴ Leupold/Wieber/Glossner/*von dem Bussche/Schelinski*, Teil 2 IT-Recht, Rn. 61.

⁵⁰⁵ BGH, Urt. v. 11.02.1971 – VII ZR 17/69; BGH, Urt. v. 23.01.1996 – X ZR 105/03.

⁵⁰⁶ Siehe dazu BGH, Urt. v. 3.11.1992 – X ZR 83/90, NJW 1993, 1063; BGH, Urt. v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436; *Beckmann*, Computerleasing, 1993, Rn. 189; *Brandi-Dohrn*, Gewährleistung, S. 3; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd III, 36.

⁵⁰⁷ BGH, Urt. v. 9.10.2001 – X ZR 58/00, CR 2002, 93; ähnlich für Österreich Österreichischer Oberster Gerichtshof, Beschl. v. 3.8.2005 – 9 OB 81/04 H.

⁵⁰⁸ S. dazu *Thewalt*, CR 2002, 1 ff.

⁵⁰⁹ Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (Richtlinie 1999/44/EG v. 25.5.1999, ABl. EG Nr. L 171 v. 7.7.1999, 12).

⁵¹⁰ Zur Anwendung von § 651 BGB auf Datenlieferungsverträge siehe OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.7.2004 – I-23 U 186/03, K&R 2005, 41 = ZUM-RD 2005, 58 = DuD 2005, 171.

kommen soll.⁵¹¹ Die nachteiligen Konsequenzen einer solchen Qualifizierung seien durch § 651 S. 3 BGB gemildert, der wichtige Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwendbar erkläre. Diese Auffassung ist meines Erachtens nicht zutreffend.⁵¹² § 651 BGB stellt zentral darauf ab, was der „Gegenstand“, d. h. der Hauptzweck des Vertrags ist. Besteht der Hauptzweck des Vertrags in der (bloßen) Lieferung von Sachen, wird man sicherlich Kaufvertragsrecht zur Anwendung bringen müssen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn ein individueller Erfolg geschuldet wird und die Lieferung der Sache dabei nicht zum Gegenstand des Vertrags gemacht wird. Ein solcher Zustand ist bei der Lieferung von Individualsoftware der Fall, bei der es nicht darum geht, dem Anwender ein Computerprogramm bloß 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.⁵¹³ Das Computerprogramm mit dem Datenträger ist dann nur eine Teilkomponente, die nicht das Wesen des Softwareerstellungsvetrags ausmacht. Dies gilt noch deutlicher bei der Lieferung von Standardsoftware, wenn noch eine erhebliche Zusatzleistung hinzukommt. Hier wird man wie bisher danach unterscheiden müssen, welches Gewicht die einzelnen Leistungen haben und welche Leistungspflicht dem Vertrag sein Gepräge gibt. Kommt es zu Mischformen (z.B. bei einem Kauf mit Montageverpflichtung), wird danach differenziert, ob im Einzelfall werk- oder kaufvertragliche Elemente überwiegen.⁵¹⁴

Teilweise wird vertreten, dass die Annahme eines Werkvertrages für Softwarekäufe problematisch sei, da die richtige Verjährungsvorschrift fehle.⁵¹⁵ Hält man demnach § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB für anwendbar, bejaht man die Sachqualität der Software. Falls man davon ausgeht, dass Software keine Sache ist, müsste man auf § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB zurückgreifen, wodurch die Mängelgewährleistungsansprüche in der regelmäßigen Frist – drei Jahre gem. § 195 BGB – verjähren würden. Dies scheint im Ergebnis nicht angemessen.⁵¹⁶ Das Problem der richtigen Verjährungsvorschrift bei der Annahme eines Werkvertrages für

⁵¹¹ So z.B. *Hassemer*, ZGS 2002, 95, 102; *Thewalt*, CR 2002, 1, 4 f.; *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 82 f.; *Kotthoff*, K&R 2002, 105; *Meub*, DB 2002, 131, 134; *Mankowski*, MDR 2003, 854, 857; *Schneider*, CR 2003, 317, 322; *Schweinoch/Roos*, CR 2004, 326, 330; MüKoBGB/Lorenz § 474 Rn. 12.

⁵¹² Ähnlich jetzt auch *Diedrich*, CR 2002, 473 ff.; *Barbel*, CR 2001, 649, 655; im Ergebnis auch *Müller-Hengstenberg/Kremer*, CR 2002, 599; *Stichtenoth*, K&R 2003, 105 ff.; *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361; *Junker*, NJW 2005, 2829, 2832; von *Staudinger/Mäsch*, §§ 305-310 BGB, Rn. L39.

⁵¹³ LG Landshut, Urt. v. 20.8.2003 – 2 HK O 2392/02; *Kilian/Heussen/Moritz*, Mängelansprüche bei Hardware- und Softwareverträgen Rn. 13.

⁵¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, MMR 2010, 23 sowie die Nachweise in *König*, 268 ff. und *Sandhövel*, 208 ff.

⁵¹⁵ *Schneider*, CR 10/2016, 634, 637.

⁵¹⁶ *Schneider*, CR 10/2016, 634, 635.

Individualsoftware stellt sich dann nicht, wenn man annimmt, dass Software Sachqualität hat (was mittlerweile von der Rechtsprechung in urheberrechtlicher Hinsicht einheitlich angenommen wird – siehe Urteil „UsedSoft“ des *EuGH*⁵¹⁷). Somit wäre demnach bei der Verjährung von Mängelgewährleistungsansprüchen im Werkvertragsrecht bei Individualsoftware § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB anzuwenden.

Der *BGH* hat im Jahr 2009 für weiteren Zündstoff gesorgt. Mit Urteil vom 23.7.2009⁵¹⁸ entschied das Gericht, dass Kaufrecht auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden sei. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Eine solche sei auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrags auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorauszugehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrags bilden. 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.

Erstaunlicherweise hat der *BGH* in der Entscheidung Internet-Systemvertrag⁵¹⁹ darauf hingewiesen, dass ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen, auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software regelmäßig als Werkvertrag anzusehen sei. Auch wenn die Anpassung der Software an die Bedürfnisse des Auftraggebers vereinbart wurde, bestätigte der *BGH* seine Auffassung, es handele sich um einen Werkvertrag.⁵²⁰ Zuletzt hat der *BGH* diese Einstufung des Internet-Systemvertrages als Werkvertrag wiederholt.⁵²¹ Der Entscheidung lag ein Rückzahlungsanspruch des Auftraggebers von Voraus- und Abschlagszahlungen zugrunde, dessen Vertragskündigung durch den Besteller trotz der Vereinbarung einer festen Laufzeit als zulässig angesehen wurde. Nach Ansicht des Gerichts ergibt sich der Rückzahlungsanspruch nicht aus § 812 BGB⁵²², sondern aus Vertrag. Seine Höhe bemisst sich aus dem bei der Entscheidung festgestellten Überschuss.

⁵¹⁷ EuGH, Urt. v. 3.7.2012 – C-128/11, MMR 2012, 586; dem folgend BGH, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232; BGH, Urt. v. 11.12.2014 – I ZR 8/13, NJW-RR 2015, 1138; a. A.: *Bartsch*, CR 2010, 553; *Redeker*, NJW 2008, 2684 – Der Softwareträger soll als Sache eingestuft werden, Software als Sache selbst zu qualifizieren sei jedoch sachenrechtlich nicht haltbar.

⁵¹⁸ BGH, Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877.

⁵¹⁹ BGH, Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398.

⁵²⁰ BGH, Urt. v. 5.6.2014 – VII ZR 276/13, CR 2014, 568, ähnlich auch: OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.3.2014 – I-22 U 134/13, MMR 2015, 103 Ls. = BeckRS 2014, 22424.

⁵²¹ BGH, Urt. v. 8.1.2015 – VII ZR 6/14, NJW-RR 2015, 469.

⁵²² So noch die Vorinstanz OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2013 – I-5 U 58/13, BeckRS 2015, 01994.

3. Die EVB-IT

Von besonderer Bedeutung bei der Beschaffung von IT-Leistungen durch die öffentliche Hand sind die EVB-IT, die Einheitlichen Vertragsbedingungen⁵²³. Schon in den siebziger Jahren begann der Staat damit, zusammen mit der Industrie standardisierte Vertragsbedingungen für die EDV-Beschaffung auszuarbeiten.⁵²⁴ Hintergrund war die Vorstellung, dass ein solches Regelwerk dann – ähnlich wie im Baurecht die Vergabe- und Vertragsordnung (VOB) – einer Inhaltskontrolle AGB-rechtlicher Art entzogen sei. Es kam zur Verabschiedung der sog. **Besonderen Vertragsbedingungen (BVB)**. Diese wurden aber in der Folgezeit vom *BGH* in mehreren Teilen für AGB-rechtlich unwirksam angesehen, sodass eine Revision notwendig wurde. Der *BGH* hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die BVB nicht mit den VOB/B verglichen werden können, da von einer jahrzehntelangen Anerkennung bei allen beteiligten Verkehrskreisen nicht die Rede sein könne.⁵²⁵ Insbesondere die Verzugsregelung und die Rechtsfolgen des Verzugs (pauschalierter Schadensersatz) sind nach wie vor umstritten.⁵²⁶ So ist z.B. die Regelung in BVB-Überlassung § 9 Nr. 4, wonach der Auftraggeber bei mangelnder Eignung das Recht hat, binnen zwei Wochen ab Funktionsprüfung zurückzutreten, wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 BGB unwirksam.⁵²⁷ Auch § 9 Nr. 4 Abs. 2 BVB-Überlassung, wonach dem Auftraggeber ein Rücktrittsrecht zusteht, wenn bei der Funktionsprüfung Abweichungen von der Leistungsbeschreibung festgestellt werden und ihm im Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts – unabhängig vom Zeitpunkt des Rücktritts – ein pauschalierter Schadensbetrag für 100 Kalendertage zusteht, wenn die Funktionsprüfung ergeben hat, dass das Programm nicht wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden kann, verstößt gegen § 307 Abs. 2 BGB.⁵²⁸

Unter der Leitung des Bundesministeriums des Inneren erarbeitete eine Arbeitsgruppe der öffentlichen Hand im Auftrag des KoopA-ADV (Kooperationsausschuss Automatisierte Datenverarbeitung Bund/Länder/Kommunaler Bereich) die sog. Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) mit dem Ziel die BVB-

⁵²³ Die aktuellen Fassungen der EVB-IT sind abrufbar unter: http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html (zuletzt abgerufen am 19.08.2021).

⁵²⁴ Kilian/Heussen/*Möglich*, Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand EVB-IT Rn. 38.

⁵²⁵ BGH, Urt. v. 27.11.1990 – X ZR 26/90, NJW 1991, 976 = CR 1991, 273.

⁵²⁶ Vgl. *Müller-Hengstenberg*, CR 1987, 222, 223 für die BVB-Erstellung.

⁵²⁷ BGH, Urt. v. 4.3.1997 – X ZR 141/95, NJW 1997, 2043 = CR 1997, 470.

⁵²⁸ BGH, Urt. v. 27.11.1990 – X ZR 26/90, NJW 1991, 976 = CR 1991, 273.

Vertragstypen abzulösen.⁵²⁹ Fast das gesamte Anwendungsspektrum der IT-Beschaffung wird durch die bisher vorliegenden zehn EVB-IT-Vertragstypen (Systemlieferung, System, Erstellung, Service, Kauf, Dienstleistung, Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung (Überlassung Typ A), zeitlich befristete Überlassung von Standardsoftware (Überlassung Typ B), Instandhaltung, Pflege von Standardsoftware) abgedeckt. Lediglich für zwei BVB-Musterverträge (BVB-Miete und BVB-Planung) existieren noch keine EVB-IT-Vertragstypen als Alternative. Daher ist bis zur Veröffentlichung und Einführung aller vorgesehenen EVB-IT-Vertragstypen und der damit einhergehenden vollständigen Ablösung der BVB durch EVB-IT bei jeder IT-Beschaffung zu entscheiden, ob der Vertrag auf der Grundlage von EVB-IT oder BVB abzuschließen ist.⁵³⁰ Hierzu stellt das Bundesministerium des Inneren eine Entscheidungshilfe für die richtige Wahl von EVB-IT oder BVB auf der Internetpräsenz zur Verfügung.⁵³¹ Es kommt zurzeit zu einer Gemengelage zwischen BVB und EVB-IT. Dies wiederum führte dazu, dass der öffentliche Auftraggeber zum Teil in den Vertragsdeckblättern eigenständig Anpassungen der BVB vornahm. Das Nebeneinander von BVB, EVB-IT und handgestrickten Anpassungen hat zu der Frage geführt, ob nicht die EVB-IT wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) nichtig sind. Aufgrund des besonderen Fachwissens der beteiligten Parteien, insbesondere der IT-Unternehmen, soll jedoch regelmäßig von einer hinreichenden Transparenz auszugehen sein.⁵³² Nichtsdestoweniger sind neue EVB-IT haushaltsrechtlich zwingend zu beachten (§ 55 BHO).⁵³³

Gemäß dem **Runderlass des Ministeriums für Finanzen** vom 19.4.2001⁵³⁴ sind die Vertragstypen wie folgt anzuwenden:

⁵²⁹ http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/evb-it_bvb_node.html;jsessionid=24FE20D25CACEC3C02F41928CFF7BF46.2_cid324 (zuletzt abgerufen am 19.08.2021); Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der EVB-IT, Vertragsformulare in Lang- und in Kurzfassung, Störmeldeformulare sowie Nutzerhinweise zu den EVB-IT-Verträgen können im Internet unter http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html%3bjsessionid=CFD927D71F9409F666F8F191484594B6.2_cid155 (zuletzt abgerufen am 19.08.2021) heruntergeladen werden.

⁵³⁰ Vgl. für die noch geplanten EVB-IT-Vertragstypen: Kilian/Heussen/*Möglich*, Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand EVB-IT Rn. 74.

⁵³¹ Entscheidungshilfe zur Anwendung der EVB-IT bzw. BVB des Bundesministeriums des Inneren https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/evb_it_bvb_entscheidungshilfe_download.html?nn=4623282 (zuletzt abgerufen am 19.08.2021).

⁵³² *Möglich*, CR 2004, 166, 172.

⁵³³ KBSt-Empfehlung Nr. 1/2000 (BMI v. 10.12.2000 – O 6-195 403/1).

⁵³⁴ *Nds. Ministerialblatt* Nr. 20/2001 v. 27.6.2001. Siehe außerdem die Entscheidungshilfe zur Anwendung der EVB-IT bzw. BVB des Bundesministeriums des Inneren.

Die **EVB-IT-Kauf** sind anzuwenden bei Verträgen über den Kauf „fertiger“ Hardware, gegebenenfalls einschließlich der Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur unbefristeten Nutzung. Im Gegensatz zu dem BVB-Kauf sehen die EVB-IT-Kauf keine werkvertraglichen Leistungen wie z.B. Anpassungsleistungen oder die Herbeiführung der Funktionsfähigkeit vor. Die EVB-IT-Kauf beinhalten daher auch keine werkvertraglichen Vereinbarungen wie z.B. die Erklärung der Funktionsbereitschaft, Leistungsprüfungen sowie Abnahme. Neu ist im Gegensatz dazu die vom IT-Planungsrat veröffentlichte Version der EVB-IT-Kauf vom 17.3.2016. Darin enthalten ist unter anderem eine sogenannte „No-Spy-Klausel“, welche sicherlich als Reaktion zur zukünftigen Verhinderung von Staatstrojanern eingebracht wurde. Gem. Ziffer 2.4 verpflichtet sich der Auftraggeber die Hardware frei von Schaden stiftender Software, z.B. in mitgelieferten Treibern oder der Firmware zu liefern.⁵³⁵ Mit der Einführung des EVB-IT-Systemvertrags sind über die bloße Lieferung der Standardsoftware hinausgehende werkvertragliche Leistungen über diesen Vertragstypus abzuwickeln.⁵³⁶ Verträge über Dienstleistungen wurden von den bisherigen BVB nicht erfasst. Die nun vorliegende **EVB-IT Dienstleistung** ist dann anzuwenden, wenn der Schwerpunkt der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung in der Erbringung von Diensten liegt, wie etwa bei Schulungs-, Beratungs- oder sonstigen Unterstützungsleistungen.

Die **Vertragstypen Überlassung** sind anzuwenden für die Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur unbefristeten Nutzung (EVB-IT-Überlassung Typ A) sowie der zeitlich befristeten Nutzungsüberlassung (EVB-IT-Überlassung Typ B). Wie bei den EVB-IT-Kauf findet die EVB-IT-Überlassungsverträge keine Anwendung, wenn zusätzlich werkvertragliche Leistungen des Auftragnehmers wie etwa Installation, Integration, Parametrisierung oder Anpassung der Standardsoftware an die Bedürfnisse des Auftraggebers verlangt werden. Erwartet der Beschaffer eine über die bloße Lieferung der Standardsoftware hinausgehende werkvertragliche Leistung, so ist der EVB-IT-Systemvertrag anzuwenden.

Die **EVB-IT-Überlassung Typ A** regeln folglich die Überlassung und Nutzung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur vertraglich vereinbarten Nutzung. Diese Regelungen gelten nicht für anderweitige Leistungen wie Installation, Integration, Parametrisierung und Anpassung der Standardsoftware an Bedürfnisse des Auftraggebers. Der Inhalt des Überlassungsvertrags wurde in den wesentlichen Zügen durch den Verband der Softwareindustrie Deutschlands (VSI) geprägt. Insbesondere konnte der VSI erreichen, dass

⁵³⁵ Die Klausel ist selbstverständlich hinsichtlich ihrer Wirkung fraglich. Aus technischer Sicht kann Software nie fehlerfrei sein (Bugs). Sie kann somit höchstens als Garantie des Softwareerstellers aufgefasst werden.

⁵³⁶ Entscheidungshilfe zur Anwendung der EVB-IT bzw. BVB des Bundesministeriums des Inneren; Kilian/Heussen/*Möglich*, Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand EVB-IT Rn. 74.

auch die Interessen der durch den VSI vertretenen Großhändler berücksichtigt wurden. So konnte die Virenklausel entscheidend entschärft werden. Der Auftraggeber hat ein berechtigtes Interesse, virenfreie Software zu erhalten. Ziffer 2.3 der EVB-IT-Überlassung Typ A verpflichtet deshalb den Auftragnehmer, lediglich solche Software zu überlassen, die zu einem angemessenen Zeitpunkt vor Auslieferung mit einem aktuellen Virensuchprogramm überprüft wurde. Allerdings kann die Überprüfung mit einem Virensuchprogramm das Vorhandensein von Viren trotz aller Sorgfalt wohl niemals gänzlich ausschließen. Die Überprüfung muss nicht zwangsläufig durch den Auftragnehmer selbst erfolgen.

Nach der alten Fassung vom 1.4.2002, gültig bis 15.7.2015, der EVB-IT Überlassung Typ A hatte der Auftraggeber grundsätzlich ein unkündbares Nutzungsrecht auf Zeit gem. Ziffer 3.2. Unter Ziff. 4 der EVB-IT-Überlassung Typ A wurde dem Auftragnehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht in zwei Fällen eingeräumt: Bei einer schwerwiegenden Verletzung der vereinbarten Nutzungsrechte oder Schutzrechte (Ziff. 4.1) sowie bei einem Verstoß gegen US-amerikanische Exportkontrollvorschriften (Ziff. 4.2). Diese Regelung mag auf den ersten Blick verwundern, ist aber dadurch zu erklären, dass der Auftragnehmer seinerseits häufig durch Nutzungsrechtsverträge mit seinem Vorlieferanten einem solchen Kündigungsrecht unterworfen und gehalten ist, dieses Kündigungsrecht in den von ihm abgeschlossenen Verträgen zu vereinbaren. Er kann weder Rechte weitergeben, die er selbst nicht hat, noch auf die Weitergabe von Restriktionen verzichten, zu denen er sich dem Vorlieferanten gegenüber verpflichtet hat. Das US-amerikanische Bureau of Administration, US Department of Commerce, verlangt von allen US-amerikanischen Softwareerstellern die Vereinbarung entsprechender Exportbeschränkungsklauseln in deren Verträgen. Damit soll ein unerwünschter Export in bestimmte Länder unterbunden werden. Dementsprechend sind entsprechende Kündigungsrechte in allen US-amerikanischen Lizenzbedingungen enthalten und werden bereits jetzt regelmäßig in Verträgen zwischen öffentlichen Auftraggebern und Lieferanten US-amerikanischer Software wirksam vereinbart. Ziffer 4 EVB-IT-Überlassung Typ A trägt diesen Zwängen Rechnung.

Mit der neuen Fassung der EVB-IT Überlassung-AGB (Typ A) vom 16.07.2015⁵³⁷ fällt ein solches außerordentliches Kündigungsrecht weg. Dem Auftraggeber wird gem. Ziff. 3.1 ein nicht ausschließliches, mit Einschränkung der Ziff. 3.3 übertragbares, dauerhaftes, unwiderrufliches und unkündbares Nutzungsrecht eingeräumt.

⁵³⁷ Abrufbar unter https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-Vertragstypen/EVB-IT-Ueberlassung_Typ_A_20150716/evb_it_dienstleistungen_ergaenzende_vertragsbedingungen_ueberlassung_typ_a_pdf_download.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 19.08.2021)

Die **EVB-IT-Überlassung Typ B** regeln die Überlassung und Nutzung von Standardsoftware auf Zeit gegen periodische Vergütung zur vertraglich vereinbarten Nutzung. Wie beim Typ A gelten diese Regelungen nicht für anderweitige Leistungen wie Installation, Integration, Parametrisierung und Anpassung der Standardsoftware an Bedürfnisse des Auftraggebers. Der Inhalt des Überlassungsvertrags entspricht im Wesentlichen dem Überlassungsvertrag Typ A, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.

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

In der alten Fassung der EVB-IT Instandhaltung⁵³⁸ wurde die Art der Leistungserbringung nach pauschaler Vergütung und Vergütung nach Aufwand differenziert. So war bei pauschaler Vergütung vom Auftragnehmer die Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft der im Vertrag spezifizierten Hardware geschuldet. Hinzu kamen bei vereinbarter Vergütung nach Aufwand Hinweise für die Erbringung von Instandsetzungs-, Inspektions-, und Wartungsarbeiten für die im Instandhaltungsvertrag spezifizierte Hardware und das Wiederherstellen deren Betriebsbereitschaft. Nach der neuen Fassung der EVB-IT Instandhaltungs-AGB vom 17.03.2016⁵³⁹ wird die Art der Leistungserbringung nicht mehr nach der Art der Vergütung unterschieden. Zwar kann sowohl Pauschal- also auch Aufwandsvergütung vereinbart werden (Ziff. 10), jedoch muss gem. Ziff. 2.1 eine Störungsbeseitigung vereinbart sein, damit der Auftragnehmer die notwendigen Maßnahmen trifft.

Bei vereinbarter pauschaler Vergütung ist vom Auftragnehmer die Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft der im Vertrag spezifizierten Hardware geschuldet. Hinzu kommen bei vereinbarter Vergütung nach Aufwand Hinweise für die Erbringung von Instandsetzungs-, Inspektions- und Wartungsarbeiten für die im Instandhaltungsvertrag spezifizierte Hardware und das Wiederherstellen deren Betriebsbereitschaft.

Die **EVB-IT-Systemlieferung** dienen dazu, den Kauf von IT-Systemen aus einer oder mehreren Systemkomponenten (Standardsoftware und Hardware) zu regeln, wobei weitere Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft nach dem Vertrag vereinbarten Maß (unter Ziff. 2.3 und 2.4) hinzutreten. Die zusätzlichen Leistungen können Schulungen und

⁵³⁸ Abrufbar unter: https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT_Archiv/Instandhaltung/AGB_Instandhaltung/evb_it_instandhaltung_ergaenzende_vertragsbedingungen_hardware_pdf_download.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 19.08.2021).

⁵³⁹ Abrufbar unter: https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT_Vertragstypen/EVB-IT_Instandhaltung/ergaenzende_vertragsbedingungen_version_2-0_v_17032016_pdf.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 19.08.2021).

Systemservice sein, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass diese Leistungen nicht den Schwerpunkt ausmachen dürfen. Hierfür ist die EVB-IT-Dienstleistung anzuwenden. Gem. Ziff. 1.3 ist für den Auftraggeber die Herstellung der Gesamtfunktionalität des Systems von wesentlicher Bedeutung. Insgesamt ist der Vertrag als Kaufvertrag anzusehen und ersetzt die BVB-Kauf und BVB-Überlassung Typ II.

Die Erstellung von IT-Systemen aus Standardsoftware und/oder Hardware und ggf. einer Individualsoftware ist von dem **EVB-IT-System** erfasst. Daneben treten weitere Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft wobei diese oder die Erstellung einer Individualsoftware den Schwerpunkt der Leistung darstellen. Die Beurteilung des Schwerpunktes kann in keinem Fall pauschalisiert werden, ist aber anzunehmen, wenn die Erstellung der Individualsoftware oder die Leistungen zur Herbeiführung der Betriebsbereitschaft mehr als 15%-20% des Auftragswertes ausmachen. Rechtlich ist der Vertrag als Werkvertrag einzuordnen. Neben der EVB-IT-Erstellung wird die BVB-Erstellung auch von dem EVB-IT-System ersetzt.

Die **EVB-IT-Erstellung** beschäftigt sich mit der Anpassung von Software auf der Grundlage eines Werkvertrages. Ferner ist eine Pflege nach der Abnahme und die Weiterentwicklung und Anpassung möglich. Es handelt sich um einen reduzierten und gekürzten EVB-IT-Systemvertrag, der im Grunde vier Felder abdeckt. Diese sind die Erstellung einer Individualsoftware, die Anpassung von einer Software auf Quellcodeebene, das umfangreiche Customizing von Standardsoftware oder der Kauf von Standardsoftware zur Anpassung durch Auftrag. Problematisch ist die Abgrenzung zu EVB-IT Systemlieferung und EVB-IT System. Als Unterscheidungskriterium kann die Entscheidungshilfe zum EVB-IT Systemvertrag herangezogen werden. Die EVB-IT-Erstellung beinhalten keine Regelungen zu Personal- oder Projektmanagement. Auch fehlen Vorschriften über eventuell zu bestellende Sicherheiten oder Mietleistungen. Diese gilt es gegebenenfalls in Vereinbarungen nachzutragen.

Außerdem gilt, dass wenn werkvertraglich einzuordnende Leistungen den Vertrag wesentlich prägen, die EVB-IT Erstellung Anwendung finden. Liegt der Schwerpunkt gerade nicht auf diesen werkvertraglichen Leistungen des Vertrags, sondern auf der bloßen Lieferung von Software, finden die EVB-IT Systemlieferung Anwendung⁵⁴⁰.

Serviceleistungen, in der Regel Werkleistungen, rund um ein IT-System, die über den Umfang der Serviceleistungen in den anderen EVB-IT hinausgehen, werden durch die **EVB-IT-Service** aufgegriffen. Diese Leistungen können in der Störungsbeseitigung, vorbeugenden Maßnahmen,

⁵⁴⁰ BGH, Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398; Bischof, in Auer-Reinsdorff/Conrad/Bischof, § 41, Rn. 296.

Überlassung neuer Programmstände und der Modifikation bzw. Erweiterung des IT-Systems bestehen. So können Serviceleistungen nachträglich erweitert und angepasst oder erstmalig eingeführt werden. Leistungsgegenstände wie die Rufbereitschaft, vor Ort-Services, Lizenzmanagement, Dateisicherungsservices, Verlagerung (Umzug) und Einrichtung von Systemkomponenten sind zum ersten Mal in ein Muster aufgenommen. Es besteht darüber hinaus die Möglichkeit, eine anfängliche Bestandsaufnahme bei für den Auftragnehmer fremden Systemen durchzuführen. Auch beinhalten die EVB-IT-Service Regelungen zum Umgang mit Mängeln bei einer Übernahme. Die Pflege nur von Standardsoftware und die Instandhaltung nur von Hardware werden nicht über die EVB-IT abgewickelt, sondern über die EVBI-IT-Pflege S und EVB-IT-Instandhaltung. Ersetzt wird die BVB-Pflege.

Die **EVB-IT-Pflege S** dienen der Regelung zur Pflege von Standardsoftware. Der Leistungsumfang richtet sich grundsätzlich gem. Ziff. 1.1 nach dem im Vertrag vereinbarten Pflegeleistungen für die vereinbarte Standardsoftware. Im Gegensatz dazu sind nach Ziff. 1.2 die Pflegeleistungen „Störungsbeseitigung und Installation neuer Programmstände“ Werkleistungen. Die EVB-IT und insb. die EVB-IT-System zeichnen sich durch ein besonderes **Haftungsmodell** aus (EVB-IT-System Ziff. 15). Im EVB-System ist kein pauschalisierter Schadensersatz nach Ablauf einer Karenzzeit vorgesehen⁵⁴¹. Der Auftraggeber kann, für den Fall einer Überschreitung des vereinbarten Termins zur Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung von mehr als sieben Kalendertagen, für jeden Tag, in dem der Auftragnehmer sich im Verzug befindet, eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,2% des Auftragswertes verlangen (Ziff. 9.3). Die Vertragsstrafe darf jedoch nicht mehr als 5% des Auftragswertes überschreiten. Im **Verzugsfall** kann der Auftraggeber pauschalierten Schadensersatz verlangen. Liefert der Auftragnehmer im Verzugsfalle auch nicht innerhalb der vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Nachfrist, kann der Auftraggeber anschließend vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, EVB-IT-System Ziff. 9.2. Bereits gezahlter pauschalierter Schadensersatz wird auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung angerechnet. Bei leichter Fahrlässigkeit ist für beide Schadensersatzmöglichkeiten eine Obergrenze von 5 % des Auftragswertes festgelegt. Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gibt es gem. Ziff. 15.4 EVB-IT-System keine Obergrenzen.

Anders sind die Regeln für die **Gewährleistung** (Ziff. 13 EVB-IT-System). Ist die Nachbesserung nicht erfolgreich, hat der Auftraggeber die Wahl zwischen Rücktritt, Minderung und gegebenenfalls Schadensersatz. Die Regelungen umfassen Sach- und

⁵⁴¹ Auer-Reinsdorff/Conrad/Bischof, § 41, Rn 235.

Rechtsmängel und orientieren sich im Wesentlichen an den gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts⁵⁴². Mit Veröffentlichung der neuen Version von 2012 wurde auch unter Ziffer 14 die aus den EVB- IT Systemlieferung bekannte Regelung zu Schutzrechten Dritter aufgenommen. Der Schadensersatz beträgt höchstens 8 % des Gesamtpreises des Vertrags. Diese Begrenzung gilt nicht in den Fällen der Ziffer 7.10 EVB-IT-Überlassung, also nicht bei Fehlen einer besonders vereinbarten Beschaffenheit bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers und bei Personenschäden. Die Begrenzung gilt ebenfalls nicht bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, sondern nur bei leichter Fahrlässigkeit. Ansprüche auf Ersatz von entgangenem Gewinn sind ausgeschlossen. Die Haftung des Auftragnehmers für das Fehlen von besonders vereinbarten Produktbeschaffenheiten kann in Nummer 4 des EVB-IT-Überlassungsvertrags beschränkt werden.

In **sonstigen Haftungsfällen** abseits von Gewährleistung, Verzug und Schutzrechtsverletzungen sieht die Haftungsklausel in Ziff. 15 EVB-IT-System Haftungsbeschränkungen der Höhe nach für Schäden vor, die von einem Vertragspartner leicht fahrlässig verursacht wurden. Für solche Schäden gelten gleiche Haftungshöchstsummen für beide Vertragspartner. Die Haftungshöchstsummen werden entsprechend den zu schützenden Rechtsgütern nach Sach- und Vermögensschäden unterschieden. Die Haftung ist für die fahrlässige Pflichtverletzung im Vertrag auf den Auftragswert beschränkt. Beträgt der Auftragswert weniger als 25.000€, so haftet er bis zu 50.000€. Liegt der Auftragswert zwischen 25.000€ und 100.000€, so ist die Haftung auf 100.000€ beschränkt (Ziff. 15.1). Die Haftung des Auftragnehmers für Schäden durch Datenverlust ist der Höhe nach auf den Aufwand begrenzt, der für die Wiederbeschaffung oder Wiederherstellung gesicherter Daten erforderlich ist (Ziff. 15.3). Wenn der Auftraggeber die Daten nicht ordnungsgemäß und regelmäßig gesichert hat, ist der Schadensersatz auf die Summe begrenzt, die bei Verlust trotz der ordentlichen Sicherung der Daten entstanden wäre. Diese Haftungsbeschränkung gilt unabhängig vom Verschuldensgrad, also auch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.

III. Allgemeine Regeln für den Aufbau eines IT-Vertrags

Jeder Vertrag sollte den gleichen Aufbau haben. Es gibt klare dogmatische Vorgaben, die bei der Vertragsgestaltung (auch außerhalb des IT-Rechts) zu beachten sind. In der **Präambel** werden der Vertragszweck und die Rechtsnatur des Vertrags spezifiziert. Die richtige Einordnung eines Vertrags seiner Rechtsnatur nach ist vor allem wegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB, also zur AGB-rechtlich genauen Bestimmung der vertragswesentlichen Rechte und

⁵⁴² Auer-Reinsdorff/Conrad/Bischof, § 41 Rn. 77, 89.

Pflichten wichtig. Der Vertragszweck wiederum bestimmt die Auslegung des Vertrags, insbesondere hinsichtlich des Umfangs übertragener oder zu übertragender urheberrechtlicher Nutzungsrechte (siehe § 31 Abs. 5 UrhG). Aus gewährleistungsrechtlichen Gründen ist hier Vorsicht geboten bei zu übertriebenen „Lobhudeleien“ auf die Leistungsfähigkeit des Softwarelieferanten.

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

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

Drittes Kapitel: **Softwareüberlassungsverträge**

Literatur:

Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. München 2019; *Bamberger/Roth*, BeckOK BGB, Edition 32 München 2011; *Bartl*, Hardware, Software und Allgemeine Geschäftsbedingungen, CR 1985, 13; *Bartl*, Produkthaftung nach neuem EG-Recht. Kommentar zum deutschen Produkthaftungsgesetz, Landsberg 1989; *Bartsch*, Weitergabeverbote in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standardsoftware, CR 1987, 8; *Bartsch*, Softwareüberlassung und Zivilprozess, Köln 1991; *Bartsch*, Fehlende Dokumentation als Nichterfüllung, CR 1993, 422; *Bartsch*, Grad der Marktdurchdringung von Software als rechtliches Kriterium, CR 1994, 667; *Bartsch*, Software und das Jahr 2000, CR 1998, 193; *Bartsch*, Software und das Jahr 2000, Haftung und Versicherungsschutz für ein technisches Großproblem, Karlsruhe 1998; *Becker*, Datensicherung, NJW-CoR, Heft 4/1992, S. 17; *Bokelmann*, Rechtswirkungen von Computer-Leasingverträgen, CR 1990, 189; *Berger*, Die Beweisführung mit elektronischen Dokumenten, NJW 2005, 1016; *Bergmann/Streitz*, Beweiserhebung in EDV-Sachen, NJW 1992, 1726; *Bown*, liability for Defective Software in the United Kingdom, Software Protection 1/1986, 1; *Bömer*, Die Pflichten im Computersoftwarevertrag, Darstellung der Besonderheiten im Vergleich zu den Vertragstypen des allgemeinen Zivilrechts, München 1988; *Brandi-Dohrn*, Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln, München 1988; *Breidenbach*, Computersoftware in der Zwangsvollstreckung, CR 1989, 873; *Büchting/Heussen*, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 11. Aufl. München 2016; *Chrocziel*, Softwareanpassung und Urheberrecht, CR 1988, 381; *Chrocziel*, Mitverschulden und Schadensersatz bei Vermietung eines mangelhaften EDV-Systems, CR 1988, 385; *Dauner-Lieb u.a.*, Das Neue Schuldrecht, Heidelberg 2002; *Däubler*, Neues Schuldrecht – ein erster Überblick, NJW 2001, 3729; *Dreier*, Verletzung urheberrechtlich geschützter Software nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993, 781; *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. München, 2018;

Endler, Rechtsprechungsübersicht zu Dokumentationsmängeln, CR 1995, 7; *Engel*, Mängelansprüche bei Software-Verträgen, BB 1985, 1159; *Faust*, Softwareschutz durch Produktaktivierung, K&R 2002, 583; *Franke*, Analoge Anwendung der Sachpfändungsvorschriften bei Computerprogrammen, MDR 1996, 236; *Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a.*, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. München 2018; *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. Stuttgart 2018; *Gabriel/Cornels*, Kunde oder König – Gibt es ein Recht auf Lizenz oder Update?, ITRB 2008, 277; *Grabentin/Ströbl*, Third Party Maintenance: Abschlusszwang und Koppelungsverlangen; CR 2009, 137; *Ganten/Jansen/Voit*, Beck'scher VOB-Kommentar, 3. Aufl. München 2013; *Goebel*, Verständigungsprobleme im Dialog zwischen Richter und EDV-Sachverständigem, CR 1987, 571; *Grützmaker*, Application Service Providing – Urhebervertragsrechtliche Aspekte, ITRB 2001, 59; *Haberstumpf*, Verkauf immaterieller Güter, NJOZ 2015, 793; *Häublein*, Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zu Kaufrecht, NJW 2003, 388; *Hau/Poseck*, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 58. Edition, München 2021; *Hilty*, Die Rechtsnatur des Softwarevertrages, CR 2012, 625; *Heussen*, Unvermeidbare Softwarefehler. Neue Entlastungsmöglichkeiten für Hersteller, CR 2004, 1; *Hildebrand*, Das Jahr-2000-Problem, CR 1998, 248; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom November 1987, RdV 1988, 115; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989; *Hoeren*, Softwarehaftung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, Handbuch der modernen Datenverarbeitung, Heft 146/ 1989, 22; *Hoeren*, Streitverkündung im selbstständigen Beweisverfahren, ZZP 108 (1995), 343; *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, MMR 2012, 642; *Höpfner/Fallman*, Die Reform des kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht, NJW 2017, 3745; *Intveen*, Rahmenberatungsverträge mit Softwareunternehmen, ITRB 2009, 67; *Junker*, Ist Software Ware? Die Behandlung von Computerprogrammen im Steuer- und Bilanzrecht, beim Leasing, im Warenzeichenrecht, im Schuldvertragsrecht und in der Produkthaftung, WPM 1988, 1217; *Junker*, Computerrecht, 3. Aufl. 2003; *Kapellmann/Messerschmidt*, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung, 7. Aufl., München 2020; *Kilian*, Haftung für Mängel der Computer-Software, Karlsruhe 1986; *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch, 34. Ergänzungslieferung München 2018; *Koch*, Urheberrechtliche Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Benutzung, CR 2002, 629; *Koch*, Schlechtleistung bei softwarebezogener Nacherfüllung, ITRB 2008, 131; *Koch*, Handbuch Software- und Datenbankrecht, 2003; *Kotthoff/Wieczorek*, Rechtsrahmen von Softwarelizenzaudits Zulässigkeit und Grenzen, MMR 2014, 3; *Kupfer/Weiß*, Der Referentenentwurf zur Warenkaufrichtlinie – Verbote einer endgültigen Fragmentierung des nationalen Kaufrechts?, ZVertriebsR 2021, 21; *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993; *Littbarski*, Das neue Geräte- und Produktsicherheitsgesetz: Grundzüge und Auswirkungen auf die Haftungslandschaft, VersR 2005, 448; *Lutz*, AGB Kontrolle im Handelsverkehr, 1991; *Leupold/Wiebe/Glossner*, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 4. Aufl. München 2021; *Malzer*, Der Softwarevertrag, Köln 1991; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. Bonn 2005; *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computer-Software in der EU, München 1995; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. München 2018; *Meier/Wehlau*, Die zivilrechtliche Haftung für Datenlöschung, Datenverlust und Datenzerstörung, NJW 1998, 1585; *Metzger*, Die Zulässigkeit von CPU-Klauseln in Softwarelizenzverträgen, NJW 2003, 1994; *Münzberg*, Die Abhängigkeit der Vollstreckungsreife eines Zahlungstitels von der Herausgabe bestimmter Software, BB 1990, 1011; *Naus*, Softwareerstellung als Projekt, Hamburg 2006; *Osterloh*, Inhaltliche Beschränkungen des Nutzungsrechts an Software, GRUR 2009, 311; *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. München 2014; *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. München 2019; *Peintinger*, Widerrufsrechte beim Erwerb

digitaler Inhalte - Praxisvorschläge am Beispiel des Softwarekaufs unter Berücksichtigung von SaaS-Verträgen, MMR 2016, 3; *Peter*, Urheberrechtliche Erschöpfung bei digitalen Gütern, ZUM 2019, 490; *Petersen*, Quellensteuer bei Überlassung von Software, IStR 2013, 896; *Polley*, Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen, CR 1999, 345; *Pötzsch*, Die rechtliche Einheit von Hard- und Software, Berlin 1991; *Raue*, Haftung für unsichere Software, NJW 2017, 1841; *Reed*, Product Liability for Software, Computer Law & Practice 4, 1988; *Redeker*, Vollstreckungsfähige Titel über die Herausgabe von Programmträgern, CR 1988, 277; *Redeker*, Fehlernachweis bei Softwaremängelprozessen, CR 1991, 654; *Redeker*, Der EDV-Prozess, 2. Aufl. München 2000; *Redeker*, Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt, CR 2014, 73; *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. München 2020; *Rehmann*, Substantiierungspflicht im Softwareprozeß, CR 1990, 575; *Ring*, Abgas-Manipulationssoftware und Gewährleistungsrechte der Käufer, NJW 2016, 3121; *Runte*, Zivilrechtliche Fragen der „Aktivierung“ von Software, CR 2001, 657; *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Aufl. München 2019; *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4, 8. Aufl. München 2019; *Schnapp*, Von virtuellen Wahrheiten, NJW-CoR 1999, 217; *Schneider*, Das Fehlen der Dokumentation/Bedienungsanleitung – kein Mangel?, CR 1989, 193; *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, 54. Aufl. Köln 2017; *Scholz/Haines*, Hardwarebezogene Verwendungsbeschränkungen in Standardverträgen zur Überlassung von Software – Eine Betrachtung von CPU- und Upgradeklauseln, CR 2003, 393; *Scholz/Wagener*, Kartellrechtliche Bewertung hardwarebezogener Verwendungsbeschränkungen in Software-Überlassungsverträgen – Eine Betrachtung von CPU- und Upgrade-Klauseln, CR 2003, 880; *Schricker/Loewenheim/Leistner/Ohly*, Urheberrecht, 6. Aufl., München 2020; *Schudnagies*, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 396; *Schuhmacher*, Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, CR 2000, 641; *Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren* (u. a.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Aufl. Baden-Baden 2018; *Schwab*, Schuldrecht: Gefahrtragung in AGB eines Möbelversandhauses, JuS 2014, 836; *Stuurman*, Product liability for software in Europe. A discussion of the EC-directive of 25 July 1985, Advanced Topics of Law and Information technology, Deventer 1989; *Sucker*, Kartellrechtliche Grenzen nach dem EWG-Vertrag, CR 1989, 468; *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, Tübingen 1995; *Taschner*, Produkthaftung: Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374EWG), München 1986; *Thieme*, Das „neue“ selbständige Beweisverfahren, MDR 1991, 989; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 4. Aufl. Köln 2001; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. Köln 2016; *Ulrich*, Grundzüge des selbständigen Beweisverfahrens im Zivilprozess, AnwBl 2003, 144; v. *Gravenreuth*, Probleme im Zusammenhang mit der Minderung oder Wandelung mangelhafter Software, BB 1989, 1925; v. *Löbbecke*, Die informatorische Anhörung des Sachverständigen im EDV-Prozeß, IuR 1987, 84; v. *Westphalen*, Das neue Produkthaftungsgesetz, NJW 1990, 83; v. *Westphalen*, Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart: Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, 1995; v. *Westphalen*, AGB-Recht ins BGB – Eine erste „Bestandsaufnahme“, NJW 2002, 12; v. *Westphalen/Schneider*, Software Erstellungsverträge, 2. Aufl. Köln 2014; v. *Westphalen/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, München 2021; *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl. München 2019; *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Aufl. München 2021; *Westermann*, JZ 2001, 530; *Wicker*, Haftet der Cloud-Anbieter für Schäden beim Cloud-Nutzer? Relevante Haftungsfragen in der Cloud, MMR 2014, 715; *Witte*, Änderungsvorbehalte in IZ-Verträgen, ITRB 2005, 237; *Whittaker*, European Product Liability and Intellectual Products, LQR 105 (1989), 125; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Recht, 7. Aufl., 2020; *Wolf/Horn/Lindacher*,

AGBG, 4. Aufl. München 1999; *Zahrnt*, Gewährleistung bei der Lieferung von DV-Systemen, IuR 1987, 102; *Zahrnt*, Die Rechtsprechung zur Beweislast bei Fehlern in Standardsoftware, NJW 2002, 1531; *Zöchling-Jud*, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, GPR 2019, 115; *Zscherpe/Lutz*, Geräte- und Produktsicherheitsgesetz: Anwendbarkeit auf Hard- und Software., KR 2005, 499.

I. Präambel

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

Wird dem Erwerber eines Computerprogramms, ungeachtet der Bezeichnung des Vertrags im Einzelfall, die zeitlich unbegrenzte Verfügungsmacht über das „Werkstück“ (die Computerprogrammkopie bzw. den Datenträger) eingeräumt, muss eine derartige **Softwareüberlassung als „Sachkauf“** bzw. als Eigentumsübertragung an Werkstücken gesehen werden. Bei einer Überlassung von Software auf Dauer kommt Kaufrecht zur Anwendung, sodass der Anwender (der Käufer) nach dem Kauf gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Eigentümer der Software ist und Nutzungsbeschränkungen grundsätzlich dem Leitbild von § 903 BGB widersprechen.⁵⁴³

Geht es aber um die bloß vorübergehende Einräumung von Nutzungsrechten, liegt eine mietähnliche Konstellation vor,⁵⁴⁴ die weitgehende Nutzungsbeschränkungen zulässt, gleichzeitig aber auch zu einer ausgedehnten Gewährleistungspflicht des Softwarelieferanten führt. Für eine nur zeitlich begrenzte Einräumung eines einfachen, nicht übertragbaren Nutzungsrechts sollen auch die Verpflichtung des Kunden zur Anwendung von Neufassungen und Löschung von Kopien der Altfassungen, die ordentliche Kündigungsmöglichkeit und die Verpflichtung der Beklagten zu Wartungsleistungen sprechen.⁵⁴⁵

Gegen die rechtliche Einordnung des fraglichen Rechtsverhältnisses in die Regeln des Kaufrechts spricht nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung als „**Lizenzvertrag**“. Entscheidend ist stets, welche Hauptpflichten die Vertragsparteien begründen.⁵⁴⁶

⁵⁴³ So schon der Oberste Gerichtshof Wien, Beschl. v. 23.5.2000 – 4 Ob 30/00, M&R 2000, 249 = GRUR Int. 2000, 1028 = ZUM-RD 2001, 53; OLG Nürnberg, Urt. v. 20.10.1992 – 3 U 2087/92, CR 1993, 359 = BB Beilage 1993, Nr. 13, 14–15; ähnlich auch BGH, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff.; BGH, Urt. v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.; BGH, Urt. v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 ff.; BGH, Urt. v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012; OLG Köln, Urt. v. 26.10.1990 – 19 U 28/90, CR 1991, 154 und im Ergebnis auch OLG Stuttgart, Urt. v. 8.11.1988 – 6 U 135/87, NJW 1989, 2635, OLG Hamm, Urteil vom 29.04.2011 - I-12 U 144/10

⁵⁴⁴ Zur Einordnung als Mietvertrag vgl.: Auer-Reinsdorff/Conrad/Roth-Neuschild, § 13, Rn. 8 ff. m.w.N.

⁵⁴⁵ So OLG Frankfurt, Urt. v. 14.12.1999 – 11 U 7/99, CR 2000, 146; *LG Köln*, Urt. v. 25.10.1995 – 20 S 9/95, CR 1996, 154 = BB Beilage 1996, Nr. 9, 9–10, BGH Urt. v. 15.11.2006 – [VII ZR 120/04](#), CR 2007, [75](#).

⁵⁴⁶ *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rn. 66 ff.

Unerheblich für die rechtliche Qualifizierung des Vertrags ist der Hinweis der Klagepartei, das Programm sei urheberrechtlich geschützt. Der mit einem Software-Überlassungsvertrag verfolgte Zweck geht nämlich dahin, dem Anwender die Nutzung des Programms zu ermöglichen, unabhängig davon, ob es sich um ein urheberrechtlich geschütztes oder nicht geschütztes Programm handelt. Das Bestehen des Urheberrechts wirkt sich daher nicht auf die vertragstypologische Zuordnung aus, sondern hat nur die Bedeutung, dass es die vertragliche Nebenleistungspflicht des Software-Lieferanten begründet, Nutzungsrechte auf Vervielfältigung des Programms zur Programmeingabe und zur Anfertigung erforderlicher Sicherungskopien gem. § 31 UrhG einzuräumen.⁵⁴⁷

II. Hauptleistungspflichten und Nutzungsrechte

In Softwareüberlassungsverträgen sind die Hauptleistungspflichten wegen ihres kaufvertraglichen Gepräges relativ klar bestimmbar: Es geht um das Verschaffen des Eigentums an einer Programmkopie zur Nutzungsüberlassung gegen Entrichtung des vereinbarten Kaufpreises.

Auch wird jedoch häufig neben der Vereinbarung zur Eigentumsverschaffung an Software zur Nutzung der Verkauf von Hardware mit vorinstallierter Software abgeschlossen. Oft kommt es vor, dass Hardware samt ihrer vorinstallierten Software zur Nutzung überlassen bzw. deren Eigentum dem Käufer verschafft wird. Dies ist regelmäßig keine unlautere Geschäftspraxis im Sinne von Art. 5 Abs. 2 UGP-RL 2005/29, es sei denn, eine solche Praxis widerspricht den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht des Verkäufers und beeinflusst das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich, weil der Verbraucher über die Kopplung von Soft- und Hardware nicht ausreichend informiert wurde.⁵⁴⁸ Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, beim Verkauf von gebrauchter Software einen erwerbenden Verbraucher über die Ausgestaltung der Rechte zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Programms zu informieren.⁵⁴⁹

Nicht selten werden allerdings **Änderungsvorbehalte** vereinbart, aufgrund derer der IT-Lieferant berechtigt ist, technische Änderungen vorzunehmen oder Modelle zu wechseln. Solche Klauseln sind AGB-rechtlich nach § 308 Nr. 4 und § 307 Abs. 2 BGB unwirksam, wenn

⁵⁴⁷ OLG Nürnberg, Urt. v. 20.10.1992 – 3 U 2087/92, CR 1993, 359 = BB-Beilage 1993, Nr. 13, 14–15.

⁵⁴⁸ EuGH: Verkauf eines Computers mit vorinstallierter Software als lautere Geschäftspraxis, C-310/15, NJW 2016, 3423, GRUR 2016, 1180.

⁵⁴⁹ LG Hamburg, Urt. v. 9.11.2017 – 327 O 301/17.

sie dem anderen Vertragsteil nicht zuzumuten sind.⁵⁵⁰ Sie unterliegen der vollen Inhaltskontrolle, da es sich nicht um Regelungen zu den Hauptleistungspflichten, sondern um eine Nebenbefugnis handelt, Leistungen abzuändern.⁵⁵¹ Ähnlich unwirksam sind Update-Klauseln, wonach der Anwender selbst bei Verschlechterung der Gesamtleistung Updates übernehmen muss.⁵⁵²

Softwarelieferanten stellen sich manchmal auf den Standpunkt, dass der Erwerber zwar Eigentümer der Software werden könne, für deren vertragsgemäße Nutzung dann aber noch Nutzungsrechte urheberrechtlicher Natur benötige. Dies trifft jedoch nicht zu. Der Anwender ist immer, auch ohne Einwilligung des Rechteinhabers, zur Nutzung des Programms im Rahmen eines normalen Gebrauchs berechtigt. § 69d Abs. 1 UrhG garantiert insoweit dem Anwender einen **zwingenden Kern urheberrechtlich relevanter Nutzungen**, die für die vertragsgemäße Verwendung des Programms unerlässlich sind.⁵⁵³

Die in § 69d UrhG angeordneten Beschränkungen des Urheberrechts sind weit auszulegen, weil grundsätzlich die Nutzung fremder Ideen frei ist und der urheberrechtliche Schutz selbst eine Ausnahme von diesem Prinzip darstellt.⁵⁵⁴

Darüber hinaus ist **die reine Benutzung – anders als bei den technischen Schutzrechten – urheberrechtlich nicht erfasst**; d.h. die Benutzung als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang.⁵⁵⁵

1. CPU-Klauseln

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

CPU-Klauseln haben in urheberrechtlichen Nutzungsverträgen den Sinn, dem Hersteller eine angemessene zusätzliche Vergütung für den Fall zu sichern, dass der Kunde das ihm

⁵⁵⁰ BGH, Urt. v. 17.6.2009 – XII ZR 102/08, NJW-RR 2013,1391; BGH, Urt. v. 21.9.2005 – VIII ZR 284/04, NJW 2005, 3567 = K&R 2005, 559.

⁵⁵¹ BGH, Urt. v. 23.6.2005 – VII ZR 200/04, NJW 2005, 3420, für den Fall eines Bauträgervertrags; siehe dazu *Witte*, ITRB 2005, 237 ff.

⁵⁵² *Witte*, ITRB 2005, 237, 239 f.

⁵⁵³ Vgl. BGH, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212, 3214 – Programmfehlerbeseitigung.

⁵⁵⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.5.2001 – 20 U 166/00, ZUM 2001, 795 = CR 2002, 95.

⁵⁵⁵ BGH, Urt. v. 20.1.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 = DB 1994, 1180.

überlassene Programm auf einer anderen, leistungsfähigeren Maschine als derjenigen, für die er es erworben hat, einsetzen will und damit einen höheren als den erwarteten Nutzen aus ihm zieht.

Im Schrifttum ist streitig, ob und inwieweit Systembeschränkungen der in solchen Verträgen gebräuchlichen Art noch unmittelbar aus dem Urheberrecht folgen (§ 31 UrhG) oder nur mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart werden können. Teilweise werden Systemvereinbarungen auf allenfalls schuldrechtlicher Ebene für möglich gehalten, weil eine entsprechende gegenständliche Aufspaltung des Nutzungsrechts nicht möglich sei.⁵⁵⁶

Die Rechtsprechung sieht das anders. Fast durchweg werden hier CPU-Klauseln **nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB als unwirksam** angesehen, wenn Kaufrecht auf die Programmüberlassung anwendbar ist. Nur ausnahmsweise können CPU-Klauseln durch ein schutzwürdiges Interesse des Softwareerstellers gerechtfertigt sein, wenn das Programm in seiner Ablauffähigkeit, seiner Performance oder sonstigen Besonderheiten darauf angewiesen ist, nur auf einem bestimmten Computertyp eingesetzt zu werden, und wenn jeder Einsatz auf einem anderen Rechner die Gefahr mit sich bringt, dass Ablaufschwierigkeiten auftreten können, die den Ruf des Softwareerstellers gefährden.⁵⁵⁷

Erklärt sich der Lieferant nur dann zur Aufhebung einer von ihm aktivierten Programmsperre, welche die Nutzung der Software auf leistungsfähigerer neuer Hardware unmöglich macht, bereit, wenn der Käufer einer Änderung der als zulässig vereinbarten Computersysteme unter Anfall einer neuen „Lizenzgebühr“ zustimmt, liegt eine **widerrechtliche Drohung** i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB vor, die den Käufer zur Anfechtung der Änderungsvereinbarung berechtigt.⁵⁵⁸

CPU-Klauseln verstoßen in der Tat gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB. Sie beschränken die dem Anwender in § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG garantierte Möglichkeit, das erworbene Programm frei nutzen zu können.⁵⁵⁹ Darüber hinaus höhlen sie vertragswesentliche Rechte des Anwenders aus. Da Softwareverträge als Kauf- bzw. Werkverträge einzustufen sind, trifft den Softwarelieferanten die Pflicht, dem Anwender das Eigentum an der Programmkopie⁵⁶⁰ zu übertragen und damit auch eine sinnvolle Nutzung des Eigentums nicht unmöglich zu machen: Ein Überlassungsvertrag, in welchem dem Anwender formell die Stellung eines Eigentümers eingeräumt wird, sie aber de facto durch unzählige und gravierende Nutzungsbeschränkungen

⁵⁵⁶ *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computer-Software in der EU, 193 f.

⁵⁵⁷ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 10.3.1994 – 6 U 18/93, CR 1994, 398 = NJW-RR 1995, 182 = OLGR Frankfurt, 1994, 121; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 14.12.1999 – 11 U 7/99, CR 2000, 146 f.

⁵⁵⁸ LG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.12.1998 – 2/3 O 266/97, CR 1999, 147 und OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 14.12.1999 – 11 U 7/99, CR 2000, 146 f.

⁵⁵⁹ So auch *Bartsch*, CR 1987, 8, 13; *Salje*, FS für Lukes 1989, 14.

⁵⁶⁰ § 903 BGB.

wieder genommen wird, entspricht nicht mehr dem Leitbild eines Kaufvertrags und verstößt deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

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

Anders ist der Fall bei einer **Softwareüberlassung auf Zeit**. Für einen solchen Fall hat der *BGH* CPU-Klauseln für wirksam erachtet, die den Einsatz der Software auf einem leistungsfähigeren Rechner gegen weitere Lizenzzahlungen gestatten. Der *BGH* geht davon aus, dass eine Aufspaltung urheberrechtlicher Nutzungsrechte bezogen auf unterschiedliche Hardware nicht möglich sei. Außerhalb der urheberrechtlichen Lizenzeinräumung können schuldrechtliche Vereinbarungen dieser Art jedoch getroffen werden. Sie unterliegen dem AGB-Recht. Der *BGH* führt aus, dass die Angemessenheit von CPU-Klauseln wesentlich davon abhängt, ob es sich um Verträge handelt, die die dauerhafte Überlassung von Software gegen Einmalzahlung zum Gegenstand haben, oder ob es sich um die zeitlich befristete Überlassung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses handelt.⁵⁶¹

2. Weitergabeklauseln

Oft versuchen Softwarelieferanten, die **Weitergabe von Software durch den Kunden vertraglich zu untersagen**. Dadurch soll insbesondere der Weiterverkauf gebrauchter Software, von Upgrades und original equipment manufacturer (OEM-Versionen) verhindert werden. Diese Klauseln sind jedoch unwirksam. Wird Software auf Dauer erworben, so sind die entsprechenden Vervielfältigungsstücke der Computerprogramme durch Veräußerung auf dem Gebiet der Europäischen Gemeinschaften in den Verkehr gebracht worden. Damit ist gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG die Erschöpfung des Verbreitungsrechts (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 15 Abs. 1 Nr. 2 UrhG) eingetreten. Die Nutzungsrechte an diesen Vervielfältigungsstücken können nicht

⁵⁶¹ BGH, Urt. v. 24.10.2002 – I ZR 3/00, NJW 2003, 2014 = GRUR 2003, 416 = MMR 2003, 393.

vom Rechtsinhaber zurückbehalten werden. Ist ein dahingehendes Veräußerungsverbot in AGB enthalten, so ist die betreffende Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB wegen Verstoßes gegen den wesentlichen Grundgedanken der §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 UrhG unwirksam.⁵⁶² Der mit dem Erschöpfungsgrundsatz eintretende urheberrechtliche Verbrauch des Verbreitungsrechts hängt nämlich allein davon ab, ob der Rechteinhaber das erste Inverkehrbringen durch Veräußerung genehmigt hat. Diese Zustimmung ist zu bejahen, wenn beim Erstverkauf vertragsgemäß Soft- und Hardware gemeinsam vertrieben worden sind.⁵⁶³

Die Weiterverkaufsfreiheit schließt **OEM-Versionen** ein, wie der *BGH* entgegen einer Entscheidungspraxis des Kammergerichts klargemacht hat. Ein Softwareersteller kann sein Interesse daran, dass eine zu einem günstigen Preis angebotene Programmversion nur zusammen mit einem neuen PC veräußert wird, nicht in der Weise durchsetzen, dass er von vornherein nur ein auf diesen Vertriebsweg beschränktes Nutzungsrecht einräumt. Ist die Programmversion durch den Hersteller oder mit seiner Zustimmung in Verkehr gesetzt worden, ist die Weiterverbreitung aufgrund der eingetretenen Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts ungeachtet einer inhaltlichen Beschränkung des eingeräumten Nutzungsrechts frei.⁵⁶⁴

Erstaunlicherweise hat der *EuGH* jedoch im Urteil vom 12.10.2016⁵⁶⁵ klargestellt, dass zwar der Ersterwerber einer Lizenz zur unbefristeten Nutzung berechtigt ist, die benutzte Kopie und seine Lizenz an einen Zweiterwerber zu verkaufen, ganz im Sinne des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes und Art.4 c RL 91/250. Dagegen bedarf die Weiterveräußerung einer Sicherungskopie, wenn die Software ursprünglich auf einem körperlichen Originaldatenträger geliefert wurde, der vor dem Weiterverkauf beschädigt, verloren oder zerstört wurde, der Zustimmung des Rechtsinhabers. Eine Erstellung von Sicherungskopien eines Computerprogrammes von der Person, die zur Benutzung desselben berechtigt ist, könne zwar gem. Art.5 Abs. 2 der RL 91/250 nicht untersagt werden, wenn das Erstellen für die Benutzung erforderlich ist. Jedoch darf die Sicherungskopie nicht zum Zweck des Weiterverkaufs verwendet werden, wenn das Original untergegangen ist und der Rechteinhaber dem nicht zustimmt.

⁵⁶² OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.6.1996 – 11 U 4/96, NJW-RR 1997, 494; OLG Hamburg, B. v. 30.4.2013 5 W 35/13, MMR 2014, 115; LG Hamburg, Urt. v. 25.10.2013 – 315 O 449/12, MMR 2014 102 m. Anm. *Heydn*; Oberster Gerichtshof Wien, Beschl. v. 23.5.2000 – 4 Ob 30/00, M&R 2000, 249 = GRUR Int. 2000, 1028 = ZUM-RD 2001, 53.

⁵⁶³ LG Düsseldorf, Urt. v. 26.11.2008 – 12 O 431/08, MMR 2009, 216 = CR 2009, 221, *Haberstumpf*, Verkauf immaterieller Güter, NJOZ 2015, 793, 804.

⁵⁶⁴ BGH, Urt. v. 6.7.2000 – I ZR 244/97, CR 2000, 651 = NJW 2000, 3571 = MMR 2000, 749; gegen KG Berlin, Urt. v. 17.6.1997 – 5 U 7145/96, CR 1998, 137 = MMR 1998, 315 = ZUM-RD 1999, 20.

⁵⁶⁵ EuGH, Urt. v. 12.10.2016 – C 166/15, MMR 2017, 19.

Das Recht des Erwerbers einer Kopie eines Computerprogramms, die Kopie weiterzuverbreiten, kann auch nicht vertraglich auf das Recht beschränkt werden, die Kopie nur an Erwerber einer früheren Version des gleichen Programms – als „Update“ – zu veräußern.⁵⁶⁶ Das Nutzungsrecht an einem Computerprogramm kann nicht in der Weise limitiert werden, dass der Verkauf des (Update-)Programms nur an solche Nutzer zulässig ist, die bereits eine ursprüngliche Vollversion des Programms erworben haben; dies ist keine zulässige inhaltliche Beschränkung des Nutzungsrechts i.S.v. § 32 UrhG a.F. (= § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG n.F.).⁵⁶⁷

Es verstößt auch nicht gegen § 3 UWG, wenn unkenntlich gemachte **Schulversionen** bzw. Updates eines Computerprogramms als Vollversionen (weiter-)verkauft werden, denn mit dem erstmaligen Verkauf des Vervielfältigungsstückes ist das Verbreitungsrecht des Urhebers gem. § 69c S. 1 Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft. Auch ist es wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn zu Wettbewerbszwecken ein mit der Ware selbst fest verbundenes (z.B. aufgedrucktes) Zeichen oder eine andere geschäftliche Bezeichnung, wie z.B. eine Firma oder eine Typenbezeichnung, entfernt und die derart veränderte Ware weiterverkauft wird.⁵⁶⁸

Dem Erwerber eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms, der sich vertraglich dazu verpflichtet hat, das Programm Dritten nicht zugänglich zu machen, kann nicht generell untersagt werden, **für die Fehlerbeseitigung einen Dritten einzuschalten**. Eine entsprechende Klausel wäre mit § 69d Abs. 1 UrhG nicht vereinbar. Würde ein Verbot, das Programm Dritten zugänglich zu machen, auch die Fehlerbeseitigung betreffen, so wäre damit der Vertragszweck berührt. § 69d Abs. 1 UrhG hat insofern einen zwingenden Kern, als urheberrechtlich relevante Nutzungen, die für die vertragsgemäße Verwendung des Programms unerlässlich sind, nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden können.⁵⁶⁹

Problematisch im Sinne einer Weitergabeklausel war lange Zeit auch die Online-Erschöpfung von Software. Hierbei geht es um den Weiterverkauf von Software, die von dem Server des Herstellers heruntergeladen wird und für die das Nutzungsrecht z.B. auf Grund eines Produktschlüssels besteht. Das OLG München wollte demnach in der Vergangenheit den Erschöpfungsgrundsatz auf Software beschränken, die durch physische Datenträger verbreitet wird⁵⁷⁰. Ein Klauselverbot gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG käme

⁵⁶⁶ OLG München, Urt. v. 12.2.1998 – 29 U 5911/97, CR 1998, 265 = NJW 1998, 1649 = ZUM-RD 1998, 107 = MMR 1998, 313; gegen KG Berlin, Urt. v. 27.2.1996 – 5 U 8281/95, NJW 1997, 330 = CR 1996, 531.

⁵⁶⁷ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 12.8.2003 – 11 U 15/03, NJOZ 2004, 874 = GRUR-RR 2004, 198.

⁵⁶⁸ LG München, Urt. v. 3.11.1994 – 4 HKO 18823/94, CR 1996, 542.

⁵⁶⁹ BGH, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212

⁵⁷⁰ OLG München, Urt. v. 3.8.2006 – 6 U 1818/06, MMR 2006, 748.

daher nicht in Betracht, weswegen Weitergabeverbote für den Online-Erwerb von Software wirksam mit in den Vertrag einbezogen werden könnten. Diese Argumentation hat der *EuGH* in der „Used-Soft“ Entscheidung⁵⁷¹ widerlegt. Es könne beim Kauf von Software und dem damit eintretenden Erschöpfungsgrundsatz nicht auf die Verbreitungsform ankommen, da der Wille des europäischen Gesetzgebers der Computerprogramm-RL nicht zwischen körperlichen und unkörperlichen Programmkopien differenziere. Dementsprechend ist auch der Weiterverkauf eines Produktschlüssels nicht durch Klauselverbote einschränkbar, wenn der Product Key noch nicht aktiviert wurde und der Rechteinhaber den Download ermöglicht.⁵⁷² Abseits des Erschöpfungsgrundsatzes ist die **Übertragbarkeit von Nutzungsrechten an Dritte** allerdings ein Problem. Nach § 34 Abs. 3 S. 1 UrhG kann ein Nutzungsrecht auch ohne Zustimmung des Urhebers übertragen werden, wenn es sich um eine Übertragung im Rahmen der Gesamtveräußerung eines Unternehmens oder der Veräußerung von Teilen eines Unternehmens handelt. Der Regelung liegt die Erwägung zugrunde, dass es dem veräußernden Unternehmensträger – beispielsweise einem Verlag – in dieser Situation nicht zuzumuten wäre, die Zustimmung sämtlicher Urheber einzuholen, die ihm Nutzungsrechte eingeräumt haben.⁵⁷³ Insofern gibt es keine Probleme bei Unternehmensverkäufen. Im Rahmen von M&A können Nutzungsrechte an Software übertragen werden, ohne dass der Urheber noch einmal um Zustimmung gebeten werden müsste.

Anders sieht die Lage bei der **Einzelübertragung von Nutzungsrechten** aus. Sollen Rechte an Software abseits einer Unternehmensveräußerung an Dritte abgetreten werden,⁵⁷⁴ bedarf dies der Zustimmung des Urhebers (§ 34 Abs. 1 UrhG). Es sollte daher gleich im Vertrag mit dem Programmierer ausdrücklich geregelt werden, dass die vertragsgegenständlichen Rechte übertragbar sind. Allerdings muss die Zustimmung nicht ausdrücklich erfolgt sein, sie kann sich vielmehr aus den Gesamtumständen ergeben.⁵⁷⁵ Die Anforderungen an eine konkludente Zustimmung sind in einem Fall, in dem die Weiterübertragung der Nutzungsrechte im Zuge der Verwertung der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter erfolgt, nicht hoch anzusetzen. In der Regel bestehen für den Urheber in einer solchen Situation keine vernünftigen Gründe, darauf zu bestehen, dass nur der ursprüngliche Vertragspartner das Werk nutzt. Auch ist er

⁵⁷¹ EuGH, Urt. v. 3.7.2012 – C-128/11, ZIP 2012, 1610.

⁵⁷² OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.5.2016 – 6 W 42/16, ITRB 11/2016.

⁵⁷³ Begr. RegE, BT-Drs. IV/270, S. 57.

⁵⁷⁴ Dies gilt auch für den Fall einer Veräußerung durch den Insolvenzverwalter eines Softwarehauses; siehe BGH, Urt. v. 3.3.2005 – I ZR 111/02, MMR 2005, 845 = GRUR 2005, 860 = NJW-RR 2005, 1403 – Fash 2000.

⁵⁷⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 15.3.1984 – I ZR 218/81, GRUR 1984, 528, 529 – Bestellvertrag.

gehalten, seine Zustimmung zur Weiterübertragung nicht wider Treu und Glauben zu verweigern (§ 34 Abs. 1 S. 2 UrhG).

Der Erschöpfungsgrundsatz soll im Übrigen keine Aussage zur Zulässigkeit technischer Sperren umfassen. Im legendären Fehltritel *Half Life 2*⁵⁷⁶ hat der *BGH* das Geschäftsmodell eines Anbieters von Computerspielen für rechtmäßig erachtet, wonach ein auf DVD vertriebenes Computerspiel so programmiert ist, dass es erst nach der online erfolgten Zuweisung einer individuellen Kennung genutzt werden kann und dass diese Kennung nicht an Dritte weitergegeben werden darf. Dies gelte auch dann, wenn die DVD mit dem Computerspiel wegen der ohne Kennung eingeschränkten Spielmöglichkeiten vom Ersterwerber praktisch nicht mehr weiterveräußert werden kann.

Häufig wird das Recht des Käufers, seine Softwarekopie wieder zu veräußern, insofern beschränkt, dass technische Schutzmaßnahmen in die Software eingebaut werden, die eine Anfertigung von Kopien des Programms unmöglich machen sollen. Nach der Rechtsprechung des *EuGHs* sind technische Schutzmaßnahmen, welche Vervielfältigungen von Software verhindern, jedoch nur dann schutzwürdig, wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren⁵⁷⁷. Es darf demnach keine anderen Schutzmaßnahmen gleicher Wirkung geben, die weniger intensiv in die Handlungen Dritter eingreifen. Die Rechtsprechung scheint diesem Grundsatz sehr wohlwollend für die Softwareindustrie zu folgen.

So wurde beispielsweise vom *OLG München*⁵⁷⁸ entschieden, dass selbst technische Schutzmaßnahmen für Videospiele in Gestalt von Kombination aus Software-Programmsperre und proprietären (im Eigentum befindlichen) Format der Videospieldkarten einer „Nintendo-DS-Konsole“ den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.⁵⁷⁹

Eine andere „Lösung“ der Umgehung des Weiterverkaufsrechts des Erwerbers wird teilweise durch die Softwareersteller angewendet, indem sie Software vermieten.⁵⁸⁰ Dies hätte jedoch in Bezug auf das Gewährleistungsrecht, das sie für den gesamten Zeitraum der Miete trifft, nachteilige Folgen.⁵⁸¹

Auch stelle sich die Frage des Erschöpfungsgrundsatzes nach Ansicht des *OLG Frankfurt a.M.* nicht, wenn dem Erwerber ein so genannter Produktschlüssel genannt wird, mit dem er das Programm von der Internetseite des Rechteinhabers auf seinen Server herunterladen kann, und der verkaufte Produktschlüssel bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht aktiviert worden ist. Dann

⁵⁷⁶ BGH, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661.

⁵⁷⁷ EuGH Urt. v. 23.1.2014 - RS. C-355/12, CR 2014, 224.

⁵⁷⁸ OLG München, Urt. v. 22.9.2016 – 6 U 5037/09, Anmerkung RA Timo Conraths, CR 12/2016, 781 (782).

⁵⁷⁹ OLG München, Urt. v. 22.9.2016 – 6 U 5037/09.

⁵⁸⁰ Auer-Reinsdorff/Conrad/Roth-Neuschild, § 13 Rn. 1.

⁵⁸¹ Auer-Reinsdorff/Conrad/Roth-Neuschild, § 13 Rn. 2 f.

diene der Produktschlüssel nicht der unkörperlichen Weitergabe eines bereits existierenden Vervielfältigungsstücks im Sinne der „UsedSoft“-Rechtsprechung des *EUGH* und des BGH, sondern der erstmaligen Herstellung eines Vervielfältigungsstücks. Ob der Erwerber zur Nutzung dieses Vervielfältigungsstücks berechtigt ist, hängt allein davon ab, ob der Rechteinhaber dieser Vervielfältigung zustimmt. Unter diesen Umständen sind Angebot und der Verkauf eines Produktschlüssels nur dann irreführend, wenn - wofür der klagende Mitbewerber darlegungspflichtig ist - der Rechteinhaber diese Zustimmung verweigern wird.⁵⁸² Besonders streitig ist die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei E-Books und Audiodateien. So will das *OLG Hamburg* die Erschöpfung des Verbreitungsrechts gem. § 17 Abs. 2 UrhG nur auf körperliche Gegenstände anwenden und die bereits genannte „UsedSoft“-Rechtsprechung des *EuGH* nicht auf digitale Güter übertragen. Eine Bestimmung in AGB eines Anbieters von E-Books und Audiodateien, nach der die Kunden kein Eigentum an den Dateien erwerben und den Kunden lediglich ein nicht übertragbares Nutzungsrecht eingeräumt wird, weiche nicht von der grundlegenden Wertung einer gesetzlichen Regelung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ab⁵⁸³. Der *EuGH* habe den Eigentumsbegriff nicht auf digitale Güter ausgedehnt. Zwar sollen Computerprogramme unter den Eigentumsbegriff fallen, jedoch digitale Inhalte nicht.⁵⁸⁴

Dies scheint paradox, da der *EuGH* in seiner Entscheidung ökonomische Gesichtspunkte zur Grundlage des Beschlusses macht. Es kann keinen Unterschied machen, ob es sich um Software oder um E-Books oder Musikdateien handelt, da diese wirtschaftlich keine Unterschiedlichkeiten aufweisen. Angesichts dessen spricht vieles dafür, auch digitale Inhalte unter den Erschöpfungsgrundsatz zu fassen.⁵⁸⁵

3. LAN-Verbote

Typisch bei Softwareverträgen sind **LAN-Verbote, d.h. vertragliche Beschränkungen der Nutzung von Software in lokalen Netzwerken**. Es gibt eine Vielzahl von Schattierungen solcher Netzwerkverträge.⁵⁸⁶

Urheberrechtlich ist zweifelhaft, ob die Nutzung von Software in lokalen Netzwerken wirklich in die Verwertungsrechte des Softwareerstellers eingreift. Wird die Software auf verschiedenen

⁵⁸² OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.5.2016 – 6 W 42/16, GRUR-RS 2016, 11719.

⁵⁸³ OLG Hamburg, Beschl. v. 24.3.2015 – 10 U 5/11; so zuvor auch OLG Stuttgart v. 3.11.2011 - 2 U 49/11, MMR 2012, 834; *OLG Hamm*, Urt. v. 15.5.2014 – I-22 U 60/13, MMR 2014, 689.

⁵⁸⁴ EuGH, Urt. v. 19.12.2019 – C-263/18.

⁵⁸⁵ *Hoeren/Försterling*, MMR 2012, 642 (647); *Hilty*, CR 2012, 625 (635); *Peter*, ZUM 2019, 490, 500; *Redeker*, CR 2014, 73.

⁵⁸⁶ *Schumacher*, CR 2000, 641, 649; vgl. *Polley*, CR 1999, 345, 347; *Lehmann*, FS für Schrickler, S. 543, 559.

Terminals fest gespeichert, liegt in der jeweiligen Festspeicherung eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung.⁵⁸⁷ Anders ist die Lage bei Terminalsoftware und der bloßen Nutzung von Software über die jeweiligen Arbeitsspeicher der angeschlossenen Workstations. Der *BFH* hat auch für solche Netzzvorgänge ohne nähere Begründung eine „Lizenzpflicht“ bejaht.⁵⁸⁸ Das bloße Ablaufenlassen eines Computerprogramms ist jedoch keine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c UrhG.⁵⁸⁹ Der Senat hat jedoch bislang die Frage offen gelassen, ob die im Rahmen der Programmbenutzung erfolgende Programmeingabe und -verarbeitung eine Vervielfältigung erforderlich macht.⁵⁹⁰ Diese Frage ist auch durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9.6.1993,⁵⁹¹ das der Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen⁵⁹² dient, nicht abschließend beantwortet (§ 69c Nr. 1 S. 2 UrhG: „Soweit das Laden ... eine Vervielfältigung erfordert“). Durch die Neuordnung des Urheberrechtsgesetzes zum 13.9.2003 ist jedoch klargestellt worden, dass flüchtige Kopien keine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung darstellen.⁵⁹³ Nach § 44a UrhG sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen urheberrechtlich irrelevant, wenn ihnen kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt. Die RAM-Kopie, die beim Lauf eines Computerprogramms unumgänglich entsteht, hat keinen eigenen ökonomischen Wert und stellt daher keinen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht dar.

Anderer Ansicht ist der *BGH* in seiner *EuGH*-Vorlage zur Zulässigkeit des Vertriebs „gebrauchter“ Softwarelizenzen.⁵⁹⁴ Die Schrankenregelung des § 44a UrhG greife erst überhaupt nicht zu Gunsten des Nutzers. Die §§ 69d und 69e UrhG, die der Umsetzung von Art. 5 und 6 der Richtlinie 2009/24/EG dienen, regeln die Bestimmungen für Computerprogramme abschließend.⁵⁹⁵ Die Voraussetzungen des § 44a UrhG seien deshalb schon nicht erfüllt, wenn der Softwareersteller für die Nutzung des Programmes eine Vergütung verlangt. Dann habe die „Vervielfältigung“ gem. § 44a UrhG eine eigene wirtschaftliche Bedeutung.

⁵⁸⁷ BGH, Urt. v. 20.1.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 = DB 1994, 1180.

⁵⁸⁸ BFH, Urt. v. 25.11.2004 – V R 25/04, V R 26/04, MMR 2005, 529 = CR 2006, 12 = DStR 2005, 595.

⁵⁸⁹ LG Mannheim, Urt. v. 11.9.1998 – 7 O 142/98, ZUM-RD 1999, 210 = CR 1999, 360.

⁵⁹⁰ BGH, Urt. v. 20.1.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 = DB 1994, 1180; vgl. BGH, Urt. v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, GRUR 1991, 449 – Betriebssystem.

⁵⁹¹ BGBl. I S. 910.

⁵⁹² ABl. EG Nr. L 122 S. 42.

⁵⁹³ A.A. allerdings LG München, Urt. v. 13.3.2008 – 7 O 16829/07, MMR 2008, 839.

⁵⁹⁴ BGH, Beschluss v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, GRUR 2011, 418 Rn.16-17.

⁵⁹⁵ So Wandtke/Bullinger/v. Welsler, § 44a UrhG Rn. 23; a. A Dreier/Schulze, § 44a Rn. 2.

Diese Argumentation scheint fraglich, wenn man bedenkt, dass beim Kauf der Kunde die Software ohnehin auf der Hardware seiner Wahl hätte installieren können. Eine langfristige Speicherung findet nur auf dem Festspeicher des Systems statt, auf dem die Software ursprünglich installiert wurde. Eine Zwischenspeicherung auf dem Arbeitsspeicher desjenigen Systems, auf dem die Software genutzt wird, kann dem Hersteller insofern gleichgültig sein, als dass der Kunde die Installation auch von vornherein dort auf dem Festspeicher hätte vornehmen können. Eine wirtschaftliche Bedeutung kann nur dem System zukommen, bei dem die Software auf dem Festspeicher installiert worden ist.

Zwar lässt der *EuGH* in seiner Entscheidung zum Handel mit gebrauchter Software-UsedSoft⁵⁹⁶ die Frage nach der urheberrechtlichen Vervielfältigung gem. §§ 69c Nr. 1, 44a UrhG offen, jedoch betont er in einer anderen Entscheidung *Sky Decoder*⁵⁹⁷, dass flüchtige Vervielfältigungshandlungen die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 der RL 2001/29, also § 44a UrhG, erfüllen und daher erlaubnisfrei sind. Der *BGH* hält jedoch an seiner bisherigen Rechtsprechung fest.⁵⁹⁸

Urheberrechtlich relevant wird jedoch auch eine **bloße Terminalserver-Nutzung**, wenn diese im Rahmen der Öffentlichkeit stattfindet. Mit der Urheberrechtsnovelle 2003 ist auch ein Recht des Urhebers vorgesehen worden, die öffentliche Wiedergabe und das Bereitstellen von Software für die Öffentlichkeit zu kontrollieren (§ 69c Nr. 4 UrhG). Dem Rechteinhaber wird hiermit das Recht zugewiesen, über die öffentliche Zugänglichmachung der Software zu entscheiden. Dabei wird die öffentliche Zugänglichmachung dahingehend definiert, dass Mitglieder der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl Zugang zur Software haben. Problematisch ist hier der Verweis auf die „Mitglieder der Öffentlichkeit“. Es ist unklar, wer mit diesem Begriff erfasst werden soll. Zur Öffentlichkeit gehört nach der Legaldefinition des § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.

Eine rein technische Verbindung begründet natürlich keine persönliche Beziehung i.S.v. § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG.⁵⁹⁹ Entscheidend ist die **persönliche Verbundenheit der dem Netzwerk angeschlossenen Personen**. Es ist unklar, wie man bei der unternehmensinternen Nutzung den Bereich der persönlichen Beziehungen konkretisieren soll.⁶⁰⁰ Man kann sich auf den

⁵⁹⁶ EuGH, Urt. v. 3.7.2012 – C-128/11.

⁵⁹⁷ EuGH, Urt. v. 4.10.2011 – I ZR 129/08, ZUM 2011, 397.

⁵⁹⁸ BGH, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232 Rn. 28.

⁵⁹⁹ So auch die amtliche Begründung in BT-Drs. 15/38, 17.

⁶⁰⁰ In der Literatur wird meist nur auf die Einzelfallentscheidung durch die Rechtsprechung abgestellt; siehe *Dreier/Schulze*, § 19a Rn. 7.

Standpunkt stellen, dass alle Nutzungen innerhalb eines Unternehmens durch persönliche Beziehungen zum Arbeitgeber/Unternehmen geprägt sind. Insofern ist jedes Unternehmen in sich nicht-öffentlich, was den Bereich der urheberrechtlichen Nutzung angeht. Man kann aber auch je nach Aufgaben innerhalb des Unternehmens differenzieren und eine unternehmensinterne Öffentlichkeit schon dann bejahen, wenn über eine konkrete Projekt- und Arbeitseinheit hinaus eine Abruf- und Nutzungsmöglichkeit via LAN eingeräumt wird.

Der Anwender sollte jedenfalls in Vertragsverhandlungen mit Softwarelieferanten darauf pochen, dass die Nutzung von Computerprogrammen **regelmäßig nur unternehmensintern** erfolgt und daher bereits nicht-öffentlich ist. Zusätzlich sollte in Vertragsverhandlungen darauf hingewiesen werden, wenn Software nur in einem kleinen Netzwerk für eine bestimmte Projektgruppe angeschafft wird. Soweit diese Software dann über Terminalserver zum Abruf bereitgehalten wird, sind LAN-Beschränkungen rechtlich unwirksam. Fraglich ist dann noch, inwieweit entsprechende Netzwerkentgelte zu entrichten sind. Zunächst ist zu beachten, dass die Preisgestaltung bei der Verwendung von Software im LAN einer Inhaltskontrolle entzogen ist (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB). Preise als solche sind Bestandteil der Hauptleistungspflichten und damit nicht Gegenstand der AGB-Kontrolle. Dies schließt aber eine Kontrolle der inhaltlichen Kriterien für eine bestimmte Preisstaffelung nicht aus, wie sich aus § 307 Abs. 3 S. 2 BGB ergibt. Insofern sind Preistraster für LAN-Nutzungen durchaus wegen mangelnder Intransparenz angreifbar, insbesondere wenn sie ihrerseits nicht urheberrechtlich begründbar sind. Die Verwendungsfreiheit des Eigentümers obsiegt, wenn das Urheberrecht keine bestimmte Nutzungsbeschränkung erlaubt (§ 903 BGB). Das „plumpe“ Verbot der Netzwerknutzung ist damit unwirksam.⁶⁰¹ Auch verboten sind sog. Site-, Installations- oder Gebäude-Lizenzen, die den Einsatzort der Software festlegen.⁶⁰² Zweifelhaft sind auch sog. Service-Büro-Beschränkungen⁶⁰³ sowie vertragliche und technische Beschränkungen auf eine bestimmte Anzahl von Nutzern. Insbesondere darf der Vertrag nicht reglementieren, wie viele Nutzer das Programm im Netzwerk parallel (als sog. concurrent user) nutzen dürfen (sog. Floating-Licence).⁶⁰⁴

Demgegenüber greifen die bislang in der Literatur vorgenommenen **Rechtfertigungsversuche für Netzwerkklauseln** nicht durch. Wenig überzeugend ist z.B. der Hinweis *Grützachers* darauf, dass der Netzwerkbetrieb eine eigene Nutzungsart gegenüber der Einzelplatznutzung

⁶⁰¹ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1739.

⁶⁰² *Lehmann*, FS für Schrickler, S. 543, 560; *Lehmann/Schmidt*, Kap. XV Rn. 74.

⁶⁰³ *Grützacher*, ITRB 2001, 59, 63; vgl. aber auch *Sucker*, CR 1989, 468, 476.

⁶⁰⁴ A.A. *Wandtke/Bullinger/Grützacher*, § 69d Rn. 42; *Bartsch*, CR 1994, 667, 669 f.; vgl. auch *Lehmann/Schmidt*, Kap. XV Rn. 74.

darstelle und insofern auch vertraglich beschränkbar sei.⁶⁰⁵ Nicht jede Form der Verwendung eines Computerprogramms ist urheberrechtlich eine eigenständige Nutzungsart. Das Urheberrecht lässt bewusst den Bereich der nicht-öffentlichen Wiedergabe unregelt und öffnet ihn damit auch zur freien Disposition des Nutzers. Diesen freien Bereich nachträglich durch Verträge einschränken zu wollen, kann nicht urheberrechtlich legitimiert werden. Auch vertragsrechtlich muss der Respekt vor der Gemeinfreiheit der nicht-öffentlichen Wiedergabe als wesentlicher Grundgedanke i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen werden, sodass auch AGB-rechtlich entsprechende Einschränkungen unwirksam sind. Im Übrigen mag der Hersteller ein schützenswertes Interesse daran haben, dass der Anwender die Software nicht ohne seine wirtschaftliche Partizipation in größerem Umfang als vertraglich vorgesehen nutzt.⁶⁰⁶ Dieses allgemeine Interesse muss aber mit der Eigentumsfreiheit in Einklang gebracht werden. Das BGB geht entscheidend von dem Leitbild aus, dass der Eigentümer unbeschadet der Rechte Dritter in der Nutzung seiner Sache frei ist. Diese Nutzungsfreiheit kann der Softwareentwickler nicht dadurch aushöhlen, dass er die Eigentumsfreiheit nach Belieben mit Hinweis auf seine Gewinnerzielungsabsichten beschränkt. Die Beschränkung muss vielmehr ihrerseits wieder Ausdruck einer eigenen Rechtsposition des Rechteentwicklers sein, die i.S.v. § 903 BGB die Eigentumsfreiheit zu beschränken vermag. Da die nicht-öffentliche, unkörperliche Nutzung aber ein freier Bereich ist, lässt das AGB-Recht die Schaffung künstlicher Nutzungsvorbehalte nicht zu.

4. Auditklauseln

Häufig werden in Softwareüberlassungsverträgen auch mit sogenannten Auditklauseln gekoppelt. Diese sollen dem Rechteinhaber der Software die Möglichkeit bieten, den tatsächlichen Umfang der Nutzung ihrer Softwareprodukte im Zuge eines Audits zu überprüfen. Dazu kommt der Softwarehersteller beispielsweise in die Räumlichkeiten des Unternehmers oder des Käufers im Allgemeinen. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Kopplung zulässig ist und wenn ja, wo jedenfalls ihre Grenzen sind.

Zweck solcher Klauseln soll die Wahrung der Interessen des Lizenzgebers sein: die aus dem urheberrechtlichen Schutz des Computerprogramms gem. § 69a UrhG resultierende Befugnis, eine von ihm nicht autorisierte Nutzung (Unterlizenzierung) festzustellen und gegebenenfalls

⁶⁰⁵ Wandtke/Bullinger/Grützmacher, UrhR, § 69d Rn. 42; ähnlich Lehmann, FS für Schrickler, S. 543, 559; Bartsch, CR 1994, 667, 668 f.

⁶⁰⁶ Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Recht, § 307 Rn. 129f.; Lehmann, FS für Schrickler, 559; Polley, CR 1999, 345.

zu untersagen, § 69c UrhG.⁶⁰⁷ Auf der anderen Seite stehen die Interessen des Kunden, welche von der Beeinträchtigung des Betriebsablaufs über eine Verletzung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gehen. Ebenso steht die Unverletzlichkeit der Wohnung/ Betriebsstätte den Interessen des Softwareunternehmens entgegen.

Urheberrechtliche Auskunftsverlangen können auf §§ 101 Abs. 1, 101a UrhG gestützt werden, jedoch nur in einigen Ausnahmen, wogegen sich ein Anspruch auf Einsicht in Unterlagen vor Ort nicht aus dem UrhG ergibt. Ein Auskunftsverlangen muss daher den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren und es muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung durch den Kunden geben.⁶⁰⁸ Aus dem BGB könnte sich ein Anspruch aus § 242 BGB auf Auskunft ergeben – dieser setzt jedoch eine Sonderverbindung und einen begründeten Verdacht einer Pflichtverletzung voraus.⁶⁰⁹ Ein Besichtigungsanspruch gem. § 809 BGB orientiert sich gleichermaßen nach den Anforderungen von § 242 BGB. Jedoch muss grundsätzlich eine konkrete Vermutung über eine Unterlizenzierung bestehen.

Eine Klausel jedenfalls, die es dem Softwareunternehmen ermöglichen soll, ein Audit vorzunehmen, unterliegt jedoch den Grenzen des § 307 BGB – selbst, wenn sie im B2B Bereich abgeschlossen wurde.⁶¹⁰ § 307 Abs. 2 Nr.1 BGB verbietet es jedoch Klauseln festzulegen, die mit dem Grundgedanken gesetzlicher Bestimmungen nicht zu vereinbaren wären, sodass eine unangemessene Benachteiligung entstünde. Ein Teil der Literatur vertritt demnach, dass eine Auditklausel grundsätzlich gegen den Grundgedanken gesetzlicher Regelungen verstößt, da im Urheberrecht ein Einsichtsrecht in die Buchführung nicht aufgenommen wurde. Es könne nicht sein, dass man klare Schutzabsichten des urheberrechtlichen Gesetzgebers dadurch unterläuft, dass man eine Auditierung vertraglich absichert. Demnach läge grundsätzlich ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor.⁶¹¹

Einer anderen Ansicht nach könnte ein Verstoß gegen § 307 Abs. Nr. 1 BGB dann vorliegen, wenn die Klausel eine unangemessene Benachteiligung darstellt, den Betriebsablauf unangemessen beeinträchtigt, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie Persönlichkeitsrechte verletzt oder arbeitsrechtliche Vorgaben nicht einhält.⁶¹² Schränkt die Auditklausel jedoch

⁶⁰⁷ *Kotthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3.

⁶⁰⁸ Siehe eben da; BGH, Urt. v. 17.5.2001 – I ZR 291/98, GRUR 2001, 841 (845).

⁶⁰⁹ *Kotthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3.

⁶¹⁰ Graf von Westphalen/*Hoeren*, Vertragsrecht und AGB- Klauselwerke, 6. Auditierungsklauseln, Rn. 156.

⁶¹¹ Graf von Westphalen/*Hoeren*, siehe eben da, Rn. 156.

⁶¹² *Kotthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3.

keine dieser Rechte unangemessen stark ein, so ist ihre Zulässigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen.

5. Ausschluss von Bearbeitungsrechten

Ebenso wird oft versucht ein etwaiges Bearbeitungsrecht des Kunden durch Klauseln auszuschließen. Als Bearbeitungsrecht könnte z.B. das Recht des Käufers umfasst sein, Änderungen an der Software vorzunehmen oder den Programmcode herauszufinden sowie die Software auf seine Bestandhaftigkeit gegen Hackerangriffe zu überprüfen. Ein Verbot solcher Klauseln könnte sich aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 903 BGB ergeben. Grundsätzlich einer Zustimmung bedürftig gem. § 69c Nr. 2 UrhG ist die Übersetzung, Bearbeitung und das Arrangement und andere Umarbeitungen des Computerprogrammes. So scheint es demnach, dass ein Verbot solcher Umarbeitungen nicht in Frage kommt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz des Bearbeitungs- und Änderungsverbot der §§ 23 und 39 UrhG scheint sich aus § 69d Abs. 1 UrhG zu ergeben, wonach keine zustimmungsbedürftige Handlung i.S.d. oben genannten Vorschriften vorliegt, wenn sie für die bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms notwendig sind. Fraglich ist also, was eine bestimmungsgemäße Nutzung ausmacht.⁶¹³ Jedenfalls soll ein generelles Verbot der Programmänderung in AGB gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 69d Abs. 1 UrhG verstoßen. So sind zum Beispiel auch Fehlerbeseitigungsverbote ein Verstoß gegen den zwingenden Kern von § 69 d Abs. 1 UrhG.⁶¹⁴ Verbote müssen demnach ausgefeilt sein, damit sie vom Schutzrecht der §§ 69c Nr. 2 und 69 d Abs. 1 UrhG umfasst sind.⁶¹⁵ Ob im Rahmen der Fehlerbeseitigung auch eine Erlaubnis zur Dekompilierung (§ 69e UrhG) - also von der Transformation des Object Codes in den Source Code - besteht, ist umstritten.⁶¹⁶

6. Wartungsverbote

Oft wird auch versucht, die **Nutzung der Software an die Wartung zu koppeln**. Insbesondere sollen Dritte nicht befugt sein, die Software zu pflegen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Verbot, das Programm für Zwecke Dritter zu benutzen oder Dritten zugänglich zu

⁶¹³ Meents, IT- Recht, 1. Softwarelizenzvertrag, Rn. 7; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69d Rn. 6.

⁶¹⁴ BGH, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69d Rn. 49.

⁶¹⁵ Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69d Rn. 64.

⁶¹⁶ Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69e Rn.7; Schrickler/Loewenheim/Spindler, § 69e Rn. 3.

machen, wirksam ist.⁶¹⁷ Das Verbot dürfe sich aber nicht auf die Fehlerbeseitigung und Pflege durch Dritte erstrecken. Dem Erwerber eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms, dem es vertraglich untersagt ist, das Programm Dritten zugänglich zu machen, könne nicht generell verboten werden, für die Beseitigung von Fehlern einen Dritten einzuschalten.⁶¹⁸ Denn § 69d Abs. 1 UrhG sehe ein Recht des Anwenders zur Fehlerbeseitigung vor, das auch die Pflege durch Dritte einschließe und insofern einen zwingenden, vertraglich nicht abdingbaren Kern als urheberrechtlich relevante Nutzungen habe, die für die vertragsgemäße Verwendung des Programms unbedingt notwendig seien und nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden könnten.⁶¹⁹ Während die Fehlerbeseitigung durch die Einschaltung Dritter nicht generell abbedungen werden könne, sei allerdings eine vertragliche Regelung zulässig, die die Fehlerbeseitigung dem Softwareersteller vorbehalten. Dabei müsse dem Vertragspartner aber das Recht zugestanden werden, den Fehler durch einen Dritten beheben zu lassen, wenn der Hersteller den Fehler nicht beseitigen kann oder will.⁶²⁰

Ein weiteres Problem liegt im „Third Party Maintenance“, d.h. des Supports durch eine dritte, also nicht mit dem Hersteller identische, Partei.⁶²¹ Natürlich wird der Hersteller einer Softwarelösung oder Hardware durch Bundling versuchen weiterhin kostenpflichtige Patches und andere Supportleistungen zu erbringen. Eine Wartung durch Dritte, v.a. durch Konkurrenten, ist ihm dabei gar nicht Recht, da so Einnahmen verloren gehen und die Konkurrenz technischen Einblick in das Produkt bekommt. Fraglich ist also, ob der Hersteller von Hard- oder Software die Überlassung an den Abschluss eines Pflegevertrags koppeln bzw. die Lieferung von Standard-Patches außerhalb der Gewährleistung verweigern darf, wenn Leistungen von Dritten bezogen werden. Ein Abschlusszwang bezüglich der Lieferung von Standardpatches aus dem Gesetz besteht grundsätzlich weder aus § 242 BGB noch aus § 20 GWB i.V.m. § 33 GWB bzw. wenn überhaupt, nur in sehr engen Ausnahmefällen.⁶²² Seine Grenzen findet die Wartung durch Dritte da, wo das Urheberrecht des Herstellers verletzt wird, z.B. bei der Dekompilierung.⁶²³ Im Übrigen wird versucht die Kundenbindung durch Abschluss

⁶¹⁷ BGH, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 = GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = DB 2000, 2063.

⁶¹⁸ BGH, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 = GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = DB 2000, 2063.

⁶¹⁹ BGH, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 = GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = DB 2000, 2063.

⁶²⁰ BGH, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 = GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = DB 2000, 2063.

⁶²¹ *Grapentin/Ströbl*, CR 2009, 137.

⁶²² *Grapentin/Ströbl*, CR 2009, 137, 138 f.; *Gabriel/Cornels*, ITRB 2008, 277, 278 ff.

⁶²³ *Grapentin/Ströbl*, CR 2009, 137, 140.

von Rahmenverträgen über zukünftige Einzelprojekte zu stärken.⁶²⁴ Diese sollten so detailliert abgefasst werden, dass im späteren Tagesgeschäft eigentlich nur noch die Leistungs- und Vergütungsseite und einige Details geregelt werden müssen.⁶²⁵ Gerade aber bei der Erstellung von Individualsoftware steht jedoch nicht nur die Fehlerbehebung der Software bei den Pflegeverträgen, sondern auch die Weiterentwicklung und die Software als Projekt im Vordergrund.⁶²⁶

7. Zusammenfassung

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

Auch wird die Einbeziehung von Auditklauseln in den meisten Fällen unwirksam sein, sofern die Rechte des Käufers eine ungerechtfertigte Einschränkung erfahren. Bearbeitungsrechte des Softwarekäufers können nicht von vornherein ausgeschlossen werden. In diesem Fall wäre zu prüfen, ob die Bearbeitung der Software die bestimmungsgemäße Nutzung ermöglichen würde. Somit zeigt sich, dass in den meisten Fällen eine Abwägung des Einzelfalls notwendig ist.

III. Gewährleistung

1. Gewährleistung im Kaufrecht

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

⁶²⁴ *Intveen*, ITRB 2009, 67.

⁶²⁵ *Intveen*, ITRB 2009, 67, 68.

⁶²⁶ *Hörl/Braun*, ITRB 2016, 256, 257.

a) Mangel

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

Software weist einen **Rechtsmangel** auf, wenn der Anbieter nicht zu ihrem (Weiter-)Vertrieb berechtigt ist. Dies ist evident bei einem raubkopierten Programmexemplar.⁶²⁷ Rechtsmängel werden wie Sachmängel behandelt, da es sich bei beiden Mängeltypen um Pflichtverletzungen handelt. Das Kaufrecht verweist dabei auf die allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts. Zu den Rechtsmängeln bei Software⁶²⁸ zählt etwa das Fehlen von Nutzungsrechten an einer Programmkopie bzw. „nichtlizenzierte“ Systemsoftware oder Textverarbeitungssoftware.⁶²⁹ Auch die Installierung eines Betriebssystems als Raubkopie⁶³⁰ fällt unter den Rechtsmangel ähnlich wie der Fall des fehlenden Markenrechts bei der Verwendung einer IT-Produktbezeichnung.⁶³¹ Aus aktueller Thematik soll auch manipulierte Abgassoftware eines Fahrzeugs nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB als Mangel zählen.⁶³²

Der Kunde kann insbesondere den Kaufpreis mindern (was sich aufgrund der urheberrechtlichen Nutzungsbeschränkungen und Schadensersatzansprüche gem. §§ 69c ff., 97 ff. UrhG im Falle einer Raubkopie kaum anbieten wird) oder vom Vertrag zurücktreten (§§ 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB). Daneben kann er im Falle erfolgloser Nacherfüllung – verschuldensabhängig – **Schadensersatz** verlangen (§§ 280, 281, ggf. § 283 BGB). Schon die Lieferung mangelhafter Software ist eine Vertragsverletzung; der Begriff der „Pflichtverletzung“ i.S.v. § 280 BGB ist rein objektiv zu verstehen. Hat der Händler (z.B. mangels Prüfmöglichkeit) einen Mangel nicht zu vertreten, kann er sich gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten; es liegt dennoch eine Pflichtverletzung vor.⁶³³ Da es sich bei Standardsoftware um eine Gattungsschuld handelt, trägt der Händler das Beschaffungsrisiko (§ 276 Abs. 1 BGB).⁶³⁴ Mängel begründen allerdings keine Gewährleistungsrechte, wenn sie dem Käufer bei

⁶²⁷ OLG Hamm, Urt. v. 12.9.1990 – 31 U 110/89, NJW-RR 1991, 953, BB-Beilage 1991, Nr. 18, 21.

⁶²⁸ Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht, 2003, § 5, Rn. 76; Redeker, IT-Recht, Rn. 525.

⁶²⁹ LG Bonn, Urt. v. 16.6.1993 – 14 O 253/90, CR 1994, 687; OLG Hamm, Urt. v. 12.9.1990 – 31 U 110/89, NJW-RR 1991, 953 = CR 1991, 15.

⁶³⁰ OLG Nürnberg, Urt. v. 26.3.1992 – 2 U 2566/91, CR 1992, 723; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 26.4.1989 – 13 U 54/88, BB-Beilage 1990, Nr. 24, 8; OLG Hamm, Urt. v. 12.9.1990 – 31 U 110/89, NJW-RR 1991, 953 = CR 1991, 15 f.; LG Bonn, Urt. v. 16.6.1993 – 14 O 253/90, CR 1994, 687.

⁶³¹ OLG Köln, Urt. v. 18.9.1998 – 19 U 63/98, NJW-CoR 1999, 246.

⁶³² Vor allem LG Münster, Urt. v. 14.3.2016 – 011 O 341/15, BeckRS 2016, 06090; dem folgend LG Bochum, Urt. v. 16.03.2016 – I-2 O 425/15, BeckRS 2016, 05964 Rn. 17; s. hierzu auch NJW-Spezial 2016, 299; LG München I, Urt. v. 14.04.2016 – 23 O 23033/15, BeckRS 2016, 10952, geht offensichtlich von einer Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf den Schadstoffausstoß aus; offengelassen von LG Düsseldorf, Urt. v. 23.8.2016 – 6 O 413/15, BeckRS 2016, 15047; OLG Köln, Hinweisbeschluss v. 27.09.2019 - 19 U 150/19; OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.05.2019 – 13 U 144/17.

⁶³³ Koch, Handbuch Software- und Datenbankrecht, § 5 Rn. 3.

⁶³⁴ Koch, Handbuch Software- und Datenbankrecht, § 2, Rn. 52, 54.

Vertragsschluss bekannt waren oder aufgrund grober Fahrlässigkeit unerkannt blieben, § 442 BGB. Im letzteren Fall haftet der Anbieter nur bei Garantie der Mängelfreiheit oder arglistigem Verschweigen des Mangels.⁶³⁵

In der Praxis wichtiger sind die Regelungen zur **Sachmängelhaftung** und deren vertragliche Beschränkbarkeit. Eine Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie von der **Sollbeschaffenheit** nicht abweicht. Eine solche Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit liegt vor, wenn der Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vertraglich vereinbarten (§ 434 Abs. 1 S. 2 BGB), vertraglich vorausgesetzten (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB) oder gewöhnlichen (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB) Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist. Ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB setzt voraus, dass es sich bei dem jeweiligen Umstand um eine Beschaffenheit des Kaufgegenstandes handelt. Die Beschaffenheit ist mit dem tatsächlichen Zustand der Sache gleichzusetzen. Unter den Begriff der Beschaffenheit fällt jede Eigenschaft und jeder der Sache anhaftende, tatsächliche, wirtschaftliche oder rechtliche Umstand.⁶³⁶ Die Eigenschaft/der Umstand muss in der Beschaffenheit der Kaufsache wurzeln und ihr unmittelbar (physisch) auf eine gewisse Dauer anhaften. Zwar hat der Gesetzgeber den Begriff der Beschaffenheit nicht definiert und offengelassen, ob die viel geforderte Unmittelbarkeitsbeziehung gegeben sein muss.⁶³⁷ Da allerdings die Neuregelung des Sachmangelbegriffs im Rahmen der Schuldrechtsreform den nach alter Rechtslage geltenden Fehlerbegriff nicht verändern wollte und die Neuregelung dem subjektiv-objektiven Fehlerbegriff folgt, ist auch weiterhin der Beschaffenheitsbegriff restriktiv aufzufassen.

aa) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft

Diese Definition, die unten noch mit Leben gefüllt wird, unterscheidet sich fundamental vom **Fehlerbegriff der Informatik**. Ein Informatiker sieht jedes objektive technische Versagen der Software als Fehler an. Da aber bekanntermaßen eine technische Störung bei Computerprogrammen nie auszuschließen ist, schreiben Techniker gerne den berühmten Satz in Softwareverträge: „**Software kann nie fehlerfrei sein**“. Der Jurist sieht den Fehlerbegriff anders. So gibt es z.B. technische Fehler, die juristisch belanglos sind: Wenn ein Programm bei einer selten benutzten Tastaturkombination abstürzt, liegt aus juristischer Sicht nur ein geringes, unerhebliches Versagen vor, das die Gebrauchstauglichkeit des Systems kaum beeinträchtigt. Dementsprechend gibt es in einem solchen Fall – trotz Vorliegens eines technischen Fehlers – kein Rücktrittsrecht (§ 323 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB).

⁶³⁵ Koch, Handbuch Software- und Datenbankrecht, § 5, Rn. 25 f., 35.

⁶³⁶ OLG Hamm, Urt. v. 13.5.2003 – 28 U 150/02, NJW-RR 2003, 1360 = JuS 2004, 163; Palandt/Weidenkaff, § 434 Rn. 14.

⁶³⁷ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 213; Häublein, NJW 2003, 388, 389.

Umgekehrt kann ein Programm technisch fehlerfrei, aber juristisch mangelbehaftet sein. Soll ein Programm nach dem Vertrag bestimmte Funktionen aufweisen, so ist das Programm bei Fehlen dieser Funktionen mangelhaft, auch wenn es technisch einwandfrei arbeitet.

bb) Vereinbarte Beschaffenheit

Ein Fehler liegt bereits dann vor, wenn das Programm in seiner Istbeschaffenheit nicht **den vertraglich vereinbarten Anforderungen** entspricht. Diese Leistungsanforderungen können ausdrücklich – im Rahmen eines Pflichtenheftes⁶³⁸ – festgelegt sein. Gerade diese Fehlergruppe ist aus der Sicht der Gerichte die Erfreulichste: Es bedarf hier nicht umständlicher Sachverständigengutachten und Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Denn es geht hier nur noch darum, ob eine bestimmte Leistung des Programms entsprechend den Vereinbarungen vorhanden ist oder nicht.

cc) Vertraglich vorausgesetzte Verwendung

Schwierig ist die Abgrenzung von vertraglich vereinbarter Bestimmung und vertraglich vorausgesetzter Verwendung. M.E. umfasst der Bereich der vertraglichen Vereinbarung die Sollbestimmungen, die **ausdrücklich vertraglich** vorgegeben wurden. Demgegenüber regelt der Bereich der vertraglich vorausgesetzten Verwendung den **Bereich konkludent vereinbarter Kriterien**.⁶³⁹ Dies wäre z.B. der Fall bei einer Leistungsbeschreibung. Ähnlich sieht es aus, wenn die gewünschten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind.⁶⁴⁰

dd) Gewöhnliche Verwendung

Abseits vertraglicher Regelungen ist die **gewöhnliche Verwendung** der wichtigste Prüfmaßstab für Softwaremängel. Bei der Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, die objektiv zu bestimmen ist, ist darauf abzustellen, welche Beschaffenheit der Käufer erwarten kann. Dies bestimmt sich nach dem Erwartungshorizont des Durchschnittskäufers. Bei der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes kommen alle tatsächlichen, rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Umstände in Frage, die nach der Verkehrsauffassung Wert und Brauchbarkeit der Sache unmittelbar beeinflussen.⁶⁴¹

Der Nachweis einer gewöhnlichen Verwendung ist jedoch nicht einfach. Eine Reihe früherer Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen nach der Schuldrechtsreform nicht mehr. So spielt die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschulden ebenso keine Rolle mehr wie die

⁶³⁸ Zur Definition des Pflichtenheftes siehe DIN 69901, wonach es um eine ausführliche Beschreibung der Leistungen geht, die erforderlich sind oder gefordert werden, damit die Ziele des Projekts erreicht werden.

⁶³⁹ So auch: HK-BGB/Saenger, § 434 Rn. 11; Palandt/Weidenkaff, § 434 Rn. 21; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 434 Rn. 46; a.A. MüKoBGB/Westermann, § 434 Rn. 18 f.

⁶⁴⁰ Vgl. LG Frankfurt a.M., Urt. v. 4.11.1986 – 2/8 S 83/86, IuR 1987, 229.

⁶⁴¹ OLG München, Urt. v. 15.9.2004 – 18 U 2176/04, NJW-RR 2005, 494 = NZV 2005, 309.

Abgrenzung zum Aliud. Nach § 434 Abs. 3 BGB steht einem Sachmangel die Lieferung einer anderen Sache gleich. Insofern entfällt auch seit der Schuldrechtsreform die früher zentrale Problematik, dass die Lieferung einer Standardsoftware Teil einer Gattungsschuld ist und mangelhafte Software daher gleichzeitig als Aliud anzusehen war.

b) Fehlertypen

Fraglich ist aber, ob es einen gewöhnlichen Gebrauch bei einem bestimmten Standardprodukt überhaupt gibt.⁶⁴² Letztendlich können aus der Rechtsprechung nur einige typische Fehlerarten abgeleitet werden.⁶⁴³

aa) Funktionsdefizite

Von einem Funktionsdefizit kann immer dann ausgegangen werden, wenn die Abwesenheit von bestimmten Funktionen vorliegt, die ein Programm im Regelfall bieten sollte.

Ein Programm **muss bestimmte Funktionen enthalten**, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden ist. So muss ein als „UNIX-kompatibel“ bezeichnetes Programm mehrplatzfähig sein.⁶⁴⁴ Ist die Lauffähigkeit auf einer bestimmten Hardware geschuldet, sind Hardwaremängel auch Softwaremängel.⁶⁴⁵ Ferner muss ein Datenbankprogramm das Überlaufen von Dateien verhindern.⁶⁴⁶ Ganz allgemein muss jede Software **HELP-Funktionen und Fehlerrouninen** enthalten, um Bedienungsfehler von vornherein zu vermeiden;⁶⁴⁷ eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Anwender als EDV-Fachmann (was auch immer darunter zu verstehen ist) gelten kann.⁶⁴⁸ Kein Fehler soll es hingegen sein, wenn der Software ein Druckertreiber fehlt⁶⁴⁹ oder ein Bankenprogramm nicht manipulationssicher ist.⁶⁵⁰ Auch soll bei einem Branchenkompaktprogramm ein kleines Textverarbeitungsprogramm ausreichen.⁶⁵¹ Nach Auffassung des *OLG Koblenz*⁶⁵² ist eine EDV-Anlage selbst dann mangelhaft, wenn bei der täglich durchzuführenden Datensicherung regelmäßig eine Fehlermeldung erscheint, wonach die Systemsicherung unbrauchbar ist, obwohl die

⁶⁴² Siehe hierzu die Bedenken des OLG Stuttgart, Urt. v. 12.9.1985 – 7 U 280/84, CR 1986, 381.

⁶⁴³ Vgl. hierzu auch Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 2018; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, D 522–535.

⁶⁴⁴ OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.11.1989 – 11 U 48/89, CR 1990, 266.

⁶⁴⁵ LG Bonn, Urt. v. 27.2.2004 – 10 O 618/03, ZGS 2004, 199.

⁶⁴⁶ LG Duisburg, Urt. v. 18.3.1988 – 18 O 1/87, CR 1989, 494, 495.

⁶⁴⁷ LG Heilbronn, Urt. v. 11.10.1998 – 2 O 17/85 I, CR 1989, 603, 604; OLG Köln, Urt. v. 22.6.1988 – 13 U 113/87, NJW 1988, 2477; OLG Hamm, Urt. v. 11.12.1989 – 31 U 37/89, CR 1990, 715, 716.

⁶⁴⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.10 – 6 U 49/89, CR 1987, 174.

⁶⁴⁹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 15.6.1988 – 13 U 151/87, CR 1990, 127, 130; a. A. LG Tübingen, Urt. v. 22.9.1994 – 1 S 121/94, CR 1995, 222.

⁶⁵⁰ OLG München I, Urt. v. 17.3.1987 – 5 U 3879/86, CR 1989, 295.

⁶⁵¹ BGH, Urt. v. 15.5.1990 – X ZR 128/88, NJW 1990, 3008, 3010.

⁶⁵² OLG Koblenz, Urt. v. 19.9.2007 – 1 U 1614/05, ITRB 2008, 59 = CR 2008, 148.

Datensicherung in Wirklichkeit brauchbar und vollständig ohne Datenverlust erfolgt. Die damit ausgelöste Unsicherheit des Nutzers und die sich anschließende Nachprüfung der Fehlermeldung führten zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des Arbeitsablaufs. Der darin liegende Mangel berechtige zur Rückgängigmachung des Kaufvertrags.

Arbeitet ein **Hardware-Peripheriegerät** wegen veralteter Betriebssoftware nicht mehr ordnungsgemäß, so liegt kein Sachmangel vor, wenn der Hersteller das Gerät mit einer dem Stand der Entwicklung entsprechenden Betriebssoftware ausgeliefert hat und in geeigneten Zeitabständen sogenannte „Updates“ für die Software zur Verfügung stellt.⁶⁵³ Wird vertraglich vereinbart, dass die erstellte Software auf seiner – schriftlich festgehaltenen – Hardware unbedingt lauffähig sein soll, ist der Nutzer bei einer Fehlfunktion auch dann zur Ausübung von Gewährleistungsrechten berechtigt, wenn die Fehlfunktion allein auf der Beschaffenheit der Hardware beruht. Der Programmierer ist dann verpflichtet, den Fehler der Hardware durch entsprechende Programmierung auszugleichen.⁶⁵⁴

Verkauft ein Händler eine Digitalkamera unter Verwendung eines Herstellerprospektes, in dem es heißt, die Kamera könne mit Hilfe kostenloser Firmware- und Softwareupdates aktualisiert werden, wodurch die Kamera stets auf dem neuesten Stand der Technik sei, so weist die Kamera nicht allein deshalb zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Sachmangel auf, weil der Hersteller letztmals kurz nach Vertragsabschluss ein Update für die Kamera zur Verfügung stellt.⁶⁵⁵

bb) Funktionsmängel

Eine weitere wichtige Fehlergruppe betrifft die Funktionsmängel, d.h. **das technische Versagen einzelner Programmfunktionen.**

Software ist mangelbehaftet, wenn

- sie bei Verwendung in einem Gewerbebetrieb falsche Rechnungen hervorbringt,⁶⁵⁶
- sie nicht in der Lage ist, Umlaute auszugeben, sondern stattdessen beim Ausdruck programmbedingt nur Fragezeichen erscheinen,⁶⁵⁷

⁶⁵³ LG Freiburg, Urt. v. 14.7.2007 – 3 S 324/06, CR 2008, 556 = VuR 2007, 317.

⁶⁵⁴ LG Bonn, Urt. v. 27.2.2004 – 10 O 618/03, ZGS 2004, 199 = BeckRS 2015, 07308.

⁶⁵⁵ OLG Koblenz, Urt. v. 30.4.2009 – 6 U 268/08, OLGR Frankfurt 2009, 719.

⁶⁵⁶ LG München I, Urt. v. 23.1.1985 – 8 HKO 11785/83, CR 1987, 364, Graf von Westphalen/Thüsing/Hoeren, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Rn. 46

⁶⁵⁷ OLG München, Urt. v. 15.2.1989 – 27 U 386/88, CR 1990, 646, 648, Graf von Westphalen/Thüsing/Hoeren, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Rn. 46.

- sie seit dem Zeitpunkt, in dem vierstellige Jahreszahlen programmiertechnisch allgemein üblich sind (Mitte der neunziger Jahre), nicht 2000-fest ist,⁶⁵⁸
- sie nicht die Abwicklung des Ein-/Verkaufs in Euro ermöglicht,⁶⁵⁹
- sie nicht virenfrei, d.h. mit gängigen Tools auf bekannte Viren hin überprüft worden ist.⁶⁶⁰

Auch manipulierte Abgassoftware bei Kraftfahrzeugen fällt unter den Funktionsmangelbegriff von Software und damit als Rechtsmangel i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die vorgetäuschte Abgasreinigung durch Manipulation der Abgasrückführung oder durch Abschaltung des Emissionskontrollsystems erfolgt. Bei einem Rechtsmangel spielt es demnach keine Rolle, welche technischen Maßnahmen in Bezug auf die Software gewählt wurden, um bessere Werte vorzutäuschen. Zwar eignet sich das Fahrzeug trotz Manipulation für die gewöhnliche Verwendung, jedoch weist es keine Beschaffenheit auf, die nach der Art der Sache erwartet werden darf § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2. Ein durchschnittlicher Käufer dürfe davon ausgehen, dass die im Datenblatt vorgegebenen Werte nicht nur durch Manipulation der Software auf dem Prüfstand eingehalten werden, sondern auch im Straßenverkehr.⁶⁶¹ Der Mangel der im Kraftfahrzeug verbauten Software schlägt also auf die gesamte Sache durch.

Aufgrund eines Urteils des *OLG Hamm* hat der *BGH* im vergangenen Jahr entschieden, dass Fehlweisungen eines in einen Neuwagen eingebauten Navigationssystems einen Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB darstellen, wenn diese auf einem im Fahrzeug angelegten technischen Defekt beruhen oder wenn die Software des Navigationssystems beim Verkauf bereits veraltet war⁶⁶².

Nach Auffassung des *LG Freiburg* liegt kein Sachmangel vor, wenn eine zum Zeitpunkt der Auslieferung eines Druckers aktuelle Firmware nach einiger Zeit veraltet und der Drucker dadurch nicht mehr nutzbar ist, jedoch vom Hersteller in geeigneten Zeitabständen Updates für die Software zur Verfügung gestellt werden, die diesen Fehler beheben.⁶⁶³ Zur Frage, ob ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (ehemals c.i.c.) wegen eines fehlenden Hinweises auf die Notwendigkeit der kostenfreien Updates besteht, äußerte

⁶⁵⁸ Siehe hierzu *Bartsch*, CR 1998, 193 ff.; *Bartsch*, Software und das Jahr 2000 – Haftung und Versicherungsschutz für ein technisches Großproblem, S. 58 ff.; *Hildebrand*, CR 1998, 248 ff.; Westphalen, Graf von/Thüsing/Hoeren, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 46

⁶⁵⁹ *LG Coburg*, Urt. v. 1.2.2002 – 32 S 193/01, CR 2002, 325; *LG Stuttgart*, Urt. v. 26.2.2001 – 14 O 232/00, CR 2002, 255, Leitsatz; Graf von Westphalen/Thüsing/Hoeren, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 46.

⁶⁶⁰ *LG Regensburg*, Urt. v. 17.6.1997 – 2 S 168/96, CR 1997, 686; *LG Kleve*, Urt. v. 29.6.1995 – 7 O 17/95, CR 1996, 292.

⁶⁶¹ dazu *Ring*, NJW 2016, 3121.

⁶⁶² *OLG Hamm*, Urt. V. 22.3.2016 – 28 U 44/15; *BGH*: Mangelhaftigkeit des eingebauten Navigationssystems, CR 11/2016, 708.

⁶⁶³ *LG Freiburg*, Urt. v. 14.7.2007 – 3 S 324/06, CR 2008, 556.

sich das Gericht nicht, da die entstandenen Prozesskosten nicht durch den fehlenden Hinweis, sondern aufgrund der fälschlichen Annahme eines Mangels entstanden seien.

cc) Kapazitätsmängel/Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten

Eine sehr wichtige Fallgruppe betrifft **das ungewöhnliche Antwortzeitverhalten** in einem EDV-System. Ist eine Software so konzipiert, dass sie zu einer unerträglichen Verlangsamung des Systems führt, liegt ein Fehler vor. Ein solcher Zustand soll etwa dann vorliegen, wenn die Antwortzeiten in einem Mehrplatzsystem auf 30 Sekunden herabsinken,⁶⁶⁴ oder sich die Geschwindigkeit des Druckers auf 20 % reduziert.⁶⁶⁵ Konkrete Zahlen lassen sich aber insgesamt nicht benennen; es wird im Einzelfall auf die Beurteilung des vom Gericht bestellten Sachverständigen ankommen.

dd) Programmsperren

Unzulässig ist auch der **Einbau von Programmsperren**, sofern dadurch die Begleichung einer Forderung⁶⁶⁶ oder der Abschluss eines Wartungsvertrags⁶⁶⁷ erzwungen werden soll. Zulässig könnte eine solche Sperre aber sein, sofern sie zum Schutz vor Softwarepiraterie erforderlich ist.⁶⁶⁸ Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Käufer zur Beseitigung Systemdisketten benötigt, die sich nur im Besitz des Verkäufers befinden.⁶⁶⁹ Auch die **Produktaktivierung** bei Windows XP ist als Mangel anzusehen.⁶⁷⁰ Zur Einbeziehung von solchen Sperren bedarf es der Hinweise auf der Verpackung oder in den Geschäftsbedingungen.⁶⁷¹ Solche Hinweise wirken sich auf die Sollbeschaffenheit aus und schließen die Bejahung eines Mangels aus. Auch impliziert der deutliche Hinweis auf eine Sperre, dass der Anwender die technische Sperre kennt und insofern nach § 442 Abs. 1 BGB keine Mängelrüge erheben kann.⁶⁷² Der Besteller einer Standardsoftware kann ferner deren Abnahme verweigern, wenn der Verkäufer die Unterzeichnung einer vom Hersteller der Software geforderten Erklärung verlangt, wonach die

⁶⁶⁴ LG Essen, Teilurt. v. 16.1.1986 – 43 O 129/84, CR 1987, 431.

⁶⁶⁵ KG Berlin, Urt. v. 1.6.1990 – 14 U 4238/86, CR 1990, 768, 769; nach Auffassung des LG Stuttgart, Urt. v. 30.9.1993 – 16 S 18573, CR 1994, 286 ist das Fehlen von 5 % Festplattenplatz mangels Erheblichkeit kein Mangel.

⁶⁶⁶ LG Wiesbaden, Urt. v. 4.4.1989 – 3 O 13/88, CR 1990, 651, 652, , Teil 1, Rn. 200.

⁶⁶⁷ BGH, Urt. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004.

⁶⁶⁸ BGH, Urt. v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684; OLG Köln, Urt. v. 9.8.1995 – 19 U 294/94, NJW 1996, 733; OLG Köln, Urt. v. 29.10.1999 – 19 U 94/99, CR 2000, 354.

⁶⁶⁹ OLG Köln, Urt. v. 29.10.1999 – 19 U 94/99, CR 2000, 354; OLG Köln, Urt. v. 29.10.1999 – 19 U 94/99, ZUM-RD 2000, 488.

⁶⁷⁰ So auch *Faust*, K&R 2002, 583; *Runte*, CR 2001, 657, 661; das LG München I, Urt. v. 4.4.2000 – 7 O 115/00, CR 2000, 506, sah in Programmsperren mit Registrierungszwang einen Wettbewerbsverstoß und nahm ein Verwertungsverbot bezüglich der Daten an; ähnlich OLG München, Urt. v. 12.10.2000 – 29 U 3680/00, CR 2001, 11.

⁶⁷¹ LG München I, Urt. v. 4.4.2000 – 7 O 115/00, CR 2000, 506 = MMR 2001, 197.

⁶⁷² *Koch*, CR 2002, 629.

Software ausschließlich zu „Forschungs- und Auswertungsvorschlägen“ verwendet werden darf.⁶⁷³ Auch sind entsprechende Verträge wegen widerrechtlicher Drohung anfechtbar; denn wenn der Lizenzgeber eine Programmsperre aktiviert, die die Nutzung der Software auf leistungsfähiger Hardware unmöglich macht, und erklärt, die Sperre nur aufzuheben, wenn der Lizenznehmer der Änderung des Systemverzeichnisses unter Anfall einer neuen Lizenzgebühr zustimmt, handelt es sich um eine Drohung.⁶⁷⁴

Im Übrigen ist es **irreführend i.S.v. § 5 UWG**, wenn vor dem Erwerb eines Computerprogramms nicht darauf hingewiesen wird, dass nach mehrmaligem Aufruf der Software eine Registrierung durch Übermittlung von persönlichen Daten (Name, Adresse, Telefonnummer u.a.) zur Beseitigung einer ansonsten wirksam **werdenden Programmsperre** erforderlich ist. Gleichzeitig ist die von der Programmsperre ausgehende Zwangslage unlauter i.S.v. § 3 UWG.⁶⁷⁵

ee) Fehlen oder Fehler der Dokumentation

Letztendlich ist die „beliebteste“ Fehlergruppe **das Fehlen oder die Lückenhaftigkeit der Dokumentation**.⁶⁷⁶ Da sich Gerichte mit dem Nachweis eines Programmfehlers schwertun, suchen sie in ihrer Not oft Fehler der mitgelieferten Handbücher. Dabei war vor der Schuldrechtsreform streitig, ob die Lieferung eines Handbuches eine Hauptleistungspflicht darstellt⁶⁷⁷ oder das Fehlen der Dokumentation als Mangel anzusehen ist.⁶⁷⁸ Nach der Schuldrechtsreform stellt sich die Rechtslage nicht anders dar. Insbesondere § 434 Abs. 3 BGB, der die Falsch- und Zuweniglieferung dem Sachmangel gleichstellt,⁶⁷⁹ ändert nichts daran, dass die teilweise Nichtlieferung eine Verzugsproblematik ist.⁶⁸⁰

⁶⁷³ OLG Köln, Urt. v. 2.2.1996 – 19 U 146/95, NJW 1997, 1016 = CR 1996, 406.

⁶⁷⁴ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 14.12.1999 – 11 U 7/99, CR 2000, 146; ähnlich bereits LG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.12.1998 – 2/3 O 266/97, CR 1999, 147.

⁶⁷⁵ OLG München, Urt. v. 12.10.2000 – 29 U 3680/00, GRUR 2001, 1184 = MMR 2001, 395; OLG Köln, Urt. v. 29.10.1999 – 19 U 94/99, CR 2000, 354 = ZUM-RD 2000, 488; OLG Bremen, Urt. v. 13.2.1997 – 2 U 76/96, WRP 1997, 573; OLG Celle, Urt. v. 3.3.1992 – 20 U 69/90, NJW-RR 1993, 432.

⁶⁷⁶ Siehe hierzu auch *Endler*, CR 1995, 7 ff.

⁶⁷⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.6.1989 – 16 U 209/88, CR 1990, 122; OLG Hamm, Urt. v. 5.10.1984 – 25 U 177/83, CR 1986, 268 m. Anm. *Mehring*s; OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.4.1986 – 1 U 21/84 CR. 1988, 470; LG Mannheim, Urt. v. 8.10.1984 – 24 O 62/83, BB 1985, 144; LG Frankfurt a.M., DV Rechtsprechung, Bd. 1 S. 219; LG Baden-Baden, Urt. v. 21.8.1987 – 1 O 127/87, CR 1988, 308.

⁶⁷⁸ So OLG Hamm, Urt. v. 11.12.1989 – 31 U 37/89, CR 1990, 715, 716; OLG Karlsruhe, Urt. v. 20.4.1989 – 6 U 213/88, NJW 1989, 2631; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.1.1985 – 5 U 86/84, CR 1986, 270 m. Anm. *Czermin*; OLG München, Urt. v. 10.7.1985 – 7 U 1501/85, CR 1986, 365; im Grundsatz auch BGH, Urt. v. 5.7.1989 – VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222, 3223; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 10.3.1987 – 5 U 121/86, CR 1988, 294; ähnlich *Bokelmann*, CR 1990, 194, 195; *Schneider*, CR 1989, 193.

⁶⁷⁹ BT-Drs. 14/6040, 216.

⁶⁸⁰ In diese Richtung auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95.

So gehen einige Stimmen davon aus, dass **Dokumentation und Programm eine Einheit** bilden; wenn die Dokumentation fehlt, ist dies als Mangel dieser Einheit anzusehen.⁶⁸¹ Der Käufer kann in einem solchen Fall daher „nur“ die klassischen Gewährleistungsrechte des § 437 BGB geltend machen. Der *BGH*⁶⁸² hat hingegen mehrfach entschieden, dass es beim Kauf einer aus Hard- und Software bestehenden Computeranlage an der Ablieferung fehle, solange die Lieferung der Softwaredokumentation noch nicht erfolgt sei. Das Fehlen der Dokumentation sei als Nichtleistung und nicht als Gewährleistungsfall anzusehen.

Liegt eine Dokumentation vor, ist diese nach Gewährleistungsrecht zu beurteilen. Wichtig ist, dass die Dokumentation **schriftlich** vorliegt.⁶⁸³ Es reicht daher nicht aus, Benutzer vorab zu schulen und unter Berufung darauf keine Dokumentation mitzuliefern.⁶⁸⁴ Mangelhaft ist es auch, Bildschirmtexte in das Programm einzubauen oder als Dokumentation Text-Files auf Disketten mitzusenden. Der Pflicht zur Überlassung eines Handbuchs ist allerdings auch dann Genüge getan, wenn das Handbuch in Form einer CD-ROM übergeben wird und die einzelnen Seiten des Handbuchs von dieser CD-ROM in guter Qualität ausgedruckt werden können.⁶⁸⁵ Der Übergabe einer gedruckten Version des Handbuchs bedarf es in diesem Falle nicht. Einer Print-Version bedarf es auch nicht, wenn es sich beim Käufer um einen berufsmäßigen Softwareentwickler handelt und die erforderlichen Hilfehinweise während des Programmaufrufs erscheinen.⁶⁸⁶

Die Dokumentation muss **in deutscher Sprache** verfasst sein.⁶⁸⁷ Die Lieferung eines englischsprachigen Handbuchs führt demnach dazu, dass der gesamte Kaufvertrag rückgängig gemacht oder der Kaufpreis gemindert werden kann.⁶⁸⁸ 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

⁶⁸¹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 10. 3. 1987 – 5 U 121/86; NJW 1987, 3206; OLG Köln, NJW 1988, 2477; *Schneider*, CR 1989, 193.

⁶⁸² BGH, Urt. v. 4.11.1992 – VIII ZR 165/91, NJW 1993, 461 = CR 1993, 203 m. Anm. *Bartsch*, CR 1993, 422; vgl. auch BGH, Urt. v. 3.11.1992 – X ZR 83/90, CR 1993, 352; OLG Hamm, Urt. v. 27.7.1994 – 31 U 57/94, CR 1995, 20; vgl. auch *Endler*, CR 1995, 7, 9.

⁶⁸³ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 10.3.1987 – 5 U 121/86, NJW 1987, 3206; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.1.1985 – 5 U 86/84, CR 1986, 271; LG Mannheim, Urt. v. 8.10.1984 – 24 O 62/83, BB 1985, 144; LG Stuttgart, Urt. v. 24.7.1991 – 18 O 153/90, CR 1992, 277.

⁶⁸⁴ Siehe auch OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.12.1991 – 5 U 265/90, CR 1993, 93; OLG Hamm, Urt. v. 8.7.1991 – 31 U 291/90, CR 1992, 335.

⁶⁸⁵ LG Landshut, Urt. v. 20.8.2003 – 2 HKO 2392/02, CR 2004, 19.

⁶⁸⁶ OLG Karlsruhe, Urt. v. 15.7.2003 – 14 U 140/01, CR 2004, 493.

⁶⁸⁷ OLG München, Urt. v. 10.7.1985 – 7 U 1501/85, CR 1986, 365 = DV-Rechtsprechung Bd. 3, 106; vgl. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 23.7.1986 – 2 U 252/85, CR 1987, 173; OLG Köln, Urt. v. 20.1.1995 – 19 U 115/93, NJW-RR 1996, 44; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.8.1994 – 2 U 245/93, GRUR 1994, 902, 904; LG München I, Urt. v. 28.3.1996 – 7 O 6379/93, BB Beil. Nr. 19/1996, 11; a.A. *Bartsch*, CR 1993, 423.

⁶⁸⁸ Ähnlich für die Sprachversionen von Software LG Frankfurt a.M., Urt. v. 5.11.2013 – 2-23 O 50/13.

ist.⁶⁸⁹ Ein zweisprachiges Handbuch ist stillschweigend geschuldet, wenn der Besteller sich ausbedungen hat, dass das gesamte System zweisprachig laufen solle.⁶⁹⁰

In der Dokumentation müssen **alle Programmfehlermeldungen vollständig** aufgeführt sein.⁶⁹¹ Der Anwender muss anhand der Dokumentation feststellen können, was bestimmte Fehlermeldungen bedeuten und wie er auf einen Fehler zu reagieren hat.⁶⁹² Eine Softwaredokumentation ist mangelhaft, wenn in ihr in nennenswertem Umfang Bildschirmdialoge nicht (mehr) aktuell sind, nicht mit den im Programm vorhandenen Dialogen übereinstimmen oder gar nicht dokumentiert sind, wenn ein Inhaltsverzeichnis fehlt oder wenn die Dokumentation den Anwender nicht in die Lage versetzt, die Software im Bedarfsfalle erneut oder auf einer anderen Anlage zu installieren.⁶⁹³ Der Pflegegläubiger hat einen Anspruch auf eine aktualisierte Softwaredokumentation bei jedem „Update“ der Software.⁶⁹⁴

ff) Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers

Neben dem Fehler können auch **öffentliche Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seiner Gehilfen** Gewährleistungsrechte auslösen. Anders als noch nach früherem Recht bedarf es dafür keines besonderen Haftungswillens,⁶⁹⁵ um eine Verkaufsaussage des Verkäufers zur verbindlichen Vertragsgrundlage zu machen. Vielmehr sind Werbeaussagen jetzt grundsätzlich verbindlich, unabhängig von ihrer Quelle.

(1) Äußerungen des Herstellers/Händlers

Wann eine „öffentliche Äußerung“ im EDV-Vertrieb bejaht werden kann, ist abstrakt schwierig zu beantworten; letztendlich hängt dies vom Einzelfall ab. Man wird allenfalls sagen können, dass eine solche Äußerung wahrscheinlich enthalten ist in **verbindlichen Aussagen im Pflichtenheft**, eindeutigen technischen Aussagen des Händlers (insbesondere zur Kompatibilität)⁶⁹⁶ 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*⁶⁹⁷ gewährleistungsrechtlich verbindlich.

⁶⁸⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.10.1985 – 6 U 49/85, CR 1987, 174.

⁶⁹⁰ OLG Köln, Urt. v. 3.9.1999 – 19 U 54/99, CR 2000, 585.

⁶⁹¹ OLG Hamm, CR 1990, 716; ähnlich bereits LG Flensburg, CR 1988, 132 f.

⁶⁹² OLG Köln, Urt. v. 22.6.1988 – 13 U 113/87, NJW 1988, 2477.

⁶⁹³ LG Bonn, Urt. v. 19.12.2003 – 10 O 387/01, MMR 2004, 356 = CR 2004, 414.

⁶⁹⁴ LG Bonn, Urt. v. 19.12.2003 – 10 O 387/01, MMR 2004, 356 = CR 2004, 414.

⁶⁹⁵ BGH, Urt. v. 24.2.1988 – VIII ZR 145/87, NJW 1988, 1378, 1380.

⁶⁹⁶ Siehe zur mangelnden Kompatibilität auch OLG Köln, Urt. v. 21.2.1992 – 19 U 220/91, CR 1992, 468; OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.5.1990 – 1 U 21/90, CR 1990, 713; LG Baden-Baden, Urt. v. 15.9.1993 – 4 O 141/92 KfH, CR 1994, 288; LG Stuttgart, Urt. v. 12.9.1985 – 7 U 280/84, CR 1986, 382; AG Ulm, Urt. v. 29.4.1994 – 4 C 2823/93, CR 1995, 407.

⁶⁹⁷ BGH, Urt. v. 14.2.1996 – VIII ZR 89/95, CR 1996, 402 m. Anm. *Heussen*.

Die Zurechnung erfolgt nicht bei allen Äußerungen beteiligter Verkehrskreise. Entscheidend sind vielmehr **Aussagen des Herstellers⁶⁹⁸ sowie des Händlers selbst**. Aussagen anderer Händler werden dem Softwareverkäufer nicht zugerechnet. Schwierigkeiten macht im Softwarebereich vor allem die Bestimmung des Herstellerbegriffs. 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.

(2) Ausschlussgründe

Werbeaussagen haben gem. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB keine gewährleistungsrechtliche Wirkung, wenn der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste. Irrelevant sind sie schließlich auch, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnten.

gg) Montage

Ein Mangel ist auch gegeben, wenn **die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß** durchgeführt worden ist (§ 434 Abs. 2 BGB). Der Bereich der Montage ist im Softwaresektor sehr relevant. Umfasst sind hiervon auch die Installation der Software sowie die Einrichtung des DV-Systems. Da die Montageleistung vertraglich vereinbart worden sein muss, reicht es nicht aus, dass der Händler rein tatsächlich bei der Installation behilflich ist. 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.

hh) Montageanleitungen

Schließlich liegt ein Mangel auch bei **mangelhaften Montageanleitungen** vor (§ 434 Abs. 2 S. 2 BGB). Fraglich ist, ob Installationsanleitungen im DV-Sektor unter § 434 Abs. 2 S. 2 BGB subsumiert werden können. Die Begründung zum Regierungsentwurf der Schuldrechtsreform erwähnt als Montage auch die fehlerhafte Installation;⁶⁹⁹ insofern dürften auch fehlerhafte Installationsanleitungen Gewährleistungsrechte auslösen. Dies wird auch innerhalb der neuen europäischen Richtlinie zum Gewährleistungsrecht verdeutlicht.⁷⁰⁰ Ist die Installation trotz der falschen Anleitung erfolgreich, liegt kein Mangel vor.

⁶⁹⁸ OLG München, Urt. v. 15.9.2004 – 18 U 2176/04, NJW-RR 2005, 494.

⁶⁹⁹ BT-Drs. 14/6040, 215.

⁷⁰⁰ *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 115, 124.

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

Nach § 377 HGB hat ein Kaufmann die von ihm gekauften Waren **unverzüglich auf Mängel zu untersuchen und erkennbare Mängel unverzüglich zu rügen**. Tauchen „versteckte“ 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 eine entsprechende Mängelanzeige vornehmen. Der zeitliche Rahmen der Untersuchungs- und Rügepflicht hängt vom Einzelfall ab. Nichtfachleute haben eine längere Probezeit zur Verfügung.⁷⁰¹ Bei offenen, überprüfbareren Mängeln eines PCs (hier fehlende IBM-Kompatibilität) kann die Frist kürzer als elf Tage sein.⁷⁰² Für die Rüge ist eine Beschreibung der Programmfehler nicht erforderlich; es reicht, wenn die mangelhafte Wirkung des Programms für die einzelnen Arbeitsabläufe dargelegt wird.⁷⁰³ 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.⁷⁰⁴

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

3. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels

Nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, wenn er beim Vertragsschluss **die Mängel der gekauften Sache kennt**. Auch verliert er seine Rechte, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB). Gerade diese Voraussetzung ist bei größeren EDV-Projekten von Bedeutung (sofern in einem solchen Fall nicht ohnehin Werkvertragsrecht Anwendung findet). Hier werden oft Fehler während der Installations- und Schulungsphase offenbar, die dem Anwender eigentlich schon

⁷⁰¹ RG, Urt. v. 14.10.1904 – II 23/04, RGZ 59, 75.

⁷⁰² OLG München, Urt. v. 21.1.1990 – 27 U 901/88, CR 1991, 19.

⁷⁰³ BGH, Urt. v. 6.6.1984 – VIII ZR 83/83, CR 1986, 79; OLG Köln, Urt. v. 13.11.1987, 19/U 140/84, CR 1988, 726; vgl. auch *Rehmann*, CR 1990, 575.

⁷⁰⁴ BGH, Urt. v. 27.6.1990 – VIII ZR 72/89, WM 1990, 2000.

beim Vertragsschluss hätten klar sein müssen. Dies kann zur Folge haben, dass der Käufer seine Gewährleistungsrechte insoweit nach § 442 BGB verliert.⁷⁰⁵ Dagegen knüpft die Beweislast an die Übergabe der Kaufsache an, sodass der Verkäufer bis zu diesem Zeitpunkt die Beweislast für die Fehlerfreiheit trägt, ab diesem Zeitpunkt jedoch die Beweislast auf den Käufer überwälzen kann (§ 363 BGB).

Ein besonderes Problem liegt in dem **Verhältnis zwischen den Gewährleistungsregeln und vorvertraglichen Aufklärungspflichten**. Würde man in einem zu großen Ausmaß vorvertragliche Aufklärungspflichten im Kaufvertragsrecht bejahen, könnte es zu einer Umgehung des klaren Regimes des Gewährleistungsrechts kommen. Dieses knüpft z.B. die Verjährung, anders als das Schadensersatzrecht, an die Ablieferung an, unabhängig von der Kenntnis des Käufers. § 442 Abs. 1 BGB schließt Gewährleistungsansprüche für grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers aus, was wiederum mit dem Leitgedanken des Schadensersatzrechts nicht vereinbar wäre. Im Übrigen wäre die Gefahr hoch, dass bei einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Vorrang der Nacherfüllung sowie die kaufrechtliche Verjährung umgangen werden würden. Hier muss der Grundsatz gelten, dass Schadensersatzansprüche aus der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten dann nicht in Betracht kommen, wenn sich die Aufklärungspflichten auf solche Umstände beziehen, die Gegenstand einer sachmängelbegründenden Vereinbarung sind und nur fahrlässig missachtet werden.

4. Verjährung (§ 438 BGB)

Nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB gilt bei Softwareüberlassungsverträgen für die Ansprüche auf Nachlieferung und Schadensersatz eine **Verjährungsfrist von zwei Jahren von der Ablieferung** an. Für Rücktritt und Minderung gelten § 438 Abs. 4 bzw. 5 i.V.m. § 218 BGB. Diese Regelung verweist wiederum auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruches.

Die Verjährung dient ausschließlich den Interessen des Schuldners und soll ihn davor bewahren, dass er sich nach unzumutbar langer Zeit mit Argumenten verteidigen muss, die ihn von einem Risiko entlasten. Nach Ablauf von längeren Zeitspannen zwischen Lieferung bzw. Gefahrenübergang beim Kaufvertrag und Geltendmachung der Mängelgewährleistungsansprüche durch den Gläubiger, besteht für den Schuldner die Gefahr, die „tatsächlichen Voraussetzungen rechtshindernder oder – vernichtender Aspekte nicht mehr

⁷⁰⁵ OLG Naumburg, Urt. v. 24.2.2004 – 11 U 94/03, NJW 2004, 2022.

beweisen zu können“. Zwar besteht auch das Risiko einer Unbeweisbarkeit für den Gläubiger, dieser jedoch kann dagegen rechtzeitig Klage erheben.⁷⁰⁶

Für die Anfertigung von Individualsoftware gelten die Verjährungsvorschriften des Werkvertragsrechts i.S.v. § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB, sofern das Kaufrecht nicht über § 651 BGB Anwendung findet.

a) Der Begriff der „Ablieferung“

Die Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform versuchte zugunsten des Anwenders die Verjährungsfrist möglichst auszudehnen. Dies wurde dadurch bewirkt, dass der Zeitpunkt der „Ablieferung“ weit hinausgezogen wurde und dadurch die Verjährungsfrist erst sehr spät, zum Teil sogar nie zu laufen begann.⁷⁰⁷ Mit der Schuldrechtsreform sollte diese Rechtsprechung modifiziert werden. Die Notwendigkeit, die Verjährungsfristen künstlich durch eine extensive Auslegung des Begriffs „Ablieferung“ zu verlängern, besteht nicht mehr. Die Verjährungsfristen sind nunmehr angemessen lang. Dies spricht für einen Gleichlauf von Übergabe und Ablieferung. Allerdings ist zu beachten, dass § 438 Abs. 2 BGB zwischen der „Übergabe“ (bei Grundstücken) und der „Ablieferung“ unterscheidet. Ähnlich wie in § 377 Abs. 1 HGB wird man auf den Zeitpunkt abstellen können, ab dem der Käufer die Sache so in seiner Gewalt hat, dass er sie untersuchen kann.⁷⁰⁸

Der Begriff der Abnahme kommt allein im BGB mindestens in zwei Varianten vor: Die körperliche Entgegennahme der Sache (§ 433 Abs. 2 BGB), die bei der Lieferung von Standardsoftware regelmäßig Anwendung finden wird und in § 640 BGB, der Regelung des Werkvertragsrechts für Individualsoftware⁷⁰⁹. Gem. § 640 BGB steht es der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

⁷⁰⁶ *Regenfus*, in NJW 2016, 2977 (2977, 2978).

⁷⁰⁷ OLG Köln, Urt. v. 11.10.1991 – 19 U 87/91, NJW-RR 1992, 1327 = CR 1992, 153; ähnlich auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.12.1988 – 17 U 27/87, ZIP 1989, 580, 582; vgl. auch BGH, Urt. v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290; OLG Hamm, Urt. v. 12.12.1988 – 31 U 104/78, NJW 1989, 1041 = CR 1992, 335; OLG München, Urt. v. 24.1.1990 – 27 U 901/88, CR 1991, 19 und 609; OLG Köln, Urt. v. 26.10.1990 – 19 U 28/90, CR 1991, 154; OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.6.1989 – 16 U 209/88, CR 1990, 122; OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.5.1990 – 1 U 21/90, CR 1990, 713; OLG Bremen, Urt. v. 20.3.1990 – 3 U 33/89, BB 1991, Beil. 7 S. 2 = CR 1991, 673; OLG Köln, Urt. v. 31.3.1995 – 19 U 248/94, CR 1995, 605, 605; OLG Celle, Urt. v. 21.2.1996 – 13 U 255/95, CR 1996, 538, 539; OLG Hamburg, Urt. v. 26.7.1996 – 12 U 5/96, CR 1997, 87 (Ls.).

⁷⁰⁸ So schon BGH, Urt. v. 21.12.1960 – V ZR 9/60, NJW 1961, 730.

⁷⁰⁹ *Schneider*, CR 10/2016, 634 (635).

Das Gesetz schreibt jedoch nicht vor, ob die Abnahme eines IT- Systems vor oder nach der Produktivsetzung des IT-Systems zu erfolgen hat. Daher ist dies im Vorherein individuellvertraglich zu regeln. Abnahme vor der Produktivsetzung bedeutet, dass die Abnahme nach Überprüfung stattfindet und dann in Gebrauch genommen wird. Abnahme nach der Produktivsetzung bedeutet dementsprechend, dass zunächst das gelieferte System in Betrieb genommen wird und nach einer angemessenen Bewährungsfrist die Abnahme stattfindet.⁷¹⁰ Entscheidend ist damit die rein tatsächliche Verfügungsmöglichkeit des Käufers über die Sache.⁷¹¹

Zur Ablieferung müssen jedoch auch bestimmte Dokumentationen (s.o.) gehören. Die erwähnten Benutzerhandbücher gehören genauso zur Softwareerstellung wie das Leistungsergebnis selbst. Fehlen diese, so fehlt es an der Abnahmereife.⁷¹²

b) Verjährungshemmung

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB kann der Käufer die Verjährung hemmen, wenn er eine gerichtliche **Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises** beantragt. Tatsächlich wird in der Praxis meist übersehen, dass die Zivilprozessordnung für die Sicherung schwieriger Beweise ein gesondertes Verfahren anbietet (§§ 485 ff. ZPO). Ein solch vorgezogenes Beweissicherungsverfahren bietet sich vor allem an,

- wenn der Anwender mangelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen will,
- wenn bestimmte, selten auftretende Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können,
- wenn der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können,
- wenn der Anwender möglichst schnell Gewissheit über die Fehlerhaftigkeit haben will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzulegen.

Der Lauf der Verjährungsfrist ist auch gehemmt bei **Zustellung eines Mahnbescheides** (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Will der Anwender daher seinen Kaufpreis teilweise zurückerstattet haben, so kann er bei dem für ihn zuständigen Amtsgericht gegen den Verkäufer einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides stellen. Nicht zulässig ist allerdings die Stellung eines solchen Antrages wegen der Rückzahlung des gesamten Kaufpreises. Denn dieser Anspruch besteht nur

⁷¹⁰ Auer-Reinsdorff/Conrad/Witzel, § 18 Rn. 228 ff.

⁷¹¹ BGH, Urt. v. 30.1.1985 – VIII ZR 238/83, NJW 1985, 1333, 1334.

⁷¹² Schneider, CR 10/2016, 634 (641).

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.

Im Übrigen kann der Käufer einer mängelbehafteten Sache auch **Klage gegen den Verkäufer** erheben und dadurch die Verjährung hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Ferner ist die Verjährung gehemmt, solange der Verkäufer mit der Nachlieferung eines mängelfreien Programms oder mit der Nachbesserung der mängelbehafteten Software beschäftigt ist.⁷¹³ Auch gehemmt werden kann die Verjährung durch einen Güteantrag gem. § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB, jedoch nur, wenn der anspruchsbegründende Sachverhalt und das Ziel des Güteverfahrens ausreichend individualisiert sind. Dies sei sowohl aus der Perspektive des Antragsgegners als auch der Gütestelle zu beurteilen.⁷¹⁴ Fehlt es an dieser Individualisierung bzw. sind Sachverhalt oder Begehren nicht zu entnehmen, so sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Schlichtungsverfahren nicht gegeben.⁷¹⁵ Der *BGH* billigte jedoch die Auffassung der Vorinstanz, dass ein solcher Güteantrag keine verjährungshemmende Wirkung i.S.v. § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB hat, sofern der Gegner im Vorherein die Teilnahme an einem Schlichtungsverfahren ernsthaft und endgültig verweigert hat.⁷¹⁶

Eine Hemmung tritt auch ein, solange noch Verhandlungen über die Gewährleistung laufen (§ 203 BGB). Ein Schweben der Verhandlungen liegt solange vor, wie der Gläubiger davon ausgeht, dass der Schuldner die Leistung nicht endgültig verweigert.⁷¹⁷ Die Hemmung endet auch, wenn nach Treu und Glauben damit zu rechnen ist, dass die Gewährleistungsversuche keinen Fortschritt mehr haben.⁷¹⁸ Verjährungshemmende Verhandlungen über den Anspruch i.S.v. § 203 BGB setzen nicht voraus, dass die Verhandlungen darauf abzielen, die Ansprüche zu realisieren. Vielmehr kann es im Einzelfall genügen, wenn sich der Anspruchsinhaber Ansprüchen berührt, um seine Verhandlungsposition in Bezug auf ein anderes Interesse zu stärken⁷¹⁹ bzw. erscheint es als legitim und nicht rechtsmissbräuchlich, wenn

⁷¹³ BGH, Urt. v. 22.5.1963 – VIII ZR 49/62, BGHZ 39, 287, 292 = NJW 1963, 1452; BGH, Urt. v. 21.2.1973 – VIII ZR 212/71, NJW 1973, 698, 699; MüKoBGB/Westermann, § 438 Rn. 41. Eine schlüssige Begründung ist nicht erforderlich; BGH, Urt. v. 26.6.1996 – XII ZR 38/95, NJW-RR 1996, 1409.

⁷¹⁴ BGH, Urt. v. 18.6.2015 – III ZR 198/14, NJW 2015, 2407 mit Anm. *Gilberg*; wiederholt in BGH, Urt. v. 20.8.2015 – III ZR 373/14, NJW 2015, 3297; BGH Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 526/14, NJW 2016, 233, dazu *Regenfus*, NJW 2016, 2977.

⁷¹⁵ BGH, Urt. v. 18.6.2015 – III ZR 198/14, NJW 2015, 2407 (2408) Rn. 17a.

⁷¹⁶ BGH, Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 526/14, NJW 2016, 233.

⁷¹⁷ BGH, Urt. v. 28.11.1984 – VIII ZR 240/83, BGHZ 93, 66; BGH, Urt. v. 30.6.1998 – VI ZR 260/97, NJW 1998, 2820.

⁷¹⁸ BGH, Urt. v. 7.1.1986 – VI ZR 203/84, NJW 1986, 1338.

⁷¹⁹ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 14.1.2014 – 4 W 40/13, NJW-RR 2014, 917.

Rechtsverfolgungsmaßnahmen nur zum Zweck der Verjährungshemmung unternommen werden.⁷²⁰

Ob Mängelbeseitigungsmaßnahmen oder -versuche des Verkäufers nur zu einer Hemmung gem. §§ 203 ff. BGB oder zum Neubeginn der Verjährung i.S.v. § 438 BGB der Mängelansprüche des Käufers führen, hängt davon ab, ob die betreffenden Maßnahmen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als konkludentes Anerkenntnis der Mängelbeseitigungspflicht des Verkäufers anzusehen sind. Das ist keineswegs regelmäßig, sondern nur dann anzunehmen, wenn der Verkäufer aus der Sicht des Käufers nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein. Erheblich sind hierbei vor allem der Umfang, die Dauer und die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten.⁷²¹ Demnach tritt im Regelfall nur noch eine Hemmung der Verjährung ein, wogegen nach § 212 BGB nur das Anerkenntnis und Vollstreckungsmaßnahmen zum Neubeginn der Frist führen. Dabei kann sich das Anerkenntnis auf den ganzen Anspruch oder nur auf einen Teil hiervon beziehen. Das Teilanerkentnis unterbricht die Verjährung nur für den anerkannten Teil, da bei teilbaren Verbindlichkeiten ein Anerkenntnis nicht die Kraft hat, die Verjährung über diesen Teil hinaus zu unterbrechen.⁷²²

c) Vereinbarung über die Verjährung

Letztendlich kann das Problem der Verjährung auch **vertraglich geregelt** werden (§ 202 BGB).⁷²³ 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.

Hier ist zwischen Verbrauchsgüterkäufen i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 2 BGB und Käufen im B2B-Bereich zu unterscheiden. Eine **Verkürzung der Verjährungsfrist** gegenüber Verbrauchern ist kaufrechtlich nur in den engen Grenzen des § 475 Abs. 2 BGB möglich. Zu beachten ist allerdings, dass die Vorschrift – entsprechend dem Regelungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – gem. § 475 Abs. 3 BGB nicht für Schadenersatzansprüche gilt, diese also der weitergehenden Disposition der Parteien unterliegen. AGB-mäßige Beschränkungen von Schadenersatzansprüchen gegenüber Verbrauchern müssen sich, wie die Regelung ausdrücklich klarstellt, allerdings an den §§ 307-309 BGB messen lassen. Für die

⁷²⁰ BGH, Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 526/14, NJW 2016, 233 (235); BGH, Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 405/14, NJW 2016, 236 (237); BGH, Beschl. V. 17.2.2016 – IV ZR 374/14, NJOZ 2016, 645.

⁷²¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.11.2013 - 5 U 5/13, BeckRS 2013, 22199 = IBR 2014, 178 (Ls.).

⁷²² MüKoBGB/Grothe, § 212 Rn. 9; BGH Urt. v. 12.7.1960 - VI ZR 163/59, VersR 1960 831 (832).

⁷²³ Siehe dazu etwa die EVB-IT und dazu *Feil/Leitzen*, CR 2002, 407 ff.

Verjährung von kaufrechtlichen Mängelansprüchen ergibt sich auch aus § 309 Nr. 8 b) ff) BGB a. E. die Unzulässigkeit von weniger als einem Jahr betragenden Verjährungsfristen.

Im **B2B-Bereich** gilt § 475 BGB nicht. Die AGB-rechtliche Zulässigkeit einer einjährigen Verjährungsfrist muss sich AGB-rechtlich im unternehmerischen Verkehr an § 307 BGB messen lassen, vgl. § 310 Abs. 1 S.1, 2 BGB. Inwieweit Verkürzungen der Verjährung in AGB gegenüber Unternehmern auf weniger als ein Jahr zulässig sind, wird uneinheitlich beantwortet.⁷²⁴ Zumindest die Verkürzung auf ein Jahr ist aber als zulässig anzuerkennen. Dafür lässt sich § 309 Nr. 8 b) ff) BGB a. E. heranziehen, der eine Verjährungsfrist von einem Jahr für der gewöhnlichen Verjährungsfrist unterliegende Ansprüche schon im B2C-Bereich zulässt. Allerdings ist für Verkürzungen der Verjährung in Fällen des Unternehmerregresses die Vorschrift des § 478 Abs. 4 BGB (auch für individualvertragliche Abreden!) zu beachten.

M. E. als unzulässig i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sind außerdem solche Klauseln in AGB, die bestimmen, die Software gelte als abgeliefert im Sinne des § 438 Abs. 2 BGB, sobald sie zum Abruf über das Internet bereitsteht. Eine so pauschal formulierte Klausel erfasst zunächst auch Fälle, in denen der Käufer, obwohl die Software über das Internet abrufbar ist, tatsächlich noch keinen Zugriff auf die Datei hat (etwa weil ihm die Abrufbarkeit oder nötige Zugangsdaten noch nicht mitgeteilt worden sind).⁷²⁵ Auch eine Klausel, die den tatsächlichen Zugriff des Nutzers als Voraussetzung mit einbezieht, wäre allerdings zweifelhaft. Tatsächlich kann der Käufer die Software erst dann auf Mängel prüfen, wenn sie bereits lauffähig ist. Das ist aber in der Regel erst der Fall, wenn die Software heruntergeladen und erfolgreich installiert worden ist.

5. Rechtsfolgen

a) Einzelne Gewährleistungsrechte

Der Käufer von Software hat **mehrere, untereinander abgestufte Rechte** (§ 437 BGB). Er hat primär einen **Nacherfüllungsanspruch** (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB). Verlangt der Käufer Nacherfüllung, kommt der Verkäufer sofort in Verzug, da das Nacherfüllungsverlangen als Mahnung anzusehen ist. Nach dem erfolglosen Ablauf einer angemessenen **Nachfrist** kann der Käufer den Rücktritt erklären, Minderung und/oder Schadensersatz verlangen.

⁷²⁴ Für die Zulässigkeit der Verkürzung auf bis zu sechs Monate wohl: Staudinger/*Coester-Waltjen* § 309 Nr. 8 Rn. 97; bei berechtigtem Interesse des AGB-Stellers befürwortend Erman/*Roloff*, § 309 Rn. 123; wohl auch auch Graf v. Westphalen, Vertrags- und AGB- Klauselwerke, 44. EL, Rn. 18 f., Rn. 25; a. A.: Palandt/*Grüneberg*, § 309 Rn. 84.

⁷²⁵ Vgl. Krauß/*Weise/Grapentin/Schug*, 9.1.2 Software-Lizenzvertrag (Kauf), Rn. 28, die von einer Ablieferung ausgehen, wenn neben der Bereitstellung zum Download der Käufer diesen auch tatsächlich vornehmen kann und darf.

aa) Nacherfüllung

Die Nacherfüllung spielt im Bereich der Standardsoftware kaum eine Rolle, denn hier gibt es bei Programmierfehlern keine mangelfreie Ware. Stattdessen ist davon auszugehen, dass der Lieferant nicht mehr zur Erfüllung des Vertrags in der Lage ist. Insofern liegt eigentlich ein Fall des **subjektiven Unvermögens** vor. Die Nacherfüllungspflicht würde dann ersatzlos entfallen und der Käufer stattdessen nur Rücktritt und Minderung verlangen können. Denkbar wäre aber auch eine wirtschaftliche Betrachtung. Hiernach kann der Kunde in solchen Fällen nicht den Anspruch auf Reparatur, sondern auf Lieferung eines neuen Programmstandes verlangen. Abgestellt wird auf § 439 Abs. 3 S. 2 BGB („ohne erhebliche Nachteile“). Daraus soll sich auch eine Pflicht des Kunden zur Übernahme der neuen Releases ergeben, wobei er für zusätzliche Funktionalitäten nach dem Muster „neu für alt“ zu zahlen hat.⁷²⁶

§ 439 Abs. 5 BGB sieht mit Verweis auf § 346 Abs. 1 BGB vor, dass der Käufer, der Nacherfüllung im Wege der Neulieferung verlangt, **Ersatz für tatsächlich aus dem Gebrauch der mangelhaften Sache gezogene Nutzungen** zu leisten hat. Gerade für Software ist diese Regelung wichtig, denn es kommt dort häufig vor, dass der Softwareanwender die mangelhafte Software trotz ihrer Fehlerhaftigkeit eine Zeitlang nutzen konnte. Die Pflicht zum Ersatz des Nutzungsausfalls wurde auch ausdrücklich vom Bundestag bejaht, der sich eingehend mit der Richtlinienkonformität einer solchen Regelung auseinandergesetzt und diese bejaht hat.⁷²⁷ Allerdings wird die Vorschrift auch kritisiert. Hingewiesen wird darauf, dass die bereits gezogenen Nutzungen wegen der Aufrechterhaltung des Kaufvertrags mit dem Kaufpreis abgegolten sind, den der Verkäufer für die Zeit bis zur Nachlieferung ja seinerseits auch nicht verzinsen muss. Im Übrigen betont die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dass die Nacherfüllung „unentgeltlich“ zu erfolgen hat (Art. 3 Abs. 2, 3). Den beachtlichen Bedenken haben das *OLG Nürnberg*⁷²⁸ und das *LG Nürnberg-Fürth*⁷²⁹ durch eine teleologische Reduktion der Norm Rechnung getragen, indem sie einen Anspruch auf Nutzungsersatz unter Berufung auf den Wortlaut der Regelung verneint haben (in § 439 Abs. 5 BGB sei nur von „Rückgewähr“ die Rede). Der *BGH* hat allerdings die Möglichkeit verneint, die gesetzliche Regelung des § 439 Abs. 5 BGB i.S.d. *OLG Nürnberg* im Wege der Auslegung zu korrigieren. Gleichzeitig hat der *BGH* Zweifel, ob die Vorschrift mit dieser verbraucherfeindlichen Konsequenz den Vorgaben der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entspricht. Art. 3 Abs. 2–4 dieser Richtlinie sehen vor,

⁷²⁶ So *Bartsch*, CR 2001, 649, 654.

⁷²⁷ BT-Drs. 14/6040 S. 232 ff.

⁷²⁸ OLG Nürnberg, Urt. v. 23.8.2005 – 3 U 991/05, ZIP 2005, 1831; ähnlich auch *Gsell*, NJW 2003, 1969 ff.; *Rott*, BB 2004, 2478 ff. und *Woitkewitsch*, VuR 2005, 1 ff.

⁷²⁹ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 22.4.2005 – 7 O 10714/04, NJW 2005, 2558.

dass die Ersatzlieferung unentgeltlich sein muss. Der *BGH* hat deshalb nach Art. 267 AEUV das Verfahren ausgesetzt und dem *EuGH* zur Vorabentscheidung der Rechtsfrage vorgelegt.⁷³⁰ Der *EuGH* hat schließlich entschieden, dass eine Vorschrift, die dem Verkäufer Wertersatz für die Nutzungen einer vertragswidrigen Sache zugesteht, Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegensteht⁷³¹, woraufhin der *BGH*, im Zuge einer richtlinienkonformen Auslegung entschied, dass § 439 Abs. 6 BGB in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs gem. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB einschränkend anzuwenden ist. Die in § 439 Abs. 4 BGB in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346 bis 348 BGB) gelten in diesen Fällen nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst, führten aber zu keinem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen.⁷³²

Zur Anpassung an die Rechtsprechung des *EuGH*⁷³³ wurde jetzt **mit Wirkung zum 1. Januar 2018 Absatz 3 des § 439 BGB modifiziert**. Hierdurch erweitert sich der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs im Vergleich zur bisherigen Rechtslage: Der Entwurf sieht vor, dass der Verkäufer dem Käufer im Rahmen der Nacherfüllung verschuldensunabhängig zum Aufwendungsersatz für das Entfernen der mangelhaften und für den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder mangelfrei gelieferten Sache verpflichtet ist.⁷³⁴ Das im Gesetzesentwurf noch vorgesehene Wahlrecht des Verkäufers, den Ein- und Ausbau selbst vorzunehmen oder lieber Aufwendungsersatz zu leisten, wurde vom Ausschuss verworfen, da mögliche Konkurrenzen vermieden werden sollten, die insbesondere dann auftreten, wenn für den Käufer einerseits werkvertragliche Hauptleistungspflichten und andererseits kaufvertragliche Gewährleistungspflichten bestehen, also z.B. wenn der Unternehmer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels bei einem Dritten eingebaut hatte.⁷³⁵ Ob die sich aus § 439 BGB n.F. ergebende Pflicht zum Ausbau der alten und zum Einbau der mangelfreien Kaufsache auch unabhängig von der Pflicht zur Nachbesserung oder zur Nachlieferung bestehen kann, bleibt indes durch die Formulierung „im Rahmen der Nacherfüllung“ unklar.⁷³⁶ Zu diskutieren ist dies in den Fällen, in denen sowohl eine

⁷³⁰ *BGH*, *EuGH*-Vorlage v. 16.8.2006, VIII ZR 200/05, *JuS* 2007, 182 m. Anm. *Faust* = *NJW* 2006, 3200 m. Anm. *Lorenz*.

⁷³¹ *EuGH*, *Urt.* v. 17.4.2008 - C-404/06, *NRW* 2008, 1433.

⁷³² *BGH*, *Urt.* v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (OLG Nürnberg), *NJW* 2009, 427.

⁷³³ *EuGH*, *Urteil* – C-65/09 und C-87/09.

⁷³⁴ § 439 BGB-E lt. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses f. Recht und Verbraucherschutz, *BT-Drs.* 18/11437, S. 7.

⁷³⁵ *Ebd.* S. 46.

⁷³⁶ *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, *ZRP* 2016, 76 (76).

Nachbesserung als auch eine Nachlieferung unmöglich sind, der Käufer die mangelhafte Sache aber wieder entfernt haben will.⁷³⁷

Bemerkenswert ist, dass die Änderung nicht auf die klassischen Einbaufälle beschränkt bleibt. Nunmehr soll durch Einbeziehung des „Anbringens“ der Anwendungsbereich um die Fälle erweitert werden, in denen die Kaufsache zwar nicht im buchstäblichen Sinne eingebaut wurde, aber in ähnlicher Weise zweckgemäß an eine Sache „angebracht“ wurde (z.B. nachträglicher Einbau einer Festplatte oder Konnektierung eines Druckers).⁷³⁸ Der Verkäufer wird durch eine Erweiterung der Regressansprüche gegen den Lieferanten weitestgehend geschützt, sodass eine Selbstvornahme des Verkäufers auch aus Gründen der Kostenbegrenzung nicht erforderlich ist. Die bisher noch in § 478 Abs. 2 BGB geregelten Regressansprüche gegen den Lieferanten, werden mit § 445a Abs. 1 BGB n.F. um einen eigenständigen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen im Falle der Nachbesserung ergänzt. Zudem besteht entgegen der bisherigen Vorschrift des § 478 Abs. 2 BGB, die voraussetzt, dass der Endabnehmer Verbraucher ist, in der nunmehr vorgesehenen gesetzlichen Regelung des § 445a Abs. 1 und 2 BGB n.F. die Möglichkeit, den Lieferanten in Regress zu nehmen, auch wenn der Endabnehmer Unternehmer ist. Damit wird der Lieferantenregress von den Verbrauchsgüterkäufen auch auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr ausgedehnt.⁷³⁹

Die neuen Vorschriften sind dispositiver Natur – eine vertragliche Abbedingung ist demnach möglich. Fraglich ist, ob die Vorschriften im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen abbedungen werden können. Meines Erachtens ist hier zwischen dem Fall Business to Consumer und Business to Business zu unterscheiden. Soweit das Verhältnis zum Verbraucher betroffen ist, ist die Pflicht zu Ausbau- und Einbaukosten europarechtlich vorgegeben. Der Anspruch beruht auf der Interpretation des Europäischen Gerichtshofs, was die Auslegung von Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Hinblick auf den Nacherfüllungsanspruch des Käufers geht.⁷⁴⁰ Der *EuGH* wollte mit der Pflicht zur Erstattung der zusätzlichen Kosten vermeiden, dass der Verbraucher im Falle der Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut solche Kosten zu tragen hat und damit de facto von der Geltendmachung solcher Ansprüche zurückschrecken könnte. Ein solch europarechtlich vorgeprägter Anspruch kann dann aber wohl nicht durch allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden, ohne gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zu

⁷³⁷ Ebd.

⁷³⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses f. Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/11437, S. 46.

⁷³⁹ *Eckhoff*, Der neue § 439 BGB: Haftung ohne Grenzen?!, online verfügbar unter <http://www.cms-shs-bloggt.de/commercial/der-neue-439-bgb-haftung-ohne-grenzen/> (zuletzt abgerufen am 04.06.2021).

⁷⁴⁰ *EuGH*, Urteil – C-65/09 und C-87/09.

verstoßen. Es ist daher nur verständlich, dass der Gesetzgeber mit der Reform des Bauvertragsrechts auch das AGB-Recht dementsprechend geändert hat. Mit der Neuregelung des § 309 Abs. 1 Nr. 8 b) cc) BGB n.F. wird eine Klausel verboten, mit der die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen oder zu ersetzen.

Anders ist die Lage im Bereich zwischen Gewerbetreibenden. Hier ist die entsprechende Regelung im Hinblick auf die Einbau- und Ausbaurkosten nicht europarechtlich vorgeprägt. Der Bundestag hat vielmehr einfach den Verbraucherschutzrechtlichen Gedanken auch auf den Gewerbebereich bezogen. Meines Erachtens sind Gewerbetreibende hier weniger schutzbedürftig, so dass eine AGB-rechtliche Abbedingung möglich sein müsste. Dafür spricht auch, dass der *BGH*⁷⁴¹ eine solche Form eines Folgeanspruchs ausdrücklich im Bereich B2B abgelehnt hat. Der Senat wies damals darauf hin, dass ein solcher Anspruch lediglich auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt sei und nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern ausgedehnt werden könne.⁷⁴² Allerdings soll nach der Gesetzesbegründung ein pauschaler Ausschluss der Kostenpflicht auch B2B unzulässig sein.⁷⁴³

Im Rahmen der Rechtsfolgen ist auch die Frage der **Erheblichkeit von Mängeln** zu prüfen. Diese Frage spielt in der Softwarebranche eine wichtige Rolle. Denn zahlreiche Softwareprodukte haben kleinere „bugs“, die verschiedenen Fehlerkonstellationen können bei keinem Produkt ausgetestet werden. Früher war die Erheblichkeitsschwelle ein Kriterium auf der Tatbestandsseite; unerhebliche Mängel schlossen Gewährleistungsrechte generell aus (siehe § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.). Bagatellmängel sind nach der Schuldrechtsreform eine Fragestellung auf der Rechtsfolgenseite. Der Nacherfüllungsanspruch wird durch § 439 Abs. 3 BGB dadurch beschränkt, dass der Verkäufer die Nacherfüllung bei unverhältnismäßigen Kosten verweigern kann. Nach der Reform des Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018 sieht § 475 Abs. 4 S. 1 BGB n.F. einen Ausschluss der Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit vor. Umfasst sind davon sowohl die Fälle, in denen nur noch eine Nacherfüllungsart verhältnismäßig ist, als auch die Fälle, in denen jede Nacherfüllungsart für sich genommen unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht. Beruht die Unverhältnismäßigkeit auf Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 und 3, so kann der Vertrag Verkäufer den Aufwendungsersatz gem. § 475 Abs. 4 S. 2 BGB auf einen angemessenen Betrag beschränken. Wie die Kostenbeteiligung konkret berechnet wird, lässt der Gesetzgeber offen. Auch ist das

⁷⁴¹ BGH, Urt. v. 02.04.2014 – VIII ZR 46/13, NJW 2014, 2183.

⁷⁴² BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220.

⁷⁴³ BT-DRS 18/8486, S. 27.

Verhältnis von Kostenbeteiligung und Rücktritt unklar. § 475 Abs. 5 sieht hierzu vor, dass der Käufer ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten kann, wenn der Verkäufer den Aufwendungsersatz auf einen angemessenen Betrag beschränkt. Völlig unklar ist, was mit der schon eingebauten Kaufsache im Falle des Rücktritts geschieht.

In der Nacherfüllungsphase hat der Käufer **keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Ersatzvornahme** (etwa aus § 326 Abs. 2 S. 2 BGB analog).⁷⁴⁴ Die Ersatzvornahme ist ein Instrument des Werkvertragsrechts, das nicht unbesehen in das Kaufvertragsrecht hineingelesen werden kann. Nach § 439 Abs. 1 BGB n.F. hatte Käufer das Wahlrecht, ob er vom Verkäufer den Aus – und Einbau in natura verlangt oder Aufwendungsersatz nach § 439 Abs. 3.⁷⁴⁵

bb) Rücktritt und Minderung

Schlägt die Nacherfüllung fehl, kann der **Anwender vom Vertrag zurücktreten oder Minderung verlangen**. Für all diese Ansprüche ist eine Nachfristsetzung notwendig; dem Softwarehändler ist die Chance zu geben, im Wege der zweiten Andienung seine Pflicht zur Nacherfüllung umzusetzen.⁷⁴⁶ Eine den Anforderungen des § 323 Abs. 1 BGB genügende Fristsetzung liegt dann vor, wenn der Schuldner zur Erbringung der vertraglichen Leistung innerhalb eines nach den Umständen angemessenen Zeitraums aufgefordert worden ist.

Zwar muss der Gläubiger nach dem Gesetzeswortlaut (ebenso wie im Falle des § 281 BGB) mit der Leistungsaufforderung nicht notwendigerweise eine Ablehnungsandrohung verbinden. Angesichts der für das weitere Schicksal des Vertrags sich daraus möglicherweise ergebenden Konsequenzen muss der Gläubiger gegenüber dem Vertragsgegner aber unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass jener mit der Aufforderung **eine letzte Gelegenheit zur Erbringung der vertraglichen Leistung** erhält. Die Notwendigkeit einer klaren Willensäußerung des Käufers folgt auch aus der Systematik des Gewährleistungsrechts. Die Nacherfüllung stellt den primären Anspruch dar und ist zugleich der den weiteren Rechten des Käufers vorgeschaltete Rechtsbehelf. Es reicht nicht aus, dass der Käufer der Software oft unter der Hotline-Nummer beim Verkäufer angerufen und „die aufgeführten Mängel“ gerügt hat.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837; BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 = BB 2005, 909; ebenso OLG Celle, Urt. v. 10.2.2005 – 8 U 146/04, NJOZ 2005, 2025; LG Aachen, Urt. v. 26.10.2003 – 6 S 99/03, DAR 2004, 452, 453; AG Daun, Urt. v. 15.1.2003 – 3 C 664/02, ZGS 2003, 397; a. A. Lorenz, ZGS 2003, 398; Ebert, NJW 2004, 1761, 1763.

⁷⁴⁵ Grunewald/Tassius/Langebach, BB 2017, 1673; a. A. Höpfner/Fallman, NJW 2017, 3745, 3748 f.

⁷⁴⁶ BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 = BB 2005, 909.

⁷⁴⁷ OLG Köln, Beschl. v. 1.9.2003 – 19 U 80/03, NJOZ 2004, 556.

Die Fristsetzung ist unter den Voraussetzungen der §§ 440, 323 Abs. 2 BGB entbehrlich, wenn der Verkäufer seine allgemeinen vertraglichen Leistungspflichten ernsthaft und endgültig verweigert oder die **Nacherfüllung fehlgeschlagen** ist oder für den Käufer unzumutbar war (§ 440 S. 1 BGB).⁷⁴⁸ Dies schließt eine entsprechende Zeitspanne, insbesondere bei Beachtung des Versandweges, ein. Die Tatsache, dass das Gerät nur beim Hersteller repariert werden kann, führt nicht zur Unzumutbarkeit der Nacherfüllung.⁷⁴⁹ Ein Fehlschlagen der Nacherfüllung ist im Übrigen in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung zum früheren § 11 Nr. 10b AGBG bei objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit, Unzulänglichkeit, unberechtigter Verweigerung, ungebührlicher Verzögerung und bei misslungenem Versuch der Nachbesserung anzunehmen.⁷⁵⁰ Die Gesetzgebung hat diesen eingeführten Begriff mit der von der Rechtsprechung dazu vorgenommenen Auslegung übernommen.⁷⁵¹ Denkbar ist schließlich auch, demjenigen Verkäufer das Recht zur Nacherfüllung zu verweigern, der bei Kaufabschluss einen Mangel der Kaufsache arglistig verschwiegen hat.⁷⁵²

Der Rücktritt ist nunmehr – anders als früher die Wandelung – ein **Gestaltungsrecht**. Die Rücktrittserklärung kann folglich nicht – etwa im Wege eines Wechsels zur Minderung – rückgängig gemacht werden. Allerdings kommt der Rücktritt überhaupt erst zum Tragen, wenn ein Mangel vorliegt; ohne Mangel geht die Rücktrittserklärung ins Leere. Im Falle des Rücktritts sind die vom Anwender gezogenen Nutzungen herauszugeben. Typischerweise wird der Wert der Nutzungen nach § 287 ZPO geschätzt. Die Schätzung orientiert sich am Kaufpreis, der voraussichtlichen Nutzungsdauer sowie der tatsächlichen Nutzung.⁷⁵³ Probleme bestehen auch bei einer **falsch berechneten Minderung**. Die Minderung ist als Gestaltungsrecht unwirksam, wenn der Anwender die Minderung der Höhe nach falsch kalkuliert.

cc) Widerruf

Zur Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie wurde 2014 dem Kunden neben dem Rücktritt auch ein Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen, die nach dem 13. Juni 2014 abgeschlossen wurden, nach §§ 355 ff. BGB eingeräumt. Voraussetzung für die Ausübung ist, statt eines Mangels der gekauften Sache § 434 BGB (s. o.), das Vorliegen eines außerhalb von Geschäftsräumen (§ 312b BGB) oder im Fernabsatz (§ 312c BGB) geschlossenen

⁷⁴⁸ OLG Köln, Beschl. v. 1.9.2003 – 19 U 80/03, ZGS 2003, 392 ff. = OLGR Köln 2003, 319.

⁷⁴⁹ AG Daun, Urt. v. 15.1.2003 – 3 C 664/02, ZGS 2003, 440.

⁷⁵⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 2.2.1994 – VIII ZR 262/92, NJW 1994, 1004 = WM 1994, 703; Urt. v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, BGHZ 93, 29; Urt. v. 20.12.1973 – VII ZR 184/72, BGHZ 62, 63.

⁷⁵¹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 233 f.

⁷⁵² Vgl. zu dieser Überlegung: *Schur*, ZGS 2002, 243, 248.

⁷⁵³ OLG Koblenz, Urt. v. 28.2.1992 – 19 U 227/91, NJW-RR 1992, 690.

Verbrauchervertrages, der einzig für Softwareüberlassungsverträge in Frage kommt. Nach § 312g BGB steht dem Verbraucher bei eben diesen Verträgen ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Der Begriff des Verbrauchervertrages ist in § 310 Abs. 3 BGB legaldefiniert. Danach muss es sich bei dem Vertrag um einen solchen zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB) und einem Verbraucher (§ 13 BGB) handeln. Daher muss ein Vertrag zwischen einer natürlichen oder juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft, die in der Ausübung des Rechtsgeschäfts ihrer gewerblichen oder selbstständigen Tätigkeit nachkommt (Unternehmer) und einer natürlichen Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können (Verbraucher), vorliegen. Bei Mischfällen soll jedoch die Person als Verbraucher angesehen werden, wenn bei Verträgen mit doppelter Zwecksetzung der gewerbliche Zweck jedenfalls nicht überwiegt. Regelmäßig wird jedoch ein Unternehmen, das Software kauft, demnach von dem Widerruf keine Verwendung machen können, jedoch Privatkunden, die Standardsoftware über z.B. das Internet erwerben. Durch die nach wie vor bestehende Verortung im Fünften Titel des Dritten Abschnitts des Schuldrechts stellt die Vorschrift den Widerruf in Bezug auf Ausübung und Rechtsfolgen dem Rücktritt gleich. Nicht unbeachtlich bei Verträgen über Software im Fernabsatz ist der Ausschlussgrund des § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB. Demnach besteht kein Widerrufsrecht für Verträge zur Lieferung von Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware in einer versiegelten Packung, wenn die Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde. Die Vorschrift ist im Zuge zur Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie als Ersatz für § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB a.F. eingeführt worden. § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB setzt voraus, dass eine zum Schutze des Urheberrechts verwendete Sperre überwunden wird. Das Widerrufsrecht ist also nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern erlischt, sobald der Datenträger vom Verbraucher entsiegelt wird. Kein Wegfall des Widerrufsrechts liegt dann vor, wenn der Händler im Auftrag Software auf Hardware gespielt hat, kein Siegel i.S.d. § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB ist ein Tesafilmstreifen, der nur für die Sicherheit des Transportes fungiert. Erforderlich ist eine versiegelte Packung. Ohne Bruch des Siegels darf es nicht möglich sein, an den Datenträger zu gelangen. Ausreichend ist eine Versiegelung als zusätzliche Schutzmaßnahme, zum Beispiel das Einschweißen in eine Folie. Gem. § 355 Abs. 2 BGB beträgt die Widerrufsfrist grundsätzlich 14 Tage nach Erhalt der Ware § 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB, jedoch beginnt sie nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Artikels 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB oder des Artikels 246b § 2 Abs. 1 EGBGB unterrichtet hat i.S.v. § 356 Abs. 3 S. 1 BGB. Die Widerrufsbelehrung dient dazu, dass der Verbraucher seine Rechte auch wahrnehmen kann. Daher reicht daher eine

Widerrufsbelehrung auf der Internetpräsenz des Unternehmers nicht aus. Vielmehr muss die Widerrufsbelehrung dem Verbraucher in einer zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise zugehen. Dem steht es auch nicht gleich, wenn der Unternehmer eine sog. Checkbox verwendet, mittels derer der Verbraucher erklärt, dass er die Widerrufsbelehrung zur Kenntnis genommen und ausgedruckt oder abgespeichert hat.

Nimmt der Kunde statt des Rücktritts einen Widerruf nach Fernabsatzrecht (§ 355 BGB) vor, entlastet ihn dies grundsätzlich, was die Zahlung einer Nutzungsvergütung angeht. Allerdings ist auch fernabsatzrechtlich in bestimmten Ausnahmefällen eine Nutzungsgebühr zu zahlen.

Das Widerrufsrecht soll dem Verbraucher die Möglichkeit geben, nach Erhalt des Erzeugnisses und dessen Überprüfung vom Vertrag zurückzutreten. Der *österreichische OGH*⁷⁵⁴ hat hierzu entschieden, dass das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht dem Verbraucher die Möglichkeit geben soll, nach Erhalt des Erzeugnisses und dessen Überprüfung vom Vertrag zurückzutreten zu können. Es dient als Korrektiv für unüberlegte Bestellungen, zu denen der Verbraucher mittels entsprechender Werbe- und Marketingmaßnahmen verleitet wurde. Der Verbraucher im Fernabsatz soll einem Käufer, der die Ware vor Vertragsabschluss begutachten und überprüfen kann, im Ergebnis gleichgestellt werden. Nur der Widerruf ermöglicht dem Verbraucher, die Vorteile des Distanzvertriebs zu nutzen und sich dennoch in einer vergleichbaren Position zu sehen wie jemand, der den Vertragsgegenstand vor Vertragsschluss intensiv untersuchen kann.⁷⁵⁵ Bei einer übermäßigen Ingebrauchnahme entfällt jedoch nicht die Pflicht zum Wertersatz. Die Bestimmungen für den Wertersatz für einen Wertverlust der Ware beim Widerruf sind in § 357 Abs. 7 BGB geregelt. Dafür muss der Wertverlust gem. § 357 Abs. 7 Nr. 1 BGB zunächst auf einem zur Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise der Waren nicht notwendigen Umgang mit ihnen zurückzuführen sein.⁷⁵⁶ Der Verbraucher ist jedoch grundsätzlich dazu berechtigt, die Sache in Gebrauch zu nehmen.⁷⁵⁷ Fraglich ist jedoch weiterhin, inwiefern bei der Inbetriebnahme von Software eine Abnutzung zum Wertverlust führen sollte, da Software als unkörperliche Sache nicht den Modalitäten gewöhnlicher Inbetriebnahme unterliegt. Ist jedenfalls ein Kaufvertrag im Fernabsatzweg zustande gekommen und hat der Käufer vor Erklärung des Widerrufs den der Abnutzung und Wertminderung unterliegenden Kaufgegenstand während der Rücktrittsfrist nicht nur begutachtet, sondern dermaßen extensiv in Gebrauch genommen (hier 43 Stunden), dass der Unternehmer den Kaufgegenstand nur mehr zu einem erheblich niedrigeren Kaufpreis

⁷⁵⁴ OGH, Urt. v. 27.9.2005 – 1 Ob 110/05s, VuR 2006, 242.

⁷⁵⁵ So schon vor der Verbraucherrechtsrichtlinie OGH, Urt. V. 27.9.2005 – 1 Ob 110/05s, VuR 2006, 242.

⁷⁵⁶ MüKoBGB/*Fritsche*, § 357 Rn. 27.

⁷⁵⁷ *Föhlisch*, NJW 2011, 30 (31); man beachte aber trotzdem, dass ein Brechen des Siegels bei Softwarekäufen zu einem Ausschluss des Widerrufsrechts führt, siehe Ausführungen oben.

„gebraucht“ weiterveräußern konnte, steht der Auferlegung eines angemessenen Nutzungsentgelts einschließlich einer Entschädigung für eine durch die Nutzung entstandene Minderung des gemeinen Werts nichts im Wege. Es ist dem freien Willen des Verbrauchers überlassen, ob und aus welchen Gründen er von einem bei einem Fernabsatzgeschäft bestehenden Widerrufsrecht Gebrauch macht.⁷⁵⁸ Diese Norm steht nicht im Widerspruch zu Art. 6 der „Fernabsatz-Richtlinie“.

dd) Aufwendungs- und Schadensersatz

Dem Käufer steht – auch neben Rücktritt und Minderung – ein Anspruch auf Schadens- und Aufwendungsersatz zu. Schwierig wird die Schadensersatzberechnung bei **nutzlosen Aufwendungen**. Gem. §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3 BGB ist der Käufer so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn der Verkäufer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Insofern zählen die nutzlos gewordenen Aufwendungen nicht zu diesem Schadensersatz, da diese auch dann angefallen wären, wenn das Kaufobjekt mangelfrei gewesen wäre. Das *LG Bonn*⁷⁵⁹ hat einen Anspruch auf Schadensersatz dennoch angenommen, weil solche nutzlosen Aufwendungen unter die Rentabilitätsvermutung fielen. Es handele sich um Aufwendungen zu materiellen Zwecken, bei denen man vermuten könne, dass sie sich letztendlich für den Aufwender rentiert hätten. Der Schaden liege dann in einem Verlust der vermuteten Kompensation. § 284 BGB sperre insofern den Rückgriff auf § 281 Abs. 1 S. 1 BGB und die Rentabilitätsvermutung nicht.

Denkbar ist es aber beispielsweise, **Gutachterkosten** als Schadensersatz „neben“ der Leistung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB anzusehen, der neben dem Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB geltend gemacht werden kann. Wichtig ist es zu bedenken, dass § 284 BGB den Ersatz von Aufwendungen nicht neben dem Schadensersatz statt der Leistung zulässt, sondern nur anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung.

Nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird **das Verschulden vermutet**. Ohnehin ist bei Gattungsschulden wegen der damit verbundenen Übernahme des Mängelrisikos auf das Verschulden als Prüfungsvoraussetzung zu verzichten.⁷⁶⁰

b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung

Ein weiteres Problem des EDV-Vertragsrechts betrifft die Frage, ob und wann der Anwender bei mangelhafter Software auch die Hardware an den Verkäufer zurückgeben kann: Gibt es ein Gesamtabwicklungsrecht hinsichtlich Hard- und Software, auch wenn die Hardware in sich

⁷⁵⁸ BGH, Urt. v. 16.3.2016 – VII ZR 146/15, MMR 2016, 523.

⁷⁵⁹ LG Bonn, Urt. v. 30.10.2003 – 10 O 27/03, NJW 2004, 74 = ZGS 2003, 477.

⁷⁶⁰ So *Canaris*, DB 2001, 1815; v. *Westphalen*, ZGS 2002, 154 ff.

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

aa) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB)

Ein Gesamtabwicklungsrecht wäre denkbar, wenn Soft- und Hardware als **einheitliche Sache i.S.d. § 93 BGB** anzusehen sind. Das setzt voraus, dass Soft- und Hardware nicht voneinander getrennt werden können, ohne dass eine der Komponenten zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird. Dabei ist nur auf die Verkehrsanschauung, nicht aber auf den Parteiwillen abzustellen.⁷⁶¹

Die Voraussetzungen des § 93 BGB sind im Regelfall im Softwarebereich nicht gegeben: Während in den 60er und 70er Jahren Soft- und Hardware meist zusammen vertrieben worden ist (sog. **Bundling**), hat sich der Softwaremarkt heute weitestgehend vom Hardwaremarkt abgekoppelt (sog. **Unbundling**). Computerprogramme sind daher heutzutage nicht mehr an einem bestimmten Hardwaretypus gebunden. Vielmehr besteht dank des Windows- und UNIX-Standards die Möglichkeit, Software auf verschiedensten Rechnern einzusetzen. Insofern bilden Computerprogramme und Hardware in der heutigen Zeit keine untrennbare Einheit mehr. Kauft jemand einen PC nebst Software, liegt darin regelmäßig keine einheitliche Kaufsache.⁷⁶² Nur in Ausnahmefällen bilden Hard- und Software eine Gesamteinheit; hierzu zählen die Verwendung nicht Windows- oder UNIX-kompatibler „Exoten“-Hardware oder das ROM-BIOS sowie Betriebssysteme bei Großrechnern.⁷⁶³

bb) Gesamtrücktritt und Teilleistungen

Die frühere Regelung zur Gesamtwandelung⁷⁶⁴ ist mit der Schuldrechtsmodernisierung entfallen. An ihre Stelle ist jedoch **nicht § 323 Abs. 5 S. 1 BGB** getreten.⁷⁶⁵ Hiernach kann der Gläubiger bei Teilleistungen vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Diese Regelung gilt nur dann, wenn der Schuldner Teilleistungen nicht vollständig erbracht hat; bei der hier zu prüfenden Konstellation hat der Verkäufer aber Hard- und Software geliefert. Der Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsreform stattdessen gewollt, dass der Gläubiger bei einer nur teilweise schlechten Leistung **vom**

⁷⁶¹ Vgl. allgemein BGH, Urt. v. 25.10.1961 – V ZR 30/60, BGHZ 36, 50; Palandt/*Ellenberger*, § 93 Rn. 3.

⁷⁶² OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.1.2000 – 22 U 122/99, CR 2000, 350 = NJW-RR 2000, 1223.

⁷⁶³ Vgl. BGH, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, CR 1988, 129.

⁷⁶⁴ § 469 BGB a.F.

⁷⁶⁵ *Koch*, CR 2001, 569, 572 f.

gesamten Vertrag zurücktreten kann.⁷⁶⁶ Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB).

Allerdings lässt sich gerade aus letzterer Regelung auch eine Lösung des Problems ableiten, die den Grundgedanken der alten Regelung des § 469 BGB aufgreift. So kommt ein Rücktritt nach § 323 BGB überhaupt nur in Betracht, wenn es um einen Vertrag mit Teilleistungen geht. Liegen zwei Verträge vor, so ist jeder separat und unabhängig vom anderen in Bezug auf Rücktrittsrechte zu prüfen. Daher ist als Erstes zu klären, ob ein **Vertrag über Teilleistungen** vorliegt. In einem zweiten Schritt ist der **Interessenwegfall** nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB und die **Unerheblichkeit** nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB zu erörtern. Diese Frage lässt sich nur dann klären, wenn man die **Nachteile für den Gläubiger** betrachtet. Damit sind beide Elemente des § 469 BGB a.F. in § 323 BGB integriert. Nur die Grundweichenstellung bleibt unterschiedlich. Das alte BGB ging von der Einzelwandelung als Grundsatz aus; die Gesamtwandelung war der Ausnahmefall.⁷⁶⁷ Das BGB geht in seiner jetzigen Fassung hingegen vom **Grundsatz des Gesamtrücktritts** aus.⁷⁶⁸

(1) Vertrag über Teilleistungen

Die Regelung setzt einen **einzelnen Vertrag über mehrere Teilleistungen** voraus. Ob ein solcher Vertrag vorliegt, kann m.E. unter Berücksichtigung von § 469 S. 2 BGB a.F. geklärt werden. Denn schon nach dem alten BGB kam es entscheidend darauf an, dass Hardware und Software „**als zusammengehörend verkauft**“ worden sind. Eine solche Zusammengehörigkeit liegt vor, „wenn die Parteien den Kauf nur in der durch den gemeinschaftlichen Zweck der Sachen hergestellten Verbindung abschließen wollen, sodass die Sachen dazu bestimmt erscheinen, zusammenzubleiben“.⁷⁶⁹ Keine Probleme ergeben sich hier, wenn beide Komponenten von einer Hand in einem Vertrag verkauft worden sind; wie der **BGH** bereits in seiner **Entscheidung vom 4.11.1987** betont hat, kann hier von einer Zusammengehörigkeit ausgegangen werden.⁷⁷⁰ Der Umstand, dass eine einheitliche Vertragsurkunde vorliegt, spricht für die Vermutung der Einheitlichkeit.⁷⁷¹

In der Zwischenzeit steht auch fest, dass der Anwender ggf. auch dann hinsichtlich Hard- und Software wandeln kann, wenn diese im Rahmen unterschiedlicher Verträge, aber von einer Hand erworben worden sind. Zwar stelle „das äußere Bild der getrennten Urkunden“ ein Indiz

⁷⁶⁶ Siehe auch BT-Drs. 14/6040, 187.

⁷⁶⁷ Siehe OLG Köln, Urt. v. 29.10.1999 – 19 U 94/99, CR 2000, 354 = ZUM-RD 2000, 488.

⁷⁶⁸ Koch, CR 2001, 569, 572 f.

⁷⁶⁹ OLG München, Urt. v. 20.9.1985 – 21 U 4523/84, CR 1987, 506.

⁷⁷⁰ BGH, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 = DB 1988, 105 = BB 1988, 20.

⁷⁷¹ BGH, Urt. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004 ff., vgl. auch OLG Köln, Urt. v. 11.1.2013 – 19 U 81/07, CR 2014, 427, OLG Köln, Beschl. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12, CR 2014, 367 m. w. N.

für getrennte Verträge dar⁷⁷², dieses Indiz könne aber z.B. dadurch entkräftet werden, dass Hard- und Software nach dem Willen der Parteien als Gesamtsystem aufeinander abgestimmt und als einheitliches Paket verkauft worden sind.⁷⁷³ Es komme darauf an, ob die verschiedenen Vereinbarungen rechtlich miteinander „stehen und fallen“ sollen⁷⁷⁴, also ein Einheitlichkeitswille vorliegt. Auch wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitlichkeitswillen erkennen ließe und der andere ihn anerkenne oder zumindest hinnehme, kann von dem Vorliegen eines einheitlichen Vertrages ausgegangen werden. Rein wirtschaftliche Gründe reichen jedoch nicht aus.⁷⁷⁵ Das *OLG München* hat dies für den Fall bejaht, dass Hard- und Software zur Bewältigung bestimmter Aufgaben eingesetzt werden.⁷⁷⁶ Für die Vertragseinheit soll auch sprechen, dass die Software nach den AGB nur auf der erworbenen Hardware laufen darf.⁷⁷⁷ § 469 S. 2 BGB a.F. wurde auch angewandt, wenn der Lieferant die Software auf der von ihm gelieferten Hardware installieren sollte. Ähnliches gilt, wenn die bezogenen Geräte der Umstellung eines Betriebsablaufs dienen.⁷⁷⁸

Schwierigkeiten tauchen jedoch auf, wenn es sich bei den Lieferanten des Computers und denen der Software um verschiedene Personen handelt; die Rechtsprechung hierzu ist noch im Fluss. Greift man hier auf die **Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf** zurück, so ist die erforderliche wirtschaftliche Einheit nur dann zu bejahen, wenn „über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus die beiden Geschäfte miteinander derart verbunden sind, dass keines ohne das andere geschlossen worden wäre oder jeder der zu Grunde liegenden Verträge seinen Sinn erst durch den jeweils anderen erhält“.⁷⁷⁹ Am sinnvollsten ist hier eine **ausdrückliche Verknüpfung der Hard- und Softwareverträge**, da ansonsten die Zusammengehörigkeit nur schwer nachgewiesen werden kann.⁷⁸⁰ Zum Teil wird es auch für ausreichend erachtet, dass die Parteien bei den Verkaufsgesprächen vom Kauf einer einheitlichen Computeranlage ausgegangen sind.⁷⁸¹ Der *BGH* betont in diesem Zusammenhang, dass es dem Erwerber

⁷⁷² OLG Köln, Urt. v. 29.1.1981, zit. n. *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, Band 1, K/M-11.

⁷⁷³ OLG Stuttgart, Urt. v. 29.10.1986 – 3 U 88/86, CR 1988, 296 = IuR 1987, 61; OLG Hamm, Urt. v., CR 25.5.1986 – 4 U 190/84, 1988, 297; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.1.2000 – 22 U 122/99, CR 2000, 350, 351; LG Augsburg, Urt. v. 5.5.1988 – HKO 3588/87, CR 1989, 22; LG München I, Urt. v. 28.5.1986 – 19 U 63/84, CR 1987, 364; AG Karlsruhe, Urt. v. 15.3.2001 – 1 C 478/00, CR 2002, 11, 13; vgl. *Zahrnt*, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, S. 116 ff. m.w.N.

⁷⁷⁴ So der BGH, Urt. v. 30.9.1993 – VII ZR 178/91, NJW 1993, 3196.

⁷⁷⁵ BGH, Urt. v. 20.3.2011 – VIII ZR 99/10, BeckRS 2011, 09200.

⁷⁷⁶ OLG München, Urt. v. 15.2.1989 – 27 U 386/88, CR 1990, 646.

⁷⁷⁷ OLG München, Urt. v. 15.2.1989 – 27 U 386/88, CR 1990, 646; Wirksamkeit der Klausel allerdings streitig.

⁷⁷⁸ OLG Köln, Urt. v. 26.10.1990 – 19 U 28/90, CR 1991, 154, 156.

⁷⁷⁹ BGH, Urt. v. 29.3.1984 – III ZR 24/83, BGHZ 91, 9, 11.

⁷⁸⁰ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.2.1987 – 22 U 119/86, CR 1987, 769; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, CR 1987, 358.

⁷⁸¹ OLG Stuttgart, Urt. v. 29.10.1986 – 3 U 88/86, CR 1988, 296.

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.⁷⁸² Die bloße Tatsache, dass Soft- und Hardwarevertrag zeitgleich abgeschlossen worden sind, reicht jedoch nicht aus.⁷⁸³ Im Wege des Einwendungsdurchgriffs ist ein einheitliches Vertragsverhältnis auch bei Verschiedenheit der Vertragspartner anzunehmen, wenn der Kunde nicht auf eigene Initiative verschiedene Verträge abschließt, durch Zusammenwirken ein Komplettsystem geliefert wird, die Software nur auf einer bestimmten Hardware eingesetzt werden soll, der Eindruck erweckt wird, als stünde dem Kunden nur ein Vertragspartner gegenüber, ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang der Lieferungen besteht und der zweite Vertragsschluss vom ersten Lieferanten vermittelt wird.⁷⁸⁴

(2) Interessenwegfall

Weiterhin setzt § 323 Abs. 5 BGB voraus, dass der Gläubiger **an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse** hat. Auch hier lässt sich die Rechtsprechung zu § 469 S. 2 BGB a.F. heranziehen, wonach Hard- und Software nicht ohne Nachteil voneinander getrennt werden können. Wann ein solcher Nachteil vorliegt, ist in Literatur und Rechtsprechung äußerst streitig.⁷⁸⁵ Zum Teil wird auf § 139 BGB abgestellt.⁷⁸⁶ Nach Auffassung des *BGH*⁷⁸⁷ soll ein Nachteil insbesondere dann vorliegen, wenn die Beschaffung eines passenden Ersatzteils nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet. Solche Schwierigkeiten sollen u.a. dann gegeben sein, „wenn gleichwertige Spezialsoftware von anderen Lieferanten nur zu erheblich höheren Preisen oder nur zu unzumutbaren Lieferzeiten zu erhalten wäre“.⁷⁸⁸ Entscheidend ist, ob der Gläubiger kein Interesse mehr daran hat, die schon empfangene Teilleistung für eine entsprechend geminderte Gegenleistung zu erhalten, etwa weil seine konkreten Zwecke mit der Teilleistung auch nicht partiell verwirklicht werden können oder sich die fehlenden Teile nur mit erheblichem Aufwand beschaffen lassen. Das Interesse des Gläubigers muss durch die Teilung über die Entbehnung des vorenthaltenen Teils hinaus unverhältnismäßig beeinträchtigt sein.⁷⁸⁹

⁷⁸² BGH, Urt. v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3012.

⁷⁸³ OLG München, Urt. v. 30.9.1987 – 7 U 2373/87, CR 1988, 130.

⁷⁸⁴ OLG Köln, Urt. v. 24.10.2000 – X ZR 72/98, CR 2001, 224 = ITRB 2001, 129.

⁷⁸⁵ Vgl. *Jersch*, Jura 1988, 580, 584; *Ruppelt*, Die Überlassung von Computerprogrammen, S. 99 f.; *Zahrnt*, BB 1984, 1007 ff.; *Zahrnt*, IuR 1986, 59 ff.; *Zahrnt*, BB 1988, 1687 ff.

⁷⁸⁶ OLG Köln, Beschl. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12, CR 2014, 367.

⁷⁸⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406; BGH, Urt. v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011.

⁷⁸⁸ BGH, Urt. v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3013; ähnlich auch OLG Köln, BB 1989, Beil. 5, S. 9 Nr. 8; OLG Oldenburg, Urt. v. 16.11.1987 – 9 U 59/87, CR 1989, 107 m. Anm. *Ruppelt*; *Köhler*, CR 1987, 827, 834; *Mehring*, NJW 1988, 2438, 2441.

⁷⁸⁹ OLG Köln, Beschl. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12, CR 2014, 367.

Ein vergleichbarer Fall ist dann gegeben, wenn die Installation des Ersatzprogrammes aufwendig ist oder das neue Programm eine völlig andere Struktur aufweist, sodass der Anwender sich neu in das Programm einarbeiten müsste.⁷⁹⁰ Der Wegfall des Interesses ist beim Kauf eines handelsüblichen Computers und der Überlassung von Standardsoftware nicht zu bejahen.⁷⁹¹ Anders liegt der Fall, wenn der Käufer PC, Monitor und Software „aus einer Hand“ erwirbt. Denn in einem solchen Fall würde der Käufer bei isolierter Rückabwicklung eines Vertrags die Vorteile des Kaufes aus einer Hand verlieren.⁷⁹²

Für die Beurteilung der Unerheblichkeit einer Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB verlangen Literatur⁷⁹³ und Rechtsprechung⁷⁹⁴ eine umfangreiche Interessenabwägung unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Nach der Schuldrechtsmodernisierung wurde in Teilen der Literatur angenommen, dass die Erheblichkeitsschwelle des § 323 Abs. 5 BGB deutlich höher liegen müsse als die des § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.⁷⁹⁵ Begründet wurde dies überwiegend damit, dass die Schwelle des § 323 Abs. 5 BGB nunmehr lediglich das Recht zum Rücktritt ausschließe. Der *BGH*⁷⁹⁶ entschied jedoch in seinem Urteil vom 28. Mai 2014, dass bei einem behebbaren Mangel in der Regel nicht mehr von seiner Unerheblichkeit ausgegangen werden kann, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von fünf Prozent des Kaufpreises übersteigt. Der Streit zwischen der Einordnung der Schwelle nach den Gesichtspunkten des § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. (3-4 Prozent) und den Forderungen von Stimmen aus der Literatur (10 Prozent und mehr) ist damit höchstrichterlich entschieden. An der Notwendigkeit der Einzelfallbetrachtung ändert dies jedoch nichts.

IV. Haftung

1. Haftung für Mängel im Kaufrecht

Das alte BGB sah nur in zwei Fällen die Möglichkeit vor, dass der Käufer statt Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen eines Mangels verlangen kann, nämlich beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 480 Abs. 2, 1. Fall BGB a.F.) sowie beim arglistigen Verschweigen eines Fehlers (§ 480 Abs. 2, 2. Fall BGB a.F.). Dies ist seit der

⁷⁹⁰ Vgl. *Ruppelt*, Die Überlassung von Computerprogrammen, S. 100.

⁷⁹¹ BGH, Urt. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004, 2008 = CR 1987, 358; OLG Köln, Urt. v. 29.10.1999 – 19 U 94/99, CR 2000, 354.

⁷⁹² OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.1.2000 – 22 U 122/99, CR 2000, 350, 351; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.1.2000 – 22 U 122/99, NJW-RR 2000, 1223.

⁷⁹³ MüKoBGB/*Ernst*, BGB, § 323 Rn. 248; Palandt/*Grüneberg*, § 323 Rn. 32.

⁷⁹⁴ BGH, Urt. v. 17. 2. 2010 - VIII ZR 70/07, NJW-RR 2010, 1289, Rn.23 m.w.N.; BGH, Urt. v. 6. 2. 2013 – VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365, Rn. 16.

⁷⁹⁵ MüKoBGB/*Ernst*, § 323 Rn. 247.

⁷⁹⁶ BGH, Urt. v. 28. 5. 2014 VIII ZR 94/13, WM 2014, 1874 = NJW 2014, 3229.

Schuldrechtsmodernisierung grundlegend geändert worden. **Schadensersatz** gibt es nunmehr bei jedem verschuldeten Softwaremangel, **gleichrangig neben Rücktritt und Minderung** (§ 437 Nr. 3 BGB). Erforderlich ist allerdings der erfolglose Ablauf einer angemessenen Nachfrist (§§ 280, 281 Abs. 1 S. 1 BGB). Ist die Nacherfüllung unmöglich, ist eine Nachfristsetzung nicht notwendig; der Anspruch auf Schadensersatz leitet sich dann unmittelbar aus § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280, 283 oder § 311a BGB ab.⁷⁹⁷ Der Schadensersatzanspruch verjährt wie das Rücktritts- und Minderungsrecht binnen zwei Jahren ab Ablieferung der Software (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Macht der Käufer den Rücktritt geltend, kann er sich nicht auf einen Schadensersatzanspruch berufen; gleiches gilt umgekehrt.⁷⁹⁸ Eine Haftung kommt allerdings nur in Betracht, wenn der Käufer dem Verkäufer Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Hinblick auf den Mangel nachweisen kann (§§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 BGB). Eine strengere Haftung kann sich allenfalls aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie, ergeben. Zeitlich kommt es regelmäßig auf die Erkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe an.⁷⁹⁹

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

a) Vorüberlegungen

Neben der Haftung für Softwaremängel ist die **Haftung wegen Pflichtverletzung** (§ 280 Abs. 1 BGB) von großer Bedeutung. Eine Vertragspartei muss selbst dann für Schäden aufkommen, wenn sie eine fehlerfreie Sache geliefert hat oder es gar nicht zum Abschluss eines Vertrags kam. Jede Nichterfüllung vertraglicher Nebenpflichten 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 BGB). Zusätzlich kann der Anwender bei jeder nicht unerheblichen Pflichtverletzung nach erfolgloser Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung verlangen (§ 281 Abs. 1 BGB) oder vom Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 1 BGB).

Die Rechtsprechung ging seit jeher davon aus, dass den Verkäufer/Unternehmer bereits im Vorfeld der Vertragsverhandlungen bestimmte Sorgfaltspflichten treffen und nannte dieses Rechtsinstitut „c.i.c.“. Nunmehr ist das Pflichtverhältnis zum Zeitpunkt der Vertragsanbahnung

⁷⁹⁷ BGH, Beschl. v. 13.4.2005 – IV ZR 62/04, NJW-RR 2005, 1051; siehe dazu auch *Lorenz*, NJW 2002, 2497, 2500 ff.

⁷⁹⁸ Arg. ex §§ 437 Nr. 3 i.V.m. 281 Abs. 1 BGB.

⁷⁹⁹ BGH, Beschl. v. 13.4.2005 – IV ZR 62/04, NJW-RR 2005, 1051.

in § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB geregelt. Der Verkäufer muss demnach auch vor Vertragsschluss **Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des potenziellen Käufers** nehmen. Insbesondere treffen ihn damit Aufklärungspflichten in Bezug auf die Kaufsache. Erfüllt der Verkäufer gegenüber dem Besteller diese Pflichten schuldhaft nicht, so muss er für eintretende Schäden haften. Dieser Haftungstatbestand hilft nun gerade in vielen Gewährleistungsprozessen, falls ein Mangel nicht oder nur schwer nachweisbar ist. Allerdings treffen den Verkäufer im Fachhandel nur **Aufklärungspflichten** in Bezug auf die Eigenschaften, die er kennt oder kennen muss. Der Käufer kann deshalb grundsätzlich keine Aufklärung über ganz entfernt liegende Risiken erwarten, die allenfalls dem Hersteller der Ware aufgrund dessen überragender Sachkunde bekannt sind. Eine Pflicht zur Erkundigung beim Hersteller über die Eigenschaften des Kaufgegenstandes trifft den Verkäufer nur, wenn er aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Eignung der Ware für die vom Käufer beabsichtigte Verwendung hat oder haben muss.⁸⁰⁰ Der IT-Händler hat jedenfalls eine Pflicht zur Ermittlung der Wünsche und Erwartungen des Kunden; jede Unklarheit geht zu Lasten des Lieferanten.⁸⁰¹ Den Händler trifft auch die Pflicht zum Hinweis auf Restriktionen für die Anwendung (hier: ungeeignete Hardware des Anwenders).⁸⁰² Zudem sind Hinweise auf mögliche Kapazitätsprobleme geschuldet.⁸⁰³ Auch Pflichtenhefte sind Teil der Hinweispflicht – einschließlich des Angebots der Erstellung des Pflichtenheftes.⁸⁰⁴

Die wirtschaftlichen Folgen der Verwirklichung eines Risikos kann der Käufer im Regelfall auch nicht dadurch auf den Verkäufer abwälzen, dass er ihn um Beratung über den Kaufgegenstand bittet. Insoweit bleibt es vielmehr bei dem Grundsatz, dass – außerhalb der kaufrechtlichen Gewährleistung – **das Verwendungsrisiko beim Käufer liegt**. Gelingt dem Anwender der Nachweis, dass ihn der Lieferant fahrlässig vor Abschluss des Vertrags nicht richtig über vertragswesentliche Umstände informiert hat, so bieten sich ihm mehrere Möglichkeiten. Er kann Rückgängigmachung des Vertrags verlangen,⁸⁰⁵ Anspruch auf Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen geltend machen oder die Software behalten und den (ihm entgangenen) günstigeren Preis verlangen.⁸⁰⁶

Dieser **Anspruch verjährt** ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis innerhalb von drei Jahren (§ 199 Abs. 1 BGB). Fehlt es an der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis, kommt

⁸⁰⁰ BGH, Urt. v. 16.6.2004 – VIII ZR 303/03, NJW 2004, 2301 = WM 2004, 1489.

⁸⁰¹ LG Arnsberg, DV-Rechtsprechung Bd. 2, 99.

⁸⁰² OLG Celle, Urt. v. 26.2.1986 – 6 U 154/84, CR 1988, 305.

⁸⁰³ LG Köln, Urt. v. 19.2.1986 – 23 O 450/83, CR 1987, 508.

⁸⁰⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 18.10.1988 – 6 U 64/88, CR 1989, 600.

⁸⁰⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 16.1.1985 – VIII ZR 317/83, NJW 1985, 1771 = WM 1985, 463.

⁸⁰⁶ BGH, Urt. v. 8.12.1989 – V ZR 259/87, NJW 1990, 1661; BGH, Urt. v. 17.12.1987 – 4 StR 440/87, NJW-RR 1990, 1335.

es zur zehnjährigen Verjährungsfrist, sofern der Anspruch schon entstanden ist. Ist der Anspruch nicht entstanden, gilt eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab Begehung der Pflichtverletzung (§ 199 Abs. 3 BGB).

b) Abgrenzung zum selbständigen Beratungsvertrag

Besser sind die Rechte des Anwenders, wenn er mit dem Lieferanten neben dem Kauf-/Werkvertrag einen zusätzlichen Beratungsvertrag geschlossen hat (§ 611 BGB). Dabei bedarf es für einen solchen Vertrag keiner besonderen Vereinbarung oder gar eines schriftlichen Vertrags. Vielmehr ist nach Ansicht des *BGH*⁸⁰⁷ ein solcher Auskunftsvertrag stillschweigend abgeschlossen, wenn eine Auskunft des Lieferanten **erkennbar von erheblicher Bedeutung** und Grundlage wichtiger Entscheidungen des Anwenders war. In einem solchen Fall kann der Anwender vollen Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB verlangen.

3. Haftung wegen der Verletzung von Vertragsdurchführungspflichten

Neben den vorvertraglichen Nebenpflichten kennt die Rechtsprechung auch eine Reihe vertraglicher Nebenpflichten, deren fahrlässige Nichteinhaltung seitens des Verkäufers/Unternehmers eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB auslöst. Hierbei handelt es sich beispielsweise um Schutzpflichten für die Gesundheit oder das Eigentum des Bestellers.⁸⁰⁸

Kommt der Lieferant oder Anwender diesen Pflichten fahrlässig 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 gehören, findet nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB 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 ist⁸⁰⁹ oder die Ursache für den eingetretenen Schaden, vor dem er seinen Vertragspartner zu bewahren hat, in seinen Herrschafts- und Verantwortungsbereich fällt.⁸¹⁰

⁸⁰⁷ BGH, Urt. v. 11.10.1988 – XI ZR 1/88, NJW 1989, 1029; BGH, Urt. v. 17.9.1985 – VI ZR 73/84, NJW 1986, 181.

⁸⁰⁸ Staudinger/*Peters*, BGB, § 631 Rn. 59.

⁸⁰⁹ BGH, Urt. v. 25.5.1964 – VII ZR 239/62, BGHZ 42, 16, 18; Urt. v. 5.7.1973 – VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 128; BGH, Urt. v. 1.7.1980 – VI ZR 112/79, VersR 1980, 1028.

⁸¹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 11.2.1977 – V ZR 40/75, BGHZ 67, 383, 397; BGH, Urt. v. 18.12.1990 – VI ZR 169/90, NJW 1991, 1540, 1541. Vgl. auch BGH, Urt. v. 22. 10. 2008 – XII ZR 148/06, NJW 2009, 142 Tz. 15, wonach die Rechtsprechung zum alten Schuldrecht auch nach der Schuldrechtsreform gilt.

Dabei verjähren die Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB in der allgemeinen Frist des § 199 BGB. Allerdings gilt eine kürzere (zweijährige) Verjährungsfrist gem. § 438 BGB analog, wenn die Schäden in unmittelbarem Zusammenhang mit Sachmängeln stehen.⁸¹¹

4. Haftung nach ProdHaftG

In Betracht kommt ferner eine Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG).⁸¹² Die Anwendung des Produkthaftungsgesetzes wird meist mit Berufung darauf abgelehnt, dass Software kein beweglicher Gegenstand und damit auch kein Produkt i.S.d. ProdHaftG sei.⁸¹³ Auf jeden Fall ist die Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes jedoch für **Standardsoftware** zu bejahen, da diese eine bewegliche Sache i.S.d. § 90 BGB ist. Dieser Standpunkt entspricht sowohl der nationalen „*opinio communis*“⁸¹⁴ als auch dem Stand der internationalen Produkthaftungsdiskussion.⁸¹⁵

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.⁸¹⁶ So heißt es in der Begründung zum Schutz: „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.“⁸¹⁷ Auch zu berücksichtigen ist aber, dass das ProdHaftG nach seinem Sinn und Zweck das Problem der Haftung für den Fall eines mehrstufigen Absatzes von Massenprodukten regelt, seien sie nun maschinell oder handwerklich gefertigt. Gerade deshalb spricht die Gesetzesbegründung immer wieder davon, dass „ein Produkt in Verkehr gebracht und verwendet“ wird,⁸¹⁸ und bezieht sich immer wieder auf „Warenhersteller“ und „Verbraucher“.⁸¹⁹ Ein „Inverkehrbringen“ liegt nach

⁸¹¹ BGH, Urt. v. 21.11.1989 – VI ZR 350/88, NJW 1990, 908; BGH, Urt. v. 26.4.1989 – VIII ZR 312/87, NJW 1989, 2118, 2119.

⁸¹² Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte v. 15.12.1989, BGBl. I, 2198, zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 geändert.

⁸¹³ Vgl. auch Redeker, IT-Recht, Rn. 878

⁸¹⁴ Vgl. *Bartl*, 142; *Taschner*, 84; *Junker*, Rn. 478 ff.; *Hoeren*, RdV 1988, 115, 119; *Hoeren*, Handbuch der modernen Datenverarbeitung, Heft 146/1989, 22, 30 f.; *Junker*, WM 1988, 1217, 1249 ff.

⁸¹⁵ So etwa *Stuurman*, 110, 112 ff.; *Whittaker*, LQR 105 (1989), 125, 138 ff.; *Bown*, Protection 1/1986, 1, 12; *Reed*, Computer Law & Practice 4 (1988), 149 ff.; ähnlich für den Bereich des UCC *Aubrey's R.V. Ctr., Inc. v. Tandy Corp.*, 46 Wn. App. 595, 600, 731 P.2d 1124 (1987) (accepting agreement of parties that U.C.C. Article 2 applied to transaction involving defective software); *mAdvent Sys. Ltd. v. Unisys Corp.*, 925 F.2d 670, 675–76 (3d Cir. 1991) (holding that computer software falls within definition of a 'good' under U.C.C. Article 2).

⁸¹⁶ So die Argumentation von *Junker*, Rn. 480.

⁸¹⁷ Begründung zum Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, zit. n. PHI Sonderdruck/87, 106.

⁸¹⁸ Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 105; vgl. PHI Sonderdruck/87, 94: „Ausgangspunkt für diese Haftung ist die Verletzung einer Gefahrensteuerungs- und Abwendungspflicht, wobei diese die Produkthaftung begründende Pflicht an die Herstellung oder das Inverkehrbringen von Waren anknüpft.“

⁸¹⁹ Vgl. Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 94, 101 u.a.

der Begründung nur dann vor, wenn ein Produkt „in die Verteilungskette gegeben wurde“.⁸²⁰ Das Gesetz geht daher offensichtlich von einem hierarchisierten und differenzierten Vertriebsnetz vom Hersteller über den Importeur und Händler bis hin zum Endverbraucher aus. Ein solches Netz fehlt bei der Erstellung von Individualsoftware völlig; hier stehen sich Hersteller und Anwender direkt gegenüber und sind miteinander unmittelbar durch Vertrag verbunden. Insofern ist das ProdHaftG von seiner Grundkonzeption her nicht auf solch maßgeschneiderte Einzelprogramme anwendbar.

Ein Anspruch nach dem Produkthaftungsgesetz setzt zunächst voraus, dass **ein Fehler** i.S.v. § 3 Abs. 1 des Gesetzes vorliegt. Hiernach hat ein Produkt einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigterweise erwartet werden kann. Insofern ist problematisch, dass in der IT-Branche Sicherheitsstandards nicht allgemein definiert sind. Es gibt kaum Regelwerke, die allgemein verbindliche Regeln für die Entwicklung sicherer Produkte festlegen. Es muss daher auf die allgemeine Üblichkeit bestimmter Sicherheitserwartungen abgestellt werden.

Als besonders problematisch erweist sich, dass der Schadensersatzanspruch nur bei Gesundheitsschäden oder der **Beschädigung anderer Sachen** gewährt wird, sofern diese gewöhnlicherweise privat genutzt werden (§ 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG). Diese Regelung führt dazu, dass das Produkthaftungsgesetz im Softwarebereich kaum angewandt wird. Hinsichtlich denkbarer medizinischer Schäden spielt das Gesetz nur bei Navigationssoftware (z.B. Flugsteuerung) und im Bereich der medizinischen Datenverarbeitung eine Rolle. Die Beschädigung anderer, privat genutzter Sachen kommt nur dann in Betracht, wenn z.B. softwarebedingt der Rechner des Nutzers explodiert. Für Schäden an gewerblich genutzten Gegenständen ist das Gesetz von vornherein nicht anwendbar. Hinzu kommt, dass das Gesetz für den Fall der Sachbeschädigung gem. § 11 ProdHaftG von einer Selbstbeteiligung in Höhe von 500 Euro ausgeht. Es dürfte allerdings sehr selten sein, dass der Schaden eines Verbrauchers beim Einsatz von Software diesen Betrag übersteigt. Das Gesetz spielt nur deshalb eine (bescheidene) Rolle, da die Haftung nach dem ProdHaftG vertraglich nicht ausschließbar ist (§ 14 ProdHaftG). Dies führt dazu, dass in jeder Haftungsklausel der Verweis auf die unbeschränkte Haftung nach dem ProdHaftG aufgenommen werden muss. Im Übrigen bleibt die deliktische Haftung nach § 823 BGB neben dem ProdHaftG bestehen (§ 15 Abs. 2 ProdHaftG), was für Sachschäden unter 500 Euro und Schäden an gewerblich genutzten Sachen eine zentrale Bedeutung hat.

⁸²⁰ Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 102 mit Verweis auf Art. 2d des Europäischen Übereinkommens v. 27.1.1977 über die Produkthaftung und Tötung.

5. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Bei § 823 Abs. 1 BGB kommt es entscheidend darauf an, dass Leib, Leben, Gesundheit, Eigentum oder ein sonstiges eigentumsähnliches absolutes Rechtsgut verletzt wird. Hersteller und Händler treffen Produktbeobachtungspflichten, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB auslöst. Dies betrifft vor allem **medizinische Software**, deren Einsatz unter Umständen zu Gesundheitsschäden führen kann. Fraglich ist, ob daneben **auch Datenverlust als Eigentumsverletzung** über § 823 Abs. 1 BGB geahndet werden kann. Teilweise wird in der Literatur das Recht an Datenbeständen und sonstigen Informationssammlungen unmittelbar unter den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB gestellt.⁸²¹ Der *BGH* sieht bei vertraglichen Beziehungen den Datenbestand eines Computerbenutzers als ein selbständiges vermögenswertes Gut, das schadensrechtlich als Schädigungsobjekt beachtlich und schützenswert ist.⁸²² Das *LG Konstanz* hat bei einem strombedingten Datenverlust betont, dass elektronische Daten nicht dem (sachenrechtlichen) Sachbegriff unterfallen und damit kein Rechtsgut i.S.d. Vorschrift verletzt sei.⁸²³ Im Übrigen ist das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz auf Software anwendbar; das Gesetz ist auch Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Insofern sind die Hersteller angehalten, zur Vorbeugung ein Risikomanagement zu betreiben.⁸²⁴

Wichtig ist im Falle eines **Datenverlustes auch § 254 BGB**. Datensicherung ist eine allgemein bekannte Selbstverständlichkeit.⁸²⁵ Angesichts der mannigfachen Gefahren eines Datenverlustes und der daraus regelmäßig folgenden schweren wirtschaftlichen Schäden für den EDV-Anwender gilt die Datensicherung als unverzichtbar.⁸²⁶ So hatte das *OLG Hamm*⁸²⁷ sich mit der Haftung für Datenverlust bei Gelegenheit von Wartungsarbeiten durch eine beauftragte Computerfirma zu befassen. Die 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

⁸²¹ Vgl. hierzu auch *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1585, 1588 f.

⁸²² *BGH*, Urt. v. 2. 7.1996 – X ZR 64/94, MDR 1997, 26 = CR 1996, 663; vgl. auch *Wicker*, MMR 2014, 715, 716f.

⁸²³ *LG Konstanz*, Urt. v. 10. 5.1996 – 1 S 292/95, NJW 1996, 2662 = CR 1997, 84.

⁸²⁴ *Littbarski*, VersR 2005, 448, 457; *Zscherpe/Lutz*, K&R 2005, 499.

⁸²⁵ *BGH*, Urt. v. 2.7.1996 – X ZR 64/94, NJW 1996, 2924 = WM 1996, 1695 = ZIP 1996, 1553; vgl. *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 20.12.1995 – 10 U 123/95, CR 1996, 348 f.; *AG Kassel*, Urt. v. 22.1.1997 – 423 C 1747-97, NJW-RR 1998, 1326 = RDV 1998, 74–75.

⁸²⁶ Vgl. *Becker*, NJW-CoR 1992, 17.

⁸²⁷ *OLG Hamm*, Urt. v. 1.12.2003 – 13 U 133/03, MMR 2004, 487 = K&R 2004, 543; ähnlich *LG Stuttgart*, Urt. v. 30. 1.2002 – 38 O 149/00, CR 2002, 487.

selbstverständlich vorausgesetzt werden.⁸²⁸ Zusätzliche Überprüfungspflichten bestehen jedoch dann, wenn ernsthafte Zweifel vorliegen, dass eine Datensicherung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist oder das Sicherungssystem nicht funktioniert.⁸²⁹

In welchem Umfang eine solche **Beobachtungspflicht des Händlers** besteht, ist unklar. Der *BGH*⁸³⁰ bejahte im Fall eines importierten fehlerhaften Produkts Ansprüche des Kunden gegen einen Händler nach § 823 Abs. 1 BGB: Die Beklagte habe als Händlerin die ihr obliegenden Verkehrssicherungspflichten verletzt. Zwar treffe grundsätzlich den Warenhersteller die umfassende Verantwortung für einen in seinem Wissens- und Tätigkeitsbereich entstandenen Produktfehler. Der Händler sei demgegenüber nur eingeschränkt an produktbezogene Gefahrabwendungspflichten gebunden. Insbesondere treffe ihn nicht deshalb der volle Haftungsumfang eines Warenherstellers, weil er durch Verwendung eigener Markenzeichen „wie ein Hersteller“ auftrete. Eine besondere Stellung komme jedoch einem Händler zu, der allein die betreffende Ware im Inland vertreibt. In einer solchen Konstellation trete der (Alleinvertriebs-) Händler 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 aufgrund seiner Stellung eine Pflicht zur sog. Produktbeobachtung gehabt habe, d.h. ob 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.

Im Übrigen ist anzumerken, dass die Manipulation von Abgassoftware nicht nur als Mangel zu weitergehenden Pflichten des Verkäufers führen kann, sondern auch über § 826 BGB als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung eine Haftung des Verkäufers begründen kann.⁸³¹

V. Regelung der Gewährleistung und Haftung durch AGB

Im Folgenden soll dargelegt werden, wie man die Frage der Gewährleistung und Haftung vertraglich in den Griff bekommen kann.⁸³²

⁸²⁸ Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 20.12.1995 – 10 U 123/95, CR 1996, 348 = NJW-RR 1997, 554; ähnlich OLG Köln, Urt. v. 22.4.1994 – 19 U 253/93, CR 1994, 532 = NJW-RR 1994, 1262.

⁸²⁹ So auch BGH, Urt. v. 2.7.1996 – X ZR 64/94, NJW 1996, 2924; OLG Hamm, Urt. v. 10. 5.1999 – 13 U 95/98, CR 2000, 289; OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.11.1995 – 3 U 15/95, NJW 1996, 200 = CR 1996, 352; OLG Köln, Urt. v. 2. 2.1996 – 19 U 223/95, CR 1996, 407 = NJW-RR 1997, 558; OLG Köln, Urt. v. 22.4.1994 – 19 U 253/93, CR 1994, 532 = NJW-RR 1994, 1262.

⁸³⁰ BGH, Urt. v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517 = CR 1994, 205.

⁸³¹ OLG Köln, Urt. v. 3.1.2019 – 18 U 70/18.

⁸³² Dazu auch eingehend: Schneider/v. Westphalen, Kap. K Rn. 13 ff.

AGB müssen zunächst wirksam in einen Vertrag einbezogen werden. Dazu ist gem. § 305 Abs. 2 BGB die andere Partei ausdrücklich oder, wenn dies unverhältnismäßig wäre, zumindest durch einen deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf die Einbeziehung von AGB in den Vertragsschluss hinzuweisen. Der anderen Partei muss gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Möglichkeit verschafft werden, von dem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Das österreichische Bundesgericht geht davon aus, dass der Verwender der AGB seinem Vertragspartner eine Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme verschaffen muss. Diese sei bei einer Bereitstellung über das Internet – insbesondere, wenn die Parteien über E-Mail miteinander kommunizierten -, nicht aber bei einer Zugänglichmachung per Fax gegeben.⁸³³ Ist eine wirksame Einbeziehung der AGB erfolgt, ist weiterhin die Frage zu klären, welche Bestimmungen überhaupt die Inhaltskontrolle regeln.

Bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen kommt für den Bereich zwischen B2C und B2B neben §§ 138, 444 BGB eine **Anwendung der §§ 307 und 309 BGB** in Betracht. Es fällt auf, dass § 475 BGB wie ein Störfaktor wirkt. Denn hiermit sind bei Individualverträgen zu Lasten der Verbraucher Regelungen ausgeschlossen, die im Rahmen der Inhaltskontrolle auch bei Verträgen mit Verbrauchern wiederum ausdrücklich für wirksam erachtet werden (§ 309 BGB). Allerdings steht § 309 BGB unter dem Vorbehalt, „auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist“. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass **zwingende Bestimmungen des BGB vorrangig zu prüfen** sind. Gemeint ist vor allem die Regelung in § 475 BGB zugunsten des Verbrauchsgüterkaufs. Der Gesetzgeber hat sich insoweit bei der Schuldrechtsreform dafür entschieden, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in engstem Umfang, rein nach Wortlaut, umzusetzen. Dadurch entstehen jedoch Wertungswidersprüche, die kaum noch auflösbar sind, wie im Weiteren zu zeigen sein wird.

Fraglich ist vor allem, welcher Umfang für § 309 BGB bleibt. Diese Regelung gilt nicht für Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer vereinbart werden (§ 310 Abs. 1 BGB). Insofern gilt **§ 309 BGB hauptsächlich für C2C sowie für die Bereiche der Geschäfte mit Verbrauchern, die vom Begriff des Verbrauchsgüterkaufs nicht umfasst sind**. Das sind der Verkauf unbeweglicher Sachen (§ 474 Abs. 1 S. 1 BGB) und die Zwangsversteigerung gebrauchter Sachen (§ 474 Abs. 1 S. 2 BGB). Hinzu kommen abseits des Kaufrechts insbesondere die Bereiche des Werkvertragsrechts, voran das Recht der Bauleistungen; bei letzterem gelten allerdings die Bestimmungen der §§ 309 Nr. 8b lit. bb) und ff) BGB nur eingeschränkt. Im Übrigen ist zu bedenken, dass auch beim Verbrauchsgüterkauf im Bereich der Haftung abweichende Vereinbarungen zulässig sind (§ 475 Abs. 2 BGB).

⁸³³ OGH, Urt. v. 1.7.2013 – 4A_86/2013.

Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Danach ist eine Bestimmung in den AGB einer Internetplattform unwirksam, die dem Verwender bei objektiver Auslegung das Recht vorbehält, vom Kunden entgeltlich erworbene digitale Inhalte zu entfernen.⁸³⁴ Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmungen nicht klar und verständlich sind (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Nach § 310 Abs. 1 S. 2 a.E. BGB ist allerdings bei der Auslegung dieser Vorschrift auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen. Für die Beziehungen zwischen Unternehmer und Verbraucher im AGB-Recht gelten die Klauselverbote der §§ 307–309 BGB, die den bisherigen Bestimmungen in §§ 9–11 AGB weitgehend entsprechen.

Fraglich ist allerdings, ob **§ 475 BGB eine Leitbildfunktion im Rahmen von § 307 BGB** für Verträge zwischen Unternehmen hat.⁸³⁵ Man könnte aus § 475 BGB die Konsequenz ziehen, dass die dort genannten Regelungen des Kaufrechts AGB-fest sind. Dagegen spricht jedoch die klare Aufteilung der verschiedenen Vertragstypen mit der jeweiligen Abgrenzung von B2B und B2C. Entscheidend ist das *argumentum e contrario*. Wenn das BGB nunmehr infolge der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Anwendungsbereich der zwingenden Bestimmungen in § 475 BGB eng auslegt, kann daraus nur der Rückschluss gezogen werden, dass in den Bereichen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs der Grundsatz der Vertragsautonomie gilt. Über § 307 BGB die Grundgedanken des § 475 BGB und der darin verwiesenen Vorschriften einfließen zu lassen, würde dieses Grundmodell konterkarieren. § 475 BGB gilt nicht, wenn der Käufer dem Verkäufer einen gewerblichen Verwendungszweck vortäuscht.⁸³⁶ Die Angaben des Verkäufers über das Vorliegen eines Gewerbes auf seiner Seite sind irrelevant.⁸³⁷ Für C2C-Geschäfte gilt § 475 BGB nicht.⁸³⁸

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

Nach § 309 Nr. 8b lit. aa) BGB ist eine Klausel unwirksam, die bei Kauf- oder Werkverträgen über neue Sachen und Leistungen jegliche Gewährleistung ausschließt oder auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte (insbesondere den Hersteller) beschränkt. Eine solche Klausel verstößt gegen § 309 Nr. 8b lit. aa) BGB, sofern es um **Verträge zur Lieferung neu hergestellter Sachen** geht. Dabei ist zu beachten, dass diese Regelung sowohl Rechts- wie

⁸³⁴ OLG Köln, Urt. v. 26.2.2016 – 6 U 90/15, MMR 2016, 387.

⁸³⁵ Siehe dazu die Bedenken von *Westermann*, JZ 2001, 530, 535 f.

⁸³⁶ BGH, Urt. v. 22.12.2004 – VIII ZR 91/04, NJW 2005, 1045 = MDR 2005, 503 = DAR 2005, 211.

⁸³⁷ LG Trier, Urt. v. 8.6.2004 – 1 S 87/03.

⁸³⁸ So für den Privatverkauf von „Bastlerautos“ OLG Oldenburg, Urt. v. 3.7.2003 – 9 W 30/03, ZGS 2004, 75.

Sachmängel umfasst. Der Anwendungsbereich des § 309 Nr. 8b BGB ist jedoch gegenüber dem vorherigen § 11 Nr. 10 AGBG erheblich eingeschränkt. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass nunmehr beim Verkauf von Software im Verhältnis B2C (sog. Verbrauchsgüterkauf) die zwingende Regelungswirkung des § 475 Abs. 1 BGB zu beachten ist und zwar unabhängig davon, ob es sich um Neu- oder Gebrauchsgüter handelt. Gleiches gilt gem. § 651 BGB für einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat. Neben dem im Hinblick auf die Verwendung von AGB eher unbedeutenden Bereich des C2C erfasst § 309 Nr. 8b BGB somit lediglich Vertragsgestaltungen in Bezug auf neu hergestellte, unbewegliche Sachen sowie auf Werkleistungen, die nicht unter § 651 BGB fallen.

§ 309 Nr. 8b lit. aa) BGB verbietet insbesondere den **völligen Ausschluss der Rechte aus §§ 437, 634 BGB**. Damit ist gleichzeitig angedeutet, dass eine Beschränkung auf Minderung oder Rücktritt grundsätzlich zulässig ist. Allerdings ist hier die Symmetrie zu § 309 Nr. 8b lit. bb) BGB zu wahren, wonach dem Kunden das Recht auf Rücktritt und Minderung ausdrücklich vorbehalten sein muss.⁸³⁹ Demzufolge wird man annehmen können, dass die klauselmäßige Eingrenzung des Kundenrechts auf einen Minderungsanspruch zwar vor § 309 Nr. 8b lit. aa) BGB bestehen kann, mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB jedoch nicht in Einklang zu bringen ist. Umgekehrt ist die Beschränkung der Sachmängelhaftung auf das weitergehende Rücktrittsrecht unter Ausschluss des Minderungsrechts nicht zu beanstanden.

Dem unzulässigen Ausschluss der Rechte aus §§ 437, 634 BGB steht es gleich, wenn die dem Kunden belassenen Rechte **einen bestimmten Mängelbereich von der Haftung voll ausnehmen** („Wir haften nicht für versteckte Mängel“) oder der Verwender nur für verschuldete Mängel einstehen will. Letzteres widerspricht insbesondere der aus § 437 Nr. 1 BGB folgenden verschuldensunabhängigen Einstandspflicht. Unwirksam ist ferner die Beschränkung auf die bei der Übergabe oder Abnahme festgestellten Mängel sowie auf die vom Verwender „anerkannten“⁸⁴⁰ Mängel, denn im Umfang der später auftretenden, nicht anerkannten Mängel hat sich der Verwender von seiner Mängelhaftung befreit. Die Unwirksamkeit der schon nach – wie oben dargestellt – § 309 Nr. 8b unzulässigen Klauseln lässt sich ebenfalls vor diesem Hintergrund begründen.

⁸³⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang BGH, Urt. v. 16.5.1990 – VIII ZR 245/89, NJW-RR 1990, 1141; BGH, Urt. v. 16.5.1990 – VIII ZR 245/89, MDR 1991, 44.

⁸⁴⁰ BGH, Urt. v. 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060.

Das Verbot, die Haftung für Mängel voll auszuschließen, **gilt auch im Verhältnis B2B**.⁸⁴¹ Zwischen Kaufleuten ist eine Klausel wie „Wir übernehmen keine Gewähr für Sonderangebote und Abholwaren“ auch unwirksam.⁸⁴² Insofern kommt die allgemeine Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1, 310 Abs. 1 BGB zum Tragen. Hierbei ist zu beachten, dass sich die in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Bezug genommenen gesetzlichen Regelungen und die mit ihnen verknüpften wesentlichen Grundgedanken durch die Schuldrechtsreform mitunter erheblich verändert haben. Im Einzelnen ist dabei kritisch zu hinterfragen, inwieweit den neuen Regelungen eine Leitbildfunktion zukommt. Im Kaufrecht haben die Sondervorschriften über den Verbrauchsgüterkauf, die ihre Grundlage in den Richtlinien (EU) 2019/770 (Digitale-Inhalte-Richtlinie, DIRM)⁸⁴³ und (EU) 2019/771 (Warenkauf, WKRL)⁸⁴⁴ haben, keine Leitbildfunktion für die Bereiche B2B sowie C2C.⁸⁴⁵ Die Richtlinienvorgaben zielen lediglich darauf ab, die Rechtsposition des Kunden als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB zu stärken. Somit begegnet es keinen Bedenken, das Wahlrecht des Käufers über die Art der Nacherfüllung i.S.d. § 439 Abs. 1 BGB im Bereich B2B für abdingbar zu halten. Auch ist für diesen Bereich zu überlegen, ob nicht in Einkaufsbedingungen wirksam auf das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) verzichtet werden kann. Eine solche Vereinbarung erscheint im Interesse der Zügigkeit des Handelsverkehrs auch sachgerecht.

Unwirksam sind Klauseln wie:

- „Jegliche Gewährleistung ist ausgeschlossen.“⁸⁴⁶
- „Der Käufer bestätigt bei der Anlieferung, dass die gelieferte Ware bei Übergabe in einwandfreiem Zustand ist.“⁸⁴⁷

⁸⁴¹ BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 231/90, NJW 1991, 2632; BGH, Urt. v. 26.1.1993 – X ZR 90/91, NJW-RR 1993, 561.

⁸⁴² Siehe dazu BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 231/90, ZIP 1991, 1362.

⁸⁴³ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=DE> (zuletzt abgerufen am 11.06.2021).

⁸⁴⁴ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0771&from=DE> (zuletzt abgerufen am 26.08.2021).

⁸⁴⁵ *Kupfer/Weiß*, ZVertriebsR 2021, 21, 26; *Westermann*, JZ 2001, 535.

⁸⁴⁶ Diese Klausel ist auch gegenüber Kaufleuten unwirksam; vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 231/90, ZIP 1991, 1362.

⁸⁴⁷ So auch KG Berlin, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 231/90, NJW 1991, 2630 = ZIP 1981, 1105; OLG Hamm, Urt. v. 12.12.1988 – 31 U 104/87, NJW 1989, 1041.

Zulässig ist eine Regelung, wonach sich die Gewährleistung nicht auf Fehler erstreckt, die auf ein Bedienungsversagen des Kunden zurückzuführen sind.⁸⁴⁸ Fraglich ist allerdings, ob eine solche Klausel sinnvoll ist, da sie letztendlich nur die gesetzliche Regelung wiedergibt.

Ein Gewährleistungsausschluss für „Schnäppchen“ ist **unwirksam**, etwa dergestalt: „Wir übernehmen **keine Gewähr für Sonderangebote und Abholwaren**.“ Ebenso unwirksam ist der Hinweis: „**Technische Produkte sind nie fehlerfrei**.“⁸⁴⁹ Der Käufer muss wissen, dass der Verkäufer subsidiär weiter haftet.⁸⁵⁰ Der Händler darf den Kunden auch nicht darauf verweisen, dass dieser seine Gewährleistungsansprüche direkt beim Hersteller bzw. dessen inländischer Vertriebsgesellschaft geltend macht („Bei Mängeln hat sich der Käufer zunächst an den Hersteller/Lieferanten zu wenden.“).⁸⁵¹

Schwierig ist die Frage, ob beim Verbrauchsgüterkauf zu Lasten eines Verbrauchers ein solcher Gewährleistungsausschluss auch **bei Individualvereinbarungen** zulässig wäre. § 475 Abs. 1 S. 1 BGB verbietet eine Abweichung von § 437 BGB zum Nachteil des Verbrauchers. Nach § 437 BGB hat der Käufer das Recht, Erfüllung, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz zu verlangen. Diese Beschränkung von § 437 Nr. 1 und 2 BGB rechtfertigt die Annahme, dass eine entsprechende Vereinbarung gegen § 475 Abs. 1 BGB verstößt.

§ 475 Abs. 1 S. 1 BGB ordnet somit die zwingende Anwendbarkeit der genannten Vorschriften an. Nach § 475 Abs. 1 S. 2 BGB sind auch solche Vereinbarungen unwirksam, die durch anderweitige Vertragsgestaltung darauf abzielen, die Rechte des Käufers zu dessen Nachteil zu modifizieren.

Eine solche Möglichkeit könnte sich im Kaufrecht aus einer Vereinbarung über die Mängelfreiheit der Kaufsache ergeben. Formulierungen wie die bereits erwähnte „verkauft wie besichtigt“-Formel stellen eine vertragliche Fixierung der „vereinbarten Beschaffenheit“ der Sache i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Durch eine derartige Klausel wird die Sache so, wie sie der Käufer zu Gesicht bekommt, als mängelfrei deklariert. Etwa auftretende Defizite kann der Käufer daher nicht im Rahmen der ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche geltend machen; sie fallen durch die Vereinbarung nicht in den Definitionsbereich des Mangels.

Da es sich somit um eine mittelbare Außerkraftsetzung der dem Verbraucher gewährten Gewährleistungsrechte handelt, ist davon auszugehen, dass auch solche Formeln zukünftig gem. § 475 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 475 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sind.

⁸⁴⁸ *Bartl*, CR 1985, 13, 20.

⁸⁴⁹ Siehe hierzu BGH, Urt. v. 18.1.1989 – VIII ZR 142/88, NJW-RR 1989, 625 = MDR 1989, 629 für den Ausschluss der Gewährleistung bei handelsüblichen Holzmusterabweichungen; siehe schon oben: Drittes Kapitel, III., 1., a), aa).

⁸⁵⁰ BGH, Urt. v. 10.7.1980 – VII ZR 139/79, NJW 1980, 2800 = MDR 1980, 1014.

⁸⁵¹ BGH, Urt. v. 10.7.1980 – VII ZR 139/79, NJW 1980, 2800 = MDR 1980, 1014.

Unwirksam ist im Übrigen die genannte Klausel „verkauft wie besichtigt“ auch **nach § 138 BGB**. Zu beachten ist ferner der Bereich der Arglist und der Garantien (§ 444 BGB).

2. Beschränkung der Nacherfüllung

Im Rahmen von § 309 Nr. 8b bb) BGB ist **eine Beschränkung der Rücktritts- und Minderungsrechte durch eine vorgeschaltete Nacherfüllungsphase zulässig**. Die Vorschrift hat allerdings durch die Schuldrechtsmodernisierung einen erheblichen Bedeutungswandel erfahren. Während zuvor die klauselmäßige Beschränkung auf Nachbesserung im Rahmen des wortgleichen § 11 Nr. 10b AGBG eine echte Besserstellung des Verwenders bedeutete – den ansonsten sofort greifenden gesetzlichen Gewährleistungsrechten war er zumindest bis zum Fehlschlagen der Nachbesserung nicht ausgesetzt –, kommt ihm diese Rechtsposition im Grundsatz nunmehr auch ohne eine entsprechende Klauselbestimmung zu. Dies erklärt sich daraus, dass das in § 439 BGB geregelte Institut der Nacherfüllung eine doppelte Rechtsnatur besitzt. Die Nacherfüllung ist zwar einerseits Konsequenz des Anspruchs auf Verschaffung einer mangelfreien Sache (Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs), andererseits jedoch auch das Recht des Verkäufers zur sog. zweiten Andienung, bevor ihm Rücktritt, Minderung und Schadensersatz drohen. Da somit nach der Konzeption des neuen Leistungsstörungsrechts primärer Rechtsbehelf die Nacherfüllung ist,⁸⁵² ist die Bedeutung des § 309 Nr. 8b bb) BGB schon von daher erheblich abgeschwächt. Zu beachten ist ferner die Abgrenzung zu §§ 474, 475 BGB. Denn für den Verbrauchsgüterkauf bleibt es zwingend dabei, dass der Käufer regelmäßig Nacherfüllung und – nach erfolgloser Fristsetzung – Minderung oder Rücktritt und auch Schadensersatz (§§ 280 ff. BGB) oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB) verlangen kann. Nur bei Verbrauchergeschäften, die nicht unter den Verbrauchsgüterkauf fallen, kommt § 309 Nr. 8b bb) BGB zum Tragen.

Unzulässig dürften Klauseln sein, die ein „**Nachbesserungsrecht**“ des Käufers vorsehen. Allein schon die bloße Formulierung „der Käufer kann Nachbesserungen der Ware verlangen“ verstößt bereits deshalb gegen § 309 Nr. 8b bb) BGB, weil der rechtsunkundige Käufer den Eindruck haben könnte, dass er außer der Nachbesserung keine weiteren Rechte geltend machen kann. § 309 Nr. 8b bb) BGB sieht allerdings vor, dass dem anderen Vertragsteil ausdrücklich das Recht vorbehalten sein muss, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten. Dem Kunden muss somit auch ein Recht auf Rücktritt oder Minderung bei fehlgeschlagenen Nacherfüllungen verbleiben.

⁸⁵² Däubler, NJW 2001, 3729, 3732.

Nach §§ 437, 439 BGB geht der Begriff der Nacherfüllung weit über den der Nachbesserung hinaus. Er umfasst sowohl die Beseitigung des Mangels wie die Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 BGB). Denkbar ist allerdings eine Beschränkung auf eine der beiden Nachbesserungsmöglichkeiten, etwa durch deutlichen Verweis auf die Möglichkeit der Mängelbeseitigung, sofern dem Vertragspartner ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, beim Fehlschlagen der jeweils eingeräumten Nacherfüllungsmöglichkeit zu mindern oder vom Vertrag zurückzutreten.⁸⁵³

Wie bei der bisherigen Rechtsprechung könnte auch der Begriff der „**Minderung**“ problematisch sein. Allerdings wurde der frühere Begriff „Herabsetzung der Vergütung“ durch den Terminus „Minderung“ ersetzt (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB). Hierin ist ein Indiz dafür zu sehen, dass auch in AGB von Minderung geredet werden darf. Anders als nach der Rechtsprechung zum alten ABGB ist der Verweis auf die „Minderung“ im nichtkaufmännischen Verkehr unwirksam, da das Gesetz nunmehr den Begriff selbst als terminus technicus verwendet.

Zulässig dürfte eine Formulierung sein, die der *BGH* in einer früheren Entscheidung einmal gebilligt hat:⁸⁵⁴ „Solange wir unseren Verpflichtungen zur Nacherfüllung, insbesondere zur Behebung von Mängeln oder zur Lieferung einer mangelfreien Sache, nachkommen, hat der Kunde kein Recht, eine Herabsetzung der Vergütung zu verlangen oder den Rücktritt vom Vertrag zu erklären, sofern nicht ein Fehlschlagen der Nacherfüllung vorliegt.“

Erforderlich ist ferner auch eine Beschränkung der **Zahl der Nacherfüllungsversuche**. Von der Rechtsprechung wurde teils die formularmäßige Festlegung, dass der Kunde drei Nachbesserungen zu gestatten hat, als unwirksam angesehen,⁸⁵⁵ teils wurde jedoch auch die Einführung einer Duldungspflicht des Kunden für drei Nachbesserungsversuche für zulässig erachtet.⁸⁵⁶ Im Ergebnis wird man die Frage, wie viele Nacherfüllungsversuche der Kunde gestatten muss, von der Art des Mangels und einer Abwägung der beiderseitigen Interessen abhängig machen müssen. Im Rahmen des Kaufrechts ist jetzt auf § 440 S. 2 BGB abzustellen, der ein Fehlschlagen der Nachbesserung nach zwei Versuchen annimmt.

§ 439 Abs. 4 BGB sieht ferner die Möglichkeit vor, dass der Verkäufer vom Käufer **Rückgewähr der mangelhaften Sache** bei Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. Eine solche Rückgewährspflicht wird man auch AGB-rechtlich verankern können. Ferner kann die Nacherfüllung davon abhängig gemacht werden, dass der Kaufpreis zu einem

⁸⁵³ Vgl. auch BR-Drs. 338/01, 363.

⁸⁵⁴ BGH, Urt. v. 21.2.1990 – VIII ZR 216/89, NJW-RR 1990, 886 = MDR 1990, 814.

⁸⁵⁵ BGH, Urt. v. 29.10.1997 – VIII ZR 347/96, NJW 1998, 677; BGH, Urt. v. 29.10.1997 – VIII ZR 347/96, BB 1998, 12.

⁸⁵⁶ AG Offenburg, Urt. v. 1.3.1996 – 3 C 546/95, CR 1997, 86.

angemessenen Teil bezahlt ist, bei dessen Festlegung gem. § 309 Nr. 8b dd) BGB die Tatsache der Mangelhaftigkeit zu berücksichtigen ist. Der Definition der Angemessenheit sind insoweit enge Grenzen gesetzt.⁸⁵⁷ Obergrenze für die Teilleistung ist dabei der Wert der mangelhaften Leistung. Ist die Leistung für den Kunden wertlos, darf ihm eine Zahlungspflicht nicht auferlegt werden.⁸⁵⁸ Diese Differenzierung gilt es bei der Klauselabfassung zu beachten.

Im Zusammenhang mit den zu berücksichtigenden Schadensersatzansprüchen erlangt auch § 444 BGB Bedeutung. Hat der AGB-Verwender individualvertraglich ein Beschaffungsrisiko i.S.v. § 276 BGB oder eine **Garantie** i.S.v. § 444 BGB⁸⁵⁹ übernommen, so hat er damit seine unbedingte – verschuldensunabhängige – Einstandspflicht begründet. Eine Klausel, die sich dem zuwider am Schuldmaßstab des § 276 BGB ausrichtet und eine Haftung nur bei Verschulden vorsieht, verstößt dann gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn die Erreichung des Vertragszwecks offensichtlich gefährdet ist. Auf der Ebene von Einkaufsbedingungen folgt daraus gleichzeitig, dass es dem Verwender als Besteller nicht in die Hand gegeben ist, die Voraussetzungen einer verschuldensunabhängigen Garantiehafung formularmäßig auszubedingen, wenn und soweit eine derartige Einstandspflicht nicht Ergebnis eines Individualvertrags, sondern nur eine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 BGB bzw. § 634 BGB ist.⁸⁶⁰

Im Rahmen von § 307 BGB kommt das Grundmodell von § 308 BGB ebenfalls zum Tragen. Erlaubt ist es, Rücktritt und Minderung vom Fehlschlagen der Nacherfüllung abhängig zu machen. Die beiden Primärrechte dürfen dann aber nicht beschränkt werden.⁸⁶¹ Eine Beschränkung z.B. auf das Minderungsrecht ist auch zwischen Unternehmen AGB-mäßig unzulässig.⁸⁶²

Die Rückgriffsrechte des Handels gegenüber den „Hintermännern“, sind insofern gestärkt, dass der Unternehmer nach § 478 BGB im Falle des Verbrauchsgüterkaufs seine Lieferanten einfacher in Anspruch nehmen kann. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass der Mangel der Kaufsache ja nicht vom Händler selbst, sondern vom Hersteller zu vertreten ist. Insofern kann der Endverkäufer bei seinen „Hintermännern“ bis zu fünf Jahre Rückgriff nehmen (§ 479

⁸⁵⁷ In der Führung dieser Diskussion wird deutlich, dass das Kriterium des „eines unter Berücksichtigung des mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts“ in § 309 Nr. 8b bb) BGB unter der Überschrift des § 309 BGB („ohne Wertungsmöglichkeit“) an sich systemwidrig ist.

⁸⁵⁸ Palandt/*Grüneberg*, § 309 Rn. 75.

⁸⁵⁹ Gleiches gilt für § 639 BGB im Werkvertragsrecht.

⁸⁶⁰ *von Westphalen*, NJW 2002, 12, 18.

⁸⁶¹ BGH, Urt. v. 25.2.1981 – VIII ZR 35/80, NJW 1981, 1501; BGH, Urt. v. 3.7.1985 – VIII ZR 152/84, NJW-RR 1986, 52, 53.

⁸⁶² BGH, Urt. v. 25.2.1981 – VIII ZR 35/80, NJW 1981, 1501; BGH, Urt. v. 3.7.1985 – VIII ZR 152/84, BB 1993, 1755, 1757.

Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Auch hierzu regelt das Gesetz Fragen der vertraglichen Dispositivität. Nach § 478 Abs. 4 BGB kann eine Vereinbarung zum Nachteil des Unternehmers nicht erfolgen, wenn dem Rückgriffsgläubiger kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird. Diese Regelung soll jedoch nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz gelten (§ 478 Abs. 4 S. 2 BGB). Ein gleichwertiger Ausgleich kann etwa im Rahmen von pauschalisierten Abrechnungssystemen eingeführt werden.⁸⁶³

Diese Beschränkung macht die Klausel **auch für Verbrauchsgüterkaufvereinbarungen gegenüber Verbrauchern unwirksam**, da insofern eine Einschränkung des § 439 BGB vorliegt, die nach § 475 BGB nicht zum Nachteil des Verbrauchers vereinbart werden kann. Dies gilt jedoch nur, wie die systematische Stellung dieser Regelung belegt, für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, d.h. für Kaufverträge über bewegliche Sachen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer, § 474 Abs. 1 BGB. Nach § 475 Abs. 1 S. 1 BGB 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. § 437 Nr. 2 BGB verweist für den Rücktritt auf §§ 323, 326 Abs. 5 und 440 BGB. Ähnliches gilt für die Minderung (§§ 437 Nr. 2 i.V.m. 441 BGB). Das Gesetz ist zwar insofern unklar, als die Abhängigkeit der Minderung vom Vorliegen eines Rücktrittsrechts nicht deutlich wird. Allgemein wird jedoch davon ausgegangen, dass der Käufer auch vor der Minderung erst den Anspruch auf Nacherfüllung durchzusetzen hat.⁸⁶⁴ Man kann insofern einen Umkehrschluss aus § 441 Abs. 1 S. 2 BGB ziehen. Nach § 323 BGB kommt ein Rücktritt vom Vertrag nur in Betracht, wenn dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt worden ist. Eine Fristsetzung ist in bestimmten Fällen entbehrlich (§ 323 Abs. 2 BGB), wobei hierzu auch die Konstellation zählt, dass die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist (§ 440 S. 1 BGB). Insofern geht auch das gesetzliche Modell davon aus, dass grundsätzlich vor dem Rücktritt erst eine Nacherfüllungsphase einzuhalten ist und u.a. beim Fehlschlagen der Nacherfüllung der Wechsel zum Rücktritt erfolgen kann. Allerdings ist der Rücktritt nicht erst beim Fehlschlagen der Nacherfüllung möglich; vielmehr nennen §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 BGB und § 440 S. 2 BGB eine Reihe von Gründen, bei denen eine Fristsetzung entbehrlich ist. Eine AGB-mäßige Beschränkung von Rücktritt und Minderung auf das Fehlschlagen der Nachbesserung würde damit §§ 437 Nr. 2,

⁸⁶³ BT Drs. 14/6040, S. 249.

⁸⁶⁴ S. *Dauner-Lieb* u.a., 143.

323 Abs. 2 und § 440 S. 2 BGB konterkarieren und wäre damit ein Verstoß gegen § 475 Abs. 1 BGB.

3. Kosten der Nacherfüllung

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

Gem. § 309 Nr. 8b cc) BGB sind Klauseln, wonach die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen auf den Käufer übertragen werden sollen, verboten. Nichtig ist daher folgende 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.⁸⁶⁵ Gleiches gilt für die Formulierung: „Der Transport der Ware zum Zwecke der Reparatur erfolgt auf Kosten und Gefahr des Kunden.“⁸⁶⁶ 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.⁸⁶⁷ Dies gilt auch für die entsprechenden Wartungsverträge, die Mängelbeseitigung zur (entgeltlichen!) Wartungs-/Pflegeleistung erklären. Der Kunde kann das für solche Leistungen gezahlte Entgelt zurückverlangen; der Wartungsvertrag selbst ist insoweit nichtig.

Sollte **im kaufmännischen Verkehr** der Versuch unternommen werden, Nacherfüllungskosten auf den Käufer abzuwälzen, bleibt § 307 BGB zu prüfen. Zu bedenken sind insofern die gesetzlich vorgeschriebenen Rechte des Käufers nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB, wonach dieser Nacherfüllung verlangen kann. Die Nacherfüllung besteht nach Wahl des Käufers in der Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 BGB). § 439 Abs. 2 BGB bestimmt darüber hinaus, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat. Schwierig zu klären ist hier die Frage des Erfüllungsortes. Zur Klärung des Ausmaßes entsprechender Transportpflichten ist der jeweilige Erfüllungsort festzustellen. Das *AG Menden* hat 2004 in einem Fall, in dem jemand eine Couchgarnitur in einem Möbelabholmarkt gekauft hat, die Auffassung vertreten,

⁸⁶⁵ BGH, Urt. v. 10.12.1980 – VIII ZR 295/79 NJW 1981, 867.

⁸⁶⁶ LG München, EzAGBG § 11 Nr. 10c Nr. 3; ähnlich OLG München, Urt. v. 6.3.1986 – 29 U 3950/85, NJW-RR 1986, 604.

⁸⁶⁷ OLG Köln, Urt. v. 9.1.1987 – 6 U 89/86, NJW-RR 1987, 1192.

dass nicht der ursprüngliche Erfüllungsort, sondern der momentane Gelegenheitsort der Kaufsache relevant sei.⁸⁶⁸ Der Verkäufer habe deshalb die Pflicht zur Übergabe der Kaufsache zum Zwecke der Reparatur auf jeden Fall als Bringschuld zu leisten. Die Nacherfüllung sei am jeweiligen Belegenheitsort der Kaufsache zu erbringen. Inzwischen hat der *BGH* entschieden, dass der Erfüllungsort der Nacherfüllung anhand der allgemeinen Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB zu bestimmen ist. Weder sei der für den Primärleistungsanspruch des Käufers geltende Erfüllungsort automatisch für den Nacherfüllungsanspruch maßgeblich noch der aktuelle Belegenheitsort der Sache. Stattdessen sei zuvorderst auf die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien abzustellen. Fehlt es an einer Parteienvereinbarung, soll es auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, ankommen. Lässt sich der Erfüllungsort auch auf diese Weise nicht ermitteln, sei er „letztendlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung“ (§ 269 Abs.2 BGB) hatte.⁸⁶⁹ Der *BGH* argumentiert, dass nur so den Anforderungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, nach einer unentgeltlichen und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten erfolgenden Nacherfüllung, entsprochen werden kann.

Diese vertragswesentlichen Pflichten des Verkäufers lassen sich **nicht zu Lasten des Käufers abwälzen** (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB). Insofern kann auf die ältere Literatur zur Abbedingung von § 476a BGB im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verwiesen werden. Allerdings ist im Unterschied zur damaligen Wertung zu beachten, dass der Nacherfüllungsanspruch nunmehr gesetzlich verankert ist, während er nach altem Recht ein dispositives Recht war, das vor allem zugunsten des AGB-Verwenders nachträglich in die Geschäftsbedingungen aufgenommen worden ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bereits § 439 Abs. 2 BGB davon ausgeht, dass dem Verkäufer die gesetzliche Pflicht zur Tragung von Aufwendungen für die Nacherfüllung obliegt. Man wird daher aus dieser Vorschrift auch den gesetzgeberischen Befehl entnehmen müssen, einer Abbedingung dieser Kostentragungspflicht im Verhältnis B2B durch eine entsprechende AGB-Kontrolle entgegen zu treten. Schließlich wird ein Haftungsausschluss in Bezug auf die Kosten der Nacherfüllung beschränkt durch § 444 BGB bei Verschweigen eines Mangels und bei Übernahme einer Garantie.

Diese Überlegungen gelten **auch für den Verbrauchsgüterkauf**. § 475 BGB schließt ausdrücklich eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene Regelung aus, die die Rechte des Verbrauchers nach § 439 BGB schmälern würde. Hierzu zählt auch jedweder

⁸⁶⁸ AG Menden, Urt. v. 3.3.2004 – 4 C 26/03, NJW 2004, 2171.

⁸⁶⁹ BGH, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, WM 2011, 1616 = JuS 2011, 748 m. Anm. *Faust*.

Versuch, Kosten für eine Nacherfüllung in Rechnung zu stellen. Nach Mitteilung des Mangels können sich auch bei einem Verbrauchsgüterkauf die Parteien auf Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz einigen, insbesondere vergleichen.⁸⁷⁰

Sofern Unternehmer mit Unternehmern individualvertraglich eine Übernahme von Nacherfüllungskosten vereinbaren, kann aus § 475 BGB e contrario geschlossen werden, dass Individualverträge im Bereich B2B hinsichtlich der Kostenübernahme zulässig sind.

4. Rügepflichten

Häufig wird versucht, den Käufer dazu zu verpflichten, Mängel zu rügen. Zu beachten ist hier, dass sich aus § 377 HGB **Rügepflichten für Kaufleute** ergeben. Für Verbraucher gibt es solche Pflichten auf gesetzlicher Grundlage nicht. Fraglich ist, ob man diese vertraglich einführen kann.

Nach § 309 Nr. 8b ee) BGB kann der Verwender **für nicht-offensichtliche Mängel eine Anzeigefrist** setzen; diese darf aber nicht kürzer sein als die gesetzliche Gewährleistungsfrist. Diese Regelung entspricht den bisherigen Vorgaben in § 11 Nr. 10e AGBG. Unwirksam sind daher Klauseln wie:

- „Mängel müssen unverzüglich nach Feststellung schriftlich geltend gemacht werden.“⁸⁷¹
- „Versteckte Mängel sind unverzüglich nach Sichtbarwerden schriftlich zu rügen“.⁸⁷²
- „Alle Mängel sind binnen drei Monaten anzuzeigen.“
- „Mängel müssen unverzüglich bei Ablieferung gerügt werden. Ansonsten ist jegliche Gewährleistung und Haftung für solche Mängel ausgeschlossen.“⁸⁷³

In AGB darf allerdings eine Pflicht eingeführt werden, offensichtliche Mängel binnen einer angemessenen Frist zu rügen. Dabei muss der Begriff „offensichtlicher Mangel“ verwendet werden; daher sind folgende Formulierungen unwirksam:

- „Sichtbare Mängel sind unverzüglich zu rügen.“⁸⁷⁴
- „Erkennbare Mängel sind schriftlich binnen vierzehn Tagen geltend zu machen.“⁸⁷⁵

⁸⁷⁰ Palandt/*Weidenkaff*, 78. Aufl. 2019, § 439 Rn. 3.

⁸⁷¹ OLG Stuttgart, Urt. v. 20.7.1979 – 2 U 53/79, BB 1979, 1468.

⁸⁷² BGH, Urt. v. 6.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855.

⁸⁷³ BGH, Urt. v. 3.7.1985 – VIII ZR 152/84, NJW-RR 1986, 52; ähnlich OLG Hamm, Urt. v. 13.6.1986 – 20 U 285/85, NJW-RR 1987, 311.

⁸⁷⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 29.9.1978 – 2 U 81/78, BB 1979, 908; BGH, Urt. v. 6.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855; LG Köln, Urt. v. 19.6.1985 – 26 O 409/84, NJW 1986, 67.

⁸⁷⁵ LG München I, EzAGBG § 11 Nr. 10e Nr. 9.

Hinsichtlich des Zeitraumes für die Rüge sind **vier Wochen ab Übergabe** ausreichend. Anderweitige Vereinbarungen, die einen kürzeren Zeitraum vorsehen oder den Beginn der Frist nicht genau definieren, sind jedenfalls im nichtkaufmännischen Bereich nichtig, so etwa:

- „Offensichtliche Mängel sind unverzüglich schriftlich zu rügen.“⁸⁷⁶
- „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen schriftlich zu rügen.“

Zu beachten ist, dass allenfalls eine **schriftliche Erklärung der Rüge** verlangt werden kann. Die Einführung einer Pflicht, Rügen mittels Einschreibens oder besonderer Formulare zu erklären, ist bei Nichtkaufleuten gem. § 309 Nr. 13 BGB unwirksam.⁸⁷⁷ Zulässig ist demgegenüber eine Klausel des Wortlauts: „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen ab Übergabe der Ware schriftlich zu rügen.“

Wichtig ist, dass der Begriff des Mangels im neuen BGB deutlich erweitert worden ist. Zum Mangel zählen auch die Fälle der Falsch- und Zuweniglieferung (§ 434 Abs. 3 BGB). Diese beiden neuen Konstellationen sind nunmehr auch Gegenstand einer denkbaren Regelung zur Rügepflicht und sollten auch in den AGB als solche ausdrücklich genannt werden.

Zwischen Unternehmern ist zu bedenken, dass im Rahmen von § 310 BGB die Rügepflichten zwischen Kaufleuten eine zentrale Rolle spielen. § 377 HGB verpflichtet die Kaufleute für Mängel und 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. 8b ee) BGB nicht der Rückschluss ziehen, dass auch bei offensichtlichen Mängeln im unternehmerischen Bereich eine Beschränkung der Gewährleistung ausgeschlossen ist. Im Bereich B2B ist die Wertung des § 309 Nr. 8b ee) BGB somit nicht maßgeblich. Der Prüfungsmaßstab ergibt sich allein aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 377 HGB.

Im Übrigen kommt eine Anwendung der Grundzüge zur Inhaltskontrolle nicht in Betracht, sofern lediglich die Rügepflichten aus dem HGB in die AGB integriert werden (§ 305b BGB). Ausgeschlossen sind allerdings erhebliche Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des HGB, insbesondere von der Länge der Prüfungspflichten. Unzulässig ist es ferner, das Rügerecht an anderen Umständen fest zu machen, etwa an einer Bearbeitung oder Umgestaltung der Ware.⁸⁷⁸

Beim **Verbrauchsgüterkauf** kommt eine Einführung von Rügepflichten nicht in Betracht. § 437 BGB sieht Rechte des Käufers ohne Rücksicht auf die Einhaltung von Rügepflichten vor.

⁸⁷⁶ LG Köln, Urt. v. 19.6.1985 – 26 O 409/84, NJW 1986, 67, 69.

⁸⁷⁷ OLG München, Urt. v. 15.1.1987 – 29 U 4348/86, NJW-RR 1987, 661, 664.

⁸⁷⁸ BGH, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016.

§ 475 Abs. 1 BGB verbietet die Abweichung von diesem gesetzlichen Modell zu Lasten des Verbrauchers. Diese harte Regelung wird durch § 442 Abs. 1 S. 2 BGB ein wenig abgemildert. Hiernach kann der Käufer bei grob fahrlässiger Unkenntnis eines Mangels Gewährleistungsrechte nicht geltend machen (es sei denn, es liegt ein Fall der Arglist oder einer Garantie vor). Insofern unterliegt der Käufer schon kraft Gesetzes bestimmten Prüfungspflichten, sofern ihm schon beim Vertragsschluss Mängel offensichtlicher Art bekannt sein müssten. Wenn Produkte Fehler aufweisen, steht dem Verbraucher unter anderem ein Umtauschrecht zu. Eine Klausel in AGB, wonach die Ware innerhalb einer Woche nach Empfang zurückgesandt werden muss, ist nach einer Entscheidung des Kammergerichts nichtig.⁸⁷⁹ 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.⁸⁸⁰ 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*⁸⁸¹ können Online-Händler das Rückgaberecht mangelhafter Ware auch nicht dadurch ausschließen, dass sie in ihren AGB die Rückgabe ausschließlich in der Originalverpackung verlangen.

Neben der Verkürzung der Mängelrüge haben einige Händler in der Vergangenheit mittels AGB darüber hinaus versucht, **das für so genannte Fernabsatzverträge geltende Widerrufsrecht auszuschließen**. Demnach kann der Kunde gem. § 355 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 i.V.m. § 312g BGB Waren ohne Wenn und Aber sowie ohne Angaben von Gründen zwei Wochen lang zurückgeben, wenn er diese über einen Onlineshop geordert hat. Das *LG Memmingen* hat entschieden, dass das Widerrufsrecht nicht mittels AGB ausgeschlossen werden kann, mit der Begründung, ein derartiger genereller Ausschluss verstoße gegen die guten Sitten im Wettbewerb.⁸⁸² Die seit Juni 2014 geltende neue Regelung des § 312k Abs. 1 BGB verbietet nun eine Abweichung oder Umgehung des Widerrufsrechts gegenüber dem Verbraucher oder einem Kunden. Das Widerrufsrecht gilt aber nicht uneingeschränkt. Sobald etwa die Versiegelungen von CDs, DVDs oder CD-ROMs entfernt wurden, ist die Rückgabe

⁸⁷⁹ KG Berlin, Beschl. v. 4.2.2005 – 5 W 13/05, CR 2005, 255 = MMR 2005, 466 = MDR 2005, 677.

⁸⁸⁰ LG Hamburg, Urt. v. 5.9.2003 – 324 O 224/03, MMR 2004, 190 = CR 2004, 136 = VuR 2004, 27.

⁸⁸¹ LG Waldshut, Urt. v. 11.6.2003 – 6 U 210/02, WRP 2003, 1148, abrufbar unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030255.htm> (zuletzt abgerufen am 26.08.2021).

⁸⁸² LG Memmingen, Urt. v. 10.12.2003 – 1 HO 2319/03, K&R 2004, 359 = ITRB 2004, 198.

nach § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 6 BGB ausgeschlossen. Gleiches gilt für Waren, die speziell nach den Wünschen des Bestellers angefertigt wurden (§ 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB). 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.⁸⁸³

Trotz des nun seit Juni 2014 umgesetzten Widerrufsrechts beim Erwerb digitaler Inhalte im Fernabsatz, sind einige E-Commerce-Händler der Ansicht, dass jenes Widerrufsrecht beim Erwerb digitaler Inhalte nicht besteht, oder zumindest mit deren Installation erlischt. Als problematisch angesehen wird insbesondere das erhebliche Missbrauchspotenzial, wenn der Vertrag nach einem Download digitaler Inhalte widerrufen wird.⁸⁸⁴

Individualvertraglich bestehen gegen die Einführung von Rügepflichten keine Bedenken, soweit diese nicht auf einen faktischen Gewährleistungsausschluss *e ipso* hinauslaufen (z.B. „Der Käufer bestätigt bei Vertragsschluss die Mängelfreiheit der Ware“).

5. Haftung

Es fragt sich, ob neben der Gewährleistung Beschränkungen der Haftung eingeführt werden können.

Zunächst ist zu berücksichtigen, welche Wertungen § 309 BGB für den Bereich der B2C-Transaktionen abseits des Verbrauchsgüterkaufs vorsieht.

a) Trennung Gewährleistung – Haftung

Problematisch erscheint schon der Versuch, Gewährleistung und Haftung in unterschiedlichen Klauseln zu regeln. Früher sah man Gewährleistung und Haftung als **unterschiedliche Regelungskomplexe** an. Dementsprechend gingen die Unternehmen dahin, jeweils getrennte Klauseln für die Gewährleistung und die Haftung vorzusehen, um damit gerade dem Risiko einer Gesamtnichtigkeit einer einheitlichen Verantwortlichkeitsregel vorzubeugen. Eine solche Trennung wird heute kaum möglich sein. § 437 BGB geht von dem Grundgedanken aus, dass Haftung und Gewährleistung nebeneinander bestehende Rechte sind und sich wechselseitig ergänzen. Würde daher ein Unternehmen die Klausel in seine Geschäftsbedingungen aufnehmen „es besteht eine Gewährleistung für den gesetzlichen Zeitraum“, könnte der

⁸⁸³ *BGH*, Urt. v. 19.3.2003 – VIII ZR 295/01, *NJW* 2003, 1665 = *CR* 2003, 480 = *MMR* 2003, 463.

⁸⁸⁴ *Peintinger*, *MMR* 2016, 3.

Verdacht aufkommen, dass über die Gewährleistung hinaus eine Haftung nicht in Betracht kommt. Dies wiederum wäre ein Verstoß gegen § 307 BGB bzw. § 475 Abs. 1 BGB.

Verboten sind Beschränkungen der Haftung für

- arglistiges Verhalten (§ 444 BGB)
- das Bestehen von Garantien (§ 444 BGB)
- die Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit (§ 309 Nr. 7a BGB)
- die Haftung für grobes Verschulden (§ 309 Nr. 7b BGB)
- Ansprüche aus Produkthaftungsgesetz (§ 14 ProdHaftG)
- die Verletzung kardinaler Nebenpflichten (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

b) Garantie

Zu beachten ist, dass das Element der Garantie den alten Gedanken der Zusicherung ersetzt hat. Konsequenterweise ist daher das Klauselverbot des § 11 Nr. 11 AGBG (Haftung für zugesicherte Eigenschaften) weggefallen. Im Ergebnis ändert sich insoweit jedoch nichts, sofern der Unternehmer eine Garantie für bestimmte Eigenschaften der Sache bzw. des Werkes übernimmt und die sich daraus ergebende Haftung wegen des Vorrangs der Individualvereinbarung nicht ausschließen kann.⁸⁸⁵ Im Übrigen sieht der *BGH* auch bei B2B-Verträgen ein Transparenzproblem darin, ohne nähere Erläuterung den Begriff der Kardinalpflichten in den AGB zu verwenden.⁸⁸⁶ Der *BGH* hatte den Vertrag zwischen einem Kfz-Hersteller und einem Vertragshändler zu prüfen. Wie in vielen Vertragshändlerverträgen war in diesem Vertrag auch die Haftung bei sog. „Kardinalpflichten“ geregelt. Der *BGH* hielt diesen Begriff für intransparent. Von einem durchschnittlichen Vertragshändler als juristischem Laien könne nicht erwartet werden, dass er den Inhalt der *BGH*-Rechtsprechung zu den so genannten „Kardinalpflichten“ kenne. Ihm erschließe sich deshalb ohne nähere Erläuterung auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre des Vertrags nicht, was mit „Kardinalpflichten“ gemeint ist. Möglich, aber auch ausreichend sei eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne dass die für den Typus des Vertragshändlervertrags wesentlichen Vertragspflichten, bei deren Verletzung der Vertragszweck gefährdet ist, abschließend aufgezählt werden müssten. Der *BGH* schlägt selbst eine Formulierung vor: „soweit es sich nicht um die Verletzung einer Pflicht handelt, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst

⁸⁸⁵ Vgl. § 305b BGB.

⁸⁸⁶ *BGH*, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 = MDR 2006, 14 = ZIP 2005, 1785 = WM 2005, 2002.

ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf.“ Noch ungeklärt ist, ob durch die Verwendung dieser neuen Formel eine Haftungsbeschränkungsklausel „gerettet“ werden kann.

Eine selbstständige Garantieverpflichtung i.S.d. § 443 BGB kann auch allein durch eine Darstellung der Garantie in der Werbung für ein Produkt entstehen. Hierfür bedarf es nicht eines wirksamen Abschlusses für einen Garantievertrag. Eine solche sich aus der Werbung ergebende Garantieverpflichtung kann durch nachfolgende, nicht ausgehandelte Garantieverträge nicht einschränkend beeinträchtigt werden.⁸⁸⁷

c) Klauselverbote in § 309 BGB

Während die Ausschlussverbote in Bezug auf durch Mängel begründete Pflichtverletzungen (§ 309 Nr. 8b BGB) bereits weitgehend oben diskutiert wurden, sind nunmehr die Haftungsausschlüsse für **sonstige Pflichtverletzungen** in Betracht zu ziehen. Es handelt sich im Einzelnen um den klauselmäßigen Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit (§ 309 Nr. 7a BGB), bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7b BGB) sowie bei sonstigen Pflichtverletzungen hinsichtlich des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen (§ 309 Nr. 8a BGB).

aa) § 309 Nr. 7a BGB

Mit Einfügung dieser Vorschrift ist das Verbot des früheren § 11 Nr. 7 AGBG erweitert worden. Eine Klausel ist gem. § 309 Nr. 7a BGB unwirksam, wenn sie den Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung für **Schäden aus der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit** vorsieht, sofern diese auf einer **fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders** oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen. Das Verbot des § 309 Nr. 7a BGB entspricht der Nr. 1a des Anhangs zur RL 93/13/EWG (Missbräuchliche-Klauseln-Richtlinie). Es wurde bereits nach altem Recht aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG hergeleitet⁸⁸⁸ und zudem über § 14 ProdHaftG abgesichert. Da gem. § 276 Abs. 3 BGB die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner (Verwender) im Voraus nicht erlassen werden kann, ist die Berücksichtigung einer vorsätzlichen Pflichtverletzung des Verwenders in § 309 Nr. 7a BGB entbehrlich. Es stellt sich

⁸⁸⁷ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.7.2009 – 4 U 85/08, BB 2009, 2225.

⁸⁸⁸ Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 7.12.1977 – 1 U 46/77, NJW 1979, 2355; Freizeichnung für einfache Fahrlässigkeit in Krankenhausaufnahmebedingungen; ferner v. *Westphalen*, NJW 1990, 83 91; etwas anderes wurde jedoch dann vertreten, wenn auf Seiten des Verwendungsgegners eine Risikoübernahme zu bejahen war, beispielsweise im Rahmen einer motorsportlichen Veranstaltung, vgl. OLG Koblenz, 29.6.1992 – 12 U 561/91, VersR 1993, 1164; OLG Hamm, Urt. v. 2.10.1997 – 6 U 147/96, NZV 1998, 283.

allerdings die Frage, ob das Freizeichnungsverbot auch auf die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung Anwendung findet. Hiergegen spricht zunächst der Gesetzeswortlaut, der die Pflichtverletzung an den Verschuldensmaßstab des § 276 BGB bindet. Auch eine analoge Anwendung drängt sich nicht auf, vielmehr stellen die Materialien an mehreren Stellen auf die Maßgeblichkeit des Verschuldens ab.⁸⁸⁹ Einzig aus dem Wortlaut der Nr. 1a des Anhangs zur RL 93/13/EWG ließe sich ein Auslegungsargument für die Einbeziehung einer verschuldensunabhängigen Haftung gewinnen. Hiernach wird nämlich nicht auf ein Verschulden des Verwenders bei dessen schädigender Handlung abgestellt. Der Grund für die Nichterwähnung ist jedoch vordringlich darin zu sehen, dass der Begriff des Verschuldens in den europäischen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgeprägt ist,⁸⁹⁰ und eine Festschreibung von daher dem Ziel der Harmonisierung zuwidergelaufen wäre. Somit ergibt sich, dass § 309 Nr. 7a BGB einem Ausschluss bzw. einer Beschränkung der Haftung für Schäden, die auf einer verschuldensunabhängigen Pflichtverletzung beruhen, nicht entgegensteht.

bb) § 309 Nr. 7b BGB

Während durch § 309 Nr. 7a BGB klargestellt wird, dass die Haftung für Körperschäden auch bei leichter Fahrlässigkeit nicht eingeschränkt werden kann, ist eine **Freizeichnung** im Anwendungsbereich des § 309 Nr. 7b BGB nur **bei grobem Verschulden unwirksam**. Der Begriff der Pflichtverletzung in § 309 Nr. 7b BGB erfasst auch die Bereiche der Schlechtleistung im Kaufrecht und bezieht damit auch Schadensersatzansprüche aus Mängeln des Kaufs mit ein. Früher wurden indessen von § 11 Nr. 7 AGBG alle Arten schuldhafter Leistungsstörungen, aus denen Schadensersatzansprüche erwachsen, erfasst, also insbesondere die positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo, Verzug und Unmöglichkeit, aber auch auf Verschulden beruhende Schadensersatzansprüche aus Gewährleistung, insbesondere aus den bisherigen §§ 635, 538 Abs. 1 BGB sowie aus § 13 Nr. 7 VOB/B.⁸⁹¹ Die Einbeziehung von Schadensersatzansprüchen aus Mängeln beim Kauf ist daher folgerichtig und nach der Neukonzeption des Kaufrechts zwingend.

Indem § 309 Nr. 7 BGB lediglich auf den Tatbestand der Pflichtverletzung Bezug nimmt, ist eine Haftungsbegrenzung für Schäden aus unerlaubter Handlung nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB werden im Bereich vorformulierter Verträge regelmäßig mit vertraglichen Ansprüchen aus Pflichtverletzung konkurrieren. Da die Haftung

⁸⁸⁹ Vgl. BR-Drs. 338/01, 358.

⁸⁹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.1996 – verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, NJW 1996, 1267 = MDR 1996, 342 = ZIP 1996, 561.

aus unerlaubter Handlung hinsichtlich derselben Pflichtverletzung nicht hinter der vertraglichen zurückbleiben kann, ergibt sich aus zumindest analoger Anwendung⁸⁹² des § 309 Nr. 7 BGB, dass auch die Haftung für grob schuldhaft begangene unerlaubte Handlungen, sofern sie insoweit ausgeschlossen sein soll,⁸⁹³ in AGB nicht wirksam ausgeschlossen werden kann.⁸⁹⁴ Die konkurrierende Haftung aus §§ 823 ff. BGB wird allerdings wegen ihres schwach ausgeprägten Vermögensschutzes vor allem im Anwendungsbereich des § 309 Nr. 7b BGB zumeist leer laufen.

Unwirksam sind folgende Vertragsbestimmungen:⁸⁹⁵

- „Jede Haftung für Mängel wird ausgeschlossen.“
- „Für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers wird nicht gehaftet.“⁸⁹⁶
- „Wir haften nicht für Mangelfolgeschäden, Datenverlust und entgangenen Gewinn.“⁸⁹⁷
- „Wir haften für Schäden (...) bis zur Höhe von ... Euro.“⁸⁹⁸
- „Wir schließen jegliche Haftung, soweit gesetzlich zulässig, aus.“⁸⁹⁹
- „Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus.“⁹⁰⁰
- „Wir haften für grob fahrlässig verursachte Schäden nur dann, wenn diese unverzüglich gemeldet werden.“⁹⁰¹

⁸⁹² So noch in der 73. Auflage Palandt/*Heinrichs* § 309 Rn. 41.

⁸⁹³ Dazu BGH, Urt. v. 12.3.1985 – VI ZR 182/83 ZIP 1985, 687, wobei hier zudem die Problematik begegnete, dass eine unzulässige salvatorische Klausel („soweit zwingend gehaftet wird“) in den AGB vorhanden war.

⁸⁹⁴ BGH, Urt. v. 12.3.1987 – VII ZR 37/86, NJW 1987, 1931 „zumindest entsprechend anzuwenden“; BGH, Urt. v. 15.2.1995 – VIII ZR 93/94, NJW 1995, 1489.

⁸⁹⁵ Bei der Klauselabfassung ist stets zu beachten, dass umfassende Freizeichnungsklauseln, die auch die Haftung für grobes Verschulden und Körperschäden ausschließen, wegen des Verbots geltungserhaltender Reduktion im Ganzen unwirksam sind, vgl. BGH, Urt. v. 21.1.1999 – III ZR 289–97, NJW 1999, 1031.

⁸⁹⁶ OLG Köln, Urt. v. 2.7.1982 – 20 U 39/82, DAR 1982, 403.

⁸⁹⁷ LG Bayreuth, Urt. v. 17.3.1982 – S 72/81, DB 1982, 1400.

⁸⁹⁸ 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, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, ZIP 1984, 971; BGH, Urt. v. 12.5.1980 – VII ZR 166/79, BB 1980, 1011. Wann dies in concreto der Fall war, ließ sich jedoch kaum feststellen; demnach war und ist die Klausel auf jeden Fall zu gefährlich. Unzulässig ist ferner die Haftungsbeschränkung eines Fotolabors bei Beschädigung zu entwickelnder Filme auf den bloßen Materialwert, vgl. BGH, Urt. v. 28.4.1983 – VII ZR 267/82, WM 1983, 916.

⁸⁹⁹ Ein solcher Rettungsanker ist nicht erlaubt; er gilt als unzulässige salvatorische Klausel. Siehe BGH, Urt. v. 4.3.1987 – IVa ZR 122/85, NJW 1987, 1815; BGH, Urt. v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, NJW 1985, 623, 627; OLG Stuttgart, Urt. v. 19.12.1980 – 2 U 122/80, NJW 1981, 1105.

⁹⁰⁰ BGH, Urt. v. 29.1.1968 – II ZR 18/65, NJW 1968, 1567.

⁹⁰¹ BGH, Urt. v. 21.1.1999 – III ZR 289-97, NJW 1999, 1031. Über das Setzen solcher kurzen Ausschlussfristen hinaus ist auch in der Abkürzung der Verjährungsfrist eine unzulässige Haftungserleichterung zu sehen, vgl. BGH, Urt. v. 2.12.1982 – I ZR 176/80, VersR 1983, 339.

- „Wir schulden nur die rechtzeitige ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen und sind für vom Transportunternehmen verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich.“⁹⁰²

Zulässig bleibt nur eine Klausel wie folgt:

„Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern nicht Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betroffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf. Gleiches gilt für die Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.“⁹⁰³

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.

cc) § 309 Nr. 8a BGB

In Konsequenz aus dem allgemeinen Grundtatbestand der Pflichtverletzung fasst § 309 Nr. 8a BGB die Klauselverbote des alten § 11 Nr. 8 AGBG (Verzug und Unmöglichkeit) und § 11 Nr. 9 AGBG (Teilverzug, Teilunmöglichkeit) unter der begrifflich zu engen⁹⁰⁴ Überschrift „Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung“ zusammen. Nach der Bestimmung darf das auf einer Pflichtverletzung des Verwenders beruhende Rücktrittsrecht des anderen Vertragsteils weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden. Dies gilt jedoch nicht für die Fälle, in denen die Pflichtverletzung in einem Mangel der Kaufsache oder des Werks besteht. Insoweit tritt § 309 Nr. 8a BGB hinter § 309 Nr. 8b bb) BGB (Beschränkung auf Nacherfüllung bei Mängeln) zurück. Geschützt wird vielmehr das Rücktrittsrecht aus § 323 BGB, auf das auch eingeschränkt gem. § 326 Abs. 5 BGB verwiesen wird, sowie aus § 324 BGB wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 241 Abs. 2 BGB).

Zu beachten ist, dass § 309 Nr. 8a BGB nur insoweit greift, als der Verwender die das Rücktrittsrecht begründende Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. Demnach wendet sich der

⁹⁰² BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 353/12, Rn. 8, NJW 2014, 454 = MMR 2014, 166 = CR 2014, 195 = MDR 2014, 137; *Schwab*, JuS 2014, 836.

⁹⁰³ Vgl. BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 353/12, Rn. 20, NJW 2014, 454 = MMR 2014, 166 = CR 2014, 195 = MDR 2014; *Schwab*, JuS 2014, 836; kein Haftungsausschluss für Verschulden eines Transportunternehmers.

⁹⁰⁴ Zutreffend Palandt/*Grüneberg*, § 309 Rn. 58, wonach es nicht nur um Haftungsausschlüsse, sondern allgemein um Beschränkungen der Rechte geht, die dem Kunden bei Pflichtverletzungen des Verwenders zustehen.

Ausschluss des Rücktrittsrechts für eine nicht vom Verwender zu vertretene Pflichtverletzung nicht gegen § 309 Nr. 8a BGB.⁹⁰⁵ Im Mittelpunkt stehen hier die §§ 323, 324 BGB, aber auch beispielsweise § 376 Abs. 1 HGB, wonach dem Gläubiger das Rücktrittsrecht unabhängig vom Verschulden des anderen Teils eingeräumt wird. Eine unwirksame Beschränkung des Rücktrittsrechts liegt dagegen vor, wenn der Verwender dem Kunden vorschreibt, dass er das – nach § 323 Abs. 1 BGB nicht fristgebundene – Rücktrittsrecht innerhalb einer bestimmten Frist geltend machen müsse.⁹⁰⁶ Gegen § 309 Nr. 8a BGB verstößt demnach die Klausel: „Zur Wahrung seines Rücktrittsrechts ist der Kunde verpflichtet, dieses unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist, spätestens innerhalb einer Woche nach Ablauf dieser Frist, auszuüben“.

Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB kommt insbesondere für den Bereich B2B, aber auch in den Fällen zum Tragen, die von den speziellen Wertungen des § 309 BGB tatbestandlich nicht mehr erfasst sind (hier insbesondere die Problematik der Haftung für einfache Fahrlässigkeit).

Die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 BGB gewinnen gem. §§ 307, 310 Abs. 1 BGB grundsätzlich **auch im Verkehr zwischen Unternehmern** an Bedeutung.⁹⁰⁷ Soweit es um die schuldhaftige Verletzung von Gesundheit oder Leben des Vertragspartners geht, ergibt sich dies ohne weiteres, da die Neufassung des § 309 Nr. 7a BGB lediglich die bereits im Rahmen von § 9 AGBG entwickelten Grundsätze im Speziellen aufgreift. Auch im unternehmerischen Verkehr scheidet somit wegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine gegen den Verbotstatbestand des § 309 Nr. 7a BGB gerichtete Freizeichnungs- oder Begrenzungsklausel.⁹⁰⁸ In gleicher Weise ist auch ein Verstoß gegen die Wertung des § 309 Nr. 7b BGB im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu berücksichtigen. Hier kann auf die gefestigte Rechtsprechung des *BGH* zu §§ 9, 11 Nr. 7 AGBG rekuriert werden, wonach der Verwender für eigenes grobes Verschulden und dasjenige seiner leitenden Angestellten⁹⁰⁹ sowie für schwerwiegendes Organisationsverschulden⁹¹⁰ voll einzustehen hat. Der *BGH* hat allerdings bislang offen gelassen, ob sich der Unternehmer im Verhältnis B2B für grobes Verschulden einfacher

⁹⁰⁵ Zu prüfen bleibt dann allerdings, ob nicht § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB hier Grenzen setzt. Jedenfalls das aus § 323 BGB folgende Rücktrittsrecht wird man als ein formularmäßig nicht abdingbares Gerechtigkeitsgebot einstufen müssen.

⁹⁰⁶ Vgl. *BGH*, Urt. v. 18.1.1989 – VIII ZR 142/88, *NJW-RR* 1989, 625 = *ZIP* 1989, 311 = *MDR* 1989, 629.

⁹⁰⁷ Vgl. zur alten Rechtslage *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 4.5.1983 – 17 U 95/82, *NJW* 1983, 1681; *OLG München*, Urt. v. 23.6.1993 – 7 U 3294/92, *BB* 1993, 1753; *OLG Köln*, Urt. v. 29.6.1993 – 22 U 38/93, *BB* 1993, 2044; *OLG Hamm*, Urt. v. 10.10.1995 – 7 U 12/95, *NJW-RR* 1996, 969 = *MDR* 1996, 256.

⁹⁰⁸ *BGH*, Versäumnisurt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, *NJW* 2007, 3774 = *WM* 2007, 2261; siehe auch v. *Westphalen*, *NJW* 2002, 12, 21.

⁹⁰⁹ *BGH*, Urt. v. 2. 12. 1977 – I ZR 29/76, *NJW* 1978, 1918; *BGH*, Urt. v. 29.11.1988 – X ZR 112/87, *NJW-RR* 1989, 953.

⁹¹⁰ *BGH*, *NJW* 1974, 900.

Erfüllungsgehilfen allgemein freizeichnen kann.⁹¹¹ Dies ist jedenfalls abzulehnen, sofern wesentliche Vertragspflichten verletzt werden.⁹¹² Doch auch im Übrigen widerspricht es dem natürlichen Rechtsempfinden, die Haftung für grobes Verschulden eines einfachen Erfüllungsgehilfen allein mit Rücksicht auf die Nachrangigkeit von Vertragspflichten für abdingbar zu halten. Überdies bereitet eine Abgrenzung der Vertragspflichten nach ihrer Qualität erfahrungsgemäß Schwierigkeiten, zumal auch die Schuldrechtsmodernisierung mit der Konzentration auf den allgemeinen Tatbestand der Pflichtverletzung tendenziell die Maßgeblichkeit bestimmter Vertragstypen und damit verbundener Kernpflichten in den Hintergrund treten ließ.

Weitaus gewichtiger als die vorgenannte Problematik ist in der Praxis die **Frage der zulässigen Freizeichnung von einfacher Fahrlässigkeit des Verwenders und seiner Erfüllungsgehilfen**. Damit ist nicht nur der Bereich B2B, sondern auch das Verhältnis B2C angesprochen, da durch die Spezialregelungen der §§ 309 Nr. 7b, 276 Abs. 3 BGB nur grob schuldhaftes Verhalten (Vorsatz/grobe Fahrlässigkeit) abgedeckt wird. Allerdings ist bei dieser Fragestellung zu differenzieren zwischen dem Haftungsausschluss in Anknüpfung an einen bestimmten Verschuldensmaßstab einerseits und der Möglichkeit andererseits, den Umfang und Inhalt der Vertragspflichten durch AGB zu beschränken.⁹¹³ In beiden Fällen ist eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB angezeigt. Im letztgenannten Fall ist die jeweilige Klausel an dem Aushöhlungsverbot des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu messen.⁹¹⁴

Eine Freizeichnung von der nach § 280 Abs. 1 BGB bestehenden Haftung für einfache Fahrlässigkeit ist jedenfalls dann unwirksam, wenn der Verwender wesentliche Rechte oder Pflichten (**sog. Kardinalpflichten**), die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gefährdet wird.⁹¹⁵ Nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH*⁹¹⁶ darf eine formularmäßige Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht zur Aushöhlung von vertragswesentlichen

⁹¹¹ BGH, Urt. v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, NJW 1985, 623; BGH, Urt. v. 3.7.1985 – VIII ZR 102/84, NJW 1985, 2258.

⁹¹² Die hiervon abweichende Auffassung des BGH im sog. Werftwerkvertrag I-Fall (BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, NJW 1988, 1785) behandelt einen Ausnahmefall, der sich nicht verallgemeinern lässt. Wie hier auch v. *Westphalen*, FS für Trinkner 1995, S. 451; ferner *Lutz*, S. 139.

⁹¹³ Diese grundlegende Differenzierung wird vor allem im Zusammenhang mit den sog. Kardinalpflichten vielfach nicht hinreichend berücksichtigt.

⁹¹⁴ Zur gestiegenen Bedeutung des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gegenüber dem früheren § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG siehe v. *Westphalen*, NJW 2002, 12, 18 f.

⁹¹⁵ BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82, NJW 1984, 1350 – sog. „Kaltlager-Fall“ und BGH, Urt. v. 21.1.1999 – III ZR 289-97, NJW 1999, 1031.

⁹¹⁶ BGH, Urt. v. 24.10.2001 – VIII ARZ 1/01, NJW 2002, 673; BGH, Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, NJW 2001, 292; *BGH*, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, WM 1993, 24 = NJW 1993, 335, unter II 2a).

Rechtspositionen des Vertragspartners führen, etwa weil sie ihm solche Rechte wegnimmt oder einschränkt, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Ferner darf die Haftungsbeschränkung nicht dazu führen, dass der Klauselverwender von Verpflichtungen befreit wird, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf.

Eine solche Gefährdung und damit Unwirksamkeit ist auch dann anzunehmen, wenn die Haftung des Verwenders **für leicht fahrlässige Verstöße von Erfüllungsgehilfen** gegen wesentliche Pflichten ausgeschlossen wird.⁹¹⁷ Zu den Kardinalpflichten sind insbesondere solche Pflichten zu zählen, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung der Verträge überhaupt erst ermöglicht.⁹¹⁸ Hierzu wird man auch die rechtzeitige Erfüllung des Vertrags rechnen müssen. Dies ist nach neuer Rechtslage vor allem deshalb von Interesse, da der bisherige § 11 Nr. 8b AGBG, auf den die überwiegende Ansicht⁹¹⁹ die Unwirksamkeit des formularmäßigen Ausschlusses der Haftung für Verzugsschäden nach § 286 Abs. 1 BGB a.F. stützte, im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine Berücksichtigung gefunden hat. Auch insoweit gibt § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verstärkt den Maßstab vor.⁹²⁰ Die Kardinalpflichten dürfen allerdings nicht ohne weiteres mit den Hauptpflichten eines Vertrags – in Abgrenzung zu den Schutz- oder Nebenpflichten – gleichgesetzt werden.⁹²¹ Von daher kann es auch nicht verfangen, den Anspruch aus § 282 BGB auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB im Falle einfacher Fahrlässigkeit für allgemein abdingbar zu halten, zumal dieser Anspruch auch die Unzumutbarkeit der Leistung für den Gläubiger voraussetzt und eine Freizeichnung die Erreichung des Vertragszwecks jedenfalls gefährden würde. Für die vorgenannten Grundsätze zur Haftung für einfache Fahrlässigkeit ist dem Grunde nach eine Unterscheidung zwischen den Vertragsbeziehungen B2B und B2C nicht angezeigt. Die Kardinalstellung von Rechten und Pflichten hängt im Ergebnis nicht davon ab, ob der Kunde Verbraucher oder Unternehmer ist.

⁹¹⁷ BGH, Urt. v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, NJW 1985, 623, 627, 914, 916 – „Tankschecksysteem-Fall“.

⁹¹⁸ BGH, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016 – „Textilveredelungsfall“.

⁹¹⁹ BGH, Urt. v. 20.1.1983 – VII ZR 105/81, NJW 1983, 1322; *OLG Stuttgart*, Urt. v. 20.7.1979 – 2 U 53/79, BB 1979, 1468.

⁹²⁰ Ebenso gut kann hier auch § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB herangezogen werden, da die in §§ 280 Abs. 2, 286 BGB niedergelegte Haftungsfolge für Verzug zu den wesentlichen Grundgedanken des BGB zu zählen ist.

⁹²¹ Anschaulich insoweit BGH, Urt. v. 9.11.1989 – IX ZR 269/87, NJW 1990, 761 ff.: ein Haftungsausschluss für leicht fahrlässige Nebenpflichtverletzungen in Krankenhausbedingungen verstieß nur insoweit gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, als es um Schäden im Zusammenhang mit der medizinisch indizierten Desinfektion ging, nicht jedoch in Bezug auf die Verletzung von Obhutspflichten über die von den Patienten ins Krankenhaus eingebrachten Sachen.

Zu beachten ist ferner, dass der *BGH* auch bei B2B-Verträgen ein **Transparenzproblem** in dem Begriff der Kardinalpflichten sieht.⁹²² Von einem durchschnittlichen Händler als juristischem Laien könne nicht erwartet werden, dass er den Inhalt der *BGH*-Rechtsprechung zu den so genannten „Kardinalpflichten“ kenne. Ihm erschließe sich deshalb ohne nähere Erläuterung auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre des Vertrags nicht, was mit „Kardinalpflichten“ gemeint ist. Möglich, aber auch ausreichend sei eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne dass die für den Typus des Vertragshändlervertrags wesentlichen Vertragspflichten, bei deren Verletzung der Vertragszweck gefährdet ist, abschließend aufgezählt werden müssten.

Weiterhin ist die Möglichkeit von **Haftungsbegrenzungen** zu diskutieren. Diese beschränken lediglich den Umfang der Haftung und lassen die Entstehung des Anspruchs dem Grunde nach unberührt. Hat die leicht fahrlässig verursachte Vertragsverletzung zu einem Vermögensschaden geführt, der nicht auf einer Verletzung von Leib und Leben beruht,⁹²³ so kann regelmäßig eine dem Vertragstyp angemessene Haftungsbegrenzung in den AGB wirksam festgelegt werden. Auch hierbei ist jedoch der Maßstab des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB strikt zu beachten, wonach die Erreichung des Vertragszwecks nicht gefährdet sein darf. Auch für das neue BGB gilt die frühere Rechtsprechung zur Begrenzung der Haftung auf eine bestimmte Höchstsumme. Summenmäßige Haftungsbegrenzungen sind danach zulässig, soweit sie in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Schadensrisiko stehen⁹²⁴ und der typischerweise vorhersehbare Schaden abgedeckt ist.⁹²⁵ Als wirksam wurde schon früher eine Haftungsbegrenzung auf nicht vorhersehbare Schäden erachtet.⁹²⁶ Nach Auffassung des *BGH* ist ein Haftungsausschluss für entfernter liegende Schäden möglich.⁹²⁷ Fraglich ist hier, ob diese Regelung auch weiterhin Bestand haben kann. Hierbei ist der Rückgriff auf das internationale Kaufrecht wichtig (s. Art. 74 UN-Kaufrecht⁹²⁸). Danach ist die Haftung auf vorhersehbare Schäden begrenzt. Dieser Gedanke sollte auch auf das BGB zur Anwendung

⁹²² BGH, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 = NJW 2006, 46 = WM 2005, 2002; BGH, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, CR 2006, 228.

⁹²³ Für Personenschäden gilt das abschließende Verbot des § 309 Nr. 7a BGB s.o.

⁹²⁴ BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335.

⁹²⁵ S. dazu BGH, Urt. v. 12.5.1980 – VII ZR 166/79, NJW 1980, 1953; BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335, 336; s. auch OLG Köln, Urt. v. 7.5.1997 – 6 U 104/96, Verbraucher und Recht 1997, 363.

⁹²⁶ S. BGH, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82, NJW 1984, 1350, 1351.

⁹²⁷ S. dazu BGH, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/82, DB 1993, 221, 222; BGH, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016, 3018.

⁹²⁸ Nach Art. 74 S. 2 des UN-Kaufrechts darf der Schadensersatz den Verlust nicht übersteigen, „den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsabschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen“.

kommen, sodass entsprechende Klauseln zulässig sind. Allein das Kriterium der Branchenüblichkeit von Freizeichnungen kann hingegen eine wirksame Abbedingung der Haftung im Bereich leichter Fahrlässigkeit nicht begründen.⁹²⁹ Anders kann jedoch dann zu entscheiden sein, wenn weitere Umstände geeignet sind, die Erreichung des Vertragszwecks sicherzustellen. Verlässliche Kriterien sind hierfür bislang jedoch nicht entwickelt worden. Soweit der *BGH* in dem bereits zitierten „Werftwerkvertrag I-Fall“⁹³⁰ die Wirksamkeit der AGB neben dem Kriterium der Branchenüblichkeit auch auf die Umstände des Kaskoversicherungsschutzes des Geschädigten und dessen Möglichkeit zur Mitbeherrschung der von der Freizeichnung betroffenen Schadensrisiken stützt, handelt es sich anerkanntermaßen⁹³¹ um einen Ausnahmefall, der einer Pauschalierung nicht zugänglich ist. Vor § 307 Abs. 2 BGB haben folgende Klauseln Bestand:

- „Wir übernehmen im Falle leicht fahrlässig verursachter Pflichtverletzungen keine Haftung für untypische Folgeschäden, die mit dem vertragsimmanenten Risiko in keinem Zusammenhang stehen.“⁹³²
- „Die Haftung ist bei fahrlässiger Pflichtverletzung des Verwenders oder seines Erfüllungsgehilfen auf ... Euro begrenzt, sofern in Höhe dieses Betrages die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden abgedeckt werden und dem Schädiger grob schuldhaftes Verhalten nicht zur Last fällt.“⁹³³
- „Gehaftet wird nicht für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen des Verwenders oder seines Erfüllungsgehilfen, soweit es sich nicht um Pflichten handelt, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf.“

Zu beachten ist allerdings die Rechtsprechung in Bezug auf **Kardinalpflichten**. Wenn eine Klausel die vertragswesentlichen Pflichten lediglich schlagwortartig unter dem Begriff „Kardinalpflichten“ zusammenfasst, erschließt sich dem durchschnittlichen Kunden als juristischem Laien nicht ohne nähere Erläuterung, was mit „Kardinalpflichten“ gemeint ist.

⁹²⁹ BGH, Urt. v. 5.3.1991 – XI ZR 75/90, NJW 1991, 1677, 2414. Siehe jedoch auch BGH, Urt. v. 25.2.1998 – VIII ZR 276-96, NJW 1998, 1640: Zulässigkeit der Haftungsbeschränkungen von Stromversorgern aufgrund allgemeiner Branchenübung.

⁹³⁰ BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, NJW 1988, 1785.

⁹³¹ In diese Richtung deutet BGH, Urt. v. 19.2.1998 – I ZR 233-95, NJW-RR 1998, 1426.

⁹³² Zu diesen Folgeschäden sind allerdings weder der Nutzungsausfall noch die Kosten zur Ermittlung des Schadensumfangs zu rechnen, vgl. BGH, Urt. v. 29.11.1988 – X ZR 112/87, NJW-RR 1989, 953. Nach OLG Köln, Urt. v. 18.9.1986 – 12 U 136/85, NJW-RR 1987, 53, ist der Haftungsausschluss in Kfz-Reparaturbedingungen für einen merkantilen Minderwert wirksam bei Schäden anlässlich einer Probefahrt, nicht jedoch aufgrund der Reparatur selbst.

⁹³³ BGH, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496.

Deshalb soll der abstrakte Verweis auf die Einhaltung von Kardinalpflichten selbst im B2B-Bereich wegen Intransparenz unwirksam sein.⁹³⁴

Einem aus der Verwendung des abstrakten Begriffs der „Kardinalpflichten“ folgenden Verstoß gegen das sich aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ergebende Verständlichkeits- und Transparenzgebot steht entgegen der Ansicht der Revision nicht entgegen, dass eine Konkretisierung derjenigen Pflichten, die als wesentliche Vertragspflichten zu qualifizieren sind, nicht durchführbar wäre. Zwar besteht die Verpflichtung, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, nur im Rahmen des Möglichen. Ob dieser Rahmen bei einer konkreten Aufzählung von vertragswesentlichen Pflichten – oder Regelbeispielen dafür – überschritten würde, weil sie, wie die Revision meint, notwendigerweise unvollständig wäre und nahelegen würde, dass die nicht genannten Pflichten keine wesentlichen Vertrags- oder „Kardinal“pflichten seien, kann dahinstehen. Möglich wäre aber jedenfalls eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne dass die für den Typus des Vertragshändlervertrags wesentlichen Vertragspflichten, bei deren Verletzung der Vertragszweck gefährdet ist, abschließend aufgezählt werden müssten. Als Formulierung denkbar wäre:

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

§ 475 Abs. 3 BGB enthält eine bemerkenswerte Lockerung der starren Verbraucherschutzbestimmungen im Bereich des **Verbrauchsgüterkaufs**. Hiernach gelten die Bestimmungen zur Unabdingbarkeit von Käuferrechten nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz. Insofern bleibt das Gesetz (m.E. unnötigerweise) im Korsett der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stecken.

Allerdings gilt dies nur „unbeschadet der §§ 307 bis 309 BGB“. Es verbleibt daher insofern bei der Inhaltskontrolle insbesondere nach § 309 Nr. 7b BGB.

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

⁹³⁴ BGH, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 = NJW 2006, 46 = WM 2005, 2002.

6. Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen

Neben Fragen der Haftungsfreizeichnung und -begrenzung nimmt die formularmäßige **Pauschalierung von Ersatzansprüchen des Verwenders** in der Praxis einen breiten Raum ein. Hier hat sich mit der Schuldrechtsmodernisierung eine bedeutsame Änderung der Rechtslage ergeben, die zu einer Vereinfachung der Rechtsanwendung führen und damit ihrer Verlässlichkeit Vorschub leisten wird.⁹³⁵

Während § 309 Nr. 5a BGB wörtlich dem früheren § 11 Nr. 5a AGBG entspricht, macht § 309 Nr. 5b BGB die Wirksamkeit der Klausel nun davon abhängig, dass dem Kunden ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden bzw. eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. Das wenig griffige „Negativkriterium“ des früheren § 11 Nr. 5b AGBG,⁹³⁶ wonach dem Kunden der entsprechende Nachweis nicht „abgeschnitten“ werden durfte, ist insoweit zu Recht durch ein strengeres und eindeutiges „Positivkriterium“ ersetzt worden.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich ohne weiteres, dass die nach der alten Rechtslage als unwirksam einzustufenden Klauseln **auch vor § 309 Nr. 5b BGB keinen Bestand** haben können.⁹³⁷ Das Erfordernis einer ausdrücklichen Gestattung der Nachweisführung in den AGB führt jedoch vielfach zu einer Neubewertung von Klauseln, die früher von der Rechtsprechung als wirksam erachtet wurden. Unzulässig gem. § 309 Nr. 5b sind Formulierungen wie:

- ... wird ein Aufschlag von X % erhoben,⁹³⁸
- ... ist eine Entschädigung von 2 % zu entrichten,⁹³⁹
- ... kann X % ohne Nachweis als Entschädigung fordern,⁹⁴⁰
- ... sind maximal X Euro zu zahlen.⁹⁴¹

⁹³⁵ In der Begründung zu dem Regierungsentwurf, BR-Drs. 338/01, 355, wird ausdrücklich auf den vorherigen Missstand hingewiesen, dass sich die Praxis vom Wortlaut des § 11 Nr. 5b AGBG weit entfernt und zu einer Einzelfallrechtsprechung geführt habe, die sich kaum sicher vorhersagen ließ.

⁹³⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 28.5.1984 – III ZR 231/82, NJW 1984, 2941; BGH, Urt. v. 22.10.1984 – II ZR 262/83, NJW 1985, 634; BGH, Urt. v. 19.6.1996 – VIII ZR 189/95, ZIP 1996, 1997; OLG Koblenz, Urt. v. 17.9.1993 – 2 U 1694/91, NJW-RR 1994, 58, 59; OLG Hamm, Urt. v. 13.12.1994 – 7 U 151/94, NJW-RR 1995, 624; OLG Oldenburg, Urt. v. 2.6.1999 – 2 U 37/99, MDR 2000, 20.

⁹³⁷ Gemessen an § 11 Nr. 5b AGBG waren nicht nur Klauseln unwirksam, die den Gegenbeweis expressis verbis untersagten, sondern auch solche, die dessen Unzulässigkeit auch mittelbar zum Ausdruck brachten, insbesondere dann, wenn die Pauschale „auf jeden Fall“, „mindestens“ oder „wenigstens“ zu zahlen war (vgl. BGH, Urt. v. 29.4.1982 – I ZR 70/80, NJW 1982, 2317; BGH, Urt. v. 8.11.1984 – VII ZR 256/83, NJW 1985, 632; BGH, Urt. v. 27.1.1988 – VIII ZR 155/87, NJW 1988, 1374).

⁹³⁸ BGH, Urt. v. 31.10.1984 – VIII ZR 226/83, NJW 1985, 320, 321.

⁹³⁹ OLG Hamm, Urt. v. 1.7.1985 – 13 U 143/85, NJW-RR 1986, 273.

⁹⁴⁰ BGH, Urt. v. 29.4.1982 – I ZR 70/80, NJW 1982, 2317.

⁹⁴¹ OLG Zweibrücken, Urt. v. 5.3.1999 – 2 U 36/98, VuR 1999, 269.

Wirksam unter Berücksichtigung des § 309 Nr. 5b BGB ist jedoch eine Klauselfassung wie folgt:

„Der Unternehmer kann wegen ... pauschal eine Entschädigung i.H.v. X % (des Kaufpreises) verlangen, sofern nicht der Kunde nachweist, dass die ihm anzulastende Vertragsverletzung zu keinem Schaden oder keiner Wertminderung geführt hat oder eine solche dem Unternehmer entstandene Einbuße wesentlich niedriger als die Pauschale ist“.

Das Merkmal „wesentlich“ ist in der Regel bei Abweichungen von etwa 10 % erfüllt, wobei bei niedrigen Pauschalen (z.B. Mahnkosten) eine höhere prozentuale Abweichung erforderlich ist und bei hohen Pauschalen eine geringere Abweichung genügen kann.⁹⁴² Die vorgeschlagene Formulierung weist zudem – in Übereinstimmung mit der alten Rechtslage – darauf hin, dass der Kunde für den fehlenden oder geringeren Schaden nach den allgemeinen Regeln über die Darlegungs- und Beweislast beweispflichtig ist.⁹⁴³

Vor dem Hintergrund des § 11 Nr. 5b AGBG hatte sich in der Rechtsprechung die Auffassung gefestigt, dass es gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG auch im Verhältnis B2B unwirksam ist, wenn dem Kunden der **Gegenbeweis i.S.v. § 11 Nr. 5b AGBG abgeschnitten** wird, und zwar unabhängig davon, ob dieses Abschneiden ausdrücklich oder nur konkludent erfolgte.⁹⁴⁴

Fraglich ist, ob auch die strengeren Anforderungen des § 309 Nr. 5b BGB gleichermaßen im Rahmen des § 307 BGB Geltung beanspruchen. Damit steht nicht in Rede, dass auch weiterhin der ausdrückliche oder konkludente Ausschluss der Gegenbeweissführung im unternehmerischen Verkehr unzulässig ist. Vielmehr ist zu überlegen, ob auch im Bereich B2B aus § 307 BGB das Erfordernis eines ausdrücklichen Hinweises i.S.d. § 309 Nr. 5b BGB abzuleiten ist. Hiergegen bestehen im Ergebnis Bedenken, die sich im Ansatz aus § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB ergeben. Danach ist bei Anwendung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen. Aufgrund der üblichen geschäftlichen Erfahrung des Unternehmers als Kunde wird man einen ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit der Gegenbeweissführung für entbehrlich halten können, ohne gegen die in § 307 BGB niedergelegten Grundsätze zu verstoßen.⁹⁴⁵ Der geschäftliche Vertragspartner wird regelmäßig von sich aus Kenntnis davon haben, dass ihm

⁹⁴² Palandt/*Grüneberg*, § 309 Rn. 31. Ein konkreter gesetzlicher Maßstab findet sich ausnahmsweise in § 651 Abs. 5 S. 2 BGB. Hiernach kann der Reisende im Falle einer Erhöhung des Reisepreises um mehr als 5 % vom Vertrag zurücktreten.

⁹⁴³ Siehe dazu OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.12.1993 – U [Kart] 8/93 WuW 1994, 951, 956.

⁹⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 28.5.1984 – III ZR 231/82, NJW 1984, 2941; BGH, Urt. v. 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060, 1068; OLG München, Urt. v. 29.9.1994 – U (K) 7111/93, NJW 1995, 733. Großzügiger dagegen Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 5 Rn. 27: gegenüber Unternehmern führt nur der eindeutige Einwendungsausschluss zur Unwirksamkeit der Klausel.

⁹⁴⁵ Ebenso Palandt/*Grüneberg*, § 309 Rn. 32; a.A. v. *Westphalen*, NJW 2002, 12, 20.

der Nachweis eines fehlenden oder erheblich geringeren Schadens offen steht, und auch in der Lage sein, seine daraus resultierenden Rechte angemessen geltend zu machen. Der Umstand der geringeren Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners im unternehmerischen Verkehr hat auch in der Rechtsprechung des *BGH* Beachtung gefunden.⁹⁴⁶ Schließlich steht auch das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB nicht entgegen, da bei der Feststellung des dadurch lediglich konkretisierten Tatbestandes der „unangemessenen Benachteiligung“ nicht nur eine generelle überindividuelle Betrachtung vorzunehmen, sondern auch der typische Kundenkreis zu berücksichtigen ist.⁹⁴⁷ § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB lässt sogar – für den Bereich der Verbraucherverträge – die Berücksichtigung konkret individueller Umstände zu. In einem „Erst-Recht-Schluss“ wird man diesen Aspekt auch zur Untermauerung des vorgefundenen Ergebnisses fruchtbar machen können. Für den Bereich B2B verbleibt es somit im Rahmen von § 307 Abs. 1 und 2 BGB bei der alten, an § 11 Nr. 5b AGBG orientierten Rechtslage.

Unter die AGB-Verbote betreffend die Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen nach § 309 Nr. 5 BGB fallen insbesondere die Ersatzansprüche nach §§ 280, 281 BGB, nicht aber der Anspruch aus § 818 Abs. 1 BGB.⁹⁴⁸ Sofern man auch Minderungsansprüche nach den §§ 441, 638 BGB dazurechnen möchte,⁹⁴⁹ ergibt sich schon im Ansatz keine Kollision mit § 475 Abs. 1 BGB. Da eine entsprechende Pauschalisierung von Minderungsansprüchen regelmäßig nur in Einkaufsbedingungen vorgesehen ist, wird es zumeist schon an dem Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.v. § 474 Abs. 1 BGB fehlen. Abgesehen davon, stellt eine Pauschalisierung der Ansprüche aus §§ 441, 638 BGB keine Vereinbarung „zum Nachteil“ des Kunden dar, sondern dient der Stärkung seiner Rechtsposition.

Im Hinblick auf individualvertragliche Regelungen zur Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen bestehen hier keine Bedenken.

7. Verjährung

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

Nach § 309 Nr. 8a ff) BGB sind Vereinbarungen **im B2C-Verhältnis unzulässig**, die eine Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen der §§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB und 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB erleichtern. „In sonstigen Fällen“ darf keine zu einer weniger als ein Jahr betragenden Verjährungsfrist ab der gesetzlichen

⁹⁴⁶ BGH, Urt. v. 21.12.1995 – VII ZR 286/94, NJW 1996, 1209.

⁹⁴⁷ Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rn. 21.

⁹⁴⁸ BGH, Urt. v. 8.10.1987 – VII ZR 185/86, NJW 1988, 258.

⁹⁴⁹ Zustimmung i.E. Palandt/*Grüneberg*, § 309 Rn. 25 „analog anwendbar“; dagegen Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 5 Rn. 12.

Verjährungsfrist erreicht werden. § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB regelt die Haftung bei Bauwerken und -materialien; § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB die Haftung für Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht. Insofern besteht eine fünfjährige Verjährungsfrist, etwa beim Erwerb von Software, die integraler Bestandteil von Bauwerken ist.⁹⁵⁰ Abseits dieser Spezialfälle greift der Verweis in § 309 Nr. 8a BGB auf die Möglichkeit der Beschränkung der Verjährung auf ein Jahr. Es ist also möglich, durch AGB die zweijährige Gewährleistungsfrist auf ein Jahr zu verkürzen, sofern es um (den seltenen Fall) einer Lieferung neuer Sachen außerhalb von Verbrauchsgüterkaufverträgen sowie Werkverträge im B2C-Bereich geht.

Zu beachten ist ferner § 309 Nr. 7a und b BGB. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist steht im Haftungsfall einer Beschränkung der gesetzlichen Haftung gleich.⁹⁵¹ Insofern stehen Verjährungsregelungen unter dem doppelten Vorbehalt, nämlich der **unzulässigen Verkürzung und der verkappten Gewährleistungsbeschränkung**.

Allerdings ergeben sich hier schwere Abgrenzungsprobleme. § 309 Nr. 8b BGB gilt nur für den Fall der „Mängel“, wie sich aus der Überschrift ergibt. Umfasst sind davon also nur die Fälle, in denen sich ein Recht aus der Mangelhaftigkeit der Sache oder Leistung selbst ergibt. Andere Schadensersatzansprüche fallen nicht unter die Verjährungsregelung. Insofern kommt es für die Zulässigkeit einer Verjährungsregelung entscheidend darauf an, ob die Anspruchsgrundlage mit einem Mangel in Verbindung steht oder nicht. Damit taucht spätestens hier noch einmal die alte Streitfrage auf, ob ein Schaden auf den Mangelwert einer Sache zurückzuführen ist oder nicht. Für nicht-mangelbezogene Ansprüche kann die Verjährung im Rahmen von § 307 BGB geregelt werden, wobei gleichzeitig zu bedenken ist, dass § 202 Abs. 1 BGB eine Verjährungsverkürzung in Bezug auf vorsätzliches Handeln ausschließt.

§ 309 Nr. 8 BGB gilt ferner **nur für die Lieferung neuer Waren**. Gebrauchtprodukte fallen nicht unter die Regelung. Hier ist auf § 307 BGB zu achten.

Diese Überlegungen dürften **auch für den Fall der B2B-Geschäftsbedingungen** gelten. Hier kommt nach § 307 BGB der Rekurs auf vertragswesentliche Pflichten zum Tragen. Als Minimum für eine Verkürzung der Verjährung kommt hier der genannte Ein-Jahres-Zeitraum in Betracht. Denkbar ist aber auch eine großzügigere Behandlung in Bezug auf die Besonderheiten des kaufmännischen Verkehrs. § 309 Nr. 8a BGB entfaltet auch Indizwirkung für den kaufmännischen Verkehr.⁹⁵² Anders als nach altem Recht spielt es aber bei der

⁹⁵⁰ BGH, Urt. v. 20.5.2003 – X ZR 57/02, NJW-RR 2003, 1320 = MDR 2003, 1045.

⁹⁵¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.12.1993 – 12 O 322/93, NJW-RR 1995, 440.

⁹⁵² BGH, Urt. v. 20.4.1993 – X ZR 67/92, NJW 1993, 2054.

geforderten Gesamtbetrachtung keine entscheidende Rolle mehr, dass die gesetzlichen Verjährungsfristen unangemessen kurz sind.⁹⁵³ Aus der alten Rechtsprechung lässt sich vielmehr nur der Grundgedanke entnehmen, dass bei Verkürzung der Verjährung dem Käufer noch die Gelegenheit gegeben werden muss, verborgene Mängel zu entdecken. So dürfte eine Verkürzung der Gewährleistung von fünf Jahren bei Bauwerken auf sechs Monate auch nach neuem Recht unzulässig sein.⁹⁵⁴ Unwirksam ist ebenfalls eine Vorverlegung des Verjährungsbeginns vor den Moment der Ablieferung.⁹⁵⁵ Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass jedenfalls für den Regelfall eine Verkürzung auf weniger als ein Jahr auch für den rein unternehmerischen Bereich nicht zulässig ist.

§ 475 BGB verbietet Vereinbarungen, die von den Bestimmungen zum **Verbrauchsgüterkauf** (Untertitel 3) abweichen. Zu diesen gesetzlichen Vorgaben zählt auch § 479 Abs. 2 BGB, der die Verjährung von Regressansprüchen des Unternehmers gegen seinen Lieferanten regelt (§ 478 Abs. 2 BGB). Allerdings sind diese Ansprüche keine, die das Verhältnis Unternehmer – Verbraucher betreffen. Insofern greift § 475 Abs. 1 BGB nicht. Wichtiger ist § 475 Abs. 2 BGB, wonach die Verjährung beim Verbrauchsgüterkauf vor Mitteilung eines Mangels nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden kann, sofern die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr, führt. Nun beträgt die gesetzliche Verjährungsfrist bei den meisten Kaufgegenständen zwei Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Insofern lässt das BGB beim Verbrauchsgüterkauf eine Verkürzung der Verjährung allenfalls für gebrauchte Sachen zu.

Für die **Verjährungsverlängerung** ist § 202 BGB einschlägig. Hiernach kann die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden (§ 202 Abs. 1 BGB). Ausgenommen von Verjährungsregelungen sind ferner der Bereich der Garantie (§ 444 BGB), da eine Verjährungsverkürzung einem unzulässigen Gewährleistungsausschluss gleichkäme. Über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren hinaus darf die Verjährung nicht erschwert werden (§ 202 Abs. 2 BGB). Damit sind aber verjährungsverlängernde Vereinbarungen in den Grenzen von § 202 Abs. 2 BGB erlaubt.

8. Verzug und Unmöglichkeit/Leistungsstörungen

Nach § 309 Nr. 8a BGB sind Bestimmung unwirksam, die bei einer vom Verwender zu vertretenden, nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des Werks bestehenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt

⁹⁵³ So noch Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 10 f. Rn. 18.

⁹⁵⁴ BGH, Urt. v. 9.4.1981 – VII ZR 194/80, NJW 1981, 1510, 1511.

⁹⁵⁵ BGH, Urt. v. 9.4.1981 – VII ZR 194/80, NJW 1981, 1510, 1511.

oder einschränkt. Der Anwendungsbereich der Vorschrift reduziert sich auf die Frage des Rücktrittsrechts; zur Frage der Haftung ist § 309 Nr. 7b BGB zu beachten. Die Regelung setzt in konsequenter Weise die dogmatischen Änderungen des BGB zum Leistungsstörungenrecht um; an die Stelle von Verzug und Unmöglichkeit tritt nunmehr der Tatbestand der „zu vertretenden Pflichtverletzung“. Regelungen zum Teilverzug und zur Teilunmöglichkeit trifft § 309 Nr. 8a BGB.

Zu beachten sind ferner die besonderen Regeln zum Rücktritt bei höherer Gewalt ohne Verschulden des Verkäufers. Sofern der Verwender sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags bei Nichtverfügbarkeit der Leistung lösen möchte, kann er dies bei sachlich gerechtfertigtem Grund tun; er muss dann aber den Käufer unverzüglich von der Nichtverfügbarkeit der Leistung informieren und unverzüglich die Gegenleistung erstatten, § 308 Nr. 3 i.V.m. Nr. 8 BGB.

9. UN-Kaufrecht

Häufig finden sich in AGB **Rechtswahlklauseln**, wonach „deutsches Recht **unter Ausschluss des UN-Kaufrechts** gilt“. Fraglich ist, ob solche Klauseln sinnvoll sind. Das UN-Kaufrecht ist innerhalb seines Anwendungsbereichs als Teil der deutschen Rechtsordnung mit Vorrang gegenüber Art. 27 ff. EGBGB anwendbar. Innerhalb seines Anwendungsbereiches sowie bei parteilicher Vereinbarung deutschen Rechts kommt das UN-Kaufrecht daher zur Anwendung. Allerdings hält die herrschende Meinung mit Berufung auf Art. 6 des Abkommens eine Abbedingung der Regeln für möglich.⁹⁵⁶

Das UN-Kaufrecht war das Vorbild der Schuldrechtsreform. Man kann daher keine größeren Unterschiede zwischen dem BGB und dem UN-Kaufrecht erkennen; insbesondere spielt der frühere Grund für die Abbedingung, die angeblich besonders ausgeprägte Käuferfreundlichkeit des Abkommens, keine Rolle mehr. Beide Regelwerke gehen vor allem im kaufrechtlichen Gewährleistungssystem vom Leitbild des Gattungskaufes aus und definieren die Mangelfreiheit als Gegenstand der Erfüllungspflicht.⁹⁵⁷ Es ist daher zu empfehlen, von der Abbedingung abzusehen und nur noch zu vereinbaren: „Es gilt deutsches Recht“.

10. Musterklausel Gewährleistung/Haftung

Bei allen Gefahren und Risiken, die in Musterklauseln und Geschäftsbedingungen stecken, sei hier abschließend der Versuch gewagt, eine halbwegs brauchbare und wirksame

⁹⁵⁶ So auch MüKoHGB/*Mankowski*, CISG Art.6 Rn. 2; Kröll/Mistelis *Viscasillas/Perales*, Art.6, Rn. 8; Staudinger/*Magnus*, CISG Art. 6 Rn. 8.

⁹⁵⁷ Art. 35 UN-Kaufrecht.

Gewährleistungs- und Haftungsklausel vorzustellen. Dabei übernimmt der Verfasser selbstverständlich keine Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit dieser Klauseln. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Klauseln zu Gewährleistung und zu den Rügepflichten nicht für den Verbrauchsgüterkauf gelten. In diesem Bereich sind Klauseln zur Gewährleistung generell nicht sinnvoll; stattdessen empfiehlt sich hier (lediglich) eine Regelung zur Haftung.

a) AGB-Vorschläge zur Gewährleistung (nicht für Verbrauchsgüterkauf)

aa) Gewährleistung

Mängel der gelieferten Sache einschließlich der Handbücher und sonstiger Unterlagen werden vom Lieferanten innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von zwei Jahren ab Ablieferung nach entsprechender Mitteilung durch den Anwender behoben. Dies geschieht nach Wahl des Käufers durch kostenfreie Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Im Falle der Ersatzlieferung ist der Käufer verpflichtet, die mangelhafte Sache zurückzugewähren.

Kann der Mangel nicht innerhalb angemessener Frist behoben werden oder ist die Nachbesserung oder Ersatzlieferung aus sonstigen Gründen als fehlgeschlagen anzusehen, kann der Käufer nach seiner Wahl Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Von einem Fehlschlagen der Nachbesserung ist erst auszugehen, wenn dem Lieferanten hinreichende Gelegenheit zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung eingeräumt wurde, ohne dass der gewünschte Erfolg erzielt wurde, wenn die Nachbesserung oder Ersatzlieferung ermöglicht ist, wenn sie vom Lieferanten verweigert oder unzumutbar verzögert wird, wenn begründete Zweifel hinsichtlich der Erfolgsaussichten bestehen oder wenn eine Unzumutbarkeit aus sonstigen Gründen vorliegt.

bb) Untersuchungs- und Rügepflicht

(1) Der Käufer ist verpflichtet, die gelieferte Ware auf offensichtliche Mängel, die einem durchschnittlichen Kunden ohne weiteres auffallen, zu untersuchen. Zu den offensichtlichen Mängeln zählen auch das Fehlen von Handbüchern sowie erhebliche, leicht sichtbare Beschädigungen der Ware. Ferner fallen Fälle darunter, in denen eine andere Sache oder eine zu geringe Menge geliefert werden. Solche offensichtlichen Mängel sind beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach Lieferung schriftlich zu rügen.

(2) Mängel, die erst später offensichtlich werden, müssen beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach dem Erkennen durch den Anwender gerügt werden.

(3) Bei Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht gilt die Ware in Ansehung des betreffenden Mangels als genehmigt.

b) Vorschläge zur Haftung (inkl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 475 Abs. 3 BGB)

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

VI. Sonstiges

Literatur:

Dittrich, Beiträge zum Urheberrecht V, Wien 1997; *Mankowski*, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, *RabelsZ* (63) 1999, 203; Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2018; *Sack*, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, *WRP* 2000, 269; *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet – Internationales Privatrecht, *MMR* 2000, 59; Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden 2019.

Als Schlussklauseln vieler Verträge finden sich salvatorische Klauseln, Schriftformerfordernisse für Nebenabreden sowie Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln.

Nach der Rechtsprechung des *BGH*⁹⁵⁸ führt eine **salvatorische Klausel**, wonach durch die etwaige Ungültigkeit einer oder mehrerer Bestimmungen dieses Vertrags die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt wird, zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast.⁹⁵⁹ Nach der Begründung des *BGH* entbindet die Klausel zwar nicht von der nach § 139 BGB vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen oder aber den Rest hätten gelten lassen. Bedeutsam, so der *BGH*, sei die Klausel jedoch für die Darlegungs- und Beweislast: Abweichend von § 139 BGB trifft sie im Hinblick auf die Klausel denjenigen, der entgegen der Erhaltungsklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält.⁹⁶⁰ Als bedenklich gilt allerdings eine Klausel, nach der eine nichtige oder unwirksame Bestimmung durch eine solche zu ersetzen ist, die dem wirtschaftlich Gewollten in zulässiger Weise am Nächsten kommt; denn damit besteht eine Vermutung für die Wirksamkeit der nicht betroffenen Regelungen, die die andere Seite nicht widerlegen kann.⁹⁶¹

⁹⁵⁸ BGH, Urt. v. 24.9.2002 – KZR 10/01, GRUR 2004, 353 = JuS 2003, 497.

⁹⁵⁹ Ähnlich auch BGH, Urt. v. 6.4.2005 – XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225 = MDR 2005, 1040 = NZM 2005, 502.

⁹⁶⁰ OLG Celle, Urt. v. 13.4.2005 – 3 U 3/05, IBR 2005, 1234.

⁹⁶¹ BGH, Urt. v. 6.4.2005 – XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225 = MDR 2005, 1040 = NZM 2005, 502.

Bezüglich der **Schriftform** ist die Rechtsprechung des *BGH*⁹⁶² zur auch stillschweigend möglichen Abänderung sog. einfacher Schriftformerfordernisse zu beachten. Die Parteien können den vereinbarten Formzwang jederzeit aufheben.⁹⁶³ Als „actus contrarius“ zur formfreien Begründung des Formzwanges ist die Aufhebung der Formabrede gleichfalls formfrei. Einfache Schriftformklauseln können stillschweigend abbedungen werden, auch wenn die Parteien bei ihrer mündlichen Abrede nicht an die Schriftform gedacht haben.⁹⁶⁴ Es genügt, dass die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben.⁹⁶⁵ Unwirksam ist eine Schriftformklausel, wenn sie dazu dient, insbesondere nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen, indem sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine (lediglich) mündliche Abrede sei entgegen allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam.⁹⁶⁶

Das anwendbare Recht kann (scheinbar) vertraglich durch eine **Rechtswahlklausel** geregelt werden. Die Parteien vereinbaren die Anwendung einer bestimmten Urheberrechtsordnung auf ihre Rechtsbeziehungen. Nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO unterliegt ein Vertrag vorrangig dem von den Parteien gewähltem Recht. Treffen die Parteien demnach eine Vereinbarung darüber, welches Recht Anwendung finden soll, ist diese immer vorrangig zu beachten. Dabei kommt sogar die Annahme einer konkludenten Rechtswahl in Betracht. Insbesondere die Vereinbarung eines Gerichtsstandes soll ein (widerlegbares) Indiz für die Wahl des am Gerichtsort geltenden materiellen Rechts sein.⁹⁶⁷ Wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, bestimmt sich das anwendbare Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO. Die Ermittlung erfolgt aufgrund objektiver Umstände – also im Wege einer **objektiven Anknüpfung**. Der Grundgedanke des Art. 4, der an die Stelle von Art. 28 EGBGB getreten ist, stimmt mit der alten Rechtslage überein. So sollen Verträge derjenigen Rechtsordnung unterstellt werden, mit der sie **am engsten verbunden** sind.⁹⁶⁸ Allerdings weist die äußere Struktur der objektiven Anknüpfungsnorm deutliche Unterschiede zur alten Rechtslage auf.⁹⁶⁹ Während Art. 28 EGBGB a.F. ganz allgemein vom Prinzip der engsten Verbindung ausging, das Vorliegen eines solch territorialen Bezugs gem. den Absätzen 2–4 vermutet wurde und Art. 28 Abs. 5 EGBGB

⁹⁶² BGH, Urt. v. 17.4.1991 – XII ZR 15/90, NJW-RR 1991, 1289 = WM 1991, 1398.

⁹⁶³ BGH, Urt. v. 2.6.1976 – VIII ZR 97/74, NJW 1976, 1395.

⁹⁶⁴ BGH, Urt. v. 2.3.1978 – III ZR 99/76, NJW 1978, 1585.

⁹⁶⁵ BGH, Urt. v. 20.6.1962 – V ZR 157/60, NJW 1962, 1908; BGH, Urt. v. 12.12.2001 – XII ZR 351/99, NJOZ 2002, 833.

⁹⁶⁶ BGH, Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, NJW 2001, 292 = NZV 2001, 124; ähnlich KG Berlin, Urt. v. 28.2.2005 – 12 U 74/03, NZM 2005, 457.

⁹⁶⁷ So BGH, Urt. v. 19.10.1960 – VIII ZR 27/60, JZ 1961, 261; BGH, Urt. v. 10.7.1969 – VII ZR 87/67, WM 1969, 1140, 1141; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 16.9.1982 – 5 U 14/82, RIW 1983, 785.

⁹⁶⁸ MüKoBGB/*Martiny*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.

⁹⁶⁹ Schulze u.a./*Staudinger*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.

a.F. eine Auflockerungsregelung vorsah, konkretisiert Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO grundsätzlich die vertragscharakteristische Leistung relativ starr für einzelne Vertragsarten.⁹⁷⁰ Die charakteristische Leistung als solche wird erst an zweiter Stelle genannt.⁹⁷¹ Bei Kaufverträgen über Software entscheidet gem. Art. 4 Abs. 1a Rom I-VO folglich der Sitz des Verkäufers über das anwendbare Recht. Kompliziert wird die Rechtslage, wenn der Käufer nicht nur die Zahlung der Software, sondern auch umfangreiche Vermarktungs- und Verwertungspflichten versprochen hat. Eine klare Zuordnung zu einem der in Abs. 1 aufgeführten Vertragstypen ist nicht möglich, sodass auf Abs. 2 zurückgegriffen werden muss. Es ist das Recht des Staates anwendbar, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Ermittlung der charakteristischen Leistung bedingt keine Besonderheiten.⁹⁷² In dem oben genannten Fall können die nicht-pekuniären Pflichten des Käufers durchaus den Vertrag bestimmen, sodass je nach Bedeutung dieser Pflichten das Heimatrecht des Käufers zur Anwendung kommen kann. Kann das anzuwendende Recht zwar ausweislich der Absätze 1 und 2 ermittelt werden, besteht aber eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat, greift die Ausweichklausel des Absatzes 3. Diese Regelung ist ein Korrektiv für Ausnahmefälle. Dagegen gibt Absatz 4 dem Rechtsanwender auf, die Rechtsordnung über das Prinzip der engsten Verbindung zu ermitteln, sofern die ersten beiden Absätze zu keinem Ergebnis führen.⁹⁷³ Die bisherige Ausgangsregelung des Art. 28 EGBGB a.F. hat somit nur noch den Rang eines Auffangtatbestandes.⁹⁷⁴

Darüber hinaus ist zu beachten, dass das gewählte Recht allein für die vertraglichen Rechtsbeziehungen entscheidend ist. So werden die oftmals auftretenden deliktischen Rechtsfragen nicht dem gewählten Vertragsstatut unterstellt, sondern nach dem Deliktsstatut beurteilt. Seit Inkrafttreten der Rom II-VO gilt gem. Art. 8 Abs. 1 das **Schutzlandprinzip**. Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sog. **lex loci protectionis**.⁹⁷⁵ Die umstrittene Frage, ob bei Urheberrechtsverletzungen direkt auf die Tatortregel des Art. 40 Abs. 1 EGBGB zurückgegriffen werden kann, oder ob die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB zur Anwendung gelangt,⁹⁷⁶ kann demnach dahingestellt bleiben. Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von

⁹⁷⁰ Schulze u.a./*Staudinger*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.

⁹⁷¹ MüKoBGB/*Martiny*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 2.

⁹⁷² *Mankowski*, *RabelsZ* (63) 1999, 203, 220 f.

⁹⁷³ Schulze u.a./*Staudinger*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.

⁹⁷⁴ MüKoBGB/*Martiny*, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.

⁹⁷⁵ *Sack*, *WRP* 2000, 269, 270.

⁹⁷⁶ Vgl. hierzu *Sack*, *WRP* 2000, 269, 271.

Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der *lex loci protectionis*.⁹⁷⁷ Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts,⁹⁷⁸ die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.⁹⁷⁹ Das deutsche Urheberrechtsgesetz enthält jedoch **zwingende Regelungen** zu Gunsten des Urhebers, die nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgehebelt werden können.⁹⁸⁰ Hierzu zählen die Regelungen über Urheberpersönlichkeitsrechte, der Zweckübertragungsgrundsatz, die Regelungen zur angemessenen Vergütung von Urhebern und zur weiteren Beteiligung bei einem besonders erfolgreichen Werk (§§ 32, 32a UrhG; siehe ausdrücklich § 32b Nr. 2 UrhG) sowie das Rückrufrecht wegen gewandelter Überzeugung (§ 41 UrhG). Ferner gilt eine Rechtswahlklausel von vornherein nicht für das Verfügungsgeschäft, also die rechtliche Beurteilung der Übertragung von Nutzungsrechten.⁹⁸¹ Wenngleich den Parteien also die Möglichkeit eingeräumt wird, das auf ihre vertraglichen Beziehungen anwendbare Recht zu bestimmen, gibt es viele Bereiche, die sich einer derartigen Rechtswahl entziehen. Deutsches Urheberrecht findet folglich auch dann Anwendung, wenn geschützte Inhalte, die auf einem Server im Ausland abgelegt sind, in Deutschland zugänglich gemacht werden.⁹⁸²

Darüber hinaus ist zu beachten, dass das gewählte Recht allein für die vertraglichen Rechtsbeziehungen entscheidend ist. So werden die oftmals auftretenden deliktischen Rechtsfragen nicht dem gewählten Vertragsstatut unterstellt, sondern nach dem Deliktsstatut beurteilt. Wenngleich umstritten ist, ob bei Urheberrechtsverletzungen direkt auf die Tatortregel des Art. 40 Abs. 1 EGBGB zurückgegriffen werden kann oder ob die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB zur Anwendung gelangt,⁹⁸³ gilt hier, dem geistigen Eigentum Rechnung tragend, nach allgemeiner Meinung das **Schutzlandprinzip**.⁹⁸⁴ Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sog. **lex loci protectionis**.⁹⁸⁵ Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der

⁹⁷⁷ Seit langem schon anderer Ansicht ist *Schack*, zuletzt in MMR 2000, 59, 63 f.

⁹⁷⁸ So auch BGH, Urt. v. 29.2.1968 – Ia ZR 49/65, BGHZ 49, 331, 334 f.; BGH, Urt. v. 21.1.1982 – I ZR 182/79, GRUR 1982, 308 = IPRax 1983, 178; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 13.6.1983 – 6 W 34/83, BB 1983, 1745 = GRUR 1983, 753.

⁹⁷⁹ BGH, Urt. v. 2.10.1997 – I ZR 88-95, NJW 1998, 1395 = MMR 1998, 35 – Spielbankaffaire mit Anm. *Schricker*; ähnlich auch LG Hamburg, Urt. v. 4.9.2001 – 416 O 6/00, NJW 2002, 623 = ZUM 2002, 156.

⁹⁸⁰ Vgl. hierzu auch *Dittrich/Hoeren/Thum*, 78.

⁹⁸¹ Siehe auch BGH, Urt. v. 2.10.1997 – I ZR 88/95, MMR 1998, 35 = NJW 1998, 1395 = GRUR Int. 1998, 427 – Spielbankaffaire m. Anm. *Schricker*; daraufhin auch ähnlich OLG München, Urt. v. 10.1.2002 – 6 U 3331/94, MMR 2002, 312 = ZUM 2003, 141.

⁹⁸² LG Hamburg, Urt. v. 5.9.2003 – 308 O 449/03, GRUR Int. 2004, 148 = MMR 2004, 558 = CR 2004, 855 – Thumbnails.

⁹⁸³ Vgl. hierzu *Sack*, WRP 2000, 269, 271.

⁹⁸⁴ RGZ 129, 385, 388; BGH, Urt. v. 17.6.1992 – I ZR 182/90, NJW 1992, 2824 = GRUR 1992, 697; BGH, Urt. v. 16.6.1994 – I ZR 24/92, NJW 1994, 2888; BGH, Urt. v. 2.10.1997 – I ZR 88-95 = NJW 1998, 1395.

⁹⁸⁵ *Sack*, WRP 2000, 269, 270.

Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der *lex loci protectionis*.⁹⁸⁶ Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts,⁹⁸⁷ die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.⁹⁸⁸

VII. Das Erkenntnisverfahren bei Gewährleistungs- und Verzugsprozessen

Der Anwender eines mangelbehafteten Programms hat eine Reihe von Ansprüchen und Rechten. Häufig liegt ihm weniger am Rücktritt und der Rückerstattung des Kaufpreises als an der Nacherfüllung. Mit der Rückzahlung oder Minderung des Kaufpreises ist ihm wenig gedient; er will vielmehr die Herstellung der Funktionstauglichkeit „seines“ Programms. Kommt es aber erst einmal zu einem Prozess, geht es meist nur noch um Rücktritt oder Schadensersatz. Beginnt der Lieferant den Prozess, geht es ihm um die Verurteilung des Anwenders zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises oder Werklohns. Will der Anwender sich hiergegen mit dem Einwand auf bestehende Mängel verteidigen, besteht die Möglichkeit einer Widerklage (§ 33 ZPO).

1. Vorbereitung des Prozesses

a) Beweisprobleme bei Mängeln

Im Vorbereitungsstadium ist zunächst die **Beweisbarkeit von Mängeln** zu klären.

Die Parteien können zum einen über die **Sollbeschaffenheit** streiten. Für die Feststellung solcher Mängel ist demnach das **Pflichtenheft** oder zumindest eine Leistungsbeschreibung von zentraler Bedeutung. Fehlt es an solchen Unterlagen, kann es ausreichen, dass die verlangten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind. Wichtig sind Gesprächsnotizen, Korrespondenz und technische Aufzeichnungen. Es muss konkret vorgetragen werden, was bei welchem Verkaufsgespräch gesagt worden ist.⁹⁸⁹ Auch die Möglichkeit eines **Zeugenbeweises** muss geklärt werden. Gelingt die Darlegung, ist die weitere Prozessführung einfach. Denn gerade die

⁹⁸⁶ Anderer Ansicht ist *Schack*, MMR 2000, 59, 63 f.

⁹⁸⁷ So auch BGH, Urt. v. 29.2.1968 – Ia ZR 49/65; BGH, Urt. v. 21.1.1982 – I ZR 182/79, GRUR 1982, 308 = IPRax 1983, 178; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 13.6.1983 – 6 W 34/83, BB 1983, 1745.

⁹⁸⁸ BGH, Urt. v. 2.10.1997 – I ZR 88-95, NJW 1998, 1395 = MMR 1998, 35 – Spielbankaffaire m. Anm. *Schricker*; ähnlich auch LG Hamburg, Urt. v. 4.9.2001 – 416 O 6/00, NJW 2002, 623 = ZUM 2002, 156.

⁹⁸⁹ OLG Köln, Urt. v. 28.10.1996 – 19 U 88/96, NJW-RR 1997, 1533; OLG Köln, Urt. v. 28.10.1996 – 19 U 88/96, CR 1997, 613.

Abweichung von vertraglichen Vorgaben ist aus der Sicht der Gerichte die erfreulichste Fehlergruppe: Es bedarf hier meist nicht umständlicher **Sachverständigengutachten** und Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Stattdessen geht es nur noch darum, ob eine bestimmte Leistung des Programms entsprechend den Vereinbarungen vorhanden ist oder nicht. Rügen müssen substantiiert dargelegt werden, sodass ein Sachverständiger sie überprüfen kann. Ein Laie muss sich bei Bedarf ein Privatgutachten erstellen lassen.⁹⁹⁰

Schwierig wird es, wenn solche Leistungsanforderungen fehlen. Hier kann nur noch der **gewöhnliche Gebrauch** eines Programms als Vergleichsmaßstab herangezogen werden.

Die Parteien können zum andern über **Fehler in der Istbeschaffenheit** streiten. Besondere Probleme treten dann aber in Fällen auf, in denen die Fehlfunktionen während bestimmter Arbeitsabläufe mit der DV-Anlage auftreten, ohne auf einem als spezifischem Softwarefehler erkennbaren Grund zu beruhen.⁹⁹¹ Solche Fehler sind zunächst auf ihre Reproduzierbarkeit hin zu untersuchen. Die Rekonstruktion des Fehlerauftritts macht dabei in der Erforschungs- und Problemeingrenzungsphase die Führung eines „Fehler-Logbuches“ sinnvoll. Der DV-Laien braucht nur das Erscheinungsbild des Fehlers zu beschreiben.⁹⁹² Es ist unschädlich, wenn der Anwender zusätzlich falsche Ursachen angibt.⁹⁹³ Ferner ist nach Möglichkeit auszuschließen, dass der Fehler auf einer ggf. von einem anderen Hersteller stammenden Hardwarekomponente beruht. Andernfalls ist damit zu rechnen, dass Hardware- und Softwarelieferant sich sowohl in den Vorverhandlungen als auch im Prozess jeweils mit dem Verweis auf den anderen der Verantwortlichkeit zu entziehen versuchen.

b) Fristsetzung

Ist die Aufbereitung und Klärung der Mangelfrage soweit abgeschlossen, so empfiehlt sich, über **eine mögliche Fristsetzung** nachzudenken. In vielen Fällen verlangt das Gesetz, dass der Anwender den Lieferanten zumindest zur Mängelbeseitigung auffordert. Beim beiderseitigen Handelskauf hat der Käufer nach § 377 HGB⁹⁹⁴ die gelieferte Soft- bzw. Hardware unverzüglich nach Ablieferung zu untersuchen und erkannte Mängel zu rügen. Bei einem Werkvertrag kann der Besteller den Unternehmer zur Nacherfüllung auffordern (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB). Bevor er Ersatz für Aufwendung oder Minderung geltend machen kann, muss die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder nicht erfolgt sein.

⁹⁹⁰ LG Stuttgart, Urt. v. 7.2.1991 – 16 S 243/90, CR 1992, 226.

⁹⁹¹ *Zahrnt*, NJW 2002, 1531.

⁹⁹² OLG Köln, Urt. v. 26.10.1990 – 19 U 28/90, NJW 1991, 2156.

⁹⁹³ BGH, Urt. v. 3.12.1998 – VII ZR 405-97, NJW 1999, 1330.

⁹⁹⁴ BGH, Urt. v. 9.10.2001 – X ZR 58/00, CR 2002, 93.

Innerhalb der Reichweite des UN-Kaufrechts trifft die Pflicht zur Mängelrüge jedermann (Art. 39 CISG). In Fällen des Verzugs mit der Lieferung oder der Mängelbeseitigung kann der Käufer den Verkäufer gem. Art. 47 Abs. 1 CISG zur Lieferung innerhalb einer angemessenen Nachfrist auffordern. Aus Abs. 2 der Vorschrift ergibt sich, dass der Käufer mit Ausnahme des Verzugsschadensersatzes keine Rechtsbehelfe wegen der Vertragsverletzung ausüben, also insbesondere nicht vom Vertrag zurücktreten kann. Die Grenzen dieser Vorschriften sind im Einzelnen streitig. Dies betrifft etwa das Erfordernis einer Ablehnungsandrohung.⁹⁹⁵ Es ist daher ratsam, im Zweifel eine Frist zur Nachbesserung bzw. Nachlieferung mit Ablehnungsandrohung zu setzen.

Bei der Nachfristsetzung ist auf die **Angemessenheit der Frist** zu achten. Zwar setzt auch eine zu kurze Frist eine angemessene in Lauf⁹⁹⁶, doch hat die Ablehnung eines Leistungsangebotes nach Ablauf nur der zu kurzen Frist die Unrechtmäßigkeit der Annahmeverweigerung zur Folge. Angemessen ist eine Frist, wenn sie für einen um die Beseitigung des Fehlers bemühten Vertragspartner ausreicht, um die Mängel zu beseitigen, sofern er die dazu nötigen Arbeiten unverzüglich in Angriff nimmt.⁹⁹⁷ So wurde bei einer Vielzahl von Nachbesserungswünschen eine Frist von 14 Tagen als unangemessen kurz angesehen.⁹⁹⁸ Auf während der Vertragsdurchführung entstandene Änderungen – z.B. Aktualisierung des Pflichtenheftes oder Ergänzung des Leistungsumfanges um weitere Programmfunktionen – ist durch entsprechend längere Fristen Rücksicht zu nehmen.

Bei Klagen des Lieferanten auf Zahlung des Kaufpreises oder Werklohns ist darauf zu achten, dass der Anwender sich mit seiner Zahlung wirklich in **Verzug** befindet, also eine nach § 286 Abs. 1 BGB evtl. **erforderliche Mahnung** erfolgt ist. Der Werklohn wird bei Abnahme fällig, § 641 BGB. Außerdem ist zu überlegen, ob nicht vor Klageerhebung der Versuch unternommen werden sollte, die Zahlung mit Hilfe des Mahnverfahrens nach §§ 688 ff. ZPO zu erhalten.

c) Risikoanalyse und Alternativen

Bei der anschließenden Bewertung der Prozessrisiken sind eine Reihe möglicher Kostenfaktoren zu beachten. Vor allem sind die **hohen Kosten des Beweises** von Mängeln durch DV-Sachverständige zu beachten. Häufig steht die Höhe der geltend gemachten

⁹⁹⁵ Vgl. nur Ferrari/Kieninger/Mankowski/Saenger, CISG Art. 47, Rn. 6 (verneinend) m.w.N.

⁹⁹⁶ BGH, Urt. v. 10.2.1982 – VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279 = MDR 82, 843; BGH, Urt. v. 21.6.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640 = DNotZ 1986, 219; dies ist allerdings umstritten im Anwendungsbereich des CISG, Ferrari/Kieninger/Mankowski/Saenger, CISG Art. 47, Rn. 6 (bejahend) m.w.N.

⁹⁹⁷ KG Berlin, Urt. v. 1.6.1990 – 14 U 4238/86, CR 1990, 768, wonach 10 Tage für die Beseitigung von Druckerproblemen hinreichend sei; BGH, Urt. v. 23.6.1992 – X ZR 92/90, NJW-RR 1993, 178.

⁹⁹⁸ LG München I, Urt. v. 21.3.1991 – 7 O 3919/89, CR 1992, 474, 476.

Minderung oder des Schadensersatzes in keiner angemessenen Relation zu den Kosten des Sachverständigengutachtens. Wegen des keineswegs selbstverständlichen Sachverständens selbst von vereidigten Sachverständigen ist eine kritische Würdigung des Sachverständigengutachtens sehr wichtig.⁹⁹⁹ Auch zieht sich ein Verfahren zeitlich in die Länge, sodass die streitbefangene Leistung veraltet und damit entwertet ist. Auch ist dem Anwender oft weniger mit der Rückzahlung des Kaufpreises geholfen; er wird eine effiziente Nachbesserung und weitere Unterstützungsleistungen des Lieferanten bevorzugen.

Als Alternativen zu einem Gerichtsverfahren sollte der Anwender zunächst die Möglichkeit eines **gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs** in Betracht ziehen. Zu beachten ist dabei, dass alle im Vergleich zu regelnden Leistungen, insbesondere auch Gegenleistungen, die Zug-um-Zug zu erbringen sein sollen, in vollstreckungsfähiger Form tituliert werden. Bezüglich der dabei bestehenden Probleme kann auf das zur Formulierung der Klageschrift Gesagte verwiesen werden.

Auch an eine **Kostenregelung** ist zu denken. Für den Fall einer Ratenzahlung sollte der Vergleich eine Verfallsklausel enthalten; diese verhindert, dass man bei unpünktlicher Ratenzahlung nur wegen der ausstehenden Raten und nicht gleich wegen der Gesamtsumme vollstrecken kann.

Auch besteht die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens; der abschließende Schiedsspruch steht einem Gerichtsurteil nach § 1055 ZPO in der Durchsetzbarkeit gleich. Das Schiedsverfahren hat für den Lieferanten auch den Vorteil, dass es nicht-öffentlich ist. Softwaremängel werden folglich nicht coram publicum diskutiert und von dort aus über die Medien einer breiteren Öffentlichkeit vermittelt. So hilft das Schiedsverfahren zur Wahrung des Firmenimages.

Sollen nur die tatsächlichen Mängel parteiautonom geklärt werden, sollte die Möglichkeit eines Schiedsgutachtens in Betracht gezogen werden.

d) Selbständiges Beweisverfahren

Im Vorfeld von Gewährleistungsprozessen wird zu wenig vom **selbständigen Beweisverfahren** Gebrauch gemacht (§§ 485 ff. ZPO). Aufgrund eines solchen Verfahrens¹⁰⁰⁰ kann ein Sachverständiger die Mängel des Programms „gerichtsfest“ feststellen und der Anwender anschließend die Mängel beseitigen, ohne dass er in Beweisprobleme käme. Ein solch vorgezogenes Beweisverfahren bietet sich daher vor allem an, wenn

⁹⁹⁹ Buechting/Heussen, C 22. Rn. 46.

¹⁰⁰⁰ Einzelheiten zum Verfahren bei Bergmann/Streitz, NJW 1992, 1726 f.; allgemein Ulrich, AnwBl. 2003, 26 ff., 78 ff. und 144 ff.

- der Anwender mangelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen oder löschen will,¹⁰⁰¹
- Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können: Nach dem Wechsel auf ein anderes DV-System kann der Anwender das alte (streitbefangene) bald nicht mehr bedienen,
- der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können (allerdings besteht in diesem Fall wegen § 45 UrhG, der im Regelungsbereich der §§ 69a ff. UrhG Anwendung findet,¹⁰⁰² wohl auch die Möglichkeit, den Originaldatenträger mit der mangelhaften Version aufzubewahren und die Mängelbeseitigung an einer Kopie vorzunehmen),
- der Anwender möglichst schnell Gewissheit über die Fehlerhaftigkeit haben will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzulegen.

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB wird die Verjährung gehemmt, wenn der Antrag auf eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises dem Gegner zugestellt wird.

Das selbständige Beweisverfahren ist schneller als ein Hauptprozess und kann in vielen Fällen zur Vermeidung eines Hauptverfahrens führen.

aa) Zuständigkeit

Ist die Hauptsache noch nicht rechtshängig, ist für das selbständige Beweisverfahren **das Gericht zuständig, das nach den Angaben des Antragstellers für die Hauptsache zuständig wäre** (§ 486 Abs. 2 S. 1 ZPO). Folgt auf das selbständige Beweisverfahren ein Hauptsacheprozess, kann sich der Antragsteller nicht mehr auf die Unzuständigkeit des Gerichts berufen. Ist die Hauptsache bereits rechtshängig, ist gem. § 486 Abs. 1 ZPO das Prozessgericht örtlich zuständig. Eine Ausnahme von diesen Regelungen trifft § 486 Abs. 3 ZPO für Eilfälle. Für diese ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk sich der zu vernehmende Zeuge oder die zu begutachtende Sache oder Person befindet. § 486 ZPO soll sicherstellen, dass das selbständige Beweisverfahren am gleichen Gericht wie das Hauptsacheverfahren durchgeführt wird, sodass die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung gewährleistet bleibt. Diese örtliche Zuständigkeit kann daher auch nicht durch Parteivereinbarung geändert werden. Unzulässig in diesem Sinne ist jedoch nur die Festlegung einer besonderen Zuständigkeit für das Beweisverfahren, eine u.U. zulässige

¹⁰⁰¹ Siehe LG Oldenburg, Urt. v. 24.4.1991 – 12 O 204/90, NJW 1992, 1771.

¹⁰⁰² Fromm/Nordemann/Czychowski, § 69a, Rn. 43; Dreier, GRUR 1993, 781; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69a UrhG Rn. 75; a.A. Lehmann/Haberstrumpf, II, Rn. 148 (der die Anwendbarkeit der §§ 44 ff. insgesamt ablehnt).

Gerichtsstandvereinbarung für das Hauptsacheverfahren wirkt dagegen auch für das selbständige Beweisverfahren.

bb) Verfahrensgegenstand und Auftragsbefugnis

Zur Verfügung steht zunächst die **Möglichkeit des Antrags nach § 485 Abs. 1 ZPO**. Dabei kann jede Augenscheinseinnahme, Zeugenvernehmung oder Sachverständigenbegutachtung Gegenstand des Verfahrens sein. Die weitreichenden Möglichkeiten dieser Verfahrensvariante sind im Gegenzug an enge Voraussetzungen geknüpft. So ist die Antragsbefugnis i.S.d. § 485 Abs. 1 ZPO nur bei Zustimmung des Gegners oder dann, wenn der Verlust bzw. die Erschwerung der Benutzung des Beweismittels zu befürchten ist, gegeben. Diese Voraussetzungen sind jedoch in der Praxis durchaus nicht selten. Hat der Anwender z.B. Anwendungssoftware erworben, deren Mangelhaftigkeit streitig ist, kann schon die Lieferung und Installation einer neuen Version (ohne dass dieses auf die Fehlerbeseitigung allein abzielen muss) den Verlust des Beweismittels befürchten lassen. Eine DV-Anlage für die Dauer eines Prozesses in exakt dem Zustand zu belassen, in dem der Fehler aufgetreten ist, kann unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten niemandem zugemutet werden. Die Voraussetzungen des § 485 Abs. 1 ZPO werden daher praktisch keinesfalls selten vorliegen.

Ungleich häufiger wird jedoch von der **Möglichkeit des § 485 Abs. 2 ZPO** Gebrauch gemacht. Diese Norm knüpft an die Antragsbefugnis geringere Voraussetzungen, schränkt dabei jedoch auch in Frage kommende Beweisthemen und -mittel ein. Es bedarf danach lediglich eines **Interesses des Antragstellers an der Feststellung des Wertes oder des Zustandes einer Sache**, der Ursache eines Sachmangels oder der für die Beseitigung des Schadens nötigen Aufwandshöhe. Für diese Fälle besteht die Möglichkeit der Begutachtung in Form eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Die praktisch große Bedeutung ergibt sich gerade im DV-Prozess aus der Tatsache, dass es eben für die Beweiserhebung meist genau auf ein Sachverständigengutachten ankommt, die Verwendung anderer Beweismittel hingegen eine eher untergeordnete Rolle spielt.

Einzig problematische Frage im Rahmen des Antrags nach § 485 Abs. 2 ZPO ist die nach dem Bestehen eines rechtlichen Interesses. Die Frage, ob insoweit eine enge oder eher eine weite Auslegung angebracht ist, wird uneinheitlich gesehen. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass entsprechend der in § 485 Abs. 2 S. 2 ZPO getroffenen Regelung das rechtliche Interesse dann gegeben ist, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreites dienen kann. Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn im selbständigen Beweisverfahren die Voraussetzungen eines prozessual bedeutsamen Anspruchs, einer behaupteten Einrede oder Einwendung geklärt werden können. Ein rechtliches Interesse ist

auch dann zu bejahen, wenn der Zustand der Sache für die Rechtsbeziehungen der Parteien maßgeblich ist, was gerade bei Gewährleistungsansprüchen der Fall ist.¹⁰⁰³

cc) Inhalt des Antrags

Der Antragsteller muss zunächst einmal die Voraussetzungen des selbständigen Beweisverfahrens, insbesondere das rechtliche Interesse, sowie diejenigen Tatsachen, die die Zuständigkeit des Gerichts begründen, **glaubhaft machen** (§ 487 Nr. 4 ZPO). Im Antrag ist der Gegner zu bezeichnen (§ 487 Nr. 1 ZPO). Dies mag manchmal schwierig sein, ist jedoch praktisch unentbehrlich, um die beabsichtigte Bindungswirkung des Beweisverfahrens zu erreichen. Zwar kann auf diese Angabe in Ausnahmefällen (vgl. § 494 ZPO) verzichtet werden, doch steht dem Antragsgegner in Form des Lieferanten zumeist ein potentiell Verantwortlicher gegenüber, sodass man den Zweck des selbständigen Beweisverfahrens nicht durch Verzicht auf die Angabe des Antragsgegners gefährden sollte.

Im Gewährleistungsprozess ist vor allem die Frage des Vorliegens und der Erheblichkeit von Mängeln von Bedeutung. Bei der Bezeichnung der Tatsachen, über die in Form des schriftlichen Sachverständigengutachtens Beweis zu erheben ist, darf jedoch keine Beweisfrage des Inhalts gestellt werden, ob die fragliche Software mangelhaft sei oder nicht. Erforderlich ist vielmehr **eine konkretere Angabe der zu untersuchenden Mängel**, die die Abweichung von der Sollbeschaffenheit darstellen sollen. Die Sollbeschaffenheit ergibt sich entweder aus dem erstellten Pflichtenheft oder dem gewöhnlichen Gebrauch. Die gerügten Mängel sind präzise und vollständig zu bezeichnen,¹⁰⁰⁴ weil mit dem Antrag die Verjährung nur für diese Mängel gehemmt wird (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB). Die Formulierung der Beweisfrage stellt daher eine Art Balanceakt dar. Dabei muss die Ursache des Mangels nicht angegeben werden, es sei denn, ihre Aufklärung ist von Bedeutung, z.B., weil der Hersteller der Software Bedienungsfehler als die Ursache behauptet. Es reicht dann aber der Antrag aus, dass zusätzlich festgestellt werden soll, dass die Ursache des Mangels in der Leistung begründet ist und nicht auf einem Bedienungsfehler beruht.

Schwierig ist die Formulierung des Antrags, falls **mehrere Antragsgegner** in Frage kommen. Solche Fälle können bei Kombination verschiedener Programme, etwa im Rahmen eines umfangreicheren DV-Projekts, auftreten. Hierbei ist für die Formulierung der Beweisfrage einerseits ein unzulässiger Ausforschungsantrag zu vermeiden, andererseits muss der Antragsteller mit dem Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens der Anforderung gerecht werden können, bei mehreren Lieferanten mit zunächst unklaren Verursachungsbeiträgen

¹⁰⁰³ Thieme, MDR 1991, 938, 938 f.

¹⁰⁰⁴ Büchting/Heussen/Piltz, B § 16 Rn.-81.

denjenigen zu benennen, der das Fehlerbild/den Schaden verursacht hat. Dies bedeutet, dass in Fällen zweier Antragsgegner bezüglich der Frage nach der Schadensursache die Beweisfrage dahingehend zu konkretisieren ist, ob die konkrete Schadensursache in der von dem jeweiligen Antragsgegner gelieferten Komponente liegt.

dd) Möglichkeit des Antragsgegners

Gutachten, die im selbständigen Beweisverfahren erstellt worden sind, später zu erschüttern, bereitet enorme Schwierigkeiten, insbesondere weil das Beweisergebnis gem. § 493 ZPO **im Hauptprozess bindend wirkt**. Der Antragsgegner kann formlose Gegenvorstellungen machen und die Aufhebung des Beschlusses anregen. Daneben kann er im Wege eines Gegenantrages die Berechtigung der Beweisfragen in Frage stellen und abweichende Themen zum Beweis stellen.¹⁰⁰⁵ Dadurch wird ein eigenständiges Beweisverfahren eingeleitet, soweit es sich nicht lediglich um ergänzende Fragen handelt. Schließlich besteht die Möglichkeit, den Sachverständigen wegen Befangenheit abzulehnen.

Ist für den Lieferanten die Sicherung des Beweises, z.B. seinem Vorlieferanten gegenüber, von Bedeutung, kann er ein eigenes Beweisverfahren beantragen. Ist ein eigener Beweis Antrag vor demselben Gericht zulässig, so sollte der Lieferant die Verbindung der Verfahren anstreben. Handelt es sich dagegen um zwei verschiedene Gerichte, so ist die Möglichkeit, über einen Hinweis bezüglich des anderen anhängigen Beweisverfahrens die Beauftragung des gleichen Sachverständigen zu erreichen, in Betracht zu ziehen. Daneben kann der Lieferant nach richtiger Auffassung dem Vorlieferanten den Streit verkünden.¹⁰⁰⁶

ee) Kosten

Folgt auf das selbständige Beweisverfahren ein Hauptverfahren, sind die Kosten des Beweisverfahrens Teil der **Kosten des Hauptsacheverfahrens**; ihre Verteilung richtet sich folglich nach dem Ergebnis des Folgeprozesses. Nimmt der Antragsteller den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurück, so trägt er analog § 269 ZPO die Kosten.

Stellt sich im selbständigen Beweisverfahren heraus, dass der Antragsteller Unrecht hatte, und erhebt der Antragsteller daraufhin keine Klage, kann der Antragsgegner eine Fristsetzung zur Klageerhebung durch das Gericht bewirken (§ 494a Abs. 1 ZPO). Erhebt der Antragsteller

¹⁰⁰⁵ Nicht zulässig ist eine negative Feststellungsklage vor Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens; siehe OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.11.1992 – 22 U 135/92, CR 1993, 281 f.

¹⁰⁰⁶ Siehe hierzu *Hoeren*, ZZP 108 (1995), 343 ff. m.w.N.

innerhalb dieser Frist keine Klage, muss er die Kosten des Beweisverfahrens tragen (§ 494 Abs. 2 ZPO).

2. Das Verfahren vor Gericht – Zuständigkeit

Vor der Klageerhebung ist das zuständige Gericht zu ermitteln: An welchem Ort kann ich Klage erheben (**örtliche Zuständigkeit**)? Ist das Amts- oder das Landgericht zuständig (**sachliche Zuständigkeit**)?

a) Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit kann sich zunächst aus einer **Gerichtsstandvereinbarung** ergeben. Eine solche Klausel ist zulässig, wenn die Parteien Vollkaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Universität) oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind (§ 38 ZPO). Andernfalls richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Wohn- oder Geschäftssitz des beklagten Lieferanten (§§ 13, 17 ZPO). An diesem allgemeinen Gerichtsstand sind beispielsweise Minderungsklagen zu erheben.

Der besondere **Gerichtsstand des Erfüllungsortes** (§ 29 Abs. 1 ZPO) kommt dagegen für die Rücktrittsklage¹⁰⁰⁷ und alle sonstigen Klagen auf Rückgewähr¹⁰⁰⁸ in Betracht. Erfüllungsort für solche Ansprüche ist nach h.M. der Ort, an dem sich die zurückzugebende Sache nach den vertraglichen Vereinbarungen befindet.¹⁰⁰⁹ Dies dürfte regelmäßig der Wohn- bzw. Geschäftssitz des Anwenders sein, der die Rückgewährklage demnach wahlweise auch vor dem heimischen Gericht führen kann.¹⁰¹⁰

Umstritten ist die Rechtslage für den Fall, dass sich die Software bereits vollständig beim Lieferanten befindet, etwa weil dieser Nachbesserungsarbeiten vornehmen will. Gleiches gilt, wenn sich die Sache nicht beim Lieferanten, aber auch nicht am Erfüllungsort befindet. Ist man sich als Anwender der Zuständigkeit „seines“ örtlichen Gerichts unsicher, bleibt nur die Möglichkeit, am allgemeinen Gerichtsstand des Lieferanten zu klagen. Für den Fall, dass der Lieferant Klage auf Zahlung erhebt, ist auch § 29 ZPO anwendbar. Mangels anderer

¹⁰⁰⁷ RG, Urt. v. 19.1.1909 – II 505/08, RGZ 70, 198; BGH, Urt. v. 9.3.1983 – VIII ZR 11/82, BGHZ 87, 104, 109 f. = NJW 1983, 1479; LG Aachen, Urt. v. 29.9.1992 – 41 O 69/92, CR 1993, 767, 768; BGH, Urt. v. 5.10.2005 – VIII ZR 382/04, NJW 2006, 211.

¹⁰⁰⁸ So gilt der besondere Gerichtsstand ebenfalls in Fällen des Rücktritts wegen Nichterfüllung beim Werkvertrag, wie er besonders beim Werkvertragsrecht vor Abnahme vorkommen kann; siehe AG Münsingen, Urt. v. 27.2.1992 – 2 C 156/91, CR 1993, 502, 503.

¹⁰⁰⁹ RG, Urt. v. 27.2.1933 – VIII 514/32, RGZ 140, 67, 69.

¹⁰¹⁰ OLG Nürnberg, NJW 1974, 2337; OLG Hamm, MDR 1989, 65; a.A. LG Tübingen, Beschl. v. 18.12.1985 – 2 O 360/85, MDR 1986, 756.

Vereinbarung ist Erfüllungsort gem. § 269 Abs. 1 BGB der Wohnsitz des Schuldners, also des Anwenders.

Das Schweizer Bundesgericht hatte einen Fall zu entscheiden, in dem in einem Vertrag zwei sich widersprechende Gerichtsstandsvereinbarungen gegeben waren.¹⁰¹¹ Es kam zu dem Schluss, dass in diesem Fall gar keine gültige Gerichtsstandsvereinbarung getroffen wurde. Da weiterhin auch kein Erfüllungsort vereinbart war und Art. 5 Abs. 1 lit. b LugÜ¹⁰¹² nur für solche Fälle anwendbar sei, in denen die Software in materialisierter Form übertragen werden (, was die Kläger nicht vorbrachten), müsse auf die allgemeine Regel zurückgegriffen werden, wonach sich bei einem Lizenzvertrag der Erfüllungsort am Sitz des Schuldners befinde.

b) Sachliche Zuständigkeit

Für die sachliche und/oder funktionelle Zuständigkeit ist die **Kompetenz der Kammer für Handelssachen** zu beachten. Ist das zugrundeliegende Geschäft (z.B. Softwarekauf) ein beiderseitiges Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB, so ist nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG die Kammer für Handelssachen zuständig. Ein eventueller Verlust der Kaufmannseigenschaft des Klägers berührt die Zuständigkeit nicht; entscheidend ist nach § 95 GVG vielmehr die Kaufmannseigenschaft des Beklagten, sodass die Kammer für Handelssachen unzuständig wird, wenn der Beklagte die Kaufmannseigenschaft verliert. Bei manchen Gerichten gibt es mittlerweile spezielle Spruchkörper für Computersachen. Deren Zuständigkeit richtet sich nach dem jeweiligen Geschäftsverteilungsplan.

3. Die Klageschrift

Neben den allgemeinen Anforderungen an eine Klageschrift (§ 253 ZPO) bereitet die Frage des **richtigen Antrags im IT-Prozess** die meisten Schwierigkeiten.

Insbesondere die korrekte Abfassung der Klage auf Rückabwicklung ist kompliziert. Neben der Rückzahlung sollen Rückabwicklungskosten, die erst nach rechtskräftiger Entscheidung entstehen, berücksichtigt werden. Das Hauptproblem des Antrags liegt jedoch darin, dass er auf **Zahlung Zug-um-Zug gegen Rückgabe** und/oder Löschung der Software bzw. der gemachten Kopien gerichtet ist. Es müssen entweder die Datenträger zurückgegeben werden, auf denen das Programm gespeichert ist oder es müssen die Daten gelöscht werden, sodass sie für niemanden mehr benutzbar sind.¹⁰¹³ Der Antrag muss im Hinblick auf die gelieferten

¹⁰¹¹ Schweizer Bundesgericht, Urt. v. 31.7.2013, 4A_149/2013.

¹⁰¹² Wörtlich übereinstimmend mit der EuGVÜ.

¹⁰¹³ KG Berlin, Beschl. v. 8.3.1994 – 1 W 7446/93, CR 1994, 740, 741; OLG Karlsruhe, Urt. v. 30.1.1997 – 4 U 154/96, NJW 1998, 549.

Gegenstände so präzisiert sein, dass er vollstreckbar ist. Die herauszugebenden bzw. zu löschenden Softwarepakete sind zu diesem Zweck exakt zu benennen. Sie müssen so genau beschrieben werden, dass der Gerichtsvollzieher sie finden, von anderen gleichartigen Sachen unterscheiden und dem Schuldner wegnehmen kann.¹⁰¹⁴ Ein Anspruch auf Herausgabe von auf Disketten gespeicherter Software ist nur dann hinreichend bestimmt und vollstreckbar, wenn genügend äußere Merkmale, z.B. Diskettenaufschriften mitgeteilt werden.¹⁰¹⁵ Die Angabe lediglich des gespeicherten Inhalts genügt nicht dem **Bestimmtheitsanfordernis** des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und führt zur Unzulässigkeit der Klage.¹⁰¹⁶ Unter Umständen kann zur Präzisierung der Leistung auf die Beschreibung durch den Lieferanten im Vertrag zurückgegriffen werden. Soll Hardware zurückgegeben werden, ist sicherzustellen, dass auf der Festplatte gespeicherte Daten vorher gelöscht werden.

a) Standardsoftware

Bei dieser muss dabei neben der genauen Angabe der Bezeichnung, Versionsnummer und Art der Datenträger (soweit möglich) auch die Seriennummer des einzelnen Produktes angegeben werden.

b) Individualsoftware

Bei dieser dürfte die Gefahr von Verwechslungen zwar geringer, die genaue Kennzeichnung jedoch umso schwieriger sein. Denn ist an dem individuell für den Benutzer erstellten Programm erst einmal nachgebessert, weiter- oder umprogrammiert worden, wird sich die fragliche Software nicht mehr über bestimmte Diskettensätze oder Streamerbänder bezeichnen lassen. In diesem Fall empfiehlt es sich, eine Löschung der betreffenden Programme vorzuschlagen, verbunden mit der Versicherung des Anwenders, dass alle Programme gelöscht sind.

c) Abwicklung des Rücktritts

Die vom Anwender mit Hilfe des Programms erstellten Daten gehören nicht zu den Programmen. Sie sind von der Löschung (Rückgabe) nicht betroffen. Sie brauchen deswegen nicht vom Rückgabeantrag ausgenommen zu werden.

¹⁰¹⁴ LG München I, Urt. v. 9.5.1996.

¹⁰¹⁵ LG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.1994 – 5 O 4/94, CR 1995, 220, 221.

¹⁰¹⁶ LG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.1994 – 5 O 4/94, CR 1995, 220, 221.

Erachtet das Gericht den **Zug-um-Zug-Antrag für nicht hinreichend exakt**, ist nach der Rechtsprechung des *BGH* zu den nicht hinreichend bezifferten Zahlungsansprüchen **mit der Abweisung der Klage als unzulässig** zu rechnen.¹⁰¹⁷

Allerdings liegt mit der Klageabweisung als unzulässig kein in der Sache selbst entscheidendes Urteil vor. Gem. § 204 Abs. 2 BGB kann dann die **Hemmungswirkung der ersten Klage** dadurch gewahrt bleiben, dass man binnen einer Frist von sechs Monaten erneut Klage erhebt. Konnte man aber schon im ersten Prozess die Gegenforderung nicht hinreichend präzisieren, so erscheint fraglich, ob sich daran im zweiten Prozess etwas ändern wird. Sollte der Beklagte an der Präzisierung eigene rechtliche Interessen haben, etwa weil er im Falle der Verurteilung die gesamte Software zurückerhalten möchte, so steht einer Mitwirkung seinerseits nichts im Wege.

Eine **präzise Antragsformulierung** sollte zudem die Tatsache berücksichtigen, dass bei unglücklichen Formulierungen anstelle von Zug-um-Zug-Titeln bedingte Titel entstehen. Den Bedingungseintritt kann der Gläubiger bei einem solchen Titel nur durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunde nachweisen, eine bezüglich der Herausgabe und vor allem der Löschung von Programmen schier unerfüllbare Voraussetzung. Um aus dem Titel zu vollstrecken, ist dann eine Klageerhebung nach § 731 ZPO erforderlich.

Hinsichtlich der Vollstreckung ergibt sich wiederum das Problem des Nachweises, dass sich der Schuldner im **Annahmeverzug** der vom Gläubiger angebotenen Leistung befindet bzw. bereits befriedigt ist. Dies kann wiederum nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde geschehen (§ **756 ZPO**). Es empfiehlt sich daher, in Fällen des Zug-um-Zug-Antrags mit einem weiteren Antrag die Feststellung zu begehren, dass sich der Schuldner hinsichtlich der Gegenleistung im Annahmeverzug befindet. Für diesen Antrag besteht angesichts der erläuterten Schwierigkeiten auch ein Feststellungsinteresse.¹⁰¹⁸

d) Rücktrittsklage bei Leasingverträgen

Bei Leasing ist die leasingtypische Abtretungskonstruktion zu beachten. Die Klage auf Rückzahlung der geleisteten Zahlung ist in diesem Fall gegen den Lieferanten zu erheben, Zahlung darf dagegen nur an den Leasinggeber verlangt werden. Ein mancherorts vorgeschlagener Antrag auf Zahlung an den Leasingnehmer, verbunden mit dem Zusatz,

¹⁰¹⁷ BGH, Urt. v. 18.9.1992 – V ZR 86/91, NJW 1993, 324; BGH, Urt. v. 15.10.1993 – V ZR 19/92, NJW 1994, 586; a.A. OLG Nürnberg, Urt. v. 22.9.1988 – 12 U 2067/88, CR 1989, 694; *Redeker*, CR 1988, 277, 279. Siehe hierzu auch OLG Naumburg, Urt. v. 22.3.1995 – 6 U 249/94, NJW-RR 1995, 1149; LG Hildesheim, Beschl. v. 25.11.1998 – 5 T 713/98, DGVZ 2000, 93, 94.

¹⁰¹⁸ OLG Köln, Beschl. v. 27.12.1988 – 2 W 119/88, DGVZ 1989, 151, 152. Siehe dazu auch LG Koblenz, Beschl. v. 18.11.1999 – 2 T 689/99, DGVZ 2000, 117; *Münzberg*, BB 1990, 1011; *Redeker*, CR 1994, 741, 742.

befreiend könne auch an den Leasinggeber gezahlt werden, wäre nicht gangbar, weil im Leasingverhältnis ein Anspruch des Leasingnehmers auf Rückzahlung der für die gelieferte Software geleisteten Zahlung im Rücktrittsfall in aller Regel nicht besteht. Eine auf eine solche Zahlung gerichtete Klage wäre daher zwar zulässig, aber unbegründet.

Hinsichtlich der Vertragskosten ist zu beachten, dass ihre Erstattung auch direkt an den Leasingnehmer gefordert werden kann.¹⁰¹⁹

4. Die Darstellung des Klagestoffes

Für den IT-Prozess bereitet die **hohe Komplexität des oft technischen Sachverhaltes** Schwierigkeiten. Bei der Schilderung des Sachverhaltes sind Begriffe aus der technischen Fachsprache meist nicht zu vermeiden, ihre Bedeutung ist daher immer zu erläutern. Diese Erläuterungen helfen nicht nur dem Gericht, sondern sind auch für die Klärung des Sachverhaltes zwischen Anwalt und Mandant von großer Bedeutung. Handelt es sich um IT-erfahrene Mandanten, kann man diese nach Erstellung des Schriftsatzes die Ausführungen zum Sachverhalt noch einmal gegenlesen lassen, sodass Missverständnisse auf dieser Ebene bereits ausgeräumt werden können. Dies gilt insbesondere, da viele technische Begriffe auch innerhalb der Fachsprache je nach Kontext und Problemstellung in unterschiedlichen Bedeutungen verwendet werden, die Fachsprache selbst insofern nicht immer einheitlich ist. Für die Frage nach dem notwendigen Maß der Erläuterungen sollte man sich auf das Gericht einstellen. Vor einer Spezialkammer für IT-Fragen mag insoweit ein anderer Vortrag angebracht sein als vor einem nur ausnahmsweise mit einem DV-spezifischen Sachverhalt beschäftigtem Gericht. Besonderes Augenmerk muss allerdings auch auf die Darlegung der betrieblichen Abläufe, für die die DV-Programme eingesetzt werden sollen, gelegt werden, da diese bei der Bestimmung der Sollbeschaffenheit eine Rolle spielen können.

Von der **Bezugnahme auf Anlagen** zur Ergänzung des eigenen Vortrags ist abzuraten. Zwar mag dies zulässig sein, wenn man in der Anlage eigene Schriftsätze hinzufügt, doch trägt der Verweis auch in diesem Fall nicht zur Übersichtlichkeit bei. Vorteilhaft dagegen kann der Verweis in Parallelprozessen sein, weil dann normalerweise fast unvermeidliche Abweichungen im Sachverhalt vermieden werden, und dem Gericht Doppelarbeit erspart bleibt. Zu beachten ist aber, dass insbesondere im Berufungsverfahren eine Bezugnahme auf andere als eigene Schriftsätze von verschiedenen Gerichten als unzulässig angesehen wird.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.10.1990 – 19 U 10/90, CR 1992, 611.

¹⁰²⁰ BGH, Beschl. v. 18.7.2001 – XII ZB 106/96, NJW 1993, 3333; BGH, Beschl. v. 18.10.1993 – II ZB 7/93, BB 1993, 2327.

Die **Bezugnahme auf Privatgutachten** oder außergerichtlichen Schriftverkehr ist nur zulässig, wenn sie lediglich der Substantiierung des eigenen Vortrags dient. Hier gilt: der Schriftsatz und nicht die Anlage bestimmen den Streitstoff.¹⁰²¹ Es ist daher unzulässig, hinsichtlich der Mängel auf ein beigelegtes Gutachten zu verweisen, diese müssen vielmehr im Schriftsatz dargelegt werden. Diese Prinzipien gelten auch für alle anderen, durch Gutachten belegten Tatsachen. Die pauschale Bezugnahme auf ein Gutachten ist sogar dann problematisch, wenn sämtliche Mängel vorgetragen werden sollen, die ein kurzes Gutachten aufführt und vom Gericht die Sachkunde zur Lektüre des Gutachtens erwartet werden kann.

¹⁰²¹ BGH, Beschl. v. 19.1.1967 – VII ZB 13/66, NJW 1967, 728.

5. Darlegungs- und Beweislast

Für den IT-Prozess gelten insoweit die **allgemeinen Regeln**.¹⁰²² Derjenige, der einen Anspruch geltend macht, hat alle Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die zur Begründung des Anspruchs notwendig sind. Entsprechend hat auch hier derjenige, der sich auf eine Einwendung beruft, die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die geeignet sind, die Einwendung zu begründen. Probleme stellen sich jedoch bei der Übertragung dieser Grundsätze auf den Einzelfall.¹⁰²³

a) Rücktritts- und Minderungsprozess

Bei einem Mangelprozess trägt grundsätzlich der **Lieferant die Darlegungs- und Beweislast** dafür, **dass er ordnungsgemäß, vollständig und mängelfrei geliefert hat**.¹⁰²⁴ Bei einem Werkvertrag über Individualsoftware ist der Besteller bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen darlegungs- und beweisbelastet für den Inhalt der Abreden, die die vereinbarte und/oder gewöhnliche Beschaffenheit der Software näher kennzeichnen bzw. eine zugesicherte Eigenschaft begründen können.¹⁰²⁵ Die Beweislast kehrt sich erst dann um, wenn der Anwender die Leistung als Erfüllung annimmt (§ 363 BGB),¹⁰²⁶ es sei denn, der Anwender ist für die Kaufpreiszahlung vorleistungspflichtig.¹⁰²⁷ Die vom Lieferanten zu beweisende **Annahme als Erfüllung** liegt nicht bereits in der körperlichen Entgegennahme der Leistung. Vielmehr ist erforderlich, dass das Verhalten des Anwenders bei oder nach der Entgegennahme der Leistung erkennen lässt, dass er sie als im Wesentlichen ordnungsgemäße Erfüllung gegen sich gelten lassen will.¹⁰²⁸

Beim Werkvertrag hat der Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes die Fehlerfreiheit zu beweisen.¹⁰²⁹ Nach neuerer, dogmatisch nicht überzeugender Rechtsprechung liegt eine **Abnahme** erst vor, wenn die Software nach Einweisung des Personals und der Überwindung immer wieder vorkommender Anfangsschwierigkeiten eine gewisse Zeit im Betrieb des

¹⁰²² Vgl. zu der grundlegenden Substantiierungstheorie RG, Urt. v. 23.12.1933 – I 150/33, RGZ 143, 65; BGH, Urt. v. 12.7.1984 – VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888, 2889.

¹⁰²³ Vgl. hierzu auch *Malzer*, Rn. 184 ff. Zu Vorschlägen einer Modifizierung der Darlegungslast in Softwaregewährleistungsfällen siehe *Bartsch/Hartwig*, S. 1, 21 f.; *Engel*, BB 1985, 1159, 1165; *Rehmann*, CR 1990, 575 ff.

¹⁰²⁴ OLG Köln, Urt. v. 26.6.1992 – 19 U 261/91, VersR 1993, 452; OLG Nürnberg, Urt. v. 28.7.1994 – 8 U 2851/93, ECR OLG 186 = CR 1995, 343; KG Berlin, Urt. v. 21.5.1987 – 2 U 1744/84, CR 1989, 397, 399; LG Ulm, Urt. v. 8.10.1993 – 1 KfH O 52/91, CR 1994, 219, 221.

¹⁰²⁵ AG Elmshorn, Urt. v. 25.4.2005 – 49 C 54/05, CR 2005, 641, 642 = MMR 2005, 870.

¹⁰²⁶ OLG Nürnberg, Urt. v. 28.7.1994 – 8 U 2851/93, ECR OLG 186 = CR 1995, 343.

¹⁰²⁷ KG Berlin, Urt. v. 21.5.1987 – 2 U 1744/84, CR 89, 397, 399.

¹⁰²⁸ OLG Nürnberg, Urt. v. 28.7.1994 – 8 U 2851/93, ECR OLG 186 = CR 1995, 343.

¹⁰²⁹ LG Köln, Urt. v. 21.10.1993 – 22 O 673/90, CR 1994, 624, 625.

Auftraggebers mangelfrei gearbeitet hat.¹⁰³⁰ Die Rechtsprechung hilft dem Anwender damit, die Verjährungsfrist zu verschieben. Unrichtige Übernahmebestätigungen führen daher auch nicht zur Umkehr der Beweislast auf den Kunden.¹⁰³¹ Bei ohne Einschränkungen erfolgter Abnahme trifft den Anwender die Beweislast dafür, dass ein Handbuch nicht geliefert wurde.¹⁰³²

Ist die Software bereits abgeliefert oder abgenommen, hat der Anwender das Vorliegen des geltend gemachten Mangels darzulegen und zu beweisen.¹⁰³³ Er muss beweisen, dass die von ihm behaupteten Mängel bei Gefahrübergang bereits vorhanden waren.¹⁰³⁴ Der Anwender ist bezüglich der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit beweispflichtig.¹⁰³⁵ Hierfür sind neben den vertraglichen Leistungsbeschreibungen auch Handbücher, Herstellerprospekte und ähnliche Materialien heranzuziehen. Ausführungen zum gewöhnlichen Gebrauch des fraglichen Produktes oder zum Stand der Technik sind zulässig, bedürfen aber des Beweises. Allerdings kann schon die Tatsache, dass eine Software eine bestimmte Eigenschaft nicht aufweist, dazu führen, dass der Lieferant beweisen muss, dass dieser Zustand der Software keinen Mangel darstellt, wenn der Anwender mit schlüssiger Begründung darlegt, dass nach dem allgemeinen Standard eine solche Eigenschaft zu erwarten ist.¹⁰³⁶

Bei der Darstellung des Mangels ist nach der Beschreibung der geschuldeten Leistung und der Beschreibung des auftretenden Mangels besonders auf die **Beeinträchtigung der Nutzbarkeit** der Software einzugehen. Dabei reicht die Beschreibung des Fehlers auf der Benutzerebene völlig aus. Der Mangel muss lediglich so geschildert werden, dass er für Gericht und Sachverständige nachvollziehbar und überprüfbar wird.¹⁰³⁷ Es genügt demnach die Darstellung

¹⁰³⁰ Grundlegend OLG Köln, Urt. v. 11.10.1991 – 19 U 87/91, NJW-RR 1992, 1327 = CR 1992, 153; OLG Nürnberg, Urt. v. 14.7.1994 – 8 U 2851/93, CR 1995, 343 = LSK 1995, 350013 (Ls.); ähnlich auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.12.1988 – 17 U 27/87, ZIP 1989, 580, 582 = CR 1989, 689. Vgl. auch BGH, Urt. v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 = CR 1990, 384; OLG Hamm, Urt. v. 8.7.1991 – 31 U 291/90, CR 1992, 335; OLG Hamm, Urt. v. 12.12.1988 – 31 U 104/87, NJW 1989, 1041 = CR 1989, 385; OLG München, Urt. v. 24.1.1990 – 27 U 901/88, CR 1991, 19 und 607 = DB 1990, 1865; OLG Köln, Urt. v. 26.10.1990 – 19 U 28/90, CR 1991, 154; OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.6.1989 – 16 U 209/88, CR 1990, 122; OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.5.1990 – 1 U 21/90, CR 1990, 713; OLG Bremen, BB 91 Beilage 7 S. 2; LG Ulm, Urt. v. 8.10.1993 – 1 KfH O 52/91, CR 1994, 219, 221; Kilian/Heussen/Moritz, Mängelansprüche bei Hardware- und Softwareverträgen Rn. 258; **a.A.:** BGH, Urt. v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98 = NJW 2000, 1415, 1416; *Schneider*, Rn. 421.

¹⁰³¹ OLG Hamm, Urt. v. 9.1.1995 – 31 U 142/94 = CR 1995, 535, 537. Siehe hierzu auch BGH, Urt. v. 5.7.1989 – VIII ZR 334/88, CR 1990, 189, 191 f.

¹⁰³² BGH, Urt. v. 5.7.1989 – VIII ZR 334/88, CR 1990, 189, 191; OLG Koblenz, BB 1993, Beil. 13, 8.

¹⁰³³ OLG Köln, Urt. v. 26.7.1994 – 19 U 278/93, CR 1995, 16, 19; KG Berlin, Urt. v. 22.11.1994 – 18 U 7070/93, CR 1995, 151.

¹⁰³⁴ OLG Köln, Urt. v. 26.7.1994 – 19 U 278/93, CR 1995, 16, 18.

¹⁰³⁵ KG Berlin, Urt. v. 22.11.1994 – 18 U 7070/93, CR 1995, 151.

¹⁰³⁶ KG Berlin, Urt. v. 22.11.1994 – 18 U 7070/93, CR 1995, 151.

¹⁰³⁷ LG Stuttgart, BB 1992 Beilage 10 S. 12.

der Wirkung; Darlegungen zur Ursache einer Fehlfunktion sind nicht gefordert.¹⁰³⁸ Die Beeinträchtigung der Nutzbarkeit des Programmes durch den oder die geltend gemachten Mängel wird vor allem dann entscheidend, wenn es sich nicht um einzelne schwerwiegende, sondern um mehrere kleinere Mängel, die in ihrer Summe ein Arbeiten erschweren oder unmöglich machen, handelt. Der Eindruck, dass nur Kleinigkeiten gerügt werden, ist dabei zu vermeiden. Hier gilt wiederum, dass die Erläuterung des Fehlers auf der Benutzerebene ausreicht. Eine Darstellung der Fehlerursache ist nicht erforderlich. Deutlich werden muss nur, worin die Beeinträchtigung liegt.¹⁰³⁹ Für den Fall, dass erst nach der Umrüstung einer Anlage ein Mangel auftritt, trägt der Lieferant die Beweislast, dass der Fehler bei Übergabe an ihn noch nicht vorhanden war.¹⁰⁴⁰

Die bislang vorgeschlagene Vorgehensweise greift jedoch zu kurz, wenn man es mit dem – praktisch häufigen – Fall eines nicht nur aus einer Komponente bestehenden **Systems** zu tun hat.¹⁰⁴¹ Die Verwendung von Software nur eines Herstellers ist in der Praxis ein praktisch nie auftretender Fall, auch im Zusammenspiel mit der verwendeten Hardware treten immer wieder Konflikte auf. Aufgrund der weitreichenden Standardisierung kann zwar meist eine Fehlerverursachung durch einzelne Komponenten ausgeschlossen werden. Häufig wird ein Softwarelieferant dennoch versuchen, den auftretenden Fehler anderen Systemkomponenten anzulasten. Die zur Klärung notwendige Fehleranalyse ist ohne ein privates Sachverständigengutachten meist nicht möglich. Die Darlegungslast trifft hierbei den Erwerber.¹⁰⁴² Aufgrund dieser im Prozess unangenehmen Konsequenzen sollten DV-Systeme möglichst von einem Lieferanten erworben werden (was auch häufig der Fall ist), der dann für die Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems verantwortlich ist.

Da Abbrüche und Fehlermeldungen auch auf **Bedienungsfehlern** beruhen können, ist für die Darlegung der Mangelhaftigkeit auf mehrere Gesichtspunkte einzugehen. Hier empfiehlt sich wiederum die Führung eines Fehler-Protokolls. Dadurch kann dokumentiert werden, in welcher Anwendungsumgebung, welchem Anwendungsteil oder bei welcher Programmfunktion der Fehler auftritt. Weiter ist festzustellen, ob die durch den Anwender vorgenommenen Eingaben mit den Vorgaben der Programmdokumentation übereinstimmen.

Insbesondere für die Frage der Erheblichkeit des Mangels ist die **Häufigkeit**, mit der der bezeichnete Fehler auftritt, gravierend. Hier kann eine Fehlerstatistik anhand des in einer

¹⁰³⁸ So ausdrücklich BGH, Urt. v. 6.6.1984 – VIII ZR 83/83, CR 1986, 79; OLG Köln, Urt. v. 13.11.1987 – 19 U 140/84, CR 1988, 723, 726.

¹⁰³⁹ *Bergmann/Streitz*, NJW 1992, 1726, 1727.

¹⁰⁴⁰ AG Stuttgart, Urt. v. 6.10.1994 – 9 C 11104/93, CR 1995, 544.

¹⁰⁴¹ Siehe etwa AG Stuttgart, Urt. v. 6.10.1994 – 9 C 11104/93, CR 1995, 544 zur nachträglichen Umrüstung.

¹⁰⁴² LG Köln, Urt. v. 4.3.1983 – 90 O 112/82, IuR 1986, 316, 317.

Testphase geführten Protokolls vorgelegt werden. Werden vom Anwender Fehler substantiiert vorgetragen, reicht es nicht aus, wenn der Lieferant diese pauschal bestreitet, weil sie nicht demonstriert werden können bzw. weil sie auf Bedienungsfehler zurückzuführen seien; vielmehr ist eine detaillierte Stellungnahme seinerseits erforderlich, welche Bedienungsfehler vorgelegen haben sollen.

Handelt es sich bei der geschuldeten Leistung um die Erstellung von Individualsoftware, so kommt als Verteidigungsvorgehen ferner der **Verweis auf fehlerhafte Vorgaben des Bestellers** in Frage. In solchen Fällen gewinnt ein eventuell aufgestelltes Pflichtenheft an Bedeutung. Verteidigt sich der Hersteller mit fehlerhaften Vorgaben des Bestellers, muss er darlegen, dass er keine Beratungspflichten diesbezüglich hatte oder deren Fehlerhaftigkeit nicht erkennen konnte, bevor das Programm erstellt war.¹⁰⁴³ Dies gilt nicht, wenn der Besteller trotz eines Hinweises auf das fehlerhafte Pflichtenheft bestanden hat. Ist kein Pflichtenheft erstellt worden, obwohl dies vereinbart war, so liegt eine Vertragsverletzung seitens des Bestellers vor. Dieser trägt dann die Beweislast dafür, dass später als fehlend bemängelte Funktionen von Anfang an vereinbart waren.¹⁰⁴⁴ Fehlt ein Pflichtenheft zur Konkretisierung der geschuldeten Leistung, steht dies einer Verpflichtung zur Herstellung eines dem technischen Entwicklungsstand entsprechenden Computerprogramms nicht entgegen.¹⁰⁴⁵ In einem solchen Fall trifft den Lieferanten die erweiterte Pflicht, die erforderlichen Erkundigungen beim Anwender einzuholen.¹⁰⁴⁶

Handelt es sich bei dem zugrundeliegenden Vertrag um ein beiderseitiges Handelsgeschäft, muss seitens des Anwenders auch die **Rechtzeitigkeit der Mängelrüge** dargelegt werden. Dies gilt neben dem als Sachkauf zu klassifizierenden Erwerb von Standardsoftware auch für die Erstellung von Individualsoftware, sofern es sich hierbei um einen Werklieferungsvertrag handelt.¹⁰⁴⁷ Behauptet ein Softwareersteller, dass ein festgestellter Mangel bereits beseitigt wurde, so trägt er dafür die Beweislast.¹⁰⁴⁸

Beim Rücktrittsprozess kommt neben der Rückabwicklung die Frage der **Nutzungsentschädigung** zur Geltung. Die Darlegungs- und Beweislast für eine tatsächliche

¹⁰⁴³ Siehe OLG Celle, Urt. v. 26.2.1986 – 6 U 154/84, IuR 1986, 311 = CR 1988, 303.

¹⁰⁴⁴ LG Heilbronn, Urt. v. 16.12.1993 – 1 KfH O 262/89, CR 1994, 281; *LG Köln*, Urt. v. 21.10.1993 – 22 O 673/90, CR 1994, 624.

¹⁰⁴⁵ LG Köln, Urt. v. 21.10.1993 – 22 O 673/90, CR 1994, 624, 625; OLG Köln, Urt. v. 18.6.1993 – 19 U 215/92, CR 1993, 624.

¹⁰⁴⁶ LG Köln, Urt. v. 21.10.1993 – 22 O 673/90, CR 1994, 624, 625.

¹⁰⁴⁷ BGH, Urt. v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436; OLG Celle, Urt. v. 8.11.1995 – 11 U 212/94, CR 1988, 219 = IuR 1986, 311.

¹⁰⁴⁸ LG Köln, Urt. v. 21.10.1993 – 22 O 673/90, CR 1994, 624, 625.

Nutzung durch den Erwerber sowie die Höhe der Entschädigung trifft dabei den Softwarelieferanten.¹⁰⁴⁹

Beim **Minderungsprozess** ist die **Höhe der Minderung** darzulegen. Generelle Regeln zur Wertfestsetzung existieren nicht. In der Praxis wird für die Höhe der Minderung oft auf die Mängelbeseitigungskosten abgestellt. Dies dürfte allerdings mit § 441 Abs. 3 BGB kaum vereinbar sein. Abzustellen ist stattdessen auf die Relation des Wertes der mangelbehafteten zur mängelfreien Software.¹⁰⁵⁰ Die Höhe der Mängelbeseitigungskosten kann hierbei zwar von Bedeutung sein, stellt jedoch nur ein Wertbestimmungselement dar.

b) Schadensersatzklage

Verlangt der Anwender Schadensersatz, hat er die **schuldhafte Verletzung vertraglicher Pflichten**, einen **Schaden** sowie die **Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden darzulegen** und zu beweisen. Liegt die Ursache für den Schaden im Gefahren- und Verantwortungsbereich des Schuldners, trägt dieser die Beweislast dafür, dass er die Vertragsverletzung nicht zu vertreten hat. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Anwender die Verletzung der vertraglichen Pflicht darzulegen und ggf. zu beweisen hat. Der Lieferant muss dann wiederum darlegen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Bei erfolgsbezogenen Pflichten gilt zugunsten des Anwenders die Vermutung, dass eine Pflichtverletzung vorliegt, wenn der geschuldete Erfolg nicht eingetreten ist.¹⁰⁵¹ Bei Erstellung von mangelhafter Software muss der Auftragnehmer daher darlegen und beweisen, dass er die notwendigen Mittel angewendet hat, um die Lieferung mangelbehafteter Software zu vermeiden.

Ein besonderes Problem ist die **Darlegung des Schadens, sofern es dabei um Umsatz- und Gewinnausfälle** geht. Hier greifen zugunsten des Anwenders die § 287 ZPO sowie § 252 BGB ein. Es reichen insofern die Darlegung und der Beweis von Tatsachen, die die Erzielung des Gewinns wahrscheinlich machen, aus. Diese Tatsachen müssen sich aber auf die Situation des Geschädigten beziehen, ein Vergleich mit anderen Unternehmen genügt nicht.¹⁰⁵² Die hierdurch dargelegte Wahrscheinlichkeit der Gewinnerzielung wird auch durch die ernsthafte Möglichkeit, dass der Gewinn nicht gemacht wurde, nicht widerlegt.

¹⁰⁴⁹ LG Aachen, Urt. v. 2.7.1986 – 4 O 116/86, CR 1988, 216, 218.

¹⁰⁵⁰ MüKoBGB/Westermann, § 441 Rn. 12.

¹⁰⁵¹ Bamberger/Roth/Unberath, § 280 Rn. 80.

¹⁰⁵² BGH, Urt. v. 5.5.1970 – VI ZR 212/68, BGHZ 54, 45 = JZ 1971, 358; BGH, Urt. v. 15.3.1988 – VI ZR 81/87, NJW 1988, 3016; vgl. auch *Chrocziel*, CR 1988, 385 f.

Beruft sich der Lieferant darauf, dass eine geltend gemachte Schadensposition Kosten darstellt, die auch bei ordnungsgemäßer Beratung bzw. Softwareerstellung zusätzlich zum gezahlten Preis entstanden wären, so ist er für diese Behauptung darlegungs- und beweispflichtig.

Geht es um die **Verletzung von Beratungspflichten**, fallen Darlegungs- und Beweislast faktisch auseinander. Die Darlegung der Verletzung obliegt hier zunächst dem Anwender, der dies aber meist nur in pauschaler Weise tun kann. Er muss allerdings darlegen, dass zwischen ihm und dem Lieferanten überhaupt ein Beratungsverhältnis entstanden ist. Der Lieferant hat daraufhin darzulegen, wie und wann er beraten hat. Letzteres ist dann vom Anwender zu widerlegen, sodass im Ergebnis der Schwerpunkt der Darlegungslast beim Lieferanten, der Schwerpunkt der Beweislast dagegen beim Kunden liegt.

c) Verjährungsprobleme

Beruft sich eine der beiden Parteien auf Verjährung, ist sie dazu darlegungs- und beweispflichtig. Der Lieferant muss z.B. das Abnahme- oder Lieferungsdatum beweisen. Will der Kunde die Hemmung der Verjährung beweisen, so muss er darlegen, dass der Lieferant versucht hat, die geltend gemachten Mängel zu beseitigen.¹⁰⁵³

6. Verfahrensablauf vor (der) Beweisaufnahme

Nach der Einreichung der Klageschrift, spätestens nach Eingang der Klageerwiderung, wird das Gericht die Entscheidung über das weitere Vorgehen treffen. In concreto wird das Gericht entweder einen **frühen ersten Termin** nach § 275 ZPO bestimmen oder die Fristen für das **schriftliche Vorverfahren** nach § 276 ZPO setzen. Welches Verfahren gewählt wird, liegt im freien richterlichen Ermessen. Dabei können Arbeitsgewohnheiten der Kammer, der konkrete Prozessstoff sowie die Arbeitsbelastung des Gerichts eine Rolle spielen.

Das schriftliche Vorverfahren ist vor allem für den Fall eines möglichen Versäumnisurteils von Bedeutung, für die Durchführung komplizierter Prozesse ist es dagegen eher ungeeignet. Für die Parteien schwierig ist die Entscheidung darüber, in welchem Maße der komplizierte Prozessstoff abzuschichten und überflüssige Ausführungen zu vermeiden sind. Angesichts der Präklusionsvorschriften ist dies nur dann gesichert möglich, wenn die Parteien erkennen können, was das Gericht für wesentlich hält. Ein früher erster Termin in der Hauptsache bietet sich in IT-Prozessen wohl zumeist in der Form des Vorbereitungstermins an. Aus Sicht des Gerichts hat dies zumeist den Zweck, den Prozessstoff weiter zu ordnen. Für den Kläger kann

¹⁰⁵³ OLG München, Urt. v. 24.1.1990 – 27 U 901/88, CR 1991, 19, NJW 1991, 2158.

von Bedeutung sein, dass aufgrund der Verteidigung des Beklagten eine Replik sinnvoll sein kann.

Problematisch ist, ob der **Sachverständige** bereits zum **Erörterungstermin** geladen werden soll. Es ist primär Aufgabe der Parteien, den Prozessstoff in einer für das Gericht verständlichen Weise aufzubereiten und darzustellen. Hinzu kommt, dass die Beiziehung von Sachverständigen auch im Rahmen des § 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO grundsätzlich nur möglich ist, wenn es um streitigen Prozessstoff geht. Ist man z.B. im Vorbereitungstermin noch nicht zu den streitigen Fragen vorgedrungen, so wirkt der Sachverständige als Dolmetscher. Dies ist vor dem Hintergrund der Grenzen des § 139 ZPO problematisch, da der Sachverständige Hilfsperson des Gerichts ist. Im Allgemeinen ist eine Ladung des Sachverständigen bereits im Erörterungstermin begrüßenswert, um Missverständnisse bei technischen Detailfragen auszuräumen. Allerdings darf dies nicht dazu führen, dass der Sachverständige im Wege der „Übersetzung“ den Sachverhalt für das Gericht selbst aufklärt und im Anschluss daran dem Gericht darlegt. Eine derartige Amtsermittlung muss in jedem Fall vermieden werden. Es muss gewährleistet bleiben, dass das Gericht die Kontrolle darüber, in welchem Umfang es Hinweise zum Vortrag bzw. zur Mangelhaftigkeit des Vortrages gibt, behält.

7. Die Beweisaufnahme

In der Regel müssen im IT-Prozess streitige Sachverhalte aufgeklärt werden, die eine detaillierte technische Betrachtung erfordern. Die Beweisaufnahme ist daher zumeist **prozessentscheidend**, ihre sorgfältige Vorbereitung und Durchführung deshalb einer der wichtigsten Teile des Prozesses.

a) Der Beweisbeschluss

Aus Sicht des Gerichts muss zwischen zwei möglichen Arten der Beweisaufnahme unterschieden werden. Das Gericht kann ein **präsenes Beweismittel** wie etwa einen Zeugen vernehmen. Dies muss nicht in einem gesonderten Termin stattfinden und entbindet das Gericht von der Formulierung eines Beweisbeschlusses, eine formlose Beweisanordnung ist insoweit ausreichend. In IT-Prozessen ist jedoch in aller Regel davon auszugehen, dass es eines **schriftlichen Gutachtens** und eines gesonderten Termins zur **Berichterstattung des Sachverständigen** bedarf. Dies stellt dann ein gesondertes Verfahren i.S.d. § 358 ZPO dar und macht einen förmlichen Beweisbeschluss erforderlich. Die Formstrenge des Beschlusses zwingt das Gericht zu einer Formulierung der Beweisfragen und setzt von daher eine gewisse Aufklärung des Sachverhaltes durch das Gericht voraus. Der Sachverständige muss nämlich

klare Vorgaben darüber erhalten, was er zu untersuchen hat bzw. begutachten soll. Geht es in dem Beweisbeschluss beispielsweise um Mängel, so müssen diejenigen Mängel, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen festzustellen ist, deutlich benannt werden. Ein Beweisbeschluss mit dem Inhalt, der Sachverständige solle die streitbefangene Software darauf untersuchen, ob sie dem Stand der Technik entspricht, ist als Vorgabe erheblich zu unpräzise und eröffnet nur einer Art von Amtsermittlung durch den Sachverständigen Tür und Tor.¹⁰⁵⁴ Es ist deswegen empfehlenswert, den Sachverständigen bereits im Erörterungsverfahren zu laden, damit dieser bei der Formulierung des Beweisbeschlusses Hilfestellung leisten kann.

Um die Begutachtung durch den Sachverständigen nicht aufgrund missverständlicher Formulierungen fehlgehen zu lassen, sieht die ZPO eine **enge Zusammenarbeit des Gerichts mit dem Sachverständigen** vor (§§ 404a Abs. 2, 407a Abs. 2 S. 1 ZPO). Nach diesen Vorschriften kann das Gericht einerseits den Sachverständigen an der Formulierung des Beweisbeschlusses beteiligen, andererseits ist dieser wiederum zur Mitwirkung im Hinblick auf eine Klärung bei Unklarheiten verpflichtet. Insbesondere die **Mitwirkung des Sachverständigen an der Beschlussformulierung** verdient dabei aus prozessökonomischen Erwägung den Vorzug, da eine nachträgliche Änderung des Beweisbeschlusses vor dessen Erledigung gem. § 360 ZPO nur mit Zustimmung der Parteien möglich ist.

Allgemein gilt, dass ein präziser Beweisbeschluss einen **klaren Vortrag der Parteien** zu den streitigen Fragen voraussetzt. Nur solche Fragen, die entsprechend dargelegt wurden, können in den Beweisbeschluss zur Klärung aufgenommen werden. Auch wenn grundsätzlich Hinweise nach § 139 ZPO erforderlich sein können, liegt es doch primär an den Parteien, dies von Anfang an in ihren Vorträgen zu berücksichtigen.

b) Die Beweismittel

Das Zivilprozessrecht verfährt grundsätzlich nach dem **Prinzip des Strengbeweises**; zugelassen sind nur die **fünf** in der ZPO ausdrücklich zugelassenen **Beweismittel** (Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Parteivernehmung). Der Freibeweis, der auch über eidesstattliche Erklärungen geführt werden kann, ist nur bei der Prüfung von Prozess- und Rechtsmittelvoraussetzungen sowie im Rahmen des schriftlichen Verfahrens und des Verfahrens nach § 495a ZPO zulässig. Dabei handelt es sich um Bagatellstreitigkeiten, die für die hier zu behandelnde Problematik ohne Bedeutung sind.

Augenschein ist jede Wahrnehmung von beweiserheblichen Tatsachen durch das Gericht. Durch welches Sinnesorgan dies geschieht, ist dabei entgegen dem Wortlaut ohne Bedeutung.

¹⁰⁵⁴ *Bergmann/Streitz*, NJW 1992, 1726, 1729.

Der Augenschein kann auch durch die Vermittlung technischer Hilfsmittel erfolgen. Das Gericht kann sich daher selbst einen Eindruck von der Funktionsfähigkeit einer Software verschaffen. Dass dies in der Praxis selten geschieht liegt daran, dass die Gerichte – häufig wohl zu Recht¹⁰⁵⁵ – davon ausgehen, ihnen fehle die erforderliche Sachkunde für eine verbindliche Beurteilung. In aller Regel ist daher die Augenscheinnahme allein durch das Gericht nicht sinnvoll und entsprechend in der Praxis fast ohne Bedeutung.

Der **Zeugenbeweis** kommt bezüglich vertraglicher Fragen, wie etwa des vereinbarten Leistungsumfanges, in Betracht. Im Bereich der Darlegung von Mängeln der Software dagegen stößt der Zeugenbeweis auf Grenzen. Kann ein Benutzer u.U. noch mit recht großer Wahrscheinlichkeit Probleme im Umgang mit Software und damit ggf. auch das Vorliegen von Mängeln schildern, so ist ein Zeuge doch mit hoher Wahrscheinlichkeit dem Vorwurf der fehlerhaften Bedienung durch die Gegenpartei ausgesetzt.¹⁰⁵⁶ Um diesem Risiko zu entgehen, sollte daher der Zeuge als alleiniges Beweismittel möglichst vermieden werden.

Große Bedeutung erlangt der Zeugenbeweis jedoch in den Fällen, in denen es um einen Zustand der Software oder um einen Fehler geht, der nicht ohne weiteres reproduzierbar ist. Ist der Fehler z.B. nur einige Male aufgetreten oder/und mittlerweile durch eine neuere Version der verwendeten Software beseitigt, so kann der Zeugenbeweis die einzige Möglichkeit zur Darlegung des Mangels sein. Zudem kann ein Zeuge die Richtigkeit eines – allein nicht beweiskräftigen – Fehlerprotokolls oder Logbuches bezeugen, sofern der Zeuge diese Dokumentation mit angelegt hat. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Zeugenvernehmung, der als eine Art Übersetzer für das Gericht tätig wird, kann hierbei sinnvoll erscheinen. Dabei ist eine **Befragung des Zeugen durch den Sachverständigen** zulässig.

c) Insbesondere der Sachverständigenbeweis

Der Sachverständigenbeweis stellt sich für die Beurteilung der teilweise komplexen technischen Detailfragen als das **wichtigste Beweismittel** dar. Er kann zur Ermittlung von Mängeln in der Ist-Beschaffenheit sowie zur Bestimmung dessen, was die Parteien als Leistung vereinbart haben, dienen.

aa) Auswahl des Sachverständigen

Der Sachverständige ist zwar **Gehilfe des Gerichts**, wird in der ZPO jedoch lediglich als Beweismittel behandelt. Das Gericht kann gem. § 144 ZPO den Beweis auch von Amts wegen erheben, ohne dass ein entsprechender Antrag einer der Parteien vorliegt. Andererseits kann es

¹⁰⁵⁵ Siehe hierzu Bartsch/Braun, 83ff.

¹⁰⁵⁶ Vgl. auch Redeker, CR 1991, 654 f.

sich auch über entsprechende Beweisantritte der Parteien hinwegsetzen, wenn es sich selbst für sachverständig genug hält. Das Gericht muss dieses Vorhaben den Parteien jedoch vorher mitteilen und ihnen die Möglichkeit der Stellungnahme einräumen.¹⁰⁵⁷

Für die Auswahl des Sachverständigen ist die **konkrete Beweisfrage** zu berücksichtigen. Für die jeweiligen Gebiete finden sich öffentlich bestellte DV-Sachverständige.¹⁰⁵⁸ Einigen sich die Parteien über die Person, ist das Gericht daran gebunden (§ 404 Abs. 4 ZPO). Gem. § 404 Abs. 3 ZPO sind öffentlich bestellte Sachverständige vorzuziehen, falls nicht besondere Umstände die Wahl anderer Personen erfordern.

An den Sachverständigen sind bestimmte Anforderungen zu stellen.¹⁰⁵⁹ Er muss in der Lage sein, den Beweisbeschluss und die in ihm aufgeworfenen Fragen in ihrer Bedeutung für den Prozess einzuschätzen. Ferner sollte er seine Untersuchungsergebnisse in einer für den DV-Laien nachvollziehbaren Weise darstellen und begründen können.

Sachverständige können von den Parteien aus den gleichen Gründen abgelehnt werden wie Richter (§ 406 Abs. 1 ZPO). Das bloße gelegentliche Tätigwerden eines freien Sachverständigen für eine Partei reicht dabei für die Besorgnis der Befangenheit nicht aus, wohl aber eine dauernde Tätigkeit. In diesem Fall liegt eine so enge Beziehung zu einer Partei vor, sodass eine Ablehnung des Sachverständigen in Betracht kommt.

bb) Aufgaben des Sachverständigen

Der Sachverständige muss **Erfahrungssätze aus seinem Spezialgebiet auf den ihm mitgeteilten Sachverhalt** übertragen. Kann das Gericht den zu beurteilenden Sachverhalt nicht hinreichend präsentieren, so kann der Sachverständige in einem gewissen Umfang mit der Ermittlung der Tatsachen beauftragt werden.¹⁰⁶⁰ Gem. § 372 Abs. 1 ZPO kann der Sachverständige bei der Augenscheinnahme hinzugezogen werden. Die gängige Praxis der Gerichte, die Augenscheinnahme fast immer durch den Sachverständigen allein durchführen zu lassen, entspricht dabei den praktischen Bedürfnissen, insbesondere im Hinblick auf die hohe Arbeitsbelastung der Gerichte.

Hat der Sachverständige den Augenschein vorgenommen, so ist er bezüglich der festgestellten Tatsachen wie ein Zeuge zu behandeln. Nach der Augenscheinnahme erfolgt die Bewertung der festgestellten Tatsachen durch den Sachverständigen, der seine Beobachtungen sowie die

¹⁰⁵⁷ BGH, Urt. v. 22.3.1967 – IV ZR 10/66, JZ 1968, 670.

¹⁰⁵⁸ Die Liste der bundesweit öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen kann bei der Industrie- und Handelskammer zu Köln, Unter Sachsenhausen 10–26, 50667 Köln, bezogen werden. Eine spezifische Suche ist ferner über das bundesweite Sachverständigenverzeichnis der IHK möglich: <https://svv.ihk.de/svv/content/home/home.ihk?resetSuche=true&cid=24630> (letzter Abruf: 02.9.2021).

¹⁰⁵⁹ Goebel, CR 1987, 571.

¹⁰⁶⁰ Siehe hierzu auch Löbbbecke, IuR 1987, 84, der eine informatorische Anhörung des Sachverständigen im EDV-Prozess fordert.

daraus gezogenen Schlüsse mündlich oder in Form eines schriftlichen Gutachtens dem Gericht mitteilt. Das Gericht kann die Erstellung eines schriftlichen Gutachtens gem. § 411 Abs. 1 ZPO jederzeit anordnen, auch wenn das Grundmodell der Zivilprozessordnung die mündliche Begutachtung vorsieht (§§ 402, 394 ZPO). Für eine intensivere Befassung der Parteien mit den Ergebnissen des Gutachtens sowie zur Vorbereitung auf eine mündliche Erläuterung im Termin dürfte das **schriftliche Gutachten** vorzugswürdig sein.

cc) Befugnisse des Sachverständigen

Der Sachverständige ist weder **zur Vernehmung von Zeugen noch zur Erzwingung der Durchführung der Augenscheinnahme befugt**. Verweigert der beweisbelastete Anwender dem Sachverständigen den Zugriff auf die zu untersuchende Software, so ist er mit dem Beweismittel auszuschließen. Im Übrigen fällt die Beweislast wegen **Beweisvereitelung** wieder dem Lieferanten zu, wenn er die an ihn zurückgegebene Kaufsache nicht zur Mangelbegutachtung dem Sachverständigen vorlegt.¹⁰⁶¹

Auch die Parteien sind in gewissem Maße an der Beweiserhebung mitwirkungsverpflichtet. So hat der Besteller von Individualsoftware im Rahmen der Beweisaufnahme die ihm übergebene Originaldiskette zur Prüfung bereitzustellen.¹⁰⁶² Daneben besteht aus Sicht des Gerichts, vor Erhebung des Sachverständigenbeweises, die in der Praxis wenig genutzte Möglichkeit der Durchführung eines Einweisungstermins.¹⁰⁶³

Verweigert ein am Prozess nicht beteiligter Dritter die Augenscheinnahme, so fällt das Beweismittel aus; diese Tatsache geht zu Lasten der beweispflichtigen Partei. Auch das Bestehen eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Duldung des Augenscheins gegen diesen Dritten hilft insoweit der beweispflichtigen Partei nicht weiter. Die beweispflichtige Partei muss zunächst den Duldungsanspruch in einem getrennten Prozess durchsetzen.

Streitig ist, ob dem Beweisführer im Erstprozess in analoger Anwendung des § 431 ZPO **eine Frist zur Titulierung und Vollstreckung** gesetzt werden kann. Abgesehen von den Voraussetzungen für eine solche Fristsetzung erscheint ein derartiges Vorgehen jedoch angesichts der zu erwartenden Prozessverzögerung nicht sinnvoll. Eine längere Dauer des IT-Prozesses dürfte aufgrund des zu erwartenden Wertverlustes über eine solche nicht unerhebliche Zeitspanne den gesamten Prozesszweck in Frage stellen.

Insgesamt gesehen ergibt sich aus dem Gesagten die Empfehlung, ein potentielles Augenscheinsobjekt als beweispflichtige Partei möglichst nicht aus der Hand zu geben.

¹⁰⁶¹ LG Stuttgart, Urt. v. 12.1.1994 – 5 S 7/93, CR 1994, 405.

¹⁰⁶² LG Köln, Urt. v. 27.10.1993 – 23 O 99/90, CR 1994, 284; LG Köln, Urt. v. 27.10.1993 – 23 O 88/90, NJW-RR 1994, 1487.

¹⁰⁶³ Kilian/Heussen/*Redeker*, Verfahrensrecht allgemein Rn. 179.

Die **Befugnis des Sachverständigen zum Einsatz von Hilfsmitteln** bei seiner Tätigkeit ist grundsätzlich unumstritten. Ausnahmen ergeben sich lediglich, wenn die Kosten für den Einsatz im Verhältnis zu einem relativ geringen Streitwert unangemessen erscheinen oder das Hilfsmittel von einer der beiden Parteien entwickelt bzw. vertrieben wird. Der Einsatz eines solchen Mittels ist zwar nicht grundsätzlich unberechtigt, kann aber den Verdacht der Befangenheit nähren. Bei kostspieligen Hilfsmitteln empfiehlt sich die vorherige Absprache mit den Parteien.

dd) Das Sachverständigengutachten und seine Bewertung

Bei der Würdigung des Gutachtens haben Gericht und Parteien auf eine **genaue Beantwortung der im Beweisbeschluss genannten Fragen** zu achten. Auch ist zu überprüfen, ob der Sachverständige Mängel bewertet, die nicht gerügt waren. Die Würdigung des Gutachtens muss das Gericht unabhängig von den Parteien vornehmen und seine Entscheidung im Urteil begründen. Die bloße Übernahme des Gutachtens in das Urteil reicht insofern nicht aus.¹⁰⁶⁴ Allerdings sind die Anforderungen an die Begründung des Gerichts weniger streng zu fassen, wenn die Parteien keine Einwendungen gegen das Gutachten erheben.

Gewährt der Softwarehersteller dem Sachverständigen nicht den Zugang zum Quellcode, treffen ihn die Folgen für die Begutachtung.¹⁰⁶⁵ Wie das *OLG Hamburg* ausführt, darf das Gericht den Einschätzungen des Sachverständigen folgen, wenn er auf der Vorlage der Quellcodes zur gutachterlichen Beurteilung des Umfangs der erforderlichen Nacharbeiten bestanden hat. Ein Nachbesserungsversuch unter Echtzeitbedingungen sei prozessual allenfalls – wenn überhaupt – im Einvernehmen mit dem Kunden denkbar. Ein solches Vorgehen sei in der ZPO nicht vorgesehen. Es würde zulasten des Kunden auch eine – bewusste oder unbewusste – Manipulation ermöglichen. Das Softwarehaus hätte nämlich die Möglichkeit, sich vor dem beaufsichtigten Nachbesserungsversuch im Vorwege Gedanken über die Vorgehensweise im Rahmen der Nachbesserung zu machen, sodass sie selbstverständlich schneller zum gewünschten Ergebnis gelangen könnte als dies der Realität entsprechen würde. Auch vor diesem Hintergrund bleibe es dabei, dass die Aufwendigkeit der Mängelbeseitigung objektiv durch den Sachverständigen bestimmt werden müsse.¹⁰⁶⁶

Besondere Anforderungen an die Begründung des Gerichts ergeben sich für den Fall, dass das Gericht dem Gutachten nicht folgen will. Dabei setzt das Gericht seine Sachkunde an die Stelle des Gutachters. Um die Ergebnisse des Gutachtens widerlegen zu können, wird es nur in

¹⁰⁶⁴ Siehe hierzu *Zahrnt*, IuR 1987, 12, 15. Vgl. auch allgemein zum Verhältnis von Gericht und EDV-Sachverständigen *Goebel*, CR 1987, 571 ff.

¹⁰⁶⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 16.8.2013 – 9 U 41/11 = BeckRS 2013, 19747.

¹⁰⁶⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 16.8.2013 – 9 U 41/11 = BeckRS 2013, 19747.

wenigen Fällen über die nötige Sachkunde verfügen; meist dürfte nur der Weg der Neubegutachtung (§ 412 Abs. 1 ZPO) in Betracht kommen. Aus Sicht der Parteien ist die Aussicht, ein seitens des Gerichts eingeholtes Gutachten zu erschüttern, relativ gering (unter 3 %). Gelingen kann dies jedoch mittels eines Privatgutachtens eines anerkannten Gutachters, das die Richtigkeit des gerichtlichen Gutachtens dezidiert erschüttert. Die Einholung eines solchen Privatgutachtens ist jedoch, auch angesichts der Kosten, gegen den möglichen Erfolg abzuwägen (der Anteil von Privatgutachten liegt unter 2 %).

Grundsätzlich problematisch ist die **Trennung der Bewertung von Tatsachen von rechtlichen Fragen bei der Würdigung des Gutachtens**. Auch wenn dies in der Praxis kaum umzusetzen ist, sollte prinzipiell der Sachverständige eine Bewertung der Tatsachen aus rein tatsächlicher Sicht vornehmen, während die rechtliche Bewertung der Ergebnisse allein dem Gericht obliegt.¹⁰⁶⁷

8. Das Urteil

Wenn der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist, ergeht nach § 300 ZPO ein **Endurteil**. Es wird nach § 310 ZPO in dem Termin verkündet, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird oder in einem sofort anzuberaumenden Termin.

a) Der Inhalt des Urteils

Gem. § 308 ZPO ist das Gericht bei seiner Entscheidung **an die Anträge der Parteien gebunden** und darf nichts zusprechen, was diese nicht beantragt haben. Im Urteil wird also entweder die Klage als unzulässig oder unbegründet abgewiesen oder dem Kläger die beantragte Leistung ganz oder teilweise zugesprochen. In der Regel wird der Urteilstenor bei Begründetheit der Klage den Klageantrag des Klägers im Wortlaut wiedergeben. Bei Zahlungsklagen des Lieferanten wird diesem die beantragte Zahlung zugesprochen. Bei Rückabwicklungsklagen erfolgt im Allgemeinen eine Zug-um-Zug-Verurteilung dahingehend, dass der Anwender den Kaufpreis oder Werklohn Zug-um-Zug gegen Rückgabe der gelieferten Hard- oder Software zurückerhält. Der Urteilstenor muss die auszutauschenden Leistungen so konkret bestimmen, dass der Gerichtsvollzieher anhand des Urteils die Vollstreckung durchführen kann.¹⁰⁶⁸ Die Gegenleistung muss so bestimmt sein, dass dem Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung die Prüfung möglich ist, ob die ihm vom Gläubiger übergebenen, dem

¹⁰⁶⁷ LG München I, Urt. v. 23.1.1985 – 8 HKO 11785/83, CR 1987, 364; LG Köln, Urt. v. 2.10.1984 – 90 O 51/84, CR 1986, 23.

¹⁰⁶⁸ KG Berlin, Beschl. v. 8.3.1994 – 1 W 7446/93, CR 1994, 740 = MDR 1994, 617.

Schuldner anzubietenden Gegenstände der nach dem Urteil geschuldeten Gegenleistung nach Vollständigkeit und Richtigkeit entsprechen.¹⁰⁶⁹

b) Gutachterkosten

Bezüglich der allgemeinen Kosten gelten im IT-Prozess die gleichen Regeln wie in anderen Prozessen auch. Jedoch kommt aufgrund der Eigenheiten des Prozessstoffes den **Kosten für private Gutachten** besondere Bedeutung zu. Zentrale Frage ist, ob es sich bei diesen Kosten um solche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung i.S.d. § 91 Abs. 1 ZPO und damit um erstattungsfähige Kosten handelt.

Dabei gilt der Grundsatz, dass die Kosten für Privatgutachten nicht erstattungsfähig sind.¹⁰⁷⁰ Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen jedoch: Kann eine Partei ohne ein solches Gutachten ihrer Substantiierungslast nicht genügen oder erfolgt die Begutachtung aufgrund eines gerichtlichen Auflagenbeschlusses, so handelt es sich um erstattungsfähige Kosten.

9. Vollstreckung von Urteilen

Die **Vollstreckung in Software** bereitet angesichts der zu berücksichtigenden datenschutzrechtlichen Vorschriften, den Fragen bezüglich der Verwertbarkeit (von Bedeutung: § 17 Abs. 2 UrhG) sowie der Identifizierbarkeit Schwierigkeiten.¹⁰⁷¹ Verhältnismäßig unproblematisch ist dies bei Standardsoftware, die sich auch im Wege der Zwangsversteigerung verwerten lässt.

a) Zug-um-Zug-Titel

Die Vollstreckung von Zug-um-Zug-Titeln richtet sich beim Software-Gewährleistungsprozess bezüglich der Gegenleistung meist auf die **Herausgabe bzw. Löschung von Software**.¹⁰⁷² Der Zahlungsanspruch andererseits lässt sich nur dann vollstrecken, wenn entweder der Gerichtsvollzieher die Gegenleistung in verzugsbegründender Weise angeboten hat oder die Erfüllung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist. Sofern der Anwender bereits im Hauptsacheverfahren durch einen Feststellungsantrag geltend gemacht hat, dass der Gegner sich mit der Annahme der Gegenleistung in Annahmeverzug befindet, bestehen keine besonderen Probleme. Denn in einem solchen Fall liegt in dem feststellenden

¹⁰⁶⁹ KG Berlin, Beschl. v. 8.3.1994 – 1 W 7446/93, CR 1994, 740, 741; LG Heidelberg, Beschl. v. 19.7.2004 – 6 T 61/04 II, NJOZ 2005, 252 = CR 2004, 890.

¹⁰⁷⁰ OLG München, Beschl. v. 31.10.1986 – 11 W 1282/86, GRUR 1987, 33.

¹⁰⁷¹ Breidenbach, CR 1989, 873.

¹⁰⁷² Siehe hierzu OLG München, Urt. v. 29.7.1988 – 23 U 3012/88, CR 1989, 695; KG Berlin, Beschl. v. 8.3.1994 – 1 W 7446/93, CR 1994, 740, 741; LG Darmstadt, Beschl. v. 24.2.1989 – 5 T 188/89, CR 1990, 46; von Gravenreuth, BB 1989, 1925; Münzberg, BB 1990, 1011.

Urteil eine öffentliche Urkunde darüber, dass **Annahmeverzug** besteht. Schwierigkeiten ergeben sich immer dann, wenn der Gläubiger in Ermangelung eines solchen Antrags tatsächlich Herausgabe und/oder Löschung des Programms schuldet. In einem solchen Fall muss die Gegenleistung in der Urteilsformel so bestimmt sein, dass dem Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung die Prüfung möglich ist, ob die ihm von dem Gläubiger übergebenen, dem Schuldner anzubietenden Gegenstände der nach dem Urteil geschuldeten Gegenleistung nach Vollständigkeit und Richtigkeit entsprechen.¹⁰⁷³ Der Gerichtsvollzieher muss folglich die im Falle einer Rückgewähr geschuldete Software dem Lieferanten anbieten. Dem Gerichtsvollzieher obliegt die Prüfung, ob dem Schuldner die ihm zustehende Leistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten worden ist, d.h. ihm gem. § 294 BGB die ihm nach dem Urteil geschuldete Leistung tatsächlich in der nach § 756 ZPO gebotenen Form nachgewiesen wurde.¹⁰⁷⁴

Wenn der Gerichtsvollzieher nicht in der Lage ist, die Ordnungsmäßigkeit der Leistung festzustellen, hat er die Zwangsvollstreckung abzulehnen und es dem Gläubiger zu überlassen, die Ordnungsmäßigkeit der Leistung im Wege der Klage feststellen zu lassen.

Zunächst einmal ist für den Gerichtsvollzieher die **Identifizierung der Software** schwierig. Die Verurteilung auf Herausgabe von „Software-Kopien“ hat von vornherein keinen vollstreckungsfähigen Inhalt.¹⁰⁷⁵ Die Bezeichnung der jeweiligen Softwareversion reicht kaum aus.¹⁰⁷⁶ Die Einbeziehung der Programmlistings in den Tenor ist zu weitgehend.¹⁰⁷⁷ Der Gerichtsvollzieher könnte einen entsprechenden Tenor schwerlich vollstrecken. Die Identifizierung des Programms vor Ort und die Feststellung, dass die herausgegebenen Programme den herauszugebenden entsprechen, ist meist ohne Hilfe eines Sachverständigen – und damit mit erheblichen Zusatzkosten – nicht zu leisten.¹⁰⁷⁸ Der Gerichtsvollzieher hat ferner nicht die Aufgabe, die Umsetzung eines titulierten Lösungsverlangens zu überprüfen; hier richtet sich die Vollstreckung nach §§ 887, 888 ZPO.

b) Nachbesserungstitel

Die Vollstreckung von Nachbesserungstiteln richtet sich als Titel über eine **vertretbare Leistung nach § 887 ZPO**. Das Gericht kann den Gläubiger daher ermächtigen, einen Dritten

¹⁰⁷³ KG Berlin, Beschl. v. 6.10.1970 – 1 W 12280/70, OLGZ 1971, 386; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 26.6.1979 – 20 W 368/79, JurBüro 1979, 1389; LG Landau, Beschl. v. 15.12.1994 – 3 T 254/94, CR 1996, 30.

¹⁰⁷⁴ LG Landau, Beschl. v. 15.12.1994 – 3 T 254/94, CR 1996, 30.

¹⁰⁷⁵ AG Offenbach, Beschl. v. 27.1.1989 – 62 M 841/89, NJW-RR 1989, 445.

¹⁰⁷⁶ KG Berlin, Beschl. v. 8.3.1994 – 1 W 7446/93, CR 1994, 740, 741.

¹⁰⁷⁷ So auch *Redeker*, CR 1994, 741, 742.

¹⁰⁷⁸ Siehe OLG Stuttgart, Beschl. v. 2.12.1981 – 8 W 235/81, MDR 1982, 416.

mit den nötigen Arbeiten zu beauftragen. Die Einordnung des Nachbesserungstitels als solcher über vertretbare Leistungen bereitet jedoch im Softwaregewährleistungsprozess praktische Probleme. Dort wird die Nachbesserung schließlich gerade deshalb gewählt, weil außer dem Hersteller der Software kaum jemand in der Lage ist, die Funktionsfähigkeit des Programmes herzustellen. Dies kann einmal auf der Notwendigkeit zur Einsicht und Veränderung des Quellcodes, ebenso jedoch in der erforderlichen Einarbeitungszeit, die eine Nachbesserung von anderer Seite zu zeitaufwendig machen dürfte, begründet sein. Die Folge für den Gläubiger ist, dass ihm die Vollstreckung über § 887 ZPO meist nicht weiterhilft, während ihm der Weg über § 888 ZPO mit Hilfe von Zwangsgeld oder Zwangshaft verwehrt ist.

c) Zwangsvollstreckung in Software

Aufgrund der immer größeren Verbreitung von Softwareprodukten können diese einen wichtigen Vermögensbestandteil im Vermögen des Schuldners für einen die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger darstellen.

aa) Anwendbare Vorschriften

Im Allgemeinen wird vertreten, dass eine zumindest analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 808 ff. ZPO für die **Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen** möglich ist.¹⁰⁷⁹ Dies ist für Datenträger und das schriftliche Begleitmaterial unproblematisch.¹⁰⁸⁰ Umstrittener ist dies bei datenträgerloser Übertragung der Software in den Rechner des Anwenders; da in einem solchen Fall eine Pfändung aber mangels realistischer Zugriffsmöglichkeiten des Gerichtsvollziehers ohnehin nicht praktikabel erscheint, muss dieses Problem nicht weiter vertieft werden.¹⁰⁸¹

aa) Durchführung der Pfändung

Gem. § 808 ZPO erfolgt die Pfändung durch **Inbesitznahme der Sachen** durch den Gerichtsvollzieher, und zwar durch **Anbringung eines Pfandsiegels**. Eine Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher wird im Allgemeinen nur bei Standardsoftware problemlos möglich sein, da diese aufgrund der Originaldatenträger für den Gerichtsvollzieher erkennbar ist. Datenträger, die lediglich eigene Datensätze des Schuldners enthalten, lassen keinen Verwertungserlös erwarten und sind auch aus Gründen des Datenschutzes nicht pfändbar.¹⁰⁸² Die Pfändung von Software erscheint von vornherein nur sinnvoll, wenn überhaupt ein

¹⁰⁷⁹ Franke, MDR 1996, 236, 238; Rechtsprechung zu dieser Thematik liegt noch nicht vor.

¹⁰⁸⁰ Breidenbach, CR 1989, 873, 875; Franke, MDR 1996, 236, 238.

¹⁰⁸¹ Franke, MDR 1996, 236, 238 befürwortet auch hier eine analoge Anwendung der Sachpfändungsvorschriften.

¹⁰⁸² Breidenbach, CR 1989, 873, 879.

Verwertungserlös zu erwarten ist, da ansonsten das Verbot der nutzlosen Pfändung nach § 803 Abs. 2 ZPO entgegensteht. Der Gerichtsvollzieher, der gem. § 813 ZPO bei der Pfändung die zu pfändenden Sachen auf ihren gewöhnlichen Verkaufswert schätzen soll, wird hierzu in der Regel bei Software nicht in der Lage sein. Die nach § 813 Abs. 1 S. 3 ZPO mögliche Beiziehung eines Sachverständigen wird in den meisten Fällen lediglich zu einer Erhöhung der Kosten führen, ohne dass ein angemessener Verkaufserlös zu erwarten ist. Die Pfändung von Software erscheint daher nur bei marktgängiger Standardsoftware sinnvoll, bei der der Gerichtsvollzieher z.B. anhand der üblichen Verkaufspreise einen Marktwert ermitteln kann. Es sollte aber dann darauf geachtet werden, dass es sich um die neueste Version des jeweiligen Softwareproduktes handelt. Einer Pfändung von Individualsoftware wird im Allgemeinen das Verbot der zwecklosen Pfändung nach § 803 Abs. 2 ZPO entgegenstehen, da diese zu sehr auf die betrieblichen Probleme eines speziellen Anwenders zugeschnitten ist, als dass eine Verwertung zu einem akzeptablen Preis erfolgen könnte.¹⁰⁸³

bb) Mögliche Pfändungshindernisse

Zu beachten ist, dass die Pfändung der körperlichen Sache jeweils auch das verkörperte Immaterialgut umfasst. Es muss also darauf geachtet werden, dass ein etwa vorhandenes Urheberrecht am Computerprogramm nicht beeinträchtigt wird. Da dem Urheber das ausschließliche Verwertungsrecht zusteht, wäre eine Pfändung gem. § 803 Abs. 2 ZPO nutzlos, wenn eine Verwertung der Software aufgrund des Urheberrechts nicht erfolgen dürfte. Allerdings ist dies unproblematisch, wenn die Software vom Anwender im Wege der Veräußerung erworben wurde. Gem. § 69c Nr. 3 UrhG hat sich das ausschließliche Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft, wenn die Software mit dessen Zustimmung in Verkehr gebracht wurde. Dies gilt allerdings nicht für Weitervermietung, § 69c Nr. 3 a.E. einer Verwertung der Software steht das Urheberrecht also nicht im Wege.

Bei Software ist generell das Pfändungsverbot des § 811 Nr. 5 ZPO zu beachten. Hiernach dürfen keine Sachen gepfändet werden, die der Schuldner zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit benötigt. Dies wird gerade bei Buchhaltungs- und Textverarbeitungsprogrammen häufig der Fall sein.

¹⁰⁸³ Breidenbach, CR 1989, 873, 880.

Viertes Kapitel: Softwareerstellungsverträge

Literatur¹⁰⁸⁴:

Bergsmann, Requirements Engineering für die agile Softwareentwicklung: Methoden, Techniken und Strategien, Heidelberg, 2014; *Buchholz*, DSRI-Herbstakademie 2013: Law as a Service (LaaS) – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, ZD-Aktuell 2013, 03170; *Cohn*, Succeeding with Agile: Software Development Using Scrum, London, 2009; *Dreister*, Effizient verhandeln – Die Auswahl der Verhandlungsstrategie, ITRB 2009, 21; *Drescher/Fleischer/Schmidt*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetz, 4. Aufl., München, 2016; *Doehring* (Hrsg.), Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, Heidelberg; *Ehmann*, Strafbare Fernwartung in der Arztpraxis, CR 1991, 293; *Feuerborn*, Abnahme technischer Anlagen, CR 1991, 1; *Feuerborn/Hoeren*, Abnahme und Ablieferung von DV-Anlagen, CR 1991, 513; *Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow*, Agile Programmierung – Neue Herausforderungen für das Softwarevertragsrecht? – Unterschiede zu den „klassischen“ Softwareentwicklungsprojekten, MMR 2012, 427; *Frank*, Bewegliche Vertragsgestaltung für agiles Programmieren, CR 2011, 138; *Friedl/Heise*, Flexible (“agile“) Zusammenarbeit zwischen Unternehmen versus illegale Arbeitnehmerüberlassung – das Ende von Scrum?, NZA 2015, 129; *Fritzemeyer*, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; *Hecht/Becker*, Unberechtigte Mängelrügen bei IT-Projekten – Rechte und Pflichten der Vertragspartner und Hinweise zur Vertragsgestaltung, ITRB 2009, 59; *Hecht*, Schiedsgutachtenklauseln in IT-Verträgen – Vertragsgestaltung und Durchführung des Verfahrens, ITRB 2008, 184; *Hengstler*, Gestaltung der Leistungs- und Vertragsbeziehung bei Scrum-Projekten, ITRB 2012, 113; *Hoppen/Victor*, ITIL – Die IT Infrastructure Library, CR 2008, 199; *Huppertz/Schneider*, Software-Lizenzaudits in Unternehmen, ZD 2013, 472; *Karger*, Desorganisierte Leistungsänderungen in IT-Verträgen – Umgehung vereinbarter Verfahren, Missachtung von Formerfordernissen, fehlendes rechtliches Controlling, ITRB 2009, 18; *Kimpel*, Der Entwurf des gesetzlichen Bauvertragsrechts aus Sicht des gewerblichen Unternehmers, NZBau 2016, 734; *Koch*, Agile Softwareentwicklung – Dokumentation, Qualitätssicherung und Kundenmitwirkung, ITRB 2010, 114; *Koch*, Erstellung und Lieferung von Software nach Werkvertragsrecht – Ein Beitrag zum Umgang mit § 651 BGB, ITRB 2008, 233; *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 38. Aufl. 2020; *Lapp*, Verhandlungsstrategien – Die Strategische Vorbereitung einer erfolgreichen Verhandlung, ITRB 2008, 67; *Korthoff/Wieczorek*, Rechtsrahmen von Softwarelizenzaudits – Zulässigkeit und Grenzen, MMR 2014, 3; *Langen*, Änderungen des Werkvertragsrechts und Einführung eines Bauvertragsrechts Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, NZBau 2015, 658; *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., Erfurt, 2021; *Müller-Hengstenberg/Kirn*, Die technologischen und rechtlichen Zusammenhänge der Test- und Abnahmeverfahren bei IT-Projekten, ITRB 2008, 755; *Müller-Hengstenberg*, Ist das Kaufrecht auf alle IT-Projektverträge anwendbar?, NJW 2010, 1181; *Naus*, Softwareerstellung als Projekt, Hamburg 2006; *Nicklisch*, Komplexe Langzeitverträge für neue Technologien und neue Projekte, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 2001, München, 2002; *Nicklisch*, Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 1985, 2361; *Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016; *Opelt/Gloger/Pfarl/Mittermayr*, Der agile Festpreis – Leitfaden für wirklich erfolgreiche IT Projektverträge, München, 2012;

¹⁰⁸⁴ siehe auch die Quellen zu IT-Outsourcing und Change Request.

Pagenberg/Geißler, Der Softwarelizenzvertrag in der Praxis, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993; *Roth/Dorschel*, Das Pflichtenheft in der IT-Vertragsgestaltung – Bedeutung funktioneller Beschreibungen, ITRB 2008, 189, 191; *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2020; *Schloßer*, Effektiver Schutz der Belegschaft durch vertragliche Abwerbeverbote?, BB 2003, 1382; *Schmidl*, IT-Recht von A-Z, 2. Aufl., München, 2014; *Schneider/von Westphalen (Hrsg.)*, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl., Köln 2014; *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl., Köln 2017, insbes. Kap. H; *Schneider*, IT-Vertragsrecht, CR 2005, 695; *Schneider*, “Neue“ IT-Projektmethoden und “altes“ Vertragsrecht Herausforderungen für die Gestaltung von Erstellungs- und Anpassungsverträgen, ITRB 2010, 18; *Schneider*, Softwareerstellung und Softwareanpassung – Wo bleibt der Dienstvertrag, CR 2003, 317; *Schneider*, Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei der Softwareanpassung – Organisatorische Änderungen beim Kunden als wesentliche Mitwirkungsleistung, ITRB 2008, 261; *Schrey/Krupna*, Softwarelizenzmanagement – Ein unterschätztes Compliance-Risiko, CCZ 2012, 141; *Schudnagies*, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 396; *Söbbing*, MAC-Klauseln in IT-Verträgen – Veränderungen im Projekt erkennen und Rechtsfolgen vertraglich regeln, ITRB 2008, 257; *Söbbing*, Rechtsfragen der Softwareentwicklung nach dem Prototyping-Verfahren, ITRB 2008, 212; *Strittmatter/Harnos*, Softwareaudits, CR 2013, 621; *Taeger (Hrsg.)*, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013: Law as a Service (LaaS) – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, Oldenburg, 2013; *Taeger (Hrsg.)*, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2016: Smart World – Smart Law? Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, Oldenburg, 2016; *Wandtke/Bullinger/Ohst*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Auflage, München 2019; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Recht, 4. Aufl., München 1999; *Zahrnt*, DV-Verträge als “komplexe Langzeitverträge“, CR 1992, 84.

Ein wichtiger Bereich des IT-Vertragsrechts sind die Softwareerstellungsverträge, d.h. die Verträge über die **Erstellung von Individualsoftware**. Dabei umfassen die folgenden Ausführungen nicht nur die Programmierung von Software nach genau spezifizierten, individuellen Anforderungen des Anwenders, sondern auch die Anpassung von Standardsoftware an die spezifischen Bedürfnisse einzelner Anwender (sog. **Customizing**)¹⁰⁸⁵ und die **IT-Projektverträge**.

Gerade das IT-Projektgeschäft prägt den Softwaremarkt. Meist wissen weder Anwender noch Programmierer am Anfang ihrer Geschäftsbeziehung, was sie eigentlich wollen. Software lässt sich nicht wie ein Rock maßschneidern. Die Bedürfnisse und Wünsche des Kunden lassen sich erst im Laufe der Vertragsbeziehung ermitteln und umsetzen. Softwareverträge sind daher meist **komplexe Langzeitverträge**,¹⁰⁸⁶ auf die das BGB auch im Werkvertragsrecht nicht zugeschnitten ist. Dadurch entstehen zahlreiche rechtliche Verwerfungen, die bis heute kaum zufriedenstellend gelöst sind.

¹⁰⁸⁵ Dazu ausführlich *Schneider/von Westphalen/Redeker*, Kap. D Rn. 49.

¹⁰⁸⁶ Siehe dazu grundlegend *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, 1987.

Beginnt man mit der Planungsphase, stellt sich zunächst die Frage, ob ein Berater bei der Planung eines IT-Projektes herangezogen wird. Häufig lassen sich komplexe IT-Projekte überhaupt nicht ohne Berater umsetzen. Streitig ist die Rechtsnatur eines Beratungsvertrags. Denkbar ist die Einordnung als Dienstvertrag (§§ 611, 675 BGB). Bei Kombination von Berater- und Projektvertrag kann das Ganze als Werkvertrag angesehen werden. Dies ist insbesondere für die Einordnung eines Gesamtvertrags wichtig, da der BGH bei einer herausragenden Planungsphase davon ausgeht, dass § 651 BGB nicht zum Tragen kommt und damit der Gesamtvertrag klar werkvertraglich qualifiziert werden kann. In der Beratungssituation sind festzustellen:

- Ist-Analyse
- Schwachstellenanalyse
- Machbarkeitsanalyse
- Grobkonzept
- Fachliches Konzept.

Mit dem Berater kommt ein Beratervertrag zustande. Häufig geht die Rechtsprechung über den Beratervertrag hinaus und bejaht eine erhöhte Haftung des Beraters. So soll bei Information von hoher Bedeutung ein konkludenter Beratungsvertrag zustande kommen. Zu bedenken ist auch, dass eine Sachwalterhaftung wegen culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) in Betracht kommt. Gegenüber Dritten kann eine Beraterangabe auch Haftungsfolgen auslösen, etwa im Rahmen eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte.¹⁰⁸⁷ Der *BGH* bejaht im Übrigen eine Beweislastumkehr bei Beratern bezüglich der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Erfolg. Der Berater muss dementsprechend nachweisen, dass der Beratene auch ohne den Rat entsprechend gehandelt hätte.¹⁰⁸⁸ Den Berater treffen aus dem normalen Dienstvertrag heraus die deutlich herabgesenkten Qualitätsstandards nach § 280 BGB. Eine Haftung kommt insofern nur bei verschuldeter Schlechterfüllung in Betracht. Dies sind Fälle, in denen der Berater gar nicht oder nur teilweise erscheint. Darunter kann aber auch ein Fall fallen, in dem der Berater nicht über den angeforderten Skill-Level verfügt und ihm das notwendige Branchen-Know-how fehlt. § 280 BGB bringt allerdings nur eine Haftung im Hinblick auf einen Schadensersatz. Nacherfüllung und Rücktritt sind im Dienstvertragsrecht

¹⁰⁸⁷ BGH, Urt. v. 14.11.2000 – C ZR 203/98, NJW 2001, 514.

¹⁰⁸⁸ BGH, Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, NJW 2012, 2427.

nicht vorgesehen, stattdessen wird der Rücktritt durch die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB ausgeschlossen.¹⁰⁸⁹

Losgelöst von der Rolle des Beraters gilt es typische Verfahrensschritte im Vorfeld eines IT-Projekts zu bedenken. Dazu zählt z.B. die Teambildung. Zu einem IT-Projekt gehört typischerweise die Einbindung der Geschäftsführung, des Controlling, der Personalabteilung, externer Berater und der Abteilungen IT, Steuern und Recht. Es muss eine Ausschreibung vorgenommen werden. Im Rahmen dieser Ausschreibung sind potentielle Anbieter auszuwählen. Die Ausschreibungsunterlagen sind festzulegen. Gegebenenfalls ist ein Vertragsentwurf beizufügen und ein Datenraum für die Bieter einzurichten, in dem diese sich die technische und organisatorische Infrastruktur des Projektes anschauen können. Dann gehen die Gebote ein, die anschließend geprüft werden; worauf weitere Gespräche mit den Bietern folgen. Eine vorläufige Auswahl kann mithilfe eines Letter of Intent abgesichert werden (s.u.). Notwendiger Bestandteil einer Vorplanung ist auch die interne Due Diligence. Unter Due Diligence versteht man allgemein die Untersuchung der rechtlichen, steuerlichen finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Bezogen auf ein IT-Projekt, gilt es zunächst einmal den aktuellen IT-Etat festzulegen und eventuell auch klare Kostenzuordnungen zulasten einzelner Abteilungen vorzunehmen. Die jeweils betroffenen IT-Systeme sind festzustellen. Dabei gilt es zu prüfen, ob die Systeme im Eigentum des Auftraggebers stehen oder nur geleast sind. Auch wäre zu prüfen, ob die Systeme auch für andere Bereiche genutzt werden und wenn ja, ob eine Trennung der verschiedenen Bereiche rechtlich möglich ist (etwa über Unterlizenzierung). Ähnlich gilt es die Wartungsverträge für die bestehenden Systeme zu prüfen. Zu klären wäre, ob Kündigungsmöglichkeiten für bestehende Wartungsverträge existieren, ob die Wartungsverträge übertragen werden können oder sonstige Möglichkeiten bestehen, sich von den Verträgen zu lösen. Auch die bestehenden Softwareverträge gilt es zu prüfen, insbesondere im Hinblick auf deren Übertragbarkeit, Kündigungsmöglichkeiten und Kosten einer Loslösung vom Vertrag. Dann gilt es die benötigten Schutzrechte zu prüfen, die für den Einsatz der neuen Software gebraucht werden. Zu unterscheiden ist die Bereitstellung eigener Softwareentwicklung von der Auftragsentwicklung durch Dritte. Häufiger ist fraglich, ob Rechte überhaupt durch den Auftraggeber gewährt werden können. Dazu hat der Auftraggeber festzustellen, ob er wirklich Rechteinhaber „seiner“ Software ist. Schließlich müssen die aktuellen, branchenüblichen und die benötigten Servicelevels festgelegt werden. Zu identifizieren sind die kritischen Systeme – auch im Hinblick auf Schadens- und Notfallszenarien.

¹⁰⁸⁹ MüKoBGB/Henssler, § 626 Rn. 51.

Wichtig ist eine klare Planung einer solch komplexen Vertragsbeziehung.¹⁰⁹⁰ Idealerweise beginnt ein IT-Projekt mit einer umfassenden Vorabermittlung des gewünschten Anforderungsprofils, das die Software erfüllen soll. Am besten prüft der Anwender mit Hilfe qualifizierter IT-Berater, was er will und wie dies am besten IT-technisch umgesetzt werden kann. Dieses Profil wird in einem **Pflichtenheft** dokumentiert. Aufgrund des Pflichtenheftes wird dann eine Ausschreibung vorgenommen; geeignete Softwarehäuser werden um die Übersendung von Kostenvoranschlägen gebeten. Schon in dieser Vor-Phase sollte man **Letters of Intent**¹⁰⁹¹ und **Vertraulichkeitsvereinbarungen** mit allen Beteiligten abschließen, da diese sehr viele Betriebsinterna sowohl aus der Sphäre des Softwarehauses als auch aus der des Anwenders erfahren.¹⁰⁹² Es ist nicht verboten, in dieser Phase externe Mitarbeiter abzuwerben. Es ist nur dann wettbewerbswidrig, wenn unlautere Begleitumstände hinzukommen, insbesondere unlautere Mittel eingesetzt oder unlautere Zwecke verfolgt werden.¹⁰⁹³ Beispiele hierfür sind:

- Abwerben zwecks Behinderung und Schädigung des bisherigen Arbeitgebers (§ 4 Nr. 4 UWG). Stets abhängig von Gesamtumständen: Wie viele Mitarbeiter wurden abgeworben (ein ganzes Team?)? Waren die Mitarbeiter zentral für das Unternehmen? Konsequenzen für das Unternehmen? Schädigungsabsicht?¹⁰⁹⁴
- Abwerben zwecks Erwerbs von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen¹⁰⁹⁵
- Verleiten zum Vertragsbruch (z.B. nachvertragliche Wettbewerbsverbote): Die Unlauterkeit des Ausnutzens des fremden Vertragsbruchs ergibt sich ferner nicht daraus, dass schon die bloße Bereitschaft des Mitbewerbers, den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer zu beschäftigen, diesen in seinem Entschluss, vertragsbrüchig zu werden, bestärken und darin eine gewisse Förderung des Vertragsbruchs liegen kann.¹⁰⁹⁶
- In vertraglichen Beziehungen: Unternehmen darf während der Dauer seines Vertrags nicht in den Kundenkreis seines Vertragspartners eindringen § 241 Abs. 2 BGB.¹⁰⁹⁷

Gem. § 75f HGB (und § 110 GewO) gilt, dass eine Vereinbarung, durch die sich ein Arbeitgeber einem anderen Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, Arbeitnehmer des anderen

¹⁰⁹⁰ Wie am Ende des Buches am Beispiel von Change-Request-Verfahren gezeigt wird.

¹⁰⁹¹ Siehe dazu *Söbbing*, ITRB 2005, 240 ff. und *Hoeren*, IT-Vertragsrecht, 2. Aufl., Köln 2012, S. 215.

¹⁰⁹² Ein entsprechendes Muster einer Vertraulichkeitsvereinbarung siehe *Hoeren*, IT-Vertragsrecht, S. 335 ff.

¹⁰⁹³ BGH, Urt. v. 11.1.2007 – I ZR 96/04 – Außendienstmitarbeiter; zu § 1 UWG a.F.: BGH, Urt. v. 4.3.2004 – I ZR 221/01, BGHZ 158, 174, 178 f. = GRUR 2004, 696 – Direktansprache am Arbeitsplatz I, m.w.N.

¹⁰⁹⁴ Ohly/Sosnitza, § 4 Rn. 4/24 ff.; Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.105 ff.

¹⁰⁹⁵ Ohly/Sosnitza, § 4 Rn. 4/27; Köhler/Bornkamm, UWG § 4 Rn. 4.106.

¹⁰⁹⁶ BGH, Urt. v. 11.1.2007 – I ZR 96/04, JuS 2007, 1155 = GRUR 2007, 800.

¹⁰⁹⁷ BGH, Urt. v. 3.2.1978 – I ZR 163/76, GRUR 1978, 536 – B.u.W.-Spedition.

nicht einzustellen, nicht durchsetzbar ist. Streitig ist die Anwendung auch auf das **aktive Abwerben**. Nach h.M. schränkt ein Abwerbeverbot nicht die Entscheidungsfreiheit des Mitarbeiters, einen Arbeitsplatz zu wechseln, ein und ist damit zulässig.¹⁰⁹⁸

Erst nach eingehender Prüfung der eingehenden Angebote erfolgt dann der Zuschlag zugunsten eines einzelnen Anbieters. Meist ist der Zuschlag damit verbunden, dass einzelne Leistungsanforderungen noch offen bleiben müssen, da sich deren Umfang und Konturen erst im Laufe des Projektes abzeichnen. In einem solchen Fall bietet sich dann die Integration von **Change-Request**-Modellen in das Vertragswerk an.

Im Übrigen setzt sich auch unter Juristen immer mehr die Einsicht durch, dass es in vielen Fällen nicht mehr ausreicht, sich auf das juristische Kerngeschäft, das Aufsetzen des Projektvertrags, zu konzentrieren. Vielmehr wurde erkannt, dass es schon bei den Vertragsverhandlungen bzw. noch bei der Durchführung und sogar darüber hinaus auf die Vermeidung rechtlicher Pannen ankommt, welche das gesamte Projekt bedrohen können. Dabei werden von Juristen vor allem Fähigkeiten verlangt, die nicht zu ihrem klassischen Ausbildungsrepertoire gehören.

Dies beginnt bereits mit der Auswahl der richtigen Verhandlungsstrategie, mit der die Planung des Projekts in Angriff genommen wird.¹⁰⁹⁹ Die Basis einer erfolgreichen Vertragsverhandlung liegt in einer soliden Sammlung aller relevanten Informationen bezüglich der eigenen Situation und über die Perspektive der anderen Partei. Neben Klarheit über eigene Stärken und Schwächen muss sich der geschickte Verhandlungsführer auch in die Situation des Verhandlungspartners hineinversetzen können, um dessen mögliche Argumente zu sammeln und zu untersuchen.¹¹⁰⁰ Aufbauend auf diesen Informationen muss die zielführendste Verhandlungsstrategie ausgewählt werden, wobei man sich immer darüber im Klaren sein muss, dass man selber zu Kompromissen bereit sein sollte und dass es unter Umständen besser sein kann, das Projekt nicht zu starten, falls bei den Verhandlungen unüberbrückbare Differenzen auftauchen sollten. Ansonsten kann dieser „Geburtsfehler“ schnell zu einer langwierigen und kostenintensiven rechtlichen Auseinandersetzung führen.

Zudem sollten Entscheidungen über den Abschluss wichtiger Verträge auch auf Seiten des Auftragnehmers nicht lediglich auf einem Bauchgefühl beruhen, sondern aufgrund einer rationalen Abwägung aller wirtschaftlichen, rechtlichen und technischen Chancen und

¹⁰⁹⁸ So MüKoHGB/v. Hoyningen-Huene, § 75f Rn. 5; *Oetker*, in: ErfK/Oetker, Arbeitsrecht, § 75f HGB Rn. 1; a.A. *Schloßer*, BB 2003, 1382, 1384.

¹⁰⁹⁹ *Lapp*, ITRB 2008, 67 ff.; *Deister*, ITRB 2009, 21 ff.

¹¹⁰⁰ *Deister*, ITRB 2009, 21; *Lapp*, ITRB 2008, 67.

Risiken.¹¹⁰¹ Hierzu sollten innerhalb des Unternehmens „Best Practice“ Richtlinien zur Risikoerfassung, Risikobewertung und zum Ergreifen geeigneter Gegenmaßnahmen aufgestellt werden und organisatorisch implementiert werden.¹¹⁰² Ein vorschneller Vertragsabschluss unter grobem außer Acht lassen der unternehmerischen Sorgfalt, welcher dadurch zu finanziellen Belastungen des Unternehmens führt, kann u.U. sogar eine Haftung des Vorstands (§ 93 Abs. 2 AktG) bzw. der Geschäftsführer (§ 43 Abs. 2 GmbHG) auslösen¹¹⁰³ und sollte daher nicht unterschätzt werden.

Unter dem Gesichtspunkt der „Best Practice“ wird in der Literatur diskutiert, wie die sog. „IT Infrastructure Library“ (ITIL) für die juristische Vertragsgestaltung und Anspruchsdurchsetzung¹¹⁰⁴ bzw. für Änderungen der vertraglichen Vereinbarungen während der Vertragserfüllung¹¹⁰⁵ fruchtbar gemacht werden kann. Bei der ITIL handelt es sich um eine Sammlung von Best Practice-Ansätzen, die sich in den letzten Jahren zum De-facto-Standard im Bereich Management und Betrieb von IT-Dienstleistungen entwickelt hat, zur Frage, welche Prozesse eine IT-Organisation klar regeln sollte, um erfolgreich arbeiten zu können. Die ISO/IEC 20000 liefert standardisierte Definitionen und Prozessanforderungen.¹¹⁰⁶ Allerdings werden sowohl in der ITIL als auch in der ISO/IEC 20000 lediglich Mindestanforderungen für Regelungen in IT-Projektverträgen definiert, jedoch keine konkreten Vertragsklauseln vorgegeben, sodass Vertragslücken nicht durch einen bloßen Verweis geschlossen werden können.¹¹⁰⁷ Allerdings erscheint es durchaus sinnvoll, beide Sammlungen bei der Ausarbeitung der Service Level Agreements (SLA), der Operational Level Agreements (OLA) für einheitliche Begriffsdefinitionen sowie Festlegung und Aufteilung der Prozessphasen¹¹⁰⁸ und im Rahmen des Change-Management-Verfahrens zwecks einheitlicher Strukturierung¹¹⁰⁹ heranzuziehen.

Für kleinere Softwareentwicklungsprojekte wird vorgeschlagen, das sog. Prototyping-Verfahren zu verwenden, statt auf das Phasenmodell der ITIL zurückzugreifen, da dieses schnell zu ersten Ergebnissen führe und zudem ein frühzeitiges Feedback bezüglich der Einigung eines Lösungsansatzes ermögliche.¹¹¹⁰ Durch die Lösung vom Phasenmodell sei das

¹¹⁰¹ *Becker*, ITRB 2009, 117.

¹¹⁰² *Becker*, ITRB 2009, 117, 118 f.

¹¹⁰³ *Becker*, ITRB 2009, 117 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 21.3.2005 – II ZR 54/03, MDR 2005, 1061 = BKR 2005, 281 = DStR 2005, 933 = NZG 2005, 562 = WM 2005, 933.

¹¹⁰⁴ *Hoppen/Viktor*, CR 2008, 199 ff.

¹¹⁰⁵ *Koch*, ITRB 2008, 61 ff.

¹¹⁰⁶ *Hoppen/Viktor*, CR 2008, 199, 199 f.

¹¹⁰⁷ *Koch*, ITRB 2008, 61, 62.

¹¹⁰⁸ *Hoppen/Viktor*, CR 2008, 199, 203.

¹¹⁰⁹ *Koch*, ITRB 2008, 61, 63.

¹¹¹⁰ *Söbbing*, ITRB 2008, 212 ff.

Prototyping flexibler, indem die Anforderungen der Anwender laufend präzisiert und verifiziert werden können, womit das Risiko einer Fehlentwicklung verringert werden könne. Nachteilig sei allerdings, dass dadurch die Grenzen der Verantwortlichkeit verwischen, was sich für spätere Haftungsfragen als problematisch erweisen könnte.¹¹¹¹ Rechtlich würde es sich anbieten, die Entwicklung nach Prototyping-Verfahren im Rahmen einer GbR zu regeln, um so zu einer interessengerechten Risikoverteilung zu kommen.¹¹¹²

Zunehmend kommt es im Bereich der IT-Herstellung zu Projekten auf der Basis sogenannter agiler Programmierungen. Hierbei werden fortlaufend Anforderungen entwickelt und gleichzeitig vorab fixierte Anforderungskataloge vermieden. Gleichzeitig wird auch die Notwendigkeit für umfassende Dokumentationen reduziert. Basis der agilen Programmierungen ist das sog. „Manifesto for agile Software Development“ aus dem Jahre 2001¹¹¹³. Planungsphasen vor dem Projektbeginn erweisen sich als unnötig; gleichzeitig wird daher auch auf die Erstellung eines Lastenheftes verzichtet. Insofern erweist sich die agile Programmierung als ideal, um den schwierigen Charakter komplexer Langzeitverträge gerecht zu werden, der gerade im Bereich des IT-Projektgeschäftes dafür sorgt, dass präzise benannte Anforderungsprofile an die zu erstellende Software kaum vorab benannt werden können. Stattdessen werden nur noch Grundaussagen zum jeweiligen Projektzweck und zum angedachten Einsatzbereich der Software gemacht. Vertragstypologisch ist unklar, ob hier überhaupt noch werkvertragliche Regelungsmodelle zur Anwendung kommen können. Denkbar ist vielmehr eine Einordnung als Dienstvertrag oder Gesellschaftsvertrag. Bei Dienstverträgen besteht das besondere Problem darin, dass der Auftraggeber das volle Risiko für das Gelingen des Projektes tragen würde und insofern die vollständige Projektverantwortung übernehmen müsste. Dies dürfte aber kaum dem Interessengefüge der Parteien entsprechen.¹¹¹⁴ Näherliegend ist die Einordnung als Gesellschaftsvertrag i.S.v. § 705 ff. BGB, etwa in Form der Gelegenheitsgesellschaft.¹¹¹⁵ Hier fehlt es aber oft an der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, da die Parteien selten als gleichberechtigte Vertragsparteien kooperieren. Es bleibt vielmehr beim Leitmodell des Auftragsgebers und Auftragsnehmers. Dementsprechend wird die Software selbst auch nicht Teil eines gemeinschaftlich genutzten Gesellschaftsvermögens mit gesamthänderischer Bindung. Vielmehr soll das Endprodukt des

¹¹¹¹ *Söbbing*, ITRB 2008, 212, 213.

¹¹¹² *Söbbing*, ITRB 2008, 212, 214.

¹¹¹³ Zu finden unter www.agilemanifesto.org (zuletzt abgerufen am 02.9.2021).

¹¹¹⁴ *Lapp*, ITRB 2010, 69, 70; *Frank*, CR 2011, 138, 139 f.; a.A. *Koch*, ITRB 2010, 119 für Dienstvertrag.

¹¹¹⁵ *Kremer*, ITRB 2010, 283, 288.

Projektes dem Auftraggeber zur alleinigen Verfügung zustehen.¹¹¹⁶ Plädiert wird daher auch dafür, solche Verträge auch noch unter das werkvertragliche „Dach“ zu nehmen.¹¹¹⁷ Aufgrund des dominierenden Planungsanteils bestehen auch keine Bedenken, von der Wertung des § 650 BGB abzuweichen und einen solchen Vertrag komplett dem Werkvertragsrecht zu unterwerfen.¹¹¹⁸

Die Installation eines von dem Kunden zuvor beim Software-Hersteller erworbenen Software-Updates durch ein IT-Unternehmen vor Ort auf den Server dieses Kunden ist als Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) einzustufen.¹¹¹⁹

I. Abgrenzung Werk- und Kaufvertragsrecht

Werkvertragsrecht kommt bei Softwareverträgen in mehreren Fällen zur Anwendung:¹¹²⁰

Zunächst sind die Vorschriften des Werkvertragsrechts anwendbar, wenn die Parteien bei Vertragsschluss die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften sowie eine einheitliche Rückabwicklung **ausdrücklich vereinbart** haben. Soweit sie lediglich Nachbesserungsrechte des Lieferanten festgelegt haben, ist zu prüfen, ob damit insgesamt die Geltung der werkvertraglichen Regeln vereinbart werden sollte. Dies gilt auch, wenn die Parteien sich bei einer ansonsten kaufvertraglichen Ausgestaltung des Vertrags bei Auftreten eines Mangels nachträglich auf Nachbesserung einigen. Daneben kann sich auch aus der „Natur“ des Vertrags ein Nachbesserungsrecht für den Unternehmer ergeben.¹¹²¹ Außerdem kommt das Werkvertragsrecht bei Verträgen über **die Erstellung von Individualsoftware** zur Anwendung.¹¹²²

Verpflichtet sich der Lieferant neben der Lieferung von Standardsoftware zu nicht unerheblichen Anpassungsleistungen („Umstricken“ bzw. „Customizing“) an die individuellen

¹¹¹⁶ Fuchs u. a., MMR 2012, 427, 430.

¹¹¹⁷ Fuchs u. a., MMR 2012, 427, 432.

¹¹¹⁸ Fuchs u. a., MMR 2012, 427, 433.

¹¹¹⁹ AG Brandenburg, Urt. v. 8.3.2016 – 31 C 213/14, MMR 2016, 392 = CR 2016, 430.

¹¹²⁰ S. dazu auch die obigen Ausführungen zur Einordnung der Vertragsarten.

¹¹²¹ Vgl. BGH, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406; BGH, Urt. v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, NJW, 1990, 1290, 1293.

¹¹²² So zum alten Recht vor der Schuldrechtsreform BGH, Urt. v. 30.1.1986 – I ZR 242/83, NJW 1987, 1259; BGH, Beschl. v. 24.11.1998 – X ZR 21/96, NJW-RR 1999, 347, 348; BGH, Urt. v. 23.1.1996 – X ZR 105/93, NJW 1996, 1745, 1745 f.; BGH, Urt. v. 3.11.1992 – X ZR 83/90, NJW 1993, 1063; BGH, Urt. v. 15.5.1990 – X ZR 128/88, NJW 1990, 3008, 3011; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.7.1997 – 22 U 3-97, NJW-RR 1998, 345, 346; OLG Hamm, Urt. v. 22.8.1991 – 31 U 260/90, NJW-RR 1992, 953; OLG Koblenz, Urt. v. 4.10.1991 – 2 U 403/88, NJW-RR 1992, 688, 689; OLG Köln, Urt. v. 22.9.1995 – 19 U 65/94, NJW 1996, 1067; OLG München, Urt. v. 24.1.1990 – 27 U 901/88, NJW 1991, 2158; OLG Stuttgart, Urt. v. 1.10.1986 – 4 U 187/85, CR 1987, 857; zur Problematik der Einordnung von Individualsoftware in § 651 BGB.

Bedürfnisse des Anwenders, ist umstritten, ob bei einem Software-Fehler die kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften anzuwenden sind.¹¹²³ Im Vordergrund stehen für den Anwender das Herbeiführen des Erfolgs aus vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffen und die Übereignung des fertigen Werkes.¹¹²⁴ 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.¹¹²⁵ Das *OLG Hamm*¹¹²⁶ sieht in der Lieferung und Installation von Standard- und Spezialsoftware Werkvertragsrecht anwendbar, wenn der Schwerpunkt der Leistung in der Installation und Anpassung der Software liegt. Dies gilt auch im Falle eines Vertrags über die Erweiterung eines betriebsinternen Netzwerkes.¹¹²⁷ Eine Anwendung des Kaufrechts kommt allenfalls in Betracht, wenn die Anpassung im Verhältnis zur Lieferung der Software nebensächlich und unbedeutend ist.¹¹²⁸ Unbedeutend ist aber z.B. noch nicht per se eine Anpassungsleistung, deren Wert ungefähr 10 v.H. des Gesamtwertes der Leistung erreicht.¹¹²⁹ Im Übrigen ist zu klären, ob die Software erst durch die Anpassung für den Kunden nutzbar wird oder ob dies bereits zuvor – wenn auch nur eingeschränkt – der Fall war. Die Lieferung von Handscannern und Anpassung an die betrieblichen Bedürfnisse des Auftraggebers weisen sowohl kaufvertragliche als auch werkvertragliche Elemente auf. Bildet die Anpassung der Handscanner an die betrieblichen Besonderheiten den Schwerpunkt eines Vertrags, handelt es sich um einen Werkvertrag.¹¹³⁰

Ein Vertrag über die Lieferung und Installation einer Kanzleisoftware sowie über die Umstellung des Betriebssystems der EDV in der Kanzlei eines Rechtsanwalts unterliegt dem Werkvertragsrecht, wenn der wirtschaftliche Schwerpunkt in den Installations- und Umstellungsarbeiten liegt.¹¹³¹ Wird dem Käufer ein Quellcode unter Ausschluss der Gewährleistung für Fehler und die spezifische Brauchbarkeit des Programms für den Käufer

¹¹²³ Vgl. *Dörner/Jersch*, IuR 1988, 142; OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.6.1989 – 16 U 209/88, NJW 1989, 2627 = CR 1990, 122; OLG Hamm, Urt. v. 22.8.1991 – 31 U 260/90, CR 1992, 206 = BB 1991, Beilage 23 S. 3; OLG Köln, Urt. v. 26.6.1992 – 19 U 261/91, CR 1992, 544; für Kaufrecht LG Konstanz, Urt. v. 4.5.1990 – 5 O 302/89, CR 1991, 93.

¹¹²⁴ Vgl. § 651 Abs. 1 BGB.

¹¹²⁵ Vgl. *Mehrings*, NJW 1986, 1904; *Mehrings*, NJW 1988, 2438.

¹¹²⁶ OLG Hamm, Urt. v. 8.8.2007 – 12 U 26/07, CR 2008, 77 = BeckRS 2007, 14920.

¹¹²⁷ OLG Celle, Urt. v. 31.5.2001 – 13 U 221/00 = OLG Celle 2001, 217.

¹¹²⁸ OLG Köln, Urt. v. 25.6.1993 – 19 U 216/92, NJW-RR 1993, 1529; Staudinger/Peters/Jacoby, Vor § 631 Rn. 66.

¹¹²⁹ OLG Köln, Urt. v. 25.6.1993 – 19 U 216/92, NJW-RR 1993, 1529; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.7.1997 – 22 U 3-97, NJW-RR 1998, 345.

¹¹³⁰ LG Frankenthal, Urt. v. 13.1.2014 – 2 HK O 79/12.

¹¹³¹ OLG Hamm, Urt. v. 10.3.2006 – 12 U 58/05, NJOZ 2007 2048.

überlassen und das alleinige Recht an der Nutzung, Weiterentwicklung und Verwertung der Software überlassen, findet Rechtskauf – hier noch zum alten Recht vor der Schuldrechtsreform – Anwendung.¹¹³²

Ein großes Problem ist mit der Schuldrechtsreform entstanden, als man – ohne Nöte – § 651 BGB – heute § 650 BGB – modifiziert hat.¹¹³³ Nunmehr soll bei Verträgen über die Lieferung von Sachen **Kaufrecht** zur Anwendung kommen. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass es sich bei Software um Sachen i.S.v. § 90 BGB handelt, kann man der Auffassung sein, dass auch bei der Lieferung der Individualsoftware der Sachbezug entscheidend sei und demnach Kaufrecht bei einem Softwareerstellungsvertrag zur Anwendung komme.¹¹³⁴ M.E. geht es jedoch bei Verträgen über die Erstellung von Individualsoftware nicht primär darum, dass der Anwender Sachen, also ein Programm mit Datenträger und Dokumentation, haben will. Ihm geht es vielmehr vorrangig um einen Erfolg, ein in sich lauffähiges System, die Realisierung einer Situation, in der er beschwerdefrei mit seiner IT arbeiten kann.¹¹³⁵ Insofern bleibt es auch nach der Schuldrechtsreform bei der Qualifizierung von Softwareerstellungsverträgen als Werkverträge.¹¹³⁶

Der *BGH* hat auch noch für weiteren Zündstoff gesorgt. Mit Urteil vom 23. Juli 2009 hat das Gericht entschieden, dass Kaufrecht auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden sei. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertige keine andere Beurteilung. Eine andere Beurteilung sei auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrags auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorauszugehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrags bilden. 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

¹¹³² OLG Hamm, Urt. v. 8.7.2007 – 12 U 26/07, CR 2008, 77, m. Anm. *Rössel*, ITRB 2008, 52.

¹¹³³ Ausführlich dazu die verschiedenen kontroversen Beiträge in: *Schneider/von Westphalen/Witzel*, Kap. G Rn. 98 ff.

¹¹³⁴ Siehe dazu *Redeker*, CR 2004, 88, 89 ff.; *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 109.

¹¹³⁵ So auch *Diedrich*, CR 2002, 473, 475; *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 82 f.

¹¹³⁶ *Alpert*, CR 2001, 213, 214; *Bartsch*, CR 2001, 649, 655; *Diedrich*, CR 2002, 473, 477 f.; *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 83; *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 109; Palandt/Sprau, Einf. v. § 631 Rn. 25, § 651 Rn. 5; Hau/Poseck/Voit, § 650 BGB Rn. 4; Staudinger/Peters/Jacoby, Vor § 631 Rn. 66; undeutlich *Schneider*, S. 1331 ff.; vgl. zum früheren Recht auch *BGH*, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135, 141 = CR 1988, 124 = NJW 1988, 406; *BGH*, Beschl. v. 24.11.1998 – X ZR 21-96, NJW-RR 1999, 347, 348; *BGH*, Urt. v. 23.1.1996 – X ZR 105/93, NJW 1996, 1745, 1745 f.; *BGH*, Urt. v. 3.11.1992 – X ZR 83/90, NJW 1993, 1063; *BGH*, Urt. v. 15.5.1990 – X ZR 128/88, NJW 1990, 3008, 3011; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.7.1997 – 22 U 3-97, NJW-RR 1998, 345, 346; OLG Hamm, Urt. v. 22.8.1991 – 31 U 260/90, NJW-RR 1992, 953; OLG Koblenz, Urt. v. 4.10.1991 – 2 U 403/88, NJW-RR 1992, 688, 689; OLG Köln, Urt. v. 22.9.1995 – 19 U 65/94, NJW 1996, 1067; OLG München, Urt. v. 24.1.1990 – 27 U 901/88, NJW 1991, 2158; v. Westphalen, CR 2000, 73.

Beauftragung im Wesentlichen die allgemeine planerische Lösung eines konstruktiven Problems zum Gegenstand hat.¹¹³⁷

Im Übrigen wendet das *LG Bonn* auf die Überlassung eines für vielfältige Anwender hergestellten Warenwirtschaftsprogramms Werkvertragsrecht an, wenn fortlaufend weitere Programmvarianten nach einer Perspektivliste zu erstellen und auszuliefern sowie Einstellungen vorzunehmen sind, die jedenfalls zum Teil individuell auf die Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten sind; insofern überwiegt der werkvertragliche gegenüber dem kaufvertraglichen Charakter.¹¹³⁸

Erstaunlicherweise hat der *BGH* inzwischen in der Entscheidung *Internet-Systemvertrag*¹¹³⁹ darauf hingewiesen, dass ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen, auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software regelmäßig als Werkvertrag anzusehen sei.

Die Bundesregierung hat ein neues Gesetz zur Reform des Kauf- und Werkvertragsrechts geplant.¹¹⁴⁰ Viele dieser geplanten Regelungen beziehen sich zwar auf Bau-, Verbraucherbau-, Architekten-, Ingenieur- und Bauträgerverträge, doch es sind auch verschiedene Anpassungen des allgemeinen Werkvertragsrechts enthalten, die für IT-Verträge relevant sind. Nach einer Stellungnahme durch den Bundesrat und entsprechender Gegenäußerung durch die Bundesregierung wurde das Gesetzesvorhaben vom Bundestag zur weiteren Beratung in die beteiligten Ausschüsse überwiesen.¹¹⁴¹ 2017 ist das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel in Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom Bundestag beschlossen worden und trat am 1. Januar 2018 in Kraft.¹¹⁴²

¹¹³⁷ *BGH*, Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877 = CR 2009, 637.

¹¹³⁸ *LG Bonn*, Urt. v. 15.1.2008 – 10 O 383/06, CR 2008, 767.

¹¹³⁹ *BGH*, Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398; OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2013 – I-5 U 135/12, MMR 2014, 521 m. Anm. *Lachenmann*.

¹¹⁴⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, BR-Drs. 123/16 – 11.3.2016, abrufbar unter: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2016/0101-0200/123-16.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 02.9.2021).

¹¹⁴¹ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, BT-Drs. 18/8486 – 18.5.2016, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/084/1808486.pdf> (zuletzt abgerufen am 02.9.2021 zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens vgl. unter: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/730/73046.html> (zuletzt abgerufen am 02.9.2021); zur weiterführenden Auseinandersetzung mit dem Vorhaben vgl. *Langen*, NZBau 2015, 658 ff. und *Graf Wolffskeel v. Reichenberg/Jerger*, ZRP 2015, 237 ff.

¹¹⁴² Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel in Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, BGBl. 2017 I, 969, abrufbar unter: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s0969.pdf%27%5D__1588862048287 (zuletzt abgerufen am 02.9.2021).

II. Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht

Für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende **Wille der Parteien** maßgebend.¹¹⁴³ Es kommt darauf an, ob auf dieser Grundlage eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird.¹¹⁴⁴ Diese Grundsätze gelten auch für Verträge, in denen sich der Auftragnehmer zur Erbringung von Forschungs- oder Entwicklungsleistungen verpflichtet. Beide Arten von Leistungen können sowohl Gegenstand eines Dienstvertrags wie auch eines Werkvertrags sein. Im ersteren Fall schuldet der Auftragnehmer lediglich ein den Regeln der Wissenschaft und Technik entsprechendes Vorgehen, im letzteren Fall die Herbeiführung eines Erfolgs. Dieser Erfolg kann in einem bestimmten Arbeitsergebnis oder auch nur in der ordnungsgemäßen Durchführung von Untersuchungen und der Anfertigung von Berichten bestehen. Was im Einzelfall geschuldet ist, unterliegt der Vereinbarung der Parteien.

Sofern der Vertrag hierzu keine ausdrückliche Regelung enthält, kann für dessen Auslegung eine Vielzahl von Umständen von Bedeutung sein.¹¹⁴⁵ Für das Vorliegen eines Werkvertrags kann es sprechen, wenn die Parteien die zu erledigende Aufgabe und den Umfang der Arbeiten **konkret festlegen** oder eine **erfolgsabhängige Vergütung** vereinbaren. Für die Frage, ob der Auftragnehmer für den Eintritt eines Erfolgs eintreten will, kann auch von Bedeutung sein, mit welcher Wahrscheinlichkeit nach der Vorstellung der Parteien mit dem Eintritt eines Erfolgs gerechnet werden kann. Zwar ist es weder logisch noch rechtlich ausgeschlossen, dass der Softwareersteller das Erfolgsrisiko auch dann übernimmt, wenn der Eintritt des Erfolgs ungewiss ist.¹¹⁴⁶ Aber je größer die mit der Tätigkeit erkennbar verbundenen Unwägbarkeiten sind, umso ferner kann es auch aus Sicht eines verständigen Bestellers liegen, dass der Unternehmer das Erfolgsrisiko dennoch übernehmen will. Eine Regel, dass der Forschungsvertrag als Dienstvertrag und der Entwicklungsvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist,¹¹⁴⁷ lässt sich dabei aber schon deshalb kaum aufstellen, weil die Grenzen zwischen Forschung und Entwicklung im Einzelfall fließend sein können.¹¹⁴⁸ Unabhängig davon steht es den Vertragsparteien im Einzelfall frei, trotz eines relativ hohen Risikos einen Werkvertrag zu schließen. Ferner können weitere Regelungen der vertraglichen Vereinbarung die Vorstellungen der Parteien darüber widerspiegeln, wer das größere und wer das geringere

¹¹⁴³ Zum Weiteren siehe BGH, Urt. v. 16.7.2002 – X ZR 27/01, NJW 2002, 3323 = CR 2003, 244.

¹¹⁴⁴ BGH, Urt. v. 19.6.1984 – X ZR 93/83, NJW 1984, 2406 f. = GRUR 1984, 756.

¹¹⁴⁵ LG München I, Beilage zu BB 1991 Heft 7, 7.

¹¹⁴⁶ So zutreffend Staudinger/Peters/Jacoby, Vorbem. zu § 631 Rn. 24; a.A. Schiek/Plander, RdA 1990, 219, 223; RGRK/Glanzmann, Vor § 631 Rn. 3.

¹¹⁴⁷ So Möffert, S. 37 f.

¹¹⁴⁸ Zum letzteren auch Möffert, S. 38.

Risiko tragen soll, dass das erstrebte Forschungs- oder Entwicklungsziel nicht oder nicht mit dem bei Vertragsschluss erwarteten Aufwand erreicht wird.

Dementsprechend richtet sich die rechtliche Einordnung einer freiberuflichen Tätigkeit nicht allein danach, ob es sich um die Erstellung von Individualsoftware handelt. Vielmehr sind für die Frage nach dem vertraglichen Gewährleistungsrecht die Kriterien der **Bezahlung, Festlegung von Arbeitsort, Zeit und Tempo sowie die Leitung der Projektsteuerung** ausschlaggebend.¹¹⁴⁹ Umgekehrt ist der Umstand, dass in den AGB des Auftragnehmers von „Dienstvertrag“ und „Dienstleistung“ die Rede ist, kein eindeutiges Indiz für das Vorliegen eines Dienstvertrags.¹¹⁵⁰

So kann die Vergütung eine „Risikoprämie“ für den Unternehmer enthalten. Allerdings kann die Vergütung, insbesondere dann, wenn sie zeitaufwandabhängig in Form von Raten oder regelmäßigen Abschlagszahlungen zu leisten ist, auch darauf hinweisen, dass der Unternehmer das Risiko eines Scheiterns des Forschungs- oder Entwicklungsvorhabens wirtschaftlich oder – etwa bei einem öffentlich-rechtlich gebundenen Softwareersteller – rechtlich vernünftigerweise nicht übernehmen kann, was wiederum ein Indiz dafür sein kann, dass eine solche Risikoübernahme von den Vertragsparteien nicht gewollt ist. Die Zuordnung eines konkreten Vertrags ist nur unter Berücksichtigung und Abwägung aller insoweit bedeutsamen Gesichtspunkte des Einzelfalls möglich.

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.¹¹⁵¹ Im Zweifel wird man auch bei „begleitenden Maßnahmen“ oder im Vertrag erwähnten Leistungen des „Mitwirkens am Projekt“ von einem Dienstvertrag ausgehen müssen.¹¹⁵² Kommt es hingegen vor allem während der Projektlaufzeit zur Kontrolle und Überprüfung, kann darin ähnlich der Überwachung von Bauobjekten durch Architekten ein werkvertragliches Element gesehen werden.¹¹⁵³ Unter das Werkvertragsrecht fallen auch die Zeitplanung sowie das Kostencontrolling.

¹¹⁴⁹ LG Saarbrücken, Urt. v. 28.4.1998 – 6 O 434/96, NJW-CoR 1999, 304 = CR 1999, 362.

¹¹⁵⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.7.1997 – 22 U 3/97, CR 1997, 732 = NJW-RR 1998, 345.

¹¹⁵¹ OLG Dresden, Urt. v. 29.7.1999 – 16 U 1687/98, NJW-RR 2000, 652; ähnlich OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.10.1998 – 5 U 182/97, Baurecht 1999, 508.

¹¹⁵² S. OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.4.1999 – 22 U 174-98, NJW 1999, 3129 = MDR 2000, 28.

¹¹⁵³ *Stemmer/Wierer*, BauR 1997, 935 ff.

III. Hauptleistungspflichten

1. Pflichten des Auftragnehmers/Unternehmers

Bei den Hauptleistungspflichten ist zunächst zu beachten, dass der Auftraggeber nicht nur die Überlassung der Software, sondern auch die **Übertragung der damit verbundenen Nutzungsrechte** zu regeln hat.

a) Überlassung der Software und Dokumentation

In Bezug auf die **Überlassung der Software** selbst ist zu klären:

- In welchem Format wird die Software übergeben (Objectcode oder auch Quellcode)?
- Wenn nur der Objectcode übergeben wird: Ist eine Hinterlegungsvereinbarung in Bezug auf den Quellcode sinnvoll?
- Welche Dokumentation wird überlassen?
- Wie soll die Software programmiert sein (Programmiersprache, strukturierte Programmierung)?
- Welche technischen Performance-Daten sind einzuhalten?¹¹⁵⁴

Wichtig ist vor allem die **Dokumentation**. Bei Softwareerstellungsverträgen ist der Entwickler regelmäßig auch zur Überlassung einer Dokumentation an den Besteller verpflichtet.¹¹⁵⁵ Diese muss so gestaltet sein, dass der Besteller mit dem System arbeiten kann; geschuldet ist insofern eine umfassende schriftliche Fixierung der Funktions- und Bedienungsregeln.¹¹⁵⁶ Die Übergabe einer solchen Dokumentation ist eine (ungeschriebene) Hauptpflicht. Selbst wenn nichts im Vertrag ausdrücklich zur Dokumentationspflicht geregelt ist, besteht eine solche.¹¹⁵⁷ Geschuldet ist die Dokumentation allerdings nach Herstellung der Software, d.h. nach Abschluss der geschuldeten Programmierung.¹¹⁵⁸ Es kann nicht erwartet werden, dass der Softwareentwickler ohne Rücksicht auf mögliche Änderungen jedes Stadium seiner Arbeiten dokumentiert. Das Fehlen einer die Bedienung der örtlich installierten Hard- und Software betreffenden Dokumentation und die daraus sich ergebende Betriebsuntauglichkeit der

¹¹⁵⁴ Die Durchsetzung dieser Pflichten wird häufig mit Vertragsstrafen gekoppelt.

¹¹⁵⁵ BGH, Urt. v. 20.2.2001 – X ZR 9/99, NJW 2001, 1718, 1719; BGH, Urt. v. 30.1.1986 – I ZR 242/83, NJW 1987, 1259; BGH, Urt. v. 4.11.1992 – VIII ZR 165/91 NJW 1993, 461; ähnlich OLG Köln, Urt. v. 14.2.1997 – 19 U 205-96 NJW-RR 1998, 343 (für Softwareüberlassung).

¹¹⁵⁶ OLG Celle, Urt. v. 3.3.1992 – 20 U 69/90, NJW-RR 1993, 432.

¹¹⁵⁷ BGH, Urt. v. 20.2.2001 – X ZR 9/99, NJW 2001, 1718, 1719; BGH, Urt. v. 30.1.1986 – I ZR 242/83, NJW 1987, 1259; BGH, Urt. v. 4.11.1992 – VIII ZR 165/91, NJW 1993, 461.

¹¹⁵⁸ BGH, Urt. v. 20.2.2001 – X ZR 9/99, NJW 2001, 1718, 1719 und 1721.

Anwendungssoftware stellt einen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel dar.¹¹⁵⁹ In diesem Zusammenhang wird jedoch diskutiert, ob die Erforderlichkeit eines Benutzerhandbuches, als eine Form technischer Dokumentation, vor dem Hintergrund einer weiter fortschreitenden technischen Entwicklung, insbesondere im Bereich interaktiver Software, nicht eingeschränkt werden muss.¹¹⁶⁰ Aufgrund des technischen Fortschritts bei der Entwicklung interaktiver Softwaresysteme in den letzten Jahren, ist die Benutzbarkeit des Programms, bei entsprechender Dialoggestaltung, in vielen Fällen nicht mehr von einem Handbuch abhängig, sodass dieses zum bestimmungsgemäßen Gebrauch in diesen Fällen nicht mehr notwendig ist.¹¹⁶¹

b) Übertragung der Rechte

In Bezug auf **die zu übertragenden Rechte** gilt es besonders sorgfältig zu formulieren. Wer sich Software individuell auf seine Bedürfnisse hin programmieren lässt, lässt sich auch vertraglich ein ausschließliches Nutzungsrecht einräumen.

Besonderer Sorgfalt bedarf das Rechte-Clearing bei Projekten, in denen mehrere Softwareentwickler eingebunden sind. Unter Umständen handelt es sich bei den an der Programmierung und Weiterentwicklung beteiligten Personen um **Miturheber i.S.v. § 8 UrhG**; diese müssen dann gemeinschaftlich in den Vertrag einbezogen werden. Voraussetzung für eine Miturheberschaft ist eine einheitliche Schöpfung, die einen entsprechenden natürlichen Handlungswillen der beteiligten Urheber voraussetzt. Eine Miturheberschaft besteht regelmäßig nicht bei zeitlich gestaffelten Beiträgen; denn eine Miturheberschaft setzt voraus, dass jeder Beteiligte seinen (schöpferischen) Beitrag in Unterordnung unter die gemeinsame Gesamtidee erbracht hat.¹¹⁶² Fehlt es hieran, weil die späteren Ergänzungen und Verbesserungen vom Handlungswillen des ursprünglichen Programmierers nicht umfasst sind, ist eine Miturheberschaft aller beteiligten Urheber zu verneinen. In diesem Fall liegen in den späteren Veränderungen abhängige Bearbeitungen mit der Folge, dass die an der Programmerstellung beteiligten Urheber über ihr Urheberrecht ohne gesamthänderische Bindung hätten verfügen und Nutzungsrechte hätten einräumen können.¹¹⁶³

Das *OLG Düsseldorf* verbot die Vervielfältigung und den Vertrieb eines Computerspiels, da einer der Miturheber die Nutzungsrechte an einer von ihm vor Projektbeginn entwickelten und

¹¹⁵⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.9.2001 – 5 U 39/99, CR 2002, 324; OLG Saarbrücken, Urt. v. 16.7.1996 – 4 U 899/95-201, NJW-RR 1997, 558.

¹¹⁶⁰ *Stiemerling*, ITRB 2009, 154.

¹¹⁶¹ *Stiemerling*, ITRB 2009, 154, 158.

¹¹⁶² BGH, Urt. v. 14.7.1993 – I ZR 47/91, BGHZ 123, 208, 212 = NJW 1993, 3136 – Buchhaltungsprogramm.

¹¹⁶³ BGH, Urt. v. 3.3.2005 – I ZR 111/02, CR 2005, 854 m. Anm. *Heymann* = GRUR 2005, 860 – Fash 2000.

für das Projekt verwendeten Darstellungseingabe nicht wirksam auf das Herstellerunternehmen übertragen hatte. Als Miturheber i.S.v. § 8 Abs. 2 S. 1 UrhG sei der Programmierer zwar nicht aktivlegitimiert, Schadensersatz für sich allein zu fordern, sondern nur an alle Miturheber als Gesamthandsgemeinschaft, allerdings gelte dies nicht für den Unterlassungsanspruch. Vielmehr könne auch aufgrund der Verletzung der Rechte an einem kleinen Teil des Programms der komplette Vertrieb gestoppt werden¹¹⁶⁴

Das *OLG Hamm* hatte einen Fall zu entscheiden, in dem es um die Frage ging, ob eine falsche Urheberbezeichnung und damit ein Verstoß gegen § 13 UrhG erfolgt war.¹¹⁶⁵ Der Projektvertrag sah eine vollständige Übertragung der Nutzungsrechte für eine Hotelsoftware vor. Die Beklagte vertrieb das Resultat des Projekts unter eigenem Namen, ohne die Klägerin zu erwähnen. Es wurde entschieden, dass selbst eine umfassende und ausschließliche Einräumung der Nutzungs- und Verwertungsrechte gem. § 31 Abs. 1 und 3 UrhG es nicht erlaube, sich das Urheberpersönlichkeitsrecht anzumaßen und die Hinweise auf eine andere Urheberschaft wegzulassen. Trotz der Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit auf das Stammrecht sei zwar eine, auch konkludente, Vereinbarung über die Nichtausübung des Namensnennungsrechts grundsätzlich möglich, allerdings seien diesbezüglich zum Schutze des Urhebers strenge Anforderungen zu stellen. Hierbei müsse eine Interessenabwägung im Einzelfall vorgenommen werden, bei der vor allem die Intensität des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Urhebers, die Erforderlichkeit im Hinblick auf die Verwertung im Rahmen der vertragsgemäßen Ausübung, die Branchenüblichkeit und den Vertrags- bzw. Verwertungszweck zu berücksichtigen seien. Diese Anforderungen sah das Gericht als nicht erfüllt an und gab der Klage auf Unterlassen des Vertriebs, Schadensersatz und sogar Vernichtung aller bisher gefertigten Vervielfältigungsstücke statt.

Im Ergebnis erweist es sich als sehr gefährlich, wenn bei komplexen Softwareprojekten nicht gründlich darauf geachtet wird, dass alle für die Herstellung und den Vertrieb des Programms erforderlichen Rechte eingeholt und im rechtlichen Rahmen genutzt wurden, da sonst gravierende finanzielle Konsequenzen drohen.

Gefährlich wird es, wenn man hier nur die **Einräumung eines einfachen Nutzungsrechtes** zum Vertragsgegenstand macht. Dann sind die Entwickler noch darin frei, die Software ein weiteres Mal an andere zu veräußern. Sinnlos sind Hinweise auf die Übertragung des „Urheberrechts“ oder „Copyright“. Solche Verträge entsprechen nicht dem deutschen Urheberrechtsverständnis, wonach das Urheberrecht selbst nicht übertragen werden kann.

¹¹⁶⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.2008 – I-20 U 72/06, MMR 2009, 215 ff. = ZUM-RD 2009, 182 = GRUR-RR 2009, 217.

¹¹⁶⁵ OLG Hamm, Urt. v. 7.8.2007 – 4 U 14/07, CR 2008, 280 ff. = GRUR-RR 2008, 154 – Copyrightvermerk.

Solche Formulierungen sind daher nur irritierend, da sie die Frage des konkret übertragenen Nutzungsrechtsumfangs nicht lösen. Im Übrigen ist es richtig, die **Frage der Übertragbarkeit der Nutzungsrechte** anzusprechen. § 34 Abs. 1 UrhG geht vom Leitbild aus, dass jede Übertragung von Nutzungsrechten auf Dritte oder deren Überlassung in sonstiger Weise auf jeden Fall von der Zustimmung des Urhebers abhängt. Eine solche Zustimmung kann nach einer Entscheidung des *OLG Frankfurt a.M.* auch konkludent erfolgen.¹¹⁶⁶ Wird ein im Auftrag erstelltes Computerprogramm dem Auftraggeber freigeschaltet und hat im Gegenzug der Auftraggeber die Bezahlung getätigt, ist von einer uneingeschränkten konkludenten Einräumung der vertraglich vorgesehenen Nutzungsrechte auszugehen.¹¹⁶⁷ Um dies zu verhindern ist es zu empfehlen, die Übertragbarkeit der Nutzungsrechte an Dritte im Vertrag ausdrücklich zu regeln. Bei Bedenken hinsichtlich der Unbestimmtheit kann der Programmierer den Personenkreis z.B. auf die konzernangehörigen Unternehmen i.S.v. § 18 AktG beschränken. Liegt keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Übertragbarkeit vor, drohen erhebliche Probleme. In einem solchen Fall muss nachträglich die Zustimmung des Urhebers zur Weiterübertragung eingeholt werden, die dieser allerdings nicht wider Treu und Glauben verweigern kann (§ 34 Abs. 1 S. 3 UrhG). Eine Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis gilt nur für den Fall der Gesamtveräußerung des Unternehmens oder der Veräußerung wesentlicher Unternehmensteile, gerade im Bereich von M&A (Mergers & Acquisitions)¹¹⁶⁸. Als sinnvoll erscheint es, bei einer Weiterübertragung der Nutzungsrechte eine Informationspflicht einzuführen, wonach der Auftraggeber das Softwarehaus über die Weiterübertragung zu informieren hat. Eine solche Information ist z.B. wichtig, um mit dem neuen Nutzer das Schicksal von Pflege- und Wartungsverträgen zu klären.

c) Leistungsänderungen

Einseitige Leistungsänderungen durch den Auftraggeber sind grundsätzlich nicht möglich; entsprechende Rechte bedürfen einer besonderen Vereinbarung der Parteien. Ausnahmen können sich allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Änderung der Geschäftsgrundlage aus dem Gedanken von Treu und Glauben ergeben.¹¹⁶⁹ Verschieben sich die Termine aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers, kommt eine zusätzliche Vergütung in Betracht. Entscheidend

¹¹⁶⁶ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.10.2013 – 11 U 47/13 = MMR 2014, 661 = ZUM 2014, 712 = CR 2014, 506 = WRP 2014, 603.

¹¹⁶⁷ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 29.10.2013 – 11 U 47/13, Rn. 26-34 = MMR 2014, 661 = ZUM 2014, 712 = CR 2014, 506 = WRP 2014, 603.

¹¹⁶⁸ Sammelbegriff für Transaktionen – wie Fusionen, Unternehmenskäufe und -übernahmen – im Unternehmensbereich.

¹¹⁶⁹ BGH, Urt. v. 25.1.1996 – VII ZR 233/94, BauR 1996, 378.

sind insofern einseitige Maßnahmen des Auftraggebers oder seines dazu berechtigten Vertreters.¹¹⁷⁰ Insofern geht es um Maßnahmen, die aus dem Risikobereich des Auftraggebers stammen. Eine Vergütung fällt noch nicht an, wenn der Auftragnehmer seinerseits Mitwirkungspflichten durch Unterlassen nicht befolgt.¹¹⁷¹ Unverbindliche Vorschläge oder Wünsche des Auftraggebers fallen noch nicht unter den Begriff der Anordnung.¹¹⁷² Es reichen aber konkludente Anordnungen aus, etwa wenn der Auftraggeber in Kenntnis geänderter Umstände erweiterte Leistungen widerspruchslos geschehen lässt.¹¹⁷³ Unvorhergesehene Ereignisse lösen keine Preisänderungen aus, etwa bei unvorhergesehenen Schwierigkeiten bei der Programmierung oder der Zulieferung. Für die Abgrenzung zwischen unmittelbar vereinbarten und zusätzlichen Leistungen ist auf die vertraglichen Abreden abzustellen, wobei das bloße Wollen von zusätzlichen Leistungen und deren schlichte Entgegennahme als solches noch nicht zu einer Vertragserweiterung führen.¹¹⁷⁴ Unwirksam sind Klauseln in AGB, wonach der Auftraggeber im Vertrag nicht genannte Leistungen ohne besondere Vergütung verlangen darf, wenn sie zur Erfüllung der vertraglichen Leistungen notwendig sind. Ähnlich hat der *BGH* Klauseln für unwirksam erklärt, wonach jegliche Nachforderungen ausgeschlossen sind, wenn sie nicht auf schriftlichen Zusatz- und Nachtragsaufträgen des Auftraggebers beruhen.¹¹⁷⁵ Der *BGH* sah das Hauptproblem darin, dass mit einer solchen Klausel auch gesetzliche Ansprüche etwa aus Bereicherungsrecht oder GoA ausgeschlossen werden. Aus dem gleichen Grund hat die Rechtsprechung eine AGB-Klausel für unwirksam erachtet, die den Vergütungsanspruch für zusätzliche Leistungen von einer schriftlichen Preisvereinbarung abhängig machen.¹¹⁷⁶

2. Pflichten des Auftraggebers/Bestellers: Vergütung

Auf der **Entgeltseite** ist der Auftraggeber natürlich verpflichtet, den vereinbarten Werklohn zu entrichten. Allerdings besteht hier auch eine Reihe von rechtlichen Schwierigkeiten bei der Vertragsgestaltung.

¹¹⁷⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.6.1995 – 21 U 219/94, NJW-RR 1996, 730.

¹¹⁷¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.6.1995 – 21 U 219/94, NJW-RR 1996, 730; OLG Celle, Urt. v. 6.10.1994 – 22 U 234/92, BauR 1995, 552.

¹¹⁷² KG, Urt. v. 23.3.1999 – 4 U 1635/97, BauR 2000, 575; OLG Braunschweig, Urt. v. 2.11.2000 – 8 U 201/99, BauR 2001, 1739, 1741.

¹¹⁷³ OLG Brandenburg, Urt. v. 9.7.2002 – 11 U 187/01, BauR 2003, 716.

¹¹⁷⁴ BGH, Urt. v. 10.4.1997 – VII ZR 211/95, NJW 1997, 1982 = BGH, BB 1997, 1438.

¹¹⁷⁵ BGH, Urt. v. 14.10.2004 – VII ZR 190/03, BauR 2005, 94; Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03, BauR 2004, 488 = NJW 2004, 502.

¹¹⁷⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.1988 – 5 U 103/88, BauR 1989, 335.

a) Angemessene Vergütung (§§ 32, 32a UrhG)

Zum einen ist zu bedenken, dass §§ 32, 32a UrhG einen gesetzlich verankerten Vergütungsanspruch auch zugunsten des Softwarehauses vorsehen. Nach § 32 Abs. 1 UrhG steht dem Urheber ein **Anspruch auf angemessene Vergütung** zu, insbesondere wenn die vereinbarte Vergütung schon bei Vertragsschluss unangemessen war. § 32a UrhG regelt den Fall nachträglicher Veränderungen des Verhältnisses von Vergütung und wirtschaftlichem Ertrag. So kann der Urheber hiernach eine Änderung des Vertrags verlangen, um eine weitere angemessene Beteiligung zu bekommen, die das Bestehen eines nachträglich entstandenen auffälligen Missverhältnisses zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes kompensiert.

Für die Prüfung, ob ein solches Missverhältnis besteht, ist der angemessenen Vergütung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine nach den gleichen Grundsätzen auf den Zeitpunkt der Entscheidung über das Beteiligungsverlangen ermittelte Vergütung gegenüberzustellen. Das Missverhältnis ist jedenfalls dann auffällig, wenn die im Beteiligungszeitraum angemessene Vergütung von der angemessenen Vergütung um mehr als 100 % abweicht.¹¹⁷⁷

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist vor allem auf das Verhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses angemessen gewesen ist, und den erzielten Erträgen und Vorteilen abzustellen. Bei den Erlösen handelt es sich um den Bruttoerlös, nicht den Gewinn.¹¹⁷⁸

Beide Vergütungsansprüche stehen allen Urhebern zu, also auch den Urhebern der Software. Streitig ist allerdings noch, ob dieser Anspruch auch für Urheber zum Tragen kommt, die in Arbeitsverhältnissen tätig sind.¹¹⁷⁹ Die angemessene Vergütung des Urhebers ist auch bei Einzelfallentscheidungen gem. § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG anhand eines objektiv-generalisierenden Maßstabs aus der ex ante Perspektive zu bestimmen.¹¹⁸⁰ Die Angemessenheit der Vergütung verlangt, dass die Honorierungsstruktur grundsätzlich Umfang und Intensität der tatsächlichen Nutzung des Werks widerspiegelt. Diesem Beteiligungsprinzip wird regelmäßig durch eine Absatzvergütung Rechnung getragen.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁷ BT-Drs. 14/8058, S. 45.

¹¹⁷⁸ LG Berlin, Urt. v. 25.10.2005 – 16 O 804/04, ZUM 2005, 901.

¹¹⁷⁹ Dafür in: Dreier/Schulze, § 32 UrhG Rn. 13; Wandtke/Bullinger, § 43 UrhG Rn. 145; dagegen Berger, ZUM 2003, 173, 179.

¹¹⁸⁰ OLG München, Urt. v. 8.2.2007 – 6 U 5785/05, NJOZ 2007, 4825 = ZUM 2007, 317.

¹¹⁸¹ OLG München, Urt. v. 8.2.2007 – 6 U 5785/05, NJOZ 2007, 4825 = ZUM 2007, 317.

b) Vergütung im Werkvertragsrecht

Vorarbeiten sind im Werkvertragsrecht typischerweise nicht zu vergüten. Eine Ausnahme gilt nur bei einem separaten Vertrag, für den der Auftragnehmer darlegungs- und beweispflichtig wäre.¹¹⁸² Selbst bei umfangreichen Projektierungsarbeiten kommt ein Vergütungsanspruch daher nur in Betracht, wenn eine entsprechende Vergütungspflicht für den Fall der Nichterteilung des Auftrags ausdrücklich vereinbart wurde.¹¹⁸³ Dementsprechend sind Bestimmungen in AGB, wonach für Kostenvoranschläge eine Bearbeitungsgebühr berechnet werden kann, unwirksam.¹¹⁸⁴ Ausnahmen kommen nur dann in Betracht, wenn man dem Auftraggeber Arglist nachweisen kann, etwa weil er Vorarbeiten einfordert, obwohl er diese nur für eine eigene Planung unentgeltlich verwerten will.¹¹⁸⁵

Kommt es zum Vertrag, schuldet der Auftraggeber den **vereinbarten Preis**. Hier ist die Beweislast zu beachten. Typischerweise trägt die Beweislast derjenige, der eine Vergütung behauptet. Ist allerdings die ursprüngliche Preisvereinbarung unstreitig, trägt der Auftraggeber die Beweislast für eine davon später abweichende Vergütungsabrede.¹¹⁸⁶ Ähnliches gilt für den Fall, dass anfänglich keine feste Preisvereinbarung getroffen wurde, der Auftraggeber aber eine Festpreisvereinbarung behauptet.¹¹⁸⁷ Individualvertraglich können **Preisklauseln**, Wertsicherungsvorbehalte und Preisvorbehalte vereinbart werden. Probleme ergeben sich bei den AGB-rechtlichen Vorgaben. So sind Preiserhöhungsklauseln für eine Zeit von maximal vier Monaten nach Vertragsabschluss verboten (§ 309 Nr. 1 BGB). Insofern sind auch Klauseln unwirksam, die generell alle Preise als „freibleibend“ angeben.¹¹⁸⁸ Lohn- und Materialpreisgleitklauseln müssen so klar bezeichnet sein, dass ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz ausgeschlossen ist. Insofern müssen die Grundsätze der Kalkulation offen liegen und der Auftragnehmer den Nachweis erbringen, welche Kosten zu einer Erhöhung des Preises geführt haben.¹¹⁸⁹ Der Verweis darauf, dass der Auftraggeber das Recht zur Bestimmung des Werkes nach billigem Ermessen hat, bedarf besonderer Gründe und ist im Übrigen insbesondere bei der Vereinbarung einer Preisbestimmung nach freiem Belieben des

¹¹⁸² So auch BGH, Urt. v. 12.7.1979 – VII ZR 154/78, NJW 1979, 2202; Urt. v. 3.12.1981 – VII ZR 368/80, NJW 1982, 765; OLG Düsseldorf, Baurecht 1991, 613.

¹¹⁸³ BGH, Urt. v. 12.7.1979 – VII ZR 154/78, NJW 1979, 2202; OLG Hamm, Urt. v. 28.10.1974 – 17 U 169/74, BB 1975, 112.

¹¹⁸⁴ BGH, Urt. v. 3.12.1981 – VII ZR 368/80, NJW 1982, 765.

¹¹⁸⁵ Siehe dazu auch OLG Köln, Urt. v. 8.11.1991 – 19 U 50/91, BauR 1992, 98.

¹¹⁸⁶ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 1.11.1996 – 24 U 306/94, NJW-RR 1997, 276.

¹¹⁸⁷ OLG Hamm, Urt. v. 14.3.1985 – 21 U 111/84, NJW 1986, 199 = MDR 1985, 672.

¹¹⁸⁸ BGH, Urt. v. 6.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855 = MDR 1985, 398.

¹¹⁸⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 3.12.1981 – III ZR 30/81, DB 1982, 537.

Auftraggebers unwirksam.¹¹⁹⁰ Bei der Vereinbarung von Circa-Preisen oder unverbindlichen Richtpreisen ist eine Überschreitung grundsätzlich nicht möglich. Wenn überhaupt kann der Unternehmer eine solche Überschreitung nur rechtfertigen, wenn er auf Aufwendungen verweist, die den „Circa-Preis“ deutlich überschreiten.¹¹⁹¹ Lassen sich die Parteien eines Softwarevertrags mit der Festlegung des Festpreises Zeit und vereinbaren einen „Festpreis bis zum“, so kann der Auftragnehmer auf jeden Fall die „übliche Vergütung“ verlangen (§ 632 Abs. 2 BGB).¹¹⁹² Das *OLG Düsseldorf* hatte für diesen Fall die Auffassung vertreten, dass die Vertragsbeziehungen zur vereinbarten Frist als beendet anzusehen seien. Eine besondere Rolle spielt insbesondere bei Subunternehmervereinbarungen die Abrede „Pay-when-paid“. Hiernach bekommt der Subunternehmer erst dann Werklohn vom Hauptunternehmer, wenn dieser seinerseits vom Auftraggeber Werklohn erhalten hat. Eine solche Vereinbarung ist individualvertraglich wohl zulässig, im Rahmen des AGB-Rechts allerdings als Verstoß nach § 307 BGB im Hinblick auf die unangemessene Benachteiligung des Subunternehmers anzusehen. Dogmatisch ist die Abrede als Zahlungsaufschub zu qualifizieren, die die Existenz des Werklohnanspruchs nicht in Frage stellt. Bei der Preiskalkulation übernimmt der Auftragnehmer das Risiko entsprechender Fehlkalkulationen.¹¹⁹³ Allerdings kann nicht durch AGB ausgeschlossen werden, dass der Auftragnehmer sich auf die rechtlichen Regelungen des BGB und der entsprechenden Rechtsprechung zum Kalkulationsirrtum beruft.¹¹⁹⁴ Im Übrigen ist zu beachten, dass es keine Beschreibungspflicht des Auftraggebers für die zu erbringenden Leistungen gibt.¹¹⁹⁵ Allerdings muss er bei einer detaillierten Beschreibung der zu erbringenden Leistungen die entsprechenden Positionen eindeutig und erschöpfend skizzieren.¹¹⁹⁶ Aus dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont sind entsprechende Pflichtenhefte zu analysieren, wobei auf Wortlaut, Umstände des Einzelfalls und die Grundsätze von Treu und Glauben Rücksicht zu nehmen ist.¹¹⁹⁷ So darf der Auftraggeber dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufbürden.¹¹⁹⁸ Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgt, dass der Auftraggeber die in seinem Risikobereich liegenden Risiken genauer beschreiben muss. Gleichzeitig treffen aber auch den Auftragnehmer Prüfungs- und Hinweispflichten bezüglich

¹¹⁹⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.1980 – 21 U 65/80, BauR 1981, 392.

¹¹⁹¹ OLG Celle, Urt. v. 4.11.1971 – 7 U 148/68, BB 1972, 65.

¹¹⁹² A.A. OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.11.1981 – 23 U 105/81, Baurecht 1983, 473.

¹¹⁹³ BGH, Urt. v. 4.10.1979 – VII ZR 11/79, NJW 1980, 180; OLG Thüringen, Urt. v. 30.11.2000 – 1 U 99/00, OLGR Jena 2002, 219; OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.11.1995 – 21 U 12/95, NJW-RR 1996, 1419.

¹¹⁹⁴ BGH, Urt. v. 28.4.1983 – VII ZR 259/82, NJW 1983, 1671; a.A. OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.11.1981 – 21 U 68/81, VersR 1982, 1147.

¹¹⁹⁵ Quack, BauR 1998, 381 ff.

¹¹⁹⁶ Siehe dazu OLG Koblenz, Urt. v. 10.5.2001 – XII ZR 60/99, BauR 2001, 1442.

¹¹⁹⁷ BGH, Urt. v. 18.4.2002 – VII ZR 192/01, BauR 2002, 935.

¹¹⁹⁸ Siehe dazu Pries, NZBau 2004, 87, 88.

der Einzelheiten der geplanten Auftragsausführung.¹¹⁹⁹ Der Auftragnehmer darf ein erkennbar oder erkannt lückenhaftes Pflichtenheft nicht einfach hinnehmen, sondern muss entsprechende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären und entsprechende Hinweise geben.¹²⁰⁰ Angaben ins Blaue hinein gelten als spekulativ und sogar „frivol“.¹²⁰¹ Zu prüfen ist daher auch vom Auftragnehmer, ob die Planung zur Verwirklichung des geschuldeten Leistungserfolgs geeignet ist. Für unterlassene Prüfungen und Mitteilungen ist der Auftragnehmer verantwortlich, wenn er Mängel mit den bei einem Fachmann seines Gebietes zu erwartenden Kenntnissen hätte erkennen können. Allerdings muss der Auftragnehmer, wenn er die gebotene Prüfung und Mitteilung unterlässt, für die daraus folgenden Schäden nicht allein verantwortlich sein. Vielmehr können Mängel der Planung und der sonstigen Ausführungsunterlagen ein Mitverschulden des Auftraggebers gem. § 254 BGB begründen.¹²⁰² Ein Mitverschulden des Auftraggebers und seiner Erfüllungsgehilfen kommt freilich überhaupt nur in Betracht, wenn der Auftragnehmer seine Prüfungs- und Hinweispflichten nur fahrlässig verletzt hat. Unterlässt der Auftragnehmer den Hinweis auf Mängel, die er erkannt hat, so ist er immer allein für den Schaden verantwortlich.¹²⁰³ Erkannte Mängel müssen im Übrigen den Auftraggeber veranlassen, das Pflichtenheft auf weitere Mängel besonders sorgfältig zu untersuchen.¹²⁰⁴ Er kann sich insofern nicht darauf verlassen, dass die Planungen von Experten stammen. Insofern ist der Gedanke des Vertrauensschutzes Maßstab für die Abwägungen der jeweiligen Beiträge von Auftragnehmer und Auftraggeber in Bezug auf den Schaden. Nur soweit der Auftragnehmer auf Planungen und sonstige Unterlagen tatsächlich vertraut hat und vertrauen durfte, kann er entlastet werden.¹²⁰⁵ Insofern geht der *BGH* von einer Verantwortlichkeit deutlich zu Gunsten des Auftraggebers und zu Lasten des Auftragnehmers aus.¹²⁰⁶ Diese auftragnehmerfeindliche Haltung des *BGH* wird häufig kritisiert,¹²⁰⁷ in der Tat kann ein Auftraggeber eine schlechte Ausschreibung machen und damit dem Auftragnehmer enorme Wagnisse und Risiken zuweisen. Plädiert wird dafür, den Auftragnehmer nach den Regeln des Verschuldens bei Vertragsschluss in Fällen unvollständiger Pflichtenhefte in Anspruch nehmen

¹¹⁹⁹ BGH, Urt. v. 25.2.1988 – VII ZR 310/86, NJW-RR 1988, 785; BGH, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW-RR 1987, 1306; BGH, Urt. v. 22.11.1965 – VII ZR 191/63, NJW 1966, 498.

¹²⁰⁰ BGH, Urt. v. 25.2.1988 – VII ZR 310/86, NJW-RR 1988, 785; OLG Dresden, BauR 2000, 1341.

¹²⁰¹ So BGH, Urt. v. 25.2.1988 – VII ZR 310/86, NJW-RR 1988, 785.

¹²⁰² Siehe dazu BGH, Urt. v. 11.10.1990 – VII ZR 228/89, NJW-RR 1991, 276 = WM 1991, 204.

¹²⁰³ BGH, Urt. v. 18.1.1973 – VII ZR 88/70, MDR 1973, 403 = NJW 1973, 518.

¹²⁰⁴ BGH, Urt. v. 9.2.1978 – VII ZR 122/77, BauR 1978, 222, 224.

¹²⁰⁵ BGH, Urt. v. 30.6.1977 – VII ZR 325/74, BauR 1977, 420, 421.

¹²⁰⁶ Siehe BGH, Urt. v. 11.10.1990 – VII ZR 228/89, NJW-RR 1991, 276; KG, Urt. v. 31.3.2003 – 26 U 110/02, BauR 2003, 1902, 1903; OLG Koblenz, Urt. v. 27.1.1999 – 1 U 420/96, BauR 2001, 1442.

¹²⁰⁷ *Bühl*, BauR 1992, 26, 29 f.

zu können.¹²⁰⁸ Insbesondere soll auch dann, wenn das Pflichtenheft von einem Expertenbüro erstellt wird und der Auftragnehmer seinerseits nicht über entsprechend weitgehende Fachkenntnisse verfügt, eine Hinweispflicht des Auftragnehmers nicht bestehen.¹²⁰⁹ Die Erstellung eines richtigen Pflichtenheftes wird zu den Kardinalpflichten des Auftraggebers gezählt; insofern hat der *BGH* auch eine Klausel für intransparent erachtet: „mit der Abgabe des Angebotes übernimmt der Bieter die Gewähr, dass das Angebot alles enthält, was zur Erstellung des Werkes gehört“ oder „nach Angebotsabgabe kann sich der Bieter auf Unklarheiten in den Angebotsunterlagen oder über Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistung nicht berufen“.¹²¹⁰

Findet sich keine Vergütungsregelung in dem Vertrag, kann der Unternehmer nach § 632 Abs. 2 BGB auf jeden Fall die übliche Vergütung vom Auftraggeber verlangen. Vorrangig ist allerdings immer die vertragliche Vereinbarung zu prüfen, unter Einbeziehung auch stillschweigender Vereinbarungen. Im Übrigen muss überhaupt ein wirksamer Vertrag geschlossen worden sein, was nicht der Fall ist, wenn es noch an einer Einigung etwa über die genaue Höhe der Vergütung fehlt. Dem Auftragnehmer obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seine Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (Argumentum ex § 632 Abs. 1 BGB).¹²¹¹ Er muss zumindest Umstände nachweisen, nach denen die Übernahme der übertragenen Leistung nur gegen eine Vergütung erwartet werden kann.¹²¹² Bei Vorliegen solcher Umstände besteht eine Vermutung für die Entgeltlichkeit. Selbst wenn zwischen den Parteien freundschaftliche Bindungen bestehen, rechtfertigt dies noch nicht die Behauptung der Unentgeltlichkeit bei nicht unerheblichen gewerbsmäßigen Leistungen.¹²¹³ Behauptet der Auftraggeber eine besonders günstige Preisvereinbarung, trifft den Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast für eine angemessene oder übliche Vergütung.¹²¹⁴ Bei diesem Negativbeweis muss der Auftragnehmer die Umstände widerlegen, die für die Vereinbarung des behaupteten Werklohns sprechen könnten.¹²¹⁵

Besteht zwischen den Parteien ein **Werkvertrag mit Pauschalpreisabrede**, können darin nicht vorgesehene zusätzliche Werkleistungen auch ohne Abschluss eines sie betreffenden zusätzlichen Werkvertrags vom Besteller zu vergüten sein. Ein solcher erhöhter

¹²⁰⁸ Siehe dazu KG, Urt. v. 15.6.2006, BauR 2003, 1903, 1905, 1907.

¹²⁰⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.7.1993 – 23 U 207/92, NJW-RR 1995, 82.

¹²¹⁰ BGH, Urt. v. 5.6.1997 – VII ZR 54/96, NJW-RR 1997, 1513.

¹²¹¹ BGH, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW 1987, 2742.

¹²¹² BGH, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW 1987, 2746.

¹²¹³ BGH, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW 1987, 2742.

¹²¹⁴ BGH, Urt. v. 14.4.1983 – VII ZR 198/82, NJW 1983, 1782; a.A. v. *Mettenheim*, NJW 1971, 20 gegen *Schumann*, NJW 1971, 495.

¹²¹⁵ BGH, Urt. v. 19.9.1966 – II ZR 62/64, VersR 1966, 1021, 1022.

Vergütungsanspruch setzt allerdings voraus, dass zu dem Leistungsinhalt, der einer Pauschalpreisvereinbarung zu Grunde liegt, erhebliche, zunächst nicht vorgesehene Leistungen auf Veranlassung des Bestellers hinzukommen, unabhängig davon, ob die Parteien über die neue Preisgestaltung eine Einigung erzielt haben.¹²¹⁶

Nach § 632a BGB sind auch **Abschlagszahlungen** für bereits erbrachte Teilleistungen möglich. Änderungen dieser Regelung u.a. zur Höhe der Abschlagszahlungen erfolgten durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts¹²¹⁷, das in dem neu eingeführten § 650m Abs. 1 BGB die maximale Höhe der Abschlagszahlung für Verbraucherbauverträge auf 90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung festlegte.¹²¹⁸

c) Abnahme

Ein weiteres Problem resultiert aus der Tatsache, dass nach § 641 Abs. 1 S. 1 BGB die Vergütung **erst bei Abnahme des Werkes** zu entrichten ist. Insofern ist es für die Fälligkeit der Vergütung notwendig, dass der Auftraggeber die Abnahme erklärt. Hier gibt es besondere Probleme deshalb, weil unter Umständen selbst bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrags der Auftraggeber die Abnahme verweigern kann.

Eine weitere Quelle für Fehlschläge bei IT-Projekten liegt in den unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäben der Wirtschaftsinformatik und der Rechtswissenschaft bezüglich der Test- und Abnahmeverfahren. Wirtschaftsinformatiker behandeln Testverfahren als unabdingbaren Bestandteil der Qualitätssicherung i.S.d. DIN EN ISO 9000 ff. Juristen haben dagegen ein verengtes Blickfeld und beziehen die Testverpflichtungen lediglich auf die Phase der Abnahme, um die vertragsgemäße Erfüllung bzw. Abnahme i.S.d. §§ 438 Abs. 2, 640 BGB und § 377 HGB festzustellen.¹²¹⁹ Es ist daher für das reibungslose Gelingen des Projekts erforderlich, dass das technische Vorgehensmodell und die dort festgelegten Entwicklungsphasen mit ihren Tests und den dazugehörigen Dokumentationen juristisch in den Projektvertrag implementiert werden, indem die jeweils notwendigen Testverfahren detailliert als echte Vertragspflichten gefasst werden. Nur so ist es möglich, mangelhafte oder verzögerte

¹²¹⁶ BGH, NJW-RR 2002, 740; a.A. für das Baurecht *BGH*, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03, NJW 2004, 502, 505.

¹²¹⁷ Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel in Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, BGBl. 2017 I, 969, abrufbar unter: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s0969.pdf%27%5D__1588862048287 (zuletzt abgerufen am 22.03.2021).

¹²¹⁸ MüKoBGB/*Busche*, § 632a Rn. 1.

¹²¹⁹ *Müller-Hengstenberg/Kirn*, CR 2008, 755.

Leistungen oder Mitwirkungsleistungen, auch bei technischen Freigaben von Teilergebnissen als vertragliche Pflichtverletzung vor Abnahme anzumehmen.¹²²⁰

Softwareerstellungsverträge sind regelmäßig **nicht insolvenzfest**. Der *BGH* spricht in diesem Fall von „Lizenzverträgen“ und ordnet sie dem Wahlrecht nach § 103 InsO zu. Ist ein Softwareerstellungsvertrag daher noch nicht beiderseitig erfüllt, kann der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung ablehnen.¹²²¹ Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung unterliegen Lizenzverträge dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters. Lehnt der Insolvenzverwalter in Ausübung dieses Wahlrechts die Erfüllung des Vertrags ab, gestaltet sich das Vertragsverhältnis um und dem Vertragspartner steht nur noch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als einfache Insolvenzforderung zu. Er wird damit auf eine in der Regel sehr geringe Quote verwiesen. Dieser Rechtsprechung blieb der *BGH* in seiner Entscheidung vom Oktober 2015¹²²² treu und konkretisierte die Anforderungen an die beiderseitige Erfüllung eines Lizenzvertrages. Entscheidend sei die Ausgestaltung der Leistungspflichten des Lizenzvertrages. Stellen die Kaufpreiszahlung und die Lizenzverteilung die Hauptleistungspflichten des Lizenzvertrages dar, sind nach Ansicht des *BGH*, nach Austausch der Hauptleistungspflichten Lizenzkaufverträge „in der Regel“ vollständig erfüllt. Mit dieser Formulierung lässt sich der *BGH* Raum für künftige Entscheidungen, die nicht erfüllte Neben(leistungs)- und Mitwirkungspflichten betreffen.¹²²³

Im Jahr 2007 und 2012 hatte der Gesetzgeber in Gesetzesentwürfen zur Änderung der Insolvenzordnung die Einführung eines neuen § 108a InsO geplant.¹²²⁴ Dieser sollte zwecks besseren Schutzes der Lizenznehmer regeln, dass der Lizenzvertrag nicht mehr dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters unterliegt, sondern im Insolvenzverfahren seine Gültigkeit behält. Zudem sollte bei einem krassen Missverhältnis zwischen der vereinbarten und einer marktgerechten Vergütung der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen können. In diesem Fall hätte dann jedoch der Lizenznehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht gehabt. Letztendlich sind die Gesetzesänderungen aber jeweils nicht zustande gekommen, sodass es bei der alten Rechtslage verbleibt.

¹²²⁰ Müller-Hengstenberg/Kirn, CR 2008, 755, 763.

¹²²¹ BGH, Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04, MMR 2006, 386 = NJW 2006, 915. Siehe dazu auch Witte, ITRB 2006, 263; Grützmacher, CR 2006, 289; Berger, CR 2006, 505; a.A. OLG München, Urt. v. 25. 7. 2013 – 6 U 541/12, GRUR 2013, 1125. Anders auch U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, Entsch. v. 21.12.2012 (In re Spansion, Inc.), GRUR Int 2013, 334.

¹²²² BGH, U. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14, GRUR 2016, 201.

¹²²³ Rüther, Anm. zu BGH, Urt. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14, NZI 2016, 103.

¹²²⁴ BT-Drs. 16/7416; siehe dazu auch die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2008, 138 ff.

Das *OLG München*¹²²⁵ hat sich gegen die Rechtsauffassung des *BGH* gestellt. Für die Frage der Insolvenzfestigkeit einfacher Nutzungsrechte sei darauf abzustellen, ob in Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung eine dingliche Verfügung über das Nutzungsrecht vollzogen wurde. In diesem Fall bestehe aufgrund der Erfüllung zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung keine offene Forderung mehr, sodass der Anwendungsbereich von § 103 InsO nicht eröffnet ist. Nachdem der *BGH* in der Vergangenheit¹²²⁶ noch auf dieses Mittel zurückgegriffen hatte, findet der vermeintlich „dingliche Charakter“ von Nutzungsrechten in einer neueren Entscheidung des *BGH*¹²²⁷ keine Anwendung mehr.

Kommt es zu einer verzögerten Ausführung der Programmierung, kann der Anwender nach § 323 BGB wegen **Verzugs** zurücktreten. Allerdings muss der Anwender dem Softwareersteller eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung setzen. Eine solche Fristsetzung ist unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 entbehrlich; etwa dann, wenn der Softwareersteller seine vertraglichen Pflichten in einem Ausmaß schlecht erfüllt, dass dem Anwender ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann oder, wenn ohnehin eine Herstellung in angemessener Frist objektiv nicht mehr möglich ist.¹²²⁸ Die Darlegungs- und Beweislast für solche Ausnahmegründe trägt der Anwender. Bei nur unerheblichen Verzögerungen ist es treuwidrig vom Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen.¹²²⁹

Im Übrigen trägt der Anwender das Verzögerungsrisiko, wenn die Verzögerungen aufgrund einer Verletzung seiner **Mitwirkungspflichten** zustande gekommen sind.¹²³⁰ Ohne die Mitwirkung des Anwenders gelingt kein größeres IT-Projekt. Der Softwarehersteller braucht zahlreiche Eckdaten aus dem Haus des Anwenders; er muss Zugang zu Räumlichkeiten, zu Rechnern und zum technischen Know-How vor Ort bekommen. Es ist daher wichtig, solche Mitwirkungspflichten in SLA festzuschreiben und deren Verletzung im Rahmenvertrag etwa durch Pönale zu sanktionieren. Ohne entsprechende Klarstellung im Vertrag¹²³¹ wird die Mitwirkungspflicht nicht als (einklagbare) Nebenleistungspflicht, sondern als bloße Obliegenheit gesehen.¹²³² Kommt der Anwender seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, droht

¹²²⁵ OLG München, Urt. v. 25.7.2013 – 6 U 541/12, GRUR 2013, 1125; zur Insolvenzfestigkeit von Nutzungsrechten siehe auch LG München I, Urt. v. 21.8.2014 – 7 O 11811/12 (2), CR 2014, 774 m. Anm. Hauck, GRUR-Prax 2014, 559.

¹²²⁶ BGH, U. v. 26.3.2009 – I ZR 153/06, GRUR 2009, 946, BGH, U. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08, NJW 2010, 2731.

¹²²⁷ BGH, U. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14, GRUR 2016, 201.

¹²²⁸ BGH, Urt. v. 18.1.1973 – VII ZR 183/70, WM 1973, 1020.

¹²²⁹ BGH, Urt. v. 7.12.1973 – V ZR 24/73, NJW 1974, 360.

¹²³⁰ BGH, Urt. v. 5.5.1992 – X ZR 115/90, NJW-RR 1992, 1141.

¹²³¹ Individualvertraglich ist eine Regelung möglich, nicht aber in AGB; so jedenfalls Schneider/von Westphalen/*Redeker*, Kap. D 231.

¹²³² Siehe *Ihde*, CR 1999, 409, 413; *Müglic/Lapp*, CR 2004, 801.

ihm auf jeden Fall eine Kündigung des Vertrags durch den Softwarehersteller nach Maßgabe von §§ 643, 649 BGB. Er muss in diesem Fall den Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen des Herstellers zahlen.

Neben den herkömmlichen Mitwirkungshandlungen, wie z.B. der Lieferung von Testdaten, gibt es noch die Mitwirkungspflicht, die eigene Organisation auf die neue Software einzustellen.¹²³³ Wie *Schneider* zu Recht betont, kann diese Thematik im Projektvertrag üblicherweise nicht vollständig geregelt werden, da der volle Umfang der Mitwirkung zu Beginn des Projekts noch gar nicht absehbar ist.¹²³⁴ Es müsse zwischen „echten“ Mitwirkungspflichten gem. §§ 642, 643 BGB, welche zur erfolgreichen Werkschaffung erforderlich sind und dem sog. „Innenprojekt“ beim Auftraggeber unterschieden werden, welches die Einstellung auf die Software beinhaltet.¹²³⁵ Die vertragliche Ausgestaltung der Verbindung zwischen diesen beiden Projektbereichen kann nach *Schneider* durch eine entsprechende Ausgestaltung des Pflichtenhefts, einen Aktivitäten- und Fristenplan und einer gezielten Budgetierung in Form von Bonuspunkten für den Kunden geschehen.¹²³⁶ Zudem bestehe die Möglichkeit, die Mitwirkung gem. §§ 642, 643 BGB von einer Nebenpflicht durch vertragliche Ausgestaltung zu einer Hauptpflicht aufzuwerten.¹²³⁷

Meist spielt der **Rücktritt** bei Softwareerstellungsverträgen keine Rolle, da aufgrund der besonderen Bindung der Parteien eine Rückabwicklung des Vertrags nicht wünschenswert ist; dem Anwender geht es meist mehr darum, dass das Projekt endlich zu einem positiven Ende gebracht wird. Anders als nach altem Recht ist für die Fristsetzung eine dazugehörige Ablehnungsandrohung nicht mehr erforderlich. Insofern bedarf es nicht mehr deutlicher Schreiben, die auf ein Ende des IT-Projektes hinweisen. Kommt es zu einem Rücktritt, beauftragt der Anwender typischerweise einen anderen Programmierer mit der Realisierung des Projektes und verlangt vom ursprünglichen Softwarehaus Erstattung der erhöhten Programmierungskosten, sowie des entgangenen Gewinns.

IV. Nebenvertragliche Pflichten

Neben den Hauptleistungspflichten sind die Nebenpflichten zu beachten. Diese können je nach Bedeutung für das Projekt bloße Obliegenheiten, schadensersatzsanktionierte Sekundärpflichten (§ 280 BGB) oder gar einklagbare Nebenleistungspflichten sein. Wichtig ist

¹²³³ *Schneider*, ITRB 2008, 261.

¹²³⁴ *Schneider*, ITRB 2008, 261.

¹²³⁵ *Schneider*, ITRB 2008, 261, 262.

¹²³⁶ *Schneider*, ITRB 2008, 261, 262.

¹²³⁷ *Schneider*, ITRB 2008, 261, 263.

die bereits erwähnte Mitwirkungspflicht des Auftraggebers. Daneben stehen Vertraulichkeitspflichten beider Seiten im Vordergrund.

1. Vertraulichkeit und Datenschutz

Schon von ersten vorvertraglichen Kontakten an sind **die besonderen Vertraulichkeitsvorgaben** zu beachten. Im Rahmen eines IT-Projekts erfahren beide Seiten sehr viel von dem betrieblichen Know-How des jeweils anderen. Deshalb ist es wichtig, besondere Verschwiegenheitspflichten vertraglich zu vereinbaren und diese durch Sanktionen abzusichern.¹²³⁸

Während des Vertrags kommt die besondere Verpflichtung zur **Beachtung datenschutzrechtlicher Vorgaben** hinzu. Der Auftragnehmer hat dann regelmäßigen Zugriff auf die Datenbestände des Auftraggebers, insbesondere auch was personenbezogene Daten der Kunden und Arbeitnehmer angeht. Daher sind die besonderen Vorgaben des Datenschutzrechts gerade auch im Rahmen eines IT-Projektes zu beachten. Zunächst einmal bestehen **besondere Probleme im Rahmen von § 203 StGB**. Diese Strafvorschrift verbietet die Weitergabe von vertraulichen Daten an Dritte ohne Einwilligung des Betroffenen. Die Vorschrift ist vornehmlich an Unternehmen adressiert, die medizinische Daten verarbeiten, sowie an Anwaltskanzleien und Kranken-/Lebensversicherungsunternehmen. Diese Wirtschaftsbereiche dürfen – abseits einer ausdrücklichen Einwilligung des Betroffenen – keine personenbezogenen Daten an IT-Projektunternehmen preisgeben. Damit ist die Erbringung von IT-Services in diesem Sektor sehr problematisch.

Ansonsten gelten primär die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben der seit dem 25. Mai 2018 in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anzuwendenden EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).¹²³⁹ Die DSGVO enthält jedoch an vielen Stellen Abweichungsmöglichkeiten. Diese Öffnungsklauseln hat der nationale Gesetzgeber genutzt und in diesem Zusammenhang das bis dahin bestehende Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) angepasst, um die in der DSGVO enthaltenen Regeln zu konkretisieren.¹²⁴⁰

Vor der DSGVO war das Datenschutzrecht in Deutschland stark von der EU-Datenschutzrichtlinie 97/66/EG und den Vorgaben des Volkszählungsurteils des BVerfG

¹²³⁸ Siehe Muster zum Softwareerstellungsvertrag im Anhang (§ 3 Abs. 2).

¹²³⁹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=DE> (zuletzt abgerufen am 08.09.2021)

¹²⁴⁰ Durch das Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, BGBl. I 2017, S. 2097.

beeinflusst.¹²⁴¹ Jeder Bürger habe danach das sich aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG ergebene Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dürfe somit „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten [...] bestimmen“. ¹²⁴²Daraus ergab sich, dass datenverarbeitende Stellen umfassende **Aufklärungspflichten** gegenüber den Bürgern haben, damit diese immer wissen, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Im Rahmen der Datenerhebung galt vor allem das Prinzip der Selbstauskunft. Dieses gebietet, Daten zunächst direkt bei dem betroffenen Bürger einzuholen, bevor über Dritte Auskünfte eingeholt werden. Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bedurften einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Schließlich unterlagen die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten einer strengen **Zweckbindung**. Doch auch im Rahmen der DSGVO wird an diesen Grundsätzen weiterhin festgehalten, um dem Einzelnen einen größtmöglichen Schutz seiner personenbezogenen Daten zu gewährleisten (vgl. Art. 5, 15 DSGVO).

Vorab ist zu beachten, dass **Rechtswahlklauseln nach Art. 3, 9 Rom I-VO** auf die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts keine Auswirkung haben. Die räumliche Anwendbarkeit der DSGVO hängt gem. Art. 3 DSGVO entscheidend davon ab, ob der für die Datenverarbeitung Verantwortliche über eine Niederlassung innerhalb der EU verfügt und von dieser personenbezogene Daten verarbeitet (**Niederlassungsprinzip**) oder ob von einer betroffenen Person in der Union Waren oder Dienstleistungen angeboten werden (**Marktortprinzip**).¹²⁴³

Die DSGVO findet uneingeschränkt Anwendung bei der ganz oder teilweise automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten natürlicher Personen sowie bei der nichtautomatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). **Personenbezogene Daten** sind laut Legaldefinition „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen“ (Art. 4 Nr. 1 DSGVO). Der Datenschutz ist folglich **auf natürliche Personen begrenzt**. Sensible Unternehmensdaten finden folglich keinen Schutz über die DSGVO, sondern allenfalls durch das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder über § 823 Abs. 1 BGB (über das Recht des eingerichteten und

¹²⁴¹ BVerfGE 65, 1.

¹²⁴² BVerfGE 65, 1.

¹²⁴³ Hierzu insbes. Kühling/Buchner/Klar, Art. 3 DSGVO Rn. 1-59 f.

ausgeübten Gewerbebetriebs oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Unternehmens¹²⁴⁴).

Die DSGVO umfasst den Schutz für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten (Art. 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 BDSG). Unter Verarbeitung wird dabei jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführter Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten verstanden, wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung (Art. 4 Nr. 2 DSGVO). Grundsätzlich ist jede Verarbeitung personenbezogener Daten verboten. Ausnahmsweise ist die Verarbeitung erlaubt, wenn eine der in Art. 6 Abs. 1 DSGVO aufgelisteten Bedingungen erfüllt ist. Danach kommt insbesondere eine Einwilligung des Betroffenen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO in Betracht. An diese sind jedoch strenge Anforderungen geknüpft (Art. 7 DSGVO). So muss zum Beispiel der für die Datenverarbeitung Verantwortliche nachweisen, dass eine Einwilligung vorliegt und diese freiwillig erfolgt ist. Daneben ist noch auf Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO hinzuweisen, der eine Verarbeitung personenbezogener Daten zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten zulässt, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Dies fordert eine umfassende Abwägung aller Gesamtumstände des Einzelfalls, sodass sich generelle Aussagen zum Überwiegen einer der beiden Interessen verbieten.¹²⁴⁵

2. Vorvertragliche Pflichten

Bei Vertragsverhandlungen sind die Parteien bis zum endgültigen Vertragsschluss in ihren Entschließungen grundsätzlich frei.¹²⁴⁶ Allerdings sichern sie sich oft durch einen sog. „**Letter of Intent**“ oder (spezifischer) durch ein „**Memorandum of Understanding**“ vorvertraglich gegen einen ungerechtfertigten Abbruch der Vertragsverhandlungen ab. In einer solchen Absichtserklärung wird typischerweise eine besondere Exklusivität der Vertragsverhandlungen abgesichert; hinzukommen Vertraulichkeits- und Verschwiegenheitspflichten.

Im Hinblick auf den bevorstehenden Vertragsschluss gilt es zu beachten, dass der abrupte Abbruch von Vertragsverhandlungen unter Umständen Schadensersatzpflichten auslöst

¹²⁴⁴ BGH, Urt. v. 8.2.1994 – VI ZR 286, 93, NJW 1994, 1281 = CR 1994, 396.

¹²⁴⁵ Gola, *Schulz*, Art. 6 Rn. 67.

¹²⁴⁶ BGH, Urt. v. 29.3.1996 – V ZR 332/94, MDR 1996, 672 = NJW 1996, 1884, 1885.

(§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB). Dies gilt dann, wenn ein Vertrauen im Hinblick auf das Zustandekommen des Vertrags geweckt worden ist und dann die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen werden.¹²⁴⁷ Unklar ist, ob Verschulden Voraussetzung für eine solche Schadensersatzpflicht ist. Zum Teil wird vertreten, dass als Anspruchsgrundlage § 122 BGB analog in Betracht kommt und insofern lediglich auf die verschuldensunabhängige Vertrauenshaftung abgestellt wird. Ein triftiger Grund für den Vertragsabbruch sind günstigere Angebote eines Dritten oder die Übernahme des Auftragnehmers durch die Konkurrenz. Kein triftiger Grund sind übertriebene Zusicherungen im Hinblick auf den späteren Vertragsschluss oder der Verweis auf anderweitige interne Zustimmungserfordernisse zum Vertragsschluss. Die Rechtslage besteht in der Ersatzpflicht für das negative Interesse (insbesondere Aufwendungen für den Kostenvoranschlag und entgangene Einnahmen).

Ein Ausschluss dieser Haftung durch AGB ist kaum möglich, da §§ 309 Nr. 7, 307 Abs. 1 BGB hier starre Vorgaben im Hinblick auf Schadensersatzpflichten begründen. Liegt keine Haftung aus c.i.c. vor, besteht selbst bei umfangreichen Projektierungsarbeiten ein Vergütungsanspruch nur, wenn eine Vergütungspflicht für den Fall der Nichterteilung des Auftrags ausdrücklich vereinbart wurde. Bestimmungen in AGB, wonach für Kostenvoranschläge eine Bearbeitungsgebühr berechnet werden kann, sind regelmäßig unwirksam. Eine Ausnahme von dieser Unwirksamkeit gilt für den Fall der Arglist des Auftraggebers etwa, weil er Vorarbeiten einfordert, obwohl er diese nur für eine eigene Planung unentgeltlich verwerten will.

a) Aufwendungsersatz, § 284 BGB

Der Grundsatz der Abschlussfreiheit gilt auch dann, wenn der andere Teil in Erwartung des Vertrags bereits **Aufwendungen** getätigt hat. Die Aufwendungen eines Softwareentwicklers im Vorfeld eines Erstellungsvertrags sind daher **grundsätzlich nicht vom Anwender zu erstatten**.

Allerdings kann laut einem Urteil des *LG Stuttgart*¹²⁴⁸ ein Softwareunternehmen vom Besteller Ersatz auch für vor Vertragsschluss getätigte Aufwendungen verlangen, wenn der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht hat, die bei einem Nichtzustandekommen des Vertrags fehlgeschlagenen Aufwendungen auszugleichen. Die Ersatzpflicht treffe den Auftraggeber aber nur dann, soweit der Nichtabschluss des Vertrags in seiner Sphäre begründet ist. Auch seien nur solche Aufwendungen zu ersetzen, **mit denen der Auftraggeber rechnen muss** und die

¹²⁴⁷ BGH, Urt. v. 8.6.1978 – III ZR 48/76, NJW 1978, 1802; *Schulze*, § 311 Rn. 32.

¹²⁴⁸ LG Stuttgart, Urt. v. 22.3. 2002– 8 O 420/99, CR 2002, 644.

als **vertretbar** anzusehen sind. Letzteres ist z.B. bei solchen Aufwendungen der Fall, die zur Ermittlung des Bedarfs des Auftraggebers notwendig sind oder die zu dem Zweck gemacht werden, im Falle des Vertragsabschlusses sogleich mit den Arbeiten beginnen zu können.

b) Pflichtenheft

Im Rahmen eines Vertrags über die Herstellung einer Individualsoftware obliegt die **Erstellung eines möglichst umfassenden Pflichtenheftes** nicht einseitig dem Anwender.¹²⁴⁹ Der Anbieter muss z.B. von sich aus die innerbetrieblichen Bedürfnisse ermitteln, darauf drängen, dass der Anwender sie in einem Pflichtenheft niederlegt, für ihn erkennbare Unklarheiten und Bedürfnisse aufklären, bei der Formulierung der Aufgabenstellung mitwirken und einen Organisationsvorschlag zur Problemlösung unterbreiten. Versäumt der Anbieter diese Pflicht, ist er verantwortlich dafür, dass einem Programm die erforderliche Unkompliziertheit und Eignung für die individuellen Bedürfnisse des Anwenders fehlen. Grundsätzlich ist es Sache des Bestellers, für den Auftragnehmer das für die Programmierung der Software erforderliche Anforderungsprofil zu erstellen.¹²⁵⁰ Der Auftragnehmer muss daran aber in der Weise mitwirken, dass er von sich aus die innerbetrieblichen Bedürfnisse, Wünsche und Vorstellungen ermittelt, für ihn erkennbare Unklarheiten aufklärt, bei der Formulierung der Bedürfnisse hilft und Organisationsvorschläge zur Problemlösung unterbreitet.¹²⁵¹ Fraglich ist allerdings, ob er für solche Zusatzleistungen eine Vergütung verlangen kann. Meines Erachtens wird man einen solchen Anspruch aus dem Grundgedanken einer Geschäftsführung ohne Auftrag bejahen müssen. Letztendlich unterstützt der Auftraggeber hier in einem für ihn zumindest auch fremden Geschäfts- und Interessenkreis. Ihm steht dann auch ein Ersatz der notwendigen Aufwendungen, einschließlich der üblichen Arbeitsvergütung zu.

V. Gewährleistung im Werkvertragsrecht

Die Gewährleistung im Werkvertragsrecht ähnelt sehr stark der im Kaufrecht. Daher können viele Elemente des Kaufrechts auch hier auf das Werkvertragsrecht übertragen werden.

1. Mangel i.S.d. § 633 BGB

Gewährleistungsrechte lösen nach § 633 Abs. 2 BGB nicht nur **Abweichungen von der vereinbarten oder vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit**, sondern auch **Differenzen**

¹²⁴⁹ OLG Köln, Urt. v. 6.3.1998 – 19 U 228/97, NJW-RR 1999, 51.

¹²⁵⁰ Vgl. OLG Köln, Urt. v. 25.6.1993 – 19 U 216/92, NJW-RR 1993, 1529, 1530 = CR 1994, 213; OLG Köln, Urt. v. 31.3.1995 – 19 U 248/94, NJW-RR 1995, 1460, 1462 = CR 1995, 605. Ähnlich auch OLG Köln, Urt. v. 29.7.2005 – 19 U 4/05, OLGR Köln 2005, 642.

¹²⁵¹ Vgl. OLG Köln, Urt. v. 18.6.1993 – 19 U 215/92, NJW-RR 1993, 1528; OLG Köln, Urt. v. 6.3.1998, NJW-RR 1999, 51, 52.

zur gewöhnlichen Verwendung aus. Für den Inhalt von Abreden, die die vereinbarte und/oder gewöhnliche Beschaffenheit der Software näher kennzeichnen bzw. eine zugesicherte Eigenschaft begründen könnten, ist der Besteller darlegungs- und beweispflichtig. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen prozessualen Grundsatz, dass der Anspruchsteller die für ihn günstigen anspruchsbegründenden Umstände darlegen und beweisen muss. Insoweit bestehen für das Werkvertragsrecht keine Besonderheiten, insbesondere ist auch über den Zeitpunkt der Abnahme hinaus die Sollbeschaffenheit von dem Besteller zu beweisen.¹²⁵²

Die Regelung des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB in Bezug auf **Werbeaussagen** wurde hingegen nicht übernommen. Der Gesetzgeber ging davon aus¹²⁵³, dass eine Werbung Dritter im Werkvertragsrecht faktisch kaum eine Rolle spielt. Insofern lösen Werbeaussagen im Vorfeld eines Softwareerstellungsvertrags keine Verantwortlichkeit aus. Da Händler und Hersteller im Werkvertragsrecht regelmäßig identisch sind, sind Werbeaussagen des Unternehmers allerdings Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarungen und können aus diesem Grund Gewährleistungsrechte auslösen. Zu beachten ist ferner, dass die im Kaufrecht bereits bei Ablieferung geschuldete Dokumentation im Werkvertragsrecht erst mit dem Abschluss der Arbeiten an dem Produkt geschuldet ist.¹²⁵⁴ Fehlt ein Pflichtenheft, ist eine Softwarelösung entsprechend dem **Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard** geschuldet.¹²⁵⁵ Das Fehlen einer, die Bedienung der örtlich installierten Hard- und Software betreffenden Dokumentation und die sich daraus ergebende Betriebsuntauglichkeit der Anwendungssoftware stellen einen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel dar.¹²⁵⁶

Vor der Abnahme muss der Besteller im Übrigen lediglich dartun, dass ein Softwaremangel besteht oder die Software unvollständig ist. Es ist dann Sache des Softwareerstellers, darzulegen und zu beweisen, dass sein Werk nicht mit Mängeln behaftet ist und die erbrachte Leistung nicht hinter der vertraglich geschuldeten zurückbleibt.¹²⁵⁷ Vor der Abnahme ist es auch Sache des Softwareherstellers, den Nachweis zu führen, dass sich der Besteller treuwidrig verhält, wenn er sich auf einen Mangel oder eine Unvollständigkeit der erbrachten Werkleistung mit der Begründung beruft, der Mangel oder die Unvollständigkeit der Software seien unerheblich. Der Softwarehersteller muss auch die Rechtzeitigkeit der Herstellung beweisen. Demgegenüber hat der Besteller, der sich vor der Abnahme auf ein Rücktrittsrecht beruft, grundsätzlich nur

¹²⁵² OLG Köln, Urt. v. 29.7.2005 – 19 U 4/05, OLGR Köln 2005, 642.

¹²⁵³ BT-Drs. 14/6040, S. 80.

¹²⁵⁴ BGH, Urt. v. 20.2.2001 – X ZR 9/99, CR 2001, 367 m. Anm. *Hoene*.

¹²⁵⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.7.1997 – 22 U 3/97, CR 1997, 732.

¹²⁵⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.9.2001 – 5 U 39/99, CR 2002, 324.

¹²⁵⁷ BGH, Urt. v. 23.10.2008 – VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 = NZBau 2009, 117; MüKoBGB/*Buscher*, § 640 Rn. 45.

den Zeitpunkt der Fälligkeit, die Setzung und den Ablauf der Frist, sowie die Rücktrittserklärung zu beweisen. Diese Beweislastregeln ergeben sich aus § 363 BGB.

Der *BGH* hatte über einen Fall¹²⁵⁸ zu entscheiden, bei dem ein Softwareunternehmen die Lieferung und Installation eines Warenwirtschaftssystems, sowie dessen Anbindung an mehrere Onlineshops schuldete. Den von der Vorinstanz¹²⁵⁹ angenommenen hohen Anforderungen an die Darlegung von Mängeln bei Softwarelieferungsverträgen hat das Gericht eine deutliche Absage erteilt. Der Besteller von Software genüge seiner Darlegungslast schon durch die genaue Bezeichnung von Mangelperscheinungen, die er einer fehlerhaften Leistung des Unternehmers zuordnet. Es sei damit ausreichend, wenn der Besteller vorträgt, der Unternehmer habe die Herstellung von Schnittstellen geschuldet und diese würden nicht funktionieren. Dagegen sei die Frage, ob die Mangelperscheinungen auf einer nicht vertragsgemäßen Leistung des Unternehmers beruhen, erst Gegenstand des Beweises, nicht schon des Sachvortrags.

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob der Softwarehersteller seinerseits Ersatz für Aufwendungen verlangen kann, die aufgrund ihm nicht zuzurechnender Funktionsfehler entstehen. Zu denken ist hier an eine Situation, in der der Besteller fälschlicherweise behauptet, eine Systemstörung sei durch einen herstellerbedingten Programmierfehler ausgelöst. Auf den Hersteller können bei der **Analyse der denkbaren Störungsursachen** hohe finanzielle und personelle Aufwendungen zukommen. Diese Aufwendungen sind m.E. aus dem Gesichtspunkt einer **Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 677, 683, 670 BGB) in Höhe der notwendigen Ersatzkosten ersatzfähig.

Der Auftragnehmer verschweigt einen Mangel **arglistig**, wenn er den Mangel kennt, für erheblich hält, dennoch Mangelfreiheit vorspiegelt oder den Mangel nicht mitteilt oder beseitigt, obwohl er nach Treu und Glauben, insbesondere im Hinblick auf die Bedeutung des Mangels, zur Offenbarung verpflichtet wäre.¹²⁶⁰ Arglist setzt dabei immer Kenntnis vom Mangel voraus; bloße Nachlässigkeiten reichen nicht aus. **Organisationsverschulden** ist ein dem arglistigen Verschweigen gleichgestelltes Verhalten, bei dem ein Auftragnehmer ein Werk arbeitsteilig herstellen lässt, seine Organisationspflicht bei Herstellung und Abnahme des Werks verletzt hat und infolge dieser Verletzung ein Mangel nicht erkannt wurde, der bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre.¹²⁶¹

¹²⁵⁸ BGH, Urt. v. 5.6.2014 – VII ZR 276/13.

¹²⁵⁹ OLG Celle, Urt. v. 12.9.2013 – 5 U 63/12.

¹²⁶⁰ OLG München, Urt. v. 20.12.2011 - 13 U 877/11, BauR 2014, 739.

¹²⁶¹ OLG München, Urt. v. 20.12.2011 - 13 U 877/11, BauR 2014, 739.

2. Gewährleistungsrechte

a) Nacherfüllung

Der Besteller kann zunächst **Mängelbeseitigung durch Nacherfüllung** verlangen (§ 634 Nr. 1 BGB i.V.m. § 635 BGB). Anders als beim Kaufvertrag (§ 439 Abs. 1 BGB) kann der Besteller beim Werkvertrag nicht nach freier Wahl Mängelbeseitigung oder Neuherstellung verlangen. Das **Wahlrecht** liegt vielmehr nach § 635 Abs. 1 BGB **beim Softwarehaus**; dieses kann frei darüber entscheiden, in welcher Form es dem Begehren nach Nacherfüllung nachkommt. Der Unternehmer ist mit dem Herstellungsprozess befasst und kann daher aufgrund größerer Sachkunde besser als der Besteller beurteilen, welche Maßnahme angebracht ist. Ist dem Besteller die vom Unternehmer gewählte Form der Nacherfüllung unzumutbar, ist er nach Treu und Glauben berechtigt, die Vorgehensweise des Unternehmers abzulehnen.¹²⁶² Dies dürfte etwa dann der Fall sein, wenn die Mängelbeseitigung zu unzumutbaren Folgekosten auf Anwenderseite führt, etwa wegen erhöhter Schulungs- und Personalkosten. Der Unternehmer kann die Nacherfüllung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 635 Abs. 3 BGB) oder sie unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Eine Mängelbeseitigung ist etwa dann unzumutbar, wenn die Software auch nach zahlreichen Mängelbeseitigungsversuchen nicht läuft oder der hohe Entwicklungsaufwand bei der Mängelbeseitigung in keiner Relation zur Bedeutung des Fehlers steht. Eine Nacherfüllung kann auch unmöglich werden, wenn der Anwender eine notwendige Mitwirkung verweigert. Bei kurzlebigen Wirtschaftsgütern – wie z.B. Softwareprogrammen – ist eine nach Ablauf mehrerer Jahre seit der Lieferung, wirtschaftlich nicht mehr sinnvolle Nachbesserung jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger selbst die Entscheidung über seinen Antrag auf Ermächtigung der Ersatzvornahme über mehrere Jahre verzögert hat.¹²⁶³

Ein **Selbstbeseitigungsrecht des Bestellers** mit Anspruch auf Kostenvorschuss und Kostenerstattung besteht, wenn der Unternehmer mit der Nacherfüllung in Verzug ist und eine Nachfristsetzung keinen Erfolg hatte (§ 637 Abs. 1, 3 BGB). Dabei spielt es für die Kostenerstattung keine Rolle, dass die Kosten für die Ersatzvornahme im Softwarebereich gerade wegen der schwierigen Fehlersuche hoch sein können.¹²⁶⁴

Der Auftraggeber hat grundsätzlich nur dann Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln, wenn er dem Auftragnehmer zuvor eine angemessene Frist zur

¹²⁶² BT-Drs. 14/6040, S. 265.

¹²⁶³ OLG Celle, Beschl.v. 10.2.1998 – 4 W 321/9, InVo 1999, 361.

¹²⁶⁴ LG Karlsruhe, Urt. v. 19.10.2000 – 136/98 KfH IV, ECR LG 320.

Nacherfüllung gesetzt hat.¹²⁶⁵ Die Fristsetzung ist eine eindringliche Mahnung, dass nunmehr spätestens innerhalb der Frist die Mängel beseitigt werden sollen. Die Formulierung in einem Schreiben zur Bestimmung eines Termins zur Abnahme, wonach für den Fall, dass am Abnahmetermin Mängel festgestellt würden, der Auftraggeber sich die Geltendmachung seiner Rechte vorbehält, steht einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung nicht gleich.¹²⁶⁶ Eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Auftragnehmer die Nachbesserung endgültig verweigert oder in der Vergangenheit Mängelbeseitigungsarbeiten ohne Erfolg durchgeführt wurden und der Auftraggeber deshalb erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit und Fähigkeit des Auftragnehmers hat.¹²⁶⁷ Um die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung darzutun, müssen konkrete Mängel benannt werden und zu jedem Mangel der Zeitpunkt der Rüge und die daraufhin erfolgte Tätigkeit des Auftragnehmers vorgetragen werden, um die genaue Zahl, Art und Schwere von Mängeln und die Reaktion des Auftragnehmers beurteilen und daraus rechtliche Schlussfolgerungen ziehen zu können. Floskelartige allgemeine Mängelbehauptungen reichen hierzu nicht aus.¹²⁶⁸

Die Nachfristsetzung ist unter den Voraussetzungen des § 637 Abs. 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB und, wenn die Mängelbeseitigung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist (§ 637 Abs. 2 S. 1 BGB) entbehrlich. Ungeklärt ist, wie viele Nacherfüllungsversuche der Besteller dem Unternehmer zugestehen muss, bis von einem „Fehlschlagen“ ausgegangen werden kann. Im Übrigen ist die Fristsetzung unbeachtlich, wenn die Parteien sich nachträglich auf eine Weitergeltung des Vertrags verständigen.¹²⁶⁹

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

Klagt der Auftraggeber vor Abnahme auf Beseitigung von Mängeln, braucht er nur einen Beweis des ersten Anscheins für einen Mangel gleich darzulegen. Der Unternehmer ist für die

¹²⁶⁵ OLG München, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11, IBR 2014, 205.

¹²⁶⁶ OLG München, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11, IBR 2014, 205.

¹²⁶⁷ OLG München, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11, IBR 2014, 205.

¹²⁶⁸ OLG München, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11, IBR 2014, 205.

¹²⁶⁹ OLG Köln, Urt. v. 8.12.2000 – 19 U 184/00, CR 2001, 437.

Erfüllung des Vertrags darlegungs- und beweispflichtig. Ihm obliegt die Pflicht zum Nachweis der Mängelfreiheit des hergestellten Werkes bis zur Abnahme des Werkes. Nach der Abnahme erlischt der Erfüllungsanspruch und reduziert sich auf die Pflicht zur Beseitigung der Mängel. Dies schließt allerdings neben der Nachbesserung auch die Neuherstellung ein, wenn nur so die Mängel nachhaltig beseitigt werden können.¹²⁷⁰ Ist der Mangel durch eine ausdrückliche Anweisung des Auftraggebers verursacht worden, treffen den Unternehmer keine Nachbesserungs- oder Nacherfüllungspflichten. Allerdings gilt dies nur, wenn er den Auftraggeber auf die negativen Folgen der Anweisungen hingewiesen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Auftraggeber erkennbar keine eigene Expertise mitbringt.¹²⁷¹ In einem Fall ausdrücklicher Anweisungen kann der Unternehmer einen Zuschuss zu den Kosten der Nachbesserung und Nacherfüllung verlangen.¹²⁷² Werden im Zuge der Nachbesserung Leistungen erforderlich, die der Unternehmer nach dem Vertrag nicht zu erbringen hatte, sind diese sog. Sowieso-Kosten zu erstatten.¹²⁷³ Dies gilt allerdings nicht, wenn der Auftragnehmer nach dem Vertrag einen bestimmten Erfolg zu einem bestimmten Preis versprochen hat und sich die vertraglich vorgesehene Ausführungsart später als unzureichend darstellt.¹²⁷⁴ Bekommt der Auftraggeber in Folge der Nachbesserung einen sonstigen Vorteil wie z.B. eine Erhöhung des Wertes, können die Grundsätze der Vorteilsausgleichung eingreifen. Wie der Auftragnehmer die Mängel beseitigt, entscheidet er selbst.¹²⁷⁵ Der Auftraggeber ist nicht weisungsberechtigt. Ausnahmen gelten nur dann, wenn der Unternehmer eine völlig unzureichende Nachbesserung plant, die von vornherein nicht zur nachhaltigen Mängelbeseitigung führen kann. Allerdings kann der Auftraggeber den Unternehmer aus seiner Haftung für Mängel entlassen, soweit dieser sich an die Nacherfüllungswünsche des Bestellers hält. Die Kosten der Nachbesserung trägt der Unternehmer (§ 635 Abs. 2 BGB). Dies schließt die Kosten von Vor- und Nebenarbeiten ein. Der zur Mängelbeseitigung verpflichtete Unternehmer hat nicht nur die dazu erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen, sondern muss zusätzlich Schäden an sonstigem Eigentum des Bestellers beheben, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen.¹²⁷⁶ Der Verdienstaufschlag ist nicht Teil dieses Aufwendungsersatzanspruches; dieser kann nur als

¹²⁷⁰ BGH, Urt. v. 10.10.1985 – VII ZR 303/84, BGHZ 96, 111.

¹²⁷¹ RG, Urt. v. 16.11.1906 – VII 49/06, RGZ 64, 295; BGH, JZ 1957, 442.

¹²⁷² BGH, Urt. v. 5.11.1998 – VII ZR 236/97, NJW 1999, 416 = BauR 1999, 252.

¹²⁷³ BGH, Urt. v. 17.5.1984 – VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457.

¹²⁷⁴ OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.6.1998 – 14 W 83/97, NJW-RR 1999, 1694.

¹²⁷⁵ BGH, Urt. v. 23.9.1976 – VII ZR 14/75, BauR 1976, 430, 432.

¹²⁷⁶ BGH, Urt. v. 8.6.1978 – VII ZR 161/77, BGHZ 72, 33.

Teil des Schadensersatzes begründet werden.¹²⁷⁷ Der Auftragnehmer kann die Beseitigung eines Mangels verweigern, wenn damit ein unverhältnismäßiger Aufwand verbunden ist (§ 635 Abs. 3 BGB). Von Unverhältnismäßigkeit kann allerdings nur ausgegangen werden, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung mit Rücksicht auf das objektive Interesse des Bestellers an der ordnungsgemäßen Erfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist.¹²⁷⁸ Im Grundsatz kann ein Unternehmer nicht einen Erfüllungsanspruch abwehren, indem er darauf verweist, dass die ordnungsgemäße Mängelbeseitigung für ihn zu teuer sei. Ist der Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit verursacht worden, greift der Einwand des unverhältnismäßig hohen Aufwandes nicht.¹²⁷⁹ Kommt es zu spürbaren Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Werkes, ist ebenfalls der Hinweis auf die Unverhältnismäßigkeit nicht zulässig.¹²⁸⁰ Lehnt der Auftragnehmer die Nachbesserung/Nacherfüllung zu Unrecht ab, kann der Auftraggeber ohne weitere Nachfristsetzung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Setzt er trotzdem unnötigerweise dem Unternehmer eine Frist, ist er erst einmal daran gebunden.¹²⁸¹ Der Auftraggeber kann eine Mängelbeseitigung nur bei Unzumutbarkeit verweigern. Lehnt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwands ab, geht er seiner Mängelrechte verlustig. Lässt er notwendige Vorarbeiten anderer Unternehmer nicht ausführen, besteht ebenfalls kein Anspruch auf Nachbesserung/Nacherfüllung.¹²⁸² Allerdings muss jeder Unternehmer prüfen, ob die Vorarbeiten eines anderen Unternehmers, auf denen seine eigene Leistung aufbaut, eine geeignete Grundlage bilden und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner eigenen Arbeit in Frage stellen könnten. Muss er insoweit Bedenken haben, hat er sie dem Auftraggeber mitzuteilen.¹²⁸³

Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, so kann der Auftraggeber nach § 637 Abs. 1 BGB im Wege der Ersatzvornahme den Mangel selbst beseitigen oder beseitigen lassen. Kündigt der Auftraggeber eine Ersatzvornahme an, liegt darin nicht eine Abnahme der Werkleistungen.¹²⁸⁴ Das Selbsthilferecht nach § 637 Abs. 1 BGB setzt Verzug des Unternehmers voraus, insbesondere muss der Auftraggeber den konkret abgemahnten Mangel

¹²⁷⁷ BGH, Urt. v. 16.10.1984 – X ZR 86/83, NJW 1985, 381; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.5.1995 – 23 U 133/94, BB 1996, 658.

¹²⁷⁸ BGH, Urt. v. 6.12.2001 – VII ZR 241/00, BauR 2002, 613, 616; OLG Hamm, Urt. v. 8.3.2001 – 21 U 24/00, NJW-RR 2001, 1460.

¹²⁷⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.5.2000 – 23 U 189/99, BauR 2001, 1922, 1923.

¹²⁸⁰ BGH, Urt. v. 4.7.1996 – VII ZR 24/95, NJW 1996, 3269.

¹²⁸¹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 28.4.1981 – 5 U 155/80, MDR 1983, 755.

¹²⁸² OLG München, Urt. v. 14.5.2002 – 28 U 5207/01, BauR 2003, 720.

¹²⁸³ OLG Schleswig, Urt. v. 4.12.2012 - 3 U 102/09, IBR 2014, 138.

¹²⁸⁴ BGH, Urt. v. 16.11.1993 – X ZR 7/92, BauR 1994, 242, 244.

nicht fristgerecht beseitigt haben.¹²⁸⁵ Entscheidend ist, dass der Unternehmer, die ihm gesetzte angemessene Nacherfüllungsfrist fruchtlos verstreichen lässt. Ist eine Nacherfüllung von dem Unternehmer zu Recht verweigert worden, entfällt auch das Recht des Auftraggebers auf Ersatzvornahme. Eine Fristsetzung ist in den Fällen entbehrlich, in denen das Vertrauen des Auftraggebers in den Erfolg einer solchen Nacherfüllung oder an die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers nachhaltig erschüttert ist. Dem Auftragnehmer muss eine angemessene Frist für die Mängelbeseitigung eingeräumt werden. Die Dauer dieser Frist richtet sich nach dem Einzelfall. Bei umfangreichen und schwierigen Arbeiten muss der Auftragnehmer allerdings die Nacherfüllung schleunigst, jedenfalls binnen zumutbarer Frist beginnen und zügig vollenden.¹²⁸⁶ Reagiert der Auftragnehmer nicht, muss der Auftraggeber nicht noch einmal eine weitere Frist setzen. In der Praxis ist eine doppelte Fristsetzung wichtig, zunächst einmal eine erste Erklärungsfrist bezüglich des Ob der Mängelbeseitigung und dann eine weitere Frist zur Mängelbeseitigung selbst. Ist der Auftraggeber gezwungen, selbst bzw. mit Hilfe Dritter die Mängelbeseitigung vorzunehmen, hat er einen Kostenerstattungsanspruch aus § 637 Abs. 1 BGB. Zu erstatten sind die eigenen Aufwendungen des Auftraggebers.¹²⁸⁷ Die Kosten für die Feststellung der Mängel durch einen Drittunternehmer¹²⁸⁸, sowie die Mehrwertsteuer, nicht aber entgangener Gewinn.¹²⁸⁹ Bei der Frage der Erforderlichkeit der Aufwendungen ist der Auftraggeber nicht gehalten besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den günstigsten Drittunternehmer zu finden. Er muss insbesondere nicht verschiedene Angebote einholen oder Ausschreibungen organisieren. Der Auftraggeber ist im Übrigen auch berechtigt, den voraussichtlichen Mängelbeseitigungsaufwand als Vorschuss vom Auftragnehmer zu verlangen (§ 637 Abs. 3 BGB). Diese Vorschusspflicht entfällt, wenn die Mängelbeseitigung bereits durch den Fremdunternehmer vorgenommen und abgerechnet wurde.¹²⁹⁰ Führt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht in überschaubarer Zeit durch, ist der Vorschuss ebenfalls zu versagen.¹²⁹¹ Der Vorschuss muss abgerechnet werden; insbesondere hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf vollständige Auskunft über die Verwendung des Vorschusses. Überschüssige Beträge müssen aus Vertrag zurückgezahlt werden. Ein

¹²⁸⁵ Siehe zur Bestimmtheit zur Mängelbeseitigungsmahnung BGH, Urt. v. 10.11.1999 – VII ZR 115/97, BauR 2000, 261; BGH, Urt. v. 13.12.2003 – VII ZR 432/00, BauR 2002, 784.

¹²⁸⁶ BGH, Urt. v. 8.7.1982 – VII ZR 301/80, BauR 1982, 496.

¹²⁸⁷ BGH, Urt. v. 12.10.1972 – VII ZR 51/72, BGHZ 59, 328.

¹²⁸⁸ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 27.5.1981 – 17 U 82/80, NJW 1983, 456; OLG Köln, Urt. v. 26.8.1994 – 19 U 45/94, NJW-RR 1995, 211.

¹²⁸⁹ OLG Dresden, Urt. v. 17.11.2000 – 11 U 0369/00, BauR 2001, 424, 425.

¹²⁹⁰ BGH, Urt. v. 1.2.1990 – VII ZR 150/89, NJW 1990, 1475; OLG Koblenz, Urt. v. 2.12.1988 – 2 U 177/86, NJW-RR 1990, 981, 982.

¹²⁹¹ OLG Nürnberg, Urt. v. 27.6.2003 – 6 U 3219/01, NZBau 2003, 614.

überschüssiger Vorschuss kann aber einbehalten werden, wenn sich nach der Vorschussanforderung weitere Mängel zeigen.¹²⁹² Es steht dem Auftraggeber dann gegenüber dem Rückzahlungsbegehren des Auftragnehmers ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB zu.

Der *BGH* hat in einem anderen Fall entschieden, dass einem Hauptunternehmer wegen Mängel der Werkleistung des Nachunternehmers ein Leistungsverweigerungsrecht, unabhängig von der Inanspruchnahme durch den Besteller, zusteht.¹²⁹³ Das Leistungsverweigerungsrecht des Hauptunternehmers hängt dann nur davon ab, dass der Besteller die Mängelbeseitigung nicht zulässt. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 BGB durch den Hauptunternehmer ist nicht treuwidrig.¹²⁹⁴

b) Rücktritt oder Minderung

Darüber hinaus kann der Besteller **die Vergütung mindern oder vom Vertrag zurücktreten** (§ 634 Nr. 3 i.V.m. §§ 636, 638 BGB). Das setzt allerdings nach § 281 BGB voraus, dass er dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Nach dem Wortlaut von § 281 Abs. 1 BGB ist es nicht Voraussetzung, dass der Besteller erklärt, die Beseitigung des Mangels nach Ablauf der Frist ablehnen zu wollen. Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn die Beseitigung des Mangels nicht möglich ist, vom Unternehmer verweigert wird oder die sofortige Geltendmachung des Anspruchs durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt ist (§§ 281 Abs. 2, 636 BGB). Bei nur unerheblicher Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes ist der Rücktritt nicht möglich (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Ein Gesamtrücktritt setzt voraus, dass die Gesamtleistung unteilbar ist. Ob eine Leistung teilbar ist, kann anhand der Kriterien aus § 139 BGB ermittelt werden. Mit dieser Frage musste sich auch das *OLG Köln* in seiner Entscheidung auseinandersetzen. Bestellt waren vier Software-Module, die jeweils auch losgelöst von den anderen Modulen genutzt werden konnten. Der Rücktritt vom gesamten Vertrag sei deshalb ausgeschlossen, weil weder aus technischen noch aus rechtlichen Gründen ersichtlich sei, dass eine einheitliche, unteilbare Leistung vereinbart worden sei.¹²⁹⁵ Werden separate Preise für

¹²⁹² BGH, Urt. v. 13.7.1970 – VII ZR 176/68, NJW 1970, 2019.

¹²⁹³ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 75/11 = NJW 2013, 3297 = MDR 2013, 1274 = JuS 2014, 447 = ZIP 2013, 1824 = BauR 2013, 1855.

¹²⁹⁴ BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 75/11, Rn. 23 = NJW 2013, 3297 = MDR 2013, 1274 = JuS 2014, 447 = ZIP 2013, 1824 = BauR 2013, 1855.

¹²⁹⁵ OLG Köln, Urt. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12 = CR 2014, 367; *Elteste*, ITRB 2014, 179 rät daher dazu, schon im Vertrag deutlich zu machen, ob von einer Unteilbarkeit auszugehen ist.

einzelne Module entrichtet, spreche dies für eine Teilrücktrittsmöglichkeit und gegen einen Interessenwegfall nach § 323 Abs. 5 BGB aufgrund der Preiskalkulation.¹²⁹⁶

Die Minderung hat zur Folge, dass die Vergütung des Unternehmers herabgesetzt wird. Die Minderung ist anders als der Rücktritt (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB) auch bei unerheblichen Mängeln möglich. Für die Berechnung der Minderung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend (§ 638 Abs. 3 S. 1 BGB). Der Minderungsanspruch umfasst die Kosten einer etwaigen Mängelbeseitigung ebenso wie ein merkantiler bzw. technischer Minderwert.¹²⁹⁷ Die Kosten einer Mängelbeseitigung sind selbst dann erstattungsfähig, wenn der Auftraggeber den Mangel gar nicht beseitigen lässt. Bei vollständiger Wertlosigkeit der Werkleistungen führt hier der Minderungsanspruch zur Herausgabe der gesamten Vergütung.¹²⁹⁸

Wichtig neben der Minderung ist auch der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 634 Nr. 4 BGB). Der Auftraggeber hat das Wahlrecht, ob er die Werkleistung behalten und den durch den Mangel verursachten Schaden verlangen will (kleiner Schadensersatz) oder bei Zurückweisung des Werkes den gesamten durch die Nichterfüllung eingetretenen Schaden fordert (großer Schadensersatz). Entgangene Gebrauchsvorteile als Teil des Schadensersatzes können geltend gemacht werden.¹²⁹⁹ Die vorübergehende Nutzungsbeeinträchtigung in Folge eines deliktischen Eingriffs kann nach Auffassung des *BGH* einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen.¹³⁰⁰ Streitig ist allerdings, ob diese Rechtsprechung zu § 823 Abs. 1 BGB auch auf das vertragliche Schadensersatzrecht übertragen werden kann. Der entgangene Gewinn, etwa durch Nutzungsausfälle oder Gewinnausfälle, ist auf jeden Fall über § 634 Nr. 3 BGB liquidierbar.¹³⁰¹

VI. Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB

Wie im Kaufrecht die Ablieferung, ist im Werkvertragsrecht die Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB insbesondere **Voraussetzung für den Beginn der zweijährigen Verjährung** (§ 643a Abs. 1 Nr. 1 BGB i.V.m. § 634a Abs. 2 BGB). Die Erklärung der Abnahme ist eine vertragliche Hauptpflicht, auf die isoliert geklagt werden kann¹³⁰²; erklärt der Besteller trotz Mangellosigkeit des Werkes die Abnahme nicht, kann der Unternehmer nach erfolgloser

¹²⁹⁶ OLG Köln, Urt. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12, CR 2014, 367.

¹²⁹⁷ BGH, Urt. v. 9.1.2003 – VII ZR 181/00, BauR 2003, 533, 535; BGH, Urt. v. 9.1.2003 – VII ZR 181/00, NJW 2003, 1188.

¹²⁹⁸ BGH, Urt. v. 29.5.1961 – VII ZR 84/60, ZfBR 2000, 395; OLG Nürnberg, Urt. v. 15.1.1992 – 9 U 3700/89, NJW-RR 1993, 1300, 1303.

¹²⁹⁹ BGH, Beschl. v. 9.7.1986 – GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50.

¹³⁰⁰ BGH, Urt. v. 9.7.1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 = BauR 1987, 312.

¹³⁰¹ OLG Hamm, Urt. v. 21.5.2003 – 12 U 15/02, NJOZ 2003, 2334 = BauR 2003, 1417.

¹³⁰² BGH, Urt. v. 27.2.1996 – X ZR 3/94, NJW 1996, 1749.

Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.¹³⁰³

Die Fälligkeit der Vergütung hängt entscheidend von der Abnahme ab (§ 641 BGB). Für Abschlagszahlungen kommt es auf die Abnahme der Bauleistungen nicht an. Bis zur Abnahme trägt der Auftragnehmer die Vergütungsgefahr (§§ 644, 645 BGB). Er trägt so lange noch das Risiko eines zufälligen Untergangs, der die zufällige Verschlechterung oder die zufällig eintretende Unausführbarkeit der Werkleistungen verursacht.

Die Abnahme ist nicht mehr erforderlich, wenn der Auftraggeber trotz Verweigerung der Abnahme ausdrücklich weder Fertigstellung noch Mängelbeseitigung, sondern ausschließlich Schadensersatz und Minderung verlangt.¹³⁰⁴ Eine ausdrückliche Abnahme liegt bei Erklärungen des Auftraggebers oder eines bevollmächtigten Vertreters vor, er sei mit der Werkleistung einverstanden, die Werkleistung sei in Ordnung, man sei mit der Software „zufrieden“. Gibt der Auftraggeber nur „vorläufige“ Erklärungen ab, liegt darin keine Abnahme.¹³⁰⁵ „Vorabnahmen“ haben keine rechtlichen Wirkungen, es sei denn, die Parteien hätten dies ausdrücklich im Vertrag geregelt.

Die Abnahme darf gem. § 640 Abs. 1 S. 1 BGB nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigert werden.¹³⁰⁶ Für die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln ist auf Folgendes abzustellen:

- der Umfang der Maßnahme zur Mängelbeseitigung,¹³⁰⁷
- die Konsequenzen des Mangels für die Funktionsfähigkeit der Gesamtwerkleistungen,
- die Zumutbarkeit der Nutzung trotz entsprechender Beeinträchtigung,
- die Schutzwürdigkeit des Auftraggebers im Hinblick auf eine Beseitigung vor Abnahme.¹³⁰⁸

Abnahmereife liegt z.B. auch vor, wenn vorhandene Restmängel nach allen Umständen des Einzelfalls an Bedeutung soweit zurücktreten, dass es unter Abwägung beiderseitiger Interessen dem Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Vertragsabwicklung nicht aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteilen zu bestehen, die sich ihm vor Abnahme bieten.¹³⁰⁹ Hat der

¹³⁰³ BGH, Urt. v. 30.9.1971 – VII ZR 20/70, NJW 1972, 99; siehe zur Abnahme bei Softwareerstellung auch Schneider/von Westphalen/Redeker, Kap. D Rn. 431.

¹³⁰⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.11.1998 – 5 U 84/98, BauR 1999, 494.

¹³⁰⁵ OLG Köln, Urt. v. 20.11.1997 – 18 U 54/93, OLGR 1998, 127.

¹³⁰⁶ Loewenheim/Lehmann/Spindler, § 82 Rn. 55.

¹³⁰⁷ BGH, Urt. v. 15.6.2000 – VII ZR 30/99, NJW 2000, 2818 = NZBau 2000, 507.

¹³⁰⁸ BGH, Urt. v. 26.2.1981 – VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448.

¹³⁰⁹ OLG Dresden, Urt. v. 8.2.2001 – 16 U 2057/00, BauR 2001, 949.

Auftraggeber das nicht abgenommene Werk veräußert, ist eine Verweigerung der Abnahme nicht mehr möglich, sofern dadurch weitere Nachbesserungen verhindert worden sind.¹³¹⁰

Abnahmefiktionen sind problematisch. Zwar sieht § 640 Abs. 1 S. 3 BGB vor, dass es der Abnahme gleichstehe, wenn der Auftraggeber die Bauleistung nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt. Diese Verpflichtung kommt aber nur dann zum Tragen, wenn der Auftraggeber überhaupt zur Abnahme verpflichtet ist. Diese Bedingung kann zwar in der Individualvereinbarung, nicht aber in AGB anderes geregelt werden. Die fiktive Abnahme wird seit Inkrafttreten des reformierten Kauf- und Werkvertragsrechts am 1.1.2018 durch § 640 Abs. 2 BGB neu geregelt.

Danach wird die Abnahme fingiert, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung des Werkes eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Statt der beabsichtigten „Disziplinierung des Bestellers“ seiner Verantwortung nachzukommen und nicht mehr bloß lapidare Abnahmeverweigerungen auszuüben, bewirkt die Neuregelung, dass dem Unternehmer weniger Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die Abnahme zu fingieren. Denn nach dem neuen Gesetzeswortlaut reichen wahrheitswidrige und unwesentliche Mangelbehauptungen aus, um die Abnahme abzulehnen. Das bedeutet allerdings auch: reagiert der Besteller nicht, beispielsweise weil er das Werk für noch nicht vollendet hält, tritt die fiktive Abnahme auch bei solchen Werken ein, die offensichtlich wesentliche Mängel beinhalten.¹³¹¹

Unter Abnahme „des vertragsmäßig hergestellten Werkes“ ist die **körperliche Hinnahme im Wege der Besitzübertragung, verbunden mit der Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als der Hauptsache nach vertragsgemäßer Leistung anerkenne**, zu verstehen.¹³¹² In Erweiterung zur Ablieferung i.S.d. § 438 Abs. 2 BGB erfordert die Abnahme eine ausdrückliche oder stillschweigende Billigung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß.¹³¹³ Früher war streitig, ob Software überhaupt abnahmefähig ist.¹³¹⁴ Heute wird dies aber grundsätzlich bejaht.¹³¹⁵ Bei Computerleistungen setzt die Billigung die Möglichkeit der Untersuchung der Software voraus, also deren vollständige und ordnungsgemäße Ablieferung. Voraussetzung ist eine Billigung durch den Abnehmer, weil der Kunde nur dann

¹³¹⁰ BGH, Urt. v. 25.4.1996 – X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883.

¹³¹¹ Gsell/Krüger/Lorenz/Mayer/Kögl, beck-online.Großkommentar, § 640 BGB, Rn. 337; ähnlich auch *Langen*, NZBau 2015, 658, 659.

¹³¹² Vgl. Palandt/*Sprau*, § 640 BGB Rn. 3 m.w.N.

¹³¹³ Vgl. für Computerleistungen *Feuerborn*, CR 1991, 1 ff.; *Feuerborn/Hoeren*, CR 1991, 513 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 12.12.1988 – 31 U 104/87, NJW 1989, 1041 = CR 1989, 385.

¹³¹⁴ Zweifelnd OLG Celle, Urt. v. 26.2.1986 – 6 U 154/84, CR 1988, 303, da Tauglichkeit erst bei Gebrauch feststellbar.

¹³¹⁵ Siehe etwa OLG Hamburg, Urt. v. 9.8.1985 – 11 U 209/84, CR 1986, 83.

das „Zusammenpassen“ überprüfen kann.¹³¹⁶ Ein Arbeitsnachweis mit dem Vermerk „Anlage in Ordnung übergeben“ reicht nicht aus.¹³¹⁷

Die konkludente Abnahme ist zulässig und beinhaltet ein vom Willen des Auftraggebers getragenes Verhalten, mit dem der Auftraggeber zum Ausdruck bringt, dass er das Bauwerk als im Wesentlichen vertragsgerecht ansieht.¹³¹⁸ Vereinbaren die Parteien eine förmliche Abnahme, so hat diese grundsätzlich stattzufinden. Nur in ganz engen Ausnahmefällen ist von der konkludenten Aufhebung der förmlichen Abnahme auszugehen. Eine konkludente Aufhebung des förmlichen Abnahmeerfordernisses kommt nicht in Betracht, wenn der Auftraggeber eine umfangreiche Mängelbeseitigungsaufforderung rechtzeitig nach Inbezugnahme des Objekts an den Auftragnehmer verschickt, mit dem Vermerk, dass nach Beseitigung dieser Mängel einer förmlichen Abnahme nichts im Wege steht.¹³¹⁹

Eine schlüssige Abnahme liegt z.B. in

- der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme,¹³²⁰
- der rügelosen Benutzung des Werkes,
- der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohns,¹³²¹
- dem Einbehalt des Betrages für gerügte Mängel im Rahmen des Schlussgespräches.¹³²²

Die konkludente Abnahme kann darin liegen, dass der Besteller nach Fertigstellung der Leistung, Bezug des fertiggestellten Bauwerks und Ablauf einer Prüfungsfrist von sechs Monaten keine Mängel rügt.¹³²³ Ist die Leistung nur teilweise und vertragswidrig ausgeführt, kommt eine konkludente Abnahme nicht in Betracht.¹³²⁴ Auch liegt in einer Kündigung keine konkludente Abnahme.¹³²⁵ Ebenfalls kann die Nutzung der Software „unter Druck“ nicht als stillschweigende Abnahme angesehen werden. **Abschlagszahlungen** begründen ebenfalls keine konkludente Abnahme. Die vorbehaltlose Bezahlung einer (Abschlags-)Rechnung über eine zusätzliche Leistung enthält dementsprechend keine Aussage des Auftraggebers, zugleich

¹³¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290.

¹³¹⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.9.2001 – 5 U 39/99, CR 2002, 324.

¹³¹⁸ BGH, Urt. v. 3.11.1992 – X ZR 83/90, NJW 1993, 1063; BGH, Urt. v. 15.11.1973 – VII ZR 110/71, NJW 1974, 95.

¹³¹⁹ LG Frankenthal, Urt. v. 17.12.2013 – 6 O 457/12, BauR 2014, 740.

¹³²⁰ BGH, Urt. v. 20.9.1984 – VII ZR 377/83, NJW 1985, 731.

¹³²¹ BGH, Urt. v. 24.11.1969 – VII ZR 177/67, NJW 1970, 421; OLG Köln, Urt. v. 1.4.1992 – 11 U 238/91, BauR 1992, 514, 515.

¹³²² OLG Koblenz, Urt. v. 29.7.1993 – 5 U 921/93, NJW-RR 1994, 786.

¹³²³ BGH, Urt. v. 26. 9. 2013 – VII ZR 220/12, NJW 2013, 3513 = MDR 2013, 1394.

¹³²⁴ OLG Hamm, Urt. v. 23.6.1995 – 12 U 25/95, NJW-RR 1996, 86.

¹³²⁵ BGH, Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450 = 153, 244.

den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen.¹³²⁶ Abschlagszahlungen sind Anzahlungen in Bezug auf den Vergütungsanspruch für das Gesamtwerk. Nach Beendigung des Vertrags hat der Auftragnehmer seine Leistungen endgültig abzurechnen. Diese Verpflichtung folgt aus der Abrede über die vorläufigen Zahlungen und besteht unabhängig davon, ob sie im Vertrag ausdrücklich geregelt ist.¹³²⁷

Die Billigung des Abnehmers durch stillschweigende Erklärung kann sowohl in einem **dauernden produktiven Einsatz trotz vorhandener Mängel**¹³²⁸ als auch in der **Fortsetzung des Einsatzes der Ware nach Kenntnis der Mängel** gesehen werden.¹³²⁹ Dies gilt allerdings nicht bei der sog. Notbenutzung zur Minderung drohender Schäden.¹³³⁰ Gegen die stillschweigende Billigung des Bestellers spricht ein umfangreicher Schriftwechsel zwischen den Parteien mit Mängelrügen und Aufforderungen zur Nachbesserung.¹³³¹ Die Abnahme einer im Rahmen eines Werkvertrags erstellten Anwendungssoftware setzt die Inbetriebnahme in dem Unternehmen voraus, für das sie entwickelt worden ist. Ein Arbeitsnachweis mit dem Vermerk „Anlage in Ordnung übergeben“ belegt demgegenüber lediglich die mangelfreie Lieferung der zum Betrieb mit dem Programm vorgesehenen Anlage, nicht das Funktionieren der Anwendungssoftware.¹³³² Auch die Zahlung soll konkludent als Abnahme angesehen werden können.¹³³³ Vor Vollendung der Software ist eine konkludente Abnahmeerklärung undenkbar; insofern kann die Abnahme hier frühestens ab Aushändigung des Benutzerhandbuchs erklärt worden sein.¹³³⁴

Die vorbehaltlose Abnahme hat die Wirkungen des § 640 Abs. 3 BGB, wonach dem Auftraggeber die Gewährleistungsrechte bei Abnahme eines mangelhaften Werkes nur dann zustehen, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei Abnahme vorbehält. Ein Ausschluss der Mängelrechte kommt jedoch nur in Betracht, wenn der Auftraggeber in Kenntnis des Mangels die Abnahme vornimmt, wozu das positive Wissen des Auftraggebers gehört, durch welchen Fehler der Wert oder die vertragsmäßige Tauglichkeit des Werkes

¹³²⁶ OLG Dresden, Urt. v. 11.1.2012 - 13 U 1004/11.

¹³²⁷ OLG Dresden, Urt. v. 11.1.2012 - 13 U 1004/11.

¹³²⁸ Vgl. OLG München, Urt. v. 24.1.1990 - 27 U 901/88, CR 1991, 19; OLG Hamm, Urt. v. 8.3.1989, 31 U 12/88, CR 1989, 1091.

¹³²⁹ Vgl. OLG München, Urt. v. 5.7.1991 - 14 U 42/91, CR 1991, 609.

¹³³⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.1973 - VII ZR 110/71, NJW 1974, 95.

¹³³¹ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 8.3.1989, 31 U 12/88, CR 1989, 1091.

¹³³² OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.9.2001 - 5 U 39/99, CR 2002, 324.

¹³³³ LG Aachen, Urt. v. 18.12.1992 - 43 O 34/91, NJW-RR 1993, 1399.

¹³³⁴ BGH, Urt. v. 3.11.1992 - X ZR 83/90, Beil. zu BB 1993, Nr. 13, 4.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.10.1995 - 2 U 66/95, NJW-RR 1996, 821.

aufgehoben oder gemindert wird. Bloßes Kennenmüssen reicht für den Ausschluss der Gewährleistungsansprüche nicht aus.¹³³⁵

Eine schlüssige Abnahme kommt ferner auch in Betracht, wenn die Software weiterveräußert worden ist.¹³³⁶ Selbst der Einbehalt eines Betrages für gerügte Mängel soll eine Abnahme mit sich bringen.¹³³⁷ Generell sollen Mängelrügen oder Mängelvorbehalte am Abnahmetermin eine konkludente Abnahme nicht ausschließen.¹³³⁸ Lehnt der Auftraggeber allerdings die Abnahme ausdrücklich ab, besteht kein Raum mehr für die Annahme einer konkludenten Abnahme.¹³³⁹ Auch bei unvollständiger Erbringung der Werkleistung, etwa bei fehlender Dokumentation kommt eine stillschweigende Abnahme nicht in Betracht.¹³⁴⁰ Die Abnahme wirkt nur auf der jeweiligen Vertriebsstufe, sodass eine Abnahme im Verhältnis Generalunternehmer-Auftraggeber nichts für die Frage der Abnahme im Verhältnis General- und Subunternehmer bedeutet.¹³⁴¹

Bloßes Schweigen des Bestellers reicht i.d.R. nicht aus. Eine endgültige Abnahmeverweigerung des Bestellers setzt die Verjährungsfrist in Gang.¹³⁴² Eine vom Abnehmer unterzeichnete Übernahmebestätigung beinhaltet trotz des oft anders lautenden Wortlauts keine Abnahme i.S.d. § 640 BGB, da die Gebrauchsfähigkeit für alle Beteiligten ersichtlich zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Bestätigung noch gar nicht beurteilt werden kann, sodass von einer Billigung des Bestellers nicht ausgegangen werden kann.¹³⁴³ Eine in den AGB des Anbieters enthaltene Abnahmefiktion ist grundsätzlich unwirksam, z.B. die Abnahme bei Verweigerung der Unterschrift des Kunden unter die Abnahmebescheinigung.¹³⁴⁴ Die in den AGB eines Softwarelieferanten enthaltene Klausel: „Zahlungsbedingungen: 30 % vom Auftragsvolumen zahlbar bei Auftragserteilung, 40 % nach Abschluss der Installation und Einweisung und 30 % vier Wochen nach Umstellung“ ist unklar und auslegungsbedürftig. Die dem Kunden günstigste Auslegung soll bei einer solchen Klausel ergeben, dass auch die 40 %-Rate Abnahmereife voraussetzt.¹³⁴⁵

¹³³⁵ LG Aachen, Urt. v. 20.9.2013 – 7 O 312/12.

¹³³⁶ So etwa im Baurecht BGH, Urt. v. 25.4.1996 – X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883, 884.

¹³³⁷ OLG Koblenz, Urt. v. 29.7.1993 – 5 U 921/93, NJW-RR 1994, 786.

¹³³⁸ OLG Hamm, Urt. v. 14.2.1996 – 12 U 157/94, OLGR Hamm 1996, 207.

¹³³⁹ BGH, Urt. v. 10.6.1999 – VII ZR 170/98, NJW-RR 1999, 1246 = *BGH*, BauR 1999, 1186.

¹³⁴⁰ BGH, Urt. v. 18.2.2003 – X ZR 245/00, BauR 2004, 337.

¹³⁴¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.11.1995 – 5 U 49/95, OLGR Düsseldorf 1996, 1; a.A. allerdings *OLG Köln*, Urt. v. 23.2.1996 – 19 U 231/95, NJW-RR 1997, 756. Vgl. dazu Witzel, CR 2018, 345 ff.

¹³⁴² Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 19.12.1990 – 31 U 129/90, CR 1991, 411; OLG München, Urt. v. 5.7.1991 – 14 U 42/91, CR 1991, 609; siehe auch BGH, Urt. v. 15.5.1990 – X ZR 128/88, NJW 1990, 3008.

¹³⁴³ Vgl. OLG Hamm, BB 1991, Beilage 23 S. 5; OLG Koblenz, CR 1988, 463; OLG Saarbrücken, CR 1988, 470.

¹³⁴⁴ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 12.12.1988 – 31 U 104/87, NJW 1989, 1041.

¹³⁴⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.10.1995 – 22 U 66/95, NJW-RR 1996, 821.

Denkbar ist auch die Aufteilung der Abnahme in **Teilabnahmen**. Teilabnahmen können vereinbart werden, soweit es sich um selbständig bewertbare Teile der Gesamtleistung handelt. Ein Softwareentwickler kann eine Abnahme in Teilen nur aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung verlangen.¹³⁴⁶ Diese muss unmissverständlich gefasst sein.¹³⁴⁷

Der Abnahme kommt im Werkvertragsrecht eine zentrale Bedeutung zu, unter anderem für

- die Konkretisierung auf das abgenommene Werk,
- den Verlust des Rechts auf Neuherstellung,
- den Übergang von Erfüllungsansprüchen zu Gewährleistungsansprüchen,
- die Fälligkeit der Vergütung (§ 641 BGB),
- den Übergang der Vergütungsgefahr (§§ 644, 645 BGB),
- den Verjährungsbeginn für Gewährleistungsansprüche (§ 634a Abs. 2 BGB),
- den Ausschluss bekannter, nicht vorbehaltenen Mängel (§ 640 Abs. 2 BGB).

Denkbar sind auch **Abschlagszahlungen** nach § 632a BGB. Hiernach kann der Unternehmer von dem Auftraggeber eine Abschlagszahlung verlangen, wenn er eine in sich abgeschlossene Teilleistung vertragsmäßig erbracht hat oder, wenn er Stoffe oder Bauteile eigens angefertigt oder angeliefert hat und, wenn er dem Auftraggeber Eigentum an den Teilen des Werkes, an dessen Stoffen oder Bauteilen übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet hat. Auf diese Weise sollen die Unternehmer davor geschützt werden, dass sie bis zur Abnahme die entsprechenden Leistungen in vollem Umfang vorfinanzieren müssen. Der Anspruch auf Abschlagszahlung entsteht deshalb auch unabhängig von der Stellung einer Rechnung oder Abnahme,¹³⁴⁸ auch wenn sie weder ein Anerkenntnis noch eine Beweislastumkehr bewirken.¹³⁴⁹

Eine Rechnung oder vergleichbare Aufstellung wird auf jeden Fall dann notwendig sein, wenn sich die Höhe der Abschlagszahlung nur danach berechnen und prüfen lässt. Der Begriff der abgeschlossenen Teilleistung ist in Anlehnung an § 12 Nr. 2 VOB/B danach zu bestimmen, dass die Funktionalität unabhängig von anderen Komponenten gewährleistet ist. In der baurechtlichen Literatur wird darauf hingewiesen, dass man mit dem Begriff großzügiger verfahren solle und darauf abstellen müsse, dass die Leistung selbständig werthaltig, eigenständig nutzbar und damit auch abrechnungsfähig sei.¹³⁵⁰ In § 632 Abs. 1 BGB (ebenfalls seit 1.1.2018 reformiert) ist der Wert der von dem Unternehmer erbrachten und vertraglich geschuldeten Leistung als Maßstab für die Berechnung einer Abschlagsforderung normiert.

¹³⁴⁶ BGH, Urt. v. 10.2.1994 – VII ZR 20/93, BGHZ 125, 111, 115.

¹³⁴⁷ BGH, Urt. v. 11.5.2006 – VII ZR 300/04, NZBau 2006, 519 = NJW-RR 2006, 1248 = NJW-Spezial 2006, 409 = IBR 2006, 450.

¹³⁴⁸ So auch *Kirberger*, BauR 2001, 492, 499; a.A. *Kiesel*, NJW 2000, 1673, 1675.

¹³⁴⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.3.2014 - I-22 U 134/13 = CR 2015, 158.

¹³⁵⁰ Siehe z.B. *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 229.

Demnach wird nun nicht mehr auf den Begriff des Wertzuwachses abgestellt, sondern auf den Wert der erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen. Die durch die Reform in Kraft getretenen Änderungen werden durchaus positiv bewertet, da vor allem Auslegungsschwierigkeiten in Zweifelsfällen besser vermieden werden können. Unter dem Begriff der vertragsmäßigen Leistung ist zu verstehen, dass die Leistung keine Mängel aufweisen darf. Bei unwesentlichen Mängeln wird man die Abschlagsforderung entsprechend beschränken, auch im Hinblick auf das Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers gem. § 641 Abs. 3 BGB.¹³⁵¹ Die Änderung des § 632a BGB hat auch dazu geführt, dass der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils für den Abschlag für den Fall verweigern kann, dass die erbrachten Leistungen vom vertraglichen Zustand abweichen. Damit wird dem Besteller auch bei wesentlichen Mängeln nur ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden, was unter altem Recht umstritten war. Diese Neuregelung wurde in der Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf kritisiert. Die Voraussetzungen des § 632a BGB können individualrechtlich verändert werden, nicht jedoch in AGB.¹³⁵² Wichtig für Voraus- und Abschlagszahlungen sind Abrechnungen der Leistungen.¹³⁵³ Ohne eine solche Abrechnung kann der Auftraggeber eine eigene Rechnung vornehmen und sich dabei auf den Abschlag für das beschränken, das seinem Kenntnisstand bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zugänglichen Quellen entspricht.¹³⁵⁴ Der Auftragnehmer ist ferner nach Abschluss der Leistungen zur Auskunft darüber verpflichtet, ob die Abschlagszahlung die endgültige Zahlungsverpflichtung deckt oder noch zusätzliche Zahlungen zu erbringen sind.¹³⁵⁵ Kommt es zur Überzahlung, ergeben sich Ansprüche auf Rückzahlungen nicht aus Bereicherungsrecht, sondern aufgrund einer stillschweigend getroffenen Abrede.¹³⁵⁶ Weigert sich der Auftraggeber die geforderte Abschlagszahlung zu entrichten, ist der Auftragnehmer zur fristlosen Kündigung des Vertrags ohne weitere Nachfristsetzung berechtigt. Die Verpflichtung zur Zahlung von Abschlägen lässt das Recht unberührt, im Wege der Aufrechnung Gegenforderungen einzubehalten. Bei Mängeln bleibt auch ein Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf die Abschlusszahlungen bestehen.¹³⁵⁷ § 641 Abs. 3 BGB gibt dem Auftraggeber auch die Befugnis, mindestens das Doppelte der

¹³⁵¹ Siehe *Erkelenz*, ZfBR 2000, 435, 437; a.A. *Rodemann*, BauR 2002, 863, 866, wonach der Anspruch auf Abschlagszahlung vollständige Mängelfreiheit voraussetzt.

¹³⁵² Siehe *Böhme*, BauR 2001, 525, 532.

¹³⁵³ BGH, Urt. v. 2.5.2002 – VII ZR 249/00, NJW-RR 2002, 1097.

¹³⁵⁴ BGH, Urt. v. 2.5.2002 – VII ZR 249/00, NJW-RR 2002, 1097; BGH, Urt. v. 11.2.1999 – VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867.

¹³⁵⁵ BGH, Urt. v. 11.2.1999 – VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867.

¹³⁵⁶ BGH, Urt. v. 2.5.2002 – VII ZR 249/00, BauR 2002, 1407; BGH, Urt. v. 11.2.1999 – VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867.

¹³⁵⁷ BGH, Urt. v. 25.10.1990 – VII ZR 201/89, NJW 1991, 565.

voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten einzubehalten. Insofern käme es dann im Prozesswege zur Verurteilung Zug um Zug - Abschlag gegen Mängelbeseitigung.¹³⁵⁸ Nach Erteilung der Schlussrechnung gibt es keinen Anspruch mehr auf vereinbarte Abschlagszahlungen.¹³⁵⁹ Ähnliches gilt für die Kündigung des Auftragsverhältnisses oder die vollständige Leistungserbringung.¹³⁶⁰ Das Recht zur vorläufigen Abrechnung erlischt mit Erteilung der Schlussrechnung.¹³⁶¹ Eine entsprechende Klage wäre dahin umzudeuten, dass nur noch ein Teilbetrag der Schlussrechnung geltend gemacht wird.¹³⁶²

Von dem geschuldeten Werklohn kann der Auftraggeber einen Sicherheitsbetrag abziehen, sofern eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt.¹³⁶³ Die Tatsache, dass in einem Vertrag ein Einbehalt von 5 % geregelt ist, ist noch nicht eine Vereinbarung einer Sicherheitsleistung.¹³⁶⁴ In AGB können solche Vereinbarungen vorgesehen werden, allerdings muss eine 5 %-ige Sicherheitsleistung damit gekoppelt sein, dass der Auftragnehmer die Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft oder Zahlung auf ein Sperrkonto ablösen kann.¹³⁶⁵ Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrechte werden durch die Sicherheitsleistung nicht ausgeschlossen. Allerdings ist die Sicherheitsleistung bei der Höhe der Leistungsverweigerung zu berücksichtigen. Die Sicherheitsleistungen können in der Form eines Einhalts von Werklohn oder der Stellung einer Bürgschaft erbracht werden. Typisch sind Kombinationen (z.B. 5 % Sicherheitseinbehalt auf zwei Jahre, Ablösung durch Bankbürgschaft möglich). Die formularmäßige Vereinbarung einer Bürgschaft auf erste Anforderung ist AGB-rechtlich nicht möglich.¹³⁶⁶

Zu bedenken ist bei Softwareerstellungsverträgen auch die **Reichweite von § 645 BGB**. Hiernach kann der Unternehmer einen Teil seiner Vergütung verlangen, soweit das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder wegen einer Anweisung des Bestellers unausführbar geworden ist. Scheitert ein Softwareprojekt an den falschen Anweisungen des Bestellers, trägt er unter Umständen das Risiko in der Form, dass er dem Softwareersteller (dem Softwarehaus) einen Teil der Vergütung schuldet. Ähnliches gilt für „Stoff“-Mängel. Dabei ist der Begriff des Stoffes weit zu verstehen und umfasst jedes

¹³⁵⁸ BGH, Urt. v. 9.7.1981 – VII ZR 40/80, NJW 1981, 2801.

¹³⁵⁹ BGH, Urt. v. 25.10.1990 – VII ZR 201/89, NJW 1991, 565; Urt. v. 21.2.1985 – VII ZR 160/83, NJW 1985, 1840; OLG Nürnberg, Urt. v. 8.6.2000 – 13 U 77/00, OLGR Nürnberg 2000, 253.

¹³⁶⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.6.1992 – 22 U 235/91, NJW-RR 1992, 1373; Urt. v. 7.5.1999 – 22 U 226/98, NJW-RR 2000, 231.

¹³⁶¹ BGH, Urt. v. 15.4.2004 – VII ZR 471/01, BauR 2004, 1146 = MDR 2004, 993.

¹³⁶² BGH, Urt. v. 15.4.2004 – VII ZR 471/01, BauR 2004, 1146 = MDR 2004, 993.

¹³⁶³ BGH, Urt. v. 20.4.2000 – VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498, 1499.

¹³⁶⁴ BGH, Urt. v. 24.3.1988 – VII ZR 126/87, NJW-RR 1988, 851.

¹³⁶⁵ BGH, Urt. v. 13.11.2013 – VII ZR 57/02 = NJW 2004, 443.

¹³⁶⁶ BGH, Urt. v. 18.4.2002 – VII ZR 192/01, BauR 2002, 1239.

Objekt, einschließlich der Person des Bestellers.¹³⁶⁷ Zu dem Stoff zählt insofern auch ein ungeeignetes Implementierungsumfeld für die Software.

Anfang März 2017 hat der Bundestag das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“ verabschiedet, das für alle ab 1. Januar 2018 geschlossenen Verträge gilt. Das Gesetz modernisiert die oftmals undetaillierten Regelungen des Werkvertragsrechts im Hinblick auf die mannigfaltigen Arten möglicher Vertragsgegenstände und passt sie an das komplexer gewordene Baurecht an.¹³⁶⁸ Zudem wurden ergänzende, Verbraucherschützende Regelungen im Bereich des Bauvertrags- und Werkvertragsrechts geschaffen. Hierzu ist eine ganze Bandbreite an Spezialregelungen für besondere Vertragsarten geschaffen worden (z.B. Bauvertrag, Verbraucherbaupvertrag, Architektenvertrag, etc.).¹³⁶⁹

Auch die Abnahme im Bereich des Werkvertrags wurde geändert. Ziel war hier die Beschleunigung des Abnahmeverfahrens und damit die Schaffung von Rechtssicherheit im Hinblick auf die Vergütung gem. § 640 Abs. 1 BGB.¹³⁷⁰ So sollte die nach altem Recht geltende Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB, die die Nichtabnahme innerhalb einer bestimmten Frist trotz Verpflichtung hierzu voraussetzt, modifiziert werden. Die Abnahmefiktion trat also schon ein, wenn der Besteller nicht innerhalb der gesetzten Frist die Abnahme unter Angabe eines Mangels verweigerte. Anders als bisher bei § 640 BGB ist der Besteller nach neuem Recht nunmehr gehalten, aktiv auf ein Abnahmeverlangen zu reagieren, um den Eintritt der Abnahmefiktion verbunden mit einer Beweislastumkehr zu vermeiden. Ansonsten gilt die Abnahme als erteilt, selbst wenn tatsächlich wesentliche Mängel bestehen. Die Neufassung änderte zwei wesentliche Details. Erstens ist die Vollendung des Werks zur Voraussetzung für die Setzung einer angemessenen Frist zur Abnahme, um den Missbrauch der Abnahmefiktion durch eine verfrühte Andienung des Werks zu vermeiden, geworden.¹³⁷¹ Und zweitens kann der Unternehmer jetzt aus § 640 Abs. 2 BGB die Abnahme selbst herbeiführen, indem er nach Vollendung des Werks eine Frist setzt und der Besteller die Abnahme nicht unter Angabe „mindestens eines Mangels“ verweigert. Die Änderung der

¹³⁶⁷ Jauernig/Mansel, §§ 644, 645 BGB Rn. 6.

¹³⁶⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8486, S. 1; um Text siehe auch die gute Synopse der Kanzlei CMS unter <https://cms.law/de/DEU/Publication/Bauvertragsrechtsreform-2017> (zuletzt abgerufen am 22.03.2021).

¹³⁶⁹ Graf Wolffskeel v. Reichenberg/Jerger, ZRP 2015, 237 (237).

¹³⁷⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8468, S. 48.

¹³⁷¹ Langen, NZBau 2015, 658 (659).

Formulierung mindestens ein „Mangel“ ergab sich erst in letzter Sekunde der Bundestagsberatungen als Änderungsvorschlag aus den entsprechenden Fachausschüssen.¹³⁷² Sie ist für die IT-Branche relativ fatal. Mag es im normalen Baurecht einfach zu sein, einen einzelnen Mangel als Solchen zu benennen, ist dies im Bereich der IT-Verträge schwierig. Die numerische Einordnung von Mängeln ist dort kaum möglich. Eine Funktionsstörung kann dort einmal als Teilmangel oder selbständiger Mangel definiert und umschrieben werden. Ob die mit der Modifizierung gefassten Ziele, die „Interessen, Risiken und Belastungen zwischen den Parteien gerecht zu verteilen“ und eine „missbräuchliche Verweigerung der Abnahme“ zu verhindern, tatsächlich erreicht werden, bleibt jedoch zweifelhaft.¹³⁷³ Eine einseitige Herbeiführung der Abnahme kann der Besteller schon dadurch verhindern, dass er die Abnahme unter Angabe irgendeines auch nur unwesentlichen Mangels verweigert, wobei das tatsächliche Vorliegen des Mangels zunächst gänzlich irrelevant für die Abnahme ist (§ 640 Abs. 2 S.1 BGB).¹³⁷⁴

VII. Kündigung Nach § 649 S. 1 BGB kann der Anwender jeden Werkvertrag bis zur Vollendung kündigen. Er muss dann aber nach § 649 S. 2 BGB die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen entrichten. Im Übrigen besteht immer ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 314 BGB. Ein solches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ist nach dem neuen Gesetz zur Reform des Kauf- und Werkvertragsrechts¹³⁷⁵ in § 648a BGB geregelt. Lehnt der Anwender die Entgegennahme der Software und der übrigen Leistungen des Lieferers ab, dann liegt darin eine Vertragskündigung, die dem Lieferant einen Anspruch nach § 649 BGB eröffnet.¹³⁷⁶ Der Unternehmer ist zur Kündigung des Werkvertrags berechtigt, wenn der Besteller die angebotene Mängelbeseitigung ohne diese rechtfertigenden Gründe dauerhaft nicht zulässt. Das Kündigungsrecht besteht auch dann, wenn der Bauunternehmer die Beseitigung einzelner Mängel nicht anbietet, sondern zu Recht als unverhältnismäßig verweigert, weil der Erfolg der Mängelbeseitigung in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes stünde.¹³⁷⁷

¹³⁷² Der Entwurf der Bundesregierung spricht noch von „Mängeln“ in der Mehrzahl.

¹³⁷³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 48.

¹³⁷⁴ *Kimpel*, Der Entwurf des gesetzlichen Bauvertragsrechts aus der Sicht des gewerblichen Unternehmers, NZBau 2016, 734 (734).

¹³⁷⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, BR-Drs. 123/16 – 11.3.2016, abrufbar unter: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2016/0101-0200/123-16.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 22.03.2021).

¹³⁷⁶ OLG Hamm, Urt. v. 10.3.2006 – 12 U 58/05, CR 2006, 442 = MDR 2006, 626.

¹³⁷⁷ OLG München, Urt. v. 24.4.2013 – 13 U 1800/12, NZBau 2013, 583 = NJW-RR 2013, 583.

Grundsätzlich kann jeder Werkvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden.¹³⁷⁸ Nach derzeitiger Regelung ist eine fristlose Kündigung aber nur dann berechtigt, wenn das Vertrauensverhältnis schuldhaft verletzt worden ist, sodass eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar ist. Allein das Versäumen eines Termins berechtigt laut *OLG Düsseldorf* den Auftraggeber nicht zwingend zur Kündigung aus wichtigem Grund, wenn keine Gelegenheit zur Nachholung gewährt worden ist.¹³⁷⁹ Die außerordentliche Kündigung eines Werkvertrags könne in eine freie Kündigung umgedeutet werden, wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis in jedem Fall beenden wollte.¹³⁸⁰ In diesem Fall habe der Auftragnehmer Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen, sowie Anspruch auf Vergütung der nicht erbrachten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs. Die Möglichkeit einer freien Kündigung sei nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Vertrag während der vereinbarten Laufzeit nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann.¹³⁸¹ In § 648a BGB ist eine Kündigung aus wichtigem Grund auch ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist möglich. Danach liegt ein wichtiger Grund vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werkes nicht zugemutet werden kann. Die Absätze 2 und 3 des § 314 BGB gelten entsprechend. Ferner wird in dieser Regelung ein Anspruch der Parteien auf eine gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes vorgesehen. Dadurch sollen eventuelle Streitigkeiten über den Stand der Arbeiten zum Zeitpunkt der Kündigung, der für die Bestimmung von bis dahin entstandenen Ansprüchen auf Vergütung relevant ist, vermieden werden.¹³⁸²

Gefährlich wäre allerdings ein Rückruf nach § 41 UrhG¹³⁸³, der zu einem Rechtfertfall führen würde. Diese Vorschrift kommt vor allem dann zum Tragen, wenn ein Softwareentwickler merkt, dass sein Vertriebspartner die Software nicht vermarkten kann. Der Entwickler kann dann mit Berufung auf § 41 UrhG sein einmal übertragenes Nutzungsrecht zurückrufen. Allerdings geht dies nicht im Arbeitsverhältnis, etwa zugunsten angestellter Programmierer.¹³⁸⁴ Auch wenn nicht von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist, scheidet ein Rückruf des

¹³⁷⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12, NJW 2014, 521. Streitig ist, inwieweit § 649 BGB auch für den Vertrag zwischen General- und Subunternehmer gilt; Witzel, CR 2018, 352.

¹³⁷⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12, NJW 2014, 521.

¹³⁸⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12, NJW 2014, 521.

¹³⁸¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12, NJW 2014, 521.

¹³⁸² Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, BT-Drs. 18/8486 – 18.5.2016, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/084/1808486.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.03.2021).

¹³⁸³ § 41 Abs. 1 sowie Abs. 5 ändern sich im Rahmen der Urheberrechtsreform ab Juni 2021

¹³⁸⁴ Dreier/Schulze, § 41 UrhG Rn. 5.

Urhebers von Computerprogrammen aus, wenn vom Auftraggeber eine Pauschalvergütung und keine laufende Lizenzgebühr gezahlt wurde.¹³⁸⁵

Fraglich sind die Auswirkungen eines solchen Rückrufs auf die bereits übertragenen Nutzungsrechte an der Software. Ist die Nutzungsrechtseinräumung mit dem Bestand der schuldrechtlichen Rechtseinräumungsverpflichtung kausal verknüpft, besteht nach erfolgter Kündigung des Vertrags das Nutzungsrecht womöglich nicht mehr. So wird die **Anwendung des Abstraktionsprinzips** in Rechtsprechung und Literatur zum Teil abgelehnt.¹³⁸⁶ Das Nutzungsrecht sei derart mit dem beim Urheber verbleibenden Mutterrecht (§ 29 Abs. 2 UrhG) verbunden, dass es bei Wegfall des vorgegebenen Zwecks automatisch an den Urheber zurückfalle. Das Recht des Urhebers erstarke damit wieder zum Vollrecht.¹³⁸⁷ 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.¹³⁸⁸

Der Rückruf wirkt nach allgemeiner Ansicht ex nunc. Mit dem Rückruf wird nur eine Weiterverwertung des Werkes durch den bisherigen Nutzungsberechtigten verhindert. Bereits abgeschlossene Nutzungshandlungen lassen sich nicht mehr zurückrufen.¹³⁸⁹ Das Werkexemplar selbst muss nicht herausgegeben werden.¹³⁹⁰ Im Übrigen wirkt sich der Rückruf nur auf die Mutterrechte aus, nicht jedoch auf die Enkelrechte (etwa bei einer Unter-„Lizenzierung“). Diese bleiben trotz Kündigung bestehen.¹³⁹¹

Das freie Kündigungsrecht des Auftraggebers kann grundsätzlich abbedungen werden; denkbar wären auch individualvertragliche Regelungen zu anderen Vergütungssätzen im Bereich der nicht erbrachten Leistungen. In AGB ist eine solche Abbedingung aber nicht möglich. So hat der *BGH* eine Klausel, wonach die Kündigung des Vertrags nur aus wichtigem Grund möglich ist, für unwirksam erklärt, da damit die gesetzliche Regelung des § 649 BGB a. F. ausgehebelt würde.¹³⁹² Ebenso unwirksam wäre eine Klausel des Auftragnehmers, wonach dieser den

¹³⁸⁵ Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69a UrhG Rn. 72; Link, GRUR 1986, 141, 146.

¹³⁸⁶ OLG Köln, Urt. v. 14.7.2006 – 6 U 224/05, GRUR-RR 2007, 33 = MMR 2006, 750 = CR 2007, 7. Siehe dazu auch Schmid, ITRB 2007, 58, 59 und Hoeren, CR 2005, 773.

¹³⁸⁷ Ulmer, § 83 UrhG. Siehe auch LG München I, Urt. v. 6.5.2004 – 7 O 18782/03, ZUM 2005, 336, 339.

¹³⁸⁸ Ohne nähere Begründung BGH, Urt. v. 25.2.1966 – Ib ZR 30/64, GRUR 1966, 567, 569 – GELU; BGH, Urt. v. 21.1.1982 – I ZR 182/79, GRUR 1982, 308, 309 – Kunsthändler. So auch LG Köln, Urt. v. 28.10.2005 – 28 O 350/05, CR 2006, 372.

¹³⁸⁹ Dreier/Schulze, § 42 UrhG Rn. 29.

¹³⁹⁰ OLG Celle, Urt. v. 1.12.1999 – 13 U 69/99, NJW 2000, 1579 = ZUM 2000, 325 – Dissertationsexemplare; Dreier/Schulze, § 42 UrhG Rn. 12.

¹³⁹¹ OLG Köln, Urt. v. 14.7.2006 – 6 U 224/05, GRUR-RR 2007, 33 = GRUR-RR 2009, 448 = MMR 2006, 750 = ZUM 2006, 927; BGH, Urt. v. 19.7.2012 – I ZR 70/10, GRUR 2012, 916.

¹³⁹² BGH, Urt. v. 8.7.1999 – VII ZR 237/98, NJW 1999, 3261.

Anspruch auf die volle Vergütung ohne Rücksicht auf die erbrachten Leistungen hat.¹³⁹³ Verboten ist schließlich auch eine Klausel, wonach ein Anspruch auf Vergütung nur insofern bestehe, als die erbrachten Einzelleistungen vom Auftraggeber auch tatsächlich verwertet werden.¹³⁹⁴ Pauschalierungen der entsprechenden Vergütung dürfen nicht unangemessen niedrig oder hoch sein.¹³⁹⁵

Ein besonderes Kündigungsrecht besteht im Übrigen noch nach § 649 Abs. 1 BGB bei wesentlicher Überschreitung eines Kostenanschlags. Zwar ist der Kostenanschlag nur eine unverbindliche Berechnung der voraussichtlichen Kosten. Eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlags führt aber trotzdem zum Kündigungsrecht. In diesem Fall steht dem Auftragnehmer gem. § 649 Abs. 1, 2. Hs. BGB nur ein Anspruch nach § 645 Abs. 1 BGB zu. Zum Schutze des Auftraggebers hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen, wenn eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlags zu erwarten ist (§ 649 Abs. 2 BGB). Das Unterbleiben einer solchen Anzeige löst einen Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzungen aus.¹³⁹⁶ Arbeitet der Auftragnehmer trotz Überschreitung weiter, ist es problematisch, ob er diese zusätzliche Arbeit vergütet bekommt. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass der Auftragnehmer in diesem Fall nur einen Anspruch auf Vergütung i.H.d. Kostenanschlags zzgl. der zulässigen Überschreitung habe.¹³⁹⁷

Im Übrigen kann jeder Werkvertrag vom Auftraggeber aus wichtigem Grund gekündigt werden. Das Kündigungsrecht ergibt sich mittlerweile aus § 648a Abs. 1 BGB. Es ist nicht vertraglich beschränkbar, auch nicht in Individualverträgen. Als Kündigungsgrund reichen nur schwere schuldhafte Verletzungen oder sonstige Zerstörungen des vertraglichen Vertrauensverhältnisses aus. Es muss dem Auftraggeber unzumutbar geworden sein, den Vertrag fortzusetzen, vgl. § 648a Abs. 1 S. 2 BGB. Eine Abmahnung bzw. Setzung einer Nachfrist ist nur unter den Voraussetzungen von § 648a Abs. 3 BGB i.V.m. § 314 Abs. 2 BGB erforderlich. Liegt eine Kündigung aus wichtigem Grund vor, ist der Werkunternehmer lediglich berechtigt, die Vergütung für den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks zu verlangen, § 648a Abs. 5 BGB. Als wichtige Gründe gelten:

¹³⁹³ BGH, Urt. v. 16.4.1973 – VII ZR 140/71, NJW 1973, 1190.

¹³⁹⁴ OLG Zweibrücken, BauR 1989, 227, 229.

¹³⁹⁵ BGH, Urt. v. 16.4.1973 – VII ZR 140/71, NJW 1970, 1596; Urt. v. 16.4.1973 – VII ZR 140/71, NJW 1973, 1190.

¹³⁹⁶ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.10.1988 – 14 U 80/87, NJW-RR 1989, 209; MüKoBGB/*Busche*, § 649 Rn. 16.

¹³⁹⁷ *Rohlfing/Thiele*, MDR 1989, 632, 663; a.A. OLG Celle, Urt. v. 3.4.2003 – 22 U 179/01, OLGR Celle 2003, 261 – Anspruch auf Ersatz der tatsächlich vorhandenen Wertschöpfung.

- die Nichteinhaltung von Vertragsfristen mit besonderem Gewicht aus einem von dem Auftragnehmer zu vertretenem Grund,¹³⁹⁸
- die schwere Verletzung von Kooperationspflichten, etwa durch Bindung seiner Leistungen an die Erteilung eines Nachtragsauftrages,¹³⁹⁹
- die Durchführung eines Projektes entgegen den Regeln der Technik,
- die ständige Nichtbeachtung von Wünschen des Auftraggebers,
- besonders grobe Mängel,¹⁴⁰⁰
- die Bindungen der Weiterarbeit an die Zahlung weiterer, nicht berechtigter Vergütungen,¹⁴⁰¹
- eine zu Unrecht erfolgte fristlose Kündigung und fehlende Kooperationsbereitschaft.¹⁴⁰²

Liegt eine Kündigung mangels wichtigen Grundes nicht vor, ist die Kündigung so zu verstehen, dass eine Freikündigung gewollt ist.¹⁴⁰³

Der Auftragnehmer kann nach §§ 642, 643 BGB kündigen, wenn der Auftraggeber seine Mitwirkungspflichten verletzt und der Unternehmer dem Auftraggeber eine angemessene Frist zur Nachholung mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat. Er kann darüber hinaus ebenfalls nach § 648a Abs. 1 BGB kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis gefährdet und dem Auftragnehmer die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist.¹⁴⁰⁴ Eine solche Kündigung aus wichtigem Grund ist z.B. möglich bei

- der Verletzung von Kooperationspflichten, etwa bei unberechtigter fristloser Kündigung¹⁴⁰⁵ oder
- der ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Bezahlung fälliger Abschlagsrechnungen.¹⁴⁰⁶

Im Falle einer Kündigung stellen sich Sonderprobleme hinsichtlich des Werklohnanspruchs. Die Kündigung führt dazu, dass der Vertrag ex nunc aufgehoben ist. Insofern bleiben Rechte des Auftraggebers bestehen, die Beseitigung von Mängeln für die bislang erbrachten

¹³⁹⁸ BGH, Urt. v. 12.2.2003 – X ZR 52/01, BauR 2003, 880.

¹³⁹⁹ OLG Brandenburg, Urt. v. 7.5.2002 – 11 U 77/01, BauR 2003, 1734.

¹⁴⁰⁰ OLG Bremen, Urt. v. 24.2.2000 – 2 U 90/95, OLGR Bremen 2000, 153.

¹⁴⁰¹ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.3.1986 – 5 U 35/83, NJW-RR 1987, 979.

¹⁴⁰² BGH, Urt. v. 23.5.1996 – VII ZR 245/94, NJW 1996, 2158.

¹⁴⁰³ BGH, Urt. v. 24.7.2003 – VII ZR 218/02, NJW 2003, 3474; *OLG Nürnberg*, Urt. v. 15.5.2003 – 13 U 3832/02, OLGR Nürnberg 2003, 419.

¹⁴⁰⁴ BGH, Urt. v. 19.2.1969 – VIII ZR 58/67, NJW 1969, 975, 976.

¹⁴⁰⁵ BGH, Urt. v. 23.5.1996 – VII ZR 245/94, NJW 1996, 2158.

¹⁴⁰⁶ BGH, NJW 1975, 1467.

Leistungen fordern zu dürfen.¹⁴⁰⁷ Ist die Programmierung beendet und das Projekt abgeschlossen, ist für die Kündigung kein Raum mehr. Insofern besteht dann auch eine Abnahmeverpflichtung, die man durch eine Kündigung nicht unterlaufen kann. Teilkündigungen sind zulässig, wenn eine entsprechende Trennung einzelner Leistungen in Einzelleistungen möglich ist. Mit der Kündigung entfällt das Recht des Auftragnehmers, Abschlagszahlungen verlangen zu dürfen. Als Gestaltungsrecht ist die Kündigung bedingungsfeindlich. Der Auftraggeber kann den Softwarevertrag nach § 648 BGB jederzeit kündigen, ohne Einhaltung einer Frist und ohne besondere Begründung. Der Auftragnehmer kann dann seinerseits den Werklohn in voller Höhe verlangen. Er muss sich das anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, § 648 S. 2 Hs. 2 BGB. Hinsichtlich der Ersparnisse muss der Auftraggeber nicht hinnehmen, dass die Abrechnung ihm Vorteile aus dem geschlossenen Vertrag nimmt. Er darf aber auch keinen Vorteil daraus ziehen, dass ein für ihn ungünstiger Vertrag gekündigt worden ist.¹⁴⁰⁸ Zwischen der Kündigung und der anderen gewinnbringenden Beschäftigung muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen, sodass der Auftragnehmer ausschließlich durch die Vertragskündigung in die Lage versetzt worden ist, einen anderweitigen Auftrag auszuführen.¹⁴⁰⁹ Der *BGH* will allerdings schon so genannte „Füllaufträge“ im Rahmen des anderweitigen Erwerbs anrechnen lassen.¹⁴¹⁰ Die Darlegungs- und Beweislast für den Vergütungssatz trägt der Auftragnehmer, auch was die ersparten Aufwendungen und den anderweitigen Erwerb angeht.¹⁴¹¹ Den Auftraggeber trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass höhere Ersparnisse oder mehr an anderweitigem Erwerb erzielt wurde, als der Auftraggeber sich anrechnen lassen will.¹⁴¹² Die Darlegung des Auftragnehmers zu den ersparten Aufwendungen muss so beschaffen sein, dass der Auftraggeber die entsprechenden Angaben überprüfen und Stellung beziehen kann.¹⁴¹³ Nicht ausreichend ist es, wenn der Auftraggeber ohne Substantiierungen Ersparnisse einfach behauptet und Sachverständigenbeweise antreten will.¹⁴¹⁴ Der Auftragnehmer muss seine maßgeblichen Preisermittlungskriterien nachträglich

¹⁴⁰⁷ *BGH*, Urt. v. 21.12.2000 – VII ZR 488/99, *BauR* 2001, 667; *BGH*, Urt. v. 17.1.1974 – VII ZR 146/72, *NJW* 1974, 646.

¹⁴⁰⁸ *BGH*, Urt. v. 21.12.1995 – VII ZR 198/94, *NJW* 1996, 1282.

¹⁴⁰⁹ *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 11.3.1986 – 5 U 35/83, *BauR* 1988, 599, 605.

¹⁴¹⁰ *BGH*, Urt. v. 21.12.1995 – VII ZR 198/94, *NJW* 1996, 1282.

¹⁴¹¹ *BGH*, Urt. v. 27.11.1987 – 4 B 231/87, *BauR* 1988, 185, 186; *BGH*, Urt. v. 11.2.1999 – VII ZR 399/97, *NJW* 1999, 1867; Urt. v. 21.12.1995 – VII ZR 198/94, *NJW* 1996, 1282.

¹⁴¹² *BGH*, Urt. v. 21.12.2000 – VII ZR 488/99, *NJW-RR* 2001, 385; *KG*, Urt. v. 17.3.1998 – 6 U 2352/96, *KGR* 1998, 314.

¹⁴¹³ *BGH*, Urt. v. 14.1.1999 – VII ZR 277/97, *NJW* 1999, 1253.

¹⁴¹⁴ *OLG Frankfurt a.M.*, *NJW-RR* 1987, 979, 981.

zusammenstellen und konkret zu den ersparten Aufwendungen vortragen, um auf diese Weise dem in der Regel nicht unterrichteten Auftraggeber zu ermöglichen, sachgerecht dazu Stellung zu nehmen.¹⁴¹⁵

Im Rahmen der Kündigung wurde also durch die **Reform des Bauvertragsrechts** zum 1. Januar 2018 die bisher auf Richterrecht basierende außerordentliche Kündigungsmöglichkeit in Gesetzesform gegossen (insbes. § 648a BGB n.F.). Von einem speziellen Kündigungstatbestand der Insolvenz, wie sie in den §§ 8, 9 VOB/B geregelt ist, wurde aber abgesehen: Zwar erweise sich ein insolventer Unternehmer als unzuverlässig und nicht leistungsfähig. Allerdings sei im Einzelfall, wie beispielsweise im „Schutzschirmverfahren“ nach § 270 InsO, ausnahmsweise kein wichtiger Kündigungsgrund vorhanden.¹⁴¹⁶ Letztendlich wird damit jeder Softwareerstellungsvertrag als Langzeitvertrag angesehen, der einem Dauerschuldverhältnis nahe kommt.

Eine echte Neuheit ist die in § 648a Abs. 2 BGB n. F. vorgesehene Teilkündigung, die sich auf einen „nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung“ bezieht. Anders als in § 8 Abs. 3 VOB/B wird hierbei nicht auf die Hürde von dem „in sich abgeschlossenen Teil einer Leistung“ abgestellt, sodass vielmehr eine klare Abgrenzung von erbrachten und noch zu erbringenden Leistungen erfolgen kann.¹⁴¹⁷ Bei der Teilkündigung scheint es sinnvoll, die abgrenzbaren Leistungen nach den im Vertrag vorgesehenen Kriterien zu bemessen.¹⁴¹⁸ Für die IT-Szene ergibt sich daraus die Notwendigkeit, Projekte klarer in sich abgeschlossene Einheiten zu unterteilen. Nur dann, wenn sich die Parteien die Mühe machen, in sich abgeschlossene Teilabnahmeschritte zu definieren, können sie in beiderseitigem Interesse Teilkündigungsmöglichkeiten im Vertrag neu vorsehen. Auch für die Justiz entfällt die Notwendigkeit, immer grundsätzlich bei IT-Projekten über das Scheitern des Gesamtprojektes nachzudenken.

Auch die sich aus § 648a Abs. 4 BGB n.F. ergebende **Mitwirkungspflicht** bei der Leistungsstandfeststellung ist in diesem Zusammenhang eine bedeutende Neuerung gewesen. Verstößt eine der Parteien gegen diese Mitwirkungspflicht, indem sie sie ablehnt oder zu einem innerhalb angemessener Frist festgelegten Termin nicht erscheint, so geht die Beweislast nach § 648a Abs. 4 S. 2 BGB n.F. auf diese Partei über, es sei denn, sie hat ihr Fernbleiben nicht zu

¹⁴¹⁵ BGH, Urt. v. 7.11.1990 – VII ZR 82/95, NJW 1997, 733.

¹⁴¹⁶ *Langen*, NZBau 2015, 658, 660.

¹⁴¹⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.

¹⁴¹⁸ *Langen*, NZBau 2015, 658, 661.

vertreten und setzt die andere Partei hiervon unverzüglich in Kenntnis.¹⁴¹⁹ Hiermit soll der Anreiz geschaffen werden, bei der Feststellung der quantitativen Bewertung der bis zum Zeitpunkt der Kündigung erbrachten Leistungen mitzuwirken, um einem anschließenden Streit über dessen exakten Umfang vorzubeugen.¹⁴²⁰

Der Wortlaut der Vorschrift ist schwer zu verstehen:

„(4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstandes fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.“

Nach § 648a Abs. 4 BGB sind die ersten Schritte vorgezeichnet für ein **Transitions- und Kündigungsmanagement**. Allerdings fragt sich, wie die dort geregelten Pflichten jemals durchgesetzt werden können. Es dürfte sich hierbei nicht um einen Hauptleistungsanspruch handeln, den man als solchen einklagen kann.¹⁴²¹ Insofern geht es hier eher um Mitwirkungspflichten im Rahmen der Nebenpflichten. Dementsprechend knüpft § 648a Abs. 4 BGB an die verweigerte Mitwirkung eine Art Umkehr der Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Im IT-Bereich führt dies dazu, dass die Behauptungen der anderen Seite in Bezug auf z.B. bereits erbrachte oder nicht erbrachte Leistungen im Kern als richtig vermutet werden.

Allerdings ist eine Ausnahme der Ausnahme wieder vorgesehen, wenn das Fernbleiben an dem Termin von der abwesenden Partei nicht zu vertreten war¹⁴²² und der entsprechende Umstand der anderen Vertragspartei unverzüglich¹⁴²³ mitgeteilt worden war. Die Formulierung ist hier nicht ganz eindeutig. § 648a Abs. 4 BGB nennt zwei Umstände für die Umkehr der Beweislast, nämlich einmal die Verweigerung der Mitwirkung oder das Fernbleiben bei einem von der anderen Vertragspartei bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung. Die Ausnahme der Ausnahme soll nur dann gelten, wenn die Vertragspartei in Folge eines von ihr nicht zu vertretenden Umstandes „fernbleibt“. Die Ausnahme in Satz 3 bezieht sich nach Sinn und

¹⁴¹⁹ BeckOGK/Reiter, § 649 BGB Rn. 222.

¹⁴²⁰ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.

¹⁴²¹ So allerdings falsch die Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drs 18/8486) aus S.26, wo von einem „Anspruch der Parteien auf eine gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes“ gesprochen wird. Ein solcher Anspruch gegen sich selbst ist dem kontinentaleuropäischen Recht fremd.

¹⁴²² Das Vertretenmüssen in Satz 3 richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen in § 276 BGB. Der Umstand ist zu vertreten, wenn dieser vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wurde.

¹⁴²³ Unverzüglich bedeutet gem. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Die Bestimmung erfolgt im Einzelfall.

Zweck nur auf den vereinbarten und den angemessen gesetzten Termin. Die Verweigerung der Terminvereinbarung ist nicht mit der Verweigerung der Feststellung gleichzustellen. Die andere Vertragspartei hat nämlich immer noch die Möglichkeit eine angemessene Frist zur Feststellung zu setzen. Neben der Verweigerung der Leistungsstandfeststellung ist eine Versagung der Feststellung möglich. Einer Vertragspartei wird die Möglichkeit genommen, den Leistungsstand festzustellen (z.B. durch ein Verbot, das Grundstück zu betreten). Daraus ergibt sich neben der Beweislastumkehr ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung nachträglicher Kooperationspflichten nach §§ 241, 280 ff. BGB.¹⁴²⁴

Fraglich ist, welche Wirkung die Feststellung des Leistungsstandes hat. Auch wenn die Feststellung nicht der Abnahme vergleichbar ist, dürfte der festgestellte Leistungsstand im Endergebnis über die noch geschuldete Vergütung entscheiden. Die Leistungsstandfeststellung in § 648a BGB entspricht der Regelung des § 4 Abs. 10 VOB/B:

„Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.“

Letztendlich wurden damit **Strukturen der VOB/B** ins allgemeine Werkvertragsrecht übernommen. Allerdings geht § 648a BGB über die VOB/B hinaus, als nach letzterer nur gilt, „Zustand von Teilen der Leistung“ festzustellen „wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden“. Es geht bei der VOB/B zum Beispiel um Feststellungen zu Brandschutzvorrichtungen, die in später verschlossenen Schächten und Deckenbereichen nicht mehr überprüft werden können.¹⁴²⁵ Im Kern ist die Leistungszustandsfeststellung nicht notwendig mit der Mängelfrage verknüpft; es geht im Wesentlichen nur um eine Feststellung mit Bezug auf den „Zustand“ und damit um eine rein objektive Feststellung der Leistung.¹⁴²⁶ Sie kann aber zusätzlich eine *Feststellung der Mangelfreiheit* umfassen, was aber begrifflich nicht notwendig der Fall ist. Im VOB-Schrifttum herrscht Einigkeit darüber, dass die reine Zustandsfeststellung *keine rechtsgeschäftliche Teilabnahme umfasst und* somit nicht mit den generellen Wirkungen einer Abnahme/Teilabnahme verknüpft ist.¹⁴²⁷

¹⁴²⁴ So das Schrifttum zur VOB/B: Niklisch u.a./Gartz, § 4 VOB/B Rn. 207.

¹⁴²⁵ So das Beispiel von Nicklisch u.a./Gartz § 4 VOB/B Rn. 189.

¹⁴²⁶ So Nicklisch u.a./Gartz, § 4 VOB/B Rn. 194.

¹⁴²⁷ Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, § 4 VOB/B Rn. 226; *Leinemann* § 4 VOB/B Rn. 193; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Bschorr VOB/B § 4 Rn. 335

Folge der Feststellung könnte im Ergebnis sein, dass derjenige, der sich auf einen anderen abweichenden Leistungsstand berufen möchte, die Darlegungs- und Beweislast trägt. In § 648a Abs. 4 BGB tritt hinzu, dass die Beweislast nicht nur nach gemeinsamer Feststellung übergeht, sondern bereits, wenn die Verweigerung der Feststellung oder das Fernbleiben des Termins erfolgt.¹⁴²⁸

VII. Verjährung

Problematisch ist die Bestimmung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsrechte bei Softwareerstellungsverträgen. Sehr selten kommt die Verjährung für Baumängel zum Tragen. So ist z.B. die Lieferung der Software zur Steuerung einer Gebäudeheizung **keine Arbeit bei Bauwerken** und unterliegt damit nicht der Mängelverjährungsfrist von fünf Jahren.¹⁴²⁹ Ferner ist die **Abgrenzung zwischen § 634a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BGB** bei Softwareerstellungsverträgen ungeklärt. Gewährleistungsansprüche verjähren in zwei Jahren, wenn die Werkleistung in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht; bei der Herstellung anderer Werke gilt nach § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB). Insofern ist zu entscheiden, ob man Softwareerstellung eher als Herstellung einer Sache oder als Herstellung anderer Werke ansieht. Diese Frage führt jedoch zu Absurditäten: Wer bei der Qualifizierung von Softwareerstellungsverträgen im Rahmen von § 650 BGB eine Einordnung der Vertragspflichten als auf die Herstellung einer Sache gerichtet ablehnt, kann jetzt hier bei der Verjährung nicht anders werten. Er müsste mangels Sachbezug für die Anwendung von § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB plädieren und damit für die sehr unkonturierte Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis des Mangels. Genau dieses Kriterium ist allerdings für Softwareprojekte sehr oft ungeeignet. Es lässt sich kaum vorstellen, wann der Anwender in welchem Umfang Kenntnis von einem bestimmten Mangel hatte. Auch sind die zwei Jahre insgesamt als Zeitraum sehr lang gerechnet. Besser wäre eine Anwendung von § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB, gerade auch mit der Bindung der Vorschrift an die Abnahme als Beginn der Verjährung. Man würde das gewünschte Ergebnis nur dadurch herbeiführen können, dass man für die Vertragstypologie die Softwareerstellung nicht als Erstellung einer Sache ansieht, während man verjährungsrechtlich gerade darin den Kern eines Softwareerstellungsvertrags unterstellt. Die damit verbundene

¹⁴²⁸ Genau diese Rechtsfolge ist bei den VOB/B allerdings umstritten; siehe etwa *Leinemann/Kirch*, § 4 VOB/B Rn. 194; *Ganten/Jansen/Voit/Junghen*, § 4 Abs. 10 VOB/B Rn. 8 gegen *Nicklisch u.a./Gartz*, § 4 VOB/B Rn. 207 (mit Verweis auf die Regeln zur Beweisvereitelung im Einzelfall).

¹⁴²⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.6.2003 – 18 U 207/02, NJW 2003, 3140. Siehe dazu auch BGH, Urt. v. 20.5.2003 – X ZR 57/02, NJW-RR 2003, 1320.

„schizoide“ Haltung lässt sich nicht umgehen. Im Ergebnis beträgt die Verjährungsfrist demnach richtigerweise zwei Jahre ab Abnahme der Software.

Ergänzend zu den obigen Ausführungen zur Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche ist auf den wichtigen Unterbrechungstatbestand des **Anerkenntnisses** i.S.d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu verweisen. Dieses kann z.B. in der Vornahme einer Nacherfüllungshandlung in dem Bewusstsein, zur Gewährleistung verpflichtet zu sein, gesehen werden.¹⁴³⁰ Ob in der Vornahme einer Nacherfüllung ein Unterbrechungstatbestand zu sehen ist, ist danach zu entscheiden, ob aus der Sicht des Bestellers unter Berücksichtigung von Umfang, Dauer und Kosten der Nachbesserung ein Anerkenntnis des Gewährleistungsanspruches durch den Lieferanten vorlag. Ein **Verzicht** auf die Einrede der Verjährung vor Verjährungseintritt ist zwar unwirksam, gem. § 242 BGB ist aber das Berufen auf die Verjährungseinrede bis zum Ablauf der festgesetzten Frist oder dem Scheitern der Verhandlungen zuzüglich einer kurzen Überlegungsfrist bei einem ausgesprochenen Verzicht treuwidrig.¹⁴³¹

Fraglich ist, ob der Softwareersteller die Verjährung von Ansprüchen erschweren oder erleichtern kann. Nach § 202 Abs. 1 BGB kann die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. § 202 Abs. 2 BGB verbietet die Erschwerung der Verjährung über eine Frist von 30 Jahren hinaus.

Auch im Rahmen des § 307 BGB ist auf den Ein-Jahres-Zeitraum als kleinsten gemeinsamen Nenner abzustellen. § 309 Nr. 8b ff.) BGB entfaltet insofern auch Indizwirkung für den kaufmännischen Verkehr.¹⁴³² Die in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB geregelte Verjährung der Ansprüche aus § 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB darf gem. § 309 Nr. 8b ff.) BGB nicht erleichtert werden. „In sonstigen Fällen“ darf die Verjährungsfrist nicht weniger als ein Jahr ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn betragen. §§ 634a Abs. 1 Nr. 2, 634 Nr. 1, 2 und 4 BGB regeln die Verjährung des Anspruchs auf Nacherfüllung, Selbstvornahme und Schadensersatz im Bereich von Bauwerken und Planungs- oder Überwachungsleistungen für ein Bauwerk. „Sonstige Fälle“ sind demnach der Rücktritt und die Minderung bei Bauwerken und alle Rechte aus § 634 BGB bei Nicht-Bauwerken. In diesen Fällen greift der Verweis in § 309 Nr. 8b ff.) BGB auf die Möglichkeit der Beschränkung der Verjährung auf ein Jahr. Im Einzelfall kann

¹⁴³⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 8.7.1987 – VIII ZR 274/86, NJW 1988, 254; OLG Hamm, Urt. v. 24.10.1989 – 26 U 111/89, MDR 1990, 243.

¹⁴³¹ Vgl. BGH, Urt. v. 26.3.1974 – VI ZR 217/72, NJW 1974, 1285; BGH, Urt. v. 12.12.1978 – VI ZR 159/77, NJW 1979, 867; BGH, Urt. v. 20.2.1986 – VII ZR 142/85, NJW 1986, 1861.

¹⁴³² So BGH, NJW 1993, 2054, 2055 allerdings zu § 11 Nr. 10 lit. f) AGBG a.F., der aber weitestgehend dem ehemaligen § 11 AGBG entspricht.

jedoch auch eine längere oder kürzere Frist angemessen sein. Die Frist muss dabei so bemessen sein, dass auch verborgene Mängel vor ihrem Ablauf entdeckt werden können.¹⁴³³

Eine Verkürzung der Verjährungsfrist kann im Haftungsfall faktisch eine Haftungsbeschränkung darstellen.¹⁴³⁴ Nach der Maßgabe des § 309 Nr. 7a und b BGB ist eine solche Klausel unzulässig. Der Besteller kann wegen eines Mangels der Werkleistung ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Unternehmer nach Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche gem. § 215 BGB geltend machen, wenn dieser Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist und daher ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit geltend gemacht werden konnte.¹⁴³⁵

VIII. Besonderheiten bei der Haftung

1. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel

Im Werkvertragsrecht kann der Besteller neben Minderung und Rücktritt auch Schadensersatz verlangen, wenn der **Mangel auf einem vom Unternehmer zu vertretendem Umstand beruht**, §§ 634 Nr. 4, 636 BGB i.V.m. §§ 280, 281, 283 BGB. Dieser Anspruch unterscheidet sich nicht von den Schadensersatzregelungen im Kaufrecht. Es handelt sich um eine Verschuldenshaftung, wobei die Darlegungslast für das (Nicht-)Verschulden beim Unternehmer liegt, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Im Falle von Beschaffenheitsgarantien verschiebt sich der Verschuldensmaßstab zulasten des Unternehmers, § 276 Abs. 1 BGB. Schadensersatz statt der Leistung darf der Besteller erst verlangen, wenn er dem Unternehmer erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, § 281 BGB. Der Schadensersatzanspruch steht neben den Rechten auf Rücktritt und Minderung, § 325 BGB.

Der Besteller kann wahlweise die Software behalten und den restlichen Schaden ersetzt verlangen oder aber die Software zurückgeben und die Erstattung seines kompletten Schadens begehren.

Der Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 BGB umfasst

- die Kosten der Fehlerdiagnose,¹⁴³⁶
- den Eigenaufwand zur Schadensermittlung,¹⁴³⁷

¹⁴³³ Hau/Poseck/Becker, § 309 Nr. 8 BGB Rn. 50.

¹⁴³⁴ LG Düsseldorf, Urt. v. 29.12.1993 – 12 O 322/93, NJW-RR 1995, 440, 441.

¹⁴³⁵ BGH, Urt. v. 5. 11. 2015 – VII ZR 144/14 = NJW 2016, 52.

¹⁴³⁶ BGH, Urt. v. 22.11.1985 – V ZR 220/84, NJW 1986, 922; OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.12.1988 – 17 U 27/87, WM 1989, 459, 462.

¹⁴³⁷ BGH, Urt. v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1519.

- den Eigenaufwand zur Fehlerbeseitigung inkl. fiktiver USt., aber ohne den kalkulierten Unternehmergewinn,¹⁴³⁸
- den entgangenen Gewinn.¹⁴³⁹

Der Anspruch verjährt binnen zwei Jahren ab Abnahme. Hinfällig ist die alte Unterscheidung zwischen Mangelschäden, engeren und entfernteren Mangelfolgeschäden.¹⁴⁴⁰ Alle Schäden werden nun gleichermaßen von § 634 Nr. 4 BGB umfasst.

2. Vertragsgestaltung

Das Werkvertragsrecht geht anders als das Kaufrecht stark von der **Dispositivität aller Bestimmungen** aus. Insbesondere fehlt es an einem Pendant zu § 476 BGB; das Verhältnis zwischen B2C ist weitgehend frei aushandelbar. Im Übrigen verweist § 650 BGB ohnehin auch für Werklieferungsverträge auf das Kaufrecht und damit auch auf § 476 BGB.

Individualverträge sind demnach im B2B und B2C-Sektor frei aushandelbar. Eine Grenze betrifft die Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und den Bereich der Arglist sowie der Garantie (§ 639 BGB). Erst bei Verwendung vorformulierter Bedingungen kommt der Bereich der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB (bei B2C) und (nur) § 307 BGB (bei B2B) zum Tragen. Wichtig bei der AGB-Kontrolle sind **§ 309 Nr. 7 und 8b BGB**. Auf die obigen Parallelüberlegungen (unter Drittes Kapitel, V.) zum Kaufrecht kann verwiesen werden. § 309 Nr. 7 BGB regelt die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen; unzulässig ist vor allem die Reduzierung der Haftung bei Verletzung bestimmter Rechtsgüter sowie bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. § 309 Nr. 8b BGB verbietet den Ausschluss der Gewährleistung, die Kostenpflichtigkeit der Nacherfüllung sowie die Beschränkung der Rücktritts- und Minderungsrechte. Bedingt durch das Fehlen des § 476 BGB ist auch bei Verbrauchern im Werkvertragsrecht eine Beschränkung der Verjährung bis auf ein Jahr zulässig (§ 309 Nr. 8b ff. BGB).

¹⁴³⁸ BGH, Urt. v. 26.5.1970 – VI ZR 168/68, BGHZ 54, 85, 87 f.; Urt. v. 19.6.1973 – VI ZR 46/72, BGHZ 61, 56, 58; BGH, Urt. v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1518, 1519; BGH, Urt. v. 9.11.1995 – I ZR 220/95, NJW 1996, 197 = BB-Beil. 19/1996, 2; unzutreffenderweise geht das OLG Köln davon aus, dass Arbeitszeit von Mitarbeitern stets zu ersetzen ist, siehe Urt. v. 22.4.1994 – 19 U 253/93, BB-Beil. 16/1995, 7 = ECR OLG 161; ähnlich LG Oldenburg, Urt. v. 3.11.1994 – 15 O 3539/93, ECR LG 173; LG München I, Urt. v. 27.4.1995 – 7 O 5058/93, ECR LG 192.

¹⁴³⁹ BGH, Urt. v. 1.2.1974 – IV ZR 2/72, BGHZ 62, 103; siehe auch *Chrocziel*, CR 1988, 385.

IX. Ausschluss der Gewährleistung

Zunächst ist fraglich, ob der Softwareersteller die Gewährleistung gänzlich ausschließen kann. Gegenüber Verbrauchern würde eine solche Klausel gegen § 309 Nr. 8b aa) BGB verstoßen.

Möglich ist die Vereinbarung einer gewissen Beschaffenheit des Werkes und damit der Definition von Sach- oder Rechtsmängeln im Rahmen des § 633 Abs. 2 S. 1 BGB. Auch eine solche Klausel ist aber unzulässig, wenn sie faktisch einen Gewährleistungsausschluss darstellt.

Auch zwischen Kaufleuten ist eine Klausel, die eine Gewährleistung gänzlich ausschließt, **unwirksam**.¹⁴⁴¹ Gem. §§ 310 Abs. 1 S. 2 BGB sind im Rahmen des § 307 BGB auch die Wertungen der §§ 308 und 309 BGB heranzuziehen. Aus §§ 309 Nr. 8b aa), 639 BGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Gewährleistung als eine vertragswesentliche Pflicht des Softwareerstellers ansieht, von der dieser nicht abweichen darf. Über § 307 BGB finden im Übrigen die Wertungen des § 640 Abs. 3 BGB auch auf AGB zwischen Unternehmern Anwendung, sodass auch hier in Bezug auf eine Klausel, die in der Abnahme die Erklärung der Mängelfreiheit sieht, das oben Gesagte gilt.

Auch eine Klausel, nach der **mit der Abnahme des Werkes die Mängelfreiheit** erklärt wird, könnte einem Gewährleistungsausschluss gleichkommen. Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 8b aa) BGB ist jedoch wegen der Wertung des § 640 Abs. 3 BGB nicht unbedingt anzunehmen. Eine solche Klausel ist danach nur dann unzulässig, wenn sie die Fiktion der Mängelfreiheit unabhängig von der Kenntnis des Anwenders vom Mangel annimmt und ihm nicht das Recht einräumt, sich die Gewährleistungsrechte vorzubehalten.

Gem. § 639 BGB ist ein Gewährleistungsausschluss **auch individualvertraglich nicht zulässig**, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie übernommen hat. Daraus lässt sich aber auch schließen, dass die Gewährleistung im Übrigen sehr wohl ausgeschlossen werden kann. Dies ergibt sich auch daraus, dass eine § 476 BGB entsprechende Regelung im Werkvertragsrecht gerade fehlt.

X. Ausschluss oder Beschränkung der Nacherfüllung

Nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB hat der Anwender bei Mangelhaftigkeit des Werks ein **Recht auf Nacherfüllung**, also Mängelbeseitigung oder Neubeschaffung. Fraglich ist, inwieweit die Gewährleistung im Hinblick auf die Nacherfüllung beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Für AGB, die zwischen zwei Unternehmern zur Anwendung kommen, gelten über

¹⁴⁴¹ BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 231/90, NJW 1991, 2630, 2632; BGH, Urt. v. 13.3.1996 – VIII ZR 333/94, NJW 1996, 1537, 1538; BGH, Urt. v. 26.1.1993 – X ZR 90/91, NJW-RR 1993, 560, 561.

§§ 307, 310 Abs. 1 BGB die Grundwertungen des § 309 BGB.¹⁴⁴² Der Auftraggeber kann vor der Abnahme verlangen, dass bereits vorhandene Mängel beseitigt und das Werk vertragsgerecht hergestellt wird. Er kann jedoch, wie nach der Abnahme, keine bestimmte Art der Mängelbeseitigung oder vertragsgerechten Herstellung verlangen, wenn der Vertrag auch auf andere Weise erfüllt werden kann.¹⁴⁴³ Neuherstellung kann der Auftraggeber nur dann fordern, wenn die vertragsgerechte Erfüllung auf andere Weise nicht möglich ist.¹⁴⁴⁴

Gem. § 309 Nr. 8b bb) BGB ist eine Beschränkung auf Nacherfüllung nur dann zulässig, wenn dem Anwender für den Fall des Fehlschlagens der Nacherfüllung **seine weiteren Rechte ausdrücklich vorbehalten** werden. Das ist in jedem Fall die Minderung gem. § 634 Nr. 3 BGB. Das Rücktrittsrecht muss ihm gem. § 309 Nr. 8b bb) BGB nur bei anderen Leistungen als Bauleistungen vorbehalten bleiben.¹⁴⁴⁵

Die Klausel, der Besteller könne „Nachbesserung“ verlangen, verstößt aus zwei Gründen gegen § 309 Nr. 8b bb) BGB. Zum einen könnte der rechtsunkundige Käufer denken, dass er außer der Nachbesserung keine weiteren Rechte geltend machen kann. § 309 Nr. 8b bb) BGB verlangt aber, dass die weiteren Rechte ausdrücklich vorbehalten bleiben müssen. Zum anderen geht der Begriff der Nacherfüllung weit über den der Nachbesserung hinaus. Er umfasst sowohl die Beseitigung des Mangels als auch die Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 635 Abs. 1 BGB). Der Softwareersteller kann **das Nacherfüllungsrecht des Bestellers aber auf eine der beiden Arten beschränken**. Im Gegensatz zum Kaufrecht kann er gem. § 635 Abs. 1 BGB wählen, ob er den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen will. Wegen dieses normierten Wahlrechts ist eine solche Beschränkung aber einerseits überflüssig, und könnte andererseits sogar ungünstig für den Unternehmer sein, wenn er sich dadurch unwiderruflich an eine Art der Nacherfüllung bindet.

Fraglich ist, ob eine Beschränkung der **Zahl der Nacherfüllungsversuche** zulässig ist. Nach § 440 S. 2 BGB gilt die Nachbesserung nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen. Dies gilt gem. § 650 BGB auch für Werklieferungsverträge. Für die übrigen Werkverträge besteht keine entsprechend normierte Vermutung. Es kommt im Einzelfall auf die Art und Schwere des Mangels, die technische Komplexität des Werks oder auch die

¹⁴⁴² MüKoBGB/*Basedow*, § 310 Rn. 7 f.; zu § 11 Nr. 10 lit. b) i.V.m. § 9 AGBG: BGH, Urt. v. 25.2.1981 – VIII ZR 35/80, NJW 1981, 1501, 1502; BGH, Urt. v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, NJW 1985, 623, 624; BGH, Urt. v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2438.

¹⁴⁴³ BGH, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528.

¹⁴⁴⁴ BGH, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528.

¹⁴⁴⁵ So schon in § 11 Nr. 10 lit. b) AGBG a.F.

wirtschaftlichen Nachteile des Anwenders an.¹⁴⁴⁶ Im Einzelfall kann deshalb auch nur ein Versuch zumutbar sein. Es ist daher nicht zweckmäßig, sich auf eine bestimmte Anzahl von Nacherfüllungsversuchen festzulegen.¹⁴⁴⁷ Wer dennoch eine Zahl vertraglich fixieren will, könnte bei einfacheren IT-Projekten mit Verweis auf die Nähe zum Kaufrecht versuchen, die in § 440 S. 2 BGB erwähnte Zahl von zwei Versuchen zu fixieren.

Der Softwareersteller kann vom Besteller gem. § 635 Abs. 4 BGB die **Rückgabe des mangelhaften Werkes** verlangen, wenn er ein neues Werk hergestellt hat. E contrario § 309 Nr. 8b dd) BGB ergibt sich, dass er die Nacherfüllung auch von der vorherigen Zahlung eines verhältnismäßigen Teils des Werklohns abhängig machen darf. Unzulässig ist danach nur eine Klausel, wonach das gesamte Entgelt oder ein unverhältnismäßiger Teil zuvor gezahlt werden soll. Dabei ist auf das Verhältnis des Werklohns zum geminderten Wert des Werks abzustellen.¹⁴⁴⁸ 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.¹⁴⁴⁹

Dem Besteller müssen Minderung und Rücktritt also ausdrücklich für den Fall des Fehlschlagens vorbehalten bleiben. Eine Beschränkung dieser beiden Rechte ist nicht zulässig.¹⁴⁵⁰ Im Werkvertragsrecht existiert im Übrigen – im Gegensatz zum Kaufrecht – kein normiertes Rückgriffsrecht des Softwareerstellers gegen seine Lieferanten. § 445a BGB gilt gem. § 650 BGB nur für Werklieferungsverträge. Der Softwareersteller kann dies seinem Lieferanten gegenüber jedoch in seinen AGB durchsetzen. Im Übrigen hat er seinem Lieferanten gegenüber, mit dem er in der Regel Kaufverträge schließt, auch die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte.

Individualvertragliche Regelungen sind weitgehend möglich. Insofern ist eine Beschränkung der Gewährleistungsrechte auf Nacherfüllung grundsätzlich zulässig. Dafür spricht auch, dass eine Beschränkung im Werkvertragsrecht gem. § 639 BGB nur für die Fälle der Garantie und der Arglist ausdrücklich ausgeschlossen wird.

¹⁴⁴⁶ BGH, Urt. v. 29.10.1997 – VIII ZR347/96, NJW 1998, 677, 678; Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 8 BGB Rn. 62.

¹⁴⁴⁷ BGH, Urt. v. 21.2.1990 – VIII ZR 216/89, NJW-RR 1990, 886, 888; nach BGH, Urt. v. 29.10.1997 – VIII ZR347/96, NJW 1998, 677, 678 ist auch eine Beschränkung auf drei Nachbesserungsversuche unzulässig.

¹⁴⁴⁸ MüKoBGB/Wurmnest, § 309 Nr. 8 Rn. 63.

¹⁴⁴⁹ Siehe dazu Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 8 Rn. 83.

¹⁴⁵⁰ BGH, Urt. v. 25.2.1981 – VIII ZR 35/80, NJW 1981, 1501, 1502; BGH, Urt. v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, BB 1993, 1755, 1757.

XI. Kosten der Nacherfüllung

Der Softwareersteller wird ein Interesse daran haben, dass der Anwender die Kosten der Nacherfüllung trägt. Fraglich ist, ob eine entsprechende Vereinbarung zulässig ist. Eine individualrechtliche Vereinbarung von **Kostentragungspflichten** des Anwenders zwischen Unternehmern ist zulässig. Bei AGB sind die Wertungen des § 309 BGB zu beachten. Gem. § 635 Abs. 2 BGB hat der Softwareersteller die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen. § 309 Nr. 8b cc) BGB erklärt solche Klauseln für unzulässig, die entgegen dieser Pflicht des Softwareerstellers die Aufwendungen dem Anwender ganz oder zum Teil auferlegen. Problematisch ist dabei der Versuch, dem Kunden die Nacherfüllungskosten aufzuerlegen, indem die Nacherfüllung an den Abschluss eines gesonderten Vertrags geknüpft wird. Dabei handelt es sich um die Verquickung von Wartung und Pflege mit der Gewährleistung. Solche Klauseln sind auch im Werkvertragsrecht sämtlich unwirksam.¹⁴⁵¹

Im Gegensatz zu § 476a BGB a.F., auf den § 633 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. verwies, gibt es in § 635 Abs. 2 BGB keine Ausnahme von der Kostentragungspflicht des Unternehmers. Daraus, sowie aus dem eindeutigen Wortlaut des § 309 Nr. 8b cc) BGB folgt, dass solche Ausnahmen auch nicht in AGB vereinbart werden können. Nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB kann der Besteller Nacherfüllung verlangen. Der Softwareersteller trägt gem. § 635 Abs. 2 BGB die erforderlichen Aufwendungen. Dabei handelt es sich um vertragswesentliche Pflichten des Softwareerstellers, die nicht auf den Besteller übertragen werden können, § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB.¹⁴⁵² Dagegen spricht auch nicht, dass die Art der Nacherfüllung, also Mängelbeseitigung oder Neuherstellung, gem. § 635 Abs. 1 BGB ausdrücklich zur Disposition des Softwareerstellers steht. Im Gegenschluss ergibt sich daraus vielmehr, dass die Nacherfüllung an sich und die Kostentragungspflicht nach dem Willen des Gesetzgebers zu den vertragswesentlichen Pflichten des Softwareerstellers zählen. Gem. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB sind auch die Wertungen der §§ 308 und 309 BGB im Rahmen des § 307 BGB zu beachten. Somit ergibt sich also die Unwirksamkeit einer Kostentragungsklausel zu Lasten des Anwenders auch im kaufmännischen Bereich aus § 309 Nr. 8b cc) BGB.¹⁴⁵³

Bei großen IT-Projekten fragt sich, ob der IT-Hersteller Kostenersatz verlangen kann, wenn der Softwarekunde Mängel behauptet, sich nachträglich aber Bedienungsfehler als Ursache der Störungen herausstellen. Der *BGH* hat über einen solchen **Anspruch auf Schadensersatz nach**

¹⁴⁵¹ OLG Köln, Urt. v. 9.1.1987 – 6 U 89/86NJW-RR 1987, 1192.

¹⁴⁵² BGH, Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 258/94, NJW 1996, 389, 390.

¹⁴⁵³ MüKoBGB/*Wurmnest*, § 309 Nr. 8 Rn. 56.

einem unberechtigten Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers entschieden.¹⁴⁵⁴ Ein solcher Anspruch bestehe, wenn der Kunde mit seiner Aufforderung zur Mangelbeseitigung eine gegenüber dem IT-Unternehmen bestehende vertragliche Pflicht schuldhaft verletzt hat (§ 280 Abs. 1 BGB). Ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen nach § 439 Abs. 1 BGB stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel des Kaufgegenstands nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt. Dadurch wird das Recht des Käufers, Mängelbeseitigung zu verlangen, nicht entwertet. Er muss im Rahmen seiner Möglichkeiten lediglich sorgfältig überprüfen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt. Da es bei der Prüfungspflicht des Käufers lediglich darum geht, Ursachen in seinem eigenen Einflussbereich auszuschließen, kommt es auf besondere Fachkenntnisse, über die unter Umständen nur der Verkäufer verfügt, nicht an.

XII. Rügepflichten

Die **Rügepflichten aus § 377 HGB** finden auf Werkverträge keine Anwendung. Daher kommt im B2B-Bereich eine vertragliche Auferlegung von Rügepflichten in Betracht. Individualvertraglich können Rügepflichten ohne weiteres vereinbart werden. Soweit dies faktisch einen Gewährleistungsausschluss darstellt, ist § 639 BGB zu beachten. In AGB zwischen Unternehmern können ebenfalls **Rügepflichten vereinbart** werden. Eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB kann aber im Einzelfall dann vorliegen, wenn die Frist so kurz ist, dass sie faktisch einem Gewährleistungsausschluss gleichkommt.¹⁴⁵⁵ Gem. § 309 Nr. 13 BGB darf als Form der Anzeige höchstens Schriftform verlangt werden.¹⁴⁵⁶ Das Erfordernis besonderer Zugangsformen, also z.B. „per Einschreiben“, ist unzulässig.¹⁴⁵⁷

¹⁴⁵⁴ BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147 = JuS 2008, 746 m. Anm. *Faust*.

¹⁴⁵⁵ Z.B. nach BGH, Urt. v. 10.10.1991 – III ZR 141/90, NJW 1992, 575, 576: Dreitägige Rügefrist, die versteckte und erkennbare Mängel erfasst; BGH, NJW 1996, 1537, 1538: Das Rügerecht wird vom Nachweis des Verschuldens des Verwenders abhängig gemacht.

¹⁴⁵⁶ Diese aber nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH zu § 11 Nr. 16 AGBG unbeschränkt, NJW-RR 1989, 625, 626.

¹⁴⁵⁷ BGH, Urt. v. 28.2.1985 – IX ZR 92/84, NJW 1985, 2585, 2587; MüKoBGB/*Wurmnest*, § 309 Nr. 13 Rn. 7.

§ 309 Nr. 13 BGB ist allerdings auf AGB zwischen Unternehmern nicht entsprechend anwendbar. Dies ergibt sich daraus, dass der Unternehmer den geforderten Formerfordernissen im Rahmen seines Geschäftsbetriebs in der Regel unproblematisch nachkommen kann.¹⁴⁵⁸ Ein Verstoß gegen § 307 BGB kann unter Umständen aber dann angenommen werden, wenn die geforderte Form nicht den unternehmerischen Bräuchen und Gewohnheiten entspricht oder im Einzelfall nicht gerechtfertigt ist.¹⁴⁵⁹

XIII. Ausschluss der Selbstvornahme

Gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB kann der Softwarebesteller nach fruchtlosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten Frist **den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen**. Hier ist eine AGB-mäßige Beschränkung des Selbstvornahmerechts wegen der Wertungen des § 309 BGB auch im B2B-Bereich problematisch. Die Selbstvornahme ist Gewährleistungsrecht i.S.d. § 309 Nr. 8b aa) BGB, sodass der Ausschluss grundsätzlich unwirksam ist. Zulässig ist aber die Beschränkung auf Nacherfüllung zu Lasten der Selbstvornahme. E contrario § 309 Nr. 8b bb) BGB muss dem Anwender das Recht auf Selbstvornahme auch nicht für den Fall des Fehlschlagens der Nacherfüllung vorbehalten bleiben. Wegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 637 Abs. 1 BGB darf nicht der Softwareersteller die Frist bestimmen. Weiterhin ist eine Klausel unwirksam, wonach das Recht auf Selbstvornahme vom Verzug oder einem sonstigen Verschulden des Softwareerstellers abhängig sein soll. Von dieser Regelung in § 633 Abs. 3 BGB a.F. ist der Gesetzgeber mit der Neufassung in § 637 Abs. 1 BGB gerade abgerückt.¹⁴⁶⁰

Für die in § 637 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB genannten Fälle kann der Softwareersteller **keine Fristsetzung** verlangen. Eine Klausel, nach der „in jedem Fall“ eine Fristsetzung erforderlich sein soll, ist deshalb unzulässig.

Nach § 637 Abs. 3 BGB kann der Anwender von dem Softwareersteller für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen einen Vorschuss verlangen. Für die Nachbesserung durch den Verkäufer war dieser Anspruch bisher in § 476a a.F. BGB normiert. Dieser wurde über § 633 Abs. 2 S. 2 BGB auch für die Begründung des Aufwendungsersatzanspruchs des Anwenders herangezogen.¹⁴⁶¹ Ein Ausschluss dieses Rechts wäre über § 307 BGB ebenfalls unzulässig.

¹⁴⁵⁸ MüKoBGB/*Wurmnest*, § 309 Nr. 13 Rn. 11.

¹⁴⁵⁹ Vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 307 BGB Rn. 17, 38; noch zum alten AGBGB: Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 16 AGBG Rn. 12; Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 16 AGBG Rn. 16.

¹⁴⁶⁰ *Schudnagies*, NJW 2002, 396, 397; siehe dazu auch die Begründung zum Gesetzesentwurf in BT-Drs. 14/6040, 266.

¹⁴⁶¹ BGH, Urt. v. 17.2.1999 – X ZR 40–96, NJW-RR 1999, 813, 814.

Individualvertraglich ist das Selbstvornahmerecht des Bestellers in § 637 Abs. 1 BGB wohl abdingbar. Die Grenze besteht auch hier gem. § 639 BGB bei Arglist und Vorliegen einer Garantie. Problematisch ist aber, ob das Selbstvornahmerecht individualvertraglich vom Verzug des Softwareerstellers abhängig gemacht werden darf. Dagegen spricht, dass dieses Erfordernis in der Neufassung des § 637 Abs. 1 BGB gerade abgeschafft wurde.¹⁴⁶² Dafür kann angeführt werden, dass der Gesetzgeber im Werkvertragsrecht keine dem § 476 BGB entsprechende Norm geschaffen hat. Daraus muss man schließen, dass individualvertraglich grundsätzlich alles abdingbar sein soll.

XIV. Haftungsfreizeichnung

§ 634 Nr. 4 i.V.m. §§ 636, 280, 281, 283 und 311a BGB gibt dem Anwender einen Anspruch auf **Schadensersatz** bzw. i.V.m. § 284 BGB auf **Ersatz vergeblicher Aufwendungen**. Schadensersatzansprüche des Anwenders können sich außerdem aus Delikt ergeben.

Gem. § 307 i.V.m. § 639 BGB ist ein Haftungsausschluss für **Arglist** und bei Übernahme einer **Garantie** auch zwischen Unternehmern unwirksam. Unter Garantie in diesem Sinne versteht man eine verschuldensunabhängige Zusicherungshaftung. § 14 ProdHaftG verbietet schließlich den Ausschluss der Haftung nach dem ProdHaftG. Schon die Haftung für Zusicherungen galt nach altem Recht als ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung. Für Arglist war dies ausdrücklich in § 637 BGB a.F. normiert. § 639 BGB verbietet den Haftungsausschluss nunmehr sowohl für Arglist als auch bei Übernahme einer Garantie, sodass die Haftung für diese auch im kaufmännischen Verkehr nicht beschränkbar ist.

Auch die Wertung des § 309 Nr. 7a und b BGB kommt im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB zur Anwendung. Nach § 309 Nr. 7a BGB ist die Beschränkung der Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit **auch für leichte Fahrlässigkeit nicht zulässig**. § 309 Nr. 7b BGB verbietet darüber hinaus einen Haftungsausschluss für grobes Verschulden. § 309 Nr. 7a und b BGB erfassen alle Arten schuldhafter Leistungsstörung, aus denen Schadensersatzansprüche erwachsen können, also auch auf Verschulden beruhende Ansprüche aus Gewährleistung.¹⁴⁶³ Nach Auffassung des *BGH* ist demnach auch im B2B-Bereich ein Haftungsausschluss lediglich für vertragsuntypische und daher kaum vorhersehbare Schäden möglich.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁶² Siehe dazu auch die Begründung in BT-Drs. 14/6040, 266.

¹⁴⁶³ Siehe dazu auch die Begründung in BT-Drs. 14/6040, 156.

¹⁴⁶⁴ *BGH*, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016, 3018; *BGH*, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/82, DB 1993, 221, 222.

Weiter ist der Spielraum bei individualvertraglichen Regelungen. Nach § 276 Abs. 3 BGB kann die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden. Nach § 278 S. 2 BGB gilt dies allerdings nicht für die Haftung von Erfüllungsgehilfen.¹⁴⁶⁵ Darüber hinaus ist für eigenes Verschulden eine Freizeichnung von der Haftung für fahrlässiges Handeln – auch für grobe Fahrlässigkeit – individualvertraglich möglich.

XV. Ausschluss des Kündigungsrechts

§ 648 S. 1 BGB gibt dem Softwareanwender bis zur Vollendung des Werkes ein Kündigungsrecht. Fraglich ist, inwieweit dieses ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Individualvertraglich kann das Kündigungsrecht grundsätzlich abbedungen werden.¹⁴⁶⁶ Anders ist die Lage bei AGB. § 309 BGB enthält kein Verbot einer solchen Klausel. Über § 307 BGB findet aber die Wertung des § 648 S. 1 BGB Anwendung. Das Kündigungsrecht ist nach dem Willen des Gesetzgebers eine vertragswesentliche Pflicht, von der nicht abgewichen werden darf.¹⁴⁶⁷ 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 ...“.¹⁴⁶⁸

Nach § 648 S. 2 Hs. 1 BGB hat der Unternehmer einen Kostenerstattungsanspruch. Ersparte Aufwendungen muss er sich dabei anrechnen lassen. Eine Klausel, nach der der Anwender dem Softwareersteller „alle durch seine Kündigung entstandenen Kosten“ zu erstatten hat, ist deshalb wohl ebenfalls unwirksam.¹⁴⁶⁹ Möglich ist aber eine angemessene Pauschalierung, soweit dem Besteller der Gegenbeweis vorbehalten bleibt.¹⁴⁷⁰ Das gilt für Verträge sowohl zwischen Unternehmern als auch gegenüber Verbrauchern.

XVI. Vergütung des Kostenanschlags

Der Softwareersteller hat ein Interesse daran, vom Anwender eine **Vergütung für seinen Kostenanschlag** zu erhalten. Die individualvertragliche Vereinbarung einer Vergütung des Kostenanschlags ist unproblematisch zulässig. Bei AGB finden über § 307 BGB die Wertungen

¹⁴⁶⁵ Hier kann also auch für vorsätzliches Handeln des Erfüllungsgehilfen die Haftung des Schuldners abbedungen werden.

¹⁴⁶⁶ OLG Celle, Urt. v. 1.11.1960 – 10 U 104/60, MDR 1961, 318, 319.

¹⁴⁶⁷ So zu § 649 BGB a.F. BGH, Urt. v. 8.7.1999 – VII ZR 237-98, NJW 1999, 3261, 3262; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9-11 AGBG Rn. 212.

¹⁴⁶⁸ BGH, Urt. v. 8.7.1999 – VII ZR 237-98, NJW 1999, 3261, 3262.

¹⁴⁶⁹ In diese Richtung BGH, Urt. v. 10.10.1996 – VII ZR 250/94, NJW 1997, 259, 260.

¹⁴⁷⁰ So zu § 649 BGB a.F.: BGH, Urt. v. 26.1.1978 – VII ZR 50/77, NJW 1978, 1054, 1055; BGH, Urt. v. 10.3.1983 – VII ZR 302/82, NJW 1983, 1489, 1491; BGH, Urt. v. 8.11.1984 – VII ZR 256/83, NJW 1985, 632; OLG Rostock, Urt. v. 21. 8.1997 – 7 U 365–96, NJW-RR 1998, 310, 311; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9–11 AGBG, Rn. 212.

des § 632 Abs. 2 BGB Anwendung. Danach ist der Kostenanschlag „im Zweifel“ nicht zu vergüten. Fraglich ist, ob ein solcher Zweifelsfall vorliegt, wenn die Zahlungspflicht ausdrücklich in den AGB festgelegt ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung soll eine Vergütung nur für den Fall in Frage kommen, dass der Kostenanschlag Gegenstand eines separaten und auf beiden Seiten verpflichtenden Vertrags ist.¹⁴⁷¹ Nur dann liege kein Zweifelsfall i.S.d. § 632 Abs. 2 BGB vor. Es reicht auch nicht aus, dass die Vergütungspflicht erst als Klausel im AGB-Werk zum Hauptvertrag enthalten ist.¹⁴⁷² Eine klauselhafte Vereinbarung einer Vergütungspflicht kann aber in einem Vertrag über den Kostenvoranschlag wirksam vereinbart werden. Voraussetzung dafür ist, dass sie an deutlich sichtbarer Stelle und besonders hervorgehoben dem Verbraucher bekannt gemacht wird.¹⁴⁷³

XVII. Sonstige Klauseln

Im Übrigen enthält der Softwareerstellungsvertrag – ähnlich wie der Softwareüberlassungsvertrag – am Ende eine Reihe „sonstiger“ Klauseln, etwa zum Gerichtsstand und zum anwendbaren Recht. Die Klausel „Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig“ ist AGB-rechtlich unwirksam.¹⁴⁷⁴ Eine unangemessene Benachteiligung liege vor, wenn der Besteller durch das Verbot der Aufrechnung in dem Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrags gezwungen würde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustehen. Denn hierdurch werde in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in für den Besteller unzumutbarer Weise eingegriffen.

1. Schiedsklauseln

¹⁴⁷¹ BGH, Urt. v. 12.7.1979 – VII ZR 154/78, NJW 1979, 2202; BGH, Urt. v. 8.11.1979 – VII ZR 215/78, BauR 1980, 172, 174; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.3.1991 – 19 U 47/90, BauR 1991, 613, 614; *Schudnagies*, NJW 2002, 396, 398.

¹⁴⁷² Nach BGH, Urt. v. 3.12.1981 – VII ZR 368/80, NJW 1982, 765, 766 muss auf die Vergütungspflicht schon vor Zustimmung zur Einholung eines Kostenvoranschlags ausdrücklich hingewiesen worden sein.

¹⁴⁷³ BGH, Urt. v. 3.12.1981 – VII ZR 368/80, NJW 1982, 765, 766; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 Rn. K 13.

¹⁴⁷⁴ BGH, Urt. v. 3.12.1981 – VII ZR 368/80, NJW 1982, 765, 766.

Sinnvoll ist es, gerade bei komplexeren Softwareerstellungsverträgen statt oder ergänzend zu einer Gerichtsstandregelung auch ein **Schiedsgericht** mit der Entscheidung zu beauftragen. Gerade bei komplexeren Fragen, etwa technischer Art, bietet sich ein solcher Weg an. Ein Schiedsgericht wird typischerweise nach den Regeln der **Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)** tätig werden.¹⁴⁷⁵ Einbezogen werden die DIS-Regeln über eine Schiedsklausel, wie folgt:

„Alle Streitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit dem Vertrag (... Bezeichnung des Vertrags ...) oder über seine Gültigkeit ergeben, werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges endgültig entschieden.“

2. Audit-Klauseln

Alle Jahre wieder gehen die großen Softwareunternehmen ihre Kunden an und verlangen den Zugriff auf deren EDV im Rahmen eines „**Software licensing audit**“. Die Auditierungsmaßnahmen¹⁴⁷⁶ dienen dazu, die **Einhaltung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse** zu überprüfen.¹⁴⁷⁷ Zumeist vereinbaren Softwareunternehmen in den Überlassungsverträgen vertragliche Audit-Klauseln, die ihnen eine Überprüfung der vor Ort genutzten „Lizenzen“ ermöglichen sollen. Sofern es an einer vertraglichen Vereinbarung fehlt, kann sich ein Besichtigungsanspruch darüber hinaus aus § 101a UrhG sowie aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB oder den §§ 809 ff. BGB ergeben.

Mit der Einführung des § 101a UrhG hat der Gesetzgeber den Rechteinhabern die Möglichkeit eingeräumt, die Verletzung ihrer Rechte aktiv zu überprüfen. Bei einer in gewerblichem Ausmaß begangenen Rechtsverletzung erstreckt sich der Anspruch auch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. Erforderlich ist aber in allen Fällen, dass der Softwarelizenznehmer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Rechtsverletzung begangen hat. Diese muss vom Anspruchsteller dargelegt werden. Die Ausforschung des Anspruchsgegners darf nicht Ziel des Anspruchs sein,¹⁴⁷⁸ es müssen vielmehr konkrete Anknüpfungstatsachen und Verdachtsmomente vorliegen¹⁴⁷⁹. Mit einem Audit verfolgt das

¹⁴⁷⁵ <http://www.disarb.org/de/> / (zuletzt abgerufen am 22.03.2021).

¹⁴⁷⁶ Die Details einer solchen Auditierung sind geregelt in der Norm ISO/IEC 27001:2005.

¹⁴⁷⁷ Vgl. *Strittmatter/Harnos*, CR 2013, 621.

¹⁴⁷⁸ *Korthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3.

¹⁴⁷⁹ *Korthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3, 4.

Softwareunternehmen im Gegensatz hierzu den Zweck einer anlassunabhängigen Prüfung, ob die vom Softwarenutzer verwendete Software ausreichend lizenziert ist. § 101a UrhG ist jedoch als ultima ratio hinsichtlich der Intensität des Eingriffs in die Rechte des Lizenznehmers restriktiv auszulegen¹⁴⁸⁰ und kann nicht zur Begründung eines allgemeinen Auditierungsanspruchs herangezogen werden. Das Verhältnis von § 101a UrhG zu weiteren zivilrechtlichen Ansprüchen ist nicht geklärt. Es spricht jedoch viel dafür, den Anspruch als *lex specialis* zu § 242 BGB und den §§ 809 ff. BGB anzusehen, durch den diese verdrängt werden.¹⁴⁸¹

Diese Überlegungen führen dazu, dass große IT-Unternehmen die Auditierungspflicht vertraglich verankern. Diese Verträge sind typischerweise Standardverträge. Selbst wenn sie im B2B-Bereich abgeschlossen werden, gelten für sie die Grenzen des § 307 BGB. Hier ist **§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB** 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.¹⁴⁸² § 101a UrhG sieht einen Anspruch auf Vorlage und Besichtigung vor, sofern eine Rechtsverletzung hinreichend wahrscheinlich ist. Ist dies der Fall, darf die Inanspruchnahme als weitere Hürde gemäß § 101a Abs. 2 UrhG nicht unverhältnismäßig sein.

Wird in den AGB eine anlassunabhängige Prüfung vereinbart, erscheint zweifelhaft, ob dies mit den Wertungen des UrhG im Einklang steht, denn es handelt sich bei dem in Anspruch Genommenen nicht um einen Rechtsverletzer. Im Rahmen des Audits wird lediglich eine abstrakte Prüfung des Nutzungsverhaltens vorgenommen. Auditklauseln, die einem externen Zugriff auf die IT des Unternehmens geben sollen, erscheinen folglich schon aus diesem Grund schwerlich mit den Wertungen des Urhebergesetzes und daher mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vereinbar.

Darüber hinaus sind die Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit der Inanspruchnahme i.R.d. § 101a UrhG zu berücksichtigen und die Interessen des Lizenznehmers umfassend zu würdigen. Dabei ist zum einen dem Interesse des betroffenen Unternehmens am Schutz seiner Betriebsgeheimnisse Rechnung zu tragen. Dem auditierenden Unternehmen wird durch die Besichtigung die Möglichkeit des Eingriffs in das **betriebliche Know-how des Nutzers** verschafft. Das Prüferunternehmen erfährt von zahlreichen Details des Innenlebens eines

¹⁴⁸⁰ Wandtke/Bullinger/Ohst, § 101a UrhG Rn. 4.

¹⁴⁸¹ Korthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3, 5.

¹⁴⁸² OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.10.2001 – 20 U 19/01, MMR 2002, 238, 241; OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.1989 – 3 U 1342/88, NJW 1989, 2634; BGH, Urt. v. 18.2.1982 – I ZR 81/80, GRUR 1984, 45, 52 – Honorarbedingungen – Sendervertrag.

Unternehmens und bekommt auch eine Vorstellung davon, wann, wo, und wie an welchen Projekten innerhalb eines Unternehmens gearbeitet wird. Insofern berührt die Auditierung den Schutz von Know-how im Rahmen des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Ferner ist eine Auditierung in Fällen des **§ 203 StGB** problematisch, etwa wenn es sich bei dem zu überprüfenden Unternehmen um ein Unternehmen aus dem medizinischen oder anwaltlichen Bereich handelt. Sollte das prüfende Unternehmen von medizinischen Daten Kenntnis erlangen, wäre vorab eine Einwilligung der Betroffenen einzuholen. Insofern ähnelt die Sach- und Rechtslage eher der Frage der Drittwartung von IT-Diensten im medizinischen Bereich.¹⁴⁸³ Selbst wenn kein Fall des § 203 StGB vorliegt, müssen die **datenschutzrechtlichen Vorgaben** eingehalten werden.¹⁴⁸⁴ Ein Audit-Unternehmen erfährt einiges, das in den Bereich der personenbezogenen Daten fällt, etwa über den Datenzugriff einzelner Mitarbeiter und deren IT-Nutzungsverhalten.

Um die AGB-rechtlichen Unwägbarkeiten zu umgehen, bleibt dem Softwareunternehmen die Möglichkeit der Individualvereinbarung mit dem Lizenznehmer.¹⁴⁸⁵ Hierzu muss es allerdings zu echten Vertragsverhandlungen gekommen sein, bei denen der Lizenznehmer Einfluss auf die Einbeziehung und Ausgestaltung der Klauseln genommen hat. Eine weitere denkbare Alternative: der Kunde wird zum Selbstaudit verpflichtet. Bei Zweifeln an der Richtigkeit der Selbstauskunft gibt der Kunde eine eidesstattliche Versicherung ab. Sollten dann noch Zweifel bleiben, bleibt der Weg über die Staatsanwaltschaft bzw. die allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten zur Einsichtnahme und Beschlagnahme von Unterlagen.

¹⁴⁸³ *Ehmann*, CR 1991, 294; *Otto*, wistra 99, 203.

¹⁴⁸⁴ *Huppertz/Schneider*, ZD 2013, 427.

¹⁴⁸⁵ *Korthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3, 9.

XVIII. Agile Programmierung

1. Einführung

Viele Softwareentwicklungsverträge folgen traditionell dem typischen Modell des Wasserfalls¹⁴⁸⁶ in seinem sequenziellen Ansatz auf der Basis langer Entwicklungszyklen, bei dem die einzelnen Teilprojektschritte „Anforderungsanalyse, Design, Programmierung und Testen“ nacheinander fertiggestellt werden. Dadurch entstehen jedoch zahlreiche tatsächliche und rechtliche Herausforderungen. Diese sind dadurch bedingt, dass man dem Modell unterstellt, man könne jede Phase des Projektes komplett abschließen, bevor man die neue Phase startet. Die sequentielle Abarbeitung führt dazu, dass Veränderungen der Kundenanforderungen zu einem neuen Durchlauf des Prozesses führen. Prozessversagen wird daher aus Sicht des Kunden (nur) als Vertragsverletzung betrachtet.

Hier setzt die Logik von agiler Programmierung an.¹⁴⁸⁷ Unter agiler Programmierung wird ein Softwareentwicklungsprozess als Modell verstanden, in dem der Fortschritt unvorhersehbar ist und stets von Störungen bedroht werden kann. Deshalb wird ein flexibleres Prozessgeschehen modelliert und Versagen als Risiko eingebaut.

2. Was ist agile Programmierung?

a) Das agile Manifest

2001 veröffentlichten mehrere Softwareentwickler das Manifest über agile Programmierung.¹⁴⁸⁸ Zu den zwölf Prinzipien zählen unter anderem:

- Kundenzufriedenheit wird am besten durch die frühzeitige und kontinuierliche Lieferung wertvoller Software erreicht.
- Funktionierende Software ist das erste Ziel der Entwicklung und sollte regelmäßig innerhalb kurzer Zeitspannen geliefert werden.
- Sich verändernde Anforderungen sind willkommen, auch spät im Entwicklungsprozess.

b) Die unterschiedliche Zusammenarbeit in traditionellen Projekten und im agilen Projekt

¹⁴⁸⁶ Schmidl, Wasserfallmodell: Taeger/Borkert, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013, S. 927.

¹⁴⁸⁷ Vgl. Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, 427, 428.

¹⁴⁸⁸ Abrufbar unter <http://agilemanifesto.org/iso/de/manifesto.html> (zuletzt abgerufen am 22.03.2021); Cohn, Succeeding with Agile: Software Development Using Scrum. Zu Studien verschiedener Methoden agiler Programmierung s. hierzu auch die Übersicht Koch, ITRB 2010, 114, 115 f.

Entwickler und Business Teams interagieren sehr eng. Dazu wird das Projekt in kleine Entwicklungseinheiten unterteilt (genannt Wiederholung oder Sprints).¹⁴⁸⁹ Jedes Teilprojekt besteht aus einer selbstständigen Entwicklung von Design, Kodierung und Test binnen zwei bis vier Wochen. Jedes Ergebnis einer in sich abgeschlossenen Teillösung muss für sich selbst nutzbar sein. Dabei sollte das Ziel sein, die aus Sicht des Kunden wichtigsten Grundfunktionalitäten zuerst zu entwickeln, während Komfortfunktionalitäten erst zu einem späteren Zeitpunkt entwickelt werden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Kunde frühzeitig ein für ihn nutzbares (Teil-)Produkt erhält. Dies gewährleistet, dass das Ergebnis einer Iteration auf der Basis des Sourcecodes vom Auftraggeber selber oder einem Dritten weiterentwickelt werden kann.

Man muss zurück zum Sinn und Zweck eines Softwareentwicklungsvertrages und sich fragen, welchen Zweck ein solcher Vertrag verfolgt. Zu klären sind der Zweck des Vertrages und die Umsetzung in ein lauffähiges Produkt. Wasserfallprojekte konzentrieren sich häufig auf die Zusatzfrage nach dem Scheitern des Projektes und den rechtlichen Folgen. Dementsprechend ist das Werkvertragsrecht denkbar ungeeignet für IT-Projekte. Es geht von einem von vornherein festgelegten Erfolgsrahmen aus, der nach Möglichkeit einmalig am Ende des Projektes geprüft und bei Einhaltung vom Anwender bestätigt wird. Schon *Nicklisch* hat darauf hingewiesen, dass IT-Projekte komplexe Langzeitverträge sind, die sich dem Raster des traditionellen Werkvertragsrechts entziehen.¹⁴⁹⁰ Vernachlässigt wird traditionell die funktionale Spezifikation und Definition des Vertragszwecks und dessen Umsetzung als ständiger täglicher Prozessverlauf.¹⁴⁹¹ Hier setzt die agile Programmierung an, in der viel deutlicher die Schlüsselfiguren des Projekts, die Struktur der Projekttreffen und die Elemente der Projektdokumentation herausgearbeitet werden.¹⁴⁹²

c) Der Hang der Juristen nach der Suche nach dem Vertragstypus

Dabei ist es falsch, von einem bestimmten Vertragstypus in Bezug auf agile Projekte auszugehen. Vielmehr muss je nach Zweck des Vertrages darauf geachtet werden, mögliche Flexibilität mit harten Konturen in Bezug auf die Abnahme und die Preisgestaltung im Allgemeinen zu kombinieren. Nicht alle Aktivitäten müssen notwendig agil erfolgen, denkbar

¹⁴⁸⁹ Dazu Taeger/Borkert, S. 930; Buchholz, ZD-Aktuell 2013, 03170.

¹⁴⁹⁰ Doehring/Nicklisch, Richterliche Rechtsfortbildung; *Nicklisch*, Komplexe Langzeitverträge für neue Technologien und neue Projekte; zum komplexen Langzeitvertrag s. ferner *Nicklisch*, NJW 1985, 2361; *Zahrnt*, CR 1992, 84.

¹⁴⁹¹ Das ergebnisoffene Gestalten des Projektes ist daher systemimmanent; s. hierzu *Witzel*, CR 2017, 557; *Hoppen*, CR 2015, 747.

¹⁴⁹² *Schneider*, ITRB 2010, 18, 20; *Frank*, CR 2011, 138.

ist auch eine Kombination von Customizing mit agiler Entwicklung. Es ist daher auch wichtig vor Beginn des Projektes festzulegen, welches Teilprojekt agil und welches nicht agil durchgeführt werden soll. Dementsprechend bietet es sich an, nicht von vornherein in die Diskussion um Dienstvertrag oder Werkvertrag einzusteigen, auch wenn der Jurist mit diesem Denken in solchen Schablonen genetisch vorbelastet ist und solche Einordnungen nachher im Projektverlauf eine große Rolle spielen.¹⁴⁹³ Es kann sich auch anbieten, bei der Vertragsform beide Raster zu kombinieren, etwa einen dienstvertraglichen Rahmen mit eher werkvertraglich konzipierten Teilleistungen. Wie unten zu zeigen sein wird, besteht über die *Definition of Done* die Chance, einen dienstvertraglichen Rahmenvertrag mit abgespeckten Werkverträgen auf der Einzelsprintebene zu kombinieren. Wichtig ist die Unterscheidung nur dann, wenn die Parteien zu Standardverträgen greifen, die nach Maßgabe von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB einer AGB Kontrolle unterliegen. Individualvertraglich ist hingegen nahezu unbeschränkte Vertragsfreiheit vorherrschend.

d) Klarheit

Fraglich ist, ob die Parteien eine solche Definition regelmäßig vorsehen sollten. Spätestens hier ist zu entscheiden, ob ein Dienstvertrag oder nicht doch ein Werkvertrag vorliegt. Für einen Werkvertrag spricht zum Beispiel, dass der *BGH* in seiner Entscheidung vom 23. Juli 2009 (Siloanlagen Fall) wegen der überwiegenden Planungsphase einen Werkvertrag angenommen hat. Damit ist gleichzeitig die Anwendung des § 650 BGB ausgeschlossen.¹⁴⁹⁴ Die umfangreichen Planungsarbeiten eines agilen Projektes sprechen daher dafür, von der werkvertraglichen Gewährleistung auszugehen und vor allem auf die Abnahme als bedeutendes Element abzustellen.¹⁴⁹⁵ Falls dies der Fall sein sollte, muss etwas zu Tests und Reviews gesagt werden. Auch muss eine entsprechende Vereinbarung beinhalten, dass alle Programmierstandards eingehalten sind und die notwendige Dokumentation vollständig vorliegt. Es ist ein Irrglaube, zu meinen, dass agile Projekte gänzlich ohne Dokumentation auskommen. Zu Recht hat das *OLG Frankfurt a.M.* betont, dass eine Dokumentation der Systemarchitektur im Zweifel frühestens dann vorliegen muss, wenn das Ergebnis des Projektes sich im Projektverlauf derart verfestigt hat, dass eine Korrektur an der Systemarchitektur nicht

¹⁴⁹³ Daran mangelt es auch in der Entscheidung des LG Wiesbaden, MMR 2017, 561. Das Landgericht hat in einem zum Projektverlauf verhandelten Vertragsentwurf einen Anhaltspunkt für die Einordnung als Werkvertrag gesehen. Zu Recht betont das OLG Frankfurt a.M., CR 2017, 646, dass die Einordnung des Vertragsverhältnisses dahinstehen kann, da der Anspruch wegen einer klaren Ratenzahlungsvereinbarung sowohl bei Anwendung des Dienstvertragsrechts als auch bei Zugrundelegung des Werkvertragsrechts fällig sei.

¹⁴⁹⁴ BGH, NJW 2009, 2877; Taeger/Heinemann, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2016, S. 633, 646.

¹⁴⁹⁵ Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, MMR, 2012, 427.

mehr zu erwarten ist.¹⁴⁹⁶ Sollten die Parteien über die Erfüllung solcher Definitionen streiten, bietet sich ein Streitschlichtungsmechanismus an. Das Projekt ist beendet, wenn alle Aspekte im Backlog (sog. Backlog-Items) entwickelt und beendet sind, entsprechend der *Definitions of Done*. Dabei unterscheidet sich die Liste der Aufgaben am Anfang durchaus von der Liste am Ende des Projektes.

3. Neue Rollenverteilung im agilen Projekt

Die fundamentalen Rollen bestimmen die agile Programmierung, gerade im Scrum Modell.¹⁴⁹⁷

a). Product owner

Da ist der „Eigentümer“ des Produktes (product owner), der der Schlüsselrepräsentant des Kunden ist, auch wenn er nicht mit dem Auftraggeber identisch ist.¹⁴⁹⁸ Er ist verantwortlich, die Vision des Kunden und seine Anforderungen erfolgreich an das Entwicklungsteam zu kommunizieren.¹⁴⁹⁹ Er entscheidet auch, ob ein Backlog-Eintrag während eines Sprints fertiggestellt wurde. Er erstellt, ordnet und verwaltet das Product Backlog und priorisiert/revidiert es entsprechend der Kundenanforderungen permanent während des Projektes. Auch nimmt er an allen Treffen des Entwicklungsteams während jedes Sprints teil. Er wird bestellt vom Kunden und hat Zugang zu allen relevanten Stakeholdern des Kunden.¹⁵⁰⁰ Wichtig ist, dass von vornherein dessen Qualifikation für den Umgang mit Scrumprojekten klar ist.¹⁵⁰¹ Der Eigentümer braucht hinreichend Freiraum in zeitlicher und fachlicher Hinsicht für die Wahrnehmung seiner Aufgaben und ist verpflichtet, auf Fragen des Entwicklungsteams unverzüglich zu reagieren.¹⁵⁰²

b). Das Entwicklungsteam

Als nächstes ist die Rolle des Entwicklungsteams festzulegen.¹⁵⁰³ Dieses ist für die aktuelle Entwicklungsarbeit und die Lieferung der Inkremente innerhalb jedes Sprints verantwortlich. Es muss über die notwendige Kompetenz zur Arbeit in Scrum-Projekten verfügen und offen

¹⁴⁹⁶ OLG Frankfurt a.M., CR 2017, 646.

¹⁴⁹⁷ Vgl. Auer-Reinsdorff/Conrad/Sarre, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 60 ff.

¹⁴⁹⁸ Borkert sieht darin ein Indiz für das Vorliegen eines Dienstvertrages; Taeger/Borkert, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013, S. 933.

¹⁴⁹⁹ Wichtig ist, dass weder der Product Owner und noch der Scrum Master arbeitsrechtliche Weisung erteilt; ausführlich hierzu Friedl/Heise, NZA 2015, 129, 133.

¹⁵⁰⁰ Friedl/Heise, NZA 2015, 129, 130.

¹⁵⁰¹ Bedenken gegen die Qualifikation vor allem von unerfahrenen Anwendern äußern auch Leupold/Glossner/Bussche/Schelinski, Rdnr. 95.

¹⁵⁰² S. hierzu Hengstler, ITRB 2012, 113, 115.

¹⁵⁰³ Zu beachten ist, dass ein Einfluss des Auftraggebers auf die Zusammensetzung des Teams unter Umständen Sanktionen nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz auslöst.

sein für Mitglieder, die Erfahrung mit der Kodierung oder dem Austesten haben.¹⁵⁰⁴ Meist verfügen die Techniker des Kunden nicht über die notwendigen technischen Fähigkeiten zur effizienten Mitarbeit. Außerdem bereitet eine Einmischung ihrerseits große rechtliche Schwierigkeiten dabei, eine klare Zuordnung von Risiken und Haftung zwischen Kunden und Entwicklern vorzunehmen. Deshalb sind Entwicklungsteams oft gemischt zusammengesetzt, damit alle notwendigen Fähigkeiten vorhanden sind, um das Inkrement zu liefern. Im Vertrag muss auf jeden Fall geregelt werden, wie der Kunde bei der Zusammensetzung des Entwicklungsteams eingebunden ist. Von zentraler Bedeutung ist, dass das agile Regelwerk und die darin enthaltenen Rituale dem ganzen Team vermittelt werden, damit diese Regeln alltäglich in die Entwicklungsarbeit einfließen. Sollten sich die Parteien nicht binnen einer festgelegten Zeit auf ein Team festlegen können, muss der Vertrag ohne Haftungsrisiken beendet werden können. Geregelt werden muss auch, dass jedes Mitglied des Entwicklungsteams während der Laufzeit des Projektes voll in das Projekt eingebunden ist und nicht abberufen werden kann ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Kunden.

c). Scrum Master

Es bleibt noch die Rolle des Programmmeisters oder Scrum Master. Er hat die eigentliche Schlüsselrolle im Projekt inne; seine Aufgaben ähneln denen eines Coaches. Er gewährleistet, dass das Entwicklungsteam und der Eigentümer des Produktes kooperativ nach dem Projektplan zusammenarbeiten.¹⁵⁰⁵ Er ist kein Produktkoordinator, sondern unterstützt nur den Eigentümer des Produktes und das Entwicklungsteam.¹⁵⁰⁶ Vertraglich ist es möglich, den Scrum Master aus den Entwicklungsmitarbeitern zu nehmen oder eine dritte Partei unabhängig vom Kunden oder vom Entwickler hinzuzuziehen.¹⁵⁰⁷ Schlüsselaufgaben des Scrum Masters müssen im Vertrag geregelt werden und die Unabhängigkeit des Scrum Masters sowie die Verfügbarkeit während der Projektlaufzeit müssen sichergestellt werden.

4. Die Produktvision

Beschrieben wird als Startfrage nur die Produktvision. In dem dazugehörenden Statement werden die übergeordneten Zwecke und Ziele des Projektes umschrieben. Ein entsprechendes

¹⁵⁰⁴ Friedl/Heise, NZA 2015, 129, 131.

¹⁵⁰⁵ Friedl/Heise, NZA 2015, 129, 130 f.

¹⁵⁰⁶ Schwaber/Sutherland, Der Scrum Guide, 2017, S. 9,

<http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v2017/2017-Scrum-Guide-German.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.03.2021).

¹⁵⁰⁷ Bevorzugt wird der Scrum Master extern besetzt und dienstvertraglich mit dem Auftraggeber verbunden.

Dokument gehört daher auf jeden Fall zumindest in den Entwicklungsvertrag. Dies ist nicht zu verwechseln mit dem Product Backlog, nämlich einer Beschreibung der Anforderungen, die es zu entwickeln gilt. Strukturiert nach Wichtigkeit werden hier Einzelanforderungen priorisiert.¹⁵⁰⁸

Beschrieben werden die einzelnen Charakteristika des zu entwickelnden Programms sowie dessen ökonomische Bedeutung. Auch der Zeitaufwand wird eingeschätzt. Dann wird eine Priorität für jede Aufgabe festgelegt. Oft entstehen User Storys wie folgt: „Als ein Nutzer möchte ich das Feature X, sodass ich den Vorteil Y habe.“. Ziel ist es, die Beschreibung kurz zu halten. Die Prioritäten müssen möglichst klar beschrieben sein und werden durch den Product Owner regelmäßig geprüft. Schätzungsweise 5-10 % eines Sprints sollten dazu genutzt werden, gemeinschaftlich den Product Backlog neu zu definieren. Da Product Backlog-Item häufig unterschiedlich aufwendig sind, müssen Schätzeinheiten gefunden werden. Normalerweise sind Sprints damit immer gleich lang und damit gleich teuer. Es werden aber je nach Aufwand unterschiedlich viele Backlog-Einträge abgearbeitet. Erfahrungsgemäß werden Entwicklungsteams (Personenkontinuität vorausgesetzt) auch schneller und können später mehr abarbeiten als am Anfang. Empfehlenswert ist es, in einem anfänglichen Workshop zwischen dem Product Owner und dem Entwicklungsteam den Product Backlog zu entwickeln und zu diskutieren. Der anfängliche Product Backlog sollte dann noch vom Entwicklungsteam genutzt werden, um den Product Owner mit einer Einschätzung des Aufwandes auszustatten (s. unten). Die Schätzung erfolgt nach Vertrag mit angemessener Sorgfalt und auf der Basis fairer Annahmen. Wenn die Kostenschätzung beendet ist, soll der Product Owner verpflichtet sein, jede Aufgabe auf der Basis des Aufwandes und des Businesswertes mit einer Priorität zu versehen. Die Parteien sollen verpflichtet sein, regelmäßig während eines Sprints in einem Workshop den Product Backlog neu festzulegen, falls notwendig. Der Product Owner ist aber auch frei, den Product Backlog jederzeit zu verändern. Ausnahmen sind einseitige Veränderungen der Kostenschätzung oder der Prioritätsbereiche während eines Sprints.

Fraglich ist, ob die Anwendung von §§ 313-315 BGB hilfreich ist. Hier wird zu sehr auf die einseitige Leistungsbestimmung durch eine der Parteien und/oder nach Maßgabe der Billigkeit abgestellt. Es wird also bei einem Vertrag nach § 313 BGB zu wenig kommuniziert, sondern eher einseitig bestimmt. Juristen sollten so flexibel wie möglich vorgehen, um ein agiles Projekt nicht von vornherein in Rechtszwängen zu ersticken. Zu beachten ist aber, wie unten gezeigt

¹⁵⁰⁸ Schwaber/Sutherland, S. 16, <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v2017/2017-Scrum-Guide-German.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.03.2021).

wird, dass die Modalitäten der Preisgestaltung, insbesondere im Verhältnis zur Abnahme, genauer geregelt werden sollten.

Für den Kunden ist es sehr unerfreulich, dass er scheinbar einen Blankoscheck für die Projektkosten übernehmen muss. Es muss daher eine Systematik der Zielvorgaben in den Vertrag aufgenommen werden. Preismodelle umfassen einen festgelegten Preis pro User Story.¹⁵⁰⁹ Der Widerstreit besteht zwischen dem Zwang zu eindeutigen Beschreibungen der Leistung und der Flexibilität in agilen Projekten. Empfohlen wird eine Bindung der Preiszahlung an die Erreichung bestimmter Funktionalitäten von Software, die etwa mittels der Function-Point-Analyse festgelegt werden können.¹⁵¹⁰ Wichtig ist es, die Anfangsanforderung klar zu bestimmen und eine Checkpointphase anzuschließen, in der nach anfänglicher Umsetzung Entscheidungen über die weitere Umsetzung des Gesamtprojektes getroffen werden. Erst danach können Festpreise und Abnahmen vertraglich bindend festgelegt werden.¹⁵¹¹ Bei komplexen Projekten kann man auch nach der Projektantragsphase und vor der Angebotsphase eine Spezifikations-Phase vorsehen, die zu einer Vorabspezifikation und damit auch realistischeren Festpreisen führt.¹⁵¹² Ähnlich ist die Planung über eine Machbarkeitsstudie, an die sich eine Vertragsphase anschließt; die Machbarkeitsstudie (sog. Sprint Zero) kann sinnvollerweise im Dienstvertragsrecht angesiedelt sein, während alle anderen Lösungen als Werkvertrag ausgerichtet sind.

Empfohlen wird eine Produktbeschreibung, die eine detaillierte Beschreibung der Funktionen und des Designs des fertigen Produktes beinhaltet und zeigt, wie das fertige Produkt mit der Produktvision übereinstimmt. Die Produktvision sollte für Kommentare und Änderungswünsche des Kunden offen sein und mit einem Streitschlichtungsmechanismus verbunden werden. Die rechtliche Gewährleistung umfasst die Freiheit des Produktes von Fehlern und die Vereinbarkeit mit der Produktbeschreibung. Die Gewährleistung und Haftung wird zeitlich begrenzt; geklärt werden müsste ferner die Verwendung von Open Source Software und der Virenschutz.

5. Der Sprintprozess

¹⁵⁰⁹ Der Festpreis spielt daher eine zentrale Rolle bei agilen Projekten, siehe dazu: *Opelt/Gloger/I/Mittermayr*, S. 31.

¹⁵¹⁰ Zur Function-Point-Analyse nach ISO/IEC 20926 siehe *Taeger/Bokert*, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013, S. 943.

¹⁵¹¹ *Taeger/Heinemann*, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2016, S. 633, 640.

¹⁵¹² *Taeger/Heinemann*, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2016, S. 633, 641; siehe hierzu auch *Bergsmann*, S. 237, 246.

Die Parteien legen die Dauer von Sprints fest, meistens als eine sehr kurze Zeitperiode (zwei bis vier Wochen). Diese Festlegung der Dauer sollte nicht geändert werden, selbst wenn der Fortschritt des Projektes aus dem Rahmen läuft. Unbeendetes sollte besser in einem Product Backlog neu bewertet und prioritär realisiert werden.

Jeder Sprint hat typischerweise drei Arten von Treffen. Am Anfang des Sprints steht das Planungstreffen zwischen Product Owner, Entwicklungsteams und dem Scrum Master. Der Product Owner wird dabei dem Entwicklungsteam erklären, welche Punkte eine hohe Priorität im laufenden Sprint haben und welche Ziele und Businesskontexte mit dem einzelnen Punkt verbunden sind. Das Entwicklungsteam wird dann festlegen, welche besonders wichtigen Ziele während des laufenden Sprints entwickelt werden. Nach diesem Treffen wird ein Sprint Backlog von dem Entwicklerteam erstellt, bei dem die Gesamtaufgabe in individuelle Aufgaben heruntergebrochen und der Aufwand für jede einzelne Aufgabe festgelegt wird. Dann finden tägliche, kurze Treffen des Entwicklungsteams (sog. Daily Scrums) statt, bei denen beschrieben wird, welche Arbeit welches Mitglied des Entwicklungsteams beendet hat und welche gerade ansteht. Diskutiert werden auch aufkommende Hindernisse, die Arbeit zu beenden. Gleichzeitig werden die Kostenschätzungen auf den laufenden Stand gebracht. Empfehlenswert ist ein Sprint Chart, das die Kostenschätzung für das einzelne Modul im Kontext der gesamten Kostenschätzung wiedergibt. Schließlich gibt es ein Sprint Review Meeting. Hier gilt es, die erreichten Ziele festzuhalten. Insofern bedarf es einer Definition of Done (s. unten).

Vertraglich sollte der Fortgang des Sprintprozesses festgelegt werden, sodass die Entwicklungsteams mitverpflichtet sind, festzulegen, wie viele zentrale Elemente im laufenden Sprint entwickelt werden können. Der Kunde ist verpflichtet, die vereinbarten Aufgaben im Sprint anzuerkennen. Es wird auch festgelegt, wie der Sprint Backlog fortgeschrieben wird, abhängig von Planungstreffen. Das Entwicklungsteam verpflichtet sich, die geplanten Verbesserungen im nächsten Sprint umzusetzen. Der Sprintprozess wird fortgesetzt, bis das Projekt beendet oder der Vertrag aufgelöst ist. Gestritten wird darüber, ob man jeweils das Ergebnis des Sprintprozesses als vertraglich verbindlich ansehen soll. Unseres Erachtens haben wir es mit Elementen eines Werkvertrages zu tun, wenn man Backlog-Einträge für einen Sprint einschließlich der Definition of Done festgelegt hat. Das führt dann zu dem Problem, dass nicht erreichte, aber vereinbarte Backlog-Einträge normalerweise im Rahmen des nächsten Sprints ohne zusätzliche Vergütung abgearbeitet werden müssten, was für die Teams in der Praxis schwierig ist.

6. Definition of Done, Preise und Gewährleistung

Der Abnahme kommt im Werkvertragsrecht eine zentrale Bedeutung zu, unter anderem für

- die Konkretisierung auf das abgenommene Werk,
- den Verlust des Rechts auf Neuherstellung,
- den Übergang von Erfüllungsansprüchen zu Gewährleistungsansprüchen,
- die Fälligkeit der Vergütung (§ 641 BGB),
- den Übergang der Vergütungsgefahr (§§ 644, 645 BGB),
- den Verjährungsbeginn für Gewährleistungsansprüche (§ 634a Abs. 2 BGB),
- den Ausschluss bekannter, nicht vorbehaltenen Mängel (§ 640 Abs. 2 BGB).

Unter Abnahme „des vertragsmäßig hergestellten Werkes“ ist die körperliche Hinnahme im Wege der Besitzübertragung, verbunden mit der Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als der Hauptsache nach vertragsgemäßer Leistung anerkenne, zu verstehen.¹⁵¹³ In Erweiterung zur Ablieferung i.S.d. § 438 Abs. 2 BGB erfordert die Abnahme eine ausdrückliche oder stillschweigende Billigung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß.¹⁵¹⁴ Früher war streitig, ob Software überhaupt abnahmefähig ist.¹⁵¹⁵ Heute wird dies aber grundsätzlich bejaht.¹⁵¹⁶ Bei Computerleistungen setzt die Billigung die Möglichkeit der Untersuchung der Software voraus, also deren vollständige und ordnungsgemäße Ablieferung. Voraussetzung ist eine Billigung durch den Abnehmer, weil der Kunde nur dann das „Zusammenpassen“ überprüfen kann.¹⁵¹⁷ Ein Arbeitsnachweis mit dem Vermerk „Anlage in Ordnung übergeben“ reicht nicht aus.¹⁵¹⁸ Die Abnahme sollte möglichst klar im Vertrag geregelt sein, insbesondere um Streitigkeiten über den Beginn der Gewährleistung- und Schadensersatzpflicht klar zu regeln.¹⁵¹⁹

Die konkludente Abnahme ist zulässig und beinhaltet ein vom Willen des Auftraggebers getragenes Verhalten, mit der der Auftraggeber zum Ausdruck bringt, dass er das Bauwerk als im Wesentlichen vertragsgerecht ansieht.¹⁵²⁰ Vereinbaren die Parteien eine förmliche Abnahme, so hat diese grundsätzlich stattzufinden. Nur in ganz engen Ausnahmefällen ist von der konkludenten Aufhebung der förmlichen Abnahme auszugehen. Eine konkludente

¹⁵¹³ Vgl. Palandt/*Sprau*, § 640 Rn. 3.

¹⁵¹⁴ OLG Hamm, NJW 1989, 1041; vgl. für Computerleistungen *Feuerborn*, CR 1991, 1; *Feuerborn/Hoeren*, CR 1991, 513.

¹⁵¹⁵ Zweifelnd OLG Celle, CR 1988, 303, da Tauglichkeit erst bei Gebrauch feststellbar.

¹⁵¹⁶ Siehe etwa OLG Hamburg, CR 1986, 83 m. Anm. *Unger*.

¹⁵¹⁷ Vgl. BGH, NJW 1990, 1290.

¹⁵¹⁸ OLG Düsseldorf, CR 2002, 324.

¹⁵¹⁹ *Bergsmann*, S. 237, 242.

¹⁵²⁰ BGH NJW 1993, 1063; *BGH* NJW 1974, 95.

Aufhebung des förmlichen Abnahmeerfordernisses kommt nicht in Betracht, wenn der Auftraggeber eine umfangreiche Mängelbeseitigungsaufforderung rechtzeitig nach Inbezugnahme des Objekts an den Auftragnehmer verschickt, mit dem Vermerk, dass nach Beseitigung dieser Mängel einer förmlichen Abnahme nichts im Wege steht.¹⁵²¹ Es ist daher ein Irrglaube, dass die reine Produktivsetzung von Softwareapplikationen schon die Abnahme fingiert.

Eine schlüssige Abnahme liegt z.B. in

- der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme,¹⁵²²
- der rügelosen Benutzung des Werkes,
- der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohns,¹⁵²³
- dem Einbehalten des Betrages für gerügte Mängel im Rahmen des Schlussgespräches.¹⁵²⁴

Die konkludente Abnahme kann darin liegen, dass der Besteller nach Fertigstellung der Leistung, Bezug des fertiggestellten Werks und Ablauf einer Prüfungsfrist von sechs Monaten keine Mängel rügt.¹⁵²⁵ Ist die Leistung nur teilweise und vertragswidrig ausgeführt, kommt eine konkludente Abnahme nicht in Betracht.¹⁵²⁶ Auch liegt in einer Kündigung keine konkludente Abnahme.¹⁵²⁷ Ebenfalls kann die Nutzung der Software „unter Druck“ nicht als stillschweigende Abnahme angesehen werden. Abschlagszahlungen begründen ebenfalls keine konkludente Abnahme. Die vorbehaltlose Bezahlung einer (Abschlags-)Rechnung über eine zusätzliche Leistung enthält dementsprechend keine Aussage des Auftraggebers, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen.¹⁵²⁸ Abschlagszahlungen sind Anzahlungen in Bezug auf den Vergütungsanspruch für das Gesamtwerk. Nach Beendigung des Vertrags hat der Auftragnehmer seine Leistungen endgültig abzurechnen. Diese Verpflichtung folgt aus der Abrede über die vorläufigen Zahlungen und besteht unabhängig davon, ob sie im Vertrag ausdrücklich geregelt ist.¹⁵²⁹

Denkbar ist auch die Aufteilung der Abnahme in Teilabnahmen. Teilabnahmen können vereinbart werden, soweit es sich um selbständig bewertbare Teile der Gesamtleistung handelt.

¹⁵²¹ LG Frankenthal, BauR 2014, 740.

¹⁵²² BGH, NJW 1985, 731.

¹⁵²³ BGH, NJW 1970, 421; *OLG Köln*, BauR 1992, 514, 515.

¹⁵²⁴ OLG Koblenz, NJW-RR 1994, 786.

¹⁵²⁵ BGH, NJW 2013, 3513. Ausdrücklich offengelassen hat das OLG Frankfurt a.M., ob eine konkludente Abnahme bei vielen Projekten bereits dann vorliegt, wenn innerhalb des Projektes mit der bisherigen Programmierleistung iterativ fortgeschritten wird, OLG Frankfurt a.M., CR 2017, 646.

¹⁵²⁶ OLG Hamm, NJW-RR 1996, 86.

¹⁵²⁷ BGH, NJW 2003, 1450.

¹⁵²⁸ OLG Dresden IBR 2014, 132.

¹⁵²⁹ OLG Dresden IBR 2014, 132.

Ein Softwareentwickler kann eine Abnahme in Teilen nur aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung verlangen.¹⁵³⁰ Diese muss unmissverständlich gefasst sein.¹⁵³¹

Wichtig ist hier auch besonders die Reform des Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018, die auch den agilen Projekten in der Softwareentwicklung zugutekam. Ziel war die Beschleunigung des Abnahmeverfahrens im Hinblick auf einen zügigen Zufluss der Vergütung an den Werkunternehmer und damit die Schaffung von Rechtssicherheit im Hinblick auf die Vergütung.¹⁵³² So wurde die Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F., die die Nichtabnahme innerhalb einer bestimmten Frist trotz Verpflichtung hierzu voraussetzte, modifiziert. Gem. § 640 Abs. 2 BGB tritt die Abnahmefiktion nun schon ein, wenn der Besteller nicht innerhalb der gesetzten Frist die Abnahme unter Angabe eines Mangels verweigert. Der Besteller ist daher gehalten, aktiv auf ein Abnahmeverlangen zu reagieren, um den Eintritt der Abnahmefiktion, verbunden mit einer Beweislastumkehr, zu vermeiden. Ansonsten gilt die Abnahme als erteilt, selbst wenn tatsächlich wesentliche Mängel bestehen.

Die Neufassung änderte zwei wesentliche Details. Erstens wurde die Vollendung des Werks zur Voraussetzung für die Setzung einer angemessenen Frist zur Abnahme, um den Missbrauch der Abnahmefiktion durch eine verfrühte Andienung des Werks zu vermeiden.¹⁵³³ Und zweitens kann der Unternehmer aus § 640 Abs. 2 BGB die Abnahme selbst herbeiführen, indem er nach Vollendung des Werks eine Frist setzt und der Besteller die Abnahme nicht unter Angabe „mindestens eines Mangels“ verweigert. Die Änderung zur Formulierung mindestens eines „Mangels“ ergab sich erst in letzter Sekunde der Bundestagsberatungen als Änderungsvorschlag aus den entsprechenden Fachausschüssen.¹⁵³⁴ Dies kommt einem agilen Projekt sehr entgegen, da nunmehr der Kunde aufgefordert ist, möglichst frühzeitig gesehene Mängel des Projektes zu melden und mit dem Projektteam zu besprechen. Eine einseitige Herbeiführung der Abnahme kann der Besteller schon dadurch verhindern, dass er die Abnahme unter Angabe irgendeines auch nur unwesentlichen Mangels verweigert, wobei das tatsächliche Vorliegen des Mangels zunächst gänzlich irrelevant für die Abnahme ist (§ 640 Abs. 2 S. 1 BGB).¹⁵³⁵

7. Beendigung

¹⁵³⁰ BGH NJW 1994, 1276.

¹⁵³¹ BGH NZBau 2006, 519.

¹⁵³² Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 48.

¹⁵³³ *Langen*, NZBau 2015, 658, 659.

¹⁵³⁴ Der Entwurf der Bundesregierung spricht noch von „Mängeln“ in der Mehrzahl.

¹⁵³⁵ *Kimpel*, NZBau 2016, 734,.

Vorteil des agilen Entwickelns ist es, dass der Kunde nicht an lange Lieferzyklen gebunden ist und flexible sowie technisch kurzfristig skalierbare Produkte erhält. Die Produktionsbestandteile sind nach den Sprints funktionsfähig. Der Kunde sollte aber die Möglichkeit haben, nach jeder Beendigung eines Projektschrittes das Projekt zu verlassen. Hierzu müssen messbare K.O.-Kriterien festgelegt werden und es muss geregelt werden, wie mit K.O.-Kriterien im Laufe des Projektes umgegangen wird.¹⁵³⁶ Fraglich ist, ob dieses Recht auch dem Entwickler gegeben werden sollte, da dann dieser in der Mitte des Projektes einfach mit der Arbeit aufhören könnte. Geregelt werden sollte auch das Insolvenzrisiko. Weiterhin bedarf es eines Beendigungsmanagements. Auch das Schicksal schon geleisteter Zahlung sollte vertraglich festgesetzt werden. Schließlich lohnt sich der Blick auf einen Streitschlichtungsmechanismus, da es sich meistens nicht lohnt, solche Fälle vor ein staatliches Gericht zu treiben. Die Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, sind aber so komplex, dass im Rahmen dieses Beitrags eine vertiefte Auseinandersetzung nicht möglich ist.

Im Rahmen der Kündigung wurde die bis dahin bestehende Kündigungsmöglichkeit aus § 649 BGB a.F. – jetzt § 638 BGB – um die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB n.F. erweitert. Die Vorschrift wiederholt in weiten Teilen den § 314 BGB. Die Kündigung kann fristlos erfolgen und ein wichtiger Grund liegt bereits vor, wenn einem Vertragspartner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Werksvollendung unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls nicht zugemutet werden kann.¹⁵³⁷ Damit soll die bisher auf Richterrecht basierende außerordentliche Kündigungsmöglichkeit anerkannt und mithin Rechtssicherheit für die Praxis herbeigeführt werden. Von einem speziellen Kündigungstatbestand der Insolvenz, wie sie in den §§ 8, 9 VOB/B geregelt ist, sieht der Entwurf ab: Zwar erweise sich ein insolventer Unternehmer als unzuverlässig und nicht leistungsfähig. Allerdings sei im Einzelfall, wie beispielsweise im „Schutzschirmverfahren“ nach § 270 InsO, ausnahmsweise kein wichtiger Kündigungsgrund vorhanden.¹⁵³⁸ Letztendlich wird damit jeder Softwareerstellungsvertrag als Langzeitvertrag angesehen, der einem Dauerschuldverhältnis nahe kommt.

Eine echte Neuheit besonders für agile Projekte war die in § 648a Abs. 2 BGB vorgesehene Teilkündigung, die sich auf einen „nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung“ bezieht. Anders als in § 8 Abs. 3 VOB/B wird hierbei nicht auf die Hürde von dem „in sich abgeschlossenen Teil einer Leistung“ abgestellt, sodass vielmehr eine klare Abgrenzung von

¹⁵³⁶ Bergsmann, S. 236f.

¹⁵³⁷ Langen, NZBau 2015, 658, 660.

¹⁵³⁸ Langen, NZBau 2015, 658, 660.

erbrachten und noch zu erbringenden Leistungen erfolgen kann.¹⁵³⁹ Bei der Teilkündigung scheint es sinnvoll, die abgrenzbaren Leistungen nach den im Vertrag vorgesehenen Kriterien zu bemessen.¹⁵⁴⁰ Für die IT-Szene ergibt sich daraus die Notwendigkeit, Projekte klarer in sich abgeschlossene Einheiten zu unterteilen. Nur dann, wenn sich die Parteien die Mühe machen, in sich abgeschlossene Teilabnahmeschritte zu definieren, können sie in beiderseitigem Interesse Teilkündigungsmöglichkeiten im Vertrag neu vorsehen. Auch für die Justiz entfällt die Notwendigkeit, immer grundsätzlich bei IT-Projekten über das Scheitern des Gesamtprojektes nachzudenken.

Auch die sich aus § 648a Abs. 4 BGB ergebende Mitwirkungspflicht bei der Leistungsstandfeststellung war in diesem Zusammenhang eine bedeutende Neuerung. Verstößt eine der Parteien gegen diese Mitwirkungspflicht, indem sie sie ablehnt oder zu einem innerhalb angemessener Frist festgelegten Termin nicht erscheint, so geht die Beweislast nach § 648a Abs. 4 S. 2 BGB auf diese Partei über, es sei denn, sie hat ihr Fernbleiben nicht zu vertreten und setzt die andere Partei hiervon unverzüglich in Kenntnis.¹⁵⁴¹ Hiermit soll der Anreiz geschaffen werden, bei der Feststellung der quantitativen Bewertung der bis zum Zeitpunkt der Kündigung erbrachten Leistungen mitzuwirken, um einem anschließenden Streit über dessen exakten Umfang vorzubeugen.¹⁵⁴²

Nach § 648a Abs. 4 BGB sind die ersten Schritte vorgezeichnet für ein Transitions- und Kündigungsmanagement. Allerdings fragt sich, wie die dort geregelten Pflichten jemals durchgesetzt werden können. Auch ist eine Ausnahme der Ausnahme wieder vorgesehen, wenn das Fernbleiben an dem Termin von der abwesenden Partei nicht zu vertreten war¹⁵⁴³ und der entsprechende Umstand der anderen Vertragspartei unverzüglich¹⁵⁴⁴ mitgeteilt worden war. Die Formulierung ist hier nicht ganz klar. § 648a Abs. 4 BGB nennt zwei Umstände für die Umkehr der Beweislast, nämlich einmal die Verweigerung der Mitwirkung oder das Fernbleiben bei einem von der anderen Vertragspartei bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung. Die Ausnahme der Ausnahme soll nur dann gelten, wenn die Vertragspartei in Folge eines von ihr nicht zu vertretenden Umstandes „fernbleibt“. Die Ausnahme in Satz 3 bezieht sich nach Sinn und Zweck nur auf den vereinbarten und den angemessen gesetzten Termin. Die Verweigerung der Terminvereinbarung ist nicht mit der Verweigerung der Feststellung gleichzustellen. Die

¹⁵³⁹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.

¹⁵⁴⁰ *Langen*, Änderung des Werkvertragsrechts und Einführung eines Bauvertragsrechts, NZBau 2015, 658, 661.

¹⁵⁴¹ BeckOGK/*Reiter*, Stand: Oktober 2017, § 649 Rn. 222.

¹⁵⁴² Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.

¹⁵⁴³ Das Vertretenmüssen in Satz 3 richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen in § 276 BGB. Der Umstand ist zu vertreten, wenn dieser vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wurde.

¹⁵⁴⁴ Unverzüglich bedeutet gem. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Die Bestimmung erfolgt im Einzelfall

andere Vertragspartei hat nämlich immer noch die Möglichkeit, eine angemessene Frist zur Feststellung zu setzen. Neben der Verweigerung der Leistungsstandfeststellung ist eine Versagung der Feststellung möglich. Einer Vertragspartei wird die Möglichkeit genommen, den Leistungsstand festzustellen (z.B. durch ein Verbot, das Grundstück zu betreten). Daraus ergibt sich neben der Beweislastumkehr ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung nachträglicher Kooperationspflichten nach §§ 241, 280 ff. BGB.¹⁵⁴⁵

Letztendlich werden damit Strukturen der VOB/B ins allgemeine Werkvertragsrecht übernommen. Allerdings geht § 648a BGB über die VOB/B hinaus, als letztere nur gilt, um den „Zustand von Teilen der Leistung“ festzustellen, „wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden“. Es geht bei der VOB/B zum Beispiel um Feststellungen zu Brandschutzvorrichtungen, die in später verschlossenen Schächten und Deckenbereichen nicht mehr überprüft werden können.¹⁵⁴⁶ Im Kern ist die Leistungszustandsfeststellung nicht notwendig mit der Mängelfrage verknüpft; es geht im Wesentlichen nur um eine Feststellung mit Bezug auf den „Zustand“ und damit um eine rein objektive Feststellung der Leistung.¹⁵⁴⁷ Sie kann zusätzlich eine *Feststellung der Mangelfreiheit* umfassen, was aber begrifflich nicht notwendig der Fall ist. Im VOB-Schrifttum herrscht Einigkeit darüber, dass die reine Zustandsfeststellung *keine rechtsgeschäftliche Teilabnahme umfasst* und somit nicht mit den generellen Wirkungen einer (Teil-)Abnahme verknüpft ist.¹⁵⁴⁸

Folge der Feststellung könnte im Ergebnis sein, dass derjenige, der sich auf einen anderen, abweichenden Leistungsstand berufen möchte, die Darlegungs- und Beweislast trägt. In § 648a Abs. 4 BGB tritt hinzu, dass die Beweislast nicht nur nach gemeinsamer Feststellung übergeht, sondern bereits dann, wenn die Verweigerung der Feststellung oder das Fernbleiben des Termins erfolgt.¹⁵⁴⁹

8. Fazit

Agile Programmierung ist bis zu einem gewissen Grad ein Kontrapunkt zur juristisch vorgeplanten Projektgestaltung. So wenig Recht als möglich, so viel Recht als nötig. So kann die Devise für ein gut gestaltetes agiles Projekt nur heißen. Dem Trend zu agilen Projekten

¹⁵⁴⁵ So das Schrifttum zur VOB/B in Nicklisch u.a./Gartz, VOB/B, 4. Aufl. 2016/2019/2016, § 4 Rn. 176.

¹⁵⁴⁶ So das Beispiel in Nicklisch u.a./Gartz, VOB/B, 4. Aufl. 2016/2019/2016, § 4 Rn. 166.

¹⁵⁴⁷ So Nicklisch u.a./Gartz, VOB/B, 4. Aufl. 2016/2019/2016, § 4 Rn. 167.

¹⁵⁴⁸ Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB/B, 6. Aufl. 2018, § 4 Rn. 226; Leinemann, VOB/B, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn. 193; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Bschorr, VOB/B, 6. Aufl. 2017, § 4 Rn. 335.

¹⁵⁴⁹ Genau diese Rechtsfolge ist bei den VOB/B allerdings umstritten; Leinemann, VOB/B, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn. 194; Ganten/Jansen/Voit/Junghen, VOB/B, 3. Aufl. 2013, § 4 Abs. 10 Rn. 8; dagegen Nicklisch u.a./Gartz, VOB/B, 5. Aufl. 2016, § 4 Rn. 175 (mit Verweis auf die Regeln zur Beweisvereitelung im Einzelfall).

kommt das reformierte Bauvertragsrecht sehr entgegen, indem es geradezu dazu auffordert, Projekte in abgeschlossenen Teileinheiten zu planen und zu vergeben und dementsprechend auf eine Teilabnahme zu setzen.

Fünftes Kapitel: Softwarevermietung

Literatur:

Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2021; *Dörner/Jersch*, die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge Münsteraner Ringvorlesung “EDV und Recht“, iur 1988, 137; *Junker*, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2001/2002, NJW 2003, 2792; *Megede*, Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV, NJW 1989, 2580; *Sedlmeier/Kolk*, ASP – Eine vertragstypologische Einordnung, MMR 2002, v. *Westerholt/Berger*, Der Application Service Provider und das neue Schuldrecht, CR 2002, 81; v. *Westphalen/Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 46. Ergänzung, München 2021.

Im Softwarebereich durchaus möglich ist neben Kauf- und Werkvertrag eine Vermietung von Software. Man wird davon ausgehen können, dass **jede zeitlich begrenzte Überlassung von Nutzungsrechten an Software** als Mietvertrag oder Rechtspacht angesehen werden kann. Das Mietrecht spielt im Übrigen für das Softwareleasing eine Rolle. Für den Nutzer von Software hat die Leasinglösung den Vorteil, dass Leasingzahlungen als Betriebsaufwand steuerlich absetzbar sind. Ferner ist Leasing bilanzneutral, sodass Investitionen über Leasing nicht zu einer Verschlechterung innerhalb der Bilanz führen (siehe unten 6. Kapitel). Auch für den Bereich des Application Service Providing und des Cloud Computing (siehe unten 8. Kapitel, S. 338) spielt die Vermietung von Software eine Rolle.¹⁵⁵⁰

I. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen

Der Anwendung von Pachtrecht steht schon entgegen, dass eine Fruchtziehungsbefugnis zugunsten des Anwenders von Software in der Regel nicht besteht. Die Einräumung eines wirtschaftlichen Verwertungsrechts der Software i.S.d. Urheberrechtsgesetzes ist von den Softwareerstellern typischerweise nicht beabsichtigt.¹⁵⁵¹

Vorgedruckte, im Handel erhältliche Mietverträge sind der typische Anwendungsfall des AGB-Rechts. Diese **Formularmietverträge** sind gerade auch bei Softwaremiete verbreitet. Hier

¹⁵⁵⁰ Der BGH sieht ASP-Verträge als Mietverträge; siehe BGH, Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75; So etwa zur *Megede*, NJW 1989, 2581, 2582; *Dörner/Jersch*, IuR 1988, 137, 146; a.A. OLG Köln, Urt. v. 14.2.2001 – 19 U 176/95, CR 2001, 506 = OLG Köln 2001, 265 das von einem Lizenzvertrag spricht und diesem dem Werkvertragsrecht unterstellen will. Siehe dazu auch *Junker*, NJW 2003, 2792, 2797; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78; v. *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84.

¹⁵⁵¹ LG Köln, Urt. v. 25.10.1995 – 20 S 9/95, BB 1996 Beilage zu Heft 19, 9.

werden überwiegend vorformulierte Vertragstexte verwendet, die als AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen. Werden in einem Produktschein über eine EDV-Konfiguration die Parteien als Käufer und Verkäufer bezeichnet, so soll die Individualvereinbarung „Vermieten/Leasing“ der Annahme eines Kaufvertrags nicht entgegenstehen; diese Individualvereinbarung sei vielmehr als eine Finanzierungsregelung anzusehen, wonach der Kaufpreis bis zum Ende des Jahres gestundet wurde und der Käufer als Gegenleistung „Miete“ zahlen sollte.¹⁵⁵²

II. Beschränkung der Gewährleistung

Der Vermieter muss die Sache **während der Mietdauer in einem brauchbaren Zustand** halten. Dies gilt z.B. 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.¹⁵⁵³ Auch ein solcher nachträglicher Grund für die Unbrauchbarkeit eines EDV-Systems stellt jedoch einen Mangel dar.

Es entspricht der üblichen Vertragsgestaltung auch bei IT-Mietverträgen, dass der Vermieter in vorformulierten Standardverträgen seine **Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel** der überlassenen Mietsache so weit wie möglich einzuschränken versucht. Fraglich ist, ob und in welchem Umfang eine solche Beschränkung zulässig ist.

1. Bestätigung als „vertragsgemäß“

Häufig finden sich in Mietverträgen Klauseln, in denen der Mieter von Software den vertragsgemäßen Zustand der Sache bestätigt: „Dem Mieter sind die wesentlichen Funktionalitäten des überlassenen Computerprogramms bekannt. Er erkennt sie als ordnungsgemäß, zweckentsprechend und zum vertragsgemäßen Gebrauch tauglich an.“¹⁵⁵⁴ Durch diese Klauseln versucht der Verwender seine Gewährleistung aus § 536 BGB für vorhandene Softwaremängel vollständig auszuschließen, indem er sich die vorhandenen Mängel als vertragsgemäß bestätigen lässt.

¹⁵⁵² OLG Köln, Urt. v. 8.5.1992 – 19 U 255/91, NJW-RR 1992, 1326. Zur Wirksamkeit von CPU-Klauseln bei zeitlich befristeten Softwareverträgen siehe bereits S. 119.

¹⁵⁵³ OLG Hamm, Urt. v. 22.2.1989 – 31 U 197/87, CR 1990, 37.

¹⁵⁵⁴ Vgl. LG Berlin, Grundeigentum 1985, 829.

a) §§ 308, 309 BGB

Die Wirksamkeit solcher Klauseln bestimmt sich – abseits der Spezialregelungen zur Wohnraummiete in § 536 Abs. 4 BGB – nach den §§ 308, 309 BGB. Anders als im Kaufrecht sind mietvertragliche Gewährleistungsbeschränkungen nicht schon nach § 309 Nr. 8b BGB unzulässig, da diese Vorschrift wie die Vorgängerregelung des § 11 Nr. 10 AGBG auf Mietverträge nicht anwendbar ist.¹⁵⁵⁵ 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.d. § 309 Nr. 12 BGB dar. Nach § 536b BGB stehen dem Mieter nämlich keine Gewährleistungsrechte zu, wenn er vorhandene Mängel bei Vertragsschluss kannte. Die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis des Mieters trägt der Vermieter.¹⁵⁵⁶ Eine Klausel, in der pauschal die Kenntnis des Mieters von allen vorhandenen Mängeln fingiert wird, stellt daher eine unzulässige Änderung der Beweislast zum Nachteil des Mieters dar.

Zulässig und empfehlenswert ist es jedoch, vorhandene Softwaremängel explizit im Vertrag aufzuführen, da der Mieter dann durch den Vertragsabschluss tatsächliche Kenntnis von den konkreten Mängeln erlangt, wodurch Gewährleistungsansprüche (wegen dieser Mängel) nach § 536b S. 1 BGB ausgeschlossen werden. Hinreichend ist auch der Hinweis, dass es sich bei der überlassenen Software um eine Betaversion handelt, da dadurch dem Nutzer die Üblichkeit bestimmter Verwendungsrisiken klargemacht wird.

b) § 307 BGB

Bei Softwaremietverträgen mit Unternehmern ist § 309 BGB nicht anwendbar. Beweislastumkehrklauseln und Tatsachenbestätigungen zwischen Unternehmern unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle des § 307 BGB. Hiernach ist auch im unternehmerischen Bereich eine pauschale Klausel unwirksam, wonach der Unternehmer erklärt, dass ihm die Softwaremängel bekannt sind.¹⁵⁵⁷ 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.“

¹⁵⁵⁵ Dauner-Lieb u.a./Henrichs, Schuldrecht, § 309 Rn. 22 f.

¹⁵⁵⁶ BGH, Urt. v. 7.11.1962 – VIII ZR 190/61, WM 1962, 1379.

¹⁵⁵⁷ Vgl. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 7.6.1985 – 6 U 148/84, NJW-RR 1986, 245, 246.

2. Ausschluss der Gewährleistung

Anders als im Kaufrecht ist im Mietrecht, dem eine den §§ 444, 475 BGB entsprechende Regelung fehlt, ein **individualvertraglicher Ausschluss der Gewährleistung für Mängel der Mietsache grundsätzlich zulässig**.¹⁵⁵⁸

In AGB ist sowohl gegenüber Verbrauchern als auch im geschäftlichen Bereich die Grenze des § 307 Abs. 1 BGB 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 wie „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 BGB und stellt damit eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Eine Ausnahme bilden IT-Leasingverträge, bei denen der Leasingnehmer trotz Mangelhaftigkeit des Leasingguts durch einen Gewährleistungsausschluss zugunsten des Leasinggebers nicht schutzlos ist, wenn ihm der Leasinggeber unmittelbar und vorbehaltlos die (kaufrechtlichen) Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten abtritt.¹⁵⁵⁹

Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters kann gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch darin liegen, dass durch die Beschränkung der Mängelgewährleistung der Zweck des Mietvertrags gefährdet wird. Klauseln, die die Gewährleistung pauschal für alle Mängel ausschließen, laufen dem Vertragszweck zuwider, da hierdurch auch Mängel erfasst werden, die den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache verhindern.¹⁵⁶⁰

Ein vollständiger Ausschluss von Gewährleistungsrechten durch AGB wird auch im Mietrecht als Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen. Zulässig soll allerdings sein, in Bezug auf das Minderungsrecht den Minderungsberechtigten auf seine Ansprüche aus Bereicherungsrecht hinsichtlich der zu viel gezahlten Miete zu verweisen.¹⁵⁶¹ Zu beachten ist auch das Recht des Mieters auf Mängelbeseitigung (§ 535 BGB). Hinzu kommt das aus dem Werkvertragsrecht bekannte **Recht auf Selbstvornahme**, in Fällen des Verzugs mit der Mängelbeseitigung. Wie das Werkvertragsrecht sieht das BGB auch für Mietverträge ein Selbstvornahmerecht vor: Ist der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, kann der Mieter die Mängelbeseitigung selbst vornehmen und vom Vermieter Ersatz der

¹⁵⁵⁸ BGH, Urt. v. 27.1.1993 – XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519 = WM 1993, 914.

¹⁵⁵⁹ BGH, Urt. v. 17.12.1986 – VIII ZR 279/85, NJW 1987, 1072 = MDR 1987, 575 = ZIP 1987, 240, 241.

¹⁵⁶⁰ BGH, Urt. v. 22.6.1988 – VIII ZR 232/87, NJW 1988, 2664 = MDR 1988, 1052 = WuM 1988, 302 zum Betrieb einer Gaststätte.

¹⁵⁶¹ BGH, Urt. v. 27.1.1993 – XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519.

erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB). Im Übrigen steht dem Mieter von Software ein Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu, wenn erhebliche Mängel trotz Festsetzung und entsprechender Androhung nicht beseitigt werden.

III. Schadensersatzansprüche

Ebenso wie das Kaufrecht unterscheidet das Mietrecht zwischen **Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen**. Nach § 536a Abs. 1 BGB haftet der Vermieter für anfängliche Mängel verschuldensunabhängig und für nachträgliche Mängel, sofern er sie zu vertreten hat. § 536a Abs. 1 BGB ist damit für Schadensersatzansprüche wegen Sach- und Rechtsmängeln *lex specialis* zur Regelung des § 280 Abs. 1 BGB. Die Haftung umfasst nicht die Verantwortung für Schäden etwa im Zusammenhang mit Hackerangriffen auf eine gemietete Telefonanlage.¹⁵⁶² Eine vertragliche Haftung für Schäden im Zusammenhang mit Hackerangriffen auf eine gemietete Telefonanlage ergibt sich nicht aus der vereinbarten Verpflichtung, die Anlage betriebsfähig zu halten, und der Verpflichtung des Vermieters, auf seine Kosten Programmfehler sowie alle bei ordnungsgemäßem Gebrauch durch natürliche Abnutzung entstandenen Störungen zu beseitigen.¹⁵⁶³ Auch folgt aus der vertraglichen Regelung, eine störungsfreie Betriebstätigkeit der Anlage zu erhalten, keine Verpflichtung der Vermieterin, von sich aus den Schutz vor Hackerangriffen zu erhöhen.¹⁵⁶⁴

Die Haftung des Vermieters aus § 536a BGB ist grundsätzlich für alle Mietverhältnisse vertraglich abdingbar. Dies gilt auch für Formularverträge, bei denen jedoch – wie schon an anderer Stelle dargelegt – die allgemeine Grenze des § 309 Nr. 7 BGB für klauselmäßige Haftungsausschlüsse zu beachten ist.

Eine formularmäßige Klausel, in der die **Garantiehafteung des Vermieters** für anfängliche Mängel ausgeschlossen wird, ist daher unbedenklich: „Die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Software wird ausgeschlossen“.¹⁵⁶⁵ Durch die Beschränkung dieser Klausel auf die **verschuldensunabhängige** Haftung liegt kein Fall des § 309 Nr. 7 BGB vor. Da dieser Ausschluss auch schuldhaftes Pflichtverletzungen i.S.d. § 309 Nr. 7 BGB umfasst, ist ein solch undifferenzierter Haftungsausschluss unwirksam (§ 307 BGB im Unternehmensbereich).

¹⁵⁶² OLG Köln, Beschl. v. 16.7.2013 – 19 U 50/13, MMR 2014, 101.

¹⁵⁶³ OLG Köln, Beschl. v. 16.7.2013 – 19 U 50/13, MMR 2014, 101.

¹⁵⁶⁴ OLG Köln, Beschl. v. 16.7.2013 – 19 U 50/13, MMR 2014, 101.

¹⁵⁶⁵ BGH, Urt. v. 26.2.1992 – XII ZR 129/90, WuM 1992, 316.

Wichtig ist auch noch die **Rückgabeverpflichtung** aus § 546 Abs. 1 BGB. Der Mieter von Software ist verpflichtet, die Computerprogramme nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Zunächst einmal ist das technische Problem zu beachten, dass eine Rückgabe von Software regelmäßig in Form der Aushändigung einer körperlichen Kopie nicht möglich ist. Meist ist die Software auf einer Festplatte installiert.¹⁵⁶⁶ Eine Rückgabe dieser Installationskopien scheidet regelmäßig aus. Stattdessen ergibt sich aus § 546 Abs. 1 BGB eine entsprechende Lösungsverpflichtung. Allerdings ist es im technischen Bereich mit einer Löschung durch Betätigung der DEL-Taste nicht getan. Die DEL-Taste bewirkt nur eine Streichung der 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. Aus diesem Grund geht man in der Praxis wohl davon aus, dass die Rückgabeverpflichtung aus § 546 Abs. 1 BGB durch die Rückgabe physischer Kopien und die Abgabe einer eidesstattlichen Erklärung erfüllt wird, wonach der IT-Mieter die Nutzung der überlassenen Software unterlässt. Diese Erklärung kann man auch durch eine entsprechende Vertragsstrafe absichern, ohne dass dies AGB-rechtlich mit den Vorgaben von § 309 Nr. 6 BGB kollidieren würde.¹⁵⁶⁷ Gibt der Mieter die Software nicht nach Beendigung des Mietverhältnisses zurück, kommt auf jeden Fall als eine Art Mindestschaden die Verpflichtung auf den Mieter zu, die vereinbarte Softwaremiete weiter zu bezahlen (§ 546a Abs. 1 BGB). Schadensersatzansprüche bleiben insofern unberührt (§ 546a Abs. 2 BGB). Diese Ansprüche können sich aus Verzug des Mieters mit der Rückgabe (§§ 286, 280 Abs. 2 BGB) sowie aus dem Gedanken der positiven Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) ergeben. Hinzu kommt ein eventueller Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.¹⁵⁶⁸

Für wirksam erachtet wird eine Koppelung der IT-Miete mit einem Verbot zur Nutzung von Anlagen anderer Hersteller.¹⁵⁶⁹ 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.

¹⁵⁶⁶ v. Westphalen/*Hoeren*, Teil Klauselwerke/ IT- Verträge Kap. VIII. 2. c., Rn. 170.

¹⁵⁶⁷ LG Lüneburg, Urt. v. 3.6.1988 – 4 S 25/88, NJW 1988, 2476 = CR 1989, 606 (Ls.).

¹⁵⁶⁸ BGH, Urt.v. 10.11.1965 – VIII ZR 12/64, BGHZ 44, 242 f.; *BGH*, Urt. v. 24.7.1977 – VIII ZR 246/75 68, 307 f. = NJW 1977, 1339 f.

¹⁵⁶⁹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 643.

Sechstes Kapitel: **Softwareleasing**

Literatur:

Beckmann, Computerleasing, Köln 1993; *Beckmann*, Aktuelle Rechtsfragen bei Finanzierungsleasingsgeschäften, DStR 2006, 1329; *Brandt*, Softwarelizenzen in der Insolvenz- unter besonderer Berücksichtigung der Insolvenz des Lizenzgebers, NZI 2001 337; *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing, München 1998; *Harriehausen*, Der Gewährleistungsausschluss im Finanzierungsleasingvertrag, NJW 2013, 3393; *Hoeren/Spittka*, Aktuelle Entwicklungen des IT-Vertragsrechts – ITIL, Third Party Maintenance, Cloud Computing und Open Source Hybrids, MMR 2009, 583; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002; *Reinking*, Auswirkungen der geänderten Sachmängelhaftung auf den Leasingvertrag, ZGS 2002, 229; *Vander*, Urheberrechtliche Implikationen des EDV-Leasings – „Rental Rights“ im Blickpunkt, CR 2011, 77; v. *Westphalen*, Schuldrechtsreform und die Verwendung alter Lieferanten-AGB bei Leasingverträgen, ZGS 2002, 64; v. *Westphalen*, Der Leasingvertrag, 7. Aufl. Köln 2015; *Wolf/Eckart/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. Köln 2009; *Zahn*, Der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch – ein Trojanisches Pferd im Leasingvertrag?, DB 2002, 985.

Schon nach alter Rechtslage waren die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften auch auf mietrechtsähnliche atypische Vertragstypen anwendbar, da der Vertragszweck in der zeitlich begrenzten Überlassung einer Sache gegen Entgelt liegt. Hieran hat sich durch die Schuldrechtsreform nichts geändert. Im Softwarebereich sind die klassischen Mietverträge inzwischen überwiegend durch IT-Leasingverträge ersetzt worden. Es handelt sich dabei regelmäßig um einen **Gebrauchsüberlassungsvertrag**, bei welchem der Leasinggeber das Leasingobjekt beschafft, finanziert und dem Leasingnehmer zur Verfügung stellt. Bei einem zeitlich begrenzten, für den Leasingnehmer jederzeit kündbaren Gebrauchsüberlassungsvertrag liegt ein Fall des sog. Operating-Leasings vor, der sich nach dem Mietvertragsrecht beurteilt.¹⁵⁷⁰ Beim **Finanzierungsleasing**, das durch die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer neu angeschafften Sache durch den Leasinggeber bis zur Voll- oder Teilamortisation gekennzeichnet ist, ist § 506 BGB zu beachten. Diese Vorschrift, die sich explizit auf Finanzierungsleasingverträge bezieht, ersetzt den früheren § 3 Nr. 1 VerbKrG und erklärt die Regelungen über den Widerrufs- und Einwendungsdurchgriff (§§ 358, 359 BGB), die Formvorschrift des § 492 Abs. 1 BGB, das Widerrufsrecht des § 495 BGB sowie die §§ 496–498 BGB für entsprechend anwendbar. Im Übrigen sind die Parteien gerade bei den für Software typischen B2B-Konstellationen in der formularmäßigen Gestaltung ihrer Leasingverträge regelmäßig frei. Zugelassen wurde z.B. eine vertraglich verankerte Mindestvertragsdauer von 42 Monaten.¹⁵⁷¹ Gerichtsstandsvereinbarungen sind in diesem

¹⁵⁷⁰ *Lorenz/Riehm*, Rn. 616.

¹⁵⁷¹ OLG Celle, Urt. v. 27.1.1999 – 2 U 268/97, OLGR Celle 1999, 149.

Verhältnis zulässig, auch im Hinblick auf den als dritte Vertragspartei auftretenden Lieferanten.¹⁵⁷²

Der Leasingvertrag, der allgemein als **atypischer Mietvertrag** behandelt wird, unterscheidet sich vom Mietvertrag vor allem dadurch, dass die Mängelgewährleistungsansprüche des Leasingnehmers gegen den Leasinggeber stark eingeschränkt oder vollständig ausgeschlossen sind und der Leasingnehmer die Gefahr der Verschlechterung und des Untergangs des Leasinggegenstandes selbst trägt.¹⁵⁷³ Je nach konkreter Vertragsgestaltung bleibt der Leasingnehmer in diesen Fällen weiterhin zur Zahlung der Leasingraten verpflichtet. Eine besonders sorgfältige Trennung zwischen den einzelnen Rechtsbeziehungen ist erforderlich, wenn der Leasinggeber dem Leasingnehmer seine Ansprüche wegen des Leasinggegenstandes gegen den Hersteller oder Lieferanten abtritt: Im Verhältnis zum Lieferanten kommt Kaufrecht zur Anwendung, während sich das Rechtsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer nach dem Inhalt des Leasingvertrags bestimmt, der zumeist Elemente eines Mietvertrags (hinsichtlich der Gebrauchsunterlassung) und eines Darlehensvertrags (hinsichtlich der Finanzierung) in einem Vertrag verknüpft.¹⁵⁷⁴

Wird dem Leasingnehmer bei einem Leasingvertrag über Hard- und Software nur die Hardware übergeben, so richten sich die Rechtsfolgen nicht nach Gewährleistungsrecht (§§ 536 ff. BGB), sondern nach den Bestimmungen über Teilleistungen einschließlich der Kündigung nach § 542 BGB.¹⁵⁷⁵ Diese und die Abhilfeforderung mit Fristsetzung (§ 542 Abs. 1 S. 2 BGB) sind an den Leasinggeber zu richten, sofern nicht der Lieferant zum Empfang bevollmächtigt ist.

I. Ausschluss der Gewährleistung nach bisherigem Recht

Nach bisheriger Rechtslage war die **vollständige Freizeichnung** des Leasinggebers von seiner mietvertraglichen Sachmängelhaftung durch AGB zulässig, wenn der Leasingnehmer bei Mängeln des Leasingguts nicht rechtlos gestellt wird, sondern kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche unmittelbar gegenüber dem Lieferanten des Leasinggebers geltend machen kann.¹⁵⁷⁶ Voraussetzung dafür ist, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer die Mängelgewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten vollständig und unbedingt abtritt,¹⁵⁷⁷ was ebenfalls in den AGB des Leasinggebers geschehen kann:

¹⁵⁷² OLG Köln, Urt. v. 13.3.1998 – 19 U 231-97, NJW-RR 1998, 1350.

¹⁵⁷³ BGH, Urt. v. 11.3.1998 – VIII ZR 205/97, NJW 1998, 1637 = BB 1998, 864 m.w.N.

¹⁵⁷⁴ Dazu ausführlich v. *Westphalen*, Rn. 443 ff.

¹⁵⁷⁵ BGH, Urt. v. 1.7.1987 – VIII ZR 117/86, NJW 1988, 204.

¹⁵⁷⁶ BGH, Urt. v. 24.4.1985 – VIII ZR 31/84, NJW 1985, 1547, 1550.

¹⁵⁷⁷ OLG Rostock, Urt. v. 18.3.2002 – 3 U 234/00, NJW-RR 2002, 1712.

„Für Sach- und Rechtsmängel treten wir mit Abschluss des Leasingvertrags unsere kaufrechtlichen Ansprüche und Rechte gegen unsere Lieferanten an den Leasingnehmer ab. Diese Ansprüche umfassen auch das Recht auf Nacherfüllung, Rücktritt vom Vertrag, Minderung des Kaufpreises sowie auf Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen. Im Übrigen ist unsere Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel ausgeschlossen.“

Diese sog. **Abtretungskonstruktion** ist sowohl im B2C-Bereich als auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr für den Leasingnehmer weder überraschend i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB, noch liegt hierin eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB.¹⁵⁷⁸ Sie ist nicht rechtlich zu beanstanden, wenn den Interessen des Leasingnehmers ausreichend Rechnung getragen worden ist.¹⁵⁷⁹ Demzufolge kann der Leasingnehmer auch nicht im Falle einer mangelbehafteten und dadurch unnutzbaren Software den Leasingvertrag analog § 543 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB fristlos kündigen wegen Nichtgewährung des Gebrauchs der Leasing Sache, bevor er nicht den Lieferanten gerichtlich in Anspruch genommen hat.¹⁵⁸⁰ Dies gilt auch, wenn an Stelle der Abtretung eine Ermächtigung des Leasingnehmers i.S.v. § 185 BGB zur unbedingten Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten im eigenen Namen vereinbart wird.¹⁵⁸¹ Im Übrigen darf sich der Leasinggeber auch den Widerruf der Übertragung für den Fall vorbehalten, dass der Leasingnehmer seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt.¹⁵⁸²

1. §§ 474 ff. BGB

Durch die Stärkung der Rechte beim Verbraucherkauf stellt sich die Frage, ob es zukünftig ausreicht, einem privaten Leasingnehmer (nur) die Gewährleistungsrechte einzuräumen, die dem Leasinggeber gegenüber seinem Lieferanten zustehen. Im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferant handelt es sich nämlich regelmäßig nicht um einen Verbraucherkauf, sodass die besonderen Schutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB auf den Lieferantenvertrag keine Anwendung finden. Zwischen Leasinggeber und Lieferanten ist die Beschränkung des Nacherfüllungsanspruchs aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB daher ebenso zulässig wie die Verkürzung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche. Der Leasinggeber erlangt damit keine durch § 476 BGB geschützten Gewährleistungsrechte, die er auf den Leasingnehmer übertragen kann.¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁸ Vgl. zur alten Rechtslage BGH, Urt. v. 16.9.1981 – VIII ZR 265/80, NJW 1982, 105; BGH, Urt. v. 24.4.1985 – VIII ZR 31/84, NJW 1985, 1547; OLG Koblenz, Urt. v. 26.2.2015 – 3 U 812/14, MMR 2015, 512.

¹⁵⁷⁹ OLG Koblenz, Urt. v. 26.2.2015 – 3 U 812/14, MMR 2015, 512.

¹⁵⁸⁰ OLG Koblenz, Urt. v. 26.2.2015 – 3 U 812/14, MMR 2015, 512.

¹⁵⁸¹ V. *Westphalen*, Rn. 443; BGH, DB 1987, 631.

¹⁵⁸² OLG Rostock, Urt. v. 18.3.2002 – 3 U 234/00, NJW-RR 2002, 1712.

¹⁵⁸³ *Reinking*, ZGS 2002, 229, 231; *Zahn*, DB 2002, 985, 990.

Bei der bisher praktizierten Abtretungskonstruktion wäre der private Leasingnehmer somit schlechter gestellt als bei einem direkten (Verbraucher-)Kauf des Leasingguts vom Unternehmer. Allerdings ist die Vorschrift des § 476 BGB im Verhältnis zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber nicht unmittelbar anwendbar, da es sich bei dem Leasingvertrag nicht um einen Kaufvertrag handelt. Unanwendbar ist auch das Klauselverbot des § 309 Nr. 8 BGB.

2. § 307 BGB

Folglich unterliegt die bisher übliche Abtretungskonstruktion in Formularleasingverträgen sowohl im kaufmännischen als auch im nicht-kaufmännischen Bereich der **allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB**. Dabei ist zu beachten, dass sich durch die Schuldrechtsreform das gesetzliche Leitbild der kaufrechtlichen Gewährleistung, das den Maßstab bei der Klauselkontrolle gem. § 307 BGB bildet, geändert hat. Nach bisheriger Rechtslage gab es bei der Abtretung der Sachmängelansprüche nach kaufrechtlichem Vorbild (als Kompensation für einen formularmäßigen Ausschluss der mietrechtlichen Gewährleistung des Leasinggebers) keinen gesonderten Verbraucherschutz. Voraussetzung war jedoch, dass die Gestaltung der Mängelrechte in den Lieferbedingungen mit der gesetzlichen Konzeption übereinstimmte.¹⁵⁸⁴

Durch die Stärkung der Verbraucherrechte in §§ 474 ff. BGB könnte es zukünftig von der Rechtsprechung nicht mehr als ausreichend angesehen werden, wenn der Leasinggeber seine eigene Mängelgewährleistung vollständig ausschließt, ohne dem privaten Leasingnehmer zugleich die (uneingeschränkten) Rechte aus dem Verbrauchsgüterkauf zu verschaffen.¹⁵⁸⁵ Im Ergebnis liefe dies darauf hinaus, dass der Leasinggeber verpflichtet wäre, die Gewährleistungsansprüche im Verhältnis zum Lieferanten dem Verbrauchsgüterkauf anzugleichen oder die Abweichungen zwischen Unternehmens- und Verbrauchsgüterkauf durch eine eigene Gewährleistungsübernahme gegenüber dem Leasingnehmer auszugleichen. Bisherige Klauseln, die den Leasingnehmer unter Ausschluss der Gewährleistung des Leasinggebers vorbehaltlos auf Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten verweisen, ohne den Besonderheiten des § 476 BGB Rechnung zu tragen, wären hiernach als unangemessene Benachteiligung gem. § 307 BGB unwirksam.¹⁵⁸⁶ Dies wiederum hätte zur

¹⁵⁸⁴ Wolf/Eckart/Ball, Rn. 1932.

¹⁵⁸⁵ Reinking, ZGS 2002, 229, 231.

¹⁵⁸⁶ Harriehausen, NJW 2013, 3393.

Folge, dass Leasinggeber, die ihre AGB nicht der neuen Rechtslage anpassen, uneingeschränkt der mietrechtlichen Mängelgewährleistung unterliegen.¹⁵⁸⁷

Es ist allerdings derzeit noch nicht absehbar, ob sich die Rechtsprechung dieser Literaturansicht anschließen wird oder ob sie es auch weiterhin als ausreichend erachtet, wenn dem Leasingnehmer (als Verbraucher) alle Gewährleistungsansprüche abgetreten werden, die dem Leasinggeber gegen den Lieferanten zustehen, auch wenn es sich hierbei nur um die Ansprüche im B2B-Bereich handelt. Der *BGH* hat die neue Rechtslage nicht ausdrücklich erörtert, ging aber in zwei Urteilen wohl stillschweigend von der Möglichkeit der mietrechtlichen Haftungsfreizeichnung unter Abtretung wirksamer Ansprüche aus dem Kaufvertrag mit dem Lieferanten aus.¹⁵⁸⁸ Für eine solche Annahme spricht, dass ein gesonderter Verbraucherschutz nur für den Verbrauchsgüterkauf eingeführt wurde, während die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften trotz der Berücksichtigung des Leasingvertrags im Rahmen der Schuldrechtsreform¹⁵⁸⁹ unverändert geblieben sind. Bis zur Klärung dieser Streitfrage durch die Rechtsprechung sollte im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse überprüft werden, ob und welche Schutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB in Leasingverträgen umgesetzt werden. Dabei sind vor allem die Auswirkungen auf die **Amortisation** zu berücksichtigen: Längere Gewährleistungsfristen und ein möglicher Anspruch auf Neulieferung führen zu einem erhöhten Risiko für den Leasinggeber, wenn die von ihm an den Verkäufer zu entrichtende Nutzungsvergütung (für die Nutzung der mangelhaften Sache) nicht durch die Höherwertigkeit der Ersatzsache und den am Vertragsende verbleibenden Mehrwert kompensiert wird.¹⁵⁹⁰

Im Falle des Leasings kommt bei Gewährleistungsfällen eine Rückzahlung des Kaufpreises nur insofern in Betracht, als die **Zahlung an den Leasinggeber Zug um Zug gegen Rückgabe des Kaufgegenstandes** erfolgt.¹⁵⁹¹ Insofern erfolgt die Rückabwicklung bei IT-Mängeln im Verhältnis Leasinggeber und Lieferant. Kommt es allerdings zur Rückabwicklung des Kaufvertrags, entfällt mit dem Begehren auf Rückgewähr auch die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrags.¹⁵⁹² Wird über die Rückabwicklung gestritten, ist die Verjährung der Leasingraten gehemmt.

Von besonderer Brisanz ist die Frage der Zurechnung eines Beratungsverschuldens. Wird der Leasingnehmer vom Lieferanten falsch beraten, gibt es Probleme, da zwischen diesen beiden

¹⁵⁸⁷ Vgl. v. *Westphalen*, ZGS 2002, 64.

¹⁵⁸⁸ BGH, Urt. v. 16.6.2010 – VIII ZR 317/09, NJW 2010, 2798 = WM 2010, 1561; BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 85/05, NJW 2006, 1066, 1067.

¹⁵⁸⁹ Vgl. § 500 BGB.

¹⁵⁹⁰ *Zahn*, DB 2002, 985, 988; krit. *Reinking*, ZGS 2002, 229, 232.

¹⁵⁹¹ OLG Koblenz, Urt. v. 28.11.1986 – 2 U 89/84, CR 1988, 463, 465.

¹⁵⁹² BGH, Urt. v. 16.9.1981 – VIII ZR 265/80, NJW 1982, 105, 107.

kein Vertrag besteht. Trotzdem wird hier durch verschiedene Instruktionen versucht, den Interessen des Leasingnehmers Rechnung zu tragen. So wird eine Pflicht des Lieferanten bejaht, bei Unbrauchbarkeit der IT-Lösung den Leasingnehmer von seinen Verpflichtungen aus dem Leasing-Vertrag freizustellen.¹⁵⁹³

Unklar ist auch die Bedeutung einer Abnahmebestätigung durch den Leasingnehmer, sofern diese Erklärung unvollständig ist. Unterschreibt der Leasingnehmer unbedarft eine nicht korrekte Lieferbestätigung, trifft ihn die Beweislast hinsichtlich der Unvollständigkeit der Leistung.¹⁵⁹⁴ Denkbar sind in solchen Fällen auch Schadensersatzansprüche gegen den Leasingnehmer im Verhältnis zum Leasinggeber.¹⁵⁹⁵

Im Übrigen bleibt der Leasinggeber kaufmännisch zur Rüge nach § 377 HGB selbst dann verpflichtet, wenn der Leasingnehmer kein Kaufmann ist.¹⁵⁹⁶ Hier empfiehlt es sich, eine Verpflichtung zur Rüge in den Leasingvertrag aufzunehmen. Denn sollte der Leasinggeber den Leasingnehmer nicht auf die bestehende Rügeobliegenheit gegenüber dem Lieferanten im Rahmen der abgetretenen Mängelansprüche hinweisen, macht er sich diesem gegenüber schadensersatzpflichtig.¹⁵⁹⁷ Der Leasingnehmer müsste dann die Rügepflichten nach § 377 HGB unabhängig von seiner Kaufmannseigenschaft erfüllen.¹⁵⁹⁸

Dem *OLG Hamm*¹⁵⁹⁹ und später dem *BGH*¹⁶⁰⁰ lag der Fall einer AGB-Kontrolle in einem Bundle-Lease-Vertrag vor. Im Vertrag war eine Klausel enthalten, durch die sich der Leasinggeber für den Fall des Scheiterns des Projekts bis zu einem von ihm selbst gesetzten spätesten Fertigstellungszeitpunkt das Recht vorbehielt, vom Leasingvertrag zurückzutreten und dem Leasingkunden die erbrachten Lieferungen und Leistungen anzudienen und die den Leasingkunden verpflichtet, Vorfinanzierungsleistungen sowie an den Lieferanten erbrachte Zahlungen zu erstatten und wieder anstelle des Leasinggebers in die mit dem Lieferanten geschlossenen Verträge einzutreten. Das *OLG Hamm* erklärte die Klausel aufgrund eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB für nichtig. Der Kunde werde de facto rechtlos gestellt, was einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip darstelle. Zudem verstoße die Andienungspflicht gegen § 305c Abs. 1 BGB. Der *BGH* hat sich in der Revision dem Votum

¹⁵⁹³ OLG Köln, Urt. v. 13.11.1987 – 19 U 140/84, CR 1988, 723.

¹⁵⁹⁴ BGH, Urt. v. 1.7.1987 – VIII ZR 117/86, NJW 1988, 204 = CR 1988, 111, 114 f.; a.A. allerdings OLG Nürnberg, Urt. v. 28.7.1994 – 8 U 2851/93, ECR OLG 186 = CR 1995, 343 und OLG Hamm, Urt. v. 9.1.1995 – 31 U 142/94, ECR OLG 189 = CR 1995, 535.

¹⁵⁹⁵ OLG Köln, Urt. v. 23.7.1998 – 12 U 1/98, BB 2000, 15.

¹⁵⁹⁶ BGH, Urt. v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290, 1293 = BGHZ 110, 130, 141 f. = CR 1990, 348, 386 f.

¹⁵⁹⁷ LG Berlin, Urt. v. 27.3.2013 – 25 U 12, NJOZ 2014, 658.

¹⁵⁹⁸ OLG Köln, Urt. v. 19.9.1994 – 16 U 35/88, ECR OLG 171 = CR 1995, 218.

¹⁵⁹⁹ OLG Hamm, Urt. v. 3.8.2007 – 12 U 158/06, CR 2008, 8 ff. = BB 2007, 2255 = WM 2007, 2012.

¹⁶⁰⁰ BGH, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 258/07, MMR 2009, 101 ff. = NJW 2009, 575 = WM 2009, 35.

des *OLG Hamm* weitestgehend angeschlossen. Die Regelung sei mit wesentlichen Grundgedanken des für Finanzierungsleasingverträge geltenden Mietrechts unvereinbar. Besonders schwer falle ins Gewicht, dass allein auf das Scheitern des Projekts abgestellt werde, ohne dass es darauf ankomme, dass der Leasingkunde dieses zu vertreten habe. Zu § 305c Abs. 1 BGB äußerte sich der *BGH* nicht mehr.

Das *OLG Brandenburg* hatte im Rahmen eines, aufgrund eingeschränkter Nutzbarkeit gescheiterten Softwareprojektes, welches ebenfalls über Leasing finanziert wurde, zu entscheiden, ob eine Abnahme in Kenntnis des Mangels, erfolgt war.¹⁶⁰¹ Das Gericht ordnete den Vertrag als Werkvertrag ein, womit § 640 BGB Anwendung findet. In diesem Zusammenhang wurde eine Quittung i.S.d. § 368 BGB als Abnahme gewertet.

Es zeigt sich also, dass sehr gründlich auf eine angemessene Risikoverteilung zwischen allen am IT-Projekt beteiligten Parteien geachtet werden muss, damit es bei einem Fehlschlag nicht zu langwierigen rechtlichen Auseinandersetzungen kommt.

II. Dauer der Gewährleistungsfrist

Der in § 476 BGB vorgeschriebenen Mindestgewährleistungsfrist beim Verbrauchsgüterkauf von zwei Jahren könnte in Leasingverträgen mit Verbrauchern über die Lieferung von Neuwaren durch folgende Klausel Rechnung getragen werden:

„Für Sach- und Rechtsmängel treten wir mit Abschluss des Leasingvertrags unsere kaufrechtlichen Ansprüche und Rechte gegen unsere Lieferanten an den Leasingnehmer ab. Im Übrigen ist unsere Gewährleistung ausgeschlossen, es sei denn, die Ansprüche des Leasingnehmers gegen den Lieferanten sind nach den Liefer-/Geschäftsbedingungen des Lieferanten ausgeschlossen, weil die Gewährleistungsfrist für die Sach- und Rechtsmängel kürzer als zwei Jahre ist.“¹⁶⁰²

III. Beschränkung der Nacherfüllung auf Mängelbeseitigung

Es entspricht der üblichen Vertragspraxis bei Leasingverträgen, den Leasingnehmer auf ein Nachbesserungsrecht, anstatt der Lieferung einer Ersatzsache zu beschränken, um so die Amortisation für den Leasinggeber zu sichern. Beim Verbrauchsgüterkauf ist es gem. § 476 BGB unzulässig, den gesetzlichen Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB (einschließlich des Rechts zur Neulieferung) oder das Rücktritts- und Minderungsrecht durch ein vorgeschaltetes Nachbesserungsrecht des Verkäufers zu beschränken. Hieraus wird in der Literatur der Schluss gezogen, dass auch in Leasingverträgen mit Verbrauchern entsprechende

¹⁶⁰¹ OLG Brandenburg, Urt. v. 4.6.2008 – 4 U 167/07CR 2008, 763 ff.

¹⁶⁰² A.A. Zahn, DB 2002, 985, 992: 1 Jahr Verjährungsfrist zulässig.

Nachbesserungsklauseln unzulässig seien, da der Leasinggeber *alle* Sachmängelansprüche aus dem Lieferantenvertrag, d.h. einschließlich des uneingeschränkten Nacherfüllungsrechts, auf den Leasingnehmer zu übertragen habe.¹⁶⁰³

Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass der Leasingnehmer nach mietvertraglichen Gewährleistungsvorschriften, d.h. selbst bei einer uneingeschränkten eigenen Mängelgewährleistung des Leasinggebers (infolge eines unwirksamen Gewährleistungsausschlusses), nur einen Anspruch auf Mängelbeseitigung gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, aber **keinen Anspruch auf Neulieferung** der Mietsache hat.¹⁶⁰⁴ Von einer unangemessenen Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB kann daher nur dann ausgegangen werden, wenn dem Leasingnehmer das Recht verwehrt wird, sich beim Scheitern oder bei Unzumutbarkeit der vereinbarten Nachbesserung vom Leasingvertrag zu lösen. Eine entsprechende Klausel in einem Leasingvertrag mit einem Verbraucher über die Lieferung von Neuwaren könnte wie folgt aussehen:

„Soweit die abgetretenen Ansprüche gegen den Lieferanten auf Rücktritt oder Minderung des Kaufpreises von einer fehlgeschlagenen Mängelbeseitigung (Nachbesserung) abhängig sind, steht dem Leasingnehmer ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Leasingvertrags zu, wenn die Nachbesserung für den Leasingnehmer unzumutbar ist. Ein Anspruch auf Neulieferung wegen Sachmängeln besteht nur, wenn die Lieferbedingungen des Lieferanten dies vorsehen.“

IV. Kündigung

Schließlich ist zu beachten, dass für den Fall erheblicher Mängel das Kündigungsrecht des Leasingnehmers gem. § 543 BGB nicht durch eine vollständige Abwälzung der Sach- und Gegenleistungsgefahr auf den Leasingnehmer ausgeschlossen werden darf, auch wenn die Abwälzung grundsätzlich zum typischen Inhalt des Leasingvertrags gehört und daher als angemessen zu billigen ist.¹⁶⁰⁵ Ist die (mietrechtliche) Pflicht des Leasingnehmers zur Nutzungsüberlassung auf die Reparatur beschränkt, muss nach Ansicht des *BGH* für „nicht unerhebliche Beschädigungen“ ein Kündigungsrecht vorgesehen werden. Unwirksam ist daher auch eine Klausel, nach der der Leasingnehmer ohne Einschränkung „für Verlust und Beschädigung jeder Art“ haftet.

¹⁶⁰³ *Reinking*, ZGS 229, 233.

¹⁶⁰⁴ *BGH*, Urt. v. 15.10.1986 – VIII ZR 319/85, DB 1987, 371, 372.

¹⁶⁰⁵ *BGH*, Urt. v. 15.10.1986 – VIII ZR 319/85, DB 1987, 371, 372; OLG Koblenz, Urt. v. 26.2.2015 – 3 U 812/14, MMR 2015, 512.

Siebttes Kapitel: Softwarewartungs- und Pflegeverträge

Literatur:

Bartsch, Softwarepflege nach neuem Schuldrecht, NJW 2002, 1526; *Beise*, Gewährleistungsprobleme bei Wartungsverträgen, DB 1979, 1214; *Bischoff*, Übermittlung von Daten einer GmbH durch Auskunft, CR 1988, 38; *Bischoff/Witzel*, Softwarepflegeverträge. Inhalte und Problemstellungen, ITRB 2003, 31; *Cichon*, Internet-Verträge, 2. Aufl Köln 2005; *Dauner-Lieb/Langen*, Schuldrecht, 3. Auflage Baden-Baden 2016; *Habel*, Softwarewartung, CR 1993, 55; *Hardt*, Vertragstypen und Haftungsrisiken bei Softwarepflegeverträgen, CR 1991, 200; *Hardt*, Haftungsbeschränkung durch AGB bei Softwarepflege, CR 1991, 718; *Hartmann/Thier*, Typologie der Softwarepflegeverträge, CR 1998, 581; *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl. Köln 2020; *Jessen*, Vertragsgestaltung und –praxis der Online-Dienste, ZUM 1998, 282; *Joussen*, Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, NZA 2001, 745; *Kaufmann*, Kündigung langfristiger Softwarepflegeverträge oder Abschlusszwang?, CR 2005, 841; *Koch*, Schlechtleistung bei softwarebezogener Nacherfüllung – Fehler in neuen Softwareversionen oder -updates, ITRB 2008, 131; *Löwe*, Gedanken zur rechtlichen Einordnung von Wartungsverträgen, CR 1987, 219; *Merveldt*, Zulässigkeit langfristiger Laufzeiten für Softwareüberlassungsverträge, CR 2006, 721; *Moritz*, Der Softwarepflegevertrag – Abschlusszwang und Schutz vor Kündigung zur Unzeit?, CR 1999, 541; *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 6, 8. Aufl. München 2020; *Schneider*, Der Vertrag zur Softwarepflege, CR 1999, 157; *Schneider*, Risikobereiche des Pflege-Vertrages, CR 2004, 241; *Schneider*, Vollpflege von Standardsoftware, CR 2004, 408; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. Köln 2009; *Schneider/v. Westphalen*, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. Köln 2014; *Schreibauer/Taraschka*, Service Level Agreements für Softwarepflegeverträge, CR 2003, 557; *Schulze u.a.*, Bürgerliches Gesetzbuch, 10 Aufl. Baden-Baden 2019; *Schüren/Hamann*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Kommentar, 5. Aufl. München 2018; *Seitz*, Wartungsvertrag und Mängelgewährleistungsansprüche, CR 1988, 31; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. Köln 2016; *Welker/Schmidt*, Kündigung von Softwarepflegeverträgen durch sog. End-of-Life-Schreiben, CR 2002, 873; *Wohlgemuth*, Computerwartung, München 1999; *Zahrnt*, Abschlusszwang und Laufzeit beim Softwarepflegevertrag, CR 2000, 205.

Die Rechtsnatur von Serviceverträgen ist noch ungeklärt. Die Bandbreite der vertretenen Ansichten reicht von der Einordnung als Werk-,¹⁶⁰⁶ Miet-,¹⁶⁰⁷ oder Dienstverträge¹⁶⁰⁸ über die Qualifizierung als Verträge sui generis bis hin zur Betrachtung als Versicherungsverträge.¹⁶⁰⁹ Inzwischen hat der *BGH* entschieden, dass Softwarewartungsverträge keine Mietverträge darstellen, sondern nach Werk- und Dienstvertragsrecht zu behandeln sind.¹⁶¹⁰ Allerdings merkt das *OLG Köln* an, dass angesichts des vielgestaltigen Leistungsspektrum eines Vertrags die Anwendung von Mietrecht auf einen untergeordneten Ausschnitt der Leistung, etwa die

¹⁶⁰⁶ Siehe etwa *BGH*, Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398, 399 = NJW 2010, 1449, 1451; *BGH*, Urt. v. 5.6.1984 – X ZR 75/83, BGHZ 91, 316, 320 = NJW 1984, 2160; *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 22.4.1983 – 6 U 90/82, ZIP 1983, 702.

¹⁶⁰⁷ *Löwe*, CR 1987, 219.

¹⁶⁰⁸ *Beise*, DB 1979, 1214.

¹⁶⁰⁹ *BVerwG*, Urt. v. 19.5.1987 – 1 A 88/83, NJW-RR 1988, 343.

¹⁶¹⁰ Vgl. die Ausführungen in *OLG Köln*, Beschluss vom 26.6.2014 – 19 U 17/14.

reine Softwareüberlassung, nicht ausgeschlossen erscheint. 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 Softwarepflegevereinbarung. Es gibt zunächst die **Basisverträge**. Die Basisverträge konzentrieren sich z.B. auf die Lieferung von Hardware, die als kaufvertraglich anzusehen ist. Auch die Lieferung „nackter“ Software erfolgt regelmäßig im Rahmen von Kaufverträgen. Dahingegen sind die Lieferung von Individual-Software sowie die Anpassung von Standard-Software an die besonderen Bedürfnisse des Kunden im Rahmen werkvertraglicher Vertragsgestaltungen typisch.

Auf der zweiten Stufe liegt **der allgemeine Service-Vertrag**. Es handelt sich um einen Dienstvertrag als Dauerschuldverhältnis, der im Kern zunächst einmal nur die allgemeine Bereitschaft des Pflegeunternehmens ausdrückt, für die Bedürfnisse des Anwenders da zu sein. Ferner beinhaltet der allgemeine Servicevertrag ein Angebot des Pflegeunternehmens zum Abschluss von Einzelverträgen.¹⁶¹¹

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.¹⁶¹² Die Lieferung von Updates und Upgrades ist im Wesentlichen als kaufvertraglich zu qualifizieren. Die Bereitstellung einer Service-Hotline und sonstige Formen der Beratung erfolgen auf der Basis dienstvertraglicher Verpflichtungen. Die Übernahme einer 24-Stunden-Verfügbarkeitsgarantie durch eine auf die Wartung von Computersoftware spezialisierte Firma verstößt nach einer Entscheidung des *OLG Köln* nicht gegen § 307 BGB. Denn es sei nicht ersichtlich, dass durch die Übernahme dieser Pflicht eine solche Firma entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werde. Es sei vielmehr einsichtig und deshalb angemessen, dass ein Unternehmen, dessen an verschiedenen Stellen arbeitende Dienststellen miteinander kommunizieren müssen, sicherstellen müsse, dass ein etwaiger Ausfall des Systems kurzfristig behoben werde. Die Wartungsfirma könne als ausgewiesene Spezialistin bei Vertragsschluss dieses Risiko auch sehr genau einschätzen.¹⁶¹³

¹⁶¹¹ Siehe auch BGH, Urt. v. 4. 3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010 398, 399 = NJW 2010, 1449, 1451; MüKo BGB/*Busche*, § 631 Rn. 142.

¹⁶¹² Siehe auch BGH, Urt. v. 4. 3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010 398, 399 = NJW 2010, 1449, 1451; MüKo BGB/*Busche*, § 631 Rn. 142; BGH, Urt. v. 5.6.1984 – X ZR 75/83, BGHZ 91, 316, 320 = NJW 1984, 2160.

¹⁶¹³ OLG Köln, Urt. v. 31.3.2003 – 19 U 151/02, K&R 2003, 573.

I. Der allgemeine Servicevertrag

Der allgemeine Servicevertrag wird von den Parteien frei geschlossen. Ein Anspruch auf Abschluss eines solchen Vertrags kann allenfalls nach Maßgabe **kartellrechtlicher Vorgaben** (§ 19 Abs. 2 GWB bzw. Art. 102 AEUV) bejaht werden, wenn ein Unternehmer Serviceverträge abschließt und einem einzelnen Anwender ohne sachlichen Grund den Abschluss verweigert.

1. Hauptleistungspflichten

a) Pflichten des Dienstverpflichteten

Dienstverträge können zu **Diensten jeder Art** (§ 611 Abs. 2 BGB) verpflichten. Durch den Servicevertrag verpflichtet sich der Unternehmer insbesondere zum

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

Primärer Anspruch des Dienstberechtigten gegen den Dienstverpflichteten ist der Erfüllungsanspruch aus dem Dienstvertrag (§§ 611 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB), den der Dienstberechtigte im Wege einer Leistungsklage geltend machen kann. Allerdings ist eine Vollstreckung 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** festgelegt. 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 Partei muss bei Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen die Software an die geänderten Bestimmungen anpassen und eine auf dem vereinbarten Betriebssystem lauffähige Version bereitstellen.¹⁶¹⁴

Wird in einem Softwarepflegevertrag die Erbringung der Wartungsleistung grundsätzlich per Fernwartung (insb. online) vereinbart, so kann dem Leasinggeber nach Auffassung des *LG*

¹⁶¹⁴ OLG Köln, Urt. v. 12.11.2002 – 19 U 115/02, CR 2003, 329 = OLGR Köln, 2003, 37.

Cottbus der Kostenaufwand für einen von ihm ausdrücklich gewünschten Vor-Ort-Service gesondert in Rechnung gestellt werden.¹⁶¹⁵

AGB-rechtlich unproblematisch ist eine Klausel, wonach die Wartung in Form der Instandhaltung auf Abruf des Auftraggebers erfolgt.¹⁶¹⁶ Wird die Wartung schlecht durchgeführt und gerät die Anlage dann insgesamt in einen störanfälligen Zustand, liegt darin eine mangelhafte Werkleistung.¹⁶¹⁷ Die Beweislast für einen Mangel der Wartung liegt beim Kunden.¹⁶¹⁸ Wird eine Wartung auf Abruf sowie eine feste Mindestlaufzeit des Wartungsvertrags vorgesehen, bedarf es keiner Abnahme; die Abnahme gilt insofern als konkludent abbedungen.¹⁶¹⁹ Einer gesonderten Abnahme bedarf es auch deshalb nicht, weil die Pflegeleistungen kontinuierlich vorgenommen werden müssen.¹⁶²⁰ Wird eine Hotline kostenlos angeboten, können trotzdem Auskünfte einer solchen Hotline eine Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit mitbringen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anbieter dem Kunden mitteilt, dass er diesem für weitere Fragen gerne zur Verfügung stehe.¹⁶²¹

b) § 307 BGB

Welche Leistung der Dienstverpflichtete schuldet, ist im Wege der **Vertragsauslegung** zu ermitteln.

Die Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB erstreckt sich gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nur auf Bestimmungen, durch die von Rechtsvorschriften abgewichen wird. Als Primärpflicht einer Dienstvertragspartei ist aus diesem Grund z.B. die Angemessenheit der Vergütung insoweit der Inhaltskontrolle entzogen.

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 BGB). 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 BGB). Zwar kann der Dienstverpflichtete die Möglichkeit eines solchen Wechsels vereinbaren. Dabei hat er aber die Grenzen des AGB-

¹⁶¹⁵ LG Cottbus, Urt. v. 28.8.2003 – 4 O 361/02, CR 2004, 260.

¹⁶¹⁶ OLG Hamm, Urt. v. 22.2.1989 – 31 U 162/88CR 1989, 815 = BB-Beilage 15/1989, 8.

¹⁶¹⁷ OLG München, Urt. v. 22.11.1988 – 25 U 5810/86, CR 1989, 283 f.

¹⁶¹⁸ OLG München, Urt. v. 22.11.1988 – 25 U 5810/86, CR 1989, 283 f.

¹⁶¹⁹ OLG Karlsruhe, Urt. 28.2.1985 – 9 U 102/83, CR 1987, 232, 234.

¹⁶²⁰ *Seitz*, CR 1988, 31, 32; ähnlich *Löwe*, CR 1987, 219 f.

¹⁶²¹ Siehe AG Maulbronn, Urt. v. 27.5.1993 – I C 633/92, NJW-RR 1994, 1077.

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 aber zu lang, wenn der Anwender erst nach einem Monat den Vertrag auflösen kann.¹⁶²² Auch bei Kaufleuten ist ein freier Wechsel nicht im Rahmen von AGB vorsehbar.¹⁶²³

Zulässig kann allerdings die Übertragung von Pflichten im Rahmen der **Subunternehmerschaft** sein. 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.¹⁶²⁴

Umgekehrt kann der Dienstberechtigte im Zweifel nicht seinen Anspruch auf die Dienste auf Dritte übertragen (§ 613 S. 2 BGB). 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 AGB-rechtlich vorgesehen werden.¹⁶²⁵

c) Pflichten des Dienstberechtigten

Der Dienstberechtigte hat die Serviceleistungen zu vergüten. Die Vergütung kann **nach Leistung** (§ 614 S. 1 BGB) **oder Zeit** (§ 614 S. 2 BGB) berechnet werden. Zu beachten ist erneut, dass Preisvereinbarungen nicht einer AGB-Kontrolle unterliegen. Eine (scheinbare) Ausnahme gilt nur für **Preisnebenabreden**, die die Art und Weise der Preisberechnung zum Gegenstand haben. Eine Vorauszahlungspflicht ist zumindest dann unwirksam, wenn es um eine Zahlung für ein Jahr im Voraus geht.¹⁶²⁶ Zu beachten ist hier vor allem das Leitbild des Dienstvertragsrechts (§ 614 BGB), wonach die Vergütung zum Ende des einzelnen

¹⁶²² LG Köln, Urt. v. 4.2.1987 – 26 O 120/86, NJW-RR 1987, 885, 886.

¹⁶²³ KG, Urt. v. 30.12.1985 – 16 O 231/82, CR 1987, 234.

¹⁶²⁴ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, K 239.

¹⁶²⁵ OLG Bamberg, Urt. v. 1.10.1985 – 5 U 57/85, CR 1986, 366; vgl. *LG Köln*, Urt. v. 30.12.1985 – 16 O 231/82, CR 1987, 234.

¹⁶²⁶ OLG München, Urt. v. 8.11.1990 – 29 U 3410/90, VuR 1991, 246; a.A. *LG Köln*, Urt. v. 12.6.1995 – 20 S 11/94, RuS 1995, 313 = ECR LG 197.

Zeitabschnittes fällig wird. In der Literatur wird vorgeschlagen, zumindest eine vierteljährliche Vorauszahlung als wirksam anzusehen.¹⁶²⁷

Wird bei der Pflege ein „**Zirkapreis**“ vereinbart, kann das Pflegeunternehmen seinen nachträglich höheren Aufwand nur bis zu 110 % des Zirkapreises in Rechnung stellen.¹⁶²⁸ Eine Berechnung der jeweils geschuldeten Pauschale zu Beginn eines Kalenderjahres ist AGB-rechtlich unzulässig.¹⁶²⁹ Eine Vorauszahlungklage soll allerdings zulässig sein.¹⁶³⁰

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.¹⁶³¹

2. Nebenpflichten

Neben die Hauptleistungspflichten treten Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Ein Verstoß gegen diese Pflichten führt bei schuldhaftem Verhalten zu Schadensersatzansprüchen aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und im vorvertraglichen Bereich aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB („c.i.c.“).

Zu den Nebenpflichten des **Dienstverpflichteten** zählt u.a. 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.¹⁶³² 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 Amtverschwiegenheit unterliegen (§ 203 StGB), allen voran Anwälte und Ärzte. Ferner trifft den Anwender die Pflicht zur Einrichtung einer ordnungsgemäßen Datensicherung und zur Bereitstellung von pflegenotwendigen Unterlagen und eines technisch versierten Ansprechpartners für Rückfragen.

Eine Nebenpflicht des **Dienstberechtigten** besteht darin, alles zu tun, um Schäden an Leib und Leben des Pflegeunternehmers zu vermeiden. Ihn treffen umfangreiche Mitwirkungs- und

¹⁶²⁷ *Schneider*, K 231; *Zahrnt*, CR 1992, 404.

¹⁶²⁸ LG Köln, Urt. v. 30.3.1992 – 90 O 282/82.

¹⁶²⁹ OLG München, Urt. v. 8.11.1990 – 29 U 3410/90CR 1992, 401.

¹⁶³⁰ OLG München, Urt. v. 8.11.1990 – 29 U 3410/90CR 1992, 401, 402.

¹⁶³¹ LG Berlin, Urt. v. 22.5.2001 – 10 O 483/00, CR 2001, 743.

¹⁶³² AG Düren, Urt. v. 14.4.2004 – 45 C 332/00, CR 2004, 734.

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.¹⁶³³ Streitig ist, ob er verpflichtet ist, **den neuesten Programmstand zu übernehmen**. Für das Pflegeunternehmen ist es oft ein Problem, dass der Anwender auf der Basis veralteter Programmstände Pflege erwartet. Eine solche Pflege kann im Laufe der Jahre sehr zeit- und kostenintensiv werden. Es ist daher verständlich, dass Pflegeunternehmen vertraglich den Anwender verpflichten, jeweils den neuesten Programmstand einzuarbeiten. Schwierig ist die Frage, ob in AGB hohe Frequenzen von Updates als Übernahmepflicht für den Kunden vorgesehen werden können. Im Hinblick auf die allgemeine Auslegung im Rahmen von § 307 Abs. 1 BGB wird man darauf abstellen müssen, ob dem Kunden noch Alternativen bleiben, etwa in Form der Rücksetzung der Software bei verbleibenden Fehlern in der neuen Version.¹⁶³⁴ Auch wird man dem Kunden die Möglichkeit einräumen müssen, für einen längeren Zeitraum nach Freigabe der neuen Version die Pflege noch auf der Grundlage der alten Version verlangen zu dürfen.¹⁶³⁵ Das *LG Hamburg*¹⁶³⁶ hat jetzt entsprechende Klauseln gebilligt.

Des Weiteren ist eine Klausel in AGB eines Softwareherstellers wirksam, wonach sich die Pflege stets auf den gesamten Bestand des Auftraggebers an der Software des Herstellers bezieht, soweit der Hersteller hierfür Pflege anbietet. Dies erfasst auch eine Erweiterung des Bestands durch eventuelle spätere Zukäufe. Die Software muss entweder vollständig beim Hersteller in Pflege gehalten oder die Pflege insgesamt gekündigt werden („gesamthafte Pflege“). Das gelte sogar dann, wenn die Klausel weiter bestimmt, dass diese Regelung auch Software des Herstellers umfasst, die der Auftraggeber von Dritten bezogen hat und für die der Hersteller Pflege anbietet.

II. Nicht- und Schlechterfüllung

Das Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB enthält auch nach der Schuldrechtsreform **keine eigenen Gewährleistungsregeln**. Vertraglichen Vereinbarungen durch Verwendung vorformulierter Geschäftsbedingungen, die das Haftungsrisiko für Leistungsstörungen regeln, kommt daher im Dienstvertragsrecht eine zentrale Bedeutung zu. Die Generalklausel des § 280 Abs. 1 BGB wirkt sich als Regelung des allgemeinen Schuldrechts auch auf Leistungsstörungen

¹⁶³³ LG Stuttgart, Urt. v. 30.1.2002 – 38 O 149/00, CR 2002, 487.

¹⁶³⁴ A.A. Schneider/v. Westphalen/*Peter*, Rn. I 288 ff., der solche Klauseln als Leistungsbeschreibungen für nicht kontrollfähig ansieht.

¹⁶³⁵ *Schneider*, K 171.

¹⁶³⁶ LG Hamburg, Urt. v. 25.10.2013 – 315 O 449/12, MMR 2014, 102 = ZUM 2014, 69.

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 kennt das Dienstvertragsrecht jedoch nicht.

Die sonstigen Gewährleistungsrechte aus dem Kaufrecht bestehen teilweise in analoger Anwendung, insbesondere der Anspruch auf Minderung des Pflegeentgelts sowie auf Rücktritt vom Vertrag.

Die Rückabwicklung des Softwarepflegevertrags könne im Einzelfall auch den zugrundeliegenden 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 erforderlich, dass rechtsgeschäftliche Bedingungen hergestellt sind. Ebenso wenig brauchten die Vereinbarungen demselben rechtlichen Geschäftstypus angehören; sie könnten durchaus wesensungleich sein. Eine Geschäftseinheit werde selbst dadurch nicht ausgeschlossen, dass an den Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.

Eine **Softwaredokumentation** ist mangelhaft, wenn in ihr in nennenswertem Umfang Bildschirmdialoge nicht (mehr) aktuell sind, nicht mit den im Programm vorhandenen Dialogen übereinstimmen oder gar nicht dokumentiert sind, wenn ein Inhaltsverzeichnis fehlt oder wenn sie den Anwender nicht in die Lage versetzt, die Software im Bedarfsfalle erneut oder auf einer anderen Anlage zu installieren. Der Pflegegläubiger hat einen Anspruch auf eine aktualisierte Softwaredokumentation bei jedem „Update“ der Software.¹⁶³⁷

Hat der Gläubiger an der Erfüllung des Dienstvertrags wegen Schlechtleistung kein Interesse mehr, so gewährt § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 281 BGB einen Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung**. In der Praxis dürfte diese Rechtsfolge, die u.a. auf Ersatz der Kosten einer durch Nacherfüllung noch durchführbaren Leistung gerichtet ist,¹⁶³⁸ 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

¹⁶³⁷ LG Bonn, Urt. v. 19.12.2003 – 10 O 387/01, CR 2004, 414 = K&R 2004, 353.

¹⁶³⁸ Dauner-Lieb/Langen/*Dauner-Lieb*, § 280 Rn. 63.

seiner Arbeitspflicht zwar nachkommt, aber eine mit Mängeln behaftete Arbeitsleistung erbringt.

Im Bereich der nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten, liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn bei der (ordnungsgemäßen) Erbringung der Dienstleistung anderweitige Rechtsgüter und Vermögensinteressen des Dienstberechtigten geschädigt werden.¹⁶³⁹ Hiervon kann etwa im Bereich des Gesellschaftsrechts bei wiederholten Verstößen gegen ein nebenvertragliches Konkurrenzverbot durch einen Gesellschafter ausgegangen werden.¹⁶⁴⁰ Bei Vorliegen der Voraussetzungen gewährt in diesem Fall § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 282 BGB einen Schadensersatz statt der Leistung.

Im Falle der Nichterfüllung von Pflegepflichten kann der Anwender auf Erfüllung klagen. Hier gibt es auch die Möglichkeit einer Ersatzvornahme im Rahmen von § 887 ZPO. Ferner kann er das vereinbarte Entgelt verweigern (§ 320 Abs. 1 BGB). Sind die Dienste vor allem wegen Zeitablaufs nicht mehr nachholbar, liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor. Bei verspäteter Erfüllung greifen die allgemeinen Regeln zum Verzug.

III. Beendigung des Servicevertrags

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

1. Ordentliche Kündigung

Ein Dienstvertrag endet mit **Ablauf des Zeitraumes**, für den er abgeschlossen worden ist (§ 620 BGB).

Abseits solcher befristeter Verträge sieht das BGB **besondere Fristen** für die ordentliche Kündigung vor (§ 621 BGB). Ist die Vergütung nach Vierteljahren bemessen, liegt die Kündigungsfrist bei sechs Wochen für den Schluss des Kalenderjahres (§ 621 Nr. 4 BGB). Zwar ist das Recht zur ordentlichen Kündigung abdingbar.¹⁶⁴¹ Allerdings muss der Anwender spätestens nach zwei Jahren eine erste Möglichkeit zur Kündigung haben.¹⁶⁴² Stillschweigende Verlängerungen dürfen nicht länger als ein Jahr dauern. Zu Lasten des Anwenders ist auch eine längere Kündigungsfrist als drei Monate nicht einführbar. Diese Regelungen gelten aber nicht im kaufmännischen Verkehr. Hier sind die jeweiligen Handelsbräuche und Gewohnheiten zu

¹⁶³⁹ Jousseen, NZA 2001, 745, 747; vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 141.

¹⁶⁴⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 13.3.1996 – VIII ZR 99/94, NJW-RR 1996, 949.

¹⁶⁴¹ MüKoBGB/Hesse, § 621 Rn. 29; Schulze u.a.,/Schreiber, § 621 Rn. 1.

¹⁶⁴² Siehe dazu auch Merveldt, CR 2006, 721; Kaufmann, CR 2005, 841.

beachten. Diese können es angezeigt sein lassen, eine zehnjährige Bindung an einen Vertrag zuzulassen.¹⁶⁴³

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.¹⁶⁴⁴ 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.¹⁶⁴⁵ In Literatur und Rechtsprechung werden in seltenen Einzelfällen Kündigungsausschlüsse diskutiert, z.B. für den Fall, dass das Wartungsunternehmen bei noch neuer und aktuell auf dem Markt vertriebener Software sich bewusst einem bereits bei Vertragsschluss erkennbar gewordenen Anpassungsbedarf (Umstellung auf das Jahr 2000, Euroumstellung u.a.)¹⁶⁴⁶ entziehen will oder aber in dem Fall, in dem durch eine Kündigung der Kunde zur Zahlung von nicht geschuldeten Leistungen gebracht werden soll.¹⁶⁴⁷ 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.¹⁶⁴⁸

2. Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB)

Nach § 626 BGB kann jeder Dienstvertrag **aus wichtigem Grund gekündigt** werden. Dieses Recht zur außerordentlichen Kündigung ist nicht abdingbar.¹⁶⁴⁹ Auch eine Beschränkung auf bestimmte wichtige Gründe ist unzulässig.¹⁶⁵⁰ Gleiches gilt für Kündigungserschwernisse, etwa

¹⁶⁴³ OLG Hamm, Urt. v. 24.4.1986 – 2 U 339/85, NJW-RR 1986, 1248, 1249; Kaufmann, CR 2005, 841.

¹⁶⁴⁴ OLG Köln, Urt. v. 31.1.2003 – 19 U 151/02, K&R 2003, 573; s. für den Fall eines Quasi-Vertragshändlers: BGH, Urt. v. 15.12.1993 – VIII ZR 157/92, NJW, 1994, 722 = MDR 1994, 457.

¹⁶⁴⁵ OLG Koblenz, Urt. v. 12.1.2005 – 1 U 1009/04, MMR 2005, 472 = CR 2005, 482 = K&R 2005, 426.

¹⁶⁴⁶ Siehe OLG Köln, Urt. v. 17.7.1998 – 19 U 9/98, CR 1998, 720 f.; Bartsch, NJW 2002, 1526 ff., 1530.

¹⁶⁴⁷ Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 27.5.1993 – 5 U 1938/92, NJW 1993, 3144 ff.

¹⁶⁴⁸ OLG Koblenz, Urt. v. 12.1.2005 – 1 U 1009/04, MMR 2005, 472 = CR 2005, 482 = K&R 2005, 426; a.A. LG Köln, Urt. v. 16. 10. 1997 – 83 O 26–97, NJW-RR, 1999, 1285 ff. = CR 1999, 218 ff.

¹⁶⁴⁹ BGH, Urt. v. 26.5.1986 – VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134; OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.7.1982 – 9 U 27/81 BB 1983, 725, 728.

¹⁶⁵⁰ Schneider/v. Westphalen/Peter, Rn. I 349, der eine Definition einzelner wichtiger Gründe „in engen Grenzen“ für wirksam erachtet.

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.¹⁶⁵¹

3. Kündigung aufgrund besonderen Vertrauens (§ 627 BGB)

Ein besonderes außerordentliches Kündigungsrecht sieht § 627 BGB 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.¹⁶⁵²

IV. 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**. Typischerweise sind in Pflegeverträgen nur Softwareaktualisierungen zur Fehlerbeseitigung 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.¹⁶⁵³ 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 Gewährleistungsrechte. Hinzu kommt eine Pflichtverletzung aus dem Pflegevertrag (§ 280

¹⁶⁵¹ Kündigungsrecht bejaht durch BGH, Urt. v. 26.5.1986 – VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134.

¹⁶⁵² Für Wirksamkeit AG Bremen, Urt. v. 18.6.1986 - 20 C 209/1985, NJW-RR 1987, 1007.

¹⁶⁵³ AG Hanau, Urt. v. 26.6.1998 – 31 C 709/98-11, CI 1999, 23 = NJW-CoR 1998, 434.

BGB). Streitig ist, ob Pflegeleistungen mit entsprechenden Dokumentationen versehen sein müssen; für den Bereich der Hardwarewartung wurde eine solche (stillschweigende) Dokumentationspflicht abgelehnt.¹⁶⁵⁴

Bei der Lieferung von Softwareaktualisierungen ist das Kaufrecht zu beachten. Soweit die Updates Softwaremängel beseitigen, ist die Regelung des § 308 Nr. 8 BGB zu beachten. Die Nacherfüllung hat kostenlos zu geschehen, 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 ins richtige Licht zu setzen. Updates und neue Softwareversionen beseitigen jedoch nicht immer Fehler, sondern können auch für das Entstehen neuer technischer Probleme sorgen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern neue Fehler in Mängelbeseitigungsupdates neue Nacherfüllungsansprüche mit neuen Gewährleistungspflichten auslösen, wie sich Fehler im Update auf unveränderte Teile im ursprünglichen ausgelieferten Programmexemplar auswirken und wie das Überlassen einer neuen Vollversion im Rahmen der Nacherfüllung zu bewerten ist.¹⁶⁵⁵ Bei der Nachbesserung durch Updates handelt es sich um eine sog. kombinierte Nacherfüllung, die sich aus der Nachlieferung, Lieferung eines neuen Programms aus der Serie und der Nachbesserung, in Form der Mangelbeseitigung an dem neuen Programm, zusammensetzt.¹⁶⁵⁶ Auch bei gelungener Nacherfüllung durch Lieferung eines lauffähigen Programms, kann für Installation, Test und Neueinweisung Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden. Scheitern mehr als zwei Versuche der Nacherfüllung, kann der Kunde sogar gem. § 440 S. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten.¹⁶⁵⁷ Treten durch das Update neue Fehler am ursprünglich gelieferten Programmexemplar auf, deren Ursachen nicht vor oder bei Gefahrübergang gem. § 446 BGB vorlagen, so findet kein Gewährleistungsrecht, sondern das allgemeine Leistungsstörungenrecht Anwendung. Haften neue Mängel dem nachgelieferten Programm an, so löst die neue Übergabe auch neue Gewährleistungsrechte aus. Fehlerauswirkungen im vom Update nicht erfassten und daher unveränderten Programmteil fallen als neue nachgelieferte Mängelursache ebenso unter das

¹⁶⁵⁴ OLG München, Urt. v. 24.4.1996 – 1 U 5742/85; *Bischoff*, CR 1988, 34, 38.

¹⁶⁵⁵ *Koch*, ITRB 2008, 131.

¹⁶⁵⁶ *Koch*, ITRB 2008, 131, 132.

¹⁶⁵⁷ *Koch*, ITRB 2008, 131, 132.

Mängelrecht, wie der nachgelieferte Fehler selbst.¹⁶⁵⁸ Grundsätzlich kann auch eine neue Vollversion mit höherer, fehlerbereinigter Versionsnummer als Nachlieferung erbracht werden, wenn keine erheblichen Nachteile gegenüber der alten Version bestehen und die Nachlieferung völlig kostenfrei ist. Eine Art Abzug „neu für alt“ findet nicht statt. Ist die neue Version selber wiederum mangelhaft, so liegt auch hier aufgrund der Übergabe Gewährleistungsrecht vor.¹⁶⁵⁹

V. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag

1. Abgrenzung AÜG

Von Arbeitnehmerüberlassung – häufig auch als Leiharbeitsverhältnis bezeichnet – wird gesprochen, wenn ein selbständiger Unternehmer (Verleiher) einen Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer), mit dem er einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, gelegentlich oder kurzfristig an einen anderen Unternehmer (Entleiher) „ausleiht“. Nach § 1 Abs. 1 AÜG liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Arbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber im Rahmen dessen wirtschaftlicher Tätigkeit einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen wird. Es sind **somit mindestens drei Beteiligte erforderlich**. Das schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Verleiher und dem Entleiher wird als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet.¹⁶⁶⁰ Der Entleiher erwirbt das vom Arbeitgeber, d.h. dem Verleiher, abgeleitete Recht, vom Leiharbeitnehmer die Leistung der zur Erfüllung des Überlassungsvertrags zu verrichtenden Arbeiten zu fordern und durch nähere Weisungen konkretisieren zu können (Direktionsrecht).¹⁶⁶¹ Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht fort, d.h. der Verleiher schuldet die Vergütung, sowie Vergütungsfortzahlung bei Urlaub und Krankheit usw.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gilt gem. § 1 Abs. 1 S. 1 nur für die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit. Damit ist jegliches Handeln erfasst, mit dem Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden.¹⁶⁶² In der vorhergehenden Gesetzesfassung bis Dezember 2011 wurde noch ein gewerbsmäßiges Handeln, d.h. eine Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht, gefordert. Dieser Zielsetzung bedarf es nun nicht mehr. Nicht um eine Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes handelt es sich, wenn es sich bei dem Vertrag zwischen

¹⁶⁵⁸ Koch, ITRB 2008, 131, 133.

¹⁶⁵⁹ Koch, ITRB 2008, 131, 134.

¹⁶⁶⁰ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 38.

¹⁶⁶¹ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 71.

¹⁶⁶² EuGH, Urt. v. 10.1. 2006 – C-222/04, EuZW 2006, 306.

Unternehmer (Arbeitgeber) und Dritten um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt.¹⁶⁶³ Organisiert der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen selbst, bleibt er für die Erfüllung der im Vertrag mit dem Dritten vorgesehenen Dienste oder für die Erstellung des dem Dritten vertraglich geschuldeten Werks verantwortlich. Bedient er sich dabei den seinen Weisungen unterliegenden Arbeitnehmern als Erfüllungsgehilfen, so liegt ein Dienst- oder Werkvertrag vor. Bleibt jedoch nach dem Vertragsinhalt dem Dritten, in dessen Bereich die Arbeitskräfte tätig werden, die Entscheidung überlassen, wie und wann er die Arbeitnehmer für welche Arbeiten einsetzt, so liegt Arbeitnehmerüberlassung vor.¹⁶⁶⁴ Beruft sich der Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung auf den Wegfall des Arbeitsplatzes durch Fremdvergabe der bisher vom gekündigten Arbeitnehmer verrichteten Arbeiten, so liegt eine die Kündigung nicht rechtfertigende Austausch Kündigung vor, wenn die Fremdvergabe nicht in selbständiger Erledigung durch den Dritten erfolgt, sondern der Dritte in den Arbeitsbetrieb des (kündigenden) Arbeitgebers eingegliedert wird.¹⁶⁶⁵ Erfolgt die Fremdleistung nicht in eigener betrieblicher Organisation, sondern nach den betrieblichen Vorgaben des (kündigenden) Arbeitgebers, so liegt regelmäßig verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vor, die eine betriebsbedingte Kündigung nicht zu rechtfertigen vermag.¹⁶⁶⁶

Wird ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber auf der Grundlage eines Werkvertrags im Betrieb eines anderen Unternehmens eingesetzt und kommt es dabei nur gelegentlich unter Abweichung vom normalen Tagesablauf zu arbeitsrechtlichen Weisungen des Werkbestellers, so führt dies nicht zur Annahme einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung.¹⁶⁶⁷ Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG. Diese sei vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet.¹⁶⁶⁸ Notwendiger Inhalt eines

¹⁶⁶³ Siehe auch LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17.10.1991, BB-Beilage 10/1992, 11.

¹⁶⁶⁴ Siehe auch LAG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 2.8.2005 – 8 TaBV 33/04 (zu der vergleichbaren Frage der Einordnung fremder Arbeitnehmer unter § 98 BetrVG) = AE 2006, 285.

¹⁶⁶⁵ LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.3.2013 – 12 Sa 1624/12, NZA-RR 2013, 466.

¹⁶⁶⁶ LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.3.2013 – 12 Sa 1624/12, NZA-RR 2013, 466.

¹⁶⁶⁷ LAG Düsseldorf, Urt. v. 27.8.2007 – 17 Sa 270/07, NJOZ 2008, 1103 = LAGE § 10 AÜG Nr. 4 = EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 119; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 1.8.2013 – 2 Sa 6/13.

¹⁶⁶⁸ BAG, Urt. v. 24.5.2006 – 7 AZR 365/05; BAG, Urt. v. 19.3.2003 – 7 AZR 267/02, AP AÜG § 13 Nr. 4 = BeckRS 2003, 41314; BAG, Urt. v. 3. 12. 1997 – 7 AZR 764/96, BAGE 87, 186 = NZA 1998, 876 = NJW 1998, 3374 L = AP AÜG § 1 Nr. 24.

Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen.¹⁶⁶⁹ Seine Vertragspflicht gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.

Demgegenüber wird beim Werkvertrag ein Unternehmer für einen anderen tätig. Der Werkunternehmer organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Solche Werkverträge werden – ebenso wie Dienstverträge – nicht vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erfasst.¹⁶⁷⁰

Bei der Abgrenzung arbeitsrechtlicher zu werkvertraglichen Weisungen ist zu berücksichtigen, dass die Weisung des Werkbestellers gegenständlich begrenzt auf das konkrete Werk bezogen ist. Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Werkunternehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, so deutet dies auf Arbeitnehmerüberlassung hin, weil der Besteller dann durch seine Anweisungen den Gegenstand der von dem Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung überhaupt erst bestimmt und damit Arbeit und Einsatz für ihn bindend organisiert.¹⁶⁷¹ Allerdings ist zu beachten, dass Arbeitnehmerüberlassung voraussetzt, dass das Arbeitgeberweisungsrecht während der Dauer des Fremdfirmeneinsatzes allein vom Inhaber des Einsatzbetriebs oder dessen Personal ausgeübt wird.

Indizien für einen Werkvertrag:¹⁶⁷²

- Unternehmerische Eigenverantwortlichkeit und Dispositionsmöglichkeit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller,
- Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werksergebnisses,

¹⁶⁶⁹ BAG, Urt. v. 3. 12. 1997 – 7 AZR 764/96, BAGE 87, 186 = NZA 1998, 876 = NJW 1998, 3374 L = AP AÜG § 1 Nr. 24.

¹⁶⁷⁰ BAG, Urt. v. 3. 12. 1997 – 7 AZR 764/96, BAGE 87, 186 = NZA 1998, 876 = NJW 1998, 3374 L = AP AÜG § 1 Nr. 24.

¹⁶⁷¹ BAG, Urt. v. 9.11.1994 – 7 AZR 217/94, BAGE 78, 252 = NZA 1995, 572 = AP AÜG § 1 Nr. 18; BAG, Urt. v. 30.1.1991 – 7 AZR 497/89NZ 1992, 19 = AP AÜG § 10 Nr. 8).

¹⁶⁷² FG Hessen, Urt. v. 21.2.2008 – 13 K 2392/05 = EzAÜG Steuerrecht Nr. 78.

- ausschließliches Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber den Arbeitnehmern im Betrieb des Bestellers und Erfüllung seiner Aufgaben aus dem Werkvertrag,
- Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung,
- herstellungsbezogene Vergütungsregelung.

Folgende Indizien sprechen für eine Arbeitnehmerüberlassung:

- Planung und Organisation der Arbeit durch den Besteller,
- Aufnahme der Arbeitnehmer in die Betriebsräume des Bestellers,
- fehlendes Weisungsrecht und Personalhoheit des Werkunternehmers, Pflicht zur Vorlage von Personaleinsatz und Anwesenheitslisten,
- Ausstattung mit Werkzeugen des Bestellers,
- Benutzung der Sozialräume des Bestellers.

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

Die Abgrenzung der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Vertragstypen oder zu der erlaubnisfreien Arbeitnehmerüberlassung ist nicht nur für die Anwendung des AÜG von Bedeutung. Sie betrifft neben dem Arbeitsrecht auch das Sozialversicherungs-, das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Wird fehlerhaft von einer erlaubnisfreien Form des drittbezogenen Personaleinsatzes ausgegangen und besitzt der Verleiher keine gültige 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.

Eine noch wenig geklärte Thematik betrifft die **Auswirkungen des Mindestlohngesetzes auf den IT-Sektor**. So regelt § 13 MiLoG über einen Verweis auf § 14 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG), dass ein Auftraggeber zusätzlich für die Zahlung des Mindestlohns bei allen Subunternehmern haften muss. Zahlt einer der Auftragnehmer des Auftraggebers seinen Arbeitnehmern nicht den gesetzlichen Mindestlohn, so können die Arbeitnehmer direkt vom Auftraggeber die Zahlung des Nettolohns verlangen, unabhängig davon, warum der Auftragnehmer als ihr direkter Arbeitsgeber bislang nicht gezahlt hat. Der Auftraggeber haftet insofern wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Allerdings gilt diese

Konstruktion nicht bei Dienst- oder Werkverträgen für rein interne Angelegenheiten. Das Gesetz soll nur den sog. Generalunternehmer betreffen, also den Unternehmer, der Pflichten, die er im Außenverhältnis gegenüber Kunden hat, an andere (Sub) Unternehmer delegiert. Zur Lösung eventueller Haftungsprobleme lassen sich manche Generalunternehmer weitgehende Einsichtsrechte in Lohnunterlagen des Subunternehmers vertraglich einräumen; vorgesehen wird zum Teil sogar ein Recht des Auftraggebers zur Überprüfung der Lohnunterlagen beim Subunternehmer („Auditrecht“). Beides ist im Hinblick auf datenschutzrechtliche Vorgaben abseits einer Einwilligung des Arbeitnehmers sehr fragwürdig.

2. Problem: Vergütungsregeln

Verboten im Werkvertragsrecht ist eine Vergütungsregelung in AGB, die für **das reine Tätigwerden** eine Entgeltspflicht vorsieht. Zu solchen verbotenen Klauseln zählen z.B. Regelungen wie „Fahrzeiten gelten als Arbeitszeiten“¹⁶⁷³. Als zulässig wird hingegen angesehen, wenn der Softwareersteller nach Stunden abrechnet¹⁶⁷⁴ oder im Rahmen von Individualverträgen eine Regelung vorsieht, die einen pauschalen Kfz-Kostenanteil festsetzt.¹⁶⁷⁵

3. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die oben dargestellten Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts sind auch nach der Schuldrechtsreform grundsätzlich vertraglich abdingbar. Da das Dienstvertragsrecht, anders als etwa § 475 BGB im Kaufrecht, keine Grenzen für eine vertragliche Modifikation des Leistungsstörungsrechts enthält, richtet sich die Zulässigkeit haftungsbeschränkender Klauseln in Standarddienstverträgen nach den §§ 307 ff. BGB. So ist beispielsweise eine Klausel wie „nach Wahl Neuteile oder Austauschteile“ verboten.¹⁶⁷⁶

a) Ausschluss und Beschränkung der Haftung

Anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht stellt sich im Dienstvertragsrecht nicht das Problem unterschiedlicher Regelungskomplexe für Gewährleistung und Haftung. Geschäftsbedingungen in Dienstverträgen, die sich auf die „Gewährleistung“ beziehen, sind daher – sofern sie nicht schon nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB wegen Verstoßes gegen das materielle Transparenzgebot unwirksam sind – zunächst am Maßstab des § 309 Nr. 7 BGB zu

¹⁶⁷³ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.4.1983, WRP 1983, 626 = DB 1983, 1482.

¹⁶⁷⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 2.11.1990 – 2 U 271/89, NJW-RR 1991, 252.

¹⁶⁷⁵ BGH, Urt. v. 9.11.1991 – X ZR 63/90, NJW 1992, 688 = BB 1992, 228.

¹⁶⁷⁶ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.4.1983, WRP 1983, 626 = DB 1983, 1482.

messen. Unwirksam ist daher die häufig in Verträgen über Telekommunikations- und Internet-Dienstleistungen anzutreffende Klausel „Unsere Haftung ist auf vorsätzliches Handeln begrenzt“. Die Unwirksamkeit dieser Haftungsbeschränkung gegenüber dem Endverbraucher lässt sich auch nicht durch einen salvatorischen Zusatz „es sei denn, dem stehen zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegen“ vermeiden.¹⁶⁷⁷

Unwirksam sind auch Klauseln, die die „Haftung aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen auf die **zulässige Mindestsumme** begrenzen“.¹⁶⁷⁸ Diese inhaltsleere Floskel hält weder dem Klauselverbot des § 309 Nr. 7 BGB noch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB stand, da für den Vertragspartner nicht erkennbar ist, auf welche Haftungsfälle sich die Begrenzung bezieht und woraus sich die „zulässige Mindestsumme“ ergibt. Zulässig bleibt daher – wie schon an anderer Stelle aufgezeigt – lediglich eine Klausel, die nur die Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzung ausschließt und eine Ausnahme für vertragswesentliche Pflichten, Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit sowie Ansprüche aus dem ProdHaftG¹⁶⁷⁹ enthält.

b) Beschränkung von Leistungspflichten

In zahlreichen Dienstverträgen finden sich Klauseln, in denen (z.T. sogar unter der Überschrift „Gewährleistung“) die Leistungspflichten des Verwenders beschränkt werden, um hierdurch eine **Haftung für Leistungsstörungen** generell auszuschließen. Dies ist als (mittelbarer) Haftungsausschluss unzulässig, wenn hierdurch schon die Vertragspflicht, deren Verletzung die Grundlage der Schadensersatzhaftung ist, eingeschränkt wird.¹⁶⁸⁰ 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.¹⁶⁸¹

Klauseln wie „Eine **hundertprozentige Nutzbarkeit des Systems** kann nicht gewährleistet werden.“ oder „Bei unerwarteten Systemausfällen oder vorübergehenden Einschränkungen von Leistungsmerkmalen haften wir nur, wenn die Störung nicht innerhalb von ... Tagen von uns beseitigt wird.“ sind unwirksam. Gegenüber Verbrauchern ergibt sich dies unmittelbar aus § 309 Nr. 7 BGB, da nicht danach differenziert wird, ob die Leistungsstörung auf einer nur

¹⁶⁷⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 4.3.1987 – IV a ZR 122/85, NJW 1987, 1815.

¹⁶⁷⁸ Derartige Klauseln finden sich in zahlreichen AGB sog. Internet-Startups.

¹⁶⁷⁹ 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.

¹⁶⁸⁰ Vgl. Schlosser, WM 1978, 558, 564.

¹⁶⁸¹ Ähnlich auch BGH, Urt. v. 9.7.1992 – VII ZR 7/92, NJW 1992, 3158, 3161: Vermittlungsvertrag statt Reisevertrag.

leicht fahrlässigen Pflichtverletzung einer nicht vertragswesentlichen Pflicht beruht. Zudem verbietet § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern eine Gefährdung des Vertragszwecks durch Einschränkung vertragswesentlicher Rechte und Pflichten. Bei Dienstleistungsverträgen ist es daher regelmäßig unzulässig, eine Hauptleistungspflicht in einer AGB-Klausel wieder einzuschränken (um der Haftung für schuldhaftes Pflichtverletzungen zu entgehen), wenn der primäre Vertragszweck gerade in der Erbringung dieser Dienstleistung besteht. Die Möglichkeit von Systemausfällen sollte daher schon bei der positiven Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden, etwa durch Vereinbarung einer bestimmten Toleranzgrenze bezüglich der Anzahl und Dauer von Ausfällen pro Zeiteinheit.¹⁶⁸²

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 BGB oder § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 282 BGB wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht schadensersatzpflichtig macht. Gleiches gilt für vorformulierte Hinweise auf mögliche Risiken bei Beratungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen von Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern.

Umgekehrt können Klauseln, in denen eine **bestimmte Güte der Dienstleistung zugesichert** wird („Wir garantieren eine Nutzbarkeit unserer Systeme von 99,99 %“), haftungsverschärfend wirken. Der Gesetzgeber hat zwar darauf verzichtet, den Rechtsbegriff der „Garantie“ außerhalb des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts (§§ 443, 444 BGB) als Anknüpfungspunkt für eine allgemeine Gewährleistung für alle Vertragstypen zu verwenden. Durch Klauseln, die eine bestimmte Qualität der Dienstleistung versprechen („wir garantieren“), wird jedoch die vertraglich geschuldete Leistung dahingehend konkretisiert, dass eine schuldhaftes Nichteinhaltung der zugesicherten Dienste eine Pflichtverletzung i.S.v. §§ 280 ff. BGB darstellt. Die ausdrückliche Zusicherung einer bestimmten Dienstqualität kann zudem eine entsprechende vertragswesentliche Pflicht zur Gewährleistung des zugesagten Qualitätsmerkmals begründen („24h-Erreichbarkeit“, „99,99 % Sicherheit“,

¹⁶⁸² Vgl. *Jessen*, ZUM 1998, 282, 287; *Cichon*, S. 21.

„virengeprüft“¹⁶⁸³). 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 BGB unwirksam. Im Übrigen gilt auch hier, dass die Haftung für eine – auch leicht fahrlässige – Verletzung von vertragswesentlichen Pflichten nicht ausgeschlossen werden kann.

4. Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche

a) § 309 BGB

Auch eine **Verkürzung der Verjährung** von Schadensersatzansprüchen ist als Begrenzung der Haftung i.S.v. § 309 Nr. 7 BGB anzusehen.¹⁶⁸⁴ Für AGB in Dienstverträgen bedeutet dies, dass in den von § 309 Nr. 7 BGB erfassten Fällen (s.o.) eine Verkürzung der in §§ 195 ff. BGB geregelten Verjährungsfristen für Schadensersatzforderungen unzulässig ist.

b) § 307 BGB

Anders ist dies bei Verjährungsklauseln in Standarddienstverträgen, die **gegenüber einem Unternehmer** verwendet werden. Hier ist § 309 Nr. 7 BGB nicht anwendbar (§ 310 Abs. 1 BGB), sodass sich die Zulässigkeit von Verjährungsabreden nach der Generalklausel des § 307 BGB richtet. Anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht kann dabei im Dienstvertragsrecht nicht auf gewährleistungsrechtliche Regelfristen zurückgegriffen werden. Der Gesetzgeber hat außerhalb des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts auf die Festlegung von gesetzlichen Mindestfristen bewusst verzichtet und in § 202 BGB lediglich eine allgemeine Höchstfrist von 30 Jahren festgelegt. Allerdings ist der dem Gewährleistungsrecht zu Grunde liegende allgemeine Rechtsgedanke, dass der Vertragspartner auch bei einer Verkürzung der Verjährung noch die Gelegenheit haben muss, die Vertragsgemäßheit der Leistung zu prüfen und Rechtsverfolgungsmaßnahmen zu ergreifen, auch auf Dienstverträge übertragbar.

Im Ergebnis ist dabei – wie schon nach alter Rechtslage – im unternehmerischen Bereich zu prüfen, ob die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist bewirkt, dass die Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche weitgehend verhindert würde.¹⁶⁸⁵

¹⁶⁸³ Vgl. dazu LG Hamburg, Urt. v. 18.7.2001 – 401 O 63/00, CR 2001, 667 = NJW 2001, 3486 = MMR 2001, 831.

¹⁶⁸⁴ Dauner-Lieb/Langen/*Heinrichs*, § 309 Rn. 11; so schon zur alten Rechtslage BGH, Urt. v. 4.6.1987 – I ZR 159/85, NJW-RR 1987, 1252, 1253.

¹⁶⁸⁵ Vgl. zum bisherigen Recht BGH, Urt. v. 21.12.1987 – II ZR 177/87, NJW-RR 1988, 559, 561; zur neuen Rechtslage siehe Dauner-Lieb/Langen/*Mansel*, § 202 Rn. 15 ff.

5. Änderungsvorbehalte

Eine weitere wesentliche Neuerung, die die Schuldrechtsreform mit sich gebracht hat, ist die Anwendbarkeit des § 308 Nr. 4 BGB auch auf **Änderungsvorbehalte und Widerrufsklauseln** in Arbeitsverträgen. § 308 Nr. 4 BGB 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.“

Da es sich hierbei um ein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit handelt, sind Änderungsvorbehalte nicht generell unzulässig. Schon nach alter Rechtslage (§ 10 Nr. 4 AGBG) waren außerhalb des Arbeitsrechts Änderungsvorbehalte in vorformulierten Dienstverträgen zulässig, wenn die einseitige Änderung der Leistung durch ein erhebliches Interesse des Verwenders begründet wird, das Äquivalenzinteresse nicht gestört und der Vertragspartner nicht benachteiligt wird.¹⁶⁸⁶ Dabei wird man nach neuer Rechtslage auch auf den Maßstab des § 313 BGB zurückgreifen können, der die Störung der Geschäftsgrundlage regelt.

Nach Ansicht der Rechtsprechung sind auch Klauseln unzulässig, die den Dienstverpflichteten zur Delegation der geschuldeten Dienstleistung ohne sachlichen Grund an einen Dritten berechtigen.¹⁶⁸⁷ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die geschuldete Dienstleistung nach dem gesetzlichen Leitbild des § 61 S. 1 BGB eine höchstpersönliche Pflicht sei. Daher sei ein formularmäßiger Änderungsvorbehalt auch dann unwirksam, wenn er sich auf vorhersehbare Verhinderungen (Urlaub) erstrecke.¹⁶⁸⁸ 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.¹⁶⁸⁹ In der Praxis sollte daher verstärkt darauf geachtet werden, dass für eine Delegation bei einer vorhersehbaren Verhinderung des Dienstverpflichteten eine ausdrückliche, individualvertragliche Vereinbarung getroffen wird. Hinsichtlich sonstiger Leistungsänderungen, die nicht die Person, sondern die Ausführung der geschuldeten Dienstleistung betreffen, kann auf die bisherige Rechtsprechung zu § 10 Nr. 4 AGBG zurückgegriffen werden.¹⁶⁹⁰ So sind einseitige Auftragserweiterungsvorbehalte für

¹⁶⁸⁶ Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, § 10 Nr. 4.

¹⁶⁸⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.2.1995 – 8 U 33/94, NJW 195, 2421 = VersR 1996, 637, 638.

¹⁶⁸⁸ OLG Hamm, Urt. v. 4.5.1994 – 3 U 198/93, NJW 1995, 794.

¹⁶⁸⁹ Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, § 308 Nr. 4 Rn. 10b.

¹⁶⁹⁰ Vgl. dazu Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, mit weiteren Beispielen und Nachweisen.

entgeltspflichtige Zusatzleistungen auch nach der Schuldrechtsreform unzulässig.¹⁶⁹¹ Zu beachten ist ferner, dass nach Rechtsprechung des *BGH*¹⁶⁹² Klauseln unzulässig sind, die dem Verwender das Recht zur Änderung von Leistungsbeschreibungen geben. Verboten ist auch die Verwendung einer Klausel, die eine Leistungsänderung an einen fingierten Konsens der Parteien koppelt und den Kunden auf ein Widerspruchsrecht verweist.¹⁶⁹³

6. Änderungen der AGB

Bei Dienstverträgen handelt es sich typischerweise um **Dauerschuldverhältnisse**, die auf eine längere Vertragslaufzeit ausgelegt sind. Im Hinblick auf den Änderungsbedarf, den die Schuldrechtsreform mit sich bringt, stellt sich daher die Frage, wie die angepassten AGB in bereits bestehende Vertragsverhältnisse eingebracht werden können. Auch hier gilt gegenüber Verbrauchern der Grundsatz des § 305 Abs. 2 BGB, wonach neue AGB nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn sich der Vertragspartner damit einverstanden erklärt.¹⁶⁹⁴

a) Vorbehaltloses Änderungsrecht

In der Praxis finden sich in vielen AGB Änderungsklauseln, die ein **vorbehaltloses Änderungsrecht** des Verwenders enthalten: „Wir behalten uns vor, diese AGB jederzeit zu ändern. Hierüber wird der Kunde rechtzeitig in Kenntnis gesetzt“.

Derartige Klauseln, die eine unbeschränkte, einseitige Änderung der AGB vorsehen, sind nach h.M wegen einseitiger Bevorzugung des Klauselverwenders unzulässig.¹⁶⁹⁵ Ein einseitiges Änderungsrecht ist im Geltungsbereich von §§ 307 ff. BGB nur zulässig, wenn die Änderung der Vertragsbedingungen unter dem Vorbehalt steht, dass sie für den Vertragspartner zumutbar ist. Hiervon kann nur ausgegangen werden, wenn mit den geänderten Vertragsbedingungen keine wirtschaftlichen Nachteile für den Kunden verbunden sind, was z.B. bei einer Änderung der bisherigen Haftungsregelungen zum Nachteil des Kunden nicht der Fall ist.

b) Widerspruchsrecht

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

¹⁶⁹¹ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 16.12.1991 – 17 U 109/91, NJW-RR 1992, 444, 445; zu Auftragsrweiterungsvorbehalten in Werkverträgen vgl. BGH, Urt. v. 14.7.1987 – X ZR 38/86= NJW 1987, 2818.

¹⁶⁹² BGH, Urt. v. 11.10.2007 – III ZR 63/07, MMR 2008, 36 = CR 2008, 104.

¹⁶⁹³ BGH, Urt. v. 11.10.2007 – III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 = MMR 2008, 36.

¹⁶⁹⁴ Vgl. zur alten Rechtslage Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rn. 64.

¹⁶⁹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 8.10.1997 – IV ZR 220/96, NJW 1998, 454, 455 f.

angemessenen Frist das Einverständnis fingiert wird. Derartige Klauseln müssen allerdings den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB genügen, d.h. die Klausel muss vorsehen, dass der Verwender dem Vertragspartner die neuen AGB mitteilt, ihm eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung einräumt *und* der Kunde bei Beginn der Frist auch darauf hingewiesen wird, dass das Vertragsverhältnis ohne seinen Widerspruch oder seine Kündigung mit den neuen AGB fortgesetzt wird.¹⁶⁹⁶

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.¹⁶⁹⁷

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 BGB durch die Inanspruchnahme der Dienstleistung einbezogen werden.

Achtes Kapitel: **Besondere Softwareverträge**

Literatur:

Andreewitz, Opensource und proprietäre Software: Das Verknüpfungsproblem, Medien und Recht 2005, 240; *Auer-Reinsdorff*, Vertragsstrafenregelungen in IT-Projekten, ITRB 2005, 24; *Auer-Reinsdorff*, Escrow-Lizenzen und Open Source Software – Regelungsbedarf in Escrow-Vereinbarungen, ITRB 2009, 69; *Bachofer*, Der OEM-Vertrag, CR 1988, 1; *Bachofer*, Der VAR-Vertrag, CR 1989, 809; *Beardwood/Alleyne*, Open Source Hybrids and the Final GPLv3, CRi 2008, 14; *Berger*, Zur Anwendbarkeit der neuen Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung auf Softwareverträge, K&R 2005, 15; *Blöse/Pechardscheck*, Die rechtliche Absicherung von IT-Outsourcing-Projekten. Risikooptimale Durchführung von Auslagerungsmaßnahmen im IT-Bereich, CR 2002, 785; *Bisges*, Urheberrechtliche Aspekte des Cloud Computing – Wirtschaftlicher Vorteil gegenüber herkömmlicher Softwareüberlassung?, MMR 2012, 574; *Böhle*, Die teleologische Reduktion der §§ 478 Abs. 1 und 3, 479 Abs. 2 Satz 1 BGB auf das Regressinteresse, WM 2004, 1616; *Bömer*, Hinterlegung von Software, in: Kölner Tage zum Softwarerecht, September 1997, Tagungsunterlagen, 385 ff.; *Boos/Kroschwald/Wicker*, Datenschutz bei Cloud Computing zwischen TKG, TMG und BDSG. ZD 2013, 205; *Bräutigam*, SLA: In der Praxis alles klar? Optimale Konkretisierung von Umfang und Qualität geschuldeter Einzelleistungen beim IT-Outsourcing, CR 2004, 248; *Bräutigam*, IT-Outsourcing and Cloud-Computing, 4. Aufl. 2019;

¹⁶⁹⁶ Dauner-Lieb/Langen/Henrichs, § 308 Rn. 131.

¹⁶⁹⁷ OLG Köln, Beschl. v. 28.8.1995 – NJW 1996, 1065.

Contreras/Slade, Click-Wrap Agreements: Background and Guidelines for Enforceability, CRi 4/2000, 104; *Crisolli*, IT-Outsourcing und Betriebsübergang. Neuregelung der Unterrichtungspflichten und des Widerspruchrechts gem. § 613a BGB, CR 2002, 386; *Czychowski/Bröcker*, ASP – Ein Auslaufmodell für das Urheberrecht?, MMR 2002, 81; *Damm*, Zivil-, urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen zum Handel mit Software, Münster 2004; *Davidson/Bergs*, Open, Click or Download: What Have You Agreed To? The Possibilities Seem Endless, The Computer Lawyer Vol. 16, No. 4, April 1999, 1; *Demmel/Herten-Koch*, Vergaberechtliche Probleme bei der Beschaffung von Open-Source-Software, NZBau 2004, 187; *Dietrich*, ASP – öffentliche Zugänglichmachung oder unbenannte Nutzungsart, ZUM 2010, 567; *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München 2018; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 30. Aufl., München 2020; *Forgó/Helfrich/Schneider*, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl., München 2019; *Fritzemeyer/Schoch*, Übernahme von Softwareüberlassungsverträgen beim IT-Outsourcing. Rechtliches Vorgehen und Gestaltungsmöglichkeiten unter Beachtung des Urheberrechts des Lizenzgebers, CR 2003, 793; *Funk/Zeifang*, Die GNU General Public License, Version 3 – Eine Analyse ausgewählter Neuregelungen aus dem Blickwinkel deutschen Rechts, CR 2007, 61; *Grützmaker*, Hinterlegungsvereinbarung, in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Loseblatt, Kap. 1.7; *Grützmaker*, Application Service Providing – Urhebervertragsrechtliche Aspekte, ITRB 2001, 59; *Grützmaker*, Insolvenzfeste Softwarelizenz- und Softwarehinterlegungsverträge – Land in Sicht?, CR 2006, 289; *Grützmaker*, Open-Source-Software – die GNU General Public License Lizenzbestimmungen im Umfeld des neuen Schuld- und Urhebervertragsrechts, ITRB 2002, 84; *Grützmaker*, Software-Verträge und die 7. GWB-Novelle Auf dem Weg zu einer europaweit einheitlichen Praxis, ITRB, 2005, 205; *Heussen*, Rechtliche Verantwortungsebenen und dingliche Verfügungen bei der Überlassung von Open Source Software, MMR 2004, 445; *Hilber*, Die Übertragbarkeit von Softwarerechten im Kontext einer Outsourcingtransaktion, CR 2008, 749; *Hoeren*, Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes, CR 2004, 721; *Hörl/Häuser*, Service Level Agreements in IT-Outsourcingverträgen. Ausgestaltung und rechtliche Wirkungen von Qualitätsvereinbarungen bei der Auslagerung von IT-Leistungen an externe Anbieter, CR 2003, 713; *Jacobs*, Der Rückgriff des Unternehmers nach § 478 BGB, JZ 2004, 225; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, 839; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software and German Copyright Law, IIC 2001, 52; *Jaeger/Metzger*, Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431; *Jaeger/Metzger*, Die neue Version 3 der GNU General Public License, GRUR 2008, 130; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software. Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 5. Aufl., München 2020; *Jandt/Steidle*, Datenschutz im Internet, Kassel 2018; *Karger*, Download im Rahmen bestehender Softwareüberlassungs- und Pflegeverträge. Probleme mit Click-Wrap-Agreements, ITRB 2003, 134; *Kast/Meyer/Peters*, Software Escrow: The SAGA continues, CR 2004, 147; *Kerckhoff*, La cryptographie militaire, Journal des sciences militaires, vol. IX (1883); *Klein*, Abgabenordnung, 15. Aufl., 2020 München; *Koch*, IT-Change Management nach ITIL und ISO/IEC 20000, ITRB 2008, 61; *Koch*, Probleme beim Wechsel zur Version 3 der General Public License (Teil 1) – Die neuen Regelungen in Version 3 der GPL, ITRB 2008, 261; *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hamburg 2006; *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl., München 2020; *Lehmann/Giedke*, Urheberrechtliche Fragen des Cloud Computings, CR 2013, 681; *Lensdorf*, Aspekte der Software-Hinterlegung, CR 2000, 80; *Mann*, Vertragsgestaltung beim IT-Outsourcing – Besonderheiten und Fallstricke, MMR 2014, 499; *Leupold/Wiebe/Glossner*, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 4. Aufl. München 2021, *Maultzsch*, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Der Regress des Unternehmers beim Verbrauchsgüterkauf, JuS 2002, 1171; *Mayer*, Die Hinterlegung von Quellcodes und Prioritätsverhandlungen in der notariellen Praxis, RNotZ 2011, 385; *Metzger*, Ausschluss und Beschränkung von Outsourcing in Softwarelizenzverträgen – eine Grauzone, CR 2021, 573;

Milzer, Software Escrow-Agreements als notarielle Hinterlegungsvereinbarungen, ZNotP 2004, 348; *Müller*, Cloud und Privatkopie, ZUM 2014, 11; *Nolte*, Benchmarking in IT-Outsourcing-Verträgen, CR 2004, 81; *Oberscheidt*, Die Insolvenzfestigkeit der Softwarehinterlegung, Diss. Münster 2002; *Paulus*, Der Escrow-Agent, CR 1994, 83; *Platz*, Open Contents im deutschen Urheberrecht, GRUR 2002, 670; *Pötters*, Beschäftigtendaten in der Cloud, NZA 2013, 1055; *Pohle/Ammann*, Über den Wolken – Chancen und Risiken des Cloud Computing, CR 2009, 273; *Rath*, Risiken und Nebenwirkungen beim Software Escrow, CR 2013, 78; *Rinkler*, AGB-Regelungen zum Rückgriff des Unternehmers und zu Rechtsmängeln auf dem Prüfstand, ITRB 2006, 68; *Rössel*, Escrow-Agreements: Hinterlegung des Quellenprogramms. Lässt sich eine insolvenzfeste Hinterlegung vertragliche regeln?, ITRB 2001, 223; *Rath*, Risiken und Nebenwirkung beim Software-Escrow, CR 2013, 78; *Roth*, Wege zum Quellcode II, ITRB 2005, 283; *Rehbinder*, Urheberrecht, 18. Aufl., München 2018; *Sand*, Keine Beihilfe durch Mitwirkung bei der Erstellung von Befehlen zur Grenzsicherung der DDR, CK 2001, 346; *Schmidt/Freund*, Perspektiven der Auftragsverarbeitung Wegfall der Privilegierung mit DS-GVO?, ZD 2017, 14; *Schneider*, Hinterlegung von Software, Escrow, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl., Köln 2014, Kap. L; *Schultze-Melling*, Effizientes Information Security Management im Rahmen von IT-Outsourcing-Verträgen, ITRB 2005, 42; *Schultze-Melling*, IT-Compliance in a Globalized World, CRi 2008, 142; *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Köln 2005; *Schulz*, Open Source Software vor Gericht, MMR 2004, 573; *Seffer/Horter*, Datenschutzrechtliche Aspekte des EDV-Outsourcing privater Versicherungsunternehmen, ITRB 2004, 165; *Sester*, Open-Source-Software: Vertragsrecht, Haftungsrisiken und IPR-Fragen, CR 2000, 797; *Siegel*, Software Escrow, CR 2003, 941; *Simitis*, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2014; *Söbbing*, Das IT-Outsourcing- und Business Process Outsourcing-Vertragswerk. Strukturen und Aufbauhilfen, ITRB 2004, 44; *Söbbing*, Der Letter of Intent, ITRB 2005, 240; *Söder*, Schutzhüllenverträge und shrink wrap license, München 2006; *Spindler* (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004; *Stiemerling*, Sachgerechte Verifikation bei Software-Escrow – Anforderungen an die Prüfung von Sourcecode und Dokumentation bei der Software-Hinterlegung, ITRB 2013, 87; *Strobel*, So content with Open Content – Zufriedenheit dank Open-Content-Lizenz?, MMR 2003, 778; *Sujecki*, Internationales Privatrecht und Cloud Computing aus europäischer Perspektive, K&R 2013, 312; *Ullrich/Leujeune*, Der internationale Staatsvertrag, 2. Aufl., 2006; *Ulmer*, Ansprüche wegn unangemessener Preise und Bedingungen für Softwarepflege, ITRB 2006, 211; *Ulmer*, IT-Outsourcing und Datenschutz bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Über die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Outsourcing-Vorhaben in der öffentlichen Verwaltung und Grundlagen der Umsetzung, CR 2003, 701; *Voßbein*, IT-Outsourcing. Ein Beitrag zum Lean Management?, RDV 1993, 205; *Wagner/Blaufuß*, Datenexport als juristische Herausforderung: Cloud Computing, BB 2012, 1751; *Wallner*, Insolvenzfeste Nutzungsrechte und Lizenzen an Software, NZI 2002, 70; *Westermann*, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241; *Wicker*, Durchsuchung in der Cloud - Nutzung von Cloud-Speichern und der strafprozessuale Zugriff deutscher Ermittlungsbehörden, MMR 2013, 76; *Witzel*, Gewährleistung und Haftung in Application Service Providing-Verträgen. Ausgestaltung von Gewährleistung und Haftung in ASP-Verträgen, ITRB 2002, 183; *Witzel*, Vertragsgestaltung bei Standardsoftware im Vertrieb, ITRB 2004, 180; *Zech*, Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud, ZUM 2014, 3.

I. Hinterlegungsvereinbarungen

Schon lange wird in Literatur und Rechtsprechung die Frage diskutiert, inwieweit den Lieferanten im Rahmen von Softwareüberlassungsverträgen eine **Pflicht zur Überlassung oder Hinterlegung des Quellformats** trifft.¹⁶⁹⁸

Der Besitz des Quellformats beinhaltet die Möglichkeit zur Bearbeitung und Änderung eines Programms und dadurch das Risiko unkontrollierbarer Piraterie: Wer über das Quellformat eines Programms verfügt, kann alle Hinweise auf den Urheber, insbesondere Copyrightvermerke und Seriennummern, beseitigen und umfangreiche Änderungen innerhalb der Programmstruktur vornehmen. Aus diesem Grund wird dem Anwender grundsätzlich nur das Programm im Objektformat überlassen; denn ansonsten würde er das im Programm enthaltene EDV-technische Know-how offenlegen und einer unkontrollierbaren Weiternutzung anheimgeben.

Dadurch treffen den Anwender aber wiederum besondere Risiken: Da Softwareunternehmen personell meist sehr klein sind und über eine geringe Kapitaldecke verfügen, fallen in jüngster Zeit viele solcher Unternehmen in Insolvenz. Dies kann für den Anwender zur Folge haben, dass eine Wartung seiner Programme unmöglich wird, sofern er nicht selbst über das Quellformat verfügt. Gerade große Anwender (Banken etc.), die auf eine zügige Beseitigung von Softwarefehlern angewiesen sind, können ihre Programme ohne das Quellformat nicht mehr nutzen.

In dieser Situation fragt es sich, inwieweit den Lieferanten auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eine Pflicht zur Überlassung oder Hinterlegung des Quellformats trifft.

1. Pflicht zur Überlassung des Quellformats

Bislang ging die Rechtsprechung¹⁶⁹⁹ weitgehend davon aus, dass eine **Überlassungspflicht grundsätzlich nicht besteht**, da eine Mitlieferung des Quellformats nicht verkehrs- oder handelsüblich sei. Eine generelle Verpflichtung des Lieferanten zur Übergabe des Quellformats wäre auch nicht interessengerecht: Würde der Lieferant das Quellformat aus der Hand geben, hätte der Anwender die Möglichkeit zu umfangreichen Änderungen, insbesondere zur Verwertung des im Programm enthaltenen Know-how. Auf der anderen Seite kann der Lieferant im Normalfall die notwendigen Wartungs- und Fehlerbeseitigungsarbeiten selber

¹⁶⁹⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 30.1.1986 – NJW 1987, 1259 f. = GRUR 1986, 610 f.; LG München I, Urt. v. 18.11.1988 – NJW 1989, 2625 f. = CR 1989, 990.

¹⁶⁹⁹ Vgl. u.a. OLG München, Urt. v. 16.7.1991 – CR 1992, 208, 209; *Zahrnt*, Bd. 1, 207 ff.

vornehmen; der Anwender ist erst auf das Quellformat angewiesen, wenn der Lieferant tatsächlich in Insolvenz fällt. Deshalb ist eine Pflicht des Lieferanten zur Überlassung des Quellformats an den Anwender **insbesondere bei Standardsoftware abzulehnen**.¹⁷⁰⁰ Das *LG Köln* hat daraus die AGB-rechtlichen Konsequenzen gezogen: Wenn die Übergabe des Quellcodes weder bei der Standard- noch bei der Individualsoftware zu den Leistungspflichten des Herstellers gehöre, könne die Überlassung der Quellcodes der erstellten Software auch vom Hersteller wirksam durch AGB ausgeschlossen werden.¹⁷⁰¹ Der Satz hat durchaus seine Tücken. Denn umgekehrt müsste man daraus schließen, dass bei ausnahmsweise bestehender Überlassungspflicht Versuche eines AGB-mäßigen Ausschlusses der Leistungspflicht zum Scheitern verurteilt wären. Entscheidender dürfte das Argument der fehlenden Kontrollfähigkeit sein. Hauptleistungspflichten sind vertraglich regelbar und unterliegen keiner AGB-Kontrolle. Die Überlassung des Quellcodes ist schon aufgrund seiner technischen Bedeutung stets Bestandteil einer Hauptleistungspflicht, sodass sein Schicksal auch AGB-mäßig frei geregelt werden kann.

Es häufen sich Fälle, in denen die Gerichte **ausnahmsweise, unter besonderen Umständen eine Pflicht zur Überlassung** bejahen. So hat das *LG München I*¹⁷⁰² schon sehr früh eine solche Ausnahme bejaht, wenn der Hersteller mit dem Anwender keinen langfristigen Wartungsvertrag abgeschlossen hat, die Gewährleistungsfrist abgelaufen ist und eine Fehlerbeseitigung durch Dritte erforderlich wird. Dies kann nur als überaltertes Fehlurteil angesehen werden. Der Softwareersteller ist – abseits kartellrechtlicher Sonderkonstellationen – nicht zum Abschluss von Wartungsverträgen verpflichtet. Die langfristige Sicherung der Nutzbarkeit der Software obliegt dem Anwender. Er muss sich um Third Party Maintenance – insbesondere nach Ablauf der Gewährleistungsfrist – kümmern. Es verstößt gegen die grundlegende Risikoverteilung bei Softwareverträgen, dem Hersteller noch eine nachvertragliche Verpflichtung zur Überlassung des Quellcodes aufzubürden.

Anders war die Situation in einem Fall, den das *LG Köln*¹⁷⁰³ zu entscheiden hatte. Hier war der Anwender nach **Sinn und Zweck des Softwarevertrags** berechtigt gewesen, Änderungen am Programm vorzunehmen. Eine Pflicht zur Überlassung des Quellcodes war allerdings nicht vertraglich verankert worden. Das Landgericht bejahte jedoch trotzdem die Überlassungspflicht. Bei der Erstellung von Individualsoftware sei zumindest in den **Fällen, in**

¹⁷⁰⁰ OLG München, Urt. v. 16.7.1991 – CR 1992, 208.

¹⁷⁰¹ LG Köln, Urt. v. 15.4.2003 – CR 2003, 484.

¹⁷⁰² LG München I, Urt. v. 18.11.1988 – NJW 1989, 2625 = CR 1989, 990 = BB 1989, Beilage 8–9.

¹⁷⁰³ LG Köln, Urt. v. 3.5.2000 – CR 2000, 505 = NJW-RR 2001, 1711.

denen nicht zugleich ein Wartungsvertrag geschlossen wird, die Herausgabe des Quellcodes an den Besteller der Software geschuldet, wenn nach Sinn und Zweck des Vertrags dem Besteller der Software die Vornahme von Änderungen selbst oder durch Dritte möglich sein sollte. Ähnlich sah das *OLG Karlsruhe*¹⁷⁰⁴ in der vertraglichen **Pflicht zur Überlassung einer Dokumentation** implizit auch eine Pflicht zur Quellcodeübergabe mitgeschuldet. Verpflichtete sich der Hersteller einer Steuerungsanlage, eine komplette Dokumentation mit Schaltbildern und Beschreibungen zu erstellen, die eine sachgemäße Bedienung und Wartung ermöglichen, so liege ein wesentlicher Mangel vor, wenn der Quellcode nicht wenigstens insoweit zur Verfügung gestellt wird, wie dieser Voraussetzung für eine Anpassung der Steuerung an in der Praxis üblicherweise auftretende Veränderungen sei.

Noch großzügiger argumentiert das *LG Aschaffenburg*, das bei der Erstellung von Individualsoftware für den weiteren Absatz an Kunden des Auftraggebers eine Ablieferungspflicht bejaht.¹⁷⁰⁵ Das *LG Frankfurt a.M.* hat für **jeden Programmierungsvertrag** eine Auslieferung des Quellcodes, und das schon vor der Abnahme, verlangt.¹⁷⁰⁶ Die Literatur nahm z.T. einen Herausgabeanspruch bereits dann an, wenn der Hersteller die ihm zumutbare Fehlerbeseitigung nach Ablauf der Gewährleistungsfrist verweigert.¹⁷⁰⁷

Der *BGH* hat zunächst 1987 erstmals in Sachen Escrow entschieden.¹⁷⁰⁸ Hier sprach sich das Gericht dafür aus, eine genaue Vertragsanalyse über die Reichweite der Überlassungspflichten entscheiden zu lassen. Entscheidend sei „auf den Vertragszweck und den danach vorausgesetzten Gebrauch der Programme“ abzustellen. Zu fragen sei, ob der Anwender zur Nutzung der Programme der Übergabe der Quellen bedürfe. Sofern der Anwender nicht zu Änderungen und Fehlerbeseitigungen berechtigt sei, bedürfe er auch des Quellcodes nicht. Im Gegenteil: Durch die Herausgabe könnten nunmehr Änderungen an ihren Programmen vorgenommen werden, die dem Softwareersteller die Erfüllung seiner Änderungs- und Wartungspflicht zumindest erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen könnte.

In seinem Urteil vom 16.12.2003¹⁷⁰⁹ hat der *BGH* dann herausgestellt, dass entscheidend auf die ausdrückliche Vereinbarung der Parteien abzustellen sei. Fehle eine solche Vereinbarung,

¹⁷⁰⁴ OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.5.1998 – CR 1999, 11.

¹⁷⁰⁵ LG Aschaffenburg, Urt. v. 16.12.1997 – CR 1998, 203; ähnlich bereits OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.3.1992 – BB 1993, Beil. 3 zu Heft 5 = CR 1993,693; LG München I, Urt. v. 18.11.1988 – NJW 1989, 2625 = CR 1989, 990.

¹⁷⁰⁶ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 25.3.1992 – BB 1993, Beil. 3 zu Heft 5 = CR 1993,693.

¹⁷⁰⁷ *Moritz*, CR 1999, 541, 545.

¹⁷⁰⁸ BGH, Urt. v. 30.1.1986 – NJW 1987, 1259.

¹⁷⁰⁹ BGH, Urt. v. 16.12.2003 – NJW-RR 2004, 782 = CR 2004, 490.

sei die Überlassungspflicht nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Neben der Höhe des vereinbarten Werklohns könne dabei insbesondere von Bedeutung sein, **ob das Programm zur Vermarktung durch den Besteller erstellt wird** und dieser zur Wartung und Fortentwicklung des Programms des Zugriffs auf den Quellcode bedarf. Im konkreten Fall solle dem Umstand besondere Bedeutung zukommen, dass der Anwender beabsichtigte, die Software im genossenschaftlichen Bankenbereich weiter zu vermarkten, sowie seiner Darstellung, dass für Fehlerbeseitigungs-, Wartungs- und Änderungsarbeiten an der Software die Überlassung des Quellcodes erforderlich war. Diese Erwägungen sollen mangels anderer Anhaltspunkte schon für sich genommen dafürsprechen, dass die Herausgabe des Quellcodes an die Klägerin vereinbart war. Wesentliches Gewicht soll überdies der vereinbarten Vergütung zukommen. Dabei komme es nicht darauf an, wie viele Personenmonate der gerichtliche Sachverständige letztlich für den Entwicklungsaufwand für erforderlich gehalten hat, sondern auf die Kostenkalkulation des Herstellers. Diese soll für Rückschlüsse dazu maßgeblich sein, ob die Preisgestaltung dafür oder dagegenspricht, dass die Überlassung des Quellcodes vereinbart war.

Der *BGH* erweitert hier seinen bisherigen Indizienkatalog für die Annahme einer Überlassungspflicht. Für eine Überlassungspflicht soll nicht nur das Bestehen eines Bearbeitungsrechts des Anwenders sprechen. Hinzu kämen auch **Preisfragen und die Frage der beabsichtigten Vermarktung**. Dabei ist die Relation der Kriterien unklar, insbesondere ob diese nebeneinanderstehen oder sich zu einem Gesamtbild ergänzen. Es fragt sich auch, wie man an einer Kostenkalkulation des Herstellers überhaupt etwas über die Quellcodefrage ablesen will. Entscheidend ist in jedem Vermarktungsfall die Einräumung eines entsprechenden Änderungs- und Bearbeitungsrechts an den Anwender. Doch damit kommt man zum entscheidenden Punkt. Denn der Anwender hat bereits kraft Gesetzes in gewissem Umfang ein Änderungsrecht. § 69d Abs. 1 UrhG gewährt ihm zur Gewährleistung der bestimmungsgemäßen Benutzung ein gesetzliches Umgestaltungsrecht, das nicht pauschal vertraglich ausgeschlossen werden kann. Auch räumt ihm § 69e UrhG ein gesetzliches Recht zur Dekompilierung des Objectcodes – allerdings unter sehr restriktiven Voraussetzungen – ein. Insofern greift auch das in der älteren Rechtsprechung genannte Indiz des Bearbeitungsrechts des Anwenders nicht mehr in der Weise, wie es früher der Fall war. Als Kriterium für eine vertragliche Überlassungspflicht wird man damit darauf abstellen müssen, ob dem Anwender ein umfassendes Recht zur Bearbeitung der Software eingeräumt worden ist. Dies wird regelmäßig bei Standardsoftware nicht der Fall sein. Insofern kommt ohnehin eine Überlassungspflicht nur bei Individualsoftware in Betracht.

Etwas anders wird die **Rechtslage in Österreich** gesehen.¹⁷¹⁰ Hier bedarf eine Überlassungspflicht einer entsprechenden Regelung im Softwareerstellungsvvertrag. Fehlt eine solche, bedarf es einer am Zweck des Vertrags ausgerichteten Auslegung. Dabei reicht es nicht aus, dass die zu erstellende Software zur Vermarktung nach außen verwendet werden sollte.

Zu beachten ist im Übrigen, dass die Frage der Überlassung künftiger Sourcecodes **auch insolvenzrechtlich heikel** ist. Hat sich der Softwareentwickler verpflichtet, künftig Programmunterlagen zu überlassen, ist dies nicht insolvenzfest. Denn nach § 91 Abs. 1 InsO können Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden. Aufschiebend bedingte Verfügungen über künftige Sachen oder Rechte sind jedoch insolvenzfest, wenn der fragliche Gegenstand bereits bis zur Insolvenzeröffnung entstanden ist und danach die Bedingung eintritt. Dies hat der *BGH* für die Sourcecodeüberlassung anerkannt.¹⁷¹¹ Geklärt ist seitdem, dass eine aufschiebend bedingte Übertragung von Nutzungsrechten insolvenzfest ist, soweit nicht die Insolvenz selbst als Bedingung statuiert wird. Demnach können Bearbeitungsrechte aufschiebend bedingt für den Hinterlegungsfall insolvenzfest vereinbart werden. Als Hinterlegungsfall ist das Einstellen oder die nicht ordnungsgemäße Durchführung der Pflegeleistungen denkbar.

2. Hinterlegung des Quellformats

Denkbar ist allerdings die **Überlassung des Quellcodes in versiegelter Form**. Vertraglich wird dann mit dem Anwender vereinbart, dass er das Siegel nur in besonderen, genau spezifizierten Fällen brechen darf. Die Nichteinhaltung dieser Regelung kann mit einer Vertragsstrafe sanktioniert werden. Typischerweise wird der Lieferant das Quellformat bei einem Dritten hinterlegen und dadurch dem Anwender im Insolvenzfall die Möglichkeit geben, darauf zurückgreifen und eine eigenverantwortliche Pflege seiner Software durchzuführen. Zu prüfen ist deshalb, inwieweit den Lieferanten eine Pflicht zur Hinterlegung des Quellformats trifft und ob entsprechende Vereinbarungen überhaupt sinnvoll sind.

a) Hinterlegungspflichten

Fraglich ist zunächst, inwieweit sich aus dem Zweck des Softwareüberlassungsvertrags eine Pflicht zur Hinterlegung des Quellformats und zur Übergabe im Insolvenzfall begründen lässt.

¹⁷¹⁰ Österreichischer Oberster Gerichtshof, Beschl. v. 3.8.2005 – MMR 2006, 152 = CR 2006, 155.

¹⁷¹¹ BGH, Urt. v. 17.11.2005 – MMR 2006, 386 = CR 2006, 151 = GRUR 2006, 435 = NJW 2006, 915.

Gegen eine solche Pflicht spricht der **Warencharakter der Standardsoftware**: Standardsoftware wird als „Massenprodukt“ von vielen Anwendern gekauft. Bei solchen Produkten trägt aber grundsätzlich der Käufer das Risiko, dass eine Wartung oder Ersatzteillieferung durch den Lieferanten wegen Insolvenz nicht mehr möglich ist. Wenn er sich beim Softwarekauf gegen dieses Risiko absichern will, muss er besondere Bestimmungen in den Vertrag aufnehmen und sich – gegen Zahlung eines gesonderten Entgelts – den Zugriff auf das Quellformat sichern. Im Ergebnis trifft den Softwarelieferanten somit **keine Pflicht zur Hinterlegung** des Quellformats aus Treu und Glauben.

b) Hinterlegungsvereinbarungen

Hinterlegungsvereinbarungen finden sich in zahlreichen Überlassungsverträgen. Kernpunkt dieser Vereinbarungen stellt die **treuhänderische Übergabe einer Kopie des Quellformats an einen Notar oder ein Hinterlegungsunternehmen** dar. Fällt der Lieferant später in Insolvenz oder ist er aus sonstigen Gründen nicht mehr zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gewillt bzw. in der Lage, kann sich der Anwender an den Treuhänder wenden und von ihm die Herausgabe dieser Kopie verlangen. Unterschiedlich ist jeweils die Rechtsstellung des Treuhänders geregelt: Teilweise soll er das Eigentum an der Kopie des Quellformats erwerben; oft behält sich der Lieferant aber das Eigentum vor und ermächtigt den Treuhänder nur zur Herausgabe der Kopie im Insolvenzfall.

Bisher kaum erörtert wurde aber die Frage, inwieweit solche Vereinbarungen überhaupt von Nutzen sind. Zweifel könnten sich insbesondere aus EDV-technischen und insolvenzrechtlichen Überlegungen ergeben.

aa) EDV-technische Probleme

Soll eine Hinterlegungsvereinbarung ihr Ziel erreichen, muss das hinterlegte Quellformat daraufhin überprüft werden, ob es wirklich dem vom Anwender benutzten Programm entspricht. Ansonsten könnte der Lieferant auch beliebige und für den Anwender wertlose Programmzeilen beim Treuhänder hinterlegen, um so eine Offenlegung der Programmstruktur zu verhindern.

Die Empfehlung amerikanischer Anwälte geht typischerweise dahin, eine Verpflichtung des Lieferanten zur Hinterlegung des richtigen Quellformats vertraglich zu verankern, sodass der Lieferant bei Verletzung dieser Vereinbarung schadensersatzpflichtig wäre. Allerdings fällt dieser Vertragsbruch erst mit Aushändigung des Quellformats im Insolvenzverfahren auf; dann aber dürfte der Anwender größte Schwierigkeiten haben, Schadensersatz vom Softwarelieferanten zu erhalten.

Vor Eintritt des Insolvenzfalls fragt sich aber, inwieweit die Treuhänder in der Lage sind, das hinterlegte Quellformat auf seine Übereinstimmung mit dem Objektformat zu überprüfen. **Notare** dürften z.B. zu einer Prüfung des Quellformats auf seine „Echtheit“ kaum in der Lage sein, da sie in der Regel nicht über die nötigen EDV-Kenntnisse für eine derartige Untersuchung verfügen. Auch die in der Praxis gängige Forderung des Notars nach einer eidesstattlichen Versicherung über die Vollständigkeit und Richtigkeit dürften die Zweifel kaum beseitigen. Wichtig ist daher die Einschaltung von **technisch erfahrenen Hinterlegungsstellen (Escrow Agents)**, etwa Escrow Europe (Deutschland) GmbH, Escrow International Deutschland GmbH oder die Hanse Escrow Management GmbH.

Aber auch der Einsatz von EDV-Fachleuten in Hinterlegungsstellen führt hier nicht weiter: Komplizierte Programme bestehen oft aus **Tausenden von Programmzeilen**, deren Lektüre auch einen immensen zeitlichen und personellen Aufwand erfordert. So umfasst z.B. das Quellformat des Betriebssystems CP/M mehrere tausend Seiten, deren Durcharbeitung selbst bei einem großen Stab von EDV-Experten mehrere Monate dauern dürfte.

Dieses Problem wird noch dadurch verschärft, dass sich **Software-Engineering**, d.h. eine methodisch-übersichtliche Programmiermethodik, in der EDV-Branche noch nicht durchgesetzt hat: Programmieren gilt bis heute als Nährboden für Wagemutige, die sich schöpferisch-kreativ mit der Programmierung des Computers befassen. Bei diesem Programmier-„Stil“ bleibt aber gerade aufgrund der häufigen Verwendung von Sprunganweisungen oder komplex verschachtelten Befehlsketten die Programmübersichtlichkeit auf der Strecke. Ein derart gestaltetes Programm stellt eine still vor sich hin tickende Zeitbombe dar: Niemand außer dem Programmierer selbst kann die unübersichtliche Struktur des Quellformats überblicken. Wenn z.B. der Programmierer den Arbeitgeber wechselt, kann niemand mehr das Programm warten und eine Fehlerbeseitigung vornehmen. Dementsprechend ist bei einem so gestalteten Programm eine Hinterlegung des Quellformats sinnlos.

Selbst wenn aber bestimmte Methoden der „strukturierten Programmierung“ benutzt worden sind, werden viele Quellformate, die anfänglich noch übersichtlich sind, völlig unüberschaubar, wenn Programme bei Fehlern „geflickt“ werden müssen. Die mit der Analyse betrauten Fachleute sind dann meist nicht mehr in der Lage, die Gedanken des ursprünglichen Programmierers nachzuvollziehen.

Im Übrigen sind die **hohen Kosten** für die Hinterlegung zu bedenken. Zu zahlen ist regelmäßig eine einmalige Hinterlegungsgebühr, jährliche Lagergebühren sowie Sondervergütungen für

die Hinterlegung von Updates oder die Verifizierung des Materials. Bei der Hinterlegung durch Notare werden sogar nach dem Wert des Materials die Kosten im Rahmen der KostO berechnet.

bb) Insolvenzzrechtliche Probleme

Hinterlegungsvereinbarungen sind sinnlos und ineffektiv, wenn die Kopie des Quellformats zur **Insolvenzmasse i.S.d. § 35 InsO** gehört und der Anwender deshalb im Insolvenzfall nicht dessen Aussonderung verlangen kann. Im Übrigen ist im Hinblick auf eine eventuelle Insolvenzanfechtung wichtig, dass die Hinterlegungsvereinbarung unmittelbar im Zusammenhang mit dem Softwarevertrag abgeschlossen wird.

Denkbar wäre eine vertragliche Vereinbarung, wonach der **Besteller der Software als „Hersteller“** i.S.v. § 950 BGB gilt. Dazu müsste der im Mobiliarsachenrecht angesiedelte § 950 BGB analog angewendet werden. In einem solchen Falle würde der Anwender jedoch sofort, ohne weitere Bedingung Eigentümer des Materials, was die Parteien in Hinterlegungsfällen regelmäßig nicht wollen. Bedenklich ist auch die Vorstellung *Bömers*,¹⁷¹² dass die Hinterlegungsstelle lediglich Eigentum an den körperlichen Gegenständen bekommen solle, die Rechte an den Daten jedoch aufschiebend bedingt dem Anwender eingeräumt werden könnten. Eine Trennung von Eigentum und sonstigen Rechten ist künstlich, zumal ein Recht an Daten bislang nicht anerkannt ist.¹⁷¹³

Tatsächlich erfolgt eine Hinterlegung des Quellformats grundsätzlich in Form einer **sog. uneigennütigen Treuhand**, bei der die Hinterlegungsstelle im Interesse des Softwarelieferanten tätig wird. Ein solches Treuhandverhältnis kann in zwei verschiedenen Vertragsformen begründet werden.

Auf der einen Seite können Hinterlegungsstelle und Softwarelieferant im Rahmen eines **sog. unechten Treuhandverhältnisses** miteinander verbunden sein. So heißt es etwa in den Vertragsbedingungen des National Computing Centre, der bedeutendsten europäischen Hinterlegungsstelle: „The Material and Modifications shall remain the confidential property of the owner“. Das Eigentum an der Kopie soll also beim Softwarelieferanten (Treugeber) verbleiben, während die Hinterlegungsstelle (Treuhänder) nur zu deren Herausgabe an den Anwender berechtigt ist. In diesem Fall gehört das Exemplar des Quellformats auf jeden Fall zur Insolvenzmasse; insofern kommt ein Aussonderungsrecht des Anwenders von vornherein nicht in Betracht. Der Insolvenzverwalter hat vielmehr die Pflicht, den Quellcode sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Die Hinterlegungsstelle ist als Treuhänder verpflichtet, dem

¹⁷¹² *Bömer*, Hinterlegung, 398 f.

¹⁷¹³ Hierzu *Hoeren*, MMR 2013, 486.

Insolvenzverwalter anzuzeigen, dass sie die Kopie im Besitz hat; wenn sie die Anzeige unterlässt oder verzögert, haftet sie für alle daraus entstehenden Schäden.

Auf der anderen Seite können Hinterlegungsstelle und Softwarelieferant ein **sog. echtes Treuhandverhältnis** vereinbaren, wobei die Hinterlegungsstelle als Treuhänder Eigentümer des Quellformats werden soll. Scheinbar gehört bei dieser Vertragsgestaltung das Quellformat mangels Eigentümerstellung des Gemeinschuldners nicht zur Insolvenzmasse, sodass ein Aussonderungsrecht zumindest der Hinterlegungsstelle in Betracht käme. Literatur und Rechtsprechung gehen aber übereinstimmend davon aus, dass der Treuhänder bei solchen Treuhandverhältnissen nur „formell“ Eigentümer des Treuguts geworden ist. „Materiell“ ist der Treugeber Berechtigter geblieben, da dem Treuhänder mehr übertragen wurde als nach dem wirtschaftlichen Zweck erforderlich gewesen wäre.¹⁷¹⁴ Das Treugut gehört deshalb weiterhin zur Insolvenzmasse und kann vom Insolvenzverwalter herausverlangt werden.

Im Ergebnis hat der Anwender bei Hinterlegung des Quellformats **kein Aussonderungsrecht**. Er kann im Insolvenzfall nicht auf das Quellformat zurückgreifen. Insgesamt sind somit Hinterlegungsvereinbarungen nicht insolvenzfest und verfehlen daher ihr Regelungsziel. Die Sicherungsübereignung der Datenträger und ein durch die Herausgabe aufschiebend bedingtes Nutzungsrecht allein reichen nicht aus, um gegenüber dem Insolvenzverwalter einen Herausgabeanspruch zu begründen.

Die Hinterlegungsvereinbarung ist als **Geschäftsbesorgungsvertrag** i.S.v. § 675 BGB anzusehen. Nach §§ 115, 116 InsO erlöschen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Geschäftsbesorgungsverträge. Insofern hat der Insolvenzverwalter dann den Zugriff auf das Material und kann eine entsprechende Herausgabe von der Hinterlegungsstelle verlangen. Normalerweise handelt es sich bei der Hinterlegungsvereinbarung insolvenzrechtlich um ein Treuhandverhältnis. Selbst wenn der Hinterlegungssteller Eigentum an dem hinterlegten Material erhalten sollte, wird nach der Frage der wirtschaftlichen Zuordnung des Gegenstandes gefragt. Insofern ist von einer Doppeltreuhand zugunsten des Anwenders und des hinterlegenden Unternehmens auszugehen. In einem solchen Fall gilt aber weiterhin das Prinzip, dass das Treugut in die Masse fällt. Allerdings hat der *BGH* klargestellt, dass eine Verpflichtung zur Übertragung des Treuguts auf den Insolvenzverwalter nur dann bestehen kann, wenn das Treugut nicht bereits endgültig aus dem Vermögen des Treugebers ausgeschieden ist.¹⁷¹⁵ Insofern kommt alles auf eine geschickte Vertragsgestaltung in Bezug auf die Insolvenzvereinbarung an, mit dem Ziel, ein endgültiges Ausscheiden der Sources aus

¹⁷¹⁴ So etwa BGH, Urt. v. 30.4.1959 – NJW 1959, 1223; OLG Köln, Urt. v. 13.11.1964 – MDR 1965, 1001.

¹⁷¹⁵ BGH, Urt. v. 25.4.1962 – NJW 1962, 1200 = MDR 1962, 732.

dem Vermögen des Treugebers zu bewirken. Jedwede Form einer Rückgabeverpflichtung im Hinblick auf das Softwarehaus muss vertraglich ausgeschlossen sein. Für den Fall einer Kündigung der Hinterlegungsvereinbarung muss eine bloße Vernichtungsverpflichtung ausreichen.

Weiterhin bleibt die **Frage der Anfechtbarkeit der Hinterlegung** zu klären (§ 143 InsO). Es muss schließlich gewährleistet sein, dass der Schuldner für die Weggabe von Vermögen eine äquivalente Gegenleistung unmittelbar erhält. Eine mittelbare Benachteiligung reicht aus, etwa wenn die Verwertbarkeit zugunsten eines potentiellen Käufers des Softwarehauses beeinträchtigt würde. Insofern kommt insbesondere eine Anfechtung nach § 134 InsO in Betracht, wenn die Hinterlegung eine unentgeltliche Leistung des Softwarehauses ist und diese Leistung früher als vier Jahre vor dem Insolvenzeröffnungsantrag erfolgt ist. Insofern ist es dringend geboten, die Hinterlegung mit der Vergütung für die Softwarehinterlassung und -erstellung zu verknüpfen. Gefährliche Konstellationen sind solche, in denen nachträglich nach Abschluss des Softwareüberlassungserstellungsvertrags eine Hinterlegungsvereinbarung abgeschlossen wird.

cc) Vertragsgestaltung

Hinterlegungsvereinbarungen sollten im Kern erst einmal aus einer hinreichend spezifizierten **Beschreibung des Hinterlegungsobjekts** (Programmbezeichnung; Module; Formate) bestehen. Dann sind die Pflichten des Anbieters zu konkretisieren. Dazu zählen u.a. die Übereignung des Sourcecodes incl. Updates und Compiler sowie die Übernahme einer Garantie für die Vollständigkeit, Richtigkeit und Adäquanz des Materials. Das Softwarehaus muss es hinnehmen, dass die Sourcen durch die Hinterlegungsstelle geprüft werden.

Die Pflichten der Hinterlegungsstelle umfassen zunächst einmal die **Geheimhaltungspflicht** in Bezug auf das überlassene Know-how. Die Sourcen sind sicher aufzubewahren (insbesondere im Hinblick auf Risiken durch Beschädigung, Diebstahl, Feuchtigkeit, Wärme). Auch die Versicherungsfrage ist im Hinblick auf eventuelle Schäden zu klären.

Die Kriterien für eine Herausgabe an den Anwender sind ebenfalls festzulegen. Als **Fälle für die Herausgabe** sollten aufgenommen werden:¹⁷¹⁶

- Die Eröffnung des Insolvenzverfahren über das Vermögen oder Ablehnung eines Insolvenzantrags mangels Masse – Beweis durch Vorlage eines rechtskräftigen Beschlusses zumindest in beglaubigter Kopie,

¹⁷¹⁶ Siehe Bömer, Hinterlegung, 394 f.

- die Löschung der Firma des Anbieters wegen Vermögenslosigkeit oder Eintragung des Liquidationsbeschlusses im Handelsregister – Beweis durch Vorlage eines beglaubigten Auszuges aus dem Handelsregister,
- die schriftliche Zustimmung des Anbieters zur Herausgabe,
- ein rechtskräftiges Urteil bzw. Beschluss hinsichtlich der Abgabe einer Zustimmungserklärung durch den Anbieter,
- der Verzug des Lieferanten hinsichtlich der Erfüllung wesentlicher Vertragsverpflichtungen, sofern fruchtlose Fristsetzung mit Androhung des Herausgabeverlangens – Beweis durch Vorlage eines Einschreibens mit Rückscheins sowie eidesstattlicher Versicherung des Anwenders und
- sonstige Fälle, in denen der Lieferant seine Tätigkeit einstellt (Outsourcing, Verlust wichtiger Programmierer).

3. Pflichten des Anwenders

Auch den Anwender treffen Pflichten. Er darf das Material lediglich für vertragsgemäße Zwecke nutzen. Eine kommerzielle Verwendung des Materials kann z.B. ausgeschlossen werden. Zu regeln sind ferner Geheimhaltungspflichten.

II. Schutzhüllenverträge

Um direkte Vereinbarungen mit dem Anwender schließen zu können, bedient sich die Softwareindustrie drei verschiedener Wege:

Zum einen versucht sie, mit dem Anwender sog. **Schutzhüllenverträge (Shrink-Wrap-Licensing)** abzuschließen, die in der Regel wie folgt zustande kommen: Ein Anwender kauft im Fachhandel 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.

Darüber hinaus befinden sich in den Softwarepaketen oft vorgedruckte Vereinbarungen (**RETURN-Verträge**), die der Anwender unterzeichnet an den Hersteller zurücksenden soll. Softwareersteller wie BORLAND oder MICROSOFT sind inzwischen dazu übergegangen,

ihren Softwarepaketen neben ihren AGB auch vorgedruckte Anerkennungserklärungen (Acknowledgement Cards) beizulegen, die der Anwender unterschrieben an den Hersteller zurückzusenden hat.

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

Die Vermarktung solcher Vertragsmodelle ist rechtlich bizarr. Man spricht hier von **End User License Agreements (EULA)** und vermittelt dadurch den Eindruck, es gehe hier um Verträge, die der Endkunde mit dem Hersteller abschließen müsse. Auch der Begriff der „Lizenz“ ist nebulös; das deutsche Urheberrecht kennt keine „Lizenz“. Der Endnutzer braucht keine „Lizenz“ vom Hersteller; er hat Verträge mit dem Händler, die ihn zur Nutzung berechtigen. Alle zur Nutzung des Programms notwendigen Nutzungshandlungen sind ihm schon kraft § 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 Virginia¹⁷¹⁷) zur Anwendung.

Juristisch handelt es sich bei den EULA um den Versuch des Herstellers, mit dem Anwender einen **zweiten Vertrag** – neben der Vereinbarung mit dem Händler – zu schließen. Das Softwarepaket mit der erwähnten Schutzhülle und den sichtbaren Vertragsbedingungen ist das rechtlich wirksame Angebot des Herstellers an den Erwerber, einen „Lizenzvertrag“ abzuschließen. Das Aufreißen der Schutzhülle durch den Erwerber ist jedoch eine Handlung, die unmittelbar nur den Sinn hat, ein Hindernis für die Nutzung der Software zu beseitigen. Eine direkte Annahmeerklärung liegt also nicht vor.¹⁷¹⁸ Ein unmittelbar lediglich auf einen tatsächlichen Erfolg zielendes Verhalten kann aber nicht mittelbar einen Rechtsfolgewillen zum

¹⁷¹⁷ *Carlyle C. Ring, Jr.*, An Overview of the Virginia UCITA, 8 RICH. J.L. & TECH. 1 (Fall 2001) at <http://www.law.richmond.edu/jolt/v8i1/article1.html>.

¹⁷¹⁸ *Schumacher*, CR 2000, 642; 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); erstaunlich ist das Ur. des OLG Stuttgart v. 10.2.1989 – NJW 1989, 2633 = CR 1989, 685, wonach Shrink-Wrap wirksam sein soll – Gründe für diese These finden sich im Urteil nicht.

Ausdruck bringen, d.h. als Willenserklärung gewertet werden. Schutzhüllenverträge sind folglich mangels Zustimmung des Anwenders zum Vertragsschluss unwirksam.¹⁷¹⁹ Ähnliches gilt für Versuche, einen Vertragsschluss mittels Drücken der Enter-Taste zu konstruieren.¹⁷²⁰

III. Application Service Providing und Cloud Computing

Aufgrund der verschiedenen Einsatzbereiche und Formen des Daten-Outsourcings wird durch die Nutzung von Outsourcing-Dienstleistern eine Fülle von Rechtsgebieten berührt. Gerade im Hinblick auf die Möglichkeiten einer internationalen Ressourcenverteilung ist eine exakte Analyse der im Einzelfall tangierten Rechtsvorschriften und den damit verbundenen Konsequenzen erforderlich. Insbesondere sind im deutschen Recht Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu beachten. Hinzu kommen nutzerabhängige produkt- und branchenspezifische Besonderheiten (z.B. AO).

Neben den hier berücksichtigten und bewerteten Rahmenbedingungen des deutschen Rechts ist jedoch zu beachten, dass durch ausländische Gesetze zusätzliche Risiken entstehen können. Als Beispiel sei hier „pre-trial discovery“ genannt. Die pre-trial discovery ist eine Besonderheit des angelsächsischen Verfahrensrechts und hat insbesondere in den USA eine besondere Ausprägung erhalten.¹⁷²¹ Das in den Federal Rules of Civil Procedure (Fed. R. Civ. P.) festgelegte pre-trial discovery – Verfahren ist ein von den Parteien durchgeführtes und sehr weitreichendes Beweisermittlungsverfahren vor der mündlichen Verhandlung.¹⁷²² Risiken die von ausländischen Rechtsordnungen ausgehen, sollten in einer auf das entsprechende Land bezogenen Einzelfallüberprüfung zusätzlich bewertet werden.

1. Vertragszweck

Seit den 70er Jahren gibt es das Konzept ASP (Application Service Providing). Mittels „Time-Sharing-Services“ wurde kleinen und mittleren Unternehmen Rechner und Applikationen zur Verfügung gestellt. Heute werden besonders branchenspezifische Anwendungen im Netz gemietet, um sich teure Investitionen in IT-Strukturen und Know-how zu sparen. Die Software-Applikationen, befinden sich in einem leistungsfähigen, sicheren und hoch verfügbaren Rechenzentrum (Internet-Data-Center). Die Produkte werden gegen eine Gebühr vermietet.

¹⁷¹⁹ Redeker, IT-Recht, Rn. 596 f.; a.A. ohne nähere Begründung OLG Stuttgart, Urt. v. 10.2.1989 – NJW 1989, 2633 = CR 1989, 685 = DuD 1990, 97.

¹⁷²⁰ Redeker, IT-Recht, Rn. 596; Specht v. Netscape Communications, Nos. 00 CIV 4871, 00 CIV 6219, 00 CIV 6249, 2001 WL 755396 (S.D.N.Y. 07/05/01).

¹⁷²¹ Höra/Stempfle, Rn. 13 f.; Hoeren/Sieber/Holznapel/Deutmoser/Filip, Teil 16.6 (50. EL 2019).

¹⁷²² Henry, GRUR Int. 1983, 82 m.w.N.; Kurtz, IWRZ 2016, 64.

Das ASP-Geschäft wird mit dem Internet dergestalt verknüpft, dass „Software as a Service“ (SaaS) angeboten wird. Über das Internet erfolgt der Zugriff auf externe Server, die die Software vorrätig halten. Auf diese Art und Weise kann er immer auf die aktuellsten Softwareversionen zugreifen, ohne die teure Software direkt käuflich erwerben oder anmieten zu müssen. Ein solcher Prozess setzt allerdings voraus, dass die Software ASP-fähig ist. Sie muss insofern webfähig sein, skalierbar und multi-user-fähig. Als Infrastruktur ist ein leistungsfähiges Rechenzentrum Grundvoraussetzung für den ASP-Geschäftsbetrieb. Der Vertrieb von ASP erfolgt über spezialisierte ASPs; dies können Software-Unternehmen ebenso sein wie Internet-Service-Provider bzw. Telekommunikationsunternehmen. Auch der Software-Hersteller selbst kann als ASP ins Spiel kommen. Die ASP-Software kann im Wege der Emulation angeboten werden, bei der der Anwender nur eine Benutzeroberfläche zum Zugriff auf die Software hat. Denkbar ist allerdings auch der Einsatz von Wartungs-ASP, bei dem der Nutzer die Software warten und updaten kann. Auch die angebotenen Leistungen variieren von der bloßen Softwarenutzung bis hin zu Funktionalitäten wie die Lohnbuchhaltung oder den so genannten Fullservice-Provider.

Vom Vertragszweck her besteht das Leistungsprofil von ASP darin, dass der Provider Eigentümer der jeweiligen Software ist und bleibt. Er bietet eine IT-Infrastruktur an, die man gegen eine monatliche Servicepauschale nutzen kann. Der ASP übernimmt auch das Systemmanagement und gewährleistet den Zugriff über das Internet. Bei einem solchen Profil bestehen die Hauptleistungspflichten des Auftragnehmers darin, Hardware zur Verfügung zu stellen, deren Kapazität der Nutzer temporär verwenden kann. Die Kapazitäten hängen von der Anlage, Tageszeiten und Anschlüssen ab; zu definieren ist ein Übergabepunkt etwa ab dem VPN.

Ein weiteres Problem neuer Arten der Softwarenutzung stellt die rechtliche Einordnung der Geschäftsmodelle Cloud und Grid Computing dar. Unter Grid Computing versteht man das Benutzen von Ressourcen entfernter Computer für die elektronische Datenverarbeitung. Hierbei findet der Datenaustausch zwischen den kommunizierenden Rechnern via Internetverbindungen statt. Mit dem Begriff Cloud Computing wird hingegen die Möglichkeit bezeichnet, Anwendungen und Dienste in der beschriebenen Infrastruktur zu nutzen, wobei nicht nur die Nutzungsberechtigung zur Verfügung gestellt wird, sondern auch Filespace und Datenbanken, Leistungen also, die über das herkömmliche ASP hinausgehen.¹⁷²³ Dadurch, dass der Nutzer überhaupt nicht mehr nachvollziehen kann, auf welchem Server seine Daten

¹⁷²³ Söbbing, MMR 2008, XII.

gespeichert sind, nachdem er sie in die „Cloud“ eingegeben hat, liegt, sobald es sich um personenbezogene Daten handelt, ein Datenschutzproblem vor.¹⁷²⁴ Aber auch Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Datenverlust und mangelnde Sicherheit sind noch weitgehend ungeklärt.¹⁷²⁵

2. Rechtsnatur

Umstritten ist die Rechtsnatur von ASP. Typischerweise wird hier von einem komplexen Langzeitvertrag mit verschiedensten Leistungselementen ausgegangen. Die Einordnung von ASP-Verträgen ist im Übrigen streitig.¹⁷²⁶ In Anlehnung an Verträge über die Nutzung technischer Infrastruktur liegt eine Klassifizierung als Mietvertrag nahe.¹⁷²⁷ Zwar überlässt der ASP dem ASP-Endkunden gerade nicht dauerhaft die Online-Nutzung, sondern stellt ihm erst dann Netzzugang und Software bereit, wenn der Kunde den Zugang von seinem Rechner aus aktiviert. Die dauerhafte Nutzung einer bestimmten Sache, die an sich das Mietrecht prägt, ist damit nur für die Länge der Online-Sitzung, nicht aber für die gesamte Vertragslaufzeit gewährleistet. Dem Mietrecht unterliegen aber auch solche Vereinbarungen, die nicht auf die Verschaffung des Besitzes, sondern lediglich auf die kurze Nutzung einer Sache ausgerichtet sind. In diesem Sinne hat der *BGH* einen Rechenzentrumsvertrag, im Rahmen dessen dem Kunden mittels DFÜ-Kapazitäten eines Rechenzentrums zur Verfügung standen, als Mietvertrag qualifiziert.¹⁷²⁸

Der *BGH* hat in einem jüngeren Urteil zu ASP-Verträgen die Einordnung als Mietvertrag, der die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer beweglichen Sache zum Gegenstand hat, angenommen.¹⁷²⁹ Als typische Leistung stehe dabei die Gewährung der Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten. Der Anwendung des Mietrechts stehe nicht entgegen, dass es sich bei der Software nicht um eine Sache i.S.d. § 90 BGB handele. Der *BGH* habe wiederholt entschieden, dass eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen ist, auf die je nach der vereinbarten Überlassungsform Miet- oder Kaufrecht anwendbar ist.

¹⁷²⁴ Pohle/Ammann, CR 2009, 273, 274; Schultze-Melling, CRi 2008, 142, 143.

¹⁷²⁵ Pohle/Ammann, CR 2009, 273, 275.

¹⁷²⁶ Gräfin v. Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 84; Sedlmaier/Kolk, MMR 2002, 75, 78 f.; aus urheberrechtlicher Sicht; Czychowski/Bröcker, MMR 2002, 81.

¹⁷²⁷ BGH, Urt. v. 15.11.2006 – MMR 2007, 243; OLG Hamburg, Urt. v. 15.12.2011 – MMR 2012, 740; Koch, ITRB 2001, 39, 40; Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 731; Röhrborn/Sinhardt, CR 2001, 69, 70 f.; Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 78; von Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 84; Junker, NJW 2003, 2792, 2797; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 563, 567.

¹⁷²⁸ BGH, Urt. v. 28.10.1992 – NJW-RR 1993, 197.

¹⁷²⁹ BGH, Urt. v. 15.11.2006 – MMR 2007, 243 = NJW 2007, 2394.

Auch wenn der Nutzer keinen Besitz an der Software erhält, schließt dies eine mietvertragliche Einordnung nicht aus, da der Alleingebrauch des Produktes für Miete nicht zwingend notwendig ist. Insofern stört es auch nicht, dass die Software für den Zugriff durch verschiedenste Nutzer freigegeben wird. Ein zusätzliches Werkvertragsselement kann dadurch hinzutreten, dass auch ein Erfolg im Hinblick auf Geschäftsprozesse des Kunden geschuldet ist.

Das Mietrecht halten andere Autoren für nicht anwendbar. Zwar verlange das Mietrecht nicht zwingend eine Überlassung der Mietsache, aber doch zumindest die Einräumung der Möglichkeit eines (wenn auch zeitlich begrenzten) tatsächlichen Zutritts zur Sache. Davon könne man im Falle von ASP, das eine bloße Nutzungsmöglichkeit bietet, nicht sprechen. Mit ASP will der Provider auch regelmäßig nicht den „Erfolgsgedanken“ des Werkvertragsrechts (§§ 631 ff. BGB) übernehmen.¹⁷³⁰ Am ehesten ist an eine Anwendung der Vorschriften über den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) zu denken.

3. Vermietung: urheberrechtlich – vertragsrechtlich

Im Hinblick auf die Einordnung als Miete ergeben sich Probleme, wenn man daran denkt, dass der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht sich gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG a.E. nicht auf die Weitervermietung bezieht. Insofern braucht der ASP für den Einsatz der Software im ASP-Netz eine separate Einwilligung der Rechteinhaber und kann sich nicht darauf berufen, die Software käuflich erworben zu haben. Allerdings ist streitig, ob man überhaupt von einer Weitervermietung reden kann, wenn die Software online zum Zugriff bereitgestellt wird.¹⁷³¹

Schwierig ist auch das Verhältnis von ASP und Open Source. Die GPL enthält keine Regelung dafür, dass man beim Vermieten von Software eine Vergütung verlangen darf. Wäre ASP als Vermietung anzusehen, könnte dies also zu einem Konflikt mit der GPL führen.

4. Hauptleistungspflichten

a) Leistungspflicht

aa) Geschuldeter Erfolg

ASP-Verträge müssen technisch genau abgestimmt sein. Zu klären ist etwa, welche technischen Daten in SLAs garantiert werden. Vertragsstrafen regeln den Ausfall des Systems. Allgemein sind die Sicherheitsvorkehrungen im Data-Center und das Sicherheits-Management (Firewall,

¹⁷³⁰ So etwa *Müller-Hengstenberg*, NJW 2007, 2370, CR 2004, 161; *Diedrich*, CR 2002, 473.

¹⁷³¹ Vgl. zum Streitstand *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69c UrhG Rn. 43 ff. m.w.N.

Verschlüsselung, Authentifikation) zu spezifizieren. Es bedarf eines Notfall-Plans für unerwarteten Webtraffic; die Frage der Datensicherung durch Backups ist ebenfalls zu besprechen. Hinzu kommen Eckdaten des User Supports (24h Verfügbarkeit).

Bei ASP-Verträgen bereitet vor allem die **Verfügbarkeit der Übertragungskapazität** Probleme. Fällt die Telekommunikationsverbindung zwischen Kunde und Rechenzentrum aus, kann im Unternehmen nicht gearbeitet werden. Das Rechenzentrum sollte nicht nur hohe Verfügbarkeitsraten sichern, sondern unbedingt auch Backup-Strukturen aufbauen. Im Kern sind die technischen Daten des ASP-Geschäftes in einem SLA zu spezifizieren. Dazu zählen Fragen wie die Bandbreite der Verbindung und das monatliche Transfervolumen. Hinsichtlich des geschuldeten Zugangserfolgs sind Jahresverfügbarkeitsraten zu spezifizieren. Geregelt werden muss auch, wie schnell der Zugriff auf die Software bei Störung wiederhergestellt wird. Auch evtl. Wartungsfenster sind genau festzulegen.

bb) Sachen

Hinsichtlich der zu verschaffenden Liefergegenstände ist zu beachten, dass nicht nur der Zugriff auf die Software geschuldet ist, sondern auch die Überlassung einer entsprechenden Dokumentation. Hier reicht eine Online-Dokumentation aus.¹⁷³² Die Dokumentation muss auf jeden Fall kurze Installationshinweise enthalten.¹⁷³³ Die Überlassung einer Dokumentation kann nicht dadurch ersetzt werden, dass der Anbieter auf Schulungsprogramme hinweist.¹⁷³⁴

cc) Rechte

Im Übrigen ist bei der Rechteeinräumung zu beachten, dass die Emulation der ASP-Software auf der Benutzeroberfläche, also der bloße Programmablauf nach h.M. keine Vervielfältigung darstellt.¹⁷³⁵ Etwas anderes würde evtl. dann gelten, wenn zusätzlich über die Benutzeroberfläche hinaus die Software auch im Arbeitsspeicher des Rechners (RAM) gespeichert würde.¹⁷³⁶ Beim Wartungs-ASP (s.o.) ist dieses Problem auf jeden Fall gegeben, da hier der Nutzer die entsprechende ASP-Software nicht nur auf der Benutzeroberfläche anschaut, sondern entsprechend über den Arbeitsspeicher einen erhöhten Zugriff auf die Software hat. Unklar ist auch hier wieder die Frage, ob es sich urheberrechtlich um einen Fall der

¹⁷³² OLG Stuttgart, Urt. v. 24.2.1998 – CR 1999, 74.

¹⁷³³ LG Hannover, Urt. v. 28.5.1999 – CR 2000, 154.

¹⁷³⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.10.1995 – CR 1996, 214 = NJW 1996, 821; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.12.1991 – CR 1993, 93.

¹⁷³⁵ Taeger/Pohle/Czychowski/Siesmayer, 20.4 Rn. 146; Schrickler/Loewenheim/Spindler, § 69c UrhG Rn. 9 m.w.N.; a.A. Dreier/Schulze, § 16 UrhG Rn. 7.

¹⁷³⁶ Vgl. Dreier/Schulze, § 16 UrhG Rn. 7.

Weitervermietung handelt oder um einen Fall des Bereithaltens zum Abruf für die Öffentlichkeit (§ 19a UrhG).¹⁷³⁷

b) Entgelt

Der ASP-Kunde schuldet die mietvertraglich vorgesehene Vergütung typischerweise monatlich. Die Miete erhöht sich üblicherweise, wenn der Kunde unberechtigterweise zu einer Übernutzung kommt. Allerdings ist der Nachweis erforderlich, dass der Kunde die Übernutzung oder eine Nutzung durch Dritte zu vertreten hat. Letzteres liegt vor allem dann vor, wenn der Kunde nachlässig mit Passwörtern umgeht. Die Vergütung wird typischerweise monatlich in Rechnung gestellt. Die Vergütungspflicht wird zur Vereinfachung der Zahlung gekoppelt mit einem Abbuchungsauftrag. Denkbar wäre auch eine Regelung zum Einwendungsausschluss in Bezug auf die Rechnungshöhe. Dann wäre zu spezifizieren, dass Einwendungen gegen die Rechnungshöhe nur innerhalb von sechs Wochen schriftlich nach Zugang beim Anbieter erhoben werden können.

Wenn ASP-Geschäfte als Mietvertrag einzuordnen sind, obliegt dem Vermieter/ASP-Provider die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB). Jede Einschränkung der Nutzbarkeit des ASP-Systems führt automatisch zu einer Minderung der Mietgebühren, § 536 Abs. 1 BGB. Zu bedenken ist, dass der *BGH* für Vermietlösungen CPU-Erhöhungsklauseln als wirksam angesehen hat;¹⁷³⁸ insofern kann der ASP bei Veränderungen der technischen Infrastruktur auf Nutzerseite ein erhöhtes Nutzungsentgelt verlangen.

5. Nebenleistungspflichten

Bei den Nebenleistungspflichten ist streitig, ob man ein Verbot der Nutzung von Anlagen anderer Hersteller aussprechen kann. Zwar wird ein solches Verbot in der Literatur anerkannt.¹⁷³⁹ Dies ist jedoch meines Erachtens nicht zutreffend, da ein pauschaler Ausschluss der Nutzung von Drittsoftware und -hardware den Mieter übermäßig belasten würde. Das gilt insbesondere für Fälle, in denen der Einsatz der anderen Geräte und Programme keine negativen Auswirkungen auf die vermietete Software hat. Den Interessen des Vermieters trägt es ausreichend Rechnung, zu seinen Gunsten einen Haftungsausschluss für Schäden anzunehmen, die durch die Verbindung der Mietsoftware mit der IT dritter Hersteller entstehen.

Darüber hinaus ist es im Rahmen des Cloud-Computings Teil der Praxis, innerhalb von Softwarelizenzverträgen die Nutzung der Software in den Cloud-Modellen fremder

¹⁷³⁷ *Schulze*, ZUM 2011, 2; *Dietrich*, ZUM 2010, 567.

¹⁷³⁸ *BGH*, Urt. v. 24.10.2002 – MMR 2003, 393, 394 ff. = GRUR 2003, 416, 418 ff.

¹⁷³⁹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 643.

Unternehmen einzuschränken. Eine solche Einschränkung ist etwa dergestalt üblich, dass das Softwareprodukt bei Erwerb zusätzlicher Lizenzkonditionen nur im eigenen Cloudmodell des Unternehmens des Softwareherstellers oder in den Modellen von fremden spezifisch aufgelisteten Cloud-Anbietern genutzt werden darf.¹⁷⁴⁰ Die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung hängt maßgeblich davon ab, ob die Nutzung der Software in einer fremden Cloud in die Verwertungsrechte des Softwareherstellers gem. § 69c UrhG eingreift. Durch die Ausführung des Programms auf dem fremden Server liegt unvermeidlich zumindest eine Vervielfältigung gem. § 69c Nr. 1 UrhG vor, weitere sind etwa bei einem Laden in einen Arbeitsspeicher denkbar.¹⁷⁴¹ Abhängig davon, ob der Kunde selbst aktiv die Software übermittelt oder primär ein Abspielen durch den Cloud-Anbieter erfolgt, kann entweder der Kunde oder der Cloud-Anbieter oder auch beide als Hersteller der Vervielfältigung angesehen werden.¹⁷⁴² Diese Vervielfältigung durch Nutzung der Software in einer fremden Cloud kann jedoch als bestimmungsgemäße Benutzung gem. § 69d Abs. 1 UrhG zulässig sein. Bei Abstellen auf den wirtschaftlichen und technischen Nutzungszweck des Programms zur Bestimmung der bestimmungsgemäßen Benutzung ist die Verwendung der Software in einer fremden Cloud als bestimmungsgemäße Benutzung anzusehen, sofern der Kunde weiterhin Lizenznehmer des Softwareherstellers bleibt, das Nutzen in der Cloud sich auf eine bloße Verlagerung der Software beschränkt und lediglich der Kunde innerhalb der Cloud auf die Software zugreifen kann.¹⁷⁴³ Da § 69d Abs. 1 UrhG auch die Vervielfältigung zur bestimmungsgemäßen Benutzung durch Hilfe Dritter erlaubt,¹⁷⁴⁴ kann die Vervielfältigung hiernach auch gestattet sein, wenn sie durch den Cloud-Anbieter vorgenommen wird.¹⁷⁴⁵ Zwar kann eine Verwertung der Software zur bestimmungsgemäßen Benutzung grundsätzlich durch die Lizenzbedingungen ausgeschlossen werden, jedoch vermittelt § 69d Abs. 1 UrhG auch einen zwingenden Kern der Nutzungsmöglichkeit, der nicht durch vertragliche Abreden abgedungen werden kann.¹⁷⁴⁶ Bei Einhaltung der genannten Bedingungen durch den Kunden kann davon ausgegangen werden, dass die Nutzung der Software auf fremden Servern von diesem Kern umfasst ist, sodass folglich eine Beschränkung auf unternehmenseigene Server durch die Lizenzbedingungen unzulässig ist.¹⁷⁴⁷

¹⁷⁴⁰ Metzger, CR 2021, 573, 574.

¹⁷⁴¹ Metzger, CR 2021, 573, 575.

¹⁷⁴² Metzger, CR 2021, 573, 575 f.

¹⁷⁴³ Metzger, CR 2021, 573, 576.

¹⁷⁴⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.5.2001 – CR 2002, 95, 97.

¹⁷⁴⁵ Metzger, CR 2021, 573, 577.

¹⁷⁴⁶ Dreier/Schulze, § 69d UrhG Rn. 6.

¹⁷⁴⁷ Metzger, CR 2021, 573, 577.

Ungeschrieben besteht eine Pflicht zur Datensicherung seitens des Kunden. Die Erstellung eines Pflichtenhefts ist Aufgabe des Kunden;¹⁷⁴⁸ erstellt der Anbieter für den Kunden ein solches Pflichtenheft, liegt darin eine zusätzliche werkvertragliche Leistung. Der ASP-Anbieter seinerseits ist nebenvertraglich verpflichtet, sich um die Einholung der notwendigen Rechte zu kümmern. Hier ist vor allem wichtig, dass der Anbieter sich darüber im Klaren ist, dass die urheberrechtliche Einordnung von ASP unklar ist. Auch ist zu beachten, dass ASP typischerweise eine eigene Nutzungsart ist,¹⁷⁴⁹ die von Altverträgen nicht abgedeckt ist (s. § 31 Abs. 5 UrhG).

Im Übrigen gehört zu den Mitwirkungspflichten des Kunden:

- die Mitwirkung bei Qualitätssicherungsmaßnahmen
- die Bereitstellung aller für den ASP erforderlichen Informationen
- die Benennung von Ansprechpartnern
- die Bereitstellung von Testdaten
- die Gewährung von Zutritt zu den Räumen des Kunden
- die Mitteilung, wohin Altdaten des Kunden übernommen werden sollen
- die temporäre Unterlassung der Nutzung während der Wartungszeiten.

Der Kunde hat seinerseits allenfalls aus § 242 BGB die Pflicht zur Übernahme von Updates. Sollte der Kunde durch AGB allgemein dazu verpflichtet sein, jedes Update zu übernehmen, wäre dies ein Verstoß gegen § 307 BGB, wenn dem Kunden bei einer solch weitgehenden Verpflichtung kein Sonderkündigungsrecht zugestanden wird.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch die nachvertragliche Pflichtverletzung („culpa post pactum finitum“). Kommt es zur Beendigung des Vertrags, hat der Kunde ein Wegnahmerecht bezüglich seiner eigenen Daten (§ 539 Abs. 2 BGB). Dieser Wegnahmeanspruch unterliegt allerdings einer kurzen Verjährung von sechs Monaten ab Beendigung des Vertrags (§ 548 Abs. 2 BGB). Nach § 307 Abs. 2 BGB i.V.m. § 539 Abs. 2 BGB ist eine Klausel unwirksam, die ein Recht des Providers zur Löschung aller Daten in einem solchen Fall vorsieht. Die vom Kunden bereitgestellten Inhalte stehen diesem rechtmäßig zu. Insofern ist der ASP zur

¹⁷⁴⁸ OLG Köln, Urt. v. 7.2.1992 – NJW-RR 1992, 761, 762 = CR 1992, 470, 471; Auer-Reinsdorff/Conrad/Witzel, Teil C § 18 Rn. 62.

¹⁷⁴⁹ Str., Wandtke/Bullinger/Grützmaker, § 69d UrhG Rn. 13; a.A. Dietrich, ZUM 2010, 567, 569 ff.

Herausgabe aller Sicherungskopien verpflichtet. Ferner stehen dem Kunden Lösungsansprüche aus datenschutzrechtlichen Gründen zu (Art. 17 DSGVO).

6. Datenschutzrecht

Zweck des Datenschutzrechts ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird. Werden durch den Cloud-Anbieter personenbezogene Daten verarbeitet, sind die Vorschriften der DSGVO zu beachten.

a) Verarbeitung personenbezogener Daten

Insbesondere im Rahmen der Nutzung von Cloud-basierten Systemen werden Software und Daten nicht mehr lokal, sondern auf einer externen Infrastruktur bearbeitet und gespeichert. Hiervon sind regelmäßig personenbezogene Daten betroffen. Nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind personenbezogene Daten alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Die Verarbeitung dieser Daten ist nur zulässig, soweit eine der in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO aufgeführten Bedingungen erfüllt ist, wobei insbesondere eine Einwilligung des Betroffenen in Betracht kommt. Eine Einwilligung aller durch die Verarbeitung tangierten Personen wird jedoch in der Praxis so gut wie unmöglich sein.

b) Auftragsdatenverarbeitung

Im Rahmen der Verarbeitung personenbezogener Daten ist es des Weiteren möglich, dass der Verantwortliche die Daten nicht alleine verarbeitet, sondern sich durch Auftrag einer natürlichen oder juristischen Person, Behörde, Einrichtung oder anderen Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet (Art. 4 Nr. 8 DSGVO). In diesem Fall spricht man von Auftragsdatenverarbeitung, die in Art. 28 DSGVO geregelt ist.

Damit eine Auftragsdatenverarbeitung zulässig ist, sind zahlreiche Anforderungen zu erfüllen. So hat der für die Datenverarbeitung Verantwortliche ausschließlich solche Auftragsverarbeiter auszuwählen, die hinreichend Garantien dafür bieten, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der DSGVO erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet (Art. 28 Abs. 1 DSGVO). Wurde einmal ein Auftragsverarbeiter ausgesucht, so muss dieser dem Verantwortlichen gegenüber in Bezug auf die Datenverarbeitung weisungsabhängig sein (Art. 29 DSGVO).

Möchte der Auftragsverarbeiter seinerseits weitere Auftragsverarbeiter in Anspruch nehmen, so darf er dies ausschließlich mit schriftlicher Genehmigung des ursprünglich Verantwortlichen (Art. 28 Abs. 2 DSGVO). So wird gewährleistet, dass der Verantwortliche stets die Kontrolle über die Datenverarbeitung behält. Dies ist wichtig, da der Verantwortliche trotz Einschaltung weiterer Stellen gegenüber dem Betroffenen für die Einhaltung der Datenschutzvorschriften verantwortlich ist und im Falle eines Verstoßes haftet. Zudem werden jedem weiteren Auftragsverarbeiter dieselben Datenschutzpflichten auferlegt, die im Verhältnis zwischen dem Verantwortlichen und dem ursprünglichen Auftragsverarbeiter festgelegt wurden (Art. 28 Abs. 4 DSGVO).

Das Auftragsverarbeitungsverhältnis, unabhängig ob zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter oder Auftragsverarbeiter und weiteren Auftragsverarbeitern, hat durch Vertrag oder anderen Rechtsakt in schriftlicher Form zu erfolgen (Art. 28 Abs. 9 DSGVO). Dabei müssen alle wesentlichen Punkte, insbesondere Gegenstand und Dauer der Verarbeitung, Art und Zweck der Verarbeitung, die Art der personenbezogenen Daten, die Kategorien betroffener Personen und die Pflichten und Rechte des Verantwortlichen enthalten sein (Art. 28 Abs. 3 DSGVO). Dadurch wird sichergestellt, dass der Auftragsverarbeiter an den Verantwortlichen gebunden ist. Der Auftragsverarbeiter unterliegt dabei einer Reihe von Pflichten, unter anderem ist er zur Verschwiegenheit verpflichtet und muss dem Verantwortlichen alle erforderlichen Informationen zum Nachweis der Einhaltung der Datenschutzregelungen zur Verfügung stellen.

Anders ist es im Falle des Cloud Computing. Grundsätzlich widerspricht diese Form der oben beschriebenen Kontrolle dem Konzept des Cloud Computings, da durch den flexiblen Umgang mit im Einzelnen durch den Cloud-Anbieter verwendeten Ressourcen eine optimale Ausnutzung der Speicher und Server erfolgen soll. Eine Aufspaltung der Datenpakete oder eine kurzfristige Datenverlagerung auf andere (z.B. Speicher-)Ressourcen ist daher nicht unüblich, sondern vielmehr Teil des eigentlichen Cloud-Konzeptes. Hierdurch entsteht erst der große Vorteil der „Wolke“, den Ressourcenbedarf dynamisch an die aktuellen Erfordernisse anzupassen. Dies hat jedoch zur Folge, dass dem Auftraggeber die verwendeten Ressourcen entweder nicht bekannt oder sogar generell nicht festlegbar sind. Ein beherrschender Zugriff auf die Daten, z.B. eine Zugangs- und Zugriffskontrolle durch den Auftraggeber bei allen Datenverarbeitungen in der Cloud, ist somit bei dem ursprünglichen Konzept des Cloud Computings nicht ohne weiteres möglich. Eine denkbare Lösung für dieses Problem liegt darin,

dass der Cloud-Anbieter im Rahmen der Vertragsgestaltung ein datenschutzrechtliches Angebot abgibt und so z.B. sichert, dass die Daten im Bereich der EU bleiben.¹⁷⁵⁰

c) Auftragserteilung in Drittstaat

Wird ein Auftragnehmer mit Sitz in einem Drittstaat (außerhalb der EU/EWR) beauftragt oder soll eine Datenverarbeitung in einem solchen Drittstaat stattfinden, müssen zusätzliche Anforderungen erfüllt werden. Bei einer Datenverarbeitung außerhalb der EU bzw. des EWR greift der **Grundsatz des angemessenen Datenschutzniveaus des Empfängerlandes** und der damit verbundenen Regelungen der Art. 44 – 50 DSGVO. Damit ein Datentransfer in einen Drittstaat möglich ist, muss entweder ein Angemessenheitsbeschluss der Kommission hinsichtlich des Datenniveaus des Drittlandes (Art. 45 DSGVO) oder andere vom Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter vorgesehene geeignete Garantien (Art. 46 DSGVO), insbesondere verbindliche interne Datenschutzvorschriften (Art. 47 DSGVO) vorliegen. Daneben kann zudem noch eine Einwilligung des Betroffenen zur Zulässigkeit der Datenübermittlung führen, wobei eine ausdrückliche Hinweispflicht bezüglich möglicher Risiken eines solchen Transfers besteht (Art. 49 Abs. 1 lit. a) DSGVO). Die Übermittlung in Drittstaaten ist also vor allem zulässig, wenn dort ein angemessenes Datenschutzniveau besteht. In diesem Zusammenhang bringt die DSGVO keine Neuerungen im Vergleich zum früher geltenden BDSG.

Nach Art. 45 Abs. 9 DSGVO bleiben verbindliche Feststellungen der Kommission, die diese im Rahmen des Art. 25 Abs. 6 DatSchRL zum angemessenen Datenschutzniveau von Drittstaaten erlassen hat, bestehen, bis sie durch einen Beschluss der Kommission geändert, ersetzt oder aufgehoben werden. Für folgende Länder wurden nach alter Rechtslage unter dem damals bestehenden Art. 25 Abs. 6 DatSchRL entsprechende Angemessenheitsentscheidungen getroffen, die auch heute noch in Kraft sind:

- Andorra (ABl. v. 21.10.2010, Nr. L 277/27),
- Argentinien (ABl. EG v. 5. 7. 2003, Nr. L 168/19),
- Australien, Sonderfall PNR-Daten (ABl. EG v. 8. 8. 2008, Nr. L 213/47),
- Färöer (Abl. v. 5.3.2010, Nr. L 58/17),
- Guernsey (ABl. EG v. 25. 11. 2003, Nr. L 308/27),
- Israel (Abl. v. 1.2.2011, Nr. L 27/39),

¹⁷⁵⁰ Schuster/Reichl, CR 2010, 38, 41 f.

- Isle of Man (ABl. EG v. 30. 4. 2004, Nr. L 151/51 sowie Berichtigung in ABl. EG v. 10. 6. 2004, Nr. L 208/47),
- Jersey (ABl. EG v. 28. 5. 2008, Nr. L 138/21),
- Kanada (ABl. EG v. 4. 1. 2000. Nr. L 2/13), Sonderfall PNR-Daten (ABl. EG v. 29. 3. 2006, Nr. L 91/49),
- Neuseeland, (Abl. v. 30.1.2013, Nr. L 28/12),
- Schweiz (ABl. EG v. 25. 8. 2000, Nr. L 215/1),
- Uruguay (Abl. v. 23.8.2012, Nr. L 227/11).¹⁷⁵¹

d) Besonderheiten USA

Eine spezielle Entscheidung hatte die Kommission bezüglich Datenübermittlungen in die USA getroffen. Danach gewährleistete das mit dem US-Handelsministerium ausgehandelte „**Safe Harbor“-Paket** einen angemessenen Datenschutz. Voraussetzung dafür war, dass der Empfänger in den USA sich durch Erklärung gegenüber der zuständigen US-Behörde zur Einhaltung bestimmter Datenschutzprinzipien verpflichtete.¹⁷⁵² Allerdings kippte der *EuGH* mit Urteil vom 06.10.2015 das bis dahin geltende Safe Harbour Paket, da dieses eine Ausnahmeregel beinhalte, die es Behörden gestatte, generell auf den Inhalt elektronischer Kommunikation zuzugreifen.¹⁷⁵³ Darin liege eine Verletzung des Wesensgehalts des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens.¹⁷⁵⁴ Um weiterhin einen Datentransfer in die USA, die nicht als Drittstaat mit angemessenem Datenschutzniveau anerkannt sind, zu ermöglichen, entwickelte die EU-Kommission im Anschluss den sog. EU-US-Privacy Shield.¹⁷⁵⁵ Am 1. August 2016 ist das Privacy Shield dann in Kraft getreten. Das neue Abkommen sah mit verpflichtenden Beschwerdestellen für betroffene Personen und einem Ombudsmann im US-Handelsministerium zwar eine Stärkung der Betroffenenrechte vor.¹⁷⁵⁶ Dennoch wurde auch das Privacy Shield unter anderem aufgrund fehlender Einschränkungen für Überwachung und trotz des Ombudsmanns fehlenden effektiven Rechtsschutzes vom EuGH im „Schrems II“-Urteil für ungültig erklärt, sodass eine Datenübermittlung in die USA nicht mehr auf dieses Abkommen gestützt werden kann.¹⁷⁵⁷ Im gleichen Urteil konkretisierte der EuGH auch die Anforderungen an Standardvertragsklauseln, auf Grundlage derer gem. Art. 46 Abs. 2 lit. c und

¹⁷⁵¹ Paal/Pauly, Art. 45 DS-GVO Rn. 34.

¹⁷⁵² Kühling/Buchner/Schröder, Art. 45 DS-GVO Rn. 36.

¹⁷⁵³ EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14, Rn. 79 ff.

¹⁷⁵⁴ EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14, Rn. 94.

¹⁷⁵⁵ Privacy Shield, abrufbar unter: <https://www.privacyshield.gov/welcome> (zuletzt abgerufen am 30.09.2021).

¹⁷⁵⁶ Sydow/Towfigh/Ulrich, Art. 44 DS-GVO Rn. 15.

¹⁷⁵⁷ EuGH, Urt. v. 16.7.2020 – C-311/18, Rn. 168 ff.; Kühling/Buchner/Schröder, Art. 45 DS-GVO Rn. 49.

d DSGVO auch eine Datenübermittlung in die USA denkbar wäre, dahingehend, dass ihre Einhaltung auch im konkreten Einzelfall gewährleistet sein muss.¹⁷⁵⁸ Davon wird in den USA in vielen Fällen eher nicht auszugehen sein, sodass die Übermittlung von Daten in die USA gegenwärtig großen Rechtsunsicherheiten ausgesetzt ist.¹⁷⁵⁹

e) Umgehungsmöglichkeit durch Verschlüsselungstechniken

Eigentlich wird die Verschlüsselung von Daten dem Bereich der Datensicherheit zugeordnet. Grundsätzlich stellt sich aber die Frage, ob bei Nutzung entsprechender Verschlüsselungstechniken und der anschließenden Versendung möglicherweise überhaupt keine personenbezogenen Daten transportiert werden, da Art. 4 Nr. 1 DSGVO personenbezogene Daten als Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, definiert.¹⁷⁶⁰ Bei verschlüsselten Daten könnte dieser Personenbezug bzw. die Personenbeziehbarkeit entfallen. Nach dem vom EuGH noch zur DatSchRL erlassenen „Breyer“-Urteil ist, wie ErwGr 26 zur DatSchRL zeige, für diese Frage nicht ausschließlich auf das Wissen des Verantwortlichen abzustellen.¹⁷⁶¹ Das Wissen Dritter soll insbesondere beachtlich sein, soweit dem Verantwortlichen rechtliche Mittel zur Verfügung stehen, um an dieses Wissen zu gelangen.¹⁷⁶² Nach ErwGr 26 S. 3 der DSGVO soll es für die Personenbeziehbarkeit nun auf die Mittel ankommen, die der Verantwortliche nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich nutzen wird, um die betroffene Person direkt oder indirekt zu identifizieren. Solange diese Voraussetzung erfüllt ist, kommt es nicht auf die Rechtmäßigkeit der eingesetzten Mittel an.¹⁷⁶³ Erforderlich ist also eine Einzelfallbetrachtung. Auf jeden Fall stellen die verschlüsselten Daten für die den „Schlüssel“ besitzende Stelle weiterhin personenbezogene Daten dar.¹⁷⁶⁴ Soweit die verantwortliche Stelle über diesen nicht verfügt, dieser aber bei einem Dritten verfügbar ist, kommt es also darauf an, ob ihm Mittel zur Verfügung stehen, an diesen Schlüssel zu gelangen, mit deren Nutzung nach allgemeinem Ermessen zu rechnen ist. Ist diese Voraussetzung erfüllt, handelt es sich auch bei den verschlüsselten Daten um personenbezogene Daten im Sinne der DSGVO. Der Schlüsselcode muss also für den Verantwortlichen absolut unzugänglich sein. Ein Personenbezug liegt auch

¹⁷⁵⁸ EuGH, Urt. v. 16.7.2020 – C-311/18, Rn. 106 ff.

¹⁷⁵⁹ Kühling/Buchner/Schröder, Art. 44 DS-GVO Rn. 18.

¹⁷⁶⁰ Forgó/Helfrich/Schneider/Heidrich/Wegener, Teil VII Kap. 4 Rn. 71; vgl. Diskussion, MMR-Aktuell 2011, 313727.

¹⁷⁶¹ EuGH, Urt. v. 18.10.2016 – C-582/14, Rn. 43; str., s. zum Streit zwischen „absolutem“ und „relativem“ Verständnis des Personenbezugs Sydow/Ziebarth, Art. 4 DSGVO Rn. 33 ff.

¹⁷⁶² EuGH, Urt. v. 18.10.2016 – C-582/14, Rn. 49.

¹⁷⁶³ Sydow/Ziebarth, Art. 4 DSGVO Rn. 37.

¹⁷⁶⁴ So schon Simitis/Dammann, § 3 Rn. 36.

vor, wenn der Schlüssel nachträglich preisgegeben wird.¹⁷⁶⁵ Die Geheimhaltung des Schlüssels darf aber keinesfalls verwechselt werden mit der Geheimhaltung des Verschlüsselungsalgorithmus selbst, dessen Offenlegung nach dem sog. Kerckhoffs'schen Prinzip sogar zur Sicherheit der Verschlüsselung beiträgt.¹⁷⁶⁶ Die Verschlüsselung muss außerdem nach dem aktuellen Stand der Technik als sicher eingestuft werden können, eine Gefahr der Decodierung durch unbefugte Dritte darf nicht bestehen.¹⁷⁶⁷ Wenn die Datenverarbeitung in einer Cloud stattfinden soll, wird eine solche Verschlüsselung nach aktuellem Stand der Technik regelmäßig nicht möglich sein und allenfalls eine Pseudonymisierung in Betracht kommen.¹⁷⁶⁸ Das Risiko, dass eine Verschlüsselung nachträglich aufgrund technischen Fortschritts durchbrochen werden kann, ist zudem vom Cloud-Anwender zu tragen.¹⁷⁶⁹ Ob die notwendigen Sicherheitsstandards eingehalten wurden, ist im Zweifel von dem Verschlüsselnden nachzuweisen. Die DSGVO ist somit grundsätzlich bei der Übermittlung von verschlüsselten Daten anwendbar, es sei denn der Datenexporteur weist nach, dass die Daten sicher verschlüsselt sind und dass nur der Betroffene oder ein nach DSGVO Berechtigter die Daten mit dem Schlüssel einsehen kann.¹⁷⁷⁰

7. Abgabenordnung (AO)

Soll der Auftragnehmer steuerrechtlich relevante Daten verarbeiten, sind die Vorschriften der §§ 146 ff. AO zu beachten.

a) Finanzbuchführung im Inland

Gem. § 146 Abs. 2 S. 1 AO sind Bücher und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen grundsätzlich im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu führen und aufzubewahren. Insofern ist ein Outsourcing der elektronischen Daten an einen Auftragnehmer in Deutschland in Bezug auf die AO unproblematisch.

¹⁷⁶⁵ So schon Simitis/Dammann, § 3 Rn. 36.

¹⁷⁶⁶ Kerckhoff, La cryptographie militaire, Journal des sciences militaires, vol. IX (1883), 5-83, 161-191, abrufbar unter: http://www.petitcolas.net/fabien/kerckhoffs/la_cryptographie_militaire_i.htm (Teil 1) und http://www.petitcolas.net/fabien/kerckhoffs/la_cryptographie_militaire_ii.htm (Teil 2) (zuletzt abgerufen am 07.10.2021).

¹⁷⁶⁷ Kühling/Buchner/Jandt, Art. 32 DSGVO Rn. 21.

¹⁷⁶⁸ Forgó/Helfrich/Schneider/Heidrich/Wegener, Teil VII Kap. 4 Rn. 73; Jandt/Steidle/Steidle, B. III. Rn. 66.

¹⁷⁶⁹ Jandt/Steidle/Steidle, B. III. Rn. 69.

¹⁷⁷⁰ Siehe schon zum BDSG: Spies, MMR-Aktuell 2011, 313727.

b) Finanzbuchführung im Ausland

aa) In EU/ EWR

Nach § 146 Abs. 2a AO können elektronische Bücher und sonstige erforderliche elektronische Aufzeichnungen oder Teile davon in einem EU-Mitgliedsstaat geführt und aufbewahrt werden. Macht der Steuerpflichtige hiervon Gebrauch, so ist seinerseits sicherzustellen, dass der Datenzugriff nach §§ 146b Abs. 2 S. 2, 147 Abs. 6, 27b Abs. 2 S. 2 UStG möglich ist. Für den Bereich des „regulären Outsourcing“ ergeben sich bei einer Auslagerung der Finanzbuchführung innerhalb der EU bzw. des EWR somit keine größeren Probleme. Die Vorgaben der AO sind durch den Auftraggeber durchweg erfüllbar. Bezüglich des Cloud Computing-Konzepts ergibt sich, aufgrund der bereits beschriebenen flexiblen Datenlagerung, das Problem der Standortangabe. Es ist aufgrund der Konzeption von Cloud-Systemen nicht ohne weiteres möglich einen konkreten Standort des Datenverarbeitungssystems zu benennen. Jedoch wird durch die dynamische Bedarfsanpassung der IT-Systeme der Zugriff der Finanzbehörden in keiner Weise erschwert. Im Ergebnis bleibt die Zugriffsmöglichkeit der Behörden im Rahmen des Cloud Computing identisch zu der im Rahmen des „regulären Outsourcing“.

bb) Außerhalb EU/EWR

Eine Verlagerung der elektronischen Buchführung in das übrige Ausland ist abweichend von § 146 Abs. 2a AO auf schriftlichen oder elektronischen Antrag des Steuerpflichtigen bei der Finanzbehörde zulässig. Voraussetzung für eine Genehmigung ist, dass der Steuerpflichtige der zuständigen Finanzbehörde den Standort des Datenverarbeitungssystems und bei Beauftragung eines Dritten, dessen Anschrift und Namen mitteilt, der Steuerpflichtige seinen, sich aus den §§ 90, 93, 97, 140, 147 und 200 Abs. 1 und 2 ergebenden Pflichten ordnungsgemäß nachgekommen ist, der Datenzugriff der deutschen Finanzbehörde nach § 146b Abs. 2 S. 2, § 147 Abs. 6 und § 27b Abs. 2 S. 2 und 3 des Umsatzsteuergesetzes in vollem Umfang möglich ist und die Besteuerung hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Zudem besteht die Pflicht einer umfassenden Verfahrensdokumentation. Liegen die Voraussetzungen bei einem Antrag auf Verlagerung der elektronischen Buchführung außerhalb der EU/ EWR vor, wird ein Antrag des Steuerpflichtigen auf Bewilligung durch das Finanzamt zu bejahen sein, sind hingegen die Voraussetzungen der Nr. 1 oder Nr. 2 nicht erfüllt, darf nach § 146 Abs. 2a S.2 Nr. 4 AO das Finanzamt die Bewilligung nur erteilen, wenn die Besteuerung hierdurch nicht beeinträchtigt wird.

Wann eine Besteuerung nicht beeinträchtigt wird, ergibt sich weder unmittelbar aus Abs. 2a oder 2b noch aus den Gesetzesmaterialien oder aus § 148 AO, in dem ebenfalls dieses Tatbestandsmerkmal verwendet wird; entscheidend dürfte sein, dass dem deutschen Finanzamt eine elektronische Außenprüfung nach § 147 Abs. 6 AO möglich ist und der Steuerpflichtige bisher seine steuerlichen Pflichten nicht verletzt hat.¹⁷⁷¹ Die in Papierform vorliegenden Buchungsbelege müssen im Inland verbleiben. Die Bewilligung ist eine Ermessensentscheidung und stellt einen Verwaltungsakt dar. Widerruft die ausländische Stelle ihre Zustimmung für einen Zugriff durch die deutsche Finanzbehörde, ist die Bewilligung der Verlagerung der elektronischen Buchführung zu widerrufen und Rückverlagerung der EDV-Buchführung in das Inland zu verlangen sowie vom Steuerpflichtigen nachzuweisen.¹⁷⁷² Kommt der Steuerpflichtige dieser Aufforderung nicht nach, kann ein sog. Verzögerungsgeld (in Höhe von 2500 € bis 250 000 €) gegen ihn festgesetzt werden. Das Verzögerungsgeld stellt ein Zwangsgeld i.S.v. § 329 AO dar, da es auf die Vornahme einer Handlung bzw. Duldung des Steuerpflichtigen gerichtet ist.

c) Folgen einer fehlerhaften Buchführung

Bei einer unschädlichen Fehlerberichtigung ist das Buchführungsergebnis anhand von Belegen und Unterlagen zu korrigieren. Anders ist es dagegen bei falscher Darstellung wesentlicher Vorgänge. Nach § 158 AO kommt nur der ordnungsmäßigen Buchführung Beweiskraft zu. Eine nicht ordnungsmäßige Buchführung kann zu einer Schätzung nach § 162 AO¹⁷⁷³, zu Zwangsmitteln nach § 328 AO oder zu einer Ahndung nach § 379 Abs. 1 AO führen. Bei Zahlungseinstellung oder Insolvenz kann es auch zu einer Bestrafung nach § 283 StGB (Bankrott) oder § 283b StGB (Verletzung der Buchführungspflicht) kommen.

8. Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

Die Vorschrift des § 87 BetrVG regelt das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten. Die Regelung betrifft den Kernbereich der Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Die Betriebspartner müssen sich über alle Maßnahmen und Entscheidungen einig sein, die sich auf die in § 87 Abs. 1 BetrVG festgeschriebenen Angelegenheiten beziehen.¹⁷⁷⁴ Es besteht ein positives Konsensprinzip. Weder der Arbeitgeber noch der Betriebsrat können ohne die Zustimmung der anderen Partei wirksam handeln.¹⁷⁷⁵

¹⁷⁷¹ Klein/Rütke, § 147 Rn. 60 ff.

¹⁷⁷² Klein/Rütke, § 146 Rn. 59.

¹⁷⁷³ Vgl. BFH BStBl 92, 55; BFH/NV 91, 573, 724; 95, 373.

¹⁷⁷⁴ BeckOK ArbR/Werner, § 87 BetrVG Rn. 1.

¹⁷⁷⁵ Fitting, BetrVG, § 87 Rn. 1; Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 6.

Werden Daten eines Unternehmens im Wege eines Daten-Outsourcings ausgelagert, ist die Installation eines digitalen Zugriffssystems zwingend erforderlich, um den Mitarbeitern weiterhin den Zugang zu den Unternehmensdaten zu gewährleisten. Im Regelfall wird dies durch ein passwortgeschütztes Benutzerkonten-System (via Intranet oder Internet) geschehen. Dies hat zur Folge, dass es dem Arbeitgeber, durch die Zuordnungsmöglichkeit der einzelnen Benutzerkonten zu bestimmten Angestellten, möglich ist, Arbeitsverhalten und eventuell auch Arbeitsleistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die Installation eines solchen Zugangssystems löst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates § 87 BetrVG aus. Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu geeignet oder bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Vom Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erfasst sind nur solche Überwachungsmaßnahmen, die mit Hilfe technischer Einrichtungen durchgeführt werden.¹⁷⁷⁶ Durch den Einsatz dieser technischen Überwachungseinrichtung müssen Daten erhoben werden, die Rückschlüsse auf das Verhalten bzw. die Leistung der Arbeitnehmer zulassen.¹⁷⁷⁷ Zudem müssen die vom Arbeitgeber zur Überwachung der Arbeitnehmer eingesetzte technische Einrichtung über eine eigenständige Kontrollwirkung verfügen.¹⁷⁷⁸ Hinzu kommt, dass der Einsatz der technischen Einrichtung aufgrund der technischen Gegebenheiten der Einrichtung und der konkreten Art ihrer Verwendung objektiv geeignet sein muss, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.¹⁷⁷⁹ Auf eine Überwachungsabsicht des Arbeitgebers oder eine spätere Verwendung der durch die technische Einrichtung gewonnenen Informationen kommt es hingegen nicht an.¹⁷⁸⁰ Auch ist es unerheblich, ob die technische Einrichtung eine arbeitsnotwendige Maßnahme darstellt¹⁷⁸¹, oder die Überwachung des Arbeitnehmers bloßer Nebeneffekt des Einsatzes der technischen Einrichtung ist.¹⁷⁸² Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist allerdings nicht eröffnet, wenn eine bloß theoretische Möglichkeit der Überwachung der Arbeitnehmer durch eine technische Einrichtung besteht. Eine Beteiligung des Betriebsrats ist erst dann erforderlich, wenn die Einrichtung eine konkrete Funktion beinhaltet, um das Verhalten oder die Leistung

¹⁷⁷⁶ BeckOK ArbR/Werner (Stand 2021), § 87 BetrVG Rn. 90.

¹⁷⁷⁷ Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 517.

¹⁷⁷⁸ Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 515.

¹⁷⁷⁹ BeckOK ArbR/Werner(Stand 2021), § 87 BetrVG Rn. 92.

¹⁷⁸⁰ Fitting, BetrVG, § 87 Rn. 226; Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 516.

¹⁷⁸¹ So allerdings Fitting, BetrVG, § 87 Rn. 226; RichardiBetrVG, § 87 Rn. 500.

¹⁷⁸² BeckOK ArbR/Werner(Stand 2021), § 87 BetrVG Rn. 92.

der Arbeitnehmer zu überwachen.¹⁷⁸³ Wird durch den Einsatz der technischen Einrichtung ein technischer Vorgang kontrolliert, liegt eine Überwachung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nur dann vor, wenn der Einsatz der technischen Anlage zugleich eine Benutzerkontrolle ermöglicht oder Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Leistung Dritter zulässt.¹⁷⁸⁴ Eine Rückschlussmöglichkeit auf das Verhalten und die Leistung von Arbeitnehmern wird bei einem Datenzugriffssystem regelmäßig gegeben sein. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG betrifft daher auch den Einsatz von technischen Geräten bei der Verwendung von E-Mails und bei der Nutzung des Internets sowie von Zugangskontrollsystemen zum Internet.¹⁷⁸⁵ Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber die Unterlassung von Maßnahmen verlangen, die seine Mitbestimmungsrechte verletzen. Der Unterlassungsanspruch ist im Beschlussverfahren geltend zu machen¹⁷⁸⁶. Nach Rechtskraft des Beschlusses kann gem. § 85 Abs. 1 ArbGG, §§ 888 ff. ZPO vollstreckt werden. Entfaltet die Maßnahme fortdauernde Wirkung, kann der Betriebsrat zudem gerichtlich durchsetzen, dass die Maßnahme rückgängig gemacht wird. Eine elektronische Überwachung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz, die darauf abzielt, ausschließlich das Verhalten des Arbeitnehmers zu überwachen, ist in der Schweiz hingegen gem. Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz generell nicht zulässig und die mit der Spyware gesammelten Ergebnisse somit vor Gericht nicht verwendbar.¹⁷⁸⁷ Vielmehr müsse der Arbeitgeber schon präventive Maßnahmen (Sperrn) einsetzen.

IV. General Public License (GPL)

Die vom GNU-System unter Federführung von Richard Stallman entwickelte und von der „Free Software Foundation“ herausgegebene „**General Public License**“ (GNU/GPL) in der Version 3 (siehe 9. Kapitel Musterverträge, VII.) aus dem Jahre 2007¹⁷⁸⁸ gilt als Grundmodell für Open Source Software Lizenzen. Als echte sog. „Copyleft“-Lizenz räumt sie **unentgeltlich ein unbeschränktes einfaches Nutzungsrecht** ein und nimmt im Gegenzug den Vertragspartnern die Verpflichtung ab, ihre Umgestaltungen wiederum zur allgemeinen Nutzung nach den GPL-

¹⁷⁸³ *Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 513; BeckOK ArbR/*Werner*(Stand 2021), BetrVG, § 87 Rn. 92.

¹⁷⁸⁴ BAG, Beschl. v. 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, NJW 1976, 261.

¹⁷⁸⁵ Vgl. ErfK/*Kania*, BetrVG, § 87 Rn. 62; *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 245; *Werner*, BeckOK ArbR/*Werner*, (Stand 2021), BetrVG, § 87 Rn. 95.

¹⁷⁸⁶ BAG, Beschl. v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, AP BetrVG 1972 § 23 Nr. 23 = NJW 1995, 1044; BAG, Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 = NZA 1997, 274; 279 f; BAG, Beschl. v. 21.1.1997 – 1 ABR 53/96, NZA 1997, 785, 786; BAG, Beschl. v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98 NZA 1999, 662, 665; BAG, Beschl. v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01 NZA 2003, 166, 170 f; *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 610; *Richardi*, BetrVG, § 87 Rn. 139.

¹⁷⁸⁷ *Schweizer Bundesgericht*, Urt. v. 17.1.2013 – 8C_448/2012, BGE 139 II 7 ff.

¹⁷⁸⁸ Siehe z.B. <http://www.ifross.org/artikel/entwurf-gpl-3-veroeffentlicht> (zuletzt abgerufen am 15.05.2020).

Bedingungen freizustellen. Trotz der gelegentlichen Bezeichnung als freie Software liegt also **kein Verzicht des Urhebers auf seine Rechte** vor. Neben der GPL besteht noch die BSD Copyright License.¹⁷⁸⁹ Die BSD-Lizenz gilt insbesondere für die Nutzung von Unix. Bedeutungsvoll ist zudem die Apache-Softwarelicense,¹⁷⁹⁰ die vor allem im Web-Softwarebereich zum Tragen kommt. Die BSD und Apache-Lizenzen lassen eine Vermarktung von Bearbeitungen als proprietäre Produkte zu und unterscheiden sich insofern auch stark von der GPL. Daher besteht kein Zwang dazu, vollendete Versionen der Software auf der Basis von Open-Source-Produkten wiederum unter einer Open-Source-Lizenz weitergeben zu müssen. Seit dem Release der GNU General Public License Version 3 (GNU GPLv3), welche es in Nr. 4 Abs. 2 zulässt, dass die Vergütung für die Überlassung einer Programmkopie oder deren Zugänglichmachen gegenüber der Öffentlichkeit frei festgelegt werden kann,¹⁷⁹¹ steigt die Attraktivität des Rückgriffs auf freie Software.

Eine zusätzliche Schwierigkeit im Umgang mit Open Source Lizenzen ergibt sich in der Regel aus dem Umstand, dass diese aus dem nordamerikanischen Rechtsraum stammen und daher regelmäßig Probleme bei der Auslegung im Lichte der deutschen Rechtsordnung vorliegen. Dies trifft vor allem auf Auslegungsfragen im Zusammenhang mit dem deutschen Abstraktionsprinzip, aber auch auf das Fehlen einer schuldrechtlichen Verpflichtung, da jene Lizenzen keine Gegenleistungspflichten für Nutzende kennen.¹⁷⁹²

Die FSF genehmigte bisher nur die englischen Originalversionen der GNU-Lizenzen, da die Anfertigung qualifizierter Übersetzungen in andere Sprachen zu kompliziert und teuer sei.¹⁷⁹³ Jeder Übersetzungsfehler könne die gesamte Open-Source Gemeinschaft erschüttern. Da die Lizenzen in der Regel keine Rechtswahlklauseln enthalten, gelten die Grundsätze des internationalen Privatrechts entsprechend. Von besonderer Bedeutung sind hierbei im Wesentlichen die kollisionsrechtlichen Verordnungen Rom I (EG Nr. 593/2008) und Rom II (EG Nr. 864/2007) der europäischen Union, sowie internationales Urheberrecht, etwa in Form von Artikel 27 Abs. I AEMR.

Um Rechtssicherheit zu schaffen, ist es stets empfehlenswert bei der Erstellung des jeweiligen schuldrechtlichen Rahmenvertrags (Softwareüberlassung, Softwareerstellung, Pflege), eine

¹⁷⁸⁹ BSD steht für Berkeley Software Distribution; www.openbsd.org/policy.html (zuletzt abgerufen am 15.05.2020); *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 99 ff., 3.

¹⁷⁹⁰ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 102 ff.; www.apache.org/licenses (zuletzt abgerufen am 15.05.2020).

¹⁷⁹¹ *Koch*, ITRB 2008, 261, 262.

¹⁷⁹² *Auer-Reinsdorff/Conrad/Kast*, § 9 Rn. 57.

¹⁷⁹³ Eine inoffizielle Übersetzung der GNU General Public License, Version 2, ist unter <https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0-translations.de.html> abrufbar (zuletzt abgerufen am 15.05.2020).

Rechtswahlklausel aufzunehmen mit der Bestimmung, dass für Streitigkeiten deutsches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts gelten solle.

Die Wirksamkeit der GPL wird heute weitgehend an- und hingenommen. Im August 2008 entschied der *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* zugunsten eines Programmierers, der ein freies Programm zur Steuerung von Modelleisenbahnen unter der offenen „Artistic License“ veröffentlicht hatte. Der Klagegegner hatte den Quellcode ohne die erforderliche Zuschreibung kommerziell genutzt. Das Bezirksgericht hatte darin nur einen Vertragsbruch gesehen. Das Bundesgericht hob diese Entscheidung aber auf, da es im Verstoß gegen die Anforderungen einer freien Lizenz eine Copyright-Verletzung sah. Ähnlich entschieden in Deutschland das *LG München* und das *LG Frankfurt a.M.*¹⁷⁹⁴ In seiner Urteilsbegründung erwähnt der *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* zudem auch explizit Creative Commons-Lizenzen sowie die Verwendung der GPL bei Linux.¹⁷⁹⁵ In gleicher Weise hat das *Bezirksgericht Amsterdam* die Wirksamkeit einer Creative Commons Lizenz für Fotos bejaht und wegen Verstoßes dagegen Schadensersatz zugesprochen.¹⁷⁹⁶ Das Landgericht Bochum hat wegen Verstoßes gegen Open Source Bedingungen für Software ebenfalls einen Schadensersatz- und Auskunftsanspruch trotz Unentgeltlichkeit der Überlassung angenommen.¹⁷⁹⁷ Die Vereinbarkeit der GPL mit dem deutschen Urheber- und Kartellrecht wurde insofern von diversen Gerichten bestätigt, es handelt sich hierbei um AGB.¹⁷⁹⁸

Die meisten Open Source Lizenzen basieren auf dem sog. Copyleft-Prinzip, das dem Lizenznehmer grundsätzlich unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, auf beliebigen Medien Kopien des Programm-Quellcodes anzufertigen und zu verbreiten (Siehe GPLv3 Nr. 1). Zusätzlich darf der Lizenznehmer auf dem Ursprungsprogramm basierende eigene Werke und Modifikationen erstellen, wobei jene Lizenzbedingungen für das Werk als Ganzes gelten sollen und die neue Softwareversion nur inklusive des gesamten Quelltextes weitergegeben werden darf.¹⁷⁹⁹

¹⁷⁹⁴ LG München, GRUR-RR 2004, 350 = MMR 2004, 693 m. Anm. *Kreutzer* = CR 2004, 774; Urt. v. 24.5.2007 – A 7 O 5245/07 = CR 2008, 57; LG Frankfurt a.M., CR 2006, 729 = ZUM-RD 2006, 525.

¹⁷⁹⁵ Court of Appeals for the Federal Circuit, Urt. v. 13.8.2008, Robert Jacobsen v. Matthew Katzer et. al., Case No. 2008-1001 = CRi 2009, 15.

¹⁷⁹⁶ Bezirksgericht Amsterdam, Urt. v. 9.3.2006 – 334492/KG 06-172 SR; <http://www.groklaw.net/article.php?story=20060316052623594> (zuletzt abgerufen am 15.05.2020).

¹⁷⁹⁷ LG Bochum, Urt. v. 3.3.2016 – I-8 O 294/15 = ZUM-RD 2016, 536; MMR 2016, 553; NJW 2016, 3764.

¹⁷⁹⁸ LG München I, Urt. v. 19.5.2004 – 21 O 6123/04, MMR 2004, 693 (m. Anm. *Kreutzer*) = ZUM 2004, 861 = CR 2004, 774 = GRUR-RR 2004, 350; LG Berlin, Beschl. v. 12.2.2006 – 16 O 134/06, CR 2006, 735, LG München I, Urt. v. 24.7.2007 – 7 O 5245/07, CR 2008, 57 ff.

¹⁷⁹⁹ *Auer-Reinsdorff/Conrad/Kast*, § 9 Rn. 14.

Aus diesem Copyleft Prinzip des § 3 GPLv2 wird nach Auffassung des *LG Hamburg* ein einfaches Nutzungsrecht nur dann eingeräumt, wenn sich der Nutzer verpflichtet, die von ihm erstellte Bearbeitung oder Umgestaltung wieder zu den Bedingungen der GPLv2 anzubieten. Nur so könne – so jetzt das Landgericht - die Weiterentwicklung und Verbesserung der unter einer GPLv2 angebotenen Open Source Software sichergestellt werden. Nach § 4 GPLv2 führt ein Verstoß gegen die Bestimmungen der GPLv2 automatisch zu einem Verlust sämtlicher Nutzungsrechte. Daher sei es ein die Nutzungsrechte beendigender Tatbestand, wenn nicht der vollständige Quellcode zum korrespondierenden Objektcode veröffentlicht werde. Das Landgericht Halle nahm im Hinblick auf eine Wiederholungsgefahr i.S.v. § 97 Abs. 1 UrhG an, dass diese schon nach einem ersten Verstoß gegen die Bestimmungen der GPLv3 indiziert sei.¹⁸⁰⁰

Ferner ist das Anbieten einer Software, die unter der Lizenz GPLv2 steht, ohne Hinweis auf die GPL sowie ohne Beifügung des Lizenztextes und des Quellcodes rechtswidrig.¹⁸⁰¹

Wird ein Open Source Code mit einem kommerziellen Programm vermischt, spricht man von einem „Open Source Hybrid“.¹⁸⁰² Hierbei tritt das Problem auf, dass sich die Bedingungen, zu denen die Nutzung der OS-Quelle gestattet wird, als sog. „viraler Effekt“ auf das kommerzielle Hybridprodukt übertragen und dies insgesamt als Open Source einstufen,¹⁸⁰³ gleichzeitig aber ein Verstoß gegen die GPLv3 zum Erlöschen der Nutzungsrechte führt. Werden die OS-Bedingungen nicht eingehalten, so führt dies dazu, dass u.U. das gesamte Produkt nicht mehr genutzt werden darf. Das *LG Frankfurt a.M.* hat einem Unterlassungsanspruch wegen Urheberrechtsverletzung aufgrund Verstoßes gegen die GNU GPL stattgegeben, indem auf § 139 BGB und die daraus resultierende Gesamtnichtigkeit der Rechteeinräumung verwiesen wurde, dabei jedoch vor einer kartellrechtlichen Bewertung des Falls zurückgescheut.¹⁸⁰⁴ Dem ist jedoch so nicht zu folgen; dadurch, dass es sich bei der GPL um AGB handelt, geht § 306 BGB als *lex specialis* vor. Gem. § 306 Abs. 1 BGB bleibt der Vertrag jedoch bei Unwirksamkeit der AGB im Übrigen wirksam. Die Ausnahmeregel des § 306 Abs. 3 BGB hat bislang noch keine praktische Bedeutung erlangt.¹⁸⁰⁵ Es hätte also weiter geprüft werden müssen.

¹⁸⁰⁰ LG Halle, Urt. v. 27.7.2015 – 4 O 133/15 = MMR 2016, 417.

¹⁸⁰¹ LG Leipzig, Beschluss v. 2.6.2015 – 05 O 1531/15, MMR 2016, 417.

¹⁸⁰² *Beardwood/Alleyne*, Open Source Hybrids and the Final GPLv3, CRi 2008, 14.

¹⁸⁰³ *Funk/Zeifang*, CR 2007, 617, 618.

¹⁸⁰⁴ LG Frankfurt a. M., Urt. v. 6.9.2006 – 2-06 O 224/06.

¹⁸⁰⁵ BeckOK BGB/*Schmidt* (Stand 2021), § 306 Rn. 26.

Die Formulierung „provided that the following conditions are met“ bezieht sich nach h.M. auf eine Nutzungseinräumung, die an eine auflösende Bedingung i.S.v. § 158 Abs. 2 BGB gekoppelt ist.¹⁸⁰⁶ Diese Bedingungskonstruktion soll auch für den Open Source-Vertrieb unter der Version GPL 3 gelten.¹⁸⁰⁷

Umstritten ist die **Rechtsnatur** von Open Source-Konstellationen. Teilweise wird hier mit Schenkungsrecht argumentiert.¹⁸⁰⁸ Andere stellen stärker auf gesellschaftsrechtliche Strukturen ab.¹⁸⁰⁹ Schließlich ließe sich auch vertreten, dass es sich angesichts des kommerzialisierten Gedankens des Weitervertriebs um normale Kauf- und Werkverträge handelt.¹⁸¹⁰ Eine weitere Ansicht erkennt grundsätzlich eine Schenkung als Rechtsnatur von Open-Source Verträgen an, die keiner Beurkundung bedarf, da im Herunterladen der Software sowohl Schenkungsvertragsschluss, als auch Schenkungsvertragsdurchführung zu sehen sind.¹⁸¹¹ Da in der Praxis Open-Source-Software häufig mit weiteren Dienstleistungen, sowie Installationsverpflichtungen (Werkvertrag) vertrieben wird, ist eher von typengemischten Verträgen auszugehen, die Entgeltlichkeit des Gesamtvertrages spricht dabei wiederum für die Anwendung des Kaufvertragsrechts.¹⁸¹²

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 zur Dekompilierung und Kompilierung. Diese veränderten Werke dürfen die Nutzer wiederum frei vervielfältigen und verbreiten unter der Voraussetzung, dass sie wieder unter die GPL gestellt werden (§ 2). Die grundlegenden Genehmigungen sind weiterhin unter Nr. 2 GPLv3 zu finden, die Übertragung modifizierter Quelltextversionen ist nun in Nr. 5 GPLv3 geregelt; die Voraussetzung, dass die neuen Werke ebenfalls unter die GPL gestellt werden, findet sich nun in unter Nr.5 lit.c GPLv3.¹⁸¹³ 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.

¹⁸⁰⁶ S. zu der Möglichkeit einer bindenden Rechtseinräumung BGH, Urt. v. 15.4.1958 – I ZR 31/57, GRUR 1958, 504, 505 = NJW 1958, 1583, 1584; für Open Source ausdrücklich LG München I, Urt. v. 19.5.2004 – 21 O 6123/04, MMR 2004, 693 f. (m. Anm. Kreuzer) = ZUM 2004, 861, 862 f. = CR 2004, 774, 775 f. und auch LG Frankfurt a.M., Urt. v. 6.9.2006 – 2-6 O 224/06, CR 2006, 729 = ZUM-RD 2006, 525.

¹⁸⁰⁷ *Jaeger/Metzger*, GRUR 2008, 130.

¹⁸⁰⁸ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 210 ff.

¹⁸⁰⁹ *Sester*, CR 2000, 797; *Grützmaker*, ITRB 2002, 84, 86.

¹⁸¹⁰ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 923 f; *Wandtke/Bullinger/Grützmaker*, UrhG, § 69c Rn. 111.

¹⁸¹¹ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 617.

¹⁸¹² *Redeker*, IT-Recht, Rn. 618.

¹⁸¹³ <https://www.gnu.org/licenses/gpl.html> (zuletzt abgerufen am 15.05.2020).

Vorgeschrieben ist in allen Lizenzformen, dass ein **Hinweis auf die Ursprungsquelle der Software** in das Marketing aufgenommen werden muss. Wird der Hinweis vergessen, ist es zu unterlassen, die Software ohne Hinweis zu verbreiten.¹⁸¹⁴ Unwirksam sind die Hinweise darauf, dass die Software unter Ausschluss jedweder Haftung genutzt werden kann. Eine solche Klausel ist als Disclaimer nicht mit deutschem Recht vereinbar (§§ 309 Nr. 7 und 8b, 475 BGB). Selbst im Falle einer Schenkung bleibt nach deutschem Verständnis eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bestehen (§§ 276 Abs. 3, 521, 523, 524 BGB). GPLv3 akzeptiert erstmals, dass eine weltweit wirksame Haftungs- und Gewährleistungsbeschränkung nicht formuliert werden kann. Daher enthält sie zwei neue Wege, um eine Harmonisierung der Maßstäbe herbeizuführen: Ziff. 7 lit. a gestattet es jedem Lizenzgeber bezüglich seiner hinzugefügten Programmbestandteile abweichende Haftungs- und Gewährleistungsregelungen der Ziff. 15 und 16 zu formulieren. Zusätzlich enthält Ziff. 17 eine Aufforderung an Bewertungsgerichte das lokale Recht anzuwenden, das den geringsten Haftungsmaßstab impliziert. Im deutschen Recht ist dies der schenkungsrechtliche Haftungsmaßstab der §§ 521, 523, 524 BGB.¹⁸¹⁵

Im Einzelnen führt dieses Vertragsstück im deutschen Recht jedoch zu zahlreichen Auslegungsfragen, insbesondere im Hinblick auf die im Urhebervertragsrecht geltende Zweckübertragungstheorie. Streitig ist erstens die wirksame Einbeziehung neuer Nutzungsarten gem. § 31a UrhG. Da die GPLv3 aus dem Jahre 2007 stammt, aber stets aufs Neue mit dem Urheber vereinbart wird, ist bei neueren Lizenzräumen problematisch, ob auch andere Nutzungsarten umfasst sind. Zweifellos ist der Vermerk in Ziff. 14 GPLv3, dass alle späteren Versionen umfasst sind, darauf keine Antwort. Eine Lösung für zukünftige Verträge soll durch den Hinweis auf die Version der GPL erreicht werden. Bei früheren Vereinbarungen hilft dies jedoch nicht weiter. Es wird teilweise dafür plädiert, auf den Zeitpunkt der ersten Verbreitung der Software abzustellen. Bei einer sukzessiven Bearbeitung einer Software nach diesem Ansatz wären dann aber zwei verschiedene Lizenzen notwendig.

Eine zweite zentrale Frage ist, **welche Verwertungsrechte** in die GPL einbezogen sind. Ausdrücklich 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

¹⁸¹⁴ OLG Hamm, Urt. v. 13.06.2017 – 4 U 72/16, CR 2017, 783.

¹⁸¹⁵ Jaeger/Metzger, GRUR 2008, 130, 136; Jaeger/Metzger, Open Source Software, Rn. 205 ff.

bedeutendsten Verbreitungswege, das Internet, dadurch abgeschnitten würde. Gegen eine ergänzende Auslegung spricht hier jedoch eindeutig § 31 Abs. 5 UrhG.

Ein drittes Problem wirft die **dogmatische Einordnung der Bedingungen zur Einräumung des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts** auf. Vertreten wird, dass die Bedingungen zur Vereinbarung einer auflösenden Bedingung i.S.v. § 158 Abs. 2 BGB führten. Andere gehen dagegen von einer dinglichen Beschränkung im Sinne einer eigenen Nutzungsart aus. Nach Auffassung des *LG München I* enthält die GPL AGB, die in Deutschland nach den §§ 305 ff. BGB wirksam in Nutzungsrechtsverträge einbezogen werden können. Die Verpflichtungsklauseln in den Ziff. 5 und 6 der GPL verstoßen insbesondere nicht gegen § 307 BGB. Verstößt ein Nutzer gegen die Pflichten aus der GPL, erlöschen seine Nutzungsrechte und er kann vom Rechtsinhaber wegen Urheberrechtsverletzungen in Anspruch genommen werden.¹⁸¹⁶ Bei Bedingungseintritt und Wegfall der Nutzungsrechte nach Nr. 8 S. 2 GPLv3 bleiben weiterhin die Rechte des Nutzers nach § 69d UrhG, etwa der bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogrammes nach § 69d Abs. 1 UrhG, bestehen unter der Voraussetzung, dass dieser die Software nach Art 5 Abs. 1 RL 2009/24/EG rechtmäßig erworben hat. Eine urheberrechtlich unrechtmäßige Erlangung ist in einer Erstverbreitung unter Verletzung der GPL, sowie in einer unbefugten Weitergabe einer vom Überlassen bearbeiteten Software zu sehen.¹⁸¹⁷

Problematisch und umstritten ist zudem die Art der Erfüllung bei Open-Source Verträgen. Auf der einen Seite werden im Rahmen der Vertragserfüllung alle bezeichneten Verwertungsrechte von allen vorherigen Entwicklern eingeräumt, wie etwa nach GPLv3 Nr.10. Die Software an sich wird jedoch von dem jeweiligen letzten Lizenzgeber übertragen. Es wird argumentiert, dass diese Trennung nicht bei einem Vertragsschluss mit Endverbrauchern gilt- eine Nutzungsbefugnis ergebe sich bereits aus § 69d Abs. 1 UrhG, da durch diese Bestimmung bereits alle notwendigen Nutzungsrechte umfasst seien.¹⁸¹⁸

Ungeklärt sind auch noch die **vergaberechtlichen Fragen** im Zusammenhang mit Open Source.¹⁸¹⁹ Zum Teil will die öffentliche Hand Aufträge nur an Unternehmer vergeben, die den Source Code ihrer Produkte offenlegen und dem Auftraggeber die Lizenzrechte kostenlos überlassen. In einem solchen Begehren könnte ein rein politisches und daher unzulässiges

¹⁸¹⁶ LG München I, Urt. v. 19.5.2004 – 21 O 6123/04, MMR 2004, 693 (m. Anm. Kreuzer) = ZUM 2004, 861 = CR 2004, 774; *Schulz*, MMR 2004, 573. Ähnlich LG Frankfurt a.M., Urt. v. 6.9.2006 – 2-6 O 224/06, CR 2006, 729 = ZUM-RD 2006, 525.

¹⁸¹⁷ *Spindler/Schuster/Wiebe*, UrhG, § 69c Rn. 50 f.

¹⁸¹⁸ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 621.

¹⁸¹⁹ Siehe dazu auch: *Leupold/Wiebe/Glossner/Wiedekind*, Teil 4 Rn. 168.

„vergabefremdes“ Kriterium gesehen werden, das das Vergabeverfahren rechtswidrig macht.¹⁸²⁰

V. IT-Outsourcing und Change Request

Unter IT-Outsourcing versteht man im Allgemeinen sowohl die Auslagerung eigener IT-Abteilungen und Aufgabenbereiche an einen externen Dienstleister als auch den Zukauf fremder IT-Leistungen zum Ersatz eigener Infrastruktur bei der Unternehmensgründung. Werden einzelne Aufgaben übertragen, so ist von partiellem Outsourcing die Rede, während bei einer vollen Ausgliederung des IT-Bereichs von einem „Full Outsourcing“ gesprochen werden kann. Dabei muss jedoch stets eine Möglichkeit zur Steuerung und Überwachung des Dienstleisters bestehen bleiben, insbesondere im Hinblick auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen (etwa Art. 29 EU-DSGVO, § 11 Abs. 2 BDSG a.F.).¹⁸²¹

Das IT-Outsourcing birgt eine Reihe von Risiken, die es ehrlich zu benennen gilt. Dazu zählt vor allem die auftretende **Abhängigkeit des Auftraggebers vom externen Dienstleister**. Insbesondere im Hinblick auf eventuelle Schlechtleistungen oder ein auftretendes Insolvenzrisiko können hier erhebliche Schädigungen auf das Unternehmen zukommen. Das auftraggebende Unternehmen verliert auch betriebliches Know-how und sorgt mit seinen Outsourcinggebühren dafür, dass der Dienstleister Betriebswissen erhält. Dies birgt zudem das Sicherheitsrisiko, dass Dritte Zugang zu Betriebsinterna bekommen. Mit Outsourcing ist aufgrund der festen Vertragslaufzeiten, die in diesem Bereich üblich sind, regelmäßig auch ein Flexibilitätsverlust verbunden. Langfristig kann es im Übrigen zu Kostensteigerungen kommen, gerade im Vergleich zu den Kosten einer internen IT-Nutzung. Auf die Probleme des Arbeitsplatzabbaus soll nicht näher eingegangen werden; naheliegenderweise kann IT-Outsourcing hier zu einer deutlichen Verschlechterung des internen Arbeitsklimas führen.

Insofern ist **eine klare Analyse der Interessen der Beteiligten** notwendig. Dem Outsourcinggeber wird vor allem an der Servicequalität, der Kostenkontrolle und der Flexibilität gelegen sein. Im Bereich der Servicequalität geht es ihm um die Festlegungen der Anforderungen bei Vertragsabschluss; hier sind die genauen Modalitäten der gewünschten Dienste genau zu spezifizieren. Kommt es während der Vertragslaufzeit zu Innovationsfortschritten, möchte der Dienstgeber beteiligt werden. Im Übrigen wird die Service-Qualität auch durch Haftungs- und Kündigungsregeln bei Schlechtleistung abgesichert. Im Bereich der Kostenkontrolle richtet sich das Interesse des Outsourcinggebers auf die

¹⁸²⁰ So vehement Spindler/Heckmann, Rechtsfragen bei Open-Source, Köln 2004, 281, Rn. 59 und 67.

¹⁸²¹ Auer-Reinsdorff/Conrad/Thalhofer/Zdanowiecki, § 19 Rn. 6.

Erzielung eines günstigen Preises, sowohl bei Vertragsabschluss als auch während der Vertragslaufzeit. Insbesondere wird er vermeiden wollen, zusätzliche Kosten übernehmen zu müssen. Hinsichtlich der Flexibilität geht das Interesse des Dienstgebers dahin, ein entsprechendes Änderungs- und Ausstiegsrecht vorzusehen.

Der Outsourcingnehmer seinerseits hat vor allem ein Gewinninteresse. Ihm geht es um die Sicherung einer ausreichenden Gewinnmarge. Lange Laufzeiten sollen die Anfangsinvestitionen kompensieren. Ähnlich wird sich der Outsourcingnehmer vor finanziellen Einbußen bei vorzeitigen Leistungsänderungen durch den Auftraggeber sichern wollen. Der Gewinn kann auch dadurch abgesichert werden, dass interne Synergien ausgeschöpft werden. Typischerweise ist der Outsourcingnehmer nicht nur für einen Kunden tätig, sondern übernimmt den Auftrag für eine Reihe ähnlich gelagerter Fälle. Neben dem Gewinninteresse will sich der Outsourcingnehmer auch hinsichtlich der Risiken absichern, etwa durch die Ablehnung von Qualitätssicherungen und die Reduzierung der Haftung bei Schlechtleistung.

Die verschiedenen Interessen abzuwägen und in ein vernünftiges Vertragskorsett zu bringen, ist schwierig. Outsourcing ist eine komplexe Transaktion. Insbesondere ist eine Fülle von Rechtsgebieten betroffen, u.a. das Arbeitsrecht, Steuerrecht und Kartellrecht. Hinzu kommen Fragen aus dem Dienst-/Werkvertragsrecht sowie dem Datenschutzrecht. Es handelt sich um einen langfristigen Vertrag mit geschäftskritischen Auswirkungen, sodass eine detaillierte Vertragsgestaltung besonders wichtig ist. Dabei ist insbesondere der Know-how-Vorsprung des Outsourcingnehmers zu berücksichtigen, der diesem einen Vertragsverhandlungsvorteil im Bereich IT- und Transaktionsmanagement gewährleistet. Allerdings kennt der Outsourcinggeber besser den Zustand seines eigenen Betriebes. Hinzu kommt die Gefahr eines Interessenkonflikts des IT-Personals des Outsourcinggebers, das ja unter Umständen künftiger Arbeitnehmer des Outsourcingnehmers wird.

Ein IT-Outsourcingprojekt muss daher am Anfang besonders **sorgfältig geplant** werden. Zunächst ist ein Team zu bilden, dem die Geschäftsführung, der Bereich Finanzen/Controlling sowie die Personalabteilung angehören. Hinzu kommen externe Berater sowie die Rechtsabteilung. An erster Stelle steht eine umfangreiche Untersuchung der aktuellen Situation, die mithilfe einer sogenannten „Total Cost of Ownership“ (TCO) Analyse durchgeführt werden kann, um ein Urteil darüber zu treffen, ob ein IT-Outsourcing zu positiven wirtschaftlichen Effekten führt. Entscheidet man sich für Fremdbezug statt Eigenfertigung, so muss aus den Ergebnissen der TCO-Analyse eine Entscheidung über den Umfang des Outsourcings getroffen

werden.¹⁸²² Es gilt eine **Ausschreibung** vorzunehmen, bei der potentielle Anbieter auszuwählen sind. Ausschreibungsunterlagen sind festzulegen, gegebenenfalls ist ein Vertragsentwurf beizufügen. Für Bieter muss eventuell auch ein Datenraum eingerichtet werden, in dem sich diese über die wesentlichen Geschäftsvorgänge im Unternehmen informieren können. Nach Eingang der entsprechenden Angebote erfolgt deren Prüfung sowie Folgegespräche mit den Bietern. Ist ein präferierter Bieter ausgewählt worden, bietet es sich an, mit diesem im Rahmen eines Letter of Intents die Grundsätze der weiteren Vertragsverhandlungen festzulegen.¹⁸²³

Neben diesem Prozedere ist eine interne Due Diligence Prüfung erforderlich. Hier gilt es zunächst das aktuelle IT-Budget festzustellen. Auch die betroffenen Systeme sind genauer zu fixieren. Dabei ist zu prüfen, ob die genannten Systeme im Eigentum des Outsourcinggebers oder nur im Wege des Leasings zur Verfügung stehen. Die Buchwerte der Systeme und deren Nutzung in anderen Bereichen sind festzustellen. Neben den IT-Systemen gilt es die bestehenden Wartungs- und Pflegeverträge zu prüfen, insbesondere im Hinblick auf Kündigungsmöglichkeiten, die Möglichkeit der Übertragung des Vertrags auf den Outsourcingnehmer sowie sonstige Ausstiegsmöglichkeiten.

Die Softwareverträge sind daraufhin zu kontrollieren, ob sie übertragbar und/oder kündbar sind. Hier gilt es insbesondere die bestehenden Übertragungsverbote zu berücksichtigen. Diese können vertraglicher Natur sein (siehe § 399 BGB und § 354a HGB). Ferner sieht das Urheberrecht ein spezielles Zustimmungserfordernis für die Weiterübertragung von Nutzungsrechten vor (§ 34 UrhG). Die vom Betriebsübergang **betroffenen Mitarbeiter** müssen identifiziert und nach Gehalt, Betriebszugehörigkeit und betrieblicher Altersversorgung klassifiziert werden. Es gilt dann zu prüfen, welche Konsequenzen ein Übergang der Mitarbeiter in einzelnen Betriebsteilen hat, was insbesondere bei funktional oder organisatorisch nicht klar abgegrenzten Betriebsteilen ein Problem sein kann. Dann gilt es die Wahrscheinlichkeit von Widersprüchen gegen den Betriebsübergang abzuschätzen und Keyplayer zu identifizieren, die für den Betriebsübergang wichtig sind. Neben den IT-Systemen und den Mitarbeitern sind noch Genehmigungserfordernisse zu prüfen, die entweder gesellschaftsintern bestehen (etwa im Hinblick auf den Aufsichtsrat oder Gesellschafter) oder sich aus dem öffentlichen Recht ergeben (siehe etwa § 25a KWG).

Im Bereich des vorvertraglichen Risikomanagements ist dann mit dem ausgewählten Bieter zu klären, wie sich die weiteren Vertragsverhandlungen gestalten. Zu beachten ist hier die

¹⁸²² Auer-Reinsdorff/Conrad/Thalhofer/Zdanowiecki, § 19 Rn. 10.

¹⁸²³ Siehe dazu *Söbbing*, ITRB 2005, 240 ff.

Schadensersatzpflicht bei Abbruch der Verhandlungen (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB). Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine solche Schadensersatzpflicht in Betracht kommt, wenn jemand das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags geweckt und die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen hat.¹⁸²⁴ Als triftiger Grund gilt jedoch ein günstigeres Angebot eines Dritten¹⁸²⁵ ebenso wie die Übernahme des Anbieters durch die Konkurrenz. Als Schadensersatz kommt der Ersatz von Aufwendungen für den Kostenvoranschlag sowie von entgangenen Einnahmen in Betracht. Ein Ausschluss der Haftung durch allgemeine Geschäftsbedingungen ist kaum möglich. Hier gelten die Sperren des § 309 Nr. 7 und § 307 Abs. 1 BGB. Bei der weiteren Vertragsgestaltung ist zwischen dem **direkten und dem indirekten Outsourcing** zu unterscheiden. Von indirektem Outsourcing spricht man, wenn die Auslagerungen im Rahmen eines Joint Venture zwischen Outsourcinggeber und Outsourcingnehmer erfolgen. Im Bereich IT-Outsourcing gängiger ist die Lösung des direkten Outsourcings über gesellschaftsrechtliche Neugründungen. Das indirekte Outsourcing hat allerdings gewisse Vorteile, nämlich die Möglichkeit der gesellschaftsrechtlichen Kontrolle der Dienstleistungen. Die Parteien befinden sich in einer Partnerschaft, auch was Profit und Kosten angeht. Statt des großen „Big Bang“ erfolgt ein stufenweiser Überführungsprozess, etwa durch Reduzierung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen. Im Übrigen ist die Gesellschaftsbeteiligung ihrerseits wieder ein zusätzlicher Wert. Allerdings ist indirektes Outsourcing komplex, was Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung angeht. Im Übrigen besteht hier die Gefahr von Zielkonflikten wie dem Interesse an Service gegen das Interesse an Gewinn.

Der Abschluss des endgültigen Vertrags erfolgt im Wesentlichen auf der Grundlage eines **Pflichtenheftes**. Dieses wird in der Regel vom Outsourcinggeber erstellt. Erstellt der Outsourcingnehmer das Pflichtenheft, übernimmt er damit zusätzliche Haftungsrisiken (§ 280 Abs. 1 BGB). Mithilfe eines sogenannten Letter of Intent (LoI) werden neben den groben Eckpunkten und Zielen des Hauptvertrages häufig die zeitliche Dauer der Vertragsverhandlungen sowie bestehende Geheimhaltungspflichten festgelegt. Da Dokumente dieser Art häufig eine ausdrückliche Bestimmung enthalten, dass rechtliche Bindungen ausgeschlossen sein sollen, erfüllen diese in der Regel die Funktion, bisherige Ergebnisse zusammenzufassen und die Verhandlungsparteien psychologisch daran zu hindern, von früheren Verhandlungsergebnissen nachträglich abzurücken.¹⁸²⁶ Im **Hauptvertrag** gilt es dann,

¹⁸²⁴ BGH, Urt. v. 29.3.1996 – V ZR 332/94, NJW 1996, 1884 = DStR 1996, 931; BGH, Urt. v. 19.1.1979 – I ZR 172/76, BB 1979, 538 = DNotZ 6/1979 S. 332.

¹⁸²⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2009 – 24 U 210/08, MDR 2009, 1385; Palandt/*Grüneberg*, § 311, Rn. 32.

¹⁸²⁶ Auer-Reinsdorff/*Conrad/Thalhofer*, § 19 Rn. 29 ff.

eine **Reihe immaterialgüterrechtlicher Fragen** zu klären. Insbesondere die Frage der Abtretungsmöglichkeit von bestehenden Nutzungsrechten ist schwierig zu klären.

Bei dem Wechsel von Mitarbeitern ist **§ 613a BGB** zu beachten. Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Betriebsteils führt zu einer Reihe fataler Konsequenzen für ein Outsourcingprojekt. Ein Betriebsteil bezeichnet die wirtschaftliche Einheit aus Person- und Sachmitteln und ist insofern vom bloßen Funktionsübergang zu unterscheiden. Bei einer bloßen Fremdvergabe einer bisher durch das Unternehmen intern erfüllten Aufgabe handelt es sich dann nicht um einen Betriebsübergang, wenn der Outsourcingnehmer weder Personal noch Arbeitsmittel übernimmt. Bei einer nur teilweisen Übertragung von Sachmitteln oder Personen bedarf es einer quantitativen oder qualitativen Abwägung im Einzelfall. Dies gilt insbesondere bei der bloßen Übertragung von Overhead-Funktionen (IT-Einkauf oder IT-Schulungen) oder bei Personen mit doppeltem Aufgabenbereich. Liegt ein Fall des § 613a BGB vor, gehen die Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Outsourcingnehmer über. Der Outsourcingnehmer tritt zum Stichtag in bestehende Arbeitsverhältnisse ein, der alte Arbeitsvertrag gilt insofern mit dem neuen Arbeitgeber einschließlich bestehender Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge weiter. Ähnliches gilt für die betriebliche Altersvorsorge, die ebenfalls bestehen bleibt. Die Parteien des Outsourcingprojektes treffen Informationspflichten nach § 613a Abs. 5 BGB. Möglichst einen Monat vor Betriebsübergang sollten die Mitarbeiter über das Projekt informiert werden. Zu empfehlen ist eine gemeinsame Information, am besten schriftlich mit Zugangsnachweis. Die Informationspflicht bezieht sich auf den geplanten Zeitpunkt des Betriebsübergangs (einschließlich eventueller Spaltungen nach § 324 UmwG) sowie den Grund für den Betriebsübergang. Zu informieren ist über rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen für Arbeitnehmer, insbesondere was deren Rechte aus Betriebsvereinbarungen, Tarifverträgen und Pensionsregelungen angeht. Auch ist über das bestehende Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers zu informieren. Der Arbeitnehmer hat seinerseits ein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB. Dieser Widerspruch kann gegenüber dem neuen oder alten Arbeitgeber erklärt werden. Es besteht eine Frist von einem Monat ab Zugang einer vollständigen Unterrichtung, wobei Mängel bei der Unterrichtung zu einem zeitlich unbeschränkten Widerspruchsrecht führen. Der Widerspruch muss schriftlich erklärt werden, eine Begründung ist allerdings nicht erforderlich. Erklärt der Arbeitnehmer den Widerspruch, bleibt das Arbeitsverhältnis beim alten Arbeitgeber bestehen. Dieser kann dann allerdings gegebenenfalls betriebsbedingt kündigen, wobei er die Regeln zur Sozialauswahl bei sachlichem Grund berücksichtigen muss. Bei mehr als 20 Arbeitnehmern im Unternehmen besteht eine Unterrichtungspflicht im Hinblick auf den Betriebsrat (§§ 111 ff. BetrVG), im Übrigen ist mit

dem Betriebsrat eine Einigung über Interessenausgleiche und den Sozialplan notwendig. Der Übergang von Mitarbeitern ist der Agentur für Arbeit anzuzeigen (§ 17 KSchG).

Beim direkten Outsourcing ist zunächst die Frage der **Rechtsnatur des Leistungsverhältnisses** zu prüfen. Es kann sich hierbei um einen Dienstvertrag handeln, wenn eine Tätigkeit als solche geschuldet ist. Beim Werkvertrag hingegen wäre ein Erfolg der entsprechenden Tätigkeiten geschuldet. Insbesondere bei Softwareerstellung kann auch ein Werklieferungsvertrag i.S.d. § 650 BGB in Betracht kommen. Meistens handelt es sich bei Outsourcingverträgen um Mischverträge. Es finden sich hier dienstvertragliche Komponenten, insbesondere was den IT-Systembetrieb, die Hotline und TK-Dienstleistungen angeht. Werkvertragliche Komponenten sind insbesondere die Systemimplementierungen sowie bestehende Transitionsprojekte. Im Pflichtenheft sind die Leistungspflichten möglichst konkret festzulegen. Dies geschieht typischerweise in angehängten **Leistungsscheinen und Service-Level-Agreements (SLA)**. In den SLAs werden die konkreten Leistungsparameter sowie Betriebszeiten, Verfügbarkeit, Ausfallzeiten oder Reaktionszeiten geregelt. Typische Leistungsinhalte der SLAs beziehen sich vor allem auch auf die Datensicherung und Datenarchivierung sowie maximale Ausfallzeiten. Darüber hinaus enthalten SLAs regelmäßig Qualitätskontrollvorschriften sowie Rechtsfolgen bei mangelnder Qualität.¹⁸²⁷ Umstritten ist, ob SLAs als allgemeine Geschäftsbedingungen der allgemeinen Kontrolle unterliegen, oder diese nach § 307 Abs. 3 BGB wegfällt.¹⁸²⁸ Im Projektvertrag werden neben der allgemeinen Leistungsbeschreibung auch Milestones und Endtermine geregelt. Hinzu kommen Test- und Abnahmeregelungen sowie Hinweise zu den Mitwirkungspflichten des Outsourcinggebers. Die SLAs sind Konkretisierungen der Leistungsanforderungen, machen den Dienstvertrag allerdings noch nicht zu einem Werkvertrag. Kommt es zu einem Verstoß gegen die SLAs, liegt eine Vertragsverletzung vor, die zu Schadensersatzansprüchen nach § 280 BGB führen kann. Dem Outsourcingnehmer bleibt allerdings die Möglichkeit, das Nichtverschulden nachzuweisen. Üblich bei Nichteinhaltung sind außerdem eine Herabsetzung der Vergütung sowie außerordentliche Kündigungen bei gravierenden Fehlentscheidungen nach § 314 Abs. 1, § 626 Abs. 1 BGB. Als Schwierigkeit erweist es sich hier, dass die Einhaltung der SLA häufig nicht nachprüfbar ist. Hier gilt es, konkrete Messungsverfahren und Reporting-Strategien im Vertrag zu regeln.

Auch der konkrete Schaden ist oft nicht eindeutig feststellbar. Hier bedarf es der Vereinbarung von **Vertragsstrafen/Pönalen** im Vertrag (siehe §§ 339 ff. BGB). Hinsichtlich der Regelungen der Verfügbarkeit ist zu fragen, wo und wie die Verfügbarkeit gemessen wird. Es bedarf

¹⁸²⁷ Redeker, IT-Recht, Rn. 671.

¹⁸²⁸ Redeker, IT-Recht, Rn. 673.

zeitlicher Eckdaten für die Berechnung (monatlich oder im Quartal). Auch gilt es Wartungszeiten abzuziehen. Maximale Ausfallzeiten sind hinsichtlich der Messdaten genauer zu quantifizieren, insbesondere was Recovery-Zeiten angeht. Hinsichtlich der Reaktionszeiten sind Störungskategorien zu definieren. Dabei gilt es nicht auf das technische Ausmaß der Störungen zu reagieren, sondern auf deren Auswirkungen für den Geschäftsbetrieb. Man könnte hier zwischen geschäftskritischen Störungen, Störungen mit wesentlichen Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb sowie sonstigen Störungen unterscheiden und hierfür Reaktions-, und Wiederherstellungszeiten festlegen. Pönale sind als Vertragsstrafe i.S.v. § 341 BGB anzusehen, können aber auch als pauschalierter Schadensersatz eingeordnet werden. In diesen Fällen ist der Nachweis der Schadensentstehung erforderlich, nicht aber der Nachweis der Schadenshöhe. Die Geltendmachung eines höheren tatsächlichen Schadens ist nicht ausgeschlossen. Die Pönale sind prozentual je nach Ausmaß der SLA-Unterschreitung zu staffeln. Sie können sich gegebenenfalls erhöhen, wenn ein wiederholter Verstoß gegen eine SLA vorliegt. Bei wiederholtem Verstoß kann zusätzlich ein außerordentliches Kündigungsrecht vorgesehen werden.

Vertragsstrafen/Pönale gelten als das zentrale Druckmittel des IT-Projektes. Allerdings ist zu beachten, dass solche Vertragsstrafen einer Inhaltskontrolle nach § 309 BGB unterliegen. Die Kontrolle erstreckt sich auch auf die Höhe der Vertragsstrafe. Als zulässig gilt eine Bestimmung der Höhe in Bezug auf einen Teilbetrag der Auftragssumme und bezogen auf den jeweiligen Tag der Verspätung. Die Höchstgrenze liegt bei 5 % der Auftragssumme.¹⁸²⁹ Setzte man eine höhere Summe fest, müsste man einen Teilbetrag oberhalb der Kappungsgrenze von 5 % der Gesamtauftragssumme zur richterlichen Überprüfung stellen (§ 343 BGB). So könnte sich die Formulierung einer Vertragsstrafe auf eine Maximalsumme von 8 % der Gesamtauftragssumme beziehen, wobei die Höchstsumme über 5 % der Gesamtauftragssumme zur richterlichen Überprüfung und Herabsetzung im Rahmen von § 343 BGB gestellt wird.

Bei Leistungsänderungen, die nicht den Vertragswortlaut betreffen, kommt ein sogenanntes Change-Request-Verfahren infrage, wenn Änderungen und Erweiterungen der Leistungsziele des Hauptvertrages möglich bleiben. Dabei handelt es sich um ein formalisiertes Verfahren ständigen Austauschs zur Änderung der Leistungsbeschreibung, in dessen Rahmen der Kunde Änderungswünsche einbringen kann und der Auftragnehmer, etwa ein Outsourcinggeber, mit Anregungen reagiert.

¹⁸²⁹ BGH, Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805 = CR 2003, 647 = MDR 2003, 804.

Diese Change Request Verfahren sind, soweit vertraglich vereinbart, auch verbindlich einzuhalten.¹⁸³⁰ Neben einem solchen Verfahren ist ein Mehraufwand allenfalls im Rahmen eines sogenannten Anpassungsverfahrens im Wege des § 313 BGB (gegebenenfalls gerichtlich) geltend zu machen.¹⁸³¹ Selbst wenn für einen Pauschalpreisvertrag eine erhebliche Veränderung des in einem Pauschalpreisvertrag vorgesehenen Leistungsinhalts stattgefunden hätte, durch welche die Grundlagen der getroffenen Preisvereinbarung betroffen wären, hätte der Auftragnehmer die Nebenpflicht, diesen Umstand nach Anfall des Mehraufwands zeitnah zu melden, um die Kosten möglichst gering zu halten.

Hier kann ein Change-Request zum Beispiel durch den Outsourcingnehmer erfolgen. Dieser muss dann die Vor- und Nachteile der Veränderungen für den Outsourcinggeber ausführen. Zu beachten sind etwaige Vergütungsreduzierungen/-erhöhungen sowie Leistungsvor- und -nachteile für den Outsourcinggeber. Es ist eine Annahmepflicht des Outsourcinggebers vorzusehen, wenn keine Nachteile für ihn bestehen. Wird der Change-Request durch den Outsourcinggeber vorgenommen, müsste der Outsourcingnehmer das Angebot annehmen und seinerseits über die Vor- und Nachteile des Change informiert werden. Schwierig ist hier die Preisgestaltung, da jede Partei auf ein entsprechendes Preisrisiko empfindlich reagieren wird. Denkbar ist die Bestimmung eines Festpreises, der allerdings nur bei einer klaren Leistungsdefinition und einem eindeutigen Mengengerüst sinnvoll ist. Möglich wäre auch die Festlegung der tatsächlichen Kosten minus der definierten Kostenersparnisse. Eine bloße Staffelung nach Aufwand hat allerdings den Nachteil, dass keine vorhersehbaren Kostenbudgets geplant werden können. Es besteht auch kein Incentive für den Outsourcingnehmer, Kosten zu sparen. Die Preise könnten auch in Bezug auf Referenzpreise gestaffelt werden. Man könnte ebenfalls Benchmarking-Techniken einsetzen und hierfür externe Gutachter oder Vergleichsangebote einholen.

Obwohl Mitwirkungspflichten eines Outsourcinggebers nicht explizit gesetzlich normiert sind, ist dieser seinerseits zur Mitwirkung verpflichtet. Trotz der Tatsache, dass eine vermeintlich abschließende Aufzählung eines vertraglichen Pflichtenkataloges niemals tatsächlich abschließend sein kann, empfiehlt sich eine abstrakte Formulierung im Rahmenvertrag in Bezugnahme auf die benannten Mitwirkungsrechte im jeweiligen Leistungsschein. Typische Pflichten sind die rechtzeitige Bereitstellung erforderlicher Informationen und Unterlagen, die Benennung kompetenter Ansprechpartner, sowie die Versorgung mit Räumlichkeiten und Arbeitsplätzen vor Ort sowie benötigter Hardware und Software. Er ist außerdem verpflichtet,

¹⁸³⁰ OLG Koblenz, Urt. v. 12.11.2015 - 1 U 1331/13.

¹⁸³¹ OLG Koblenz, Urt. v. 12.11.2015 - 1 U 1331/13.

zügig Entscheidungen zu treffen und beim Projekt selbst mitzuwirken. Störungen und Probleme sollten schnell gemeldet werden müssen. Auch sind Datensicherheitsmaßnahmen einzuhalten, etwa was den Virenschutz angeht. Bei Nichteinhaltung der Mitwirkungspflichten kann der Outsourcingnehmer entsprechende Pflichterfüllungen anmahnen. Dies sollte an eine angemessene Fristsetzung gekoppelt werden. Unter Umständen kann der Outsourcingnehmer eine Ersatzvornahme durchführen und die Erstattung der Mehraufwendungen verlangen. Darüber hinaus steht dem Outsourcingnehmer, geschlossene Werkverträge betreffend, eine angemessene Entschädigung der entstandenen Vorhaltekosten nach § 624 BGB, sowie, unter weiteren Voraussetzungen, ein Kündigungsrecht bei unterlassener Mitwirkung nach § 643 BGB zu.

Hinsichtlich der **Laufzeit** sollte von einer möglichst langen Laufzeit ausgegangen werden; typisch ist eine Zeit von fünf bis zehn Jahren. Eine automatische Verlängerung ist nicht empfehlenswert, da meist Leistung und Preise überprüft werden müssen. Besser wäre es, eine Verpflichtung zur Aufnahme von Verhandlungen über eine Vertragsverlängerung rechtzeitig vor Vertragsabschluss vorzusehen. Die ordentliche Kündigung ist im Regelfall während der Grundlaufzeit ausgeschlossen. Eine außerordentliche Kündigung ist bei wesentlichen Vertragsverletzungen, wie mehrfachen SLA-Verstößen oder erheblichen Verzögerungen beim Transitionsprojekt, möglich. Streitig ist, ob eine außerordentliche Kündigung auch an die **drohende Insolvenz** der anderen Partei gekoppelt werden kann. Meist werden zusätzlich noch **Sonderkündigungsrechte** vorgesehen, etwa wenn sich die Parteien nicht über Preisanpassungen einigen können. Hier werden die Sonderkündigungsrechte häufig an Ablösesummen wie die Entschädigung für nicht amortisierte Investitionen oder für eine Restrukturierung gekoppelt. Wichtig ist die klare Regelung der Beendigungsunterstützung nach Kündigung. Hier kann z.B. vorgesehen werden, dass der Outsourcingnehmer zur zeitlich begrenzten Fortsetzung der Leistung verpflichtet ist. Er muss auch bei Überführungsprojekten mitwirken. Als Option könnten eine Möglichkeit des Rückkaufs von Software und Hardware sowie der Einstieg in Verträge, auch mit entsprechenden Mitarbeitern des Outsourcingnehmers, vorgesehen werden. Zu empfehlen ist eine Hinterlegungsvereinbarung hinsichtlich der Sourcen, um einen Rückübergang möglich zu machen.

Ein besonderes Problem besteht beim Outsourcing rechtlich hinsichtlich des Datenschutzes. Ein Outsourcing ist grundsätzlich nur zulässig, wenn es sich um eine **Datenverarbeitung im Auftrag** (Art. 28 DSGVO) handelt. Es bedarf hierzu eines schriftlichen Vertragsschlusses mit Festlegung von Art und Umfang der Datenverarbeitung sowie weiterer technischer und organisatorischer Maßnahmen zur Sicherung des Auftragsverhältnisses. Der Outsourcinggeber

muss Herr der Daten bleiben. Er ist verantwortlich für die Einhaltung der Datenschutzgesetze, für die sorgfältige Auswahl des Outsourcingnehmers sowie für die Wahrung der Rechte der Betroffenen. Dementsprechend bedarf er eines Weisungsrechts und eines Kontrollrechts gegenüber dem Outsourcingnehmer. Der Outsourcingnehmer darf die Daten nur für die Zwecke des Vertragsverhältnisses nutzen und muss die Weisungen des Outsourcinggebers befolgen. Die Mitarbeiter des Outsourcingnehmers sind auf das Datengeheimnis zu verpflichten (§ 53 BDSG). Grenzüberschreitende Datenübermittlung, insbesondere außerhalb der EU, sollte nur mit Zustimmung des Outsourcinggebers möglich sein.

Im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung ist Outsourcing als **Funktionsübertragung** anzusehen (§ 28 BDSG a.F.). Diese ist nur dann zulässig, wenn das Outsourcing den berechtigten Interessen des Outsourcinggebers dient und keine vorrangigen Belange des Betroffenen entgegenstehen. Als Sonderproblem bleibt der **§ 203 StGB**, der ein echtes Outsourcing nahezu unmöglich macht, wenn es um Kreditinstitute, Arzt- und Anwaltspraxen sowie Lebensversicherungsunternehmen geht.¹⁸³² Die Banken stützen sich hier auf § 25a Abs. 2 KWG, der eine Auslagerung wesentlicher Bereiche der Banken aufsichtsrechtlich möglich macht. Das Verhältnis des KWG zum BDSG ist insofern allerdings noch ungeklärt. Im Übrigen ist es wichtig, die Frage der Streitbeilegung zu klären. Eine gerichtliche Klärung ist meist schwierig, da es sich um eine technisch aufwendige Materie handelt. Besser ist es, ein Eskalationsverfahren festzulegen und neben der Schlichtung unter Umständen auch ein Schiedsverfahren vorzusehen (etwa über die Internationale Handelskammer).

Durch die seit 25. Mai 2018 geltende Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) wurden die Anforderungen an im Auftrag verarbeitende Stellen in hohem Maße verschärft. Die wichtigste Änderung für Outsourcing-Prozesse ergab sich aus einer Neubewertung der Übermittlung personenbezogener Daten zwischen Outsourcinggeber und -nehmer. § 3 Abs. 8 BDSG a.F. räumte bisher verarbeitenden Stellen innerhalb des europäischen Wirtschaftsraums ein Privileg ein, indem der Vorgang der Übertragung nicht als Erhebung (§ 3 Abs. 3 BDSG a.F.), an die weitere Prüfungspflichten geknüpft sind, eingestuft wurde, sondern es sich lediglich um eine interne Weitergabe handelte. Auftragsverarbeitende externe Stellen werden zwar weiterhin nicht als Verantwortliche i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO behandelt, dennoch entfällt die beschriebene Privilegierung völlig, sodass es sich bei jeder Übermittlung um eine Verarbeitung i.S.d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO handeln sollte, die an den Erlaubnistatbeständen des Art. 9 Abs. 2

¹⁸³² Siehe dazu *Seffer/Horter*, ITRB 2004, 165.

DSGVO gemessen werden müsste.¹⁸³³ Umstritten ist dabei, ob jeder Übertragungsprozess zwischen Auftraggeber und Dienstleister einzeln legitimiert werden muss.¹⁸³⁴ Hält ein Auftragsverarbeiter nicht die Weisungen des Verantwortlichen ein, so gelten diese in Bezug auf die jeweilige Datenverarbeitung selbst als Verantwortliche, sodass Betroffenen Ersatzansprüche gegen diese gem. Art. 28 Abs. 10 DSGVO i.V.m. Art 82 Abs. 1, Art. 83 Abs. 5, Art 84 DSGVO zustehen.¹⁸³⁵

VI. IT-Vertriebsvertragsrecht

Ein bislang kaum bearbeitetes Gebiet ist die Rechtsbeziehung zwischen Händler und Hersteller im IT-Bereich. Software als körperliches Gut wird in verschiedensten Formen auf den Markt gebracht; eine entscheidende Rolle beim Vertrieb spielen dabei die IT-Händler. Diese sind vielfältig organisiert. Neben einem Vertriebssystem, das direkt vom Hersteller über angestellte Kräfte organisiert ist, gibt es die klassischen Formen des **Eigenhändlers** und **Handelsvertreters**.

1. Die Einordnung

Entsprechend der wirtschaftlichen Komplexität der Handelsbeziehungen ist auch die rechtliche Qualifizierung der Vertragsbeziehungen komplex. Teilweise wird ein **Rahmenvertrag mit Vorvertrag** abgeschlossen.¹⁸³⁶ Bei einem solchen Rahmenvertrag bleiben die Zahl der Einzelverträge sowie die Liefermenge offen. Der Händler ist nur verpflichtet, generell die Produkte des Herstellers auf ihre Verwendbarkeit hin zu überprüfen. Händler und Hersteller vereinbaren eine allgemeine Zusammenarbeit, ohne dass die Details dieser Zusammenarbeit geregelt sind. Denkbar ist auch ein **Dauerlieferungsvertrag** (§ 311 Abs. 1 BGB). Hier verpflichtet sich der Händler gegenüber dem Abnehmer dazu, eine nicht näher konkretisierte Menge an Softwarekopien in unbestimmten, verbrauchsabhängigen Raten zu liefern. Geschuldet ist eine ständige Leistungsbereitschaft. Keine besonderen Probleme macht der Vertrag über die Geschäftsausstattung mit Software, bei der der Hersteller sich verpflichtet, den Händler zu Probezwecken mit Software auszustatten. Hinzu kommen aber zum Teil Pflichten zur Unterstützung des Händlers mit Werbemitteln.

Eine besondere Herausforderung stellt hierbei regelmäßig das Interesse des Softwareherstellers dar, eigene Lizenz- und Nutzungsbedingungen mit den Endkunden treffen zu können. Dies

¹⁸³³ *Schmidt/Freund*, ZD 2017, 14.

¹⁸³⁴ *Schmidt/Freund*, ZD 2017, 14 ff

¹⁸³⁵ *Schmidt/Freund*, ZD 2017, 17, 18

¹⁸³⁶ So etwa für den Bereich des OEM-Vertriebs *Bachhofer*, CR 1988, 1, 2.

geschieht nicht nur aus ökonomischen Zielsetzungen, sondern auch aufgrund von eigenen Verpflichtungen, wie der Einhaltung aus der Softwareerstellung hervorgegangener Nutzungsbedingungen. Praktisch relevant ist hierbei der gemeinsame Vertrieb proprietärer Software mit Open Source Inhalten („embedded“-Verbreitung), in deren Rahmen sich der Hersteller meist verpflichten muss, die eigene Software wiederum unter der Bedingung die ursprüngliche Lizenz weiterzugeben.

In der Praxis existieren drei Lösungsansätze:

Zunächst könnte sich der Händler im Rahmen des zentralen Vertriebsvertrags dazu verpflichten, die Lizenzbedingungen des Herstellers identisch zu übernehmen. Dies führte jedoch dazu, dass er ebenfalls Verstöße gegen diese im Sinne des Herstellers verfolgen müsste und, falls er eine Vielzahl unterschiedlicher Softwareartikel vertreibt, stets den Überblick behalten müsste. Daher erscheint dieser Lösungsansatz unpraktisch.

Alternativ könnte der Händler als ein Stellvertreter des Herstellers auftreten und in dessen Namen Verträge unter Berücksichtigung der gewünschten Bedingungen abschließen. Dieser Lösungsweg erscheint jedoch nur unter extrem hohem Aufwand umsetzbar. Der Softwarehersteller müsste stets überwachen, ob der Händler als sein Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht handelt – dies erscheint unpraktisch und würde zu hohen Kosten führen.

Schließlich könnte der Händler in eigenem Namen handeln, sich jedoch dazu verpflichten, die Lizenzbedingungen des Herstellers an den Kunden weiterzugeben. Während dieser früher aufgefordert wurde, im Rahmen eines Registerkartenvertrags, eine unterzeichnete Erklärung vor Inbetriebnahme der Software an den Hersteller zu versenden, bildete die Praxis zwei weitere, effizientere Vertragstypen, bei denen der Kunde alleine durch schlüssiges Verhalten die Annahme der Lizenzbedingungen erklärte. Sogenannte „Enter“- oder „Returnverträge“ stellen dabei auf die tatsächliche Ingebrauchnahme der Software ab, während Schutzhüllenverträge (auch als shrink-wrap- bzw. click-wrap-Verträge bezeichnet) bereits im Zeitpunkt des Öffnens der Verpackung einen wirksamen Vertragsschluss erblicken. Bei beiden Varianten erscheint eine umfassende Kenntnisnahme der Bedingungen durch den Kunden als höchst zweifelhaft.

a) Gewerbe und Kaufmann

IT-Händler beginnen typischerweise als Kleingewerbetreibende. Als solche sind sie nicht im Handelsregister eingetragen und können eine vereinfachte Buchführung anwenden. In Bezug auf die Gewerbesteuer liegen sie häufig unter dem Freibetrag von derzeit 24 500 Euro. Wichtig ist für Gewerbetreibende die Steuernummer, die man bei der Anmeldung vom Finanzamt

bekommt. Notwendig ist auch die Anmeldung eines Gewerbes und die Beantragung eines Gewerbescheins. Ab einer bestimmten Größe sind IT-Händler **Kaufleute i.S.d. HGB**. § 1 HGB bestimmt, dass jeder Gewerbetreibende ein Kaufmann ist, es sei denn, dass sein Unternehmen einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Für die Kaufmannseigenschaft sprechen folgende Anhaltspunkte: Vielfalt der Produktpalette, Umfang der Geschäftsbeziehungen, Umsatz, Zahl der Beschäftigten, Inanspruchnahme von Kredit etc. Wer kein Kaufmann ist, kann sich dennoch gem. § 2 HGB in das Handelsregister eintragen lassen, sodass er dem Kaufmann gleichsteht.

b) Handelsvertreter

Besondere Regeln gelten, wenn der Händler **Handelsvertreter** ist (§§ 84 ff. und §§ 93 ff. HGB). Ein Handelsvertreter ist gem. § 84 Abs. 1 S. 1 HGB, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB bestimmt, dass derjenige selbständig ist, der im Wesentlichen frei seine Tätigkeit und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Handelsvertreter trägt sein Risiko selbst und kann auch eine Personengesellschaft (OHG, KG) oder eine juristische Person (AG, GmbH) sein. Grundsätzlich bedarf der Vertrag zwischen dem Unternehmen und dem Handelsvertreter (Handelsvertretervertrag) keiner besonderen Form. Jeder Vertragspartner kann aber gem. § 85 HGB verlangen, dass der Inhalt des Vertrags schriftlich festgelegt wird.

Handelsvertreter unterliegen **besonderen Pflichten im Verhältnis zum Hersteller**. Zu beachten ist zunächst die **Vermittlungs- und Abschlusspflicht** (§ 86 Abs. 1 Hs. 1 HGB). Der Handelsvertreter ist dazu verpflichtet, sich ständig um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften zu bemühen. Ferner ist die **Interessenwahrnehmungspflicht** (§ 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB) wichtig. Der Handelsvertreter muss immer das Interesse des von ihm vertretenen Unternehmens wahrnehmen, also z.B. auch die Kundenbetreuung nach Abschluss des Geschäfts. Den Handelsvertreter treffen auch **Berichtspflichten** (§ 86 Abs. 2 HGB); Geschäftsvermittlungen und -abschlüsse sowie etwaige Vertragsverletzungen sind unverzüglich dem vertretenen Unternehmen mitzuteilen. Selbstverständlich bestehen **Verschwiegenheitspflichten** (§ 90 HGB); es darf kein Betriebsgeheimnis nach Beendigung des Vertragsverhältnisses verwertet werden. In ähnliche Richtungen zielt das **Wettbewerbs-/Konkurrenzverbot**. Dieses Verbot ergibt sich aus der Pflicht zur Interessenwahrnehmung. Der Handelsvertreter darf nicht im Geschäftszweig des vertretenen Unternehmens für eine Konkurrenzfirma tätig sein (auch wenn dieses vertraglich nicht geregelt ist). Dies gilt auch für

den Mehrfirmenvertreter (Vertraglich können darüber hinaus auch Erweiterungsverbote auf Substitutionsprodukte vereinbart werden – z.B. darf ein Handelsvertreter für Butter nicht gleichzeitig Margarine des Konkurrenten vertreten.). Weitere Pflichten können vertraglich vereinbart werden, z.B. die Pflicht zur Lagerhaltung, zum Kundendienst oder ein Wettbewerbsverbot nach Vertragsende.

Den vertretenen IT-Hersteller trifft neben der **Provisionszahlungspflicht** (§ 87 Abs. 1 HGB) die Pflicht, dem Handelsvertreter alle zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen zu überlassen. Dem Unternehmer ist es ferner verboten, in Konkurrenz zum eigenen Handelsvertreter zu treten.

Die übliche Vergütung des Handelsvertreters ist die **Provision** (§ 87 HGB). Sie ist eine Erfolgs- und keine Leistungsvergütung und erst dann verdient, wenn das von ihm vertretene Unternehmen das vermittelte Geschäft ausgeführt hat (§ 87a Abs. 1 S. 1 HGB). Höhe und Abrechnung der Provision sind in §§ 87b und 87c HGB geregelt. Im Falle der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses hat der Handelsvertreter nach § 89b HGB einen Ausgleichsanspruch. Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters ist eine Gegenleistung für Vorteile, die der Unternehmer durch die Tätigkeit des Handelsvertreters erlangt hat und nach der Vertragsbeendigung ohne fortlaufende Provisionsverpflichtungen einseitig nutzen kann. Der Anspruch ergibt sich aus § 89b HGB und ist ein zusätzlicher, auf Vorteilsausgleich gerichteter Vergütungsanspruch.¹⁸³⁷ Das Handelsvertreterverhältnis muss beendet sein. Auf die Art der Beendigung kommt es nicht an. Ausreichend sind z.B. einverständliche Lösungen des Vertragsverhältnisses, Vertragsumwandlungen, Kündigungen, Zeitablauf, auflösende Bedingungen, Insolvenz des Unternehmers oder der Tod des Handelsvertreters. Der Anspruch muss innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses (§ 89b Abs. 4 S. 2 HGB) geltend gemacht werden.

Der Anspruch ist ausgeschlossen bei **Eigenkündigung des Handelsvertreters** (§ 89b Abs. 3 Nr. 1 HGB). Eine Ausnahme gilt, wenn das Verhalten des Unternehmers begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat. Der Provisionsanspruch besteht auch, wenn die Fortsetzung des Vertrags aufgrund von Alter oder Krankheit dem Handelsvertreter nicht zumutbar ist. Auch unverschuldetes oder sogar rechtmäßiges Verhalten des Unternehmers kann ausreichen; entscheidend ist, ob dadurch eine für den Handelsvertreter nach Treu und Glauben nicht mehr hinnehmbare Situation geschaffen wird.¹⁸³⁸ Schließlich besteht der Anspruch nicht bei einer Kündigung aus wichtigem Grund (§ 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB). Der Ausschluss kann

¹⁸³⁷ Siehe dazu BGH, Urt. v. 1.10.2008 – VIII ZR 13/05, NJW-RR 2009, 824 = BB 2008, 2594 = CR 2009, 83.

¹⁸³⁸ BGH, Urt. v. 13.12.1995 – VIII ZR 61/95, NJW 1996, 848 f. = MDR 1996, 371.

auch vertraglich vereinbart werden, allerdings nicht im Voraus, also vor Beendigung des Vertrags (§ 89b Abs. 4 HGB). Wirksam sind Vereinbarungen nach Beendigung des Vertrags oder Vereinbarungen in einem Aufhebungsvertrag, die gleichzeitig den Vertrag beenden (jedoch unwirksam, wenn die gleichzeitige Aufhebung erst zu einem späteren Zeitpunkt eintritt).

Der Anspruch setzt voraus, dass der Handelsvertreter **für den Unternehmer neue Kunden geworben hat**. Der Unternehmer muss daraus nach Beendigung des Vertrags erhebliche Vorteile ziehen (§ 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB). Maßgebend ist der zu erwartende Umfang der Geschäfte im Rahmen des vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenstammes. Verkauft der Unternehmer das Geschäft nach Beendigung und führt der Erwerber das Geschäft fort, so ist im Regelfall davon auszugehen, dass im Übernahmepreis auch ein Entgelt für den Kundenstamm enthalten ist und der Unternehmer somit einen erheblichen Vorteil hat.

Der Ausgleichsanspruch muss **unter Berücksichtigung aller Umstände billig erscheinen** (§ 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB). Zur Anspruchsminderung führen z.B. eine vom Unternehmer finanzierte Altersvorsorge, verbotene Konkurrenztätigkeit des Handelsvertreters, Rückgang im Gesamtumsatz oder die Sogwirkung der berühmten Marke (bis zu 25 % Abzug).

Die Höhe des Anspruchs ist (§ 89b Abs. 2 HGB) auf eine Jahresprovision (bzw. sonstige Jahresvergütung), berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre (grundsätzlich sind alle Arten von Provisionsansprüchen mit Nettobetrag zu berücksichtigen), begrenzt.

Streitig ist, ob auch **Überhangprovisionen** (= auf Abschlüssen während der Vertragszeit beruhende Provisionen, welche aber erst nach Vertragsende fällig werden, § 87a Abs. 1 S. 1 HGB) zur Berechnung heranzuziehen sind. Dies wird teilweise verneint, weil die Höchstgrenze nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre berechnet wird, die Überhangprovision aber erst nach Beendigung der Tätigkeit als Handelsvertreter fällig wird. Nach h.M. fallen Überhangprovisionen nach Sinn und Zweck des § 89b HGB in die Berechnung der Höchstgrenze. Zugrunde liegen Geschäfte zwischen Unternehmer und Kunde, die bereits vor Ende des Handelsvertreterverhältnisses getätigt wurden. Der Anspruch wurde durch die Tätigkeit des Handelsvertreters während der Vertragszeit erworben, daher gehören Überhangprovisionen wirtschaftlich zum erzielten Einkommen während der Vertragszeit.¹⁸³⁹

¹⁸³⁹ BGH, Urt. v. 23.10.1996 – VIII ZR 16/96, NJW 1997, 316 f.; *Brüggemann*, HGB § 89b Rn. 91.

Die gesetzliche Fälligkeit tritt im Zweifel sofort ein (§ 271 Abs. 1 BGB). Eine Verzögerung ist unwirksam, so etwa im Falle der Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs erst nach Anerkenntnis oder Zahlung in drei Jahresraten.¹⁸⁴⁰

Die **Beweislast** trägt grundsätzlich der Handelsvertreter. Für das Herbeiführen des Kundengeschäfts nach § 87 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 HGB genügt der vom Handelsvertreter zu führende Nachweis einer Tätigkeit, welche nach der allgemeinen Erfahrung mitursächlich für den Abschluss des Kundenvertrags geworden sein kann. Dem Unternehmer obliegt die Beweisführung, dass diese Tätigkeit des Handelsvertreters im konkreten Fall den späteren Geschäftsabschluss nicht einmal mitveranlasst hat oder zumindest die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass eine Mitursächlichkeit ausgeschlossen sein kann.

c) Eigenhändler

Der Provisionsanspruch für Handelsvertreter ist für den IT-Vertrieb von zentraler Bedeutung. Die Regelungen zum Handelsvertreter werden von der Rechtsprechung **auch entsprechend auf Eigenhändler** angewendet. Nach ständiger Rechtsprechung ist dem Eigenhändler ein Ausgleichsanspruch vergleichbar mit § 89b HGB zuzubilligen, wenn zwischen ihm und dem Lieferanten ein Rechtsverhältnis besteht, das sich nicht in einer bloßen Käufer-Verkäufer-Beziehung erschöpft, sondern den Eigenhändler aufgrund vertraglicher Abmachungen so in die Absatzorganisation des Lieferanten eingliedert, dass seine Rechte und Pflichten denen eines Handelsvertreters ähneln. Solche handelsvertretertypischen vertraglichen Bindungen sind regelmäßig die Interessenwahrnehmungspflicht, ein Konkurrenzverbot, die Pflicht zur Kundenbetreuung sowie die Richtlinienkompetenz des Herstellers. Nicht ausreichend ist es, dass dem Händler das Alleinvertriebsrecht für zwei Länder übertragen wird und er seine Produkte ausschließlich bei dem Lieferanten beziehen und auf eigene Rechnung und unter eigener Preisgestaltung vertreiben soll.¹⁸⁴¹ Auch reicht es nicht aus, dass der Vertragshändler eines Software-Lieferanten bei dem Verkauf der Programme an Endverbraucher verpflichtet ist, zwischen dem Käufer und dem Lieferanten einen „Lizenzvertrag“ zu vermitteln.¹⁸⁴²

Ferner ist erforderlich, dass der Eigenhändler verpflichtet ist, bei **Beendigung des Vertragsverhältnisses seinem Lieferanten seinen Kundenstamm zu überlassen**, sodass sich der Lieferant die Vorteile des Kundenstammes sofort und ohne weiteres nutzbar machen

¹⁸⁴⁰ OLG Oldenburg, Urt. v. 12.10.1972 – 1 U 52/72, BB 73, 1281; Abkürzung der Verjährung nach § 88; OLG Celle, HVR (78) Nr. 559.

¹⁸⁴¹ BGH, Urt. v. 8.6.1988 – I ZR 244/86, NJW-RR 1988, 1305; OLG Köln, Urt. v. 20.5.1994 – 19 U 237/93, NJW-RR 1995, 29 = BB 1994, 1881.

¹⁸⁴² OLG Köln, Urt. v. 20.5.1994 – 19 U 237/93, CR 1995, 24 = NJW-RR 1995, 29.

kann.¹⁸⁴³ Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Verpflichtung erst bei Vertragsbeendigung oder – wie hier – schon während der Vertragszeit durch laufende Übermittlung der Kundendaten an den Hersteller zu erfüllen ist; entscheidend ist, dass der Hersteller dadurch tatsächlich in die Lage kommt, sich den Kundenstamm auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter nutzbar zu machen.¹⁸⁴⁴

Der Eigenhändler bezieht keine vertraglich mit dem Unternehmer (Hersteller/Lieferanten) vereinbarte Provision wie der Handelsvertreter, sondern ein vergleichbares Entgelt durch seine **Handelsspanne** nach Abzug seiner Kosten, **den Händlerrabatt**. Ausgangspunkt für die Berechnung des Händlerrabatts sind meist die unverbindlichen Preisempfehlungen (UPE) des Softwareherstellers. Gewährte Rabatte können im Rahmen der Billigkeitserwägungen (§ 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB) zu einer Herabsetzung des Ausgleichsanspruchs führen.¹⁸⁴⁵ Dieses Recht gilt nur, wenn der Händler vorab im Marktbereich tätig war, innerhalb dessen Unternehmen erkennbare Angebote an die Konsumenten richten (B2C).

2. (Regress-)Ansprüche des Händlers gegen den Hersteller

Händler haben beim Verkauf mangelbehafteter Software besondere Probleme. Sie können Mängel der Software in der Regel vorab nicht erkennen. So sind sie auf Gedeih und Verderb dem Hersteller und seinen Angaben ausgeliefert. Zu Recht gewährt das BGB daher seit der Schuldrechtsreform und den Änderungen vom 1. Januar 2018 im Bereich des Kauf- und Werkvertragsrechts den Händlern einen besonderen Regress. Diese haben nach §§ 445a, 445b BGB **ein Rückgriffsrecht gegen den Hersteller**. Dieses Recht gilt nur, wenn der Händler vorab im Bereich B2C tätig war. Beim Verkauf an gewerbliche Anwender steht dem Händler kein Regress zu.¹⁸⁴⁶ Der Anspruch setzt voraus, dass der Kunde die Software aufgrund eines Mangels zurückgegeben oder den Kaufpreis gemindert hat.¹⁸⁴⁷ Dabei kommt es im Fall des § 445a Abs. 1 BGB nicht auf ein Vertretenmüssen des Lieferanten an.¹⁸⁴⁸ Bei einer Rücknahme aus Kulanz kommt der Rückgriff nicht in Betracht. Der Regress kann nicht durch AGB ausgehebelt werden (§ 478 Abs. 2 S. 1 BGB); die Regelungen in §§ 433–435, 437, 439–443, 445a Abs. 1 und 2 sowie § 445b BGB sind insoweit nicht abdingbar, es sei denn, der Händler

¹⁸⁴³ BGH, Urt. v. 14.4.1983 – I ZR 20/81, NJW 1983, 2877 ff; BGH, Urt. v. 21.11.1991 – I ZR 87/90, MDR 1992, 951; BGH, Urt. v. 6.10.1993 – VIII ZR 172/92, NJW-RR 1994, 99 = DB 1993, 2526.

¹⁸⁴⁴ BGH, Urt. v. 6.10.1993 – VIII ZR 172/92, NJW-RR 1994, 99 = DB 1993, 2526.

¹⁸⁴⁵ BGH, Urt. v. 27.10.1960 – II ZR 1/59, NJW 1961, 120, 121; OLG Köln, Urt. v. 26.9.1995 – 22 U 13/95, MDR 196, 123 f. (m. Anm. v. *Westphalen*).

¹⁸⁴⁶ Str., dafür: *Westermann*, NJW 2002, 241, 252; siehe auch *Jacobs*, JZ 2004, 225 f.

¹⁸⁴⁷ Streitig ist, ob der Regress auch im Falle der Nachbesserung gilt; siehe *Maultzsch*, JuS 2002, 1171, 1172; *Böhle*, WM 2004, 1616, 1618.

¹⁸⁴⁸ MüKoBGB/Lorenz, § 445a Rn. 23.

bekommt vertraglich einen gleichwertigen Ersatz. Maßgebliche Bedeutung kommt somit der Gleichwertigkeit des Ausgleichs zu. Was der Gesetzgeber sich unter einem gleichwertigen Ausgleich vorgestellt hat, ist fraglich; aus der Abgrenzung zur „Angemessenheit“ gem. § 307 BGB scheint zu folgen, dass das Kriterium der „Gleichwertigkeit“ die Freiheit der Vertragsparteien einzig auf die Auswahl der Art und Weise des Ausgleichs beschränkt.¹⁸⁴⁹ Rein wirtschaftlich entfaltet § 478 Abs. 2 BGB somit zwingenden Charakter.¹⁸⁵⁰ Gleichwertig wären im Falle der Nacherfüllung z.B. Verrechnungsvereinbarungen wie etwa Gutschriften und dergleichen.¹⁸⁵¹ Möglichkeiten des gleichwertigen Ausgleichs bei Ausschluss von Rücktritts- und Minderungsrechten sowie im Falle der Verkürzung von Verjährungsfristen sind dagegen kaum vorstellbar.¹⁸⁵² § 478 Abs. 2 S. 3 BGB enthält schließlich ein Umgehungsverbot der genannten Regelungen.

Die Verjährung des Regresses beginnt frühestens zwei Monate ab Erfüllung des Vertrags, läuft dann zwei Jahre und beträgt maximal fünf Jahre (§ 445b BGB).

Zu beachten ist noch § 445a Abs. 4 BGB, wonach für den kaufmännischen Kunden die Vorschriften über die **kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht** (§ 377 HGB) zumindest entsprechend gelten.¹⁸⁵³ Voraussetzung ist, dass beide Parteien des Geschäfts als Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB zu qualifizieren sind und ein Handelskauf i.S.d. § 343 HGB vorliegt. Der Unternehmer muss gem. § 377 Abs. 1 HGB die Ware nach der Ablieferung durch den Verkäufer untersuchen und einen hierbei erkennbaren Mangel unverzüglich dem Verkäufer anzeigen. Diese Mängelrüge ist formlos zulässig.¹⁸⁵⁴ Diese Pflicht kann dann das Haftungsrisiko des Herstellers erheblich beschränken; eine Verletzung der Rügepflicht schließt den Regressanspruch nach § 445a BGB aus (vgl. § 377 Abs. 2 HGB). Mangelfolgeschäden – etwa Geschäftseinbußen in Folge nicht mehr vertretbarer Ware – können nur nach Deliktsrecht weiterhin geltend gemacht werden.¹⁸⁵⁵ Der Verkäufer kann im Ergebnis nur dann offensichtliche Mängel an der Ware geltend machen, wenn er die Ware unverzüglich nach Erhalt untersucht und den Mangel sofort seinem Lieferanten meldet.

Im Hinblick auf den Beginn der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB besteht Uneinigkeit darüber, ab welchem Zeitpunkt eine Ablieferung i.S.v. § 377 Abs. 1 HGB bei

¹⁸⁴⁹ MüKoBGB/Lorenz, § 478 Rn. 19 f.

¹⁸⁵⁰ MüKoBGB/Lorenz, § 478 Rn. 14.

¹⁸⁵¹ MüKoBGB/Lorenz, § 478 Rn. 20; Palandt/Weidenkaff, § 478 Rn. 20 ff. mit weiteren Bsp.

¹⁸⁵² MüKoBGB/Lorenz, § 478 Rn. 22.

¹⁸⁵³ BGH, Urt. v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, BB 1990, 510 = NJW 1990, 1290; BGH, Urt. v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436.

¹⁸⁵⁴ BGH, Urt. v. 8.11.1979 – II ZR 115/78, NJW 1980, 782 = BB 1980, 384.

¹⁸⁵⁵ Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht (2003), § 5 Rn. 164.

Softwaregeschäften mangels abweichender Vereinbarung vorliegt. Nach einer Auffassung müsste zunächst eine ausführliche Erprobung durch den Kunden letztendlich insgesamt fehlerfrei verlaufen sein, damit dieser eine hinreichend konkrete und sachlich fundierte Rüge formulieren könne.¹⁸⁵⁶ Eine weitere Ansicht widerspricht dieser weiten Auslegung, ein einziger gründlicher Test- und Probedurchlauf sei nach vorheriger Einweisung bereits ausreichend.

Ein dritter Ansatz, vertreten durch den *BGH*, geht dann von einer abgeschlossenen Ablieferung aus, wenn sie mit Erfüllungsabsicht derart in den Machtbereich des Käufers gebracht wurde, dass diesem eine Untersuchung möglich wurde.¹⁸⁵⁷ Dies wird damit begründet, dass Software wie eine bewegliche Kaufsache behandelt werden müsse, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für eine entsprechende Sonderregelung.

Der Verkäufer hat das Recht, von seinem Lieferanten **Ersatz der Aufwendungen** zu verlangen, die er für den Käufer auf sich nehmen musste. Dabei geht es vor allem um Kosten für die Beseitigung eines Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache. Hinzu kommen die vom Verkäufer zu tragenden Transport-, Arbeits- und Materialkosten.

Nach § 478 Abs. 3 BGB kann der Lieferant seinerseits die **Rechte auch in der Lieferkette** weiterreichen. Er kann folglich die gleichen Rechte gegenüber seinem Lieferanten geltend machen.

Typische Klauseln für die AGB-mäßige Ausgestaltung des Händlerregresses lauten z.B.: In den Fällen, in denen auch für unseren Kunden kein Verbrauchsgüterkauf innerhalb der Lieferkette vorliegt, finden die Vorschriften §§ 445a, 445b, 474–479 BGB keine Anwendung. Falls der Kunde die Ware im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs weiterverkaufen will, kann der Ersatz entstandener Aufwendungen i.S.d. § 445a, 445b BGB nur verlangt werden, wenn der Kunde für die Entstehung der Aufwendungen Nachweise vorlegt. Ersatz für solche Aufwendungen wird nur bis maximal 2 % des Netto-Warenwertes gewährt. Weitergehende Ansprüche, die auf § 445a BGB zurückgehen, sind durch die zugunsten aller Kunden vereinbarte 24-monatige Gewährleistung als gleichwertiger Ausgleich i.S.d. § 478 Abs. 2 S. 1 BGB abgegolten. Im Bereich des Software-Handels besteht kein Handelsbrauch, dass der Hersteller dem Großhändler ein unbefristetes und mengenmäßig unbeschränktes **Retourenrecht** einräumt. Die Vereinbarung eines unbefristeten und mengenmäßig unbeschränkten Retourenrechts in den

¹⁸⁵⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.7.1990 – 6 U 115/89 = CR 1991, 538.

¹⁸⁵⁷ BGH, Urt. v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98 (KG) = NJW 2000, 1415.

Einkaufs-AGB eines Großhändlers benachteiligt demnach dessen Vertragspartner unangemessen und ist gem. § 307 BGB unwirksam.¹⁸⁵⁸

Für unwirksam erachtete der *BGH* hingegen eine Klausel, die im Falle der Nachlieferung durch den Lieferanten den Neubeginn der Verjährungsfrist vorsah.¹⁸⁵⁹ Denkbar ist allerdings eine Formulierung, die die neue Verjährungsfrist lediglich auf die Lieferung einer Ersatzsache bezieht sowie dem Lieferanten den Vorbehalt erlaubt, er habe nur aus Kulanz neu geliefert. Der *BGH* hat im Übrigen in diesem Urteil eine Verlängerung der Verjährungsfrist auf 36 Monate ab Gefahrübergang für wirksam erachtet. Der Käufer hat ein legitimes Interesse an der Verlängerung, da der Abverkauf der Waren typischerweise über einen längeren Zeitraum erfolge und er sich daher auch nach Ablauf von zwei Jahren bei Mängeln mit seinen Kunden auseinandersetzen müsse (gilt nur für Händler). Eine Verlängerung auf zehn Jahre für die Haftung aus Rechtsmängeln hält der *BGH* wiederum für unwirksam.

Die Regeln zum Händlerregress gelten **auch für Rechtsmängel**. Dem Händler stehen gegenüber dem Hersteller (bzw. einem Lieferanten in der „Regresskette“) selbstverständlich die gleichen Gewährleistungsrechte zu, die dem Käufer ihm gegenüber zustehen (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz). Ist der Anbieter Unternehmer (§ 14 BGB) und als solcher Letztverkäufer gegenüber einem Verbraucher i.S.d. § 13 BGB (Verbrauchsgüterkauf), kann er seinerseits gegen seinen Lieferanten binnen zwei Jahren Rückgriff nehmen und Aufwendungsersatz verlangen, wenn der Verbraucher den Kaufpreis mindert oder aufgrund eines (Rechts-)Mangels vom Vertrag zurücktritt (vgl. auch Art. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).¹⁸⁶⁰ Dieser Regressanspruch ist unabhängig von einem (nicht immer nachweisbaren) Verschulden des Lieferanten.

3. Ansprüche der Rechteinhaber gegen Händler von Raubkopien

Dem Inhaber originärer oder fremder abgeleiteter Urheber- und Leistungsschutzrechte stehen verschiedene Abwehr-, Schadensersatz- oder Informationsansprüche zu, um gegen den Handel mit rechtswidrig kopierter Software in verkörperter Form, d.h. Computerprogrammen auf Datenträgern (z.B. CDs, DVDs), vorzugehen. Der Rechteinhaber hat insbesondere aus § 97 Abs. 1 UrhG einen **Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch** gegen einen Softwarehändler, der gefälschte Computerprogramme verkauft. Ein Händler, der angekaufte gefälschte Software weiterverkauft, greift in das **Verbreitungsrecht** an Computerprogrammen

¹⁸⁵⁸ OLG München, Urt. v. 9.3.2006 – U (K) 1996/03, NJOZ 2006, 2175 = ZUM-RD 2006, 339.

¹⁸⁵⁹ BGH Urt. v. 5. 10. 2005 – VIII ZR 16/05, NJW 2006, 47 = WRP 2006, 243.

¹⁸⁶⁰ Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht (2003), § 5 Rn. 86.

aus § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG ein, wonach nur der Rechteinhaber das ausschließliche Recht hat, jede Form der Verbreitung des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung, vorzunehmen. Unter Verbreitungsrecht versteht das Gesetz das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke eines Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen, § 17 Abs. 1 UrhG. Als Anbieten kommen insbesondere das Feilhalten und das Ausstellen zum Zwecke des Verkaufs in Betracht¹⁸⁶¹ sowie der Versand von Angebotslisten,¹⁸⁶² Prospekten oder Katalogen; bei illegal kopierten Computerprogrammen sogar das Angebot gegenüber einer einzigen Person.¹⁸⁶³ Ein Inverkehrbringen liegt vor, wenn Werkstücke Personen überlassen werden, die nicht zum persönlichen Bekanntenkreis des Herstellers oder Besitzers gehören.¹⁸⁶⁴

Da der Endabnehmer einer Raubkopie in der Regel nicht feststellbar ist, will das Gesetz dem Rechteinhaber die Möglichkeit geben, bereits die **Vorstufen** zu bekämpfen, die der Heranbringung des Werkstückes an das Publikum dienen. Er soll schon vom Verbreiter eine Vergütung in Form von Schadensersatz verlangen können, die der Verbreiter natürlich auf den Verbraucher abwälzen kann.¹⁸⁶⁵ Zudem gelingt es dem Rechteinhaber fast nie, schon die erste Verbreitungshandlung zu erfassen und mittels Unterlassungsanspruch zu unterbinden, weshalb er auch bei den folgenden noch zugreifen können soll.¹⁸⁶⁶ Es haftet also grundsätzlich jeder, der die Urheberrechtsverletzung **adäquat kausal (mit)verursacht** hat.¹⁸⁶⁷

Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts innerhalb der Europäischen Union gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG kommt nicht in Frage, da es bei dem Inverkehrbringen von Fälschungen von Computerprogrammen an der Zustimmung des Rechteinhabers fehlt.¹⁸⁶⁸

Bei einem Anspruch auf Unterlassen haftet der Zwischenhändler **verschuldensunabhängig**. Es genügt also die rechtswidrige Verwirklichung des Verletzungstatbestands,¹⁸⁶⁹ was bei dem Weiterverkauf gefälschter Software immer der Fall ist. Im Gegensatz dazu wird bei einem Schadensersatzanspruch zusätzlich ein Vertretenmüssen des Zwischenhändlers in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit gefordert, § 97 Abs. 2 UrhG. Hat der Zwischenhändler positive Kenntnis, dass es sich bei den Computerprogrammen um Raubkopien handelt, so handelt er

¹⁸⁶¹ KG Berlin, Urt. v. 1.12.1982 – (2) Ss 169/82, GRUR 1983, 174.

¹⁸⁶² LG Hannover, Urt. v. 28.10.1987 – 18 O 58/87, CR 1988, 826.

¹⁸⁶³ BGH, Urt. v. 13.12.1990 – I ZR 21/89 = GRUR 1991, 216, 317.

¹⁸⁶⁴ *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 363.

¹⁸⁶⁵ *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 364.

¹⁸⁶⁶ *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 364.

¹⁸⁶⁷ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 682.

¹⁸⁶⁸ *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 375.

¹⁸⁶⁹ LG München I, Urt. v. 25.9.2003 – 7 O 5013/03 = ZUM 2004, 150, 152.

unproblematisch mit Vorsatz. Gem. § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Fraglich ist, welcher **Maßstab an die Sorgfaltspflicht** im Rahmen einer Fahrlässigkeitshaftung zu stellen ist.

Für einen in der Computerbranche Tätigen muss beim Erwerb von Software eine ungewöhnlich niedrige Preisgestaltung (deutlich unter der Ausschlussgrenze für die Originalversion) Anlass geben, entweder eine Garantie über die Echtheit einzuholen oder die ordnungsgemäße Lizenzierung zu überprüfen.¹⁸⁷⁰ Auch enthalten Originalprogramme Merkmale eines Echtheitszertifikats; der Branchenerfahrene muss bei jeglichen Zweifeln diesbezüglich Nachforschungen über die Originalität der Software durchführen.¹⁸⁷¹ So entschied das *LG München*, dass der Händler als verdächtig erworbene Programme durch den Originalhersteller untersuchen lassen muss.¹⁸⁷² Nach einer neueren Entscheidung des *OLG Düsseldorf* muss sich der Händler im Zweifelsfall sogar dadurch vergewissern, dass die von ihm vertriebenen Exemplare keine Fälschungen sind, indem er die vorhandene Verschweißung an einer der Softwarekopien löst.¹⁸⁷³

Der **Umfang des Schadensersatzes** ergibt sich aus den §§ 249 ff. BGB. Zum konkreten Schaden gehören dabei auch die durch die Rechtsverletzung frustrierten Aufwendungen und der entgangene Gewinn. Jedoch erweist sich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen eine Darlegung der Art und des Ausmaßes der eigenen Nutzung und der hypothetischen Gewinnentwicklung häufig als äußerst kompliziert, trotz der Beweiserleichterung des § 252 BGB. Um diesen Schwierigkeiten zu begegnen, kann der Geschädigte zwischen drei Methoden der Schadensliquidation wählen. Er kann den Schaden

- konkret berechnen,
- die übliche Lizenzgebühr verlangen (Grundsätze der Lizenzanalogie) und
- den Gewinn des Verletzers herausverlangen (sog. Verletzergewinn).¹⁸⁷⁴

Bei der Berechnung des Schadensersatzes nach einer Urheberrechtsverletzung wegen des Verkaufs unautorisierter Software als OEM-Versionen (Software, die nur zusammen mit der Hardware autorisierter Hersteller vertrieben werden darf) ist zu beachten, dass nicht der Preis

¹⁸⁷⁰ AG München, Urt. v. 27.2.1996 – 1129 Ds 335 Js 19231/94 = CR 1997, 749.

¹⁸⁷¹ AG München, Urt. v. 27.2.1996 – 1129 Ds 335 Js 19231/94 = CR 1997, 749.

¹⁸⁷² LG München I, Urt. v. 25.3.1993 – 7 O 3243/92 = CR 1993, 698.

¹⁸⁷³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.2.2005 – 20 U 126/04 – OEM-Versionen = GRUR-RR 2005, 213, OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.2.2005 – I-20 U 126/04 = ZUM 2005, 562.

¹⁸⁷⁴ Wandtke/Bullinger/v. Wolff, UrhG, § 97 Rn. 1.

der Einzelhandelsversion, sondern der Vergleichspreis einer legalen OEM-Version maßgeblich ist.¹⁸⁷⁵

Auf der Grundlage der §§ 242, 259, 260 BGB gewährt die Rechtsprechung überdies einen Anspruch auf **Auskunftserteilung und Rechnungslegung**, wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die Auskünfte nicht in zumutbarer Weise selbst beschaffen kann und der Verpflichtete sie unschwer vergeben kann.¹⁸⁷⁶

4. Kartellrecht und IT-Vertriebsverträge

Bei Vertriebsverträgen sind die besonderen Probleme des Kartellrechts zu bedenken. Gefahren drohen hier insbesondere durch **wettbewerbsbehindernde Vereinbarungen** zwischen Händler und Hersteller und durch **Machtmissbrauch** der marktbeherrschenden oder marktmächtigen Herstellerunternehmen. Die kartellrechtliche Beurteilung findet niemals abstrakt, sondern immer marktbezogen statt, sodass eine Marktabgrenzung der Beurteilung des fraglichen Verhaltens vorangehen muss. Der **sachlich relevante Markt** wird nach Maßgabe der funktionalen Äquivalenz bestimmt. Alle Güter, die aus Sicht der Marktgegenseite gegeneinander austauschbar sind, gehören zu einem Markt. Sofern also aus der Sicht des durchschnittlichen Kunden bestimmte Güter oder Leistungen seinen Bedarf in derselben Weise erfüllen können, handelt es sich um Produkte auf demselben Markt. Ein besonderer Standard definiert meistens auch einen dazugehörigen einheitlichen Markt. Insofern wird man für das Betriebssystem Microsoft Windows durchaus einen eigenen sachlich relevanten Markt annehmen können. Offen ist dann allerdings noch die Frage, ob nicht durch Open-Source-Software Alternativen zu Microsoft Windows entstehen, die den Marktbegriff entsprechend ausweiten.¹⁸⁷⁷ Der **räumlich relevante Markt** wird danach bestimmt, in welchem Gebiet ein Unternehmen seine Produkte oder Dienstleistungen anbietet. Sprachbarrieren spielen hier gerade bei Software eine große Rolle, da deutsche Kunden meist eine deutschsprachige Version der Software erwarten. In Spezialsegmenten, die durch besondere Internationalität gekennzeichnet sind, wird man allerdings auch durchaus den europäischen bzw. den Weltmarkt als relevanten Markt ansehen können. Die Beherrschung eines solchen Marktes hängt davon ab, ob das Unternehmen eine solche Machtstellung hat, dass es eine von Konkurrenten

¹⁸⁷⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.2.2005 – 20 U 126/04 – OEM-Versionen = GRUR-RR 2005, 213.

¹⁸⁷⁶ *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 1045.

¹⁸⁷⁷ *Sandl*, CR 2001, 346 ff.

unabhängige Marktstrategie verfolgen kann.¹⁸⁷⁸ Im Wesentlichen wird dabei der Marktanteil berücksichtigt. Nach § 18 Abs. 4 GWB wird bei einem Marktanteil von 40 % eine marktbeherrschende Stellung vermutet. Dies entspricht auch der Vermutungsregelung im europäischen Wettbewerbsrecht.¹⁸⁷⁹ Geht es um den Vorwurf eines marktmächtigen Oligopols, muss der Marktanteil 50–60 % betragen. Bei Marktanteilen unter 10 % ist eine beherrschende Stellung per se ausgeschlossen.¹⁸⁸⁰ Marktbeherrschend ist im Bereich der Betriebssysteme sicherlich Microsoft. Missbräuchlich sind besonders Fälle, in denen unangemessene Einkaufs- oder Verkaufspreise erzwungen worden sind. Auch eine Absatzbeschränkung zum Schaden des Verbrauchers ist verboten (s. Art. 102 lit. b AEUV).

Die Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern und diejenigen zwischen Händlern und Endnutzern zählen zu den so genannten **Vertikalvereinbarungen**. Sowohl Art. 101 AEUV als auch das GWB enthalten wettbewerbsrechtliche Restriktionen für solche Vertikalverträge. Mit der 7. und 8. GWB-Novelle¹⁸⁸¹ wurden die GWB-Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dem Art. 101 AEUV angeglichen. § 1 GWB erfasst nunmehr auch vertikale Vereinbarungen. Untersagt ist beispielsweise die Festsetzung von Verkaufspreisen oder Geschäftsbedingungen gegenüber dem Vertragspartner oder Dritten (Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV). Bei Lizenz- und Vertriebsvereinbarungen häufig anzutreffen, aber im Lichte von Art. 101 AEUV problematisch sind außerdem Exklusivitätsvereinbarungen, Alleinbezugsvereinbarungen, Wettbewerbsverbote, Vereinbarungen über Mindestabnahmen sowie territoriale Beschränkungen des Weitervertriebsgebietes.¹⁸⁸² Verboten sind ferner Kopplungen vertraglicher Leistungen mit der Verpflichtung zur Übernahme weiterer Leistungen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen (Art. 101 Abs. 1 lit. e AEUV). Im Übrigen sind auch unangemessene Preise und Bedingungen für die Softwarepflege kartellrechtswidrig (§ 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB).¹⁸⁸³

Die Kartellbehörden hatten die Möglichkeit, aufgrund einer Einzelfreistellung bestimmte Einzelverträge vom Verbot des Art. 101 AEUV auszunehmen. Diese Möglichkeit wurde

¹⁸⁷⁸ So etwa EuGH, Urt. v. 13.2.1979 – Rs 85/76, NJW 1979, 2460 f. (m. Anm. Meier) = Slg. 1979, I-461, 462; EuGH, Urt. v. 16.6.1994 – C-250/92 = Slg. 1994, I-5671, 5690.

¹⁸⁷⁹ EuGH, Urt. v. 14.2.1978 – Rs 27/76, NJW 1978, 2439, 2441.

¹⁸⁸⁰ EuGH, Urt. v. 22.10.1986 – 75/84, Slg. 1986, I-3021, 3024.

¹⁸⁸¹ Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 7.7.2005, BGBl. v. 12.7.2005, S. 1954; Ahtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 21.7.2014, BGBl. I S. 1066.

¹⁸⁸² Berger, K&R 2005, 15, 16.

¹⁸⁸³ Ulmer, ITRB 2006, 211.

allerdings in der Vergangenheit gerade im Softwarebereich kaum genutzt. Seit der 7. GWB-Novelle gilt, nach dem Vorbild der 2003 eingeführten europäischen Vorgaben,¹⁸⁸⁴ auch im deutschen Kartellrecht das System der **Legalausnahme** (§ 2 GWB). Nach diesem Prinzip sind Verhaltensweisen, die den Voraussetzungen in den Freigabeklauseln aus Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB¹⁸⁸⁵ genügen, vom Kartellverbot freigestellt, ohne dass es hierzu einer vorherigen Entscheidung einer Kartellbehörde bedürfte, Art. 1 Abs. 1 und 2 VO 1/2003.¹⁸⁸⁶ Ferner gelten gem. § 2 Abs. 2 S. 2 GWB die von der Kommission erlassenen **Gruppenfreistellungsverordnungen** entsprechend. Für Softwareverträge sind zwei dieser Verordnungen relevant: Die Verordnung zur Freistellung von Technologie-Transfer-Vereinbarungen (GVO-TT) Nr. 316/2014,¹⁸⁸⁷ und diejenige zur Freistellung bestimmter Vertikalvereinbarungen (GVO-VV) Nr. 330/2010.¹⁸⁸⁸ Sofern diese Verordnungen für einen konkreten Softwarelizenzvertrag nicht eingreifen, kommt immer noch eine Einzelfallprüfung nach Art. 103 AEUV infrage.

Die **Gruppenfreistellungsverordnung für Technologie-Transfer-Vereinbarungen (GVO-TT)** von 2014 bezieht, im Gegensatz zur GVO-TT von 1996,¹⁸⁸⁹ ausdrücklich Softwarelizenzen in ihren Anwendungsbereich mit ein (Art. 1 Abs. 1 lit. b, lit. c GVO-TT) und stellt – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – somit auch reine Softwareüberlassungsverträge vom Kartellverbot frei.¹⁸⁹⁰ Freistellungsvoraussetzung ist, dass die Softwarelizenz-Vereinbarung die **Produktion von Vertragsprodukten** ermöglicht.¹⁸⁹¹ Vertragsprodukt¹⁸⁹² ist im Falle von Softwarelizenzverträgen regelmäßig die Softwarekopie. Softwarelizenzverträge mit Endnutzern fallen damit grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der GVO-TT.¹⁸⁹³ Auch

¹⁸⁸⁴ VO Nr. 1/2003 v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1–25.

¹⁸⁸⁵ Zu den Freistellungsvoraussetzungen gehört gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn (z.B. durch Preissenkungen).

¹⁸⁸⁶ ABl. Nr. L 001 v. 4.1.2003, S. 1–25.

¹⁸⁸⁷ VO Nr. 316/2014 v. 21.3.2014, ABl. L 93 v. 28.3.2014, S. 17.

¹⁸⁸⁸ VO Nr. 330/2010 v. 20.4.2010.

¹⁸⁸⁹ VO Nr. 240/96 v. 31.1.1996, ABl. L 31 v. 9.2.1996, S. 2–13.

¹⁸⁹⁰ *Grützmacher*, ITRB 2005, 205, 206; *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: *Ullrich/Lejeune/Konrad/Timm-Goltzsch*, Rn. 778; *Berger*, K&R 2005, 15, 16.

¹⁸⁹¹ Nach GVO-TT, Art. 1 Buchst. c, ist eine Technologietransfer-Vereinbarung „eine von zwei Unternehmen geschlossene Vereinbarung über die Lizenzierung von Technologierechten mit dem *Ziel der Produktion von Vertragsprodukten* durch den Lizenznehmer und/oder seine Zulieferer, oder eine Übertragung von Technologierechten zwischen zwei Unternehmen mit dem *Ziel der Produktion von Vertragsprodukten*, bei der das mit der Verwertung der Technologierechte verbundene Risiko zum Teil beim Veräußerer verbleibt“.

¹⁸⁹² Ein „Vertragsprodukt“ ist gem. Art. 1 Buchst. g GVO-TT „ein Produkt, das mit der lizenzierten Technologie produziert wird“.

¹⁸⁹³ *Berger*, K&R 2005, 15, 18; *Grützmacher*, ITRB 2005, 205, 206; *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: *Ullrich/Lejeune/Konrad/Timm-Goltzsch*, Rn. 781 ff.

einfache Weitervertriebslizenzen sind nicht erfasst.¹⁸⁹⁴ Hingegen dürfte beispielsweise die Überlassung einer Masterkopie einer Software mit der Lizenz zur Herstellung und zum Vertrieb von Kopien von der GVO-TT erfasst sein.¹⁸⁹⁵ Wenn allerdings der Hersteller der Vertriebsperson die Masterlizenz mit der Erlaubnis einräumt, nicht selbst Kopien herzustellen, sondern Sublicenzen zur Herstellung von Kopien einzuräumen (beispielsweise beim Vertrieb von Software per Download über das Internet), dann ist nicht die Produktion von Vertragsprodukten Gegenstand der Vereinbarung, sodass die GVO-TT nicht anwendbar ist.¹⁸⁹⁶ Auch Vereinbarungen über Application Service Providing (ASP) sowie Outsourcing-Verträge stehen nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Herstellung von Vertragsprodukten (Softwarekopien), sodass auch diese Vertragstypen aus der GVO-TT ausgeklammert sind.¹⁸⁹⁷

Die **Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen (GVO-VV)** von 330/2010 stellt bestimmte vertikale Vereinbarungen über den Kauf oder Verkauf von Waren und Dienstleistungen vom Kartellverbot frei.¹⁸⁹⁸ Gem. Art. 2 Abs. 3 GVO-VV gilt die Freistellung auch für Vereinbarungen mit Bestimmungen über die Übertragung geistiger Eigentumsrechte, sofern diese Bestimmungen **nicht Hauptgegenstand** der Vereinbarung sind und sofern sie sich unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen beziehen. Die Überlassung einer einfachen Nutzungslizenz an Endnutzer ist somit, wie schon aus dem Bereich der GVO-TT, auch aus dem Bereich der GVO-VV ausgeklammert.¹⁸⁹⁹ Auf Softwarelizenzverträge mit Endanwendern ist somit in aller Regel keine Gruppenfreistellungsverordnung anwendbar.¹⁹⁰⁰ Hingegen eröffnet sich für die GVO-VV im Bereich der Softwarevertriebsverträge ein weites Anwendungsfeld. Voraussetzung für die Anwendung der GVO-VV auf Softwarevertriebsverträge ist, dass dem Händler vom Hersteller physische Kopien der Software zum Vertrieb überlassen werden, da anderenfalls die Lizenzvereinbarungen Hauptgegenstand der Vereinbarung seien und die Freistellung gem. Art. 2 Abs. 3 GVO gesperrt wäre.¹⁹⁰¹ Vereinbarungen zwischen Hersteller und Händler über den Vertrieb von Vervielfältigungsstücken, die bereits vom Hersteller produziert wurden, sind somit – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – durch die GVO-VV vom Kartellverbot

¹⁸⁹⁴ Ullrich/Lejeune/Konrad/Timm-Goltzsch, Rn. 779.

¹⁸⁹⁵ Berger, K&R 2005, 15, 17; a.A. Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich, in: Ullrich/Lejeune/Konrad/Timm-Goltzsch, Rn. 780.

¹⁸⁹⁶ Berger, K&R 2005, 15, 18.

¹⁸⁹⁷ Berger, K&R 2005, 15, 18.

¹⁸⁹⁸ EG 3 zur GVO-VV.

¹⁸⁹⁹ Berger, K&R 2005, 15, 18.

¹⁹⁰⁰ Grützmacher, ITRB 2005, 205, 206; Ullrich/Lejeune/Konrad/Timm-Goltzsch, Rn. 792.

¹⁹⁰¹ Grützmacher, ITRB 2005, 205, 206.

freigestellt.¹⁹⁰² Dies gilt auch für den Vertrieb von vorinstallierter Software mit entsprechender Hardware.¹⁹⁰³ Sieht das Vertriebsmodell aber vor, dass dem Händler lediglich eine Masterkopie überlassen wird, mittels derer er die zu vertreibenden Kopien selbst herstellen soll, so steht bei dieser Vereinbarung die Nutzungsrechtseinräumung (Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht) im Vordergrund, sodass keine Freistellung durch die GVO-VV erfolgen kann; für diese Fälle greift aber die GVO-TT ein.¹⁹⁰⁴ Auch in solchen Fällen, in denen dem Händler vom Hersteller zwar physische Kopien der Software überlassen werden, das Vertriebsmodell aber nur die Einräumung von Sublizenzen durch den Händler vorsieht, steht die Lizenzerteilung im Vordergrund, sodass eine Anwendung der GVO-VV wegen Art. 2 Abs. 3 ausscheidet.¹⁹⁰⁵ Aus dem gleichen Grund fallen auch Outsourcing- und ASP-Verträge aus dem Anwendungsbereich der GVO-VV heraus. Ebenfalls nicht erfasst sind Verbote von Unterlizenzierungen und Floating-Lizenzen, die die maximale Nutzeranzahl deckeln. Zusätzlich sind Field of Use-Klauseln, die Beschränkung vertraglich bestimmter Vewertungs- und Verwendungsarten des Vertragsgegenstands, nicht erfasst, solange der Hersteller keine beherrschende Stellung auf dem europäischen Binnenmarkt besitzt.

Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen gelten auch dann, wenn die Wettbewerbsbeschränkung nicht geeignet ist, den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen. In sog. Bagatell- oder „de-minimis“-Bekanntmachungen haben die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt die **Frage der Spürbarkeit** geregelt. Eine wettbewerbsbeeinträchtigende Vereinbarung ist nicht spürbar, wenn der Anteil der beteiligten Unternehmen am relevanten Markt insgesamt 5 %¹⁹⁰⁶ oder 5–15 %¹⁹⁰⁷ nicht überschreitet. Diese Freistellung gilt wiederum nicht für besonders gravierende Wettbewerbsverstöße, wie etwa die Festlegung verbindlicher Mindest- oder Festpreise.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass das europäische Wettbewerbsrecht nur bei **Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel** zum Tragen kommt. Eine Eignung zu

¹⁹⁰² Ullrich/Lejeune/Konrad/Timm-Goltzsch, Rn. 788.

¹⁹⁰³ Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. EG 2000 Nr. C 291, 1, Tz. 41. (Neu: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2010/C130/01 Tz. 42).

¹⁹⁰⁴ Vgl. Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. EG 2000 Nr. C 291, S. 1, Tz. 32; Berger, K&R 2005, 15, 17 f.; Grützmacher, ITRB 2005, 205, 206; Wissel/Eickhoff, WuW 2004, 1244, 1246; Zöttl, WRP 2005, 33, 35; Polley, CR 2004, 641, 645 f.

¹⁹⁰⁵ Berger, K&R 2005, 15, 17; Ullrich/Lejeune/Konrad/Timm-Goltzsch, Rn. 789 f.

¹⁹⁰⁶ So die Bundeskartellamts-Bagatell-Bekanntmachung, Bundeskartellamt Nr. 57/80 v. 8.7.1980, Bundesanzeiger 1980, Nr. 133; siehe auch: Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen Stand März 2007.

¹⁹⁰⁷ Bekanntmachung der EG-Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung v. 22.12.2001, EG ABl. 2001 C 368/13, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001XC1222\(03\)&from=DA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001XC1222(03)&from=DA) (zuletzt abgerufen am 30.07.2021).

einer zwischenstaatlichen Wettbewerbsbeschränkung ist dann zu vermuten, wenn sich die Auswirkungen der Vertikalvereinbarung nicht allein auf das Gebiet eines einzelnen Mitgliedstaats beschränken. Damit sind Vereinbarungen zum Softwarevertrieb im Internet regelmäßig Gegenstand von EU-Kartellregeln. Ähnlich ist das EU-Recht anwendbar, wenn es um Exportbeschränkungen geht. Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (sog. KMUs) sind nach Ansicht der Kommission selten geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Dabei wird als kleines oder mittleres Unternehmen ein Betrieb angesehen, der weniger als 250 Mitarbeiter hat, einen Jahresumsatz von max. 50 Millionen Euro und eine Bilanzsumme von max. 43 Millionen Euro aufweist.¹⁹⁰⁸

Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV gilt auch dann nicht, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung dem Wesen eines gesetzlich geregelten Vertriebssystems immanent ist. Mit Berufung auf dieses sog. **Immanenzprinzip** hat die EU-Kommission den **echten Handelsvertretervertrag** von Art. 101 AEUV ausgenommen. Sofern also ein Softwarehändler als echter Handelsvertreter anzusehen ist, wären Vereinbarungen zwischen ihm und dem Hersteller kartellrechtlich von vorneherein unbedenklich. Ein solcher Fall ist allerdings selten, da Software weniger im Wege von Handelsvertreterverträgen auf den Markt gebracht wird. Streitig ist, ob man nicht die Regeln zu den Handelsvertretern auf Vertragshändler oder Franchisenehmer übertragen kann. Ein Teil der Literatur will Softwarehändler dann den Handelsvertretern gleichstellen, wenn das Erscheinungsbild beider wirtschaftlich identisch ist.¹⁹⁰⁹ Diese Auslegung widerspricht aber den Vertikal-Leitlinien, die wettbewerbsbeschränkende Vertragsvereinbarungen in Vertragshändlerverträgen und Vereinbarungen unechter Handelsvertreter insgesamt einem Verbot des Art. 101 AEUV unterwerfen.¹⁹¹⁰

Neben Art. 101 AEUV spielt auch noch die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eine Rolle (Art. 102 Abs. 1 AEUV sowie §§ 19, 20 GWB). Entscheidend ist hier die Frage des relevanten Marktes.

Der Hersteller kann seine Vertriebsstrukturen im Grundsatz erst einmal **vertraglich frei** ausgestalten. Entscheidet er sich für ein System (echter) Handelsvertreter, ist er kartellrechtlich frei, aber an starke handelsrechtliche Vorgaben – insbesondere im Hinblick auf den Provisionsanspruch – gebunden. Eigenhändler, die im eigenen Namen und auf eigene

¹⁹⁰⁸ So die Empfehlung der EU-Kommission über die Differenzierung der kleinen und mittleren Unternehmen v. 6.5.2003, 2003/361/EU, EU ABl. 2003, L 124, S. 36.

¹⁹⁰⁹ So etwa *Bechtold*, EWS 2001, 49, 53; *Lange*, EWS 2001, 18, 21; *Damm*, 63 ff.

¹⁹¹⁰ Verordnung über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, EG ABl. 1999, L 336, 21 und Leitlinien für vertikale Beschränkungen, EG ABl. 2000, C 291, S. 1.

Rechnung tätig sind, kann er grundsätzlich aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes und des zentralen Gedankens der Warenverkehrsfreiheit nicht binden. Denkbar wäre allerdings ein **selektives Vertriebssystem**. Dabei handelt es sich um ein Vertragssystem, in dem sich der Lieferant verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden. Die Händler ihrerseits verpflichten sich, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.¹⁹¹¹ Ein solches System ist kartellrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das vertriebene Produkt aus Image-Gründen oder zur Qualitätssicherung eine Selektion unter den Vertriebspartnern erfordert. Letzteres wäre bei Software, insbesondere Spezialprogrammen, sicherlich der Fall, da hier besondere technische Voraussetzungen im korrekten Umgang mit dem Programm gegeben sein müssen. Erlaubt ist ein selektiver Vertrieb von Software auch dann, wenn die Auswahlkriterien objektiver und qualitativer Art sind, sich also z.B. auf eine hinreichende Qualifikation des Händlers und seines Personals beziehen; eine Staffelung nach Umsatzkriterien wäre wiederum verboten. Untersagt bleiben alle Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs an Endverbraucher;¹⁹¹² wenn sich also ein freier Händler Software besorgt hat, kann ihm der Weiterverkauf an Endkunden nicht untersagt werden. Schließlich müssen auch Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems frei bleiben.¹⁹¹³

Im Übrigen sind beim Vertrieb auch die **allgemeinen Vorgaben des UWG** einzuhalten. Wenn z.B. zwei Softwarelieferanten über die Frage streiten, ob durch den Vertrieb komplexer Software Rechte der anderen Partei verletzt werden, ist es nach § 3 UWG rechtswidrig, wenn die vermeintlich verletzte Partei in einem Rundschreiben an ihre Kunden, die gleichzeitig potentielle Kunden der anderen Partei sind, in vager und pauschaler Form mitteilt: „Nunmehr mussten wir feststellen, dass von einem Drittunternehmen ein Produkt angeboten wird, welches unser [...] System ersetzen soll. Es liegt uns hierzu ein Gutachten eines von der Industrie- und Handelskammer [...] öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen vor. Sein Ergebnis hat uns dazu bewogen, unverzüglich gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Zu gegebener Zeit werden wir auf die Angelegenheit zurückkommen.“¹⁹¹⁴

¹⁹¹¹ Art. 1 Buchst. d. GVO-VV Vertriebssysteme.

¹⁹¹² Art. 4 Buchst. d. GVO-VV.

¹⁹¹³ Art. 1 Buchst. d. GVO-VV.

¹⁹¹⁴ OLG Köln, Urt. v. 24.7.1998 – 6 U 172, GRUR 1999, 93.

Neuntes Kapitel: **Musterverträge**

I. Softwareüberlassungsvertrag

§ 1 Präambel

Gegenstand des Vertrags ist die Lieferung von Softwareprodukten durch XXX an den Käufer.

§ 2 Hauptleistungspflichten

(1) Dem Kunden steht das nicht ausschließliche Recht zu, die Produkte in unveränderter Form im Umfang der vereinbarten Nutzungsart auf den Geräten zu nutzen, für die sie bestimmt sind. Der Kunde darf zur Datensicherung von jedem Produkt eine Kopie herstellen. Er hat dabei alphanumerische Kennungen, Warenzeichen und Urheberrechtsvermerke unverändert mit zu vervielfältigen und über den Verbleib der Kopien Aufzeichnungen zu führen. Dokumentationen dürfen nicht vervielfältigt werden.

Der Anwender darf die Software auf jeder ihm zur Verfügung stehenden Hardware einsetzen. Wechselt der Anwender jedoch die Hardware, muss er die Software von der bisher verwendeten Hardware löschen.

Der Anwender darf das gelieferte Programm vervielfältigen, soweit die jeweilige Vervielfältigung für die Benutzung des Programms notwendig ist. Die notwendigen Vervielfältigungen umfassen auch die Installation des Programms vom Originaldatenträger auf den Massenspeicher der eingesetzten Hardware sowie des Ladens in den Arbeitsspeicher.

Der Anwender darf die Software einschließlich Handbuchs und des sonstigen begleitenden Materials auf Dauer an Dritte veräußern und verschenken, vorausgesetzt der Erwerbende erklärt sich mit der Weitergeltung der vorliegenden Vertragsbedingungen auch ihm gegenüber einverstanden. Im Falle der Weitergabe muss der Anwender dem neuen Anwender sämtliche Programmkopien einschließlich ggf. vorhandener Sicherungskopien übergeben oder die nicht übergebenen Kopien vernichten.

Die Rückübersetzung des Programmcodes in andere Codeformen sowie sonstige Arten der Rückerschließung der verschiedenen Herstellungsstufen der Software einschließlich einer Programmänderung für den eigenen Gebrauch ist zulässig, insbesondere zum Zwecke der Fehlerbeseitigung. Sofern die Handlung aus gewerblichen Gründen vorgenommen wird, ist sie nur zulässig, wenn sie zur Schaffung, Wartung oder zum Funktionieren eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms unerlässlich ist und die notwendigen Informationen auch nicht veröffentlicht worden und/oder sonst wie zugänglich sind.

Der Kunde wird dafür sorgen, dass die Produkte, deren Vervielfältigungen und die Dokumentationen ohne schriftliche Zustimmung von XXX nicht an Dritte vermietet werden.

(2) Das Recht zur Nutzung der Produkte geht mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises auf den Kunden über.

§ 3 Gewährleistung und Haftung

(1) Mängel der gelieferten Sache einschließlich der Handbücher und sonstiger Unterlagen werden vom Lieferanten innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von zwei Jahren ab Ablieferung nach entsprechender Mitteilung durch den Anwender behoben. Dies geschieht nach Wahl des Käufers durch kostenfreie Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Im Falle der Ersatzlieferung ist der Käufer verpflichtet, die mangelhafte Sache zurück zu gewähren.

(2) Kann der Mangel nicht innerhalb einer angemessenen 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 unmöglich ist, wenn sie vom Lieferanten verweigert oder unzumutbar verzögert wird, wenn begründete Zweifel hinsichtlich der Erfolgsaussichten bestehen oder wenn eine Unzumutbarkeit aus sonstigen Gründen vorliegt.

(3) Der Käufer ist, sofern es sich nicht um einen Verbraucher handelt, verpflichtet, die gelieferte Ware auf offensichtliche Mängel, die einem durchschnittlichen Kunden ohne weiteres auffallen, zu untersuchen. Zu den offensichtlichen Mängeln zählen auch das Fehlen von Handbüchern sowie erhebliche, leicht sichtbare Beschädigungen der Ware. Ferner fallen Fälle darunter, in denen eine andere Sache oder eine zu geringe Menge geliefert werden. Solche offensichtlichen Mängel sind beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach Lieferung schriftlich zu rügen.

Mängel, die erst später offensichtlich werden, müssen beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach dem Erkennen durch den Anwender gerügt werden.

Bei Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht gilt die Ware in Ansehung des betreffenden Mangels als genehmigt.

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

§ 4 Sonstiges

(1) Nebenabreden bedürfen der Schriftform.

(2) Sollte eine Bestimmung dieses Vertrags unwirksam sein, so werden dadurch die übrigen Bestimmungen in ihrer rechtlichen Wirksamkeit nicht berührt. An die Stelle der unwirksamen Bestimmung muss für diesen Fall mit anfänglicher Wirkung eine solche treten, die dem beabsichtigten Sinn und Zweck aller Parteien entspricht und ihrem Inhalt nach durchführbar ist.

(3) Bei Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag ist der Sitz von XXX Gerichtsstand, wenn

- a) der Käufer Kaufmann ist oder
- b) der Käufer keinen allgemeinen Gerichtsstand im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hat oder
- c) der Käufer juristische Person des öffentlichen Rechts ist.

XXX ist berechtigt, auch an jedem anderen gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstand zu klagen. Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss des UN-Kaufrechts.

II. Softwareerstellungsvertrag

Muster für Softwareerstellungsverträge sind wenig brauchbar, da solche Verträge typischerweise nicht in Form von AGB konzipiert werden und im Übrigen aufgrund der Vielfalt notwendiger Einzelregelungen sehr komplex und einzelfallbezogen sind. Im Folgenden seien nur einige typische Vertragsbestandteile typisierend umschrieben.

§ 1 Präambel

T ist seit vielen Jahren im Versicherungssektor als IT-Dienstleister tätig und stellt in diesem Zusammenhang IT Systeme, IT Beratung und fachliches Know-how seinen Auftraggebern und Partnern zur Verfügung. F ist ein Unternehmen, das Software für Versicherungsunternehmen entwickelt. Wesentlicher Inhalt dieser Verträge ist die Bereitstellung, Weiterentwicklung von Modulen und Wartung der von F zu entwickelnden Versicherungssoftware Insutrans. Die technischen Eckdaten der Software sind in dem beigelegten Pflichtenheft verankert, das Vertragsbestandteil ist. Die Parteien verpflichten sich hierbei, während der Vertragslaufzeit die besonderen Rechte und Formen der Zusammenarbeit auch bei den außerhalb dieses Vertrags liegenden Tätigkeiten zu berücksichtigen.

§ 2 Hauptleistungspflichten

(1) F verpflichtet sich, für T eine betriebsfertige Software nach Vorgaben von T werkvertraglich bereitzustellen und die Betriebsbereitschaft im Rahmen der notwendigen Pflege aufrechtzuerhalten und zu sichern. Hierzu wird F für T die im Pflichtenheft und etwaigen Service Level Agreements, die insgesamt Vertragsbestandteil sind, aufgeführten Funktionen der Software bereitstellen und -halten. Zur geschuldeten Software gehören auch die entsprechenden

technischen Dokumentationen sowie der Source Code, jeweils auf dem aktuellen Programm- und Aktualisierungsstand.

(2) F räumt T schon jetzt die nach dem Vertragszweck notwendigen Nutzungsrechte in Bezug auf die Software ein. T erhält ein zeitlich und räumlich unbegrenztes, ausschließliches Nutzungsrecht an der Software. Dieses Recht ist übertragbar und berechtigt auch zur Einräumung einfacher Nutzungsrechte. Das Nutzungsrecht schließt auch künftige, neue Nutzungsformen ein. Insbesondere erhält T das Recht, die Software

- zu vervielfältigen, einschließlich der Vervielfältigung auf CD-ROM; DVD; Blue Ray, des Ladens in den Arbeitsspeicher,
- zu verbreiten, einschließlich der Verbreitung über das Internet,
- umzugestalten und zu bearbeiten, unter Wahrung eventueller Urheberpersönlichkeitsrechte und
- der Öffentlichkeit unkörperlich zugänglich zu machen, einschließlich der Bereitstellung über Internet und Intranet.

(3) F hat die gesamte Vertragserfüllung höchstpersönlich zu leisten. Die Leistungserbringung durch Dritte ist ausgeschlossen, es sei denn, T stimmt der Vertragserfüllung durch Dritte ausdrücklich und schriftlich zu. T stimmt dem nur zu, wenn ein dringendes Bedürfnis für die Unterbeauftragung besteht und kein wichtiger Grund gegen die Person des Unterbeauftragten spricht.

(4) F übernimmt – abseits der geschuldeten Gewährleistung – die Pflege der Software, insbesondere die Diagnose und Beseitigung von nicht gewährleistungsbedingten Störungen. Die Pflege erfolgt innerhalb der im Service Level Agreement (Anlage 3) festgelegten Zeit. Der Umfang der Pflegeleistungen ist in Anlage 3 (Service Level Agreement), die Abwicklung der Pflegeleistung ist unter Anlage 4 (Service Management Prozesse) geregelt.

(5) T schuldet F die in den jeweiligen Leistungsscheinen vereinbarten Vergütungen 14 Tage nach deren Rechnungsstellung. Sofern nichts anderes vereinbart ist, erfolgt die Rechnungsstellung jeweils nach Erbringung der Leistung. Soweit die Leistung einer Abnahme durch T bedarf, beginnt die Zahlungsfrist erst nach der erfolgten Abnahme. Die gesetzliche Umsatzsteuer ist in den Rechnungen gesondert auszuweisen.

§ 3 Nebenleistungspflichten

(1) Die Parteien werden sich wechselseitig alle zur Vertragserfüllung notwendigen Informationen und Unterlagen zur Verfügung stellen. Die Parteien verpflichten sich, alle im Rahmen dieses Vertrags zur Verfügung gestellten oder erstellten Unterlagen ordnungsgemäß aufzubewahren und vor Einsichtnahme Dritter zu schützen.

(2) Die Parteien verpflichten sich sicherzustellen, dass sämtliche im Rahmen der Zusammenarbeit erhaltenen Informationen und Dokumente, gleich welcher Art, streng vertraulich zu behandeln und ausschließlich zur Verwendung in dem in der Präambel festgelegten Zweck einzusetzen sind. Die vertraulichen Informationen dürfen nicht ohne die vorherige schriftliche Zustimmung seitens der Parteien an Dritte weitergegeben werden. Das gilt neben den Kenntnissen über die Produkt- und Geschäftspolitik sowie Vertriebswege besonders für alle Informationen, die als vertraulich bezeichnet werden oder als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse erkennbar sind. Dazu gehören grundsätzlich alle betriebswirtschaftlichen, technischen, finanziellen und sonstigen Informationen über Geschäftstätigkeit, Projekte und Kunden. Die Parteien sind sich der Tatsache bewusst, dass Informationen zusätzlich dem Bankgeheimnis unterliegen können. Die Parteien und die von ihnen eingesetzten Berater verpflichten sich, über solche Informationen den gesetzlichen Vorschriften entsprechend ebenfalls strengstes Stillschweigen zu bewahren.

(3) Alle Personen, die für die Parteien im Zusammenhang mit diesem Vertrag mit der Erfüllung der sich daraus ergebenden Aufgaben befasst sind oder sein können, werden zur Wahrung der einschlägigen Vorschriften des Datenschutzes verpflichtet und auf die Straf- und Ordnungswidrigkeitsvorschriften des BDSG sowie der DSGVO und sonstige entsprechende Rechtsvorschriften hingewiesen.

(4) Es werden alle technischen und organisatorischen Maßnahmen getroffen, die erforderlich sind, um die Ausführung der Vorschriften der vorgenannten Gesetze zu gewährleisten.

(5) Die Pflicht zur Einhaltung der Vertraulichkeit und des Bankgeheimnisses wirkt über den Zeitpunkt der Beendigung dieses Vertrags unbegrenzt fort.

(6) Die Parteien werden es wechselseitig unterlassen, Mitarbeiter der anderen Partei während des bestehenden Vertragsverhältnisses oder für einen Zeitraum von einem (1) Jahr nach Vertragsbeendigung abzuwerben. Im Falle der Zuwiderhandlung, ist eine an die betroffene Partei zu zahlende Vertragsstrafe fällig, deren Höhe gem. § 315 BGB in dessen billiges Ermessen gestellt ist und im Streitfall der gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Dies gilt dann nicht, wenn die andere Partei nachweist, den Mitarbeiter nicht abgeworben zu haben.

(7) Diese Regelung gilt entsprechend, wenn das Beschäftigungsverhältnis mit einem zu einer Partei konzernrechtlich verbundenen Unternehmen oder mit diesem ein freies Mitarbeiterverhältnis begründet wird.

§ 4 Gewährleistung und Haftung

(1) F hat die mit T in den einzelnen Leistungsscheinen zu vereinbarenden Fälligkeitsterminen für Leistungen einzuhalten. Soweit nicht anders vereinbart, handelt es sich bei diesen

Fälligkeitsterminen um Fixtermine. Erbringt F die Leistung nicht zum Fälligkeitstermin, befindet sie sich automatisch im Schuldnerverzug, ohne dass es einer Mahnung bedarf. Für den Fall des Schuldnerverzugs stehen T die im BGB geregelten gesetzlichen Rechte ungekürzt zu.

(2) F hat dafür einzustehen, dass ihre Werkleistungen die in diesem Vertrag, dem Pflichtenheft und den SLAs vereinbarten Eigenschaften aufweisen, den anerkannten Regeln der Technik nach letztem Stand entsprechen und keine Fehler aufweisen, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes zu den gewöhnlichen oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Für den Fall, dass die Werkleistung mit Mängeln behaftet ist, steht T die gesetzlichen Gewährleistungsrechte nach den §§ 631 ff. BGB ungekürzt zu. Soweit es zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen einer Nachfristsetzung durch T bedarf, wird diese Frist aufgrund der außerordentlichen Dringlichkeit des Projektes für T auf höchstens 3 Kalendertage festgelegt.

T ist bei Werkmängeln nach Ablauf einer gesetzten Nachbesserungsfrist insbesondere berechtigt, die Mängel im Wege der Selbstvornahme durch Dritte zu beheben oder die Werkleistung bei Mängeln durch Dritte auf Kosten von F erbringen zu lassen. Zur Durchführung der Selbstvornahme ist T berechtigt, einen Kostenvorschuss von F in Höhe von 80 % der erwarteten Kosten auf Basis eines Kostenvoranschlags des Dritten von F auf erstes Anfordern einzufordern.

(3) Die Vertragsparteien haften einander nach den allgemeinen Haftungsbestimmungen des BGB. Unbeschadet etwaiger darüber hinaus gehender Ansprüche und Rechte wird F im Falle einer Nicht- oder Schlechtleistung T und andere Personen oder Gesellschaften, die Rechte von T herleiten, von allen gegen diese erhobenen Ansprüche Dritter einschließlich der Kosten einer etwaigen angemessenen Rechtsverteidigung freistellen. F wird T über alle Vorgänge informieren, die zu Beschwerden geführt haben, und alle Informationen bereitstellen, die T zur Prüfung der Rechts- und Sachlage benötigt.

Die Parteien haften einander bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit für alle von ihr sowie ihren gesetzlichen Vertretern oder Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden unbeschränkt. Bei leichter Fahrlässigkeit haften die Parteien im Fall der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit unbeschränkt. Die Parteien haften einander – gleich aus welchem Rechtsgrund – im Übrigen bei von ihren Mitarbeitern oder von ihnen eingeschalteten Dritten verursachten unmittelbaren Sach- und Vermögensschäden bis zu einer Höhe von zwölf Monatsbeträgen der nutzungsabhängigen Vergütung.

§ 5 Beendigungsunterstützung

F verpflichtet sich, T bei Kündigung des Vertrags eine Beendigungsunterstützung zur Fortführung des Projektes zu leisten. Die Vertragsparteien werden hierzu binnen einer (1) Woche nach Kündigung des Rahmenvertrags einen entsprechenden Einzelvertrag abschließen. Hierbei hat F innerhalb von vier (4) Monaten nach Kündigung des Rahmenvertrags durch genügende Mitarbeiter in Kooperation mit einem Spezialisten-Team von T oder einem etwaigen zukünftigen Partner ein Überführungskonzept zu erstellen. Dieses muss einen Transitprozess nebst Pflichtenheft beinhalten, welche in ihrem Detaillierungsgrad mindestens dem hiesigen Regelwerk entsprechen muss. Nach entsprechender Genehmigung des Konzeptes durch T wird F die physische Umsetzung der Transition durch X geeignete und entsprechend geschulte Mitarbeiter im Rahmen eines neuerlichen werkvertraglichen Einzelvertrags sicherstellen.

Die Gegenleistung für die Erstellung des Überführungskonzepts sowie die Umsetzung der Transition werden die Vertragsparteien einvernehmlich festlegen.

Für den Fall, dass sich die Überführung des Prozesses zurück zu T über das Vertragsende des Rahmenvertrags hinaus verzögert, verpflichtet sich F, die Leistungen der abgeschlossenen Einzelverträge und Leistungsscheine mindestens solange selbst gegen Zahlung der vereinbarten Gegenleistung zu erbringen, bis eine erfolgreiche Transition auf den neuen Leistungserbringer abgeschlossen ist.

§ 6 Sonstige Bestimmungen

(1) Dieser Vertrag enthält sämtliche Regelungen der Parteien in Bezug auf den Zweck dieses Vertrags. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Vertragspartner gelten nicht im Verhältnis der Vertragspartner zueinander. Änderungen, Ergänzungen sowie eine Vereinbarung über die Auflösung dieses Vertrags bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Ein Verzicht auf das Erfordernis der Schriftform kann nur im Wege einer ausdrücklichen schriftlichen Vereinbarung erfolgen.

(2) Auf das vorliegende Vertragsverhältnis findet ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland Anwendung. Ausgenommen ist das UN-Kaufrechtsabkommen – CISG.

(3) Als Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag, seiner Durchführung sowie über die Gültigkeit des Vertrags wird XX vereinbart. XXX ist berechtigt, auch an jedem anderen gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstand zu klagen.

(4) Eine Aufrechnung oder ein Zurückbehaltungsrecht der Parteien an den nach diesem Vertrag zustehenden Ansprüchen aufgrund von Gegenansprüchen der jeweils anderen Partei ist nicht zulässig, es sei denn, dass die zur Aufrechnung gestellten Forderungen von den Parteien schriftlich anerkannt worden sind.

(5) Jede Partei ist berechtigt, Änderungen der vertragsgegenständlichen Leistungen zu fordern, insbesondere, wenn sich die Leistungsanforderungen während der Vertragslaufzeit ändern. Die jeweils andere Partei wird dem Änderungsverlangen (Change-Request) dann nachkommen, wenn ihr dies im Rahmen ihrer betrieblichen Leistungsfähigkeit zumutbar und ihr originärer Geschäftsauftrag dadurch nicht gefährdet ist. Jeder Change-Request ist schriftlich zu formulieren und den jeweils anderen Parteien zur Prüfung und Umsetzung vorzulegen.

(6) Sollte eine Bestimmung dieser Vereinbarung unwirksam sein oder während der Vertragsdauer unwirksam werden, so wird diese Vereinbarung in allen übrigen Bestimmungen dadurch nicht berührt und gilt unverändert weiter. Die unwirksame Bestimmung soll durch eine andere, zulässige Bestimmung ersetzt werden, die dem Sinn und Zweck der unwirksamen Bestimmung am nächsten kommt.

III. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern

In Ergänzung zum heute geschlossenen Arbeitsvertrag wird zwischen den Parteien folgende Vereinbarung getroffen:

§ 1 Rechte an Arbeitsergebnissen

(1) Zu den Arbeitsergebnissen im Sinne dieser Vereinbarung gehören insbesondere die aus der Tätigkeit des Herrn Y in Planung, Entwicklung, Forschung, Kundenberatung, Wartung oder Verwaltung geschaffenen Datensammlungen (Datenbanken) und DV-Programme in Quellen- und Objektprogrammform, bei ihrer Entwicklung entstandene Erfindungen, Algorithmen, Verfahren, Spezifikationen, Berichte sowie Dokumentations- und Schulungsmaterial über Systemanalyse, Roh- und Feinentwurf, Test, Installation, Einsatz, Wartung und Pflege der Datensammlungen und DV-Programme.

(2) X hat das Recht, alle Arbeitsergebnisse, die aus der Tätigkeit des Herrn Y für die X entstehen oder durch nicht allgemein bekannte Informationen der X angeregt wurden oder maßgeblich auf Erfahrungen, Arbeiten oder Unterlagen der X beruhen, ohne sachliche, zeitliche oder räumliche Beschränkungen zu verwerten oder verwerten zu lassen.

(3) Schutzzfähige Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge unterliegen den Bestimmungen des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen. Dienstserfindungen im Sinne des ArbNEG sind der X unverzüglich gesondert schriftlich zu melden.

(4) Soweit Arbeitsergebnisse gem. Abs. (1) und (2) urheberrechtlich geschützte Werke sind, räumt Herr Y der X hieran ausschließliche, zeitlich und räumlich unbeschränkte Nutzungsrechte für alle bekannten Verwertungsarten ein. Dazu gehört insbesondere das Recht, Abänderungen, Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen vorzunehmen, die

Arbeitsergebnisse im Original oder in abgeänderter, bearbeiteter oder umgestalteter Form zu vervielfältigen, zu veröffentlichen, zu verbreiten, vorzuführen, über Fernleitungen oder drahtlos zu übertragen und zum Betrieb von DV-Anlagen und -Geräten zu nutzen.

(5) Zur vollständigen oder teilweisen Ausübung der Rechte gem. Abs. (4) bedarf es keiner weiteren Zustimmung von Seiten des Herrn Y.

(6) X ist ohne Einholung weiterer Zustimmungen von Seiten des Herrn Y befugt, die Rechte gem. Abs. (3), (4) und (5) ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen oder Dritten entsprechende Rechte einzuräumen.

(7) Herr Y verzichtet auf den Zugang zum Werkoriginal, alle in Quellcode gefassten Programme sowie alle anderen Arbeitsergebnisse im Sinne der Abs. (1) und (2).

(8) Die Rechtseinräumung bleibt von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unberührt. Eine Verpflichtung der X, dem aus dem Unternehmen ausgeschiedenen Herrn Y die von ihm während der Dauer des Arbeitsverhältnisses geschaffenen Arbeitsergebnisse zugänglich zu machen, wird ausdrücklich ausgeschlossen (kein Zugangsrecht).

§ 2 Abgeltung

(1) Die in § 1 genannten Rechte an Arbeitsergebnissen sind durch die laufenden Bezüge des Herrn Y abgegolten, und zwar auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

(2) Der Anspruch des Herrn Y auf gesetzliche Vergütungen von Dienstleistungen und technischen Verbesserungsvorschriften nach dem ArbNEG bleibt unberührt. Seine entsprechende Anwendung auf Softwareprodukte wird ausdrücklich ausgeschlossen.

§ 3 Eigene Software und Erfindungen des Herrn Y

(1) In der Anlage zu diesem Vertrag gibt Herr Y der X in Form einer Titelliste Kenntnis von allen Erfindungen, Datenverarbeitungsprogrammen, Vorentwürfen, Pflichtenheften, Problemanalysen, Grobkonzepten u.ä. mehr, die von ihm selbst vor Beginn des Arbeitsverhältnisses gemacht bzw. entwickelt wurden und über die er vollständig oder teilweise Verfügungsberechtigt ist.

(2) Herr Y sichert zu, über keine weiteren Datenverarbeitungsprogramme, Vorentwürfe, Pflichtenhefte, Problemanalysen, Grobkonzepte u.ä. mehr bei Unterzeichnung dieser Vereinbarung zu verfügen. Beide Parteien sind sich darüber einig, dass von allen ab heute durch den Herrn Y entwickelten Produkten vermutet wird, dass diese für die X entwickelt wurden, und dass sie – soweit nicht in der Anlage aufgeführt – nicht vorher bzw. im Rahmen des Arbeitsverhältnisses für die X entwickelt worden sind.

(3) Sofern Herr Y beabsichtigt, die in der Titelliste gem. Abs. (1) genannten Erfindungen, Datenverarbeitungsprogramme und zugehörigen Dokumentationen in das Unternehmen der X

einzubringen, bedarf dies der vorherigen schriftlichen Zustimmung der X. Sollte die X einer Nutzung dieses Materials zustimmen, wird über Nutzungsberechtigung und Vergütung eine gesonderte schriftliche Vereinbarung getroffen. Werden solche oder andere Programme stillschweigend eingebracht, so erhält die X ein unentgeltliches und zeitlich unbefristetes Nutzungsrecht, ohne dass es einer dahingehenden ausdrücklichen Vereinbarung bedarf, es sei denn Herr Y hat sich seine Rechte bei der Einbringung ausdrücklich schriftlich gegenüber der Geschäftsführung vorbehalten.

§ 4 Nebenberufliche Softwareverwertung

(1) Jede direkte oder indirekte Verwertung von Arbeitsergebnissen gem. § 1 ist Herrn Y untersagt.

(2) Die gewerbliche Verwertung sonstiger, von Herrn Y neben seiner Tätigkeit für die X geschaffener Software, die nicht Arbeitsergebnis i.S.d. §§ 1 und 2 ist, sowie von eigener Software gem. § 3 bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung der X. Diese Einwilligung darf nicht aus anderen Gründen versagt werden als dem Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen der X.

(3) Herr Y wird während der Dauer des Dienstvertrags keinerlei Wettbewerbshandlung gegen die X vornehmen, insbesondere sich nicht – auch nicht als Minderheitsgesellschafter oder stiller Gesellschafter – an einer Gesellschaft beteiligen, die in Wettbewerb zu der X steht.

§ 5 Informationen, Unterlagen und Software Dritter

(1) Herr Y verpflichtet sich, der X keine vertraulichen Informationen oder Unterlagen, die anderen gehören, zukommen zu lassen. Der Mitarbeiter wird auch nicht veranlassen, dass solche vertraulichen Informationen oder Unterlagen ohne Kenntnis der X in dessen Unternehmen benutzt werden.

(2) Herr Y verpflichtet sich, keine Datenverarbeitungsprogramme und zugehörige Dokumentationen, die er von Dritten erworben, lizenziert oder auf andere Weise erhalten hat, der X zukommen zu lassen, es sei denn nach ausdrücklicher Ermächtigung durch die Gesellschaft. Herr Y wird auch nicht veranlassen, dass solches Material ohne Kenntnis der X in deren Unternehmen benutzt wird.

(3) Herr Y wird für von ihm geschaffene Arbeitsergebnisse i.S.v. § 1 auf Verlangen der X wahrheitsgemäß erklären, ob die Arbeitsergebnisse von ihm im Original geschaffen und/oder welche Teile aus firmenexternen Quellen direkt oder indirekt in abgewandelter oder bearbeiteter Form übernommen wurden.

§ 6 Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

(1) Herr Y ist verpflichtet, alle Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse der X geheim zu halten. Hierzu gehören insbesondere alle als vertraulich oder unternehmensintern gekennzeichneten oder als solche erkennbaren Unterlagen, Datensammlungen und Datenverarbeitungsprogramme sowie zugehöriges Dokumentations- und Schulungsmaterial. Dies gilt insbesondere auch für alle Kenntnisse, die Herr X im Rahmen der Beratung von Kunden der X über deren Geschäftsbetrieb erlangt.

(2) Die Verpflichtung aus Abs. (1) bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.

(3) Der Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der X bzw. der Kunden von X unterliegt unter anderem den strafrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (§ 23 GeschGehG). Ein Auszug aus diesem Gesetz ist dieser Vereinbarung als Anlage beigefügt.

§ 7 Wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge

(1) Manuskripte für wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge des Herrn Y, die mit dem Tätigkeitsbereich der X in Verbindung stehen, sind der X zur Freigabe vorzulegen. Eine Freigabe erfolgt, sofern berechnete betriebliche Interessen einer Publikation nicht entgegenstehen.

(2) Für wissenschaftliche Veröffentlichungen oder Vorträge gem. Abs. (1) erhält Herr Y in dem zum Zweck der Veröffentlichung und/oder des Vortrages gebotenen Umfang eine Freistellung von § 1 Abs. (2) und Abs. (4), die einen Verzicht der X auf jeden Honoraranspruch einschließt.

IV. Muster einer Geheimhaltungsvereinbarung mit Arbeitnehmern

Präambel

Der unterzeichnende Arbeitnehmer ist darauf hingewiesen worden, dass es sich bei den Geschäftstätigkeiten der XXX um hochgradig sensible und geheimnisträchtige Aktivitäten handelt. Insbesondere die zur Finanzanalyse eingesetzten Instrumente und Methoden sind rechtlich in vielfältiger Weise, unter anderem auch als Geschäftsgeheimnisse, geschützt. Jedes unbefugte Weitergeben von Informationen aus dem XXX-Umfeld kann zu schwerwiegenden Schädigungen des Unternehmens führen. Dabei ist auch zu beachten, dass die XXX ein international tätiges Unternehmen ist, dessen Kundschaft und Partner sich aus allen Teilen der Welt rekrutieren. XXX muss aus diesen Gründen darauf bestehen, dass sich der Arbeitnehmer bei allen Aktivitäten zur strikten Vertraulichkeit im Rahmen der weiteren Bestimmungen verpflichtet.

§ 1 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich aus diesen Gründen zur strikten und unbedingten Geheimhaltung sämtlicher Tatsachen, Informationen und Unterlagen (in mündlicher,

gedruckter oder maschinenlesbarer Form), welche den in der Präambel bezeichneten Geschäftsbetrieb der XXX betreffen (im Weiteren als „vertrauliche Informationen“ bezeichnet). Zu den vertraulichen Informationen zählen insbesondere

- die von der XXX-Gruppe entwickelten Technologien und Datenmodelle zur computergestützten Analyse von Finanzmärkten,
- die von der XXX-Gruppe zur Analyse entwickelte Software, einschließlich des Source Codes, Object Codes, der Programmdokumentation, der Datenflusspläne, der Benutzerdokumentation und sonstiger technischer Grundlagen,
- die Identität von XXX-Kunden, Partnern, Zulieferern und Vertriebsunternehmen,
- die finanziellen und strategischen Rahmenbedingungen der XXX-Gruppe,
- die der Kooperation zwischen Kunden und XXX zu Grunde liegenden Informationen bezüglich der wirtschaftlichen Aktivitäten der Kunden,
- die Finanzinformationen, die XXX ihren Kunden übermittelt oder zu übermitteln beabsichtigt.

§ 2 Ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung der XXX darf der Arbeitnehmer die vertraulichen Informationen weder für eigene Zwecke noch zu Gunsten Dritter sammeln, kopieren, aufbewahren oder in irgendeiner Art verwenden. Manuskripte für wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge, die mit dem Tätigkeitsbereich der XXX-Gruppe in Verbindung stehen, sind der XXX zur Freigabe vorzulegen. Eine Freigabe erfolgt, sofern berechnete betriebliche Interessen einer Publikation nicht entgegenstehen.

§ 3 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich dazu, die vertraulichen Informationen innerhalb der XXX nur an diejenigen weiterzugeben, die diese Informationen zur Durchführung ihrer jeweiligen Arbeitsaufgabe im XXX-Bereich unbedingt benötigen. Dabei sind die Vorgaben der Geschäftsleitung in Bezug auf die jeweiligen Arbeitsaufgaben zu beachten.

§ 4 Der Arbeitnehmer ist aufgrund seines Arbeitsvertrags zur Einhaltung des aktuellsten Standes der Technik, was Datensicherheit und den Schutz von Informationen angeht, verpflichtet. Er wird die XXX auf bestehende und drohende Sicherheitslücken hinweisen. Er wird bei der Auswahl und Bestellung von Wartungs-, Pflege- und sonstigem technischem Personal darauf achten, dass die jeweils tätigen Personen ihrerseits den aktuellsten Stand der Datensicherheit beachten und in all ihren Aktivitäten der vertraulichen Natur von XXX-Informationen Rechnung tragen.

§ 5 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich in der Kommunikation innerhalb des Unternehmens und im Verkehr nach außen zur Einhaltung höchster Vertraulichkeitsstandards. Insbesondere wird er Informationen nicht unverschlüsselt über Internet-Dienste übertragen. Er wird auf

den Einsatz geeigneter Firewallsysteme sowie eine stets auf aktuellem Stand befindliche Virenkontrolle achten. Er trägt auch Sorge dafür, dass die von ihm benutzten Rechner nicht unbefugt zugänglich, insbesondere gegen Zugriff durch Dritte durch effiziente technische Schutzsysteme, gesichert sind. Besondere Sorgfaltspflichten treffen den Arbeitnehmer auch hinsichtlich des sicheren Umgangs mit Passwörtern.

§ 6 Der Arbeitnehmer wird vertrauliche Informationen nur nach Rücksprache mit der Unternehmensleitung auf Rechnern außerhalb der XXX-Räume speichern und nutzen. Schriftliche Unterlagen mit vertraulichen Informationen dürfen nur soweit außerhalb der XXX-Räume genutzt werden, soweit dies zur Durchführung eines konkreten Arbeitsauftrages notwendig ist. Unterlagen mit vertraulichen Informationen, die der Arbeitnehmer nicht mehr benötigt, sind dem Arbeitgeber zurückzugeben oder nach entsprechender Information des Arbeitgebers unverzüglich zu löschen.

§ 7 Der Arbeitnehmer wird darauf hingewiesen, dass jede Verletzung dieser Vertraulichkeitsvereinbarung hohe Schadensersatzansprüche der XXX gegen ihn auslösen kann. Auch wird er bereits jetzt auf die denkbaren strafrechtlichen Folgen einer unbefugten Offenbarung, insbesondere im Hinblick auf das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, hingewiesen (hier denkbar, wenn nicht ganz unproblematisch: Konventionalstrafe).

§ 8 Während der Dauer dieses Vertrags wird sich der Arbeitnehmer an Unternehmen, die mit der Gesellschaft in Wettbewerb stehen oder mit denen die Gesellschaft Geschäftsverbindungen unterhält, ohne Zustimmung der Gesellschaft weder unmittelbar noch mittelbar beteiligen.

§ 9 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich ferner, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung dieses Vertrags ohne Zustimmung der Gesellschafter in keiner Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, das auf dem Arbeitsgebiet der Gesellschaft tätig ist, sowie auf diesem Arbeitsgebiet keine Geschäfte für eigene oder fremde Rechnungen zu machen und keine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einem Unternehmen zu erwerben, welches auf dem Arbeitsgebiet der Gesellschaft tätig ist. Der Arbeitnehmer erhält kompensatorisch eine Entschädigung, deren Höhe individuell zwischen der XXX und dem Arbeitnehmer abgestimmt wird.

§ 10 Größere Geschenke oder sonstige erhebliche Vorteile von Personen, die mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung stehen oder eine solche Verbindung anstreben, darf der Arbeitnehmer nur nach vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung annehmen.

§ 11 Alle während der Betriebszugehörigkeit entworfenen Aufzeichnungen und Unterlagen sind Eigentum der Gesellschaft. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Unterlagen und Aufzeichnungen auf erste Anforderung, spätestens jedoch bei Beendigung des Vertrags an die Gesellschaft herauszugeben. Weder aus dem Gesichtspunkt des Immaterialgüterrechts noch aus sonstigen Gründen steht dem Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht zu.

XXX hat das Recht, alle Arbeitsergebnisse, die aus der Tätigkeit des Arbeitnehmers für die XXX-Gruppe entstehen oder durch nicht allgemein bekannte Informationen der XXX-Gruppe angeregt wurden oder maßgeblich auf Erfahrungen, Arbeiten oder Unterlagen der XXX-Gruppe beruhen, ohne sachliche, zeitliche oder räumliche Beschränkungen zu verwerten oder verwerten zu lassen. Soweit Arbeitsergebnisse urheberrechtlich geschützte Werke sind, räumt der Arbeitnehmer der XXX hieran ausschließliche, zeitlich und räumlich unbeschränkte Nutzungsrechte für alle bekannten Verwertungsarten ein. Dazu gehört insbesondere das Recht, Abänderungen, Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen vorzunehmen, die Arbeitsergebnisse im Original oder in abgeänderter, bearbeiteter oder umgestalteter Form zu vervielfältigen, zu veröffentlichen, zu verbreiten, vorzuführen, über Fernleitungen oder drahtlos zu übertragen und zum Betrieb von DV-Anlagen und -Geräten zu nutzen. Zur vollständigen oder teilweisen Ausübung der Rechte bedarf es keiner weiteren Zustimmung von Seiten des Arbeitnehmers. XXX ist ohne Einholung weiterer Zustimmungen von Seiten des Arbeitnehmers befugt, die Rechte ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen oder Dritten entsprechende Rechte einzuräumen. Die Rechtseinräumung bleibt von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unberührt.

V. Muster einer Vereinbarung zum Change Request

Präambel

Die Parteien sind sich bewusst, dass es vorliegend um einen für XXX absolut erfolgskritischen Prozess geht. Sie sind sich weiter bewusst, dass sich die Anforderungen zukünftig aufgrund branchenseitiger Änderungen weiter entwickeln werden und deshalb ein erheblicher Anpassungsbedarf an den Prozess im Rahmen der Kooperation gegeben sein wird. Die Parteien vereinbaren ein Business Process Outsourcing auf werkvertraglicher Basis nach Maßgabe der Regelungen des nachfolgenden Rahmenvertrags.

§ 1 Vertragsmanagement

Dieser Rahmenvertrag beschreibt die allgemeinen Regelungen für die Erbringung von Leistungen für XXX durch Outsourcing-Nehmer.

Die Bestimmungen dieses Vertrags gelten für alle Einzelverträge, die zwischen XXX und dem Outsourcing-Nehmer nach dessen Wirksamwerden abgeschlossen werden, wenn und soweit nicht im Einzelvertrag ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.

Einzelverträge im Sinne dieses Vertrags werden in Form von Leistungsscheinen geschlossen. Diese Leistungsscheine regeln die Einzelheiten der zu erbringenden Leistungen. Monatlich wird im Rahmen des Reportings eine aktualisierte Übersicht über die jeweils gültigen Leistungsscheine erstellt.

Leistungsscheine bestimmen Leistungsumfänge (Mengen und Laufzeiten), deren Vergütung, Mitwirkungspflichten, Service-Level Agreements sowie etwaige Abnahmerichtlinien. Sie sind nach X-Format zu erstellen und werden zum Zwecke des Vertragsschlusses von den durch den Lenkungsausschuss bestimmten Zeichnungsberechtigten beider Vertragsparteien unterschrieben.

Ein Einzelvertrag kommt nur zustande aufgrund einer schriftlichen Bestellung von XXX auf einem Leistungsschein und deren schriftlicher Bestätigung durch den Outsourcing-Nehmer.

Die technische und organisatorische Abwicklung des Outsourcing-Projektes sowie die Änderung, Ergänzung und die Aufhebung von Rahmenvertragsbestandteilen werden ausschließlich von einem zwischen den Parteien zu konstituierenden Lenkungsausschuss koordiniert. Änderungen des Leistungsumfanges und der Einzelverträge werden jedoch nach dem unter Ziffer 4.d. dieses Rahmenvertrags niedergelegten Change-Management-Verfahren durchgeführt. Der Lenkungsausschuss besitzt alleinige Entscheidungskompetenz und ist eine kontinuierliche Einrichtung beider Vertragsparteien. Er besteht aus je 3 Mitgliedern einer Vertragspartei und wird sich eine eigene Geschäftsordnung geben.

- a) Jede Vertragspartei benennt und stellt je einen generell verantwortlichen Ansprechpartner, der als Koordinator aller vertragsbezogenen Aktivitäten im Verantwortungsbereich dieses Vertragspartners und als Mitglied des Lenkungsausschusses fungiert. Die Vertragsparteien werden im Falle der Verhinderung der Koordinatoren für eine Stellvertretung sorgen und sich gegenseitig unverzüglich über die Person des Stellvertreters benachrichtigen. Während der Dauer des Vertragsverhältnisses werden sich die Koordinatoren in regelmäßigen Abständen treffen und alle Fragen und Probleme der vertraglichen Zusammenarbeit besprechen. Die Koordinatoren der Vertragsparteien sind jedoch berechtigt, auch jederzeit Treffen des Lenkungsausschusses aufgrund wichtiger Fragen einzuberufen.

Können sich die Koordinatoren in Problemfällen nicht innerhalb von zwei Wochen einigen, werden die zuständigen Geschäftsleitungsmitglieder der Vertragsparteien mit der Angelegenheit betraut. Sie sollen im Verlaufe von zwei Wochen zu einer gemeinsamen Lösung kommen. Die Koordinatoren werden zu diesem Zweck einen schriftlichen Problebericht erstellen.

Für den Fall, dass sich die Geschäftsleitungsmitglieder der Vertragsparteien ebenfalls nicht auf eine einvernehmliche Lösung des Problems einigen können, liegt das Leistungsbestimmungsrecht gem. § 315 BGB im freien Belieben von XXX.

Zur Durchsetzung der Leistungserbringung bei Outsourcing-Nehmer ist XXX berechtigt, einen ihrer Koordinatoren des Lenkungsausschusses zum „Authorized Manager“ zu benennen, welcher befugt ist, den Mitarbeitern von Outsourcing-Nehmer Weisungen zur Leistungserbringung zu erteilen. Die Weisungen sind verbindlich und können nicht durch die Geschäftsleitung vom Outsourcing-Nehmer außer Kraft gesetzt werden.

- b) Der Lenkungsausschuss wird zudem Zeichnungsberechtigte der jeweiligen Parteien benennen, welche ausschließlich befugt sind, rechtswirksam Erklärungen im Rahmen des Vertragsverhältnisses abzugeben und zu zeichnen. Diese Zeichnungsberechtigten dürfen jedoch nicht personenidentisch mit den Koordinatoren sein.
- c) Der Lenkungsausschuss hat abgesehen vom Vertragsmanagement folgende Aufgaben:
 - Sicherstellung der bedarfsgerechten Leistungserbringung,
 - Technische Kapazitätsplanung für die Leistungserbringung,
 - Internes Schlichtungsverfahren bei Meinungsverschiedenheiten.
- d) Im Rahmen des Vertragsmanagements haben die Koordinatoren die Aufgabe, das sog. Change-Management-Verfahren durchzuführen. Change-Management bedeutet, dass XXX Änderungen in der Leistungserbringung bereits erteilter Leistungsscheine oder neue Leistungen aufgrund der Erteilung neuer Leistungsscheine im Rahmen der Leistungsfähigkeit von Outsourcing-Nehmer verlangen kann.

Das Change-Management ist dabei an das nachfolgende Verfahren gebunden:

- XXX kann nach Abschluss von Einzelverträgen Änderungen des Leistungsumfangs im Rahmen der Leistungsfähigkeit von Outsourcing-Nehmer verlangen, es sei denn, dies ist für Outsourcing-Nehmer unzumutbar.
- Die Änderung ist in einem Change Request Dokument nach X Format unter Beschreibung der Anforderung und des Umfangs der Änderung durch XXX zu dokumentieren.

- Der Outsourcing-Nehmer hat das Änderungsverlangen von XXX zu prüfen und XXX innerhalb von 10 Arbeitstagen mitzuteilen, ob das Änderungsverfahren für sie nicht zumutbar oder nicht durchführbar ist. Ist das Änderungsverfahren zumutbar oder durchführbar, teilt sie gleichzeitig mit, ob eine umfangreiche Prüfung erforderlich ist oder nicht.

Ist eine umfangreiche Prüfung erforderlich, hat der Outsourcing-Nehmer gleichzeitig ein entsprechendes Prüfungsangebot mit Angaben zur Vergütung zu unterbreiten. XXX wird innerhalb von 10 Arbeitstagen entweder den Prüfungsauftrag erteilen oder ablehnen.

Ist eine umfangreiche Prüfung des Änderungsverfahrens nicht erforderlich, hat der Outsourcing-Nehmer entweder ein Realisierungsangebot unter Angabe von Realisierungszeitraum, geplanten Terminen und Auswirkungen auf die Vergütung zu unterbreiten oder die Durchführung der beantragten Änderungen zu vereinbaren.

XXX wird das Realisierungsangebot des Outsourcing-Nehmers innerhalb der Angebotsbindefrist annehmen oder ablehnen. Vereinbarte Leistungsänderungen sind durch entsprechende Anpassung des Einzelvertrags oder Fertigung eines neuen Einzelvertrags verbindlich zu dokumentieren. Das Angebot und die Annahme oder Ablehnung sind durch die vom Lenkungsausschuss benannten Zeichnungsberechtigten zu unterzeichnen.

Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass die von dem Änderungsverlangen betroffenen Leistungen bis zur notwendigen Anpassung der vertraglichen Vereinbarungen unterbrochen werden.

Kommt die notwendige Anpassung der vertraglichen Vereinbarungen nicht innerhalb der Angebotsbindefrist des Realisierungsangebotes zustande, so werden die Arbeiten auf der Grundlage des Einzelvertrags weitergeführt.

- e) Vom Change-Management ausgenommen ist die Technologieanpassung durch den Outsourcing-Nehmer. Dies bedeutet, dass die installierte Hard- und Software bei gleichbleibendem Leistungsumfang ohne gesonderte Berechnung auf dem jeweilig neuesten Stand der Technik zu halten ist. Der Outsourcing-Nehmer wird XXX insbesondere über mögliche Optimierungsmöglichkeiten aufgrund fortschreitenden Technologiefortschritts informieren.
- f) Der Lenkungsausschuss wird sich 3 Monate vor Abschluss eines Jahres zusammenfinden, um den Leistungsumfang des folgenden Jahres, soweit möglich, bereits festzulegen.

Die Vertragsparteien beabsichtigen einen bestimmten Leistungsumfang inklusive bereits absehbarer Änderungen bereits zu diesem Zeitpunkt festzulegen und hierfür eine pauschale Vergütung zu vereinbaren.

VI. Vertrag über Softwarepflege

Präambel

Gegenstand dieses Vertrags sind Pflegeleistungen, die die XXX für den Kunden erbringt. Andere Dienste wie Installation, Einweisung, Schulung, individuelle Anpassung der Software oder andere Leistungen sind nicht Bestandteil des Pflegeservice. Falls XXX solche Leistungen anbietet, sind sie gesondert schriftlich zu vereinbaren.

§ 1 Hauptleistungspflichten

(1) XXX bietet als Softwarepflege folgende Leistungen an:

- Dem Kunden werden jene neuen Programmstände (z.B. Updates) der vertragsgegenständlichen Software angeboten, die während der Vertragslaufzeit herausgegeben werden;
- dem Kunden werden während der offiziellen Geschäftszeiten von XXX telefonisch technische Unterstützung zur Störungs- und Fehlerbehebung bzw. -umgehung gegeben;
- dem Kunden werden zu geplanten neuen Programmständen vorab Informationen erteilt.

Das Pflegeverhältnis beginnt – sofern nicht etwas anderes ausdrücklich vereinbart ist – mit der Lieferung der Software. Die Zahlungspflicht beginnt in diesem Fall 6 Monate nach der Lieferung der Software.

(2) Die Pflegegebühren richten sich nach der jeweils aktuellen Preisliste. Die Vergütung wird für jedes Rumpf-/Kalenderjahr im Voraus in Rechnung gestellt.

§ 2 Nebenpflichten

(1) XXX ist von der Pflicht, Pflegeleistungen gegenüber dem Kunden zu erbringen, befreit, ohne dass dies einen Einfluss auf die Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung hat, sofern der Kunde von der Installation der jeweils aktuellen oder der vorherigen Version sowie der gelieferten Problemlösungen der Software absieht, es sei denn, die gelieferten Versionen bzw. Problemlösungen sind fehlerhaft.

(2) Vom Pflegeservice ausgeschlossen sind Instandsetzungen oder erhöhter Aufwand zur Instandhaltung der Software, die durch vertragswidrige Nutzung, Nutzung in einer anderen als der vereinbarten Einsatzumgebung, unsachgemäße Benutzung, Fremdeinwirkung, höhere Gewalt oder ähnliche Umstände erforderlich waren, Arbeiten an der Software, die der Kunde

vertragswidrig geändert hat oder die durch andere als XXX technisch gepflegt wurde, ohne dass jeweils vorher eine schriftliche Zustimmung von XXX vorlag.

(3) Der Kunde wird XXX unverzüglich benachrichtigen, wenn die Software nicht einwandfrei arbeitet. Der Kunde hat dabei die Umstände des Auftretens der Fehler und die Auswirkungen schriftlich darzustellen.

(4) Der Kunde trifft angemessene Vorkehrungen zur Datensicherung, damit die Daten aus den Datenbeständen, die in maschinenlesbarer Form bereitgehalten werden, mit vertretbarem Aufwand reproduziert werden können.

§ 3 Gewährleistung

(1) XXX gewährleistet, dass die im Rahmen des Pflegeservice erbrachten Leistungen nicht mit Fehlern behaftet sind, die den Wert und die Tauglichkeit gegenüber dem vereinbarten Leistungsumfang aufheben oder mindern. Unerhebliche Abweichungen bleiben unberücksichtigt.

(2) Treten bei vertragsgemäßer Nutzung Mängel auf, ist der Kunde verpflichtet, XXX die Möglichkeit zu geben, diese innerhalb angemessener Frist zu beseitigen. Der Kunde hat XXX die Fehler unverzüglich in nachvollziehbarer Form und unter Angabe der für die Fehlerbeseitigung zweckdienlichen Informationen mitzuteilen. Der Kunde wird XXX im Rahmen des Zumutbaren bei der Fehlerbehebung unterstützen. Für solche Mängel, die bei XXX nicht reproduzierbar sind, leistet XXX keine Gewähr.

(3) Gelingt es XXX trotz wiederholter Bemühungen nicht, den Mangel zu beheben oder so zu umgehen, dass die Software entsprechend der Produktbeschreibung genutzt werden kann, ist der Kunde berechtigt, nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften Minderung der vereinbarten Vergütung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten.

§ 4 Kündigung

Der Pflegevertrag kann auf unbestimmte oder auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden, was gesondert festzuhalten ist. Bei unbestimmter Dauer kann der Pflegeservice jeweils zum Jahresende mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten von jedem Vertragsteil aufgekündigt werden. Eine außerordentliche Kündigung bleibt von dieser Regelung unberührt.

§ 5 Sonstiges

(1) Nebenabreden bedürfen der Schriftform.

(2) Sollte eine Bestimmung dieses Vertrags unwirksam sein, so werden dadurch die übrigen Bestimmungen in ihrer rechtlichen Wirksamkeit nicht berührt. An die Stelle der unwirksamen Bestimmung muss für diesen Fall mit anfänglicher Wirkung eine solche treten, die dem beabsichtigten Sinn und Zweck aller Parteien entspricht und ihrem Inhalt nach durchführbar ist.

- (3) Bei Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag ist der Sitz von XXX Gerichtsstand, wenn
- a) der Käufer Kaufmann ist oder
 - b) der Käufer keinen allgemeinen Gerichtsstand im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hat oder
 - c) der Käufer juristische Person des öffentlichen Rechts ist.

XXX ist berechtigt, auch an jedem anderen gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstand zu klagen. Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss des UN-Kaufrechts.

VII. Die General Public License

Version 3, 29 June 2007

Preamble

The GNU General Public License is a free, copyleft license for software and other kinds of works.

The licenses for most software and other practical works are designed to take away your freedom to share and change the works. By contrast, the GNU General Public License is intended to guarantee your freedom to share and change all versions of a program – to make sure it remains free software for all its users. We, the Free Software Foundation, use the GNU General Public License for most of our software; it applies also to any other work released this way by its authors. You can apply it to your programs, too.

When we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for them if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs, and that you know you can do these things.

To protect your rights, we need to prevent others from denying you these rights or asking you to surrender the rights. Therefore, you have certain responsibilities if you distribute copies of the software, or if you modify it: responsibilities to respect the freedom of others.

For example, if you distribute copies of such a program, whether gratis or for a fee, you must pass on to the recipients the same freedoms that you received. You must make sure that they, too, receive or can get the source code. And you must show them these terms so they know their rights.

Developers that use the GNU GPL protect your rights with two steps: (1) assert copyright on the software, and (2) offer you this License giving you legal permission to copy, distribute and/or modify it.

For the developers' and authors' protection, the GPL clearly explains that there is no warranty for this free software. For both users' and authors' sake, the GPL requires that modified versions be marked as changed, so that their problems will not be attributed erroneously to authors of previous versions.

Some devices are designed to deny users access to install or run modified versions of the software inside them, although the manufacturer can do so. This is fundamentally incompatible with the aim of protecting users' freedom to change the software. The systematic pattern of such abuse occurs in the area of products for individuals to use, which is precisely where it is most unacceptable. Therefore, we have designed this version of the GPL to prohibit the practice for those products. If such problems arise substantially in other domains, we stand ready to extend this provision to those domains in future versions of the GPL, as needed to protect the freedom of users.

Finally, every program is threatened constantly by software patents. States should not allow patents to restrict development and use of software on general-purpose computers, but in those that do, we wish to avoid the special danger that patents applied to a free program could make it effectively proprietary. To prevent this, the GPL assures that patents cannot be used to render the program non-free.

The precise terms and conditions for copying, distribution and modification follow.

Terms and Conditions

0. Definitions.

“This License” refers to version 3 of the GNU General Public License.

“Copyright” also means copyright-like laws that apply to other kinds of works, such as semiconductor masks.

“The Program” refers to any copyrightable work licensed under this License. Each licensee is addressed as “you”. “Licensees” and “recipients” may be individuals or organizations.

To “modify” a work means to copy from or adapt all or part of the work in a fashion requiring copyright permission, other than the making of an exact copy. The resulting work is called a “modified version” of the earlier work or a work “based on” the earlier work.

A “covered work” means either the unmodified Program or a work based on the Program.

To “propagate” a work means to do anything with it that, without permission, would make you directly or secondarily liable for infringement under applicable copyright law, except executing it on a computer or modifying a private copy. Propagation includes copying, distribution (with or without modification), making available to the public, and in some countries other activities as well.

To “convey” a work means any kind of propagation that enables other parties to make or receive copies. Mere interaction with a user through a computer network, with no transfer of a copy, is not conveying.

An interactive user interface displays “Appropriate Legal Notices” to the extent that it includes a convenient and prominently visible feature that (1) displays an appropriate copyright notice, and (2) tells the user that there is no warranty for the work (except to the extent that warranties are provided), that licensees may convey the work under this License, and how to view a copy of this License. If the interface presents a list of user commands or options, such as a menu, a prominent item in the list meets this criterion.

1. Source Code.

The “source code” for a work means the preferred form of the work for making modifications to it. “Object code” means any non-source form of a work.

A “Standard Interface” means an interface that either is an official standard defined by a recognized standards body, or, in the case of interfaces specified for a particular programming language, one that is widely used among developers working in that language.

The “System Libraries” of an executable work include anything, other than the work as a whole, that (a) is included in the normal form of packaging a Major Component, but which is not part of that Major Component, and (b) serves only to enable use of the work with that Major Component, or to implement a Standard Interface for which an implementation is available to the public in source code form. A “Major Component”, in this context, means a major essential component (kernel, window system, and so on) of the specific operating system (if any) on which the executable work runs, or a compiler used to produce the work, or an object code interpreter used to run it.

The “Corresponding Source” for a work in object code form means all the source code needed to generate, install, and (for an executable work) run the object code and to modify the work, including scripts to control those activities. However, it does not include the work’s System Libraries, or general-purpose tools or generally available free programs which are used unmodified in performing those activities but which are not part of the work. For example, Corresponding Source includes interface definition files associated with source files for the work, and the source code for shared libraries and dynamically linked subprograms that the work is specifically designed to require, such as by intimate data communication or control flow between those subprograms and other parts of the work.

The Corresponding Source need not include anything that users can regenerate automatically from other parts of the Corresponding Source.

The Corresponding Source for a work in source code form is that same work.

2. Basic Permissions.

All rights granted under this License are granted for the term of copyright on the Program, and are irrevocable provided the stated conditions are met. This License explicitly affirms your unlimited permission to run the unmodified Program. The output from running a covered work is covered by this License only if the output, given its content, constitutes a covered work. This License acknowledges your rights of fair use or other equivalent, as provided by copyright law. You may make, run and propagate covered works that you do not convey, without conditions so long as your license otherwise remains in force. You may convey covered works to others for the sole purpose of having them make modifications exclusively for you, or provide you with facilities for running those works, provided that you comply with the terms of this License in conveying all material for which you do not control copyright. Those thus making or running the covered works for you must do so exclusively on your behalf, under your direction and control, on terms that prohibit them from making any copies of your copyrighted material outside their relationship with you.

Conveying under any other circumstances is permitted solely under the conditions stated below. Sublicensing is not allowed; section 10 makes it unnecessary.

3. Protecting Users' Legal Rights From Anti-Circumvention Law.

No covered work shall be deemed part of an effective technological measure under any applicable law fulfilling obligations under article 11 of the WIPO copyright treaty adopted on 20 December 1996, or similar laws prohibiting or restricting circumvention of such measures. When you convey a covered work, you waive any legal power to forbid circumvention of technological measures to the extent such circumvention is effected by exercising rights under this License with respect to the covered work, and you disclaim any intention to limit operation or modification of the work as a means of enforcing, against the work's users, your or third parties' legal rights to forbid circumvention of technological measures.

4. Conveying Verbatim Copies.

You may convey verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice; keep intact all notices stating that this License and any non-permissive terms added in accord with section 7 apply to the code; keep intact all notices of the absence of any warranty; and give all recipients a copy of this License along with the Program. You may charge any price or no price for each copy that you convey, and you may offer support or warranty protection for a fee.

5. Conveying Modified Source Versions.

You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program, in the form of source code under the terms of section 4, provided that you also meet all of these conditions:

- a) The work must carry prominent notices stating that you modified it, and giving a relevant date.
- b) The work must carry prominent notices stating that it is released under this License and any conditions added under section 7. This requirement modifies the requirement in section 4 to “keep intact all notices”.
- c) You must license the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy. This License will therefore apply, along with any applicable section 7 additional terms, to the whole of the work, and all its parts, regardless of how they are packaged. This License gives no permission to license the work in any other way, but it does not invalidate such permission if you have separately received it.
- d) If the work has interactive user interfaces, each must display Appropriate Legal Notices; however, if the Program has interactive interfaces that do not display Appropriate Legal Notices, your work need not make them do so.

A compilation of a covered work with other separate and independent works, which are not by their nature extensions of the covered work, and which are not combined with it such as to form a larger program, in or on a volume of a storage or distribution medium, is called an “aggregate” if the compilation and its resulting copyright are not used to limit the access or legal rights of the compilation’s users beyond what the individual works permit. Inclusion of a covered work in an aggregate does not cause this License to apply to the other parts of the aggregate.

6. Conveying Non-Source Forms.

You may convey a covered work in object code form under the terms of sections 4 and 5, provided that you also convey the machine-readable Corresponding Source under the terms of this License, in one of these ways:

- a) Convey the object code in, or embodied in, a physical product (including a physical distribution medium), accompanied by the Corresponding Source fixed on a durable physical medium customarily used for software interchange.
- b) Convey the object code in, or embodied in, a physical product (including a physical distribution medium), accompanied by a written offer, valid for at least three years and valid for as long as you offer spare parts or customer support for that product model, to give anyone who possesses the object code either (1) a copy of the Corresponding Source

for all the software in the product that is covered by this License, on a durable physical medium customarily used for software interchange, for a price no more than your reasonable cost of physically performing this conveying of source, or (2) access to copy the Corresponding Source from a network server at no charge.

- c) Convey individual copies of the object code with a copy of the written offer to provide the Corresponding Source. This alternative is allowed only occasionally and noncommercially, and only if you received the object code with such an offer, in accord with subsection 6b.
- d) Convey the object code by offering access from a designated place (gratis or for a charge), and offer equivalent access to the Corresponding Source in the same way through the same place at no further charge. You need not require recipients to copy the Corresponding Source along with the object code. If the place to copy the object code is a network server, the Corresponding Source may be on a different server (operated by you or a third party) that supports equivalent copying facilities, provided you maintain clear directions next to the object code saying where to find the Corresponding Source. Regardless of what server hosts the Corresponding Source, you remain obligated to ensure that it is available for as long as needed to satisfy these requirements.
- e) Convey the object code using peer-to-peer transmission, provided you inform other peers where the object code and Corresponding Source of the work are being offered to the general public at no charge under subsection 6d.

A separable portion of the object code, whose source code is excluded from the Corresponding Source as a System Library, need not be included in conveying the object code work.

A “User Product” is either (1) a “consumer product”, which means any tangible personal property which is normally used for personal, family, or household purposes, or (2) anything designed or sold for incorporation into a dwelling. In determining whether a product is a consumer product, doubtful cases shall be resolved in favor of coverage. For a particular product received by a particular user, “normally used” refers to a typical or common use of that class of product, regardless of the status of the particular user or of the way in which the particular user actually uses, or expects or is expected to use, the product. A product is a consumer product regardless of whether the product has substantial commercial, industrial or non-consumer uses, unless such uses represent the only significant mode of use of the product. “Installation Information” for a User Product means any methods, procedures, authorization keys, or other information required to install and execute modified versions of a covered work in that User Product from a modified version of its Corresponding Source. The information

must suffice to ensure that the continued functioning of the modified object code is in no case prevented or interfered with solely because modification has been made.

If you convey an object code work under this section in, or with, or specifically for use in, a User Product, and the conveying occurs as part of a transaction in which the right of possession and use of the User Product is transferred to the recipient in perpetuity or for a fixed term (regardless of how the transaction is characterized), the Corresponding Source conveyed under this section must be accompanied by the Installation Information. But this requirement does not apply if neither you nor any third party retains the ability to install modified object code on the User Product (for example, the work has been installed in ROM).

The requirement to provide Installation Information does not include a requirement to continue to provide support service, warranty, or updates for a work that has been modified or installed by the recipient, or for the User Product in which it has been modified or installed. Access to a network may be denied when the modification itself materially and adversely affects the operation of the network or violates the rules and protocols for communication across the network.

Corresponding Source conveyed, and Installation Information provided, in accord with this section must be in a format that is publicly documented (and with an implementation available to the public in source code form), and must require no special password or key for unpacking, reading or copying.

7. Additional Terms.

“Additional permissions” are terms that supplement the terms of this License by making exceptions from one or more of its conditions. Additional permissions that are applicable to the entire Program shall be treated as though they were included in this License, to the extent that they are valid under applicable law. If additional permissions apply only to part of the Program, that part may be used separately under those permissions, but the entire Program remains governed by this License without regard to the additional permissions.

When you convey a copy of a covered work, you may at your option remove any additional permissions from that copy, or from any part of it. (Additional permissions may be written to require their own removal in certain cases when you modify the work.) You may place additional permissions on material, added by you to a covered work, for which you have or can give appropriate copyright permission.

Notwithstanding any other provision of this License, for material you add to a covered work, you may (if authorized by the copyright holders of that material) supplement the terms of this License with terms:

- a) Disclaiming warranty or limiting liability differently from the terms of sections 15 and 16 of this License; or
- b) Requiring preservation of specified reasonable legal notices or author attributions in that material or in the Appropriate Legal Notices displayed by works containing it; or
- c) Prohibiting misrepresentation of the origin of that material, or requiring that modified versions of such material be marked in reasonable ways as different from the original version; or
- d) Limiting the use for publicity purposes of names of licensors or authors of the material; or
- e) Declining to grant rights under trademark law for use of some trade names, trademarks, or service marks; or
- f) Requiring indemnification of licensors and authors of that material by anyone who conveys the material (or modified versions of it) with contractual assumptions of liability to the recipient, for any liability that these contractual assumptions directly impose on those licensors and authors.

All other non-permissive additional terms are considered “further restrictions” within the meaning of section 10. If the Program as you received it, or any part of it, contains a notice stating that it is governed by this License along with a term that is a further restriction, you may remove that term. If a license document contains a further restriction but permits relicensing or conveying under this License, you may add to a covered work material governed by the terms of that license document, provided that the further restriction does not survive such relicensing or conveying.

If you add terms to a covered work in accord with this section, you must place, in the relevant source files, a statement of the additional terms that apply to those files, or a notice indicating where to find the applicable terms.

Additional terms, permissive or non-permissive, may be stated in the form of a separately written license, or stated as exceptions; the above requirements apply either way.

8. Termination.

You may not propagate or modify a covered work except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to propagate or modify it is void, and will automatically terminate your rights under this License (including any patent licenses granted under the third paragraph of section 11).

However, if you cease all violation of this License, then your license from a particular copyright holder is reinstated (a) provisionally, unless and until the copyright holder explicitly and finally

terminates your license, and (b) permanently, if the copyright holder fails to notify you of the violation by some reasonable means prior to 60 days after the cessation.

Moreover, your license from a particular copyright holder is reinstated permanently if the copyright holder notifies you of the violation by some reasonable means, this is the first time you have received notice of violation of this License (for any work) from that copyright holder, and you cure the violation prior to 30 days after your receipt of the notice.

Termination of your rights under this section does not terminate the licenses of parties who have received copies or rights from you under this License. If your rights have been terminated and not permanently reinstated, you do not qualify to receive new licenses for the same material under section 10.

9. Acceptance Not Required for Having Copies.

You are not required to accept this License in order to receive or run a copy of the Program. Ancillary propagation of a covered work occurring solely as a consequence of using peer-to-peer transmission to receive a copy likewise does not require acceptance. However, nothing other than this License grants you permission to propagate or modify any covered work. These actions infringe copyright if you do not accept this License. Therefore, by modifying or propagating a covered work, you indicate your acceptance of this License to do so.

10. Automatic Licensing of Downstream Recipients.

Each time you convey a covered work, the recipient automatically receives a license from the original licensors, to run, modify and propagate that work, subject to this License. You are not responsible for enforcing compliance by third parties with this License.

An “entity transaction” is a transaction transferring control of an organization, or substantially all assets of one, or subdividing an organization, or merging organizations. If propagation of a covered work results from an entity transaction, each party to that transaction who receives a copy of the work also receives whatever licenses to the work the party’s predecessor in interest had or could give under the previous paragraph, plus a right to possession of the Corresponding Source of the work from the predecessor in interest, if the predecessor has it or can get it with reasonable efforts.

You may not impose any further restrictions on the exercise of the rights granted or affirmed under this License. For example, you may not impose a license fee, royalty, or other charge for exercise of rights granted under this License, and you may not initiate litigation (including a cross-claim or counterclaim in a lawsuit) alleging that any patent claim is infringed by making, using, selling, offering for sale, or importing the Program or any portion of it.

11. Patents.

A “contributor” is a copyright holder who authorizes use under this License of the Program or a work on which the Program is based. The work thus licensed is called the contributor’s “contributor version”.

A contributor’s “essential patent claims” are all patent claims owned or controlled by the contributor, whether already acquired or hereafter acquired, that would be infringed by some manner, permitted by this License, of making, using, or selling its contributor version, but do not include claims that would be infringed only as a consequence of further modification of the contributor version. For purposes of this definition, “control” includes the right to grant patent sublicenses in a manner consistent with the requirements of this License.

Each contributor grants you a non-exclusive, worldwide, royalty-free patent license under the contributor’s essential patent claims, to make, use, sell, offer for sale, import and otherwise run, modify and propagate the contents of its contributor version.

In the following three paragraphs, a “patent license” is any express agreement or commitment, however denominated, not to enforce a patent (such as an express permission to practice a patent or covenant not to sue for patent infringement). To “grant” such a patent license to a party means to make such an agreement or commitment not to enforce a patent against the party.

If you convey a covered work, knowingly relying on a patent license, and the Corresponding Source of the work is not available for anyone to copy, free of charge and under the terms of this License, through a publicly available network server or other readily accessible means, then you must either (1) cause the Corresponding Source to be so available, or (2) arrange to deprive yourself of the benefit of the patent license for this particular work, or (3) arrange, in a manner consistent with the requirements of this License, to extend the patent license to downstream recipients. “Knowingly relying” means you have actual knowledge that, but for the patent license, your conveying the covered work in a country, or your recipient’s use of the covered work in a country, would infringe one or more identifiable patents in that country that you have reason to believe are valid.

If, pursuant to or in connection with a single transaction or arrangement, you convey, or propagate by procuring conveyance of, a covered work, and grant a patent license to some of the parties receiving the covered work authorizing them to use, propagate, modify or convey a specific copy of the covered work, then the patent license you grant is automatically extended to all recipients of the covered work and works based on it.

A patent license is “discriminatory” if it does not include within the scope of its coverage, prohibits the exercise of, or is conditioned on the non-exercise of one or more of the rights that are specifically granted under this License. You may not convey a covered work if you are a

party to an arrangement with a third party that is in the business of distributing software, under which you make payment to the third party based on the extent of your activity of conveying the work, and under which the third party grants, to any of the parties who would receive the covered work from you, a discriminatory patent license (a) in connection with copies of the covered work conveyed by you (or copies made from those copies), or (b) primarily for and in connection with specific products or compilations that contain the covered work, unless you entered into that arrangement, or that patent license was granted, prior to 28 March 2007.

Nothing in this License shall be construed as excluding or limiting any implied license or other defenses to infringement that may otherwise be available to you under applicable patent law.

12. No Surrender of Others' Freedom.

If conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot convey a covered work so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not convey it at all. For example, if you agree to terms that obligate you to collect a royalty for further conveying from those to whom you convey the Program, the only way you could satisfy both those terms and this License would be to refrain entirely from conveying the Program.

13. Use with the GNU Affero General Public License.

Notwithstanding any other provision of this License, you have permission to link or combine any covered work with a work licensed under version 3 of the GNU Affero General Public License into a single combined work, and to convey the resulting work. The terms of this License will continue to apply to the part which is the covered work, but the special requirements of the GNU Affero General Public License, section 13, concerning interaction through a network will apply to the combination as such.

14. Revised Versions of this License.

The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the GNU General Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns.

Each version is given a distinguishing version number. If the Program specifies that a certain numbered version of the GNU General Public License “or any later version” applies to it, you have the option of following the terms and conditions either of that numbered version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify a version number of the GNU General Public License, you may choose any version ever published by the Free Software Foundation.

If the Program specifies that a proxy can decide which future versions of the GNU General Public License can be used, that proxy's public statement of acceptance of a version permanently authorizes you to choose that version for the Program.

Later license versions may give you additional or different permissions. However, no additional obligations are imposed on any author or copyright holder as a result of your choosing to follow a later version.

15. Disclaimer of Warranty.

THERE IS NO WARRANTY FOR THE PROGRAM, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM "AS IS" WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND PERFORMANCE OF THE PROGRAM IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.

16. Limitation of Liability.

IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MODIFIES AND/OR CONVEYS THE PROGRAM AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE PROGRAM (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE PROGRAM TO OPERATE WITH ANY OTHER PROGRAMS), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.

17. Interpretation of Sections 15 and 16.

If the disclaimer of warranty and limitation of liability provided above cannot be given local legal effect according to their terms, reviewing courts shall apply local law that most closely approximates an absolute waiver of all civil liability in connection with the Program, unless a warranty or assumption of liability accompanies a copy of the Program in return for a fee.

END OF TERMS AND CONDITIONS

How to Apply These Terms to Your New Programs

If you develop a new program, and you want it to be of the greatest possible use to the public, the best way to achieve this is to make it free software which everyone can redistribute and change under these terms.

To do so, attach the following notices to the program. It is safest to attach them to the start of each source file to most effectively state the exclusion of warranty; and each file should have at least the “copyright” line and a pointer to where the full notice is found.

<one line to give the program’s name and a brief idea of what it does.>

Copyright (C) <year> <name of author>

This program is free software: you can redistribute it and/or modify it under the terms of the GNU General Public License as published by the Free Software Foundation, either version 3 of the License, or (at your option) any later version.

This program is distributed in the hope that it will be useful, but WITHOUT ANY WARRANTY; without even the implied warranty of MERCHANTABILITY or FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. See the GNU General Public License for more details.

You should have received a copy of the GNU General Public License along with this program.

If not, see <<http://www.gnu.org/licenses/>>.

Also add information on how to contact you by electronic and paper mail.

If the program does terminal interaction, make it output a short notice like this when it starts in an interactive mode:

<program> Copyright (C) <year> <name of author>

This program comes with ABSOLUTELY NO WARRANTY; for details type “show w”. This is free software, and you are welcome to redistribute it under certain conditions; type “show c” for details.

The hypothetical commands “show w” and “show c” should show the appropriate parts of the General Public License. Of course, your program’s commands might be different; for a GUI interface, you would use an “about box”.

You should also get your employer (if you work as a programmer) or school, if any, to sign a “copyright disclaimer” for the program, if necessary. For more information on this, and how to apply and follow the GNU GPL, see <<http://www.gnu.org/licenses/>>.

The GNU General Public License does not permit incorporating your program into proprietary programs. If your program is a subroutine library, you may consider it more useful to permit linking proprietary applications with the library. If this is what you want to do, use the GNU Lesser General Public License instead of this License. But first, please read <<http://www.gnu.org/philosophy/why-not-lgpl.html>>.

VIII. Düsseldorfer Modell – Antrag

1. Es wird, da ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist und die Antragstellerin ein rechtliches Interesse daran hat, dass der Zustand einer Sache festgestellt wird, die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens gem. §§ 485 ff. ZPO angeordnet.
2.
 - a) Durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens soll Beweis darüber erhoben werden,
ob sich der Quellcode und/oder die Datenbankstruktur der Software und/oder die Datenbankstruktur der Software und/oder Datenbanktabellen und/oder Programmalgorithmen der Software auf einem gemeinsamen Entwicklungsserver der Antragsgegnerin und/oder auf einem Rechner der Antragsgegnerin, insbesondere ihres Geschäftsführers, befinden
und
inwieweit der Quellcode und die Datenbankstruktur des von der Antragsgegnerin angebotenen Software identisch oder ähnlich mit dem Quellcode und/oder der Datenbankstruktur des von der Antragstellerin erstellten Software ist oder die gegnerische Software unter Übernahme der Architektur und Programmabläufe nachprogrammiert wurde. Hierbei soll der Sachverständige insbesondere die Architektur der beiden Software sowie die Datenbankstruktur, Datenbanktabellen und die Programmalgorithmen vergleichen.
 - b) Zum Sachverständigen wird Herr Dipl.-Informatiker XX ernannt, hilfsweise ein vom Gericht zu bestimmender Sachverständiger.
 - c) Dem Sachverständigen wird im Interesse der Wahrung etwaiger Betriebsgeheimnisse der Antragsgegnerin, die bei der Begutachtung zu Tage treten könnten, aufgegeben, jeden unmittelbaren Kontakt mit der Antragstellerin zu vermeiden und notwendige Korrespondenz entweder über das Gericht oder mit den Rechtsanwälten zu führen. Der Sachverständige hat darüber hinaus auch gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu wahren.
 - d) Die Begutachtung erfolgte wegen der besonderen Eilbedürftigkeit ohne vorherige Ladung und Anhörung der Antragsgegnerin.
3. Im Wege der einstweiligen Verfügung werden darüber hinaus folgende weitere Anordnungen getroffen:
 - a) Die Rechtsanwälte werden verpflichtet, Tatsachen, die im Zuge des selbstständigen Beweisverfahrens zu ihrer Kenntnis gelangt sind und den Geschäftsbereich der

Antragsgegnerin betreffen, geheim zu halten, und zwar auch gegenüber der Antragstellerin und ihren Mitarbeitern.

- b) Der zuständige Gerichtsvollzieher wird ermächtigt, einen gemeinsamen Entwicklungsserver der Antragsgegnerin sowie sämtliche Rechner der Antragsgegnerin, die sich in ihren Geschäftsräumen befinden, dort zu beschlagnahmen, damit der Sachverständige vor Ort eine sofortige Besichtigung eines gemeinsamen Entwicklungsservers sowie sämtlicher Rechner der Antragsgegnerin durchführen und feststellen kann, ob auf diesen Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Software gespeichert sind. In diesem Zusammenhang wird dem Sachverständigen gestattet:
- (1) einen gemeinsamen Entwicklungsserver sowie jeden einzelnen Rechner in Betrieb zu nehmen und an einen Drucker anzuschließen, wobei ihm eventuell erforderliche Benutzererkennungen und Passwörter mitzuteilen und die Zugangsbefugnisse des höchsten Systemadministrators einzuräumen sind;
 - (2) Einsicht in das Inhaltsverzeichnis der ausführenden Programmdateien sowie in das Inhaltsverzeichnis der Link-Dateien zu nehmen;
 - (3) die daraufhin auf dem Bildschirm erscheinende Auflistung von auf einem gemeinsamen Entwicklungsserver sowie von auf der Festplatte des jeweiligen Rechners gespeicherten Dateien auf einem vom Sachverständigen mitgebrachten Speichermedium (USB Stick) zu speichern;
 - (4) die für einen gemeinsamen Entwicklungsserver sowie für jeden Rechner ermittelte Auflistung der ausführbaren Dateien auszudrucken und den Ausdruck zusammen mit einem Bericht, welche Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Antragstellerin ausweislich der so gewonnenen Auflistung der auf der Festplatte gespeicherten Programm-Dateien auf einen gemeinsamen Entwicklungsserver oder auf der jeweiligen Festplatte gespeichert sind, dem Gericht zu übergeben;
 - (5) die auf einem gemeinsamen Entwicklungsserver sowie auf jedem einzelnen Rechner der Antragsgegnerin vorgefundenen Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder der Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Antragstellerin probeweise zu starten;

- c) Der Antragsgegnerin wird mit sofortiger Wirkung und für die Dauer der Begutachtung untersagt, eigenmächtig Veränderungen an den zu begutachtenden Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder der Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Antragstellerin sowie an der zu begutachtenden Software vorzunehmen, sofern nicht jeweils eine Kopie des unveränderten Inhalts vorgehalten wird, und die zu begutachtenden Kopien des Quellcodes und/oder der Datenbankstruktur und/oder der Datenbanktabellen und/oder der Programmalgorithmen der Antragstellerin sowie die zu begutachtende Software an einen anderen Ort zu verbringen.
- d) Die Antragsgegnerin hat dem Sachverständigen eine Kopie des zu begutachtenden Quellcodes und der Datenbankstruktur der gegnerischen Software auf einer CD-ROM oder DVD vorzulegen. Die Antragsgegnerin hat dem Sachverständigen Zugang zu dem begutachtenden Quellcode und der Datenbankstruktur sowie der schriftlichen oder elektronischen Entwicklungsdokumentation zu verschaffen und ihm eventuell erforderliche Benutzerkennungen und Passwörter mitzuteilen, wobei dem Sachverständigen die Zugangsbefugnisse des höchsten Systemadministrators einzuräumen sind. Hierbei hat sie dem Sachverständigen insbesondere Zugang zu einem bei ihr befindlichen Entwicklungsserver und den Rechnern der Mitarbeiter zu gewähren.
- e) Die Antragsgegnerin hat es zu dulden, dass der Sachverständige den zu begutachtenden Quellcode und die Datenbankstruktur sowie die Entwicklungsdokumentation der gegnerischen Software in Augenschein nimmt und sich hiervon jeweils eine Kopie zum Zwecke der weiteren Begutachtung anfertigt.
- f) Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die unten lit. b), c), d) und e) genannten Anordnungen wird der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu zweihundertfünfzigtausend (250 000,00) Euro, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft von bis zu zwei Jahren, jeweils zu vollstrecken an dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin angedroht.

Nach Vorlage des schriftlichen Gutachtens wird die Antragsgegnerin Gelegenheit erhalten, zu etwaigen Geheimhaltungsinteressen, die auf ihrer Seite bestehen, Stellung zu nehmen. Das Gericht wird alsdann darüber entscheiden, ob der Antragstellerin das Gutachten zur Kenntnis gebracht wird.

Die Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens ist davon abhängig, dass die Antragstellerin vorab einen Auslagenvorschuss in Höhe von siebentausendfünfhundert (7500,00) Euro bei der Gerichtskasse in Düsseldorf einzahlt.

Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.