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: Januar 2019

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis (Auswahl) ... 14

Erstes Kapitel: **Der Rechtsschutz für EDV-Produkte** ... 15

I. Vorüberlegung: Der Ideenschutz ... 15
II. Softwareschutz – eine Übersicht ... 25
1. Patentschutz ... 25
2. Titel- und Markenschutz ... 29
3. Laufbildschutz ... 32
4. Geheimnisschutz ... 33
5. Strafrechtlicher Schutz ... 35
6. Ergänzender Leistungsschutz ... 36
7. Datenbankschutz ... 39
III. Der urheberrechtliche Schutz ... 50
1. Schutzgegenstand (§ 69a UrhG) ... 51
2. Standard der Originalität ... 58
3. Urheberrecht und Arbeitsverhältnis ... 61
a) Reichweite von § 69b UrhG ... 62
b) Rechteverteilung im Team ... 68
4. Rechte des Softwareurhebers ... 70
a) Vervielfältigung ... 70
b) Verbreitung ... 73
c) Bearbeitung ... 82
d) Bereithalten zum Abruf ... 83
5. Schranken ... 85
a) Der bestimmungsgemäße Gebrauch (§ 69d Abs. 1 UrhG) ... 86
b) Sicherungskopie ... 89
c) Testläufe ... 90
d) Dekompilierung ... 92
6. Umgehungsschutz ... 96
IV. Der Softwareverletzungsprozess ... 100
1. Ansprüche des Verletzten ... 100
a) Unterlassungsansprüche ... 100
b) Vernichtungsansprüche ... 101
c) Schadensersatz ... 101
d) Auskunft und Rechnungslegung ... 103
e) Anträge ... 104
2. Verfahrensgang ... 106
3. Kosten ... 111
4. Vollstreckung ... 111

Zweites Kapitel: **EDV-Vertragsrecht** ... 113

I. Einführung: Wirtschaftliche Vorüberlegungen ... 113
II. Einordnung der Vertragsarten ... 114
1. Standardsoftware ... 114
2. Individualsoftware ... 117
3. Die EVB-IT ... 120
III. Allgemeine Regeln für den Aufbau eines IT-Vertrags ... 128

Drittes Kapitel: **Softwareüberlassungsverträge** ... 128

I. Präambel ... 129
II. Hauptleistungspflichten und Nutzungsrechte ... 130

1. CPU-Klauseln ... 131
2. Weitergabeklauseln ... 133
3. LAN-Verbote ... 138
4. Auditklauseln ... 142
5. Wartungsverbote ... 145
6. Zusammenfassung ... 146
III. Gewährleistung ... 147
1. Gewährleistung im Kaufrecht ... 147
a) Mangel ... 147
aa) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft ... 149
bb) Vereinbarte Beschaffenheit ... 149
cc) Vertraglich vorausgesetzte Verwendung ... 150
dd) Gewöhnliche Verwendung ... 150
b) Fehlertypen ... 151
aa) Funktionsdefizite ... 151
bb) Funktionsmängel ... 152
cc) Kapazitätsmängel/Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten ... 153
dd) Programmsperren ... 154
ee) Fehlen oder Fehler der Dokumentation ... 155
ff) Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers ... 157
gg) Montage ... 158
hh) Montageanleitungen ... 158
2. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 HGB ... 158
3. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels ... 159
4. Verjährung (§ 438 BGB) ... 160
a) Der Begriff der „Ablieferung“ ... 161
b) Verjährungshemmung ... 162
c) Vereinbarung über die Verjährung ... 164
5. Rechtsfolgen ... 166
a) Einzelne Gewährleistungsrechte ... 166
aa) Nacherfüllung ... 166
bb) Rücktritt und Minderung ... 170
cc) Widerruf ... 172
dd) Aufwendungs- und Schadensersatz ... 174
b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung ... 175
aa) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB) ... 175
bb) Gesamtrücktritt und Teilleistungen ... 176
IV. Haftung ... 180
1. Haftung für Mängel im Kaufrecht ... 180
2. Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§ 280 Abs. 1 BGB) ... 181
a) Vorüberlegungen ... 181
b) Abgrenzung zum selbständigen Beratungsvertrag ... 182
3. Haftung wegen der Verletzung von Vertragsdurchführungspflichten ... 183
4. Haftung nach ProdHaftG ... 183
5. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB ... 185
V. Regelung der Gewährleistung und Haftung durch AGB ... 187
1. Ausschluss der Gewährleistung (§ 309 Nr. 8b lit. aa) BGB) ... 189
2. Beschränkung der Nacherfüllung ... 192
3. Kosten der Nacherfüllung ... 196
4. Rügepflichten ... 198

5. Haftung ... 202
a) Trennung Gewährleistung – Haftung ... 202
b) Garantie ... 203
c) Klauselverbote in § 309 BGB ... 204
aa) § 309 Nr. 7a BGB ... 204
bb) § 309 Nr. 7b BGB ... 205
cc) § 309 Nr. 8a BGB ... 207
6. Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen ... 214
7. Verjährung ... 217
8. Verzug und Unmöglichkeit/Leistungsstörungen ... 219
9. UN-Kaufrecht ... 219
10. Musterklausel Gewährleistung/Haftung ... 220
a) AGB-Vorschläge zur Gewährleistung (nicht für Verbrauchsgüterkauf) ... 220
aa) Gewährleistung ... 220
bb) Untersuchungs- und Rügepflicht ... 221
b) Vorschläge zur Haftung (inkl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 475 Abs. 3 BGB) ... 221
VI. Sonstiges ... 221
Viertes Kapitel: **Softwareerstellungsverträge** ... 225
I. Abgrenzung Werk- und Kaufvertragsrecht ... 233
II. Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht ... 237
III. Hauptleistungspflichten ... 239
1. Pflichten des Auftragnehmers/Unternehmers ... 239
a) Überlassung der Software und Dokumentation ... 239
b) Übertragung der Rechte ... 240
c) Leistungsänderungen ... 243
2. Pflichten des Auftraggebers/Bestellers: Vergütung ... 244
a) Angemessene Vergütung (§§ 32, 32a UrhG) ... 244
b) Vergütung im Werkvertragsrecht ... 245
c) Abnahme ... 249
IV. Nebenvertragliche Pflichten ... 253
1. Vertraulichkeit und Datenschutz ... 253
2. Vorvertragliche Pflichten ... 255
a) Aufwendungsersatz, § 284 BGB ... 256
b) Pflichtenheft ... 256
V. Gewährleistung im Werkvertragsrecht ... 257
1. Mangel i.S.d. § 633 BGB ... 257
2. Gewährleistungsrechte ... 259
a) Nacherfüllung ... 259
b) Rücktritt oder Minderung ... 265
VI. Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB ... 266
VII. Kündigung ... 276
VIII. Verjährung ... 286
IX. Besonderheiten bei der Haftung ... 288
1. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel ... 288
2. Vertragsgestaltung ... 289
X. Ausschluss der Gewährleistung ... 290
XI. Ausschluss oder Beschränkung der Nacherfüllung ... 290
XII. Kosten der Nacherfüllung ... 293
XIII. Rügepflichten ... 294
XIV. Ausschluss der Selbstvornahme ... 295
XV. Haftungsfreizeichnung ... 296

XVI. Ausschluss des Kündigungsrechts ... 297
XVII. Vergütung des Kostenanschlags ... 298
XVIII. Sonstige Klauseln ... 298
XX. Agile Programmierung ... 303
Fünftes Kapitel: **Softwarevermietung** ... 318

I. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen ... 318
II. Beschränkung der Gewährleistung ... 319
1. Bestätigung als „vertragsgemäß“ ... 319
a) §§ 308, 309 BGB ... 320
b) § 307 BGB ... 320
2. Ausschluss der Gewährleistung ... 321
III. Schadensersatzansprüche ... 322
Sechstes Kapitel: **Softwareleasing** ... 324

I. Ausschluss der Gewährleistung nach bisherigem Recht ... 325
1. §§ 474 ff. BGB ... 326
2. § 307 BGB ... 327
II. Dauer der Gewährleistungsfrist ... 330
III. Beschränkung der Nacherfüllung auf Mängelbeseitigung ... 330
IV. Kündigung ... 331
Siebtes Kapitel: **Softwarewartungs- und Pflegeverträge** ... 333

I. Der allgemeine Servicevertrag ... 334
1. Hauptleistungspflichten ... 334
a) Pflichten des Dienstverpflichteten ... 334
b) § 307 BGB ... 336
2. Nebenpflichten ... 338
II. Nicht- und Schlechterfüllung ... 339
III. Beendigung des Servicevertrags ... 341
1. Ordentliche Kündigung ... 341
2. Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) ... 342
3. Kündigung aufgrund besonderen Vertrauens (§ 627 BGB) ... 343
IV. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Softwareaktualisierungen: Kaufvertrag ... 343
V. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag ... 345
1. Abgrenzung AÜG ... 345
2. Problem: Vergütungsregeln ... 349
3. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ... 349
a) Ausschluss und Beschränkung der Haftung ... 349
b) Beschränkung von Leistungspflichten ... 350
4. Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche ... 352
a) § 309 BGB ... 352
b) § 307 BGB ... 352
5. Änderungsvorbehalte ... 352
6. Änderungen der AGB ... 354
a) Vorbehaltloses Änderungsrecht ... 354
b) Widerspruchsrecht ... 354
Achtes Kapitel: **Besondere Softwareverträge** ... 355

I. Hinterlegungsvereinbarungen ... 355
1. Pflicht zur Überlassung des Quellformats ... 356
2. Hinterlegung des Quellformats ... 360
a) Hinterlegungspflichten ... 361

b) Hinterlegungsvereinbarungen ... 361
aa) EDV-technische Probleme ... 361
bb) Insolvenzrechtliche Probleme ... 363
cc) Vertragsgestaltung ... 365
3. Pflichten des Anwenders ... 366
II. Schutzhüllenverträge ... 366
III. Application Service Providing und Cloud Computing ... 368
1. Vertragszweck ... 369
2. Rechtsnatur ... 371
3. Vermietung: urheberrechtlich – vertragsrechtlich ... 372
4. Hauptleistungspflichten ... 373
a) Leistungspflicht ... 373
aa) Geschuldeter Erfolg ... 373
bb) Sachen ... 373
cc) Rechte ... 373
b) Entgelt ... 374
5. Nebenleistungspflichten ... 374
6. Datenschutzrecht ... 376
a) Verarbeitung personenbezogener Daten ... 376
b) Auftragsverarbeitung ... 376
aa) Begründung der Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO ... 377
bb) Verantwortlichkeit und Haftung ... 379
cc) Pflichten im Hinblick auf die Auftragsverarbeitung ... 379
c) Auftragserteilung in Drittstaaten ... 380
d) Besonderheiten USA ... 382
e) Umgehungsmöglichkeit durch Verschlüsselungstechniken ... 382
7. Abgabenordnung (AO) ... 384
a) Finanzbuchführung im Inland ... 384
b) Finanzbuchführung im Ausland ... 384
aa) In EU/ EWR ... 384
bb) Außerhalb EU/EWR ... 385
c) Folgen einer fehlerhaften Buchführung ... 385
8. Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ... 386
IV. General Public License (GPL) ... 388
V. IT-Outsourcing und Change Request ... 395
VI. IT-Vertriebsvertragsrecht ... 405
1. Die Einordnung ... 406
a) Gewerbe und Kaufmann ... 407
b) Handelsvertreter ... 408
c) Eigenhändler ... 411
2. (Regress-)Ansprüche des Händlers gegen den Hersteller ... 412
3. Ansprüche der Rechteinhaber gegen Händler von Raubkopien ... 415
4. Kartellrecht und IT-Vertriebsverträge ... 418
Neuntes Kapitel: **Musterverträge** ... 426
I. Softwareüberlassungsvertrag ... 426
II. Softwareerstellungsvertrag ... 428
III. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern ... 433
IV. Muster einer Geheimhaltungsvereinbarung mit Arbeitnehmern ... 436
V. Muster einer Vereinbarung zum Change Request ... 439
VI. Vertrag über Softwarepflege ... 443
VII. Die General Public License ... 445

VIII. Düsseldorfer Modell – Antrag..... 458

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
BGBl.	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
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 Geschäftsverkehrgesetz
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
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 Jurististische 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
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 Respurce 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-Plasche, Anwaltsstrategien im Software-Recht, Stuttgart 2010.
Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, München2. Aufl. 2016.
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/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, München 3. Aufl. 2013.
Marly, Jochen, Praxishandbuch Softwarerecht,7. Aufl. München 2017.
Redeker, Helmut, IT-Recht, 6. Aufl., München 2017.
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, 3. Aufl., München 2012.

Zeitschriften

Computer and Law Review. International (CRI)
Computer und Recht (CR): Zeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologien
Multimedia und Recht: Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (MMR)
Kommunikation und Recht (KR) Der IT-Rechts-Berater (ITRB)
Computerrecht (Niederländisch)

Erstes Kapitel: **Der Rechtsschutz für EDV-Produkte**

I. Vorüberlegung: Der Ideenschutz

Literatur:
Marly, Der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes, GRUR 2012, 773; *Kilian*, GRUR Int. 2011, 895; *Seffer/Horter*, IT-Vertragsklauseln über Nutzungsrechte an Residual Information, ITRB 2005, 61.

Jedes IT-Projekt, jedes neue Geschäftsmodell beginnt mit einer Idee. Daher ist es notwendig, vorab die Frage nach der 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 Satz 2 UrhG ausdrücklich, dass Ideen und Grundsätze, auf denen ein Element des Computerprogramms basiert, sowie die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Grundsätze nicht geschützt sind.[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]

---

1 Siehe Möhring/Nicolini/*Hoeren*, Urheberrechtsgesetz, § 69a Rn. 10.
2 *BGH*, Urt. v. 26.6.2003 – I ZR 176/01, BGHZ 155, 257 = NJW 2003, 2828.
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.

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

Auch bei IT-Projekten gibt es mit der Ideenfreiheit Probleme, und zwar wegen der Residual Information. **Residual Information** bezeichnet die Restinformation, die nach Abschluss eines Auftrags im Gedächtnis der Mitarbeiter des Projektes bleiben.[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- 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

---

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.

9 *BAG*, Urt. v. 16.3.1982 – 3 NJW 1983, 134, 135 = BAGE 41, 21; 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, 2357.

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 Arbeitnehmer nach der Fassung des § 17 UWG 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] Hierbei ist jedoch zu beachten, dass sich mit der Umsetzung der 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 einige Änderungen der Rechtslage ergeben werden.[15]

Schwierigkeiten machen auch **Abwerbeverbote**. 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. 10 UWG. Ein Unternehmen kann in AGB wirksam verpflichtet werden, für jeden Fall unzulässigen Abwerbens von Fremdmitarbeitern

---

10 *BGH*, Urt. v. 3.5.2001 – I ZR 153/99, GRUR 2002, 91 = NJOZ 2001, 2357.

11 Vgl. *RGZ* 65, 333, 337 – Pomril; 166, 193, 198 – Sammlung D; *RG*, GRUR 1936, 573, 578 – Albertus Stehfix; zur Unwirksamkeit von Vertragsstrafen im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten, *BAG*, 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, 856f. – Industrieböden; *BGH*, Urt. v. 16.11.1954 - I ZR 180/53, GRUR 1955, 402, 403 = NJW 1955, 463f. – Anreißgerät; *BGH*, Urt.v. 6.11.1963 – Ib ZR 41/62f., GRUR 1964, 215, 216 = NJW 1964, 351f.– Milchfahrer; *BGH*, Urt. v. 19.11.1982 – I ZR 99/80, GRUR 1983, 179, 181 = WRP 1983, 209 – Stapel-Automat.

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.

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

15 Richtlinie des Europäischen Parlaents und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und ver traulicher 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 (zul etzt abgerufen am 16.06.2016).

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 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 4 Rn. 4.107ff.

eine Vertragsstrafe von 10 000 DM 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 Abwerbeverbote im Rahmen des § 75f 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 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 Satz 1 Rom I-VO dem nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO für alle schuldrechtlichen Verträge geltenden Grundsatz der Privatautonomie. Jedoch können hierdurch zwingende Schutzvorschriften nicht abbedungen werden, die aufgrund objektiver Rechtswahl i.S.d. Art. 8 Abs. 2 Satz 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

---

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

18 So *v. Hoyningen-Huene* , in: MüKo HGB, 4. Aufl. 2016, § 75f Rn. 5. Anderer Ansicht *Schloßer*, BB 2003, 1382, 1383.

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.

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 €. 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.

- 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 die traditionell strafrechtlichen Vorschriften in §§ 17 bis 19 UWG. Die Straftatbestände werden über Transfernormen auch zivilrechtlich sanktioniert (§ 3 UWG, § 823 Abs. 2 BGB). Diese waren schon existent, als es das TRIPS-Abkommen noch nicht gab. Dementsprechend sind die Regelungsziele von TRIPS und §§ 17 bis 19 UWG nicht identisch. 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

[21] Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, MARKT/2011/128/D (April 2013), 12 f., 23, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf (zuletzt abgerufen am 21.11.2017).

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 2016 konnte schließlich die Richtlinie verabschiedet werden,[26] die nunmehr bis Juni 2018 in das nationale Recht umzusetzen ist.[27] Jetzt wird auf nationaler Ebene darüber gestritten, ob der Schutz von Betriebsgeheimnissen in ein umfassendes eigenes Regelwerk für Immaterialgüterrechte aufzunehmen ist[28] 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 muss das Bundesjustizministerium (BMJV) von Neuem einen Entwurf in die parlamentarische Diskussion einbringen. Sicher ist schon jetzt, dass die Umsetzungsfrist bis Juni 2018 nicht eingehalten werden kann. Wie man hört, plant das Ministerium die Umsetzung in ein eigenes Spezialgesetz, allerdings ohne § 17 UWG anzutasten.[30] Ein interner Entwurf, an dem neben dem BMJV auch das Arbeits- und Wirtschaftsministerium mitgewirkt haben, liegt bereits seit einem Jahr

---

[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 21.11.2017).

[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 21.11.2017).

[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 21.11.2017).

[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 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 21.11.2017).

[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 21.11.2017).

[27] *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009; *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 21.11.2017); vgl. auch AIPPI Report Q 215 (2010); *Tonell*, in: Këllezi/Kilpatrick/Kobel, Abuse of Dominant Position and Globalization & Protection and Disclosure of Trade Secrets and Know-How 2017, S. 541 ff.

[30] Anders allerdings *McGuire*, GRUR 2016, 1000, 1008, die selbstverständlich davon ausgeht, dass § 17 UWG aufgehoben oder geändert werden muss. *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1016 plädiert dafür, ein Stammgesetz mit den widerrechtlichen Regelungen vorzubehalten und das Strafrecht für besonders eklatante, insbesondere vorsätzliche Verletzungsformen in dieses Stammgesetz zu integrieren.

vor. Er sieht eine direkte Umsetzung der Richtlin ie in nationales Recht vor; kann allerdings bei Bedarf um weitere Elemente ergänzt werden.

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 jetzt[32] 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 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 § 17 UWG.[34] Ein Geheimnis soll schon vorliegen, wenn die Information generell unbekannt oder in den angesprochenen Verkehrskreisen nicht bekannt ist.[35] Unklar ist, welche Kreise als angesprochene Verkehrskreise betrachtet werden. 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 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 abge-

---

[31] *Ann*, GRUR-Prax 2016, 465; *Koós*, MMR 2016, 224.
[32] Anders noch der Kommissionsentwurf, COM/2013/0813 final – 2013/0402 (COD) (s. Fn. 2), vergleiche dazu *Kalbfus/Harte-Bavendamm*, GRUR 2014, 453.
[33] *Klein/Wegener*, GRUR-Prax 2017, 394.
[34] *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1011 f. vertritt eine etwas andere These, wonach die deutsche Rechtsprechung zu § 17 UWG im Kern den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Trotzdem hält er eine Umsetzung der Richtlinie in ein spezielleres deutsches Gesetz für geboten.
[35] *McGuire*, GRUR 2016, 1000 mit dem Kernvorschlag, den Geheimnisschutz in das System des geistigen Eigentums einzubetten.

stellt.[36] Zudem muss das Geschäftsgeheimnis von VW einen kommerziellen Wert verkörpern, weil es geheim ist (Art. 2 Ziff. 1 lit. b). Der Wert des Geschäftsgeheimnisses von VW muss also gerade im Geheimnis liegen.[37] Dies ist für Volkswagen unbekannt, da nach § 17 UWG 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.[38] Die Definition stammt aus Art. 39 TRIPS. Nunmehr wird es also erforderlich sein, die Werthaltigkeit einer Information gerichtsfest dokumentieren zu können.[39]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.[40]

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). 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.[41] 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.[42] Jetzt aber machen sich viele Gedanken darüber, was unter der Angemessenheit von Geheimhaltungsmaßnahmen zu verstehen ist.[43] In der Richtlinie wird der Begriff nicht näher erläutert. Vorausgesetzt werden nicht bestmögliche oder maximal effektive Schutzvorkehrungen, son-

---

[36] BGH, 12.02.1980 – KZR 7/79, WRP 1980, 403, 404 – "Pankreaplex II"; BGH, 23.02.2012 – I ZR 136/10, WRP 2012, 1230, 1232, Rn. 21 – MOVICOL-Zulassungsantrag.
[37] *Sousa e Silva*, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2014, 923.
[38] *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1011.
[39] So auch *Herrmann*, CB 2016, 368, 369.
[40] *Pacini/Placid/Wright-Isak*, Int. Journal of Law and Management 2008, 121, 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.
[41] *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391; *Börger/Rein*, CB 2017, 118; zur Besonderheit im Automobilbereich *Steinmann/Schubmehl*, CCZ 2017, 194.
[42] BGH, 27.04.2006 – I ZR 126/03, WRP 2006, 1511, 1513 – Kundendaten Programm.
[43] Siehe etwa *Kalbfus*, Know-how-Schutz in Deutschland zwischen Zivilrecht und Strafrecht - welcher Reformbedarf besteht?, 2011, 65 ff.; *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391.

dern nur ein angemessener Schutzstandard.[44] 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.[45] In der Automobilindustrie wird zum Beispiel darauf geachtet, dass gebäudetechnische, informationssicherheitstechnische und organisatorische Maßnahmen durchgeführt und über Audits geprüft werden. Die Zertifizierung erfolgt für den Bereich IT-Sicherheit nach ISO 27001.[46]

Nach Art. 2 Ziff. 2 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 steht der Schutz der Unternehmen aber im Zentrum; deshalb finden sich in der Richtlinie 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.[47]

Art.. 3 Lit. b 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.[48] Spuren des Reverse Engineering finden sich im Urheberrecht (§§ 69d Abs. 3, 69e) und im Patentrecht (§ 11 Nr. 1 und 2) ausführlich geregelt. Das Halbleiterschutzgesetz enthält eine ausführliche

---

[44] *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.
[45] *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391, 391 ff.
[46] *Steinmann*/*Schubmehl*, CCZ 2017, 194, 197.
[47] *Klein/Wegener*, GRUR-Prax 2017, 394, 396.
[48] RGZ 149, 329, 331 – Stiefeleisenpresse; vgl. auch OLG Hamburg, 19.10.2000 – 3 U 191/98, GRUR-RR 2001, 137; dazu auch *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Paragraph 1 UWG, 1995, S. 136; *Kochmann*, Schutz des „Know-how“ gegen ausspähende Produktanalysen („Reverse Engineering“), 2009, S. 140.

Erlaubnis für Reverse Engineering (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 und 3). Dort geregelt sind die Nachbildung von Topographien 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 Softwareprododukts 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

Literatur:
Brüggemann, Urheberrechtlicher Schutz von Computer- und Videospielen, CR 2015, 697; *Ganzhorn,* Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter, 2015; *Kilian*: Entwicklungsgeschichte und Perspektiven des Rechtsschutzes von Computersoftware in Europa, GRUR Int. 2011, 895.

Ist ein IT-Projekt über die Phase der reinen Idee übergegangen in eine Form, muss die Frage nach dem adäquaten und effizientesten Schutz des IT-Produkts geklärt werden. Anbieten wird sich hier ein Schutz der Software über das Urheberrecht – ein Schutz, der nichts kostet und formlos ist. Eigentlich ist die Integration eines technischen Produktes wie 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

Literatur:
Brandi-Dohrn, in: Schneider/von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl., Köln 2014, Kap. A Rz. 202 ff.; *Ensthaler*, Der patentrechtliche Schutz von Computerprogrammen nach der BGH-Entscheidung „Steuerungseinrichtung für Untersuchungsmodalitäten“, GRUR 2010,1; *Haedicke*: Patentrecht, 3. Aufl. 2015; *Haedicke/Zech*, Das Internet als Herausforderung für das Patentrecht, GRUR Beilage 2014, 52; *Kraßer*, Patentrecht, 6. Aufl., München 2009, 150 ff.; *Lejeune/Sieckmann,* Softwarepatente in den USA und die aktuelle Entwicklung in Deutschland und der EU - Analyse der Entscheidung des U.S. Supreme Court i.S. Bilski v. Kappos, MMR 2010, 741; *Pfeiffer*, Zur Diskussion der Software-Regelungen im Patentrecht. Zum Ausschluss von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen „als solche“ von der Patentfähigkeit, GRUR 2003, 581; *Schwarz*, Rechtfertigen rechtsdogmatisch schwierige Fragen die Abschaffung von „Software-Patenten?, GRUR 2014, 224; *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; *Zoebisch*, Technische Schutzrechte bei der Digitalisierung der Wirtschaft – Softwarepatente in Europa und den USA, DSRITB 2015, 695.

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.[49] 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.[50]

Die derzeitige Rechtslage findet sich im Wesentlichen in den **alten Prüfungsrichtlinien des DPA** vom 24.6.1981[51] wieder, die zum 1.1.1987 in Kraft getreten sind.[52] 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*[53] 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

---

49 *Kraßer*, in: Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, V, Rn. 12; siehe auch Gottschalk v. Benson 409 US 65, 68 (1972).

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

51 BlPMZ 1981, 263.

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

53 *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; Beschl. v. 29.4.2002, GRUR 2002, 791 = CR 2002, 275– Elektronischer Zahlungsverkehr.

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.[54]

Ein nichttechnisches Verfahren erhält auch durch die beiläufige Nennung eines Vorrichtungsmerkmals keinen technischen Charakter.[55] Der Trend geht allerdings dahin, immer weitergehender die Tore des Patentrechts für Software zu öffnen, indem man den **Begriff der technischen Natur extensiv auslegt**.[56] So soll z.B. auch eine medizinische Software, die unmittelbar Untersuchungsgeräte steuert, patentierbar sein.[57] Der Gegenstand, für den Patentschutz begehrt wird, muss über das reine Programm hinausgehen. Es muss klargestellt werden, dass im Kern der Patentlösung Anweisungen vorliegen, die eine schutzwürdige Bereicherung der Technik beinhalten. 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.[58] 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.[59] 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*[60] 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

---

54 *BPatG*, GRUR 2003, 413.

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

56 *Betten/Körber*, GRUR 1997, 118; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, vor §§ 69a ff. Rn. 10.

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

58 *BGH*, Beschl. v. 24.5.2004 – X ZB 20/03, MMR 2004, 780 = GRUR 2004, 667.

59 http://www.ipweblog.de/20090520/epa-g308-amicus-curiae-briefe-zur-softwarepatentierung/ (zuletzt abgerufen am 7.7.2016).

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

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 Fall[61] – 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.[62] Ferner ist ein Schutz ausgeschlossen, wenn eine Software lediglich ein reines Problem der Datenverarbeitung löst, das etwa in der Bereitstellung von Informationen, deren Aufbereitung, Abruf und Auswertung liegt. Mangels eines Bezugs zur Welt der Technik scheidet dann ein Schutz nach dem PatG aus.[63]

Der *Bundestag* hat mit einem Antrag im Jahr 2013[64] eine Beschränkung der Patentierbarkeit von Computerprogrammen gefordert und damit die rechtspolitische Diskussion um Softwarepatente angefacht.[65]

In den **Vereinigten Staaten** ist die Patentierbarkeit von Software spätestens seit der Entscheidung State Street Bank v. Signature[66] aus dem Jahr 1998 anerkannt und auch das Europäische Patentamt (EPA) hat seit 1978 ca. 20 000 bis 30 000 Softwarepatente vergeben.[67] 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 Richtli-

---

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

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

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

64 Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Wettbewerb und Innovationsdynamik im Softwarebereich sichern – Patentierbarkeit von Computerprogramen effektiv begrenzen, BT-Drs. 17/13086, abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/130/1713086.pdf (letzter Abruf: 7.7.2016).

65 *Ensthaler*, Begrenzung der Patentierung von Computerprogrammen?, GRUR 2013, 666; *Haedicke*/*Zech*, Technische Erfindungen in einer vernetzten Welt, GRUR-Beil. 2014, 52; *Kunz-Hallstein*/*Loschelder*, Stel lungnahme der GRUR zum interfraktionellen Antrag zu Softwarepatenten (BT-Dr 17/13086), GRUR 2013, 704; *Schwarz*, Rechtfertigen rechtsdogmatisch schwierige Fragen die Abschaffung von „Software-Paten ten“?, GRUR 2014, 224.

66 *US Court of Appeals fort the Federal Circuit*, Urt. v. 23.7.1998, GRUR Int. 1999, 633 ff.

67 Vgl. http://cert.uni-stuttgart.de/ticker/article.php?mid=30 (letzter Abruf: 7.7.2016).

nie über softwarebasierte Erfindungen[68] 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.[69] Nach Auffassung des Gerichts hat eine Erfindung als offensichtlich und nicht patentrechtlich schutzwürdig zu gelten, wenn ein gewöhnlicher Fachmann „die Lehre vieler Patente" dafür „wie Stücke in einem Puzzle zusammenfügen" könnte. „Die Erteilung eines Patentschutzes für Fortschritte, die sich im normalen Entwicklungsverlauf ohne echte Innovation abspielen, verhindern den Fortschritt und können im Fall von Patenten, die zuvor bekannte Elemente zusammenführen, frühere Erfindungen ihres Wertes und ihres Nutzens berauben", urteilte der Oberste Gerichtshof nun in seiner Mehrheitsmeinung.

2. Titel- und Markenschutz

Literatur:
Betten, Titelschutz von Computerprogrammen, GRUR 1995, 5; *Betten*, Erwiderung – Titelschutz von Computerprogrammen, CR 1995, 383; *Deutsch*, Neues zum Titelschutz, GRUR 2013, 113; *Huppertz/Fritzsche*, Titelschutz für Software: Überblick, wettbewerbsrechtliche Aspekte, Vergleich zur Marke, ITBR 2011, 86; *Lehmann*, Titelschutz für Software, CT 1998, 2; *Lehmann*, Neuer Titelschutz von Software im Markengesetz, CR 1995, 129; *Poll/Brauneck*, Rechtliche Aspekte des Gaming-Markts, GRUR 2001, 389; *Schneider*, Titelschutz für Software. Rechtsschutz, CI 1998, 37; *Stratmann*, Titelschutz für Software nach dem neuen deutschen Markengesetz, Mitt. 1995, 366; *Zahrnt*, Titelschutz für Software-Produkte – ein Irrtum?!, BB 1996, 1570; *Zöllner/Lehmann*, Kennzeichen- und lauterkeitsrechtlicher Schutz für Apps, GRUR 2014, 431.

---

68 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: 7.7.2016).

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

Software ist **titelschutzfähig**.[70] Der Schutz erstreckt sich auch auf Computerspiele.[71] Das LG Hamburg hat auch die Werktitelschutzfähigkeit von Apps bejaht.[72] Zuletzt hat das *OLG Köln* einen Werktitelschutz für einen Computer Simulationsspiel bejaht.[73]Wie der *BGH*[74] 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.[75] 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 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.[76]

Der *BGH*[77] 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

---

70 *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, 4. Aufl. 2009, § 15 Rn. 256; *Ingerl*, WRP 1997, 1127 ff.; *Lehmann*, CR 1998, 2 ff.; a.A. *Betten*, GRUR 1995, 5 und *Betten*, CR 1995, 383.

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

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

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

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

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

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

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

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.[78] Es reicht nach einer Entscheidung des *LG Düsseldorf* nicht aus, in einem Schreiben an einen einzelnen Interessierten auf ein „Grob-Konzept" zu verweisen. [79] 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.[80] 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 allgemeine Maßstab anzulegen. [81] 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

---

78 *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, 481ff. – WINCAD.

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

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

81 *LG Hamburg*, Beschl. v. 8.10.2013 – 327 O 104/13, GRUR 2014, 492; zu „wetter.de" siehe *BGH*, Urt. v. 28. Januar 2016 - I ZR 202/14 - wetter.de.

("skype", "WhatsApp") neben sprechenden Zeichen ("traffic4all") und beschreibenden Titeln ("wetter").[82]

Neben dem Titelschutz kommt ein **Markenschutz für Software** in Betracht.[83] 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. des § 5 Abs. 3 MarkenG in Betracht.[84] Für die Annahme, dass es sich bei der Bezeichnung auch um einen Herkunftshinweis handele, bedarf es im Einzelfall konkreter Anhaltspunkte.[85]

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.[86] 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.[87]

3. Laufbildschutz

Einen einfach zu erlangenden Schutz gewährleistet der **Laufbildschutz** nach § 95 UrhG, insbesondere bei Computerspielen.[88] Hier werden häufig laufende Bilder in filmähnlicher Folge aneinandergereiht,[89] sodass der Eindruck einer Bewegung entsteht. Damit fallen Computerspiele – unabhängig von ihrer Originalität – in den Leistungsschutz des § 95 UrhG.[90] Der In-

---

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

83 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.

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

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

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

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

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

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

90 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.

haber 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.[91] Allerdings bleibt ausländischen Nicht-EU-Softwareerstellern bei korrekter Auslegung der internationalen Vertragslage dieser Schutz versagt.[92] 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.[93] Im Übrigen kommt ein Laufbildschutz nicht in Betracht, wenn die beweglichen Bilder allein durch die zu Grunde liegende Software erzeugt werden.[94]

4. Geheimnisschutz

Literatur:
Gorbatyuk/Overwalle/van Zimmeren, Intellectual Property Ownership in Coupled Open Innovation Processes, IIC 2016, 262; *Ernst*, Die Verfügbarkeit des Source Codes – Rechtlicher Know-How-Schutz bei Software und Webdesign, MMR 2001, 208; *Falce,* Trade Secrets – Looking for (Full) Harmonization in the Innovative Union, IIC 2015, 940; *Gärtner*, Zum Richtlinienentwurf über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, NZG 2014, 650; *Kiethe*/*Hohmann*, Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, NStZ 2006, 185; *Koós,* Die europäische Geschäftsgeheimnis-Richtlinie – ein gelungener Wurf? Schutz von Know-how und Geschäftsinformationen – Änderungen im deutschen Wettbewerbsrecht, MMR 2016, 224; *McGuire/Joachim/Künzel/Weber*, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch Rechte des Geistigen Eigentums und durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int 2010, 829; *Mehrbrey/Schreibauer,* Haftungsverhältnisse bei Cyber-Angriffen – Ansprüche und Haftungsrisiken von Utnernehmen und Organen, MMR 2016, 75; *Ohly,* Der Geheimnisschutz im deutschen Recht: heutiger Stand und Perspektiven, GRUR 2014, 1; *Rauer/Lovells*, Richtlinienentwurf: Europaweit einheitlicher Schutz von

---

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; *Katzenberger*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 95 Rn. 12; a.A. *OLG Frankfurt*, Urt. v. 4.8.1983 – 6 U 19/83, GRUR 1984, 509 = WRP 1984, 79 – Donkey Kong Junior II.

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

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

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

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

Geschäftsgeheimnissen, GRUR-Prax 2014, 2; *Schweyer*, Die rechtliche Bewertung des Reverse-Engineering in Deutschland und den USA, Bayreuth 2012; *Weiden, Wiebe*, Know-How-Schutz von Computersoftware, München 1993; *Wiebe*, Reverse Engineering und Geheimnisschutz von Computerprogrammen, CR 1992, 134, *Witt/Freudenberg*, Der Entwurf der Richtlinie über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Spiegel zentraler deutscher Verbotstatbestände, WRP 2014, 374.

Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen wird im deutschen Recht bislang vorrangig in den §§ 17 bis 19 UWG als Vorschriften des Nebenstrafrechts normiert.[95]. 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 Offenlegung[96] 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 handelt 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.[97] In den Grundzügen entspricht der Großteil der Verbotstatbestände den Vorgaben der Richtlinie. Sie definiert Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als Informationen, die geheim und daher von kommerziellem Wert und durch den rechtmäßigen Inhaber des Geschäftsgeheimnisses durch Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt sind. 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 Fahrlässigkeit[98] greifen und somit weiter als das deutsche Recht gefasst sind. § 17 UWG sieht die Rechtswidrigkeit nur gegeben an, wenn das Ge-

---

95 *McGuire/Joachim/Künzel/Weber,* GRUR Int 2010, 829 (829).

96 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 16.6.2016).

97 *BGH*, Urt. v. 15.3.1955 – I ZR 111/53, GRUR 1955, 424.

98 *Gärtner*, NZG 2014, 650 (651).

heimnis vorsätzlich zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, weitergegeben wird. Auch im Hinblick auf weitere einzelne Auslegungsfragen besteht noch Klärungsbedarf[99], da die Richtlinie die Verbotstatbestände generell und weit gefasst anlegt. Als Rechtsfolgen sieht die Richlinie vorbeugende und endgültige Maßnahmen vor, die denjenigen Konsequenzen, die aus der Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts folgen, sehr ähneln.[100] 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 gem. § 17 Abs. 2 Nr. 1a UWG anzusehen ist.[101] 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*[102] 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.[103] Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auch auf Software würde den Sinn des Urheberstrafrechts weitgehend ad absurdum führen.

---

99 *Witt/Freudenberg,* WRP 2014, 374 (382).
100 *Gärtner*, NZG 2014, 650 (651).
101 Siehe dazu *Harte-Bavendamm*, CR 1986, 615 ff.
102 OLG Stuttgart, Urt. v. 10.2.1989 – 2 U 290/88, NJW 1989, 2633 = DB 1989, 876 – „Dongle".
103 So auch *Fischer*, Beck'scher Kurzkommentar StGB, 62. Aufl. 2014, § 202a Rn. 7.

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

Die Einführung eines Kopierschutzes kann jedoch auch negative Folgen für den Hersteller der Software haben: Es besteht u.U. ein Recht des Anwenders, Sicherungskopien des von ihm erworbenen Programms ziehen zu dürfen (§ 69d Abs. 2 UrhG). Kann der Anwender eine Sicherungskopie nicht erstellen, so stehen ihm gegen den Hersteller/Händler gewährleistungs- und haftungsrechtliche Ansprüche zu, wenn das Programm aufgrund eines Defekts nicht genutzt werden kann.[104] Bislang liegt hierzu allerdings noch keine Rechtsprechung vor; eine endgültige Klärung steht noch aus.

6. Ergänzender Leistungsschutz

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

Schließlich kommt auch noch der **ergänzende Leistungsschutz nach §§ 3, 4 Nr. 9 UWG** in Betracht. Dieser Schutz greift nicht bei der Softwarepiraterie im privaten Kontext oder im unternehmensinternen Bereich, sondern nur gegenüber einem Mitbewerber i.S.d. § 2 Abs. 1, Nr. 3 UWG. Mitbewerber sind demnach nur solche Unternehmer, die in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen Dem wettbewerblichen Leistungsschutz kommt insoweit ergänzende Funktion mit dem Ziel zu, eine außerhalb gesetzlichen Sonderrechtsschutzes verbleibende Lücke zu schließen. Insbesondere ist hier das **Verbot der unmittelbaren Leistungsübernahme** und der **sklavischen Nachahmung** zu beachten (§ 4 Nr. 9 UWG). Beide Vorgänge sind zwar nicht per se verboten, da abseits des immaterialgüterrechtlichen

---

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

Sonderschutzes vom Grundsatz der Gemeinfreiheit von Wissen auszugehen ist. Programmierlösungen, die mangels entsprechender Qualifikation keinen Sonderrechtsschutz erhalten, würde ansonsten über das UWG ein Leistungsschutz garantiert, der an sich nach der spezielleren gesetzlichen Regelung nicht gewährt sein soll. Es ist insofern zu beachten, dass der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz nicht dazu dienen darf, Grundgedanken für die Gestaltung von Produkten gegen die Übernahme durch Wettbewerber zu schützen.[105]

Es sind daher alle **Umstände des Einzelfalls** daraufhin zu würdigen, ob sie einen besonderen Vorwurf der Unlauterkeit rechtfertigen. So kann ein Anspruch gegeben sein, wenn bei dem Vertrieb von Nachahmungen eines Erzeugnisses die Gefahr einer Herkunftstäuschung besteht und der Nachahmer zumutbare und geeignete Maßnahmen zur Vermeidung der Herkunftstäuschung unterlassen hat.[106] Dieser ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz gegen eine vermeidbare Herkunftstäuschung hat nicht nur zur Voraussetzung, dass das nachgeahmte Erzeugnis wettbewerbliche Eigenart besitzt, sondern in aller Regel auch, dass es bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erlangt hat. Es genügt jedenfalls, dass das wettbewerblich eigenartige Erzeugnis bei nicht unerheblichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise eine solche Bekanntheit erreicht hat, dass sich in relevantem Umfang die Gefahr der Herkunftstäuschung ergeben kann, wenn Nachahmungen vertrieben werden.[107] Die erforderliche wettbewerbliche Eigenart ist gegeben, wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen. Zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht eine Wechselwirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen. So soll z.B. die individuell gestaltete Bildschirmmaske einer Reisebürosoftware mit einem Marktanteil von über 80 % in Deutschland gegen eine wettbewerbswidrige vermeidbare Herkunftstäuschung gem. § 4 Nr. 9a UWG geschützt sein.[108]

---

105 *BGH*, Urt. v. 28.10.2004 – I ZR 326/01, GRUR 2005, 166 = WRP 2005, 88 – Barbie.

106 Vgl. *BGH*, Urt. v. 15.7.2004 – I ZR 142/01, GRUR 2004, 941, 943 = WRP 2004, 1498 – Metallbett, m.w.N.

107 Vgl. *BGH*, GRUR 2002, 275, 277 = WRP 2002, 207 – Noppenbahnen; *BGH*, Urt. v. 8.11.2001 – I ZR 199/99, GRUR 2004, 941, 943 – Metallbett.

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

Wettbewerbsrechtlich zulässig ist dagegen der Verkauf eines Computers mit vorinstallierter Software.[109] 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 erstehen, 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 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.[110]

---

[109] *EuGH*, Urt. v. 7.9.2016 – C-310/15, abrufbar unter http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5668dc924bcb64b74a7c9df705 4ce17fc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=183106&pageIndex=0&doclang=DE&mode=re q&dir=&occ=first&part=1&cid=558502 (zuletzt abgerufen am 15.9.2016).

[110] BGH, Urteil vom 12. 1. 2017 – I ZR 253/14 – World of Warcraft II.

7. Datenbankschutz

Literatur:
Benecke, Was ist „wesentlich“ beim Schutz von Datenbanken?, CR 2004, 608; *Calame*, Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, Bamberg 2002; *Ehmann*, Big Data auf unsicherer Grundlage - was ist "wesentlich" beim Investitionsschutz für Datenbanken?, K&R 2014, 394; *Fusbahn,* Der Schutz des Datenbankherstellers, IPRB 2012, 114; *Ganea u.a. (Hrsg.)*, Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 493; *Hoebbel*, European Sui Generis Right for Databases, CR Int. 2001, 74; *Knöbl*, Der Schutz von Datenbanken nach der Feist-Entscheidung des amerikanischen Supreme Court, UFITA 2002/II, 355; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht, München 2000; *Leistner*, Verwandte Schutzrechte im europäischen Urheberrecht: Eine Untersuchung am Beispiel des Datenbankherstellerschutzes; *Lopez*, El derecho sui generis del fabricante de bases de datos, Madrid 2001; *Nippe*, Urheber und Datenbank, München 2000; *Sendrowski*, Zum Schutzrecht sui generis an Datenbanken, GRUR 2005, 369; *Westkamp*, Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht, München 2003; *Westermeier*; New Strategies for Strengthening the Protection for Databases - A Focus on Collective Works, Cri 2014, 7; *Wiebe*, Der Schutz von Datenbanken – ungeliebtes Stiefkind des Immaterialgütrerechts, CR 2014, 1.

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.[111] 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 Ordnungsgesichtspunkten zusammengestellt wird.[112] Eine rein schematische oder routinemäßige Auswahl oder Anordnung ist nicht schutzfähig.[113]

---

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

112 *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;

Im Übrigen hat der *EuGH*[114] 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-Datenbankrichtlinie[115] in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen worden ist.[116] Geschützt werden die **Datenbankhersteller**. Als Hersteller gilt nicht nur die natürliche Person, die die Elemente der Datenbank beschafft oder überprüft hat, sondern derjenige, der die **Investition in die Datenbank** vorgenommen hat. Aus diesem Grund fällt nach der Legaldefinition des § 87a Abs. 1 Satz 1 UrhG unter diesen Schutz jede Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind, sofern deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang **wesentliche Investition** erfordert. Aufwendungen für den Erwerb einer fertigen Datenbank oder einer „Lizenz" an einer solchen Datenbank rechtfertigen keine Datenbankrechte.[117]

Wie der *EuGH* in seiner Entscheidung zum Datenbankschutz für **Wett- und Fußballdaten** bestimmt hat,[118] bedarf es hierfür einer nicht unerheblichen Investition in die Ermittlung und Zusammenstellung von Elementen in der Datenbank. Irrelevant sollen die Mittel sein, die eingesetzt werden, um die Elemente zu erzeugen, aus denen der Inhalt der Datenbank besteht. Mit dieser Begründung hat sich der *EuGH* geweigert, eine Zusammenstellung von Ergebnissen einzelner Fußballspiele oder Hunderennen zu schützen. Entscheidend sei insofern der

---

OLG Frankfurt, Urt. v. 10.1.1985 – 6 U 30/84, GRUR 1986, 242 = NJW-RR 1986, 612 – Gesetzessammlung.

113 *BGH*, Urt. v. 22.9.1983 – I ZR 166/81, GRUR 1954, 129, 130 – Besitz der Erde.

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

115 Richtlinie 96/9/EG v. 11.3.1996, ABl. Nr. L 77 v. 27.3.1996, 20. Siehe dazu *Flechsig*, ZUM 1997, 577; *Gaster*, ZUM 1995, 740, 742; *Gaster*, CR 1997, 669 und 717; *Gaster*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediarecht, München 2014, Teil 7.8; *Gaster*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, Köln 1999; *Wiebe*, CR 1996, 198, 201 f.

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

117 *BGH*, Teilurt. v. 30.4.2009 – I ZR 191/05, GRUR 2009, 852 = CR 2009, 735 – Elektronischer Zolltarif.

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

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 Entscheidungen[119] die Vorgaben des *EuGH* verdreht. Ein Eingriff in das Datenbankrecht soll hiernach schon gegeben sein, wenn Daten entnommen und auf andere Weise zusammengefasst werden. Auf die Übernahme der Anordnung der Daten in der Datenbank des Herstellers soll es für den Schutz nach § 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht ankommen. Folglich sei das Recht des Datenbankherstellers durch den Vertrieb einer CD-ROM mit Daten aus einer urheberrechtlich geschützten Sammlung nicht verletzt; Schutz komme nur dem Urheber der Zusammenstellung über § 4 Abs. 2 UrhG zu.[120]

Unter den Schutz können eine umfangreiche Sammlung von Hyperlinks,[121] online abrufbare Sammlungen von Kleinanzeigen[122] und die meisten Zusammenstellungen von Informationen auf einer Website[123] fallen. Der Schutz von Datenbanken ist auch auf Printmedien, etwa „Lists of Presses"[124] oder ein staatliches Ausschreibungsblatt,[125] anwendbar. Auch Zugpläne fallen unter § 87b UrhG.[126] 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.[127] 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.[128] Streitig ist, ob **Klassenbibliotheken** im Rahmen der objektorientierten Programmierung Datenbankschutz genießen.[129] Nicht unter

---

119 *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.

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

121 *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.

122 *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. Anderer Ansicht *Schweizerisches Bundesgericht*, Urt. v. 4.2.2005 – 4C.336/2004/zga = MMR 2005, 442, wonach veröffentlichte Immobilieninserate immaterialgüterrechtlich nicht schutzfähig seien.

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

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

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

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

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

128 *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).

129 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.

den Schutz fallen z.B. Rechtschreibprogramme, da sie zwar eine integrierte Datenbasis beinhalten, deren Elemente für den Nutzer jedoch nicht einzeln zugänglich sind.[130] 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 2.0[131] – 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.[132] Allerdings reicht es nicht aus, wenn jemand Daten für ein Internet-Branchenbuch lediglich aus öffentlich zugänglichen Quellen sammelt und per Computer erfassen lässt.[133] 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.[134]

Zum Vorlagebeschluss des *BGH*[135], ob Art. 1 Abs. 2 der RL 96/9/EG vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken[136] dahingehend auszulegen sei, dass es sich bei 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 ein andere Landkarte herzustellen und zu vermarkten, nach ihrer Herauslösung ein hinreichender Informationswert

---

130 *Haberstumpf*, GRUR 2003, 14, 19; *Vogel*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 87a Rn. 24.

131 *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/M.*, Urt. v. 29.10.1996 – 11 U Kart 44/95, Jur-PC 1994, 2631 = CR 1997, 275 – Tele-Info-CD; *LG Frankfurt/M.*, Urt. v. 19.2.1997 – 3/12 O 73/96, CR 1997, 740.

132 *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*.

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

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

135 *BGH*, Beschl. v. 18.9.2014 – I ZR 138/13, GRUR 2014, 1197; weiterführende Hinweise bei *Leistner*, Die Landkarte als Datenbank, GRUR 2014, 528.

136 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 23.10.2015).

verbleibt, um als unabhängiges Element einer Datenbank im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden zu können.[137]

In Bezug auf **Gesetzessammlungen** hat das *OLG München* in seiner Entscheidung vom 26.9.1996[138] einen urheberrechtlichen Schutz ausdrücklich abgelehnt: Eine solche Sammlung stelle allenfalls eine Aneinanderreihung von Texten dar, die auch hinsichtlich der redaktionell gestalteten Überschriften zu einzelnen Paragraphen keinen urheberrechtlichen Schutz genießen könne. Auch ein wettbewerbsrechtlicher Schutz scheide im Hinblick auf die fehlende Eigenart aus. In Betracht kommt jedoch ein Schutz über § 87a UrhG, da die Erstellung umfangreicher Textsammlungen (wie im Falle des „Schönfelder") im Allgemeinen mit einer wesentlichen Investition des Verlegers verbunden ist.[139]

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.[140] Unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit, durch eine investitionsintensive Zusammenstellung von amtlichen Werken, Dokumenten oder anderen Materials (z.B. Gesetzessammlungen) sui generis Schutz für die daraus erstellte Datenbank zu beanspruchen.

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

---

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

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

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

140 *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.

abzugrenzen von unbeachtlichen Investitionen in die Datenerzeugung.[141] Das *OLG Köln*[142] 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 unbeutende, also nicht von jedemann zu erbringende Investition, die damit wesentlich im Sinne des § 87a Abs. 1 Satz 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[143] (§ 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG). Gerade gegenüber einer kommerziellen Verwendung fremder Netzinhalte, z.B. mittels virtueller Suchroboter (intelligent or electronic agents), die Inhalte fremder Webseiten übernehmen, kann das sui generis Recht herangezogen werden.[144] 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.[145] Schon die einmalige Entnahme aller geänderten Daten aus einer bestimmten Version der CD-ROM – durch Erstellung einer (ggfls. nur zwischengespeicherten) Änderungsliste oder unmittelbare Übernahme – bezieht sich nach Meinung des *BGH*[146] 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".[147] Nach Auffassung des *EuGH* liegt eine relevante Vervielfältigung auch vor, wenn ein Teil der Kopie, der aus Textauszügen von elf Wörtern besteht, ausgedruckt wird.[148] Das *OLG Köln* nimmt die Entnahme wesentlicher Teile einer Datenbank an,

---

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

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

143 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.

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

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

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

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

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

wenn 1/5 der Datensätz einer Moduldatenbank übernommen werden.[149] Zuletzt entschied das *LG Hamburg*[150], 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 ein unzulässige Vervielfältigung eines wesentlichen Datenbankteils im Sinne von § 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG dar.

§ 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG sanktioniert im Übrigen auch die Verwendung **unwesentlicher Teile** einer Datenbank, wenn damit eine unzumutbare Beeinträchtigung der Interessen des Datenbankherstellers verbunden ist. Dies soll z.B. beim Ablesen von Zugverbindungsdaten aus einer öffentlichen Datenbank und der mündlichen Mitteilung dieser Daten an Dritte der Fall sein.[151] Das Datenbankherstellerrecht aus § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG wird nicht verletzt, wenn aus Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln, die in einer Datenbank gespeichert sind, durch einen Internet-Suchdienst einzelne kleinere Bestandteile auf Suchwortanfrage an Nutzer übermittelt werden, um diesen einen Anhalt dafür zu geben, ob der Abruf des Volltextes für sie sinnvoll wäre. Dies gilt auch dann, wenn der Suchdienst dabei wiederholt und systematisch i.S.d. § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG auf die Datenbank zugreift.[152] 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.[153] 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 wäre[154], 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 bei dem Einsatz der Software quantitativ wesentliche Teile der Datenbank vervielfältigen oder entnehmen. Die wiederholte und systematische Vervielfältigung und Entnahme von

---

149 *OLG Köln*, Urt. v. 28.3.2014 - 6 U 140/13, ZUM-RD 2014, 433= CR 2014, 569.
150 *LG Hamburg*, B. v. 15.06.2015 - 308 O 215/15, ZUM 2016, 70.
151 *LG Köln*, Urt. v. 8.5.2002 – 28 O 180/02, MMR 2002, 689.
152 *BGH*, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/00, NJW 2003, 3406 = K&R 2003, 554 – Paperboy.
153 *BGH*, Urt. 22.6.2011 – I ZR 159/10, MMR 2014, 544 – Automobile-Onlinebörse.
154 *BGH*, Urt. v. 15.10.1998 – I ZR 120/96, GRUR 1999, 418, 419 = NJW 1999, 1960 = MMR 1999, 280 m. Anm. *Decker* – Möbelklassiker.

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.[155]

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*[156] 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 wettbewerbrechtlich nicht zu beanstanden. Danach verstößt der Betreiber eines Internetportals nicht gegen § 4 Nr. 10 UWG, wenn die einer Vermittlung zugrunde liegenden, frei zugänglichen Flugverbindungsdaten im Wege einer automatisierten Abfrage von der Internetseite des Fluggesellschaft ermittelt werden.[157] 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.[158] 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.[159] Das führt allerdings zu dem paradoxen Ergebnis, dass Hersteller von Datenbanken, die dem Datenbankschutzrecht unterfallen, einen geringeren Schutz genießen als solche Hersteller, auf die das Datenbankschutzrecht nicht anzuweden ist.[160]

---

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

156 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 5.3.2009 – 6 U 221/08, MMR 2009, 400.

157 *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.

158 *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.

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

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

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 den Datenbankhersteller die Möglichkeit nehmen, Einkünfte zu generieren und Herstellungskosten zu decken.[161] Der *EuGH*[162] sieht damit schon in der Bereitstellung der Metasuchmaschine einen Verstoß gegen § 87b Abs. 1 UrhG, während der *BGH*[163] 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 Schutzumfang (§ 87b Abs. 1 UrhG) bestimmt und damit maßgeblich über die Zulässigkeit einer Datenbanknutzung entscheidet. Dies gilt umso mehr, als § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG auch das Einfallstor verfassungsrechtlicher Überlegungen, etwa im Hinblick auf die Presse- und Informationsfreiheit, sein soll.[164]

Der *BGH*[165] 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 Gedichteliste des Freiburger Professors orientiert. Einige der dort aufgeführten Gedichte waren weg gelassen, andere hinzugefügt worden. Die vom Kläger getroffene Auswahl wurde im Übrigen jeweils kritisch geprüft. Der *EuGH* hat auf die Vorlagefrage, 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 Einzelnen vorgenommen wird, oder ob der eine Entnahme im

---

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

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

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

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

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

Sinne dieser Vorschrift einen Vorgang des physischen Kopierens eines Datenbestands voraussetzt[166], entschieden.[167] Hier nach 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*[168] 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. Daran fehle

---

166 *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.

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

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

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

Gerade auch wegen einer angeblich exzessiven Verwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe hat die Datenbankrichtlinie **in den USA** besonders heftige Kritik erfahren.[169] 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,[170] 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.[171]

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.[172]

---

169 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.

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

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

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

III. Der urheberrechtliche Schutz

Literatur:
Boecker, Computerprogramme zwischen Werk und Erfindung, 2008; *Kreutzer*, Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts – Eine Untersuchung des geltenden Rechts für Sicherungskopien und Schutz technischer Maßnahmen bei Computerspielen, CR 2007, 1; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, München 2002; *Bullinger*/*Czychowski*, Digitale Inhalte: Werk und/oder Software? – Ein Gedankenspiel am Beispiel von Computerspielen, GRUR 2011, 19; *Ernst*, Die Verfügbarkeit des Source Codes, Rechtlicher Know-how-Schutz bei Software und Webdesign, MMR 2001, 208; *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; *Grützmacher*, Gebrauchtsoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen – Zu den Rechtsfragen auch jenseits der Erschöpfungslehre, CR 2007, 549; *Heutz*, Freiwild Internetdesign? – Urheber- und geschmacksmusterrechtlicher Schutz der Gestaltung von Internetseiten, MMR 2005, 567; *Hoeren*, Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen, CR 2004, 721; *Hoeren*, Die Kündigung von Softwareerstellungsverträgen und deren urheberrechtliche Auswirkungen, CR 2005, 773; *Hoeren*, Urheberrecht und Vertragsfreiheit: Kritische Überlegungen am Beispiel der Verwendungsbeschränkungen, in: Klumpp/Kubicek/Roßnagel/Schulz (Hrsg.), Medien, Ordnung und Inovation, Heidelberg 2006 (zit. *Hoeren* in Klumpp/Kubicek/Roßnagel/Schulz); *Kreutzer*, Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts – Eine Untersuchung des geltenden Rechts für Sicherungskopien und Schutz technischer Maßnahmen bei Computerspielen, CR 2007, 1; *Link*, Die Auswirkungen des Urheberrechts auf die vertraglichen Beziehungen bei der Erstellung von Computerprogrammen, GRUR 1986, 141; *Marly*, Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogrammen – Zugleich Besprechung der EuGH-Entscheidung „BSA/Kulturministerium", GRUR 2011, 204; *Marly*, der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes, GRUR 2012, 773; *Ohst*, Computerprogramm und Datenbank, Definition und Abgrenzung – Eine Untersuchung beider Begriffe und ihrer Wechselbeziehungen im Urheberrechtssystem der Informationsgesellschaft, Frankfurt a.M. 2004; *Partsch*/*Reich*, Die Change-of-Control-Klausel im neuen Urhebervertragsrecht – Zum Wegfall des § 28 VerlG, AfP 2002, 298; *Paulus*, Software in der Vollstreckung, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993, 831 (zitiert: *Paulus* in Lehmann); *Peukert*, Technische Schutzmaßnahmen, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, München 2003 (zit. Loewenheim/*Peukert*); *Plaß*, Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht, WRP 2000, 599; *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl., München 2012; *Redeker*, Eigentumsvorbehalte und Sicherungsklauseln in Softwareverträgen, ITRB 2005, 70; *Royla*/*Gramer*, Urheberrecht und Unternehmenskauf – Reichweite von Zustimmungserfordernis und Rückrufrecht des Urhebers von Computerprogrammen, CR 2004, 154; *Schack*, Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames, MMR 2001, 9; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., Köln 2009; *Schneider*, Neues zu Vorlage und Herausgabe des Quellcodes? – Kritische Überlegungen zur Dissonanz zwischen vertraglicher und prozessualer Beurteilung des Quellcodes durch den BGH, CR 2003, 1; *Schneider*, Urheberrechtliche Probleme bei objektorientierten Programmen, in: Büllesbach/Heymann (Hrsg.), Informationsrecht 2000, Perspektiven für das nächste Jahrzehnt, Köln 2000, 143 (zit. *Schneider* in Büllesbach/Heymann); *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Köln u.a. 2005; *Schumacher*, Schutz von Algorithmen für Computerprogramme, Münster 2004; *Seffer*, Softwareschutz beim Asset-Deal – Übertragung der gewerblichen Schutzrechte bei Individualsoftware mit Tücken, ITRB 2006, 146; *Spindler*/*Weber*, Die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie nach

dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, ZUM 2007, 257; *Spindler*, Softwareschutz; Grenzen, CR 2012, 417; *Thormann*, Links und Frames und ihr Rechtsschutz im Internet, Mitt. 2002, 311; *Wiebe*, Rechtsschutz für Software in den neunziger Jahren, BB 1993, 1094; *Wimmers*, Urheberrechtliche Probleme beim IT-Outsourcing, in: Büchner/Dreier, Von der Lochkarte zum globalen Netzwerk – 30 Jahre DGRI, Köln 2007, 169 (zit. *Wimmers* in Büchner/Dreier); *Witte*, Zur Schadensberechnung bei der Verletzung von Urheberrechten an Software – Die drei Berechnungsarten, der Bereicherungsausgleich und der Ausgleich für die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten, ITRB 2006, 136; *Zecher*, Zur Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes bei Computerprogrammen, Baden-Baden 2004.

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“.[173] Meist wird in der Kommentarliteratur auf die Definition in § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO hingewiesen.[174] 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 be-

---

173 BT-Drs. 12/4022, S. 9.

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

rücksichtigen, 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.[175]

In Übereinstimmung mit der EG-Richtlinie erstreckt sich der Schutz auf **jede Form** des Computerprogramms (§ 69a Abs. 2 UrhG). Folglich erstreckt sich der Schutz auf Object und Source Code in gleicher Weise. Einige Autoren haben früher zwar betont, dass sich der Urheberrechtsschutz nur auf den Source Code, nicht aber auf den Object Code erstrecken könne, da letzterer eine rein technische Transformation des Source Codes sei.[176] Diese Meinung ist nach Inkrafttreten von § 69a UrhG nicht mehr aufrechtzuhalten. Auch die Schnittstellen sind geschützt; § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG erklärt nur die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Ideen für gemeinfrei.

Der Schutz erstreckt sich **auch auf das Entwurfsmaterial**. Geschützt sind demnach auch die Vorstufen des Source Codes, insbesondere die Problemanalyse, der Datenflussplan und der Programmablaufplan.[177] Zum Entwurfsmaterial gehören allerdings nicht die Unterlagen, die der Benutzer erhält.[178] Rechte nach § 69a UrhG kann nur der 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.[179] 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.[180]. Daten oder in Dateien gespeicher-

---

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

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

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

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

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

180 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.

te Datenbestände für sich genommen keine urheberrechtlich nach § 69a UrhG geschützten Computerprogramme oder Schriftwerke iSv. § 2 UrhG Nr. 1 UrhG.[181]

Streitig ist, ob der Schutz für Software sich auf **Bildschirmmasken** erstreckt.[182] Allerdings ist dabei zu beachten, ob und inwieweit den Programmautoren ein nicht unerheblicher Spielraum bei der Gestaltung der Masken zur Verfügung stand. Erst wenn auch bei übereinstimmenden sachlichen Vorgaben andere Gestaltungsformen möglich sind, kommt ein Urheberrechtsschutz in Betracht. Diese – aus der amerikanischen Rechtsprechung entlehnte – Interpretation schließt es aus, dass z.B. der Aufbau einer Bilanz über § 69a UrhG urheberrechtlichen Schutz genießt.

Die Erstreckung von § 69a UrhG auch auf Bildschirmoberflächen wird von der Justiz und weiten Teilen der Literatur grundsätzlich abgelehnt.[183] 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

---

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

182 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.

183 *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; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69a Rn. 7; *Günther*, CR 1994, 610, 611; *Koch*, GRUR 1991, 180; *Raubenheimer*, CR 1994, 69, 70; *Wiebe*, GRUR Int. 1990, 21, 26.

auch über ein Schutz von Webdesign und Benutzeroberflächen über das nicht eingetragene Geschmacksmuster/Design nachgedacht.[184]

Unklar ist die Zuordnung bei **modernen Programmiertechniken**, etwa im Bereich der HTML- oder JAVA-Programmierung. Teilweise wird in der Diskussion vertreten, dass der Schutz multimedialer Produkte letztendlich eine Frage des Softwareschutzes sei, insbesondere wenn diese auf HTML oder ähnlichen Tools beruhten.[185] In der Tat ist bei einer HTML-basierten Homepage nicht mehr zwischen Benutzeroberfläche und dem zugrunde liegenden Programmcode zu unterscheiden. Allerdings verkennt diese Auslegung die dem § 69a UrhG zugrunde liegende Trennung von Programmierleistung und der Kreativität anderer Schaffender. Dass bestimmte Informationen in eine HTML-Codierung gebracht werden, macht diese noch nicht zu einer Programmierleistung.[186]

Vom Schutz umfasst sind **auch Computerspiele**.[187] Daneben kommt aber weiterhin ein Schutz als Laufbilder i.S.v. §§ 94, 95 UrhG in Betracht.[188] 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.[189] 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.[190] Nicht geschützt sind hingegen gespeicherte **Spielstände**, also der „aktuelle Stand" des Spielfortschritts des Computerspielers. Der Schutz kommt nach Auffassung des *OLG Hamburg*[191] erst dann in Betracht, wenn die abgespeicherten Spielstände Programmbefehle, d.h. Elemente des

---

184 Nach Auffassung des *LG Düsseldorf* (Urteil vom 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.

185 Siehe *OLG Frankfurt*, 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.

186 So auch *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl. 2014, § 69a Rn. 18; *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).

187 *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.

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

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

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

191 *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.

Programmcodes enthalten, die das Computerspiel für dessen Programmablauf nutze. Das Abspeichern von Spielständen allein genüge noch nicht für die Annahme eines Programms bzw. einer Folge von Programmbefehlen. Auch ein Schutz über § 3 UWG – etwa unter dem Gesichtspunkt des Einschiebens in eine fremde Serie – soll regelmäßig ausscheiden.[192]

Web-Grafiken fehlt es regelmäßig an der erforderlichen Schöpfungshöhe. Sie genießen keinen Urheberrechtsschutz, denn es handelt sich bei ihnen im Ausgangspunkt um Fotografien, die am Computer lediglich verfremdet worden sind, um gewisse hell-dunkel-Effekte zu erzielen. Dabei ist nicht ersichtlich, inwieweit dieser Verfremdungseffekt auf besonderen Leistungen beruht, die die Grafiken über das normale handwerkliche Können hinausheben. Web-Grafiken genießen ebenso wenig Lichtbilderschutz nach § 72 UrhG, da es sich hierbei nicht um Lichtbilder handelt, die unter Benutzung strahlender Energie erzeugt worden sind.[193] 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.[194] Im Übrigen genießen digitalisierte Schriften jedenfalls hinsichtlich des zugrunde liegenden Computerprogramms einen urheberrechtlichen Schutz nach §§ 69a ff. UrhG.[195]

Die Rechtsprechung ist im Übrigen, was den **Schutz von Websites** angeht, zurückhaltend.[196] 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.[197] Auch die Webseite soll weder als Sprachwerk noch als Werk der bildenden Kunst wegen der hohen Schutzanforderungen Schutz genie-

---

192 *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.

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

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

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

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

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

ßen.[198] 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.[199] 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.[200] 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.

Für die Schutzfähigkeit eines Sprachwerks soll es sowohl auf seine Art als auch auf seinen Umfang ankommen.[201] 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).[202]

Anders argumentiert das *OLG Rostock* für eine **suchmaschinen-optimierte Webseite**.[203] 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

---

198 *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.

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

200 *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).

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

202 *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.

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

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.[204] Die vereinzelt gebliebene Auffassung wird jedoch mit Recht von der ganz überwiegenden Auffassung abgelehnt.[205] Wie sonstige softwaregestützte Benutzeroberflächen werden Multimedia-Anwendungen technisch, nämlich nur durch ein Programm bzw. dessen Befehle und Grafikdaten generiert und dementsprechend erst durch den Programmablauf sichtbar gemacht. Es handelt sich damit aber um das Ergebnis eines Programmbetriebs und nicht um Programme selbst. Computerprogramm i.S.d. § 69a UrhG kann hier verständigerweise nur das Programm sein, welches die Ansteuerung und den Ablauf der einzelnen Bestandteile des Multimediawerks ermöglicht.[206]

Ideen und Prinzipien, die einem Computerprogramm zugrunde liegen, einschließlich derjenigen, die den Schnittstellen zugrunde liegen, sind nicht schutzfähig (§ 69a Abs. 2 UrhG). Das Gesetz verweist an dieser Stelle auf den allgemeinen Grundsatz der Ideenfreiheit. Die technische und wissenschaftliche Lehre, die in einem Computerprogramm Eingang gefunden hat, soll gemeinfrei sein. Die Grenzziehung zwischen Idee und Form ist gerade bei Software nicht einfach.[207] 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.[208] Man wird sich hier zunächst klar machen müssen, dass die Abgrenzung von Idee und Form zumindest bei Software wertend als Frage nach einem Freihaltebedürfnis geklärt werden muss. Auf dieser Grundlage gilt es zu klären, inwieweit die einzelnen Strukturmerkmale eines Programms durch externe Faktoren (Standards u.a.) diktiert werden oder lediglich Allgemeinwissen beinhalten. Sofern es nur einen einzigen Weg zur Umsetzung einer Idee in eine bestimmte Pro-

---

204 *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.

205 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 29.6.1999 – 20 U 85/98, MMR 1999, 729; *Wiebke/Funat*, MMR 1998, 69, 71; *Loewenheim*, GRUR 1996, 831, 832; *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl. 2014, § 69a Rn. 21; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 69a Rn. 18; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69a Rn. 29.

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

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

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

grammgestalt gibt, scheidet ein Urheberrechtsschutz ebenfalls aus.[209] Mit der Ideenfreiheit fallen auch abstrakte Problemstellungen und Leitgedanken eines IT-Projektes aus dem Schutzbereich des Immaterialgüterrechts heraus.[210] Geschützt sind nach Auffassung des *EuGH*[211] 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.

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".[212] 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. Ebensowenig wie die EU-Richtlinie enthält auch § 69a UrhG keine Hinweise zu Programmiersprachen und zum Algorithmus. 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" zu Grunde liegen, nicht urheberrechtsfähig sein können. Dieser (nicht bindende) Hinweis kann nur dahingehend verstanden werden, dass Algorithmen und Programmiersprachen selbst urheberrechtsfähig sind.

2. Standard der Originalität

Nach § 69a Abs. 3 UrhG sind Computerprogramme schutzfähig, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie als das **Ergebnis einer eigenen persönlichen Schöpfung** des Autors angesehen werden können.[213] Alle anderen Kriterien zur Bestimmung der Schutz-

---

209 *Günther*, CR 1994, 610, 612; *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 13.6.1994 – 6 U 52/94, NJW-RR 1995, 176.
210 *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 16.6.1994 – 6 U 52/94, GRUR 1994, 726, 729.
211 *EuGH*, Urt. v. 2.5.2012 − C-406/10, MMR 2012, 468 = EuZW 2012, 584 (m. Anm. Fiedler) - SAS Institute Inc./World Programming Ltd.
212 BT-Drs. 12/4022, S. 9.
213 Ähnlich *Cour de cassation (chambre criminelle)*, Urt. v. 9.9.2003, GRUR Int. 2004, 1033.

fähigkeit, 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 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.[214] Keine Rolle spielt folglich mehr der „ästhetische Gehalt" eines Programms[215] 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.[216] Erfordert die Entwicklung eines Programms Fähigkeiten und Kenntnisse, die über dem Können eines Durchschnittsprogrammierers liegen, reicht dies für § 69a Abs. 3 Satz 2 UrhG aus.[217] 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.[218] 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

---

214 *BGH*, Urt. v. 14.7.1993 - I ZR 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 Int. 1991, 877, 878; *Haberstumpf*, GRUR Int. 1992, 875.

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

216 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.

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

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

Vorgaben andere Gestaltungsformen möglich gewesen wären.[219] 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.[220] Einfache Computerprogramme genießen urheberrechtlichen Schutz, sofern sie nicht völlig banal sind. Dabei steht selbst der Ausschluss banaler Schöpfungen im Widerstreit mit dem Verbot der Verwendung qualitativer Prüfungskriterien. Das UrhG verfügt mit dem Softwareschutz vielmehr erstmals über einen Leistungsschutz im urheberrechtlichen Gewand.[221] 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.[222] 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.[223] Ähnlich stellt der österreichische *OGH*[224] 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.[225] 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.[226] 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

---

219 *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.

220 *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.

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

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

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

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

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

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

davon ausgeht, die Originalität eines Quellcodes ohne technische Hilfe aus eigener Sachkunde beurteilen zu können.[227]

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.[228] Auch kleinere Werke oder Werkteile sind geschützt. Bei komplexer Software spricht schon die Komplexität für eine ausreichende individuelle Schöpfung des Urhebers.[229] Es genügt allerdings nicht der Hinweis auf die Einsatzmöglichkeiten des Programms.[230] Erforderlich ist vielmehr, dass der Kläger darlegt, inwiefern die von ihm jeweils gewählten Einzelmerkmale nicht bereits durch die Problemstellung technisch vorgegeben sind.[231] Allerdings muss der Urheber die Spezifika seiner Software aufzeigen.[232] 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.[233] Das Gesetz biete keine Lösungen an, die es mit den Mitteln des einstweiligen Verfügungsverfahrens gestatten, zu einer so verlässlichen Entscheidungsgrundlage zu gelangen, dass es gerechtfertigt wäre, so weitreichende Folgen anzuordnen, wie sie mit einem Vertriebsverbot verbunden wären.

3. Urheberrecht und Arbeitsverhältnis

Literatur:
Bayreuther, Nach §§ 69a ff. UrhG geschützte Computerprogramme, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 91; *Buchner*, Der Schutz von Computerprogrammen und Know-How im Arbeitsverhältnis; *Brandner*, Zur Rechtsstellung eines angestellten Programmierers, GRUR, 2001, 883; *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von

---

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

228 *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 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69a Rn. 22; *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 877, 879; *Günther*, CR 1994, 610.

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

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

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

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

233 *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.

Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993; *Däubler*, Arbeitsrecht und Informationstechnologien, CR 2005, 767; *Gennen*, Die Software-Entwicklergemeinschaft, ITRB 2006, 161; *Gennen*, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl., Köln 2014, Kap. E I.; *Sack*, Arbeitnehmer-Urheberrechte an Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, UFITA 121 (1993), 15;; *Sujecki*, Vertrags- und urheberrechtliche Aspekte von Open Source Software im deutschen Recht, Jur PC 2005, Web-Dok. 145/2005; *von der Hoff*, Die Vergütung angestellter Software-Entwickler, 2008.

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

a) Reichweite von § 69b UrhG

Wenn der Arbeitgeber dies im Arbeitsvertrag nicht tut, sollen ihm nach der sog. **Zweckübertragungsregel** diejenigen Rechte zukommen, die nach dem Zweck des 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.[234]
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 Auf-

---

234 *OLG Frankfurt*, 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 *Rojahn*, in: Schricker, UrhG, 1. Aufl., 1987, § 43 UrhG Rn. 64; *Rehbinder*, in: FS für Roeber, 1973, 481, 489; *Ullmann*, GRUR 1987, 6, 8; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, 29, 118.

trag 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.[235] 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.[236]

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".[237] Mit dieser Vorschrift wird die bereits vor deren Inkrafttreten bestehende Rechtsüberzeugung fortgeschrieben, dass der als Arbeitnehmer tätige Schöpfer urheberrechtsfähiger Werke für seine Leistung regelmäßig dann mit seinem Arbeitslohn abgegolten ist, wenn die Schaffung derartiger Werke zu seinen arbeitsrechtlichen Pflichten nach den mit dem Arbeitgeber getroffenen Absprachen gehört oder von diesem sonst nach dem Arbeitsvertrag verlangt werden kann. Dieses überwiegend als gesetzliche Lizenz verstandene Benutzungs- und Verwertungsrecht fällt dem Arbeitgeber im Anwendungsbereich des § 69b UrhG in jedem Stadium der Entstehung zu.[238]

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.[239] 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 Pro-

---

235 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.

236 *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.

237 BT-Drs. 12/4022, S. 10.

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

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

gramms bezahlt worden ist.[240] Dem Arbeitnehmer soll jedoch eine Sonderbelohnung zustehen, wenn dessen Lohn außerordentlich disproportional zum ökonomischen Erfolg seiner Software war.[241] Zur Begründung wurde früher auf § 36 UrhG a.F. rekurriert.[242] Seit dem 28.3.2002 gilt insoweit § 32a UrhG.[243]

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 zur Rechteübertragung enthalten ist, gilt der Grundsatz: in dubio pro auctore.[244] 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.[245] Dies schließt das Recht ein, den Source Code zu erhalten und zu nutzen.[246]

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 Satz 2 UrhG, wonach das Urheberrecht einschließlich der verwertungsrechtlichen Befugnisse grundsätzlich beim angestellten Programmierer verbleibt. Keine Anwendung findet die Bestimmung daher auf Auftragsverhältnisse, etwa bei Softwareentwicklungsvereinbarungen mit einem Softwarehaus. Zwar sah der erste Entwurf der Softwareschutzrichtlinie noch eine entsprechende Anwendung auf Auftragsverträge vor. Dieser Vorschlag ist jedoch nicht in den endgültigen Text der Richtlinie

---

240 *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; ähnlich auch *Ullmann*, CR 1986, 504 ff.

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

242 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.

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

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

245 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 30.8.1979 – 6 U 45/79, ECR OLG 195.

246 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 30.8.1979 – 6 U 45/79, ECR OLG 195.

aufgenommen worden. Auch auf arbeitnehmerähnliche Personen dürfte die Bestimmung nicht anwendbar sein.[247] 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.[248] Der Begriff der Arbeitsaufgaben wird von der herrschenden Auffassung weit interpretiert. Auch die Verbesserung des Arbeitsplatzes und -umfeldes gehört zu den allgemeinen Aufgaben eines Arbeitnehmers.[249] Es reicht aus, dass die Computerprogramme während der Arbeitszeit mit Billigung und auf Kosten des Arbeitgebers erstellt worden sind.[250] 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.[251] 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.[252]

Anweisungen des Arbeitsgebers bezeichnen dessen Einzelweisungen. Zu beachten ist allerdings arbeitsrechtlich, dass Einzelweisungen sich im Rahmen der arbeitsvertraglichen Pflich-

---

247 So auch: *Grützmacher* in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69b Rn. 3; *v.Olenhusen*, GRUR, 2002, 11; *Dreier,* in: Dreier/Schulze*,* UrhG, 5. Aufl. 2015, § 69b Rn. 8.

248 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.

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

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

251 *Dreier,* in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 69b Rn. 8; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69b Rn. 10.

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

ten zu halten haben.[253] Wichtig ist der innere Zusammenhang zu den Tätigkeitsfeldern des Arbeitnehmers.[254]

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.[255] Zweifelhaft bleibt jedoch, ob dem Arbeitgeber in dieser Konstellation auch ein ausschließliches Nutzungsrecht zukommen soll. Das *LG München*[256] 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 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.[257] In der Literatur wird mit einem „richtig verstandenen neugefassten Aufgabenbereich" argumentiert.[258] 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.[259] Streitig ist insbesondere, ob der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen über seine Erfindung

---

253 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.

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

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

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

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

258 *Buchner*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, XI 31; ähnlich *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, C 394.

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

informieren und ihm die Erfindung anbieten muss.[260] 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.[261]

Der Arbeitgeber hat keine Rechte an Software, **die vor Beginn des Arbeitsverhältnisses oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses** entwickelt worden ist.[262] 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.[263] 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 eine ausschließliche Lizenz, obwohl das Programm unabhängig vom Beschäftigungsverhältnis zu Ende entwickelt worden ist.[264]

§ 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;[265] 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.[266] Diese Rechtslage ist sehr unvorteilhaft für den Arbeitgeber – besonders im Vergleich zum angloamerikanischen Urheberrechtssystem, wo-

---

260 § 19 Arbeitnehmererfindungsgesetz analog; siehe hierzu *Däubler*, AuR 1985, 169, 174 f.; *Kolle*, GRUR 1985, 1016, 1020.

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

262 *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.

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

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

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

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

nach der Arbeitgeber als Urheber des entwickelten Programms gilt. Allerdings wird in der Literatur ein vertraglicher Verzicht auf die Ausübung dieser Persönlichkeitsrechte für möglich erachtet.[267]

Die Nutzungsrechte erstrecken sich nicht nur auf das Programm im Object Code. Vielmehr ist gerade der **Source Code** von dieser Reglung 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.[268]

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).[269]

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.[270] So sollen z.B. **Software-Updates** regelmäßig nicht unter § 8 UrhG fallen, da es sich um losgelöste, nachträglich erstellte Produkte handelt.[271] Der Umfang und die Größe der einzelnen Programmierleistungen sind irrelevant, sofern die einzelne Programmierleistung in sich schutzfähig ist.[272] Erstellt jemand nur die **allgemeine Programmieraufgabe**, ohne selbst an der Programmierung beteiligt zu sein, bekommt er kein Urheberrecht und gehört insofern

---

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

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

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

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

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

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

auch nicht zu der Miturhebergruppe.[273] 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.[274] 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.[275] Bei Miturheberschaft stehen den Miturhebern die Urheberrechte gem. § 8 Abs. 2 UrhG gesamthänderisch zu. Jeder Miturheber ist gem. § 8 Abs. 3 Satz 3 UrhG berechtigt, Ansprüche aus Verletzungen des gemeinsamen Urheberrechts geltend zu machen. Der Miturheber kann jedoch nach § 8 Abs. 3 a.E. UrhG nur Leistung an alle Miturheber verlangen.

Die an der Miturhebergruppe beteiligten Programmierer bilden eine Gesamthandsgemeinschaft (§ 8 Abs. 2 UrhG). Aufgrund dessen kann zwar der einzelne Programmierer bei Urheberrechtsverletzung auf Unterlassung klagen; Schadensersatzansprüche müssen aber von der Gesamthand geltend gemacht werden.[276] 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.

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

---

273 *OLG Köln*, Urt. v. 8.4.2005 – 6 U 194/04, CR 2005, 624, 625.
274 *OLG Köln*, Urt. v. 8.4.2005 – 6 U 194/04, K&R 2006, 43.
275 *LG Düsseldorf*, Urt. v. 12.1.2007 – 12 O 345/02, ZUM 2007, 559.
276 *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.

sitiv. Es bietet sich insofern an, gerade in Bezug auf Softwareteams eine abweichende Regelung zu treffen.

4. Rechte des Softwareurhebers

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

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

a) Vervielfältigung

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

§ 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.[277] 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.[278]

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**

---

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

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

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.[279] 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.[280]

Auch § 69c Nr. 1 UrhG enthält keine abschließende Lösung für dieses Problem.[281] Insbesondere § 69c Nr. 1 Satz 2 UrhG hilft hier nicht weiter, sagt diese Regelung doch nichts darüber, ob das Laden, das Speichern oder der Lauf eines Programms als Vervielfältigung anzusehen 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-Urteil[282] 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.[283] Auch die Europäische Kommission hat sich für eine solche Auslegung ausgesprochen und in der EU-Datenbankrichtlinie auch vorübergehende Speicherungen unter den Vervielfältigungsbegriff subsumiert.[284] 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.

---

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

280 *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.

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

282 *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.

283 *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.

284 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).

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.[285] Der Federal Court Australiens hat sich in einer Entscheidung[286] 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.[287] 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.[288] Der *EuGH* hat dieser Argumentation den Garaus gemacht. In der Entscheidung Sky Decoder[289] hat der *EuGH* betont, dass flüchtige Vervielfältigungshandlungen, etwa im Speicher eines Satellitendecoders und auf einem Fernsehbildschirm, die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 (= § 44a UrhG) erfüllen und daher ohne Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber vorgenommen werden dürfen.

Für die Glaubhaftmachung einer Vervielfältigung reicht es aus, wenn es in großem Maße wahrscheinlich ist, dass ein Programm vollständig nachprogrammiert worden ist.[290] **Stimmen die Bildschirmmasken** überein, ist dies ein Indiz für die Identität des äußeren Erscheinungsbildes und der inneren Struktur der Programme.[291] 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.[292] Steht nach einem Sachverständigengutachten fest, dass die fraglichen Programme in

---

285 Ähnlich *Gutmann*, MMR 2003, 706; a.A. *Wand*, IIC 2002, 305.
286 Urt. des *Federal Court*, IIC 2004, 1069.
287 *BGH*, Beschl. v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, GRUR 2011, 418 (m. Anm. *Jochen Scholz*) = GRUR Int 2011, 439 = MMR 2011, 305.
288 *BGH*, Beschl. v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, ZUM 2011, 397.
289 *EuGH*, Urt. v. 4.10.2011 – C-403/08, C-429/08, C-429/08, NJOZ 2012, 108.
290 *LG Mannheim*, Urt. v. 17.12.1993 – 7 O 257/93, CR 1994, 627.
291 *LG Mannheim*, Urt. v. 17.12.1993 – 7 O 257/93, CR 1994, 627.
292 *OLG Hamburg*, Urt. v. 11.1.2001 – 3 U 120/00, GRUR-RR 2001, 289 = ZUM 2001, 519.

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.[293]

b) Verbreitung

Literatur:
Bröckers, Software-Gebrauchthandel: Der Teufel steckt im Detail – Technische Besonderheiten und gesetzlicher Änderungsbedarf, MMR 2011, 18; *Grützmacher*, „Gebrauchtsoftware" und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302; *Haberstumpf*, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlagen des Urheberrechts, CR 2009, 345; ders., Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht, CR 2012, 651; *Haines*/*Scholz*, Zur Frage der Erschöpfung bei Software-Onlineverbreitung, CR 2006, 161; *Heydn*/*Schmidt*, Der Handel mit gebrandter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, K&R 2006, 74; *Hoeren*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573; *Hoeren*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, GRUR 2010, 665; *Hoeren*, Die Online-Erschöpfung im Softwarebereich – Fallgruppen und Beweislast, MMR 2010, 447; *Huppertz*, Handel mit Second-Hand-Software, CR 2006, 145; *Intveen*, Möglichkeiten der Hersteller und Lieferanten von Software zur Nutzungsrechteinschränkung und Weitergabebeschränkungen bei dauerhafter Software-Überlassung, ITRB 2005, 234; *Leistner*: Gebrauchtsoftware auf dem Weg nach Luxemburg, CR 2011, 209; Malevanny, Die UsedSoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkungen des EuGH-Urteils, CR 2013, 422; Marly, Der Handel mit sogenannter „Gebrauchtsoftware", EuZW 2012, 654; Rath/Maiworm, Weg frei für Second-Hand-Software?, WRP 2012, 1051;; *Schneider/Spindler*, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, in: CR 2012, 489; *Schuppert*/*Greissinger*, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81; *Spindler*: Der Handel mit Gebrauchtsoftware – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69; Vianello, Handel mit gebrauchter Software für Schüler, Studenten und Lehrkräfte, MMR 2012, 139; *Witte*, Online-Vertrieb von Software, ITRB 2005, 86.

Hinsichtlich der Verbreitung von Software steht dem Urheberrechtsinhaber das ausschließliche Recht zu, das Programm der Öffentlichkeit anzubieten und es auf den Markt zu bringen (§ 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG). Diese Regelung ist das Pendant zum allgemeinen Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG). Das Verbreitungsrecht ist das **Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in den Verkehr zu bringen**. Inverkehrbringen ist das Heraustreten des Anbietenden aus der internen Sphäre in die Öffentlichkeit.[294] 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 selb-

---

293 *Arrondissementsrechtbank te´s-Hertogenbosch*, Urt. v. 30.1.1981 und 14.5.1982, GRUR Int. 1983, 669.
294 So etwa *BGH*, Urt. v. 13.12.1990 – I ZR 21/89, BGHZ 113, 159 = NJW 1991, 1234 = GRUR 1991, 316.

ständige Schwestergesellschaften oder Kooperationspartner erfolgt. Für die Frage des Inverkehrbringens ist nach der Rechtsprechung des *EuGH* bedeutungslos, ob Rechtsinhaber und Lizenznehmer demselben Konzern angehören.[295] Allerdings hat das Verbreitungsrecht bei Software einige Spezifika. Der Akt der Verbreitung umfasst sowohl das **Recht der Vermarktung als auch des Marketing**. Ein Verbreiten in der Form des „der Öffentlichkeit anbieten" kann auch durch ein Einzelangebot an einen Dritten erfolgen, zu dem keine persönlichen Beziehungen bestehen.[296] Ausreichend ist insofern bereits die Suche nach einem Tauschpartner über Zeitschrifteninserate.[297] Ähnliches gilt für Angebote an Händler.[298]

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.[299] 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, Satz 2 UrhG darstellt, sofern die Berwerbung zu dessen Erwerb anregt.[300] Dabei stellt die Gewährung eines Testzugangs eine öffentliche Zugänglichmachung des Computerprogrammes dar.[301]

Das Verbreitungsrecht ist jedoch beschränkt durch den **Erschöpfungsgrundsatz**, der sich in § 69c Nr. 3 Satz 2 des Urheberrechtsgesetzes wiederfindet. Danach ist die **Weiterverbreitung** (nicht die Vervielfältigung[302] 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

---

295 *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.

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

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

298 *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.

299 *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.

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

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

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

„Veräußerung“ i.S.v. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG sein könne. Die Rechtsprechung steht – anders als ein Teil der Literatur – auf dem Standpunkt, dass dies bei den normalen Softwareverträgen der Fall ist: Der Erwerb von (maßgeschneiderter) Individualsoftware erfolgt danach im Rahmen eines Werkvertrags.[303] (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.[304] 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.[305]

Von daher ist nach Auffassung der Gerichte der Erschöpfungsgrundsatz bei Softwareverträgen unmittelbar anwendbar.[306] 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 Mietvertragsrechts[307] aus praktischen Gründen aus. Dies gilt auch für Bundlingverträge, wonach der Weiterverkauf von vorinstallierter Software nicht ohne die dazugehörige Hardware erlaubt ist.[308] 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 Weiter-

---

303 *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.

304 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, München 1989, Rn. 33; a.A. etwa *Kindermann*, CR 1986, 447; *Kindermann*, EDV & Recht 2/1987, 8 f.; *Heussen*, GRUR 1987, 779.

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

306 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*, 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.

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

308 *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 15.9.2016).

veräußerer eine ihm auf Diskette übergebene Lieferkopie der Software weiterveräußert, hinsichtlich derer ihm das Recht zur Installation und Nutzung auf dem Computer eingeräumt war. Auch in diesen Fällen wird es als notwendig und ausreichend erachtet, dass der Veräußerer mit der Weitergabe die von ihm auf der Festplatte installierte Kopie löscht.

Fraglich ist allerdings, inwieweit das Verbreitungsrecht **vertraglich mit dinglicher Wirkung beschränkt** werden kann. § 137 Satz 1 BGB schließt dies grundsätzlich aus; die Vorschrift lässt aber eine schuldrechtliche Bindung zu (§ 137 Satz 2 BGB). Das KG Berlin hat 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.[309] 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.[310] Diese Auffassung wird von anderen Oberlandesgerichten nicht geteilt[311] und von der Literatur kritisiert.[312] 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.[313] Der BFH hat darüber hinaus präzisiert, dass der Begriff der Verbreitung auch den Weitervertrieb an rechtlich selbständige Konzernunternehmen und Kooperationspartner umfasse. [314] Dies gelte auch für die Nutzung innerhalb eines Intranets oder via File-Sharing.[315]

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).

---

309 *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*, Urt. v. 18.5.2000 – 6 U 63/99, ZUM 2000, 763 = CR 2000, 581.

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

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

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

313 *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.

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

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

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 available for use, for limited period of time and for profit-making purposes“ definiert.[316] Vermietung bezieht sich demgegenüber nicht auf die öffentliche Verleihpraxis, die Gegenstand einer anderen EG-Richtlinie ist.[317] 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.[318] 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.[319] Problematisch ist diese Einschränkungsmöglichkeit allerdings für das **DV-Leasing**. Hier kommt es regelmäßig zum Leasing von Hard- und Software, letzteres vor allem bei der Überlassung von Betriebssystemsoftware. Das IT-Leasing ist allerdings wegen § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG nur mit Zustimmung des Inhabers der Softwarerechte zulässig.

Zugelassen hat jetzt das *OLG Karlsruhe*[320] die vertragliche Beschränkung der Übertragung von Softwarerechten. 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 **im Online-Bereich** eine Erschöpfung angenommen werden kann, ist auch in der Rechtsprechung lange Zeit kontrovers diskutiert worden. Einige Gerichte haben die Frage verneint.[321] So hat insbesondere die Münchener Justiz ihr Problem mit der Online-

---

316 BT-Drs. 12/4022, S. 11.

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

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

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

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

321 *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.

Erschöpfung. Das *OLG München*[322] will diesen Grundsatz nicht anerkennen; die Weitergabe von Nutzungsrechten verstoße gegen das Vervielfältigungsrecht des Urhebers, weil sich der Erschöpfungsgrundsatz sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Recht nur auf in einem Gegenstand verkörperte Werke beziehe und hier die „gebrauchte" Software dem Käufer nicht auf einem Datenträger verkörpert übergeben, sondern nur die Softwarelizenz verkauft wurde. Weder direkt noch analog könne der Erschöpfungsgrundsatz zur Anwendung kommen. Ferner ist nach Auffassung des *LG München*[323] die pauschale Werbeaussage, dass die Veräußerung von „gebrauchten" Softwarelizenzen für Standardsoftware erlaubt sei, im Lichte der §§ 3, 5 UWG irreführend und damit unzulässig. Dabei wird auch darauf abgestellt, dass ohnehin die Nutzung von Software den Eingriff in weitere Rechte impliziere, etwa das Recht zum Laden in den Arbeitsspeicher. Andere Gerichte argumentieren zu Recht damit, dass es keinen Unterschied mache, ob Software via DVD oder über das Netz vertrieben werde; in beiden Fällen müsse wirtschaftlich und juristisch im Hinblick auf eine Erschöpfung gleich argumentiert werden.[324] Das *LG München*[325] hat der Kaufpreisklage des mit gebrauchten Softwarelizenzen handelnden Klägers stattgegeben; das Vorbringen des Software-Käufers, der Veräußerung einer einzelnen Lizenz aus einem Volumenlizenzvertrag liege ein Rechtsmangel zu Grunde, teilte das Gericht nicht. Es sei dem Käufer eine verkörperte Kopie übergeben worden, die durch Vervielfältigung der Masterkopie des ursprünglichen Lizenzinhabers entstanden sei. Dadurch sei sowohl hinsichtlich des Verbreitungsrechts als auch des Vervielfältigungsrechts Erschöpfung gem. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG eingetreten. Durch die in Erfüllung des jeweiligen Volumenlizenzvertrags erfolgte Einräumung von Nutzungsrechten an Software habe sich das Verbreitungsrecht des Lizenzinhabers in Bezug auf jedes einzelne eingeräumte Nutzungsrecht, das jeweils als ein eigenständig zu beurteilendes Vervielfältigungsstück der Software zu behandeln sei, erschöpft. Dadurch könnten auch bei aufgespaltenen Volumenlizenzen einzelne Softwarelizenzen ohne Zustimmung des Lizenzinhabers veräußert werden.

---

322 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.

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

324 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 *Grützmacher*, ZUM 2006, 302; *Grützmacher*, CR 2007, 549; *Sosnitza*, K&R 2006, 206.

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

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 Windows XP Professional über eBay ging, abgelehnt.[326] 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 In-Verkehr-Bringen vorliege. Von dieser Sachlage zu unterscheiden ist der Handel mit gebrauchter Software bei OEM-Versionen, welche zwar in körperlicher Form in Verkehr gebracht, aber ausschließlich in Verbindung mit einem Computer vertrieben werden. Hier hob das *OLG Düsseldorf*[327] ein Urteil des *LG Düsseldorf*[328] 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,[329] zeigt sich jedoch, dass die feste Vorinstallation lediglich ein Weg zur Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes ist und daher nicht einfach in das Belieben des Rechteinhabers gestellt werden kann. So würde der unabdingbare § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG auf technischer Ebene zur Disposition gestellt. Egal, ob Vertrieb als OEM-Version oder als Download, solange sichergestellt ist, dass es zu keiner Vermehrung von Vervielfältigungen der überlassenen Software kommt,[330] muss der Erschöpfungsgrundsatz anerkannt werden. Andernfalls würde es zu einer

---

326 *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.

327 *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.

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

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

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

ähnlich absurden Situation kommen, wie der Aushebelung des § 53 UrhG durch die von § 95a UrhG unter Schutz gestellten technischen Schutzmaßnahmen.

Der *BGH* hat im Februar 2011 die Frage dem *EuGH* zur Entscheidung vorgelegt.[331] 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[332] 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 Aufspal-

---

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

332 *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.

tungen von Volumenlizenzen. In einer weiteren Entscheidung, der UsedSoft III-Entscheidung, hat der *BGH* 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.[333] Demnach mache es keinen Unterschied mehr, ob die Kopie heruntergeladen oder hergestellt wurde.[334]Spannend ist, wie sich die Entscheidungen auf andere Werkarten auswirken.[335] Das *LG Berlin*[336] hat klargestellt, dass die UsedSoft-Entscheidung[337] 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*[338] 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. 1BGB. 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.[339] 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.[340]

---

333 *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.

334 *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.

335 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*, Rechtliche Be trachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter, 2015, der im Interesse der Warenverkehrsfrei heit für eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf alle digitalen Güter streitet.

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

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

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

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

340 *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. 10 UWG wettbewerbswidrig.[341]

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. [342] 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.[343]

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.

---

341 *LG Hamburg*, Urt. v. 22.7.2010 – 315 O 266/09, CR 2010, 778.
342 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 7.6.2006 – I-20 U 112/05, CR 2006, 656.
343 *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.[344] 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.[345]

Im Zusammenhang mit der Bearbeitung steht die urheberpersönlichkeitsrechtliche Frage nach dem **Namensnennungsrecht eines Programmierers** (§ 13 UrhG). Das *OLG Hamm*[346] 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

Literatur:
Dietrich, ASP – öffentliche Zugänglichmachung oder unbenannte Nutzungsart?, ZUM 2010, 567; *Hoeren*, LAN-Software. Urheber- und AGB-rechtliche Probleme des Einsatzes

---

344 *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 10.1.1996 – 6 U 40/95, NJW 1996, 2583 = CR 1996, 341.
345 *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 12.8.2003 – 11 U 15/03, NJOZ 2004, 874 = GRUR-RR 2004, 198.
346 *OLG Hamm*, Urt. v. 7.8.2007 – 4 U 14/07, GRUR-RR 2008, 154.

von Software in lokalen Netzen, UFITA 111 (1989), 5; *Kotthoff*, Zum Schutz von Datenbanken beim Einsatz von CD-ROMs in Netzwerken, GRUR 1997, 597.

§ 69c Nr. 4 UrhG gewährleistet für Software das neue Recht des Urhebers zur Kontrolle derjenigen Vorgänge, die auf eine **Bereithaltung des geschützten Inhalts für den öffentlichen Abruf** hinauslaufen (§ 15 Abs. 2 UrhG). Dies spielt eine besondere Rolle beim Download von Computerprogrammen über File Transfer Proctol (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.[347] 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 Programmdaten übertragen werden.[348]
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.[349] 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**.[350] Nach Auffassung des *BGH*[351] muss der Teilnehmerkreis über seine Zugehörigkeit zum Betrieb hinaus durch engere persönliche Beziehungen miteinander verbunden sein, um als nicht-öffentlich zu gelten.[352]
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.[353]

---

347 *LG Braunschweig*, Urt. v. 8.7.2003 – 6 KLs 1/03, MMR 2003, 755 = ZUM 2004, 144.
348 *OLG München*, Urt. v. 7.2.2008 – 29 U 3520/07, GRUR-RR 2009, 91 = CR 2009, 500.
349 *FG Berlin*, Urt. v. 21.1.2003 – 7 K 7087/02, EFG 2004, 226.
350 *BGH*, Urt. v. 24.6.1955 – I ZR 178/53, NJW 1955, 1356 – Betriebsfeier; *Kotthoff*, GRUR 1997, 597.
351 *BGH*, Urt. v. 24.6.1955 – I ZR 178/53, NJW 1955, 1356 – Betriebsfeier.
352 Streitig ist die Anwendbarkeit von § 69c Nr. 4 UrhG auf ASP; siehe *Dietrich*, ZUM 2010, 567.
353 *LG Mannheim*, B. v. 18.5.2015 - 7 O 81/15, GRUR-Prax 2015, 413.

5. Schranken

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

§ 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.[354] 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.[355] 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.[356] 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.[357] Zwar geht eine bestimmte Schule im Urheberrecht davon aus, dass Schrankenbestimmungen stets eng auszulegen seien.[358] Dies ist allerdings unzutreffend.[359] Schranken geben dem Nutzer nur die Freiheit zu-

---

354 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.

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

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

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

358 *Melichar*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, vor §§ 44a ff. Rn. 18 ff.; *von Gamm*, § 51 Rn. 2.

359 So auch *Wild*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 97 Rn. 38; ähnlich *Löffler*, NJW 1980, 201.

rück, 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.[360]

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

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

Die „Bestimmung“ eines Programms bestimmt sich **subjektiv-objektiv**. Primär ist auf den Willen der Parteien abzustellen, wie er sich aus dem Softwarevertrag oder sonstigen Abreden ergibt. Sollte ein solcher gemeinsamer Wille nicht festzustellen sein, ist die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für Standardsoftware, bei der eine gewisse Typisierung der Funktionalitäten zumindest durch Sachverständige festgestellt werden kann. Bei Individualsoftware dürfte eine objektive Verkehrsauffassung schwieriger festzustellen sein. Zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogramms kann z.B. auch die Schulung durch Dritte gehören, sofern sich dies aus dem Softwarevertrag ergibt.[361]

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

---

360 Vgl. *BGH*, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 – Programmfehlerbeseitigung; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69d Rn. 6 f.

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

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.[362] 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 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 Fehlerroutinen 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.[363]

Nicht von § 69d Abs. 1 umfasst ist die **Entfernung oder Umgehung der Dongle-Abfrage** als Kopierschutz.[364] Solchen Umgestaltungen steht der erkennbare Wille des Programmierers entgegen, für den die Dongle-Abfrage zum fehlerfreien Betrieb des Programms gehört.[365] Im Rahmen des „bestimmungsgemäßen" Gebrauchs ist daher zu beachten, dass der Anwender

---

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

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

364 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.

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

zwar ein Interesse an einem funktionsfähigen und damit auch von Dongle-Abfragen freien Programm hat. Der bestimmungemäße 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. BGB sowie §§ 633 ff. BGB. Allenfalls dann, wenn der Rechteinhaber nicht bereit ist, einen fehlerhaften Dongle auszutauschen, ließe sich die Eigeninitiative des Anwenders legitimieren.[366] 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.[367]

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.[368] Zum Teil wurde die Annahme vertreten, dass die Präambel nicht binde, sodass Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie Vorrang habe.[369] Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch eine andere Sichtweise angenommen. Er geht davon aus, dass die in § 69d Abs. 1 UrhG erwähnten

---

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

367 *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.).

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

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

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.[370] 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.[371]

Man sollte insoweit versuchen, die beiden Aussagen in einen sinnvollen Zusammenhang zu bringen. Dabei wird man sich auf die Begrifflichkeit der „besonderen Vereinbarungen" stützen können. Erlaubt ist hiernach **nicht der pauschale Ausschluss des Selbsthilferechts**, der ohnehin mit dem Gedanken eines zwingenden Kerns der Vorschrift unvereinbar wäre. Der Hinweis auf die „besonderen Vereinbarungen" signalisiert eher, dass detailliertere Ersatzbestimmungen an die Stelle der Schranke treten können. Wenn der Sinn und Zweck der Schranke auch durch vertragliche Vereinbarungen realisiert werden kann, scheidet das Recht auf Herstellung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aus. Dies verweist auf die im Kaufvertrag rechtsgeschäftlich – zumindest individualvertraglich – festlegbare[372] 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 einräumt.

b) Sicherungskopie

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

---

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

371 BT-Drs. 12/4022, S. 12.

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

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.[373] In Art. 5 Abs. 2 gewährt die Richtlinie ein Recht des rechtmäßigen Benutzers zur Herstellung einer Sicherungskopie; nach Art. 7 Abs. 1c verbietet sie die kommerzielle Nutzung von 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.[374]

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 gene-

---

373 BT-Drs. 12/4022, S. 12.

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

rieren.[375] 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 Konkurrenzprodukte.[376] 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.[377] § 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.[378] 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 hin-

---

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

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

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

378 BGH, Urteil vom 6. 10. 2016 – I ZR 25/15 – World of Warcraft I.

sichtlich der Vervielfältigung der anderen Werke oder Leistungen nicht nach § 69d Abs. 3 UrhG zulässig. [379]

Über § 69d UrhG und § 69e UrhG[380] hinaus lässt das Gesetz keine weiteren Schranken zu Gunsten des Anwenders zu. Insbesondere soll ihm der Rückgriff auf die Privatkopierfreiheit (§ 53 Abs. 1 UrhG) verwehrt sein.

Allerdings ist die Nutzung eines Programms frei möglich, wenn es als **Public Domain Software** auf den Markt gebracht worden ist. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass durch den Gebrauch des Begriffs „Public Domain" auf die Geltendmachung etwaiger Ansprüche gegen eine Person, die das Programm vervielfältigt und weiter vertreibt, von vornherein verzichtet wird.[381] 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.[382]

d) Dekompilierung

Literatur:
Bauer, Reverse Engineering und Urheberrecht, CR 1990, 89; *Burkill*, Reverse Compilation of Computer Programs and its Permissibility under the Berne Convention, Computer Law & Practice, March-April 1990, 114; *Ernst*, Die Verfügbarkeit des Source Codes – Rechtlicher Know-how-Schutzbei Software und Webdesign, MMR 2001, 208; *Haberstumpf*, Die Zulässigkeit des Reverse Engineering, CR 1991, 129; *Harte-Bavendamm*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Reverse Engineering von Computerprogrammen, GRUR 1990, 657; *Olzhöfer*, Reverse Engineering von Software und Urheberrecht – eine Betrachtung aus technischer Sicht, CR 1990, 578; *Kindermann*, Reverse Engineering von Computerprogrammen, CR 1990, 638; *Kindermann*, Urheberrechtliche Voraussetzungen und Grenzen des Reverse Engineering und Schutz von Schnittstellen, Wirtschaftsinformatik 34 (1992), 175 ff.; *Lietz*, Technische Aspekte des Reverse Engineering, CR 1991, 564; *Vinje*, The development of Interoperable Products Under the EC Directive, The Computer Lawyer 8 (1991), Nummer 11, 13 ff.

§ 69e UrhG beruht auf Art. 6 der EU-Softwareschutzrichtlinie, einer der umstrittensten Regelungen der gesamten Richtlinie.[383] Im Vordergrund steht die Frage, wie der freie Zugang zu

---

379 BGH, Urteil vom 6. 10. 2016 – I ZR 25/15 – World of Warcraft I.

380 Siehe dazu sogleich unten.

381 *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.

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

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

Schnittstellen gesichert werden kann, wenn diese Informationen urheberrechtlich geschützt sind. § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG sieht vor, dass **die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Ideen** gemeinfrei sind. Die Abgrenzung zwischen gemeinfreier Idee und urheberrechtlich geschützter Konkretisierung der Schnittstelleninformation ist jedoch sehr schwierig. Daher musste man auch den Zugang zu schutzfähigen Schnittstellen reglementieren, wollte man nicht – wie in den berühmten Auseinandersetzungen zwischen IBM und der Europäischen Kommission – die Marktmacht von marktmächtigen DV-Herstellern urheberrechtlich zementieren. In dieser Situation hätte es sich angeboten, das Problem kartellrechtlich – über Art. 102 AEUV – zu lösen.[384]

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

---

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

§ 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“[385] ist jedoch für den Computer nicht „lesbar“. Er muss in eine Maschinensprache übersetzt werden, die über binäre Signale[386] Bits und Bytes generiert. Der auf diese Weise erstellte „Text“ ist der Object Code. Zur Übersetzung bedient man sich besonderer Programme, den sog. Compilern.

Nun lässt sich aber der Object Code seinerseits nicht zur Analyse des Programms nutzen. Hierzu benötigt man den „Original-Source-Code“ oder zumindest eine Version des Programms, die diesem Format nahe kommt. Zur Rekonstruktion des Source Codes kann man sich wiederum besonderer Programme bedienen, den sog. Decompilern. Diese generieren allerdings nie den Original-Source-Code, sondern nur eine Mischform aus Object und Source Code.[387]

§ 69e UrhG erlaubt eine Dekompilierung des Object Codes nur, um Interoperabilität herzustellen, nicht zu anderen Zwecken. Bei den ersten Entwürfen der EU-Softwareschutzrichtlinie war noch der **Bereich der Drittwartung** aufgeführt; dieser Vorschlag ist nicht in den endgültigen Richtlinientext 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.[388] Dies gilt auch für die Umgehung oder Beseitigung einer Dongle-Abfrage; hierfür kann eine Erlaubnis nicht aus § 69e UrhG abgeleitet werden.[389] Ausgeschlossen ist auch die Dekompilierung zu Zwecken der Wissenschaft und Forschung.[390] Für die Beschaffung von Beweisen im Verletzungsprozess kann die Dekompilierung nicht genutzt werden; allerdings dürfte die Verweigerung der Einwilligung des Recht-

---

385 Einige sprechen auch vom „Quellformat“.
386 1 – 0; Strom an – Strom aus.
387 Siehe dazu *Lietz*, CR 1991, 564.
388 *Raubenheimer*, CR 1996, 67.
389 *OLG Karlsruhe*, CR 1996, 341 m. Anm. *Raubenheimer*; ähnlich *LG Düsseldorf*, CR 1996, 737.
390 *Marly*, Urheberrechtsschutz Computersoftware EU (1995), S. 317.

einhabers als Beweisvereitelung anzusehen sein.[391] Für die Zulässigkeit der Dekompilierung reicht es nicht aus vorzutragen, dass Software in ein anderes Programm eingefügt sei.[392]

Wie bereits die Begründung zum Gesetzesentwurf erklärt,[393] bleibt bei dieser Regelung offen, ob Dekompilierung auch **zur Herstellung kompatibler Hardware** zulässig sein soll. Die EG-Richtlinie und ihr folgend der deutsche Gesetzgeber stellen ausdrücklich nur auf die Herstellung interoperabler Software ab. Dennoch könnte sich die Fragestellung nach der Zulässigkeit kompatibler Hardware als technisch überflüssig herausstellen. Hardware ist per se nie Gegenstand des Dekompilierens gewesen. Auch wenn es um die Kompatibilität von Hardware geht, handelt es sich um ein Problem software-definierter Schnittstellen. Dass software-unabhängig die Kompatibilität „reiner" Hardware Anlass zu einer Dekompilierung gegeben hat, ist meines Wissens bislang nie der Fall gewesen.

Der Begriff der „anderen Programme" bezieht sich zum einen **auf das dekompilierte 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 Konkurrenzprodukten dient. Die Herstellung konkurrierender Produkte führt insoweit nicht zum Ausschluss der Schranke.[394]

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

---

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

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

393 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.

394 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.

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

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

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

6. Umgehungsschutz

Literatur:
Ernst, Kopierschutz nach neuem UrhG. Bedeutung und Tragweite des Verbots von Umgehungsmaßnahmen und Hacking-Werkzeugen für die Praxis, CR 2004, 39; *Raubenheimer*, Beseitigung/Umgehung eines technischen Programmschutzes nach UrhG und UWG, CR 1996, 69; *Schweikart*, Zum Verbraucherschutz im Urheberrecht, UFITA 2005, 7; *Schwei-*

kart, Die jüngste Rechtsprechung zur Beseitigung/Umgehung eines Dongles, NJW-CoR 1996, 174; *Schweikart*, Vernichtungsanspruch gem. § 69f UrhG, CR 1994, 129.

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

Die Vorschrift geht weit über § 98 Abs. 1 UrhG hinaus. Die Vernichtung von Raubkopien (§ 69f Abs. 1 UrhG) hängt – anders als bei § 98 UrhG – nicht 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.[395] Hingegen soll eine Software, die es ermöglicht, Videos von einem Internetportal herunterzuladen, obwohl ihr Betreiber den Videostream mit den genannten Schutzmaßnahmen gesichert hat, dem § 95a Abs. 1 UrhG unterliegen[396]. Daneben kommt noch eine Anwendung von § 4 Nr. 10 UWG in Betracht.[397]

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.[398] 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 gel-

---

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

396 *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.

397 *LG Hamburg*, Urt. v. 23.5.2013 - 312 O 390/11, MMR 2013, 725 = NJOZ 2013, 1931.

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

tenden 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 Videospiel, 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 Videospiels zusammen mit dem Gesamtwerk durch das Urheberrecht i.R.d. mit der RL 2001/29/EG eingeführten Regelung geschützt,[399] 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.[400]

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

Die Urheberrechtsverletzung muss **tatbestandsmäßig** und **rechtwidrig** sein. Anders als in der Softwareschutzrichtlinie vorgesehen,[401] ist der Anspruch als genereller Störungsbeseitigungsanspruch konzipiert; auf ein Verschulden kommt es demnach nicht an.[402] Im Übrigen setzt der Anspruch nicht voraus, dass gerade der Besitzer bzw. Eigentümer seinerseits die

---

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

400 *BGH*, Urt. v. 27.11.2014 – I ZR 124/11, MMR 2015, 460 – Videospielkonsolen II, dazu *Roth*, MMR 2015, 466.

401 Siehe Art. 7 Abs. 1.

402 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69f Rn. 7.

Urheberrechtsverletzung begangen hat.[403] 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.[404] 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.[405]

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

---

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

404 A.A. *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, § 69f Rn. 4.

405 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69f Rn. 7.

IV. Der Softwareverletzungsprozess

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

1. Ansprüche des Verletzten

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

a) Unterlassungsansprüche

Bei Urheberrechtsverletzungen im Softwarebereich bestehen zunächst einmal **Unterlassungsansprüche** nach § 97 UrhG. Bei markenrechtlichen Verstößen ergeben sich die Unterlassungsansprüche aus §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4 MarkenG sowie Art. 102 GMVO. Ist die Software patentfähig, ist § 139 Abs. 1 PatG einschlägig. Der Unterlassungsanspruch setzt Wiederholungsgefahr voraus, die aufgrund einer vorangegangenen Verletzung gegeben ist. Es reicht allerdings in bestimmten Fällen auch eine drohende Begehungsgefahr 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.[406] Schwierig ist gerade bei Software der Nachweis einer Rechteverletzung. 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.[407] Werden statt der Quelltexte bloß auf beiden Seiten die Binärcodes verglichen, scheitert nicht nur die Darlegung der Urheberrechtsschutzfä-

---

406 *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.

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

higkeit der Teilkomponenten, sondern auch die Darlegung, dass und wodurch gerade diese urheberrechtlich geschützten Teile übernommen worden sind.[408]

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.[409] 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 – grundlegen 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.[410] 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.[411]

c) Schadensersatz

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

---

408 *KG Berlin*, Urt. v. 17.3.2010 – 24 U 117/08, CR 2010, 424.
409 *BGH*, Urt. v. 10.4.1997 – I ZR 242/94, GRUR 1997, 899 – Vernichtungsanspruch.
410 *BGH*, Urt. v. 10.4.1997 – I ZR 242/94, GRUR 1997, 899, 902 – Vernichtungsanspruch.
411 *BGH*, Urt. v. 28.11.2002 – I ZR 168/00, GRUR 2003, 228 = NJW 2003, 668 – P-Vermerk.

denen Berechnungsmethoden wechseln.[412] Nach Art. 13 soll der Verletzte für die Rechtsverletzung einen Ersatz des tatsächlichen Schadens in angemessener Form bekommen müssen. Dabei soll bei der Schadensersatzberechnung eine umfassende Betrachtung aller in Frage kommenden Aspekte, einschließlich der Gewinneinbußen, möglich sein. Stattdessen kann aber auch ein Pauschalbetrag in Höhe der Lizenzanalogie verlangt werden. Nach dem bisherigen Entwurf zum deutschen Umsetzungsgesetz soll es beim alten Wahlrecht zwischen den drei Schadensberechnungsmethoden bleiben.

Die Berechnung des 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.[413]

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.[414] Zu der sich daraus berechnenden angemessenen „Lizenz" gibt es keine Verletzerzuschläge.[415] Zuschläge werden allenfalls dann gewährt, wenn die verletzende Ware den Absatz einer Hauptware gefördert hat.[416] 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.[417]

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

---

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

413 *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.

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

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

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

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

auf die **Herausgabe des Verletzergewinns** zielt (abgeleitet aus §§ 687 Abs. 2, 666 BGB).[418] 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.[419] Im Übrigen sollen Gemeinkosten nur abgezogen werden können, wenn und soweit sie ausnahmsweise den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können.[420] 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.[421]

Fraglich ist auch, wie der Verletzergewinn in der **Absatzkette** zu berechnen ist. Nach Ansicht des *BGH*[422] ist dieser nach einer Verletzung urheberrechtlicher Nutzungsrechte nach § 97 Abs. 1 UrhG nur insoweit herauszugeben, als er auf der Rechtsverletzung beruht. Beim urheberrechtsverletzenden Verkauf einer unfreien Bearbeitung kommt es insoweit maßgeblich darauf an, inwieweit der Entschluss der Käufer zum Erwerb der angegriffenen Ausführung gerade darauf zurückzuführen ist, dass diese die Züge erkennen lässt, auf denen der Urheberrechtsschutz des benutzten Werkes beruht. Haben innerhalb einer Lieferkette mehrere Lieferanten nacheinander urheberrechtliche Nutzungsrechte verletzt, ist der Verletzte zwar grundsätzlich berechtigt, von jedem Verletzer innerhalb der Verletzerkette die Herausgabe des von diesem erzielten Gewinns als Schadensersatz zu fordern. Der vom Lieferanten an den Verletzten herauszugebende Gewinn wird aber durch Ersatzzahlungen gemindert, die der Lieferant seinen Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Verletzten erbringt.

d) Auskunft und Rechnungslegung

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

---

418 S. hierzu grundlegend *ROHG* 22, 336 sowie *RG*, Urt. v. 3.2.1909 – I 99/08, RGZ 70, 249.
419 *BGH*, Urt. v. 2.11.2000 – I ZR 246/98, GRUR 2001, 329 = NJW 2001, 2173.
420 *BGH*, Urt. v. 2.11.2000 – I ZR 246/98, GRUR 2001, 329.
421 S. dazu *Meyer/Beck*, GRUR 2005, 617 sowie *Rojahn*, GRUR 2005, 623.
422 *BGH*, Urt. v. 14.5.2009 – I ZR 98/06, GRUR 2009, 856 = NJW 2009, 3722 – Tripp-Trapp-Stuhl.

spruchsberechnung erforderlichen Angaben machen muss.[423] Als Hilfsanspruch zum Schadensersatzanspruch muss zunächst einmal dem Grunde nach feststehen, dass der Verletzte Schadensersatz begehren kann. Daneben muss die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts plausibel gemacht werden.[424] 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;[425] 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“[426] 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.[427]

---

423 *BGH*, Urt. v. 16.8.2012 – I ZR 96/06, ZUM 2013, 406 = NJOZ 2013,1690; *Czychowski*, GRUR-RR 2008, 265 (267f.).
424 *BGH*, Urt. v. 5.6.1985 – I ZR 53/83, NJW 1986, 1244 – GEMA-Vermutung I = GRUR 1986, 62.
425 *BGH*, Urt. v. 20.12.1994 – X ZR 56/93, GRUR 1995, 338 – Kleiderbügel = NJW 1995, 1905.
426 *BGH*, Urt. v. 22.11.2007 – I ZR 12/05, GRUR 2008, 357 = ZUM-RD 2008, 225.
427 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 27.1.2015 – 11 U 94/13.

Allerdings soll z.B. auch die bloße Marktbezeichnung eines Programms selbst dann ausreichen, wenn nur Teile eines Programms angeblich kopiert worden sind.[428] Entscheidend ist die **Konkretisierung** durch vorgelegte Unterlagen oder Datenträger,[429] sofern diese nicht nur allgemeine Leistungsanforderungen des zu entwickelnden Programms enthalten.[430] 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.[431] Nicht ausreichend ist auch der bloße Hinweis auf die Programmbezeichnung.[432] Geht es bei dem Verbotsantrag um Nachahmungen oder Teilübernahmen, sind die Antragsspezifika am verletzenden Programm auszurichten.[433] 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.[434] Nimmt ein beantragtes Verbot der Vervielfältigung und Bearbeitung nicht den Bereich der zulässigen Dekompilierung aus (§ 96e UrhG), ist ein solcher Antrag insoweit unbegründet.[435]

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

---

428 *Grützmacher,* in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl. 2014, Vor § 69a Rn. 18; *Brandi-Dorn*, CR 1987, 853, 838.

429 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.

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

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

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

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

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

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

Angabe der Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Vervielfältigungsstücke,

III. der Klägerin über den Umfang der vorstehend beschriebenen Handlungen Rechnung zu legen, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses mit der Angabe der Herstellungsmengen und -zeiten sowie der einzelnen Lieferungen unter Nennung,

a) der Lieferzeiten, Liefermengen, Lieferpreise und Namen und Anschriften der Abnehmer,

b) der Herstellungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren,

c) des erzielten Gewinns unter Angabe der einzelnen Angebote und der Werbung unter Nennung,

d) der Angebotszeiten und Angebotspreise sowie Namen und Anschriften der Angebotsempfänger,

e) der einzelnen Werbeträger, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet,

IV. die in unmittelbarem oder mittelbarem Besitz oder Eigentum des Beklagten befindlichen Vervielfältigungsstücke der Software zu vernichten,

V. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu erstatten, der ihm aus den vorstehend bezeichneten Handlungen des Beklagten entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

2. Verfahrensgang

Der Softwareverletzungsprozess beginnt typischerweise mit einer **Verwarnung nach § 97a UrhG**. Dabei handelt es sich um eine Abmahnung mit ernsthafter Unterlassungsaufforderung unter Androhung gerichtlicher Schritte.[436] 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).[437] Die Verwarnung muss hinreichend deutlich formuliert sein, eine bloße Berechtigungsanfrage ist keine Verwarnung.[438]

---

436 *Dreier/Specht,* in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 97a Rn. 3,5.

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

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

Eine bloße **Berechtigungsanfrage**[439] reicht dementsprechend auch nicht aus, um die Kostenfolgen des § 93 ZPO zu vermeiden. Deshalb kann der Softwarenutzer auf die Berechtigungsanfrage eine gegenteilige Rechtsauffassung äußern, ohne dass er bei einer unmittelbar folgenden gerichtlichen Inanspruchnahme die Möglichkeit verliert, den Anspruch noch kostenfrei gem. § 93 ZPO anzuerkennen. Denn der Austausch von unterschiedlichen Rechtsansichten macht eine vorherige Abmahnung nicht schon wegen voraussichtlicher Erfolglosigkeit entbehrlich.[440] Unberechtigte Verwarnungen lösen Gegenansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz aus, wobei das verwarnende Unternehmen die Beweislast für alle Tatbestandsvoraussetzungen des zugrunde liegenden Anspruchs trägt.[441] Eine Verwarnung ist auch unberechtigt, wenn sie zu pauschal gefasst ist.[442] Der Schutzrechtsinhaber ist dazu angehalten, vor einer Unterlassungsaufforderung die gebotenen, von ihm zu erwartenden und ihm zumutbaren Prüfungen zur Berechtigung seines Verlangens vorzunehmen.[443]

Ebenso löst eine reine Berechtigungsanfrage nicht beim Verletzer das Recht aus, seinerseits **Klage auf negative Feststellung zu erheben**.[444] 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

---

439 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).

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

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

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

443 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*.

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

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.[445] Diese Verordnung gilt nur für Streitigkeiten mit Parteien, die ihren Sitz innerhalb der EU haben. Hiernach besteht erst einmal eine internationale Zuständigkeit am Sitz des Beklagten (Art. 2 EuGVVO) sowie am Ort der unerlaubten Handlung (Art. 5 Nr. 3 EuGVVO). Bei Schadensersatzprozessen mit grenzüberschreitendem Bezug kann nur der in dem betreffenden Vertragsstreit am jeweiligen Erfolgsort entstandene Schaden vom örtlich zuständigen Gericht entschieden werden. Lediglich das Gericht am Handlungsort kann über den gesamten Schaden entscheiden.[446] 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.[447]

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

---

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

446 *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.

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

gelten lassen, unabhängig davon, ob er dem Rechtsstreit beitritt 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.[448]

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.[449] 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.[450]

Die **Darlegungs- und Beweislast** im Softwareverletzungsprozess trägt natürlich die Klägerseite. Die Beklagtenseite muss ihrerseits entsprechende Verteidigungsargumente vortragen, wie etwa den Einwand der Erschöpfung. Von den **Beweismitteln** spielt der Zeugenbeweis eher eine geringe Rolle. Wichtiger ist das **Sachverständigengutachten**. Die Bestellung eines Sachverständigen erfolgt durch das Gericht mittels eines Beweisbeschlusses entweder nach der mündlichen Verhandlung (§ 358 ZPO) oder bereits vor der mündlichen Verhandlung (§ 358a ZPO). Die Parteien haben die Möglichkeit, Vorschläge für einen Sachverständigen zu machen. Das schriftliche Gutachten leitet das Gericht den Parteien zu und gibt ihnen Gelegenheit zu Ergänzungsfragen (§ 411 Abs. 4 ZPO). Ein Sachverständiger kann nur wegen Besorgnis der Parteilichkeit abgelehnt werden, nicht wegen fachlicher Inkompetenz (§ 406 ZPO). Besorgnis der Befangenheit besteht z.B. dann, wenn der Gutachter eine Besichtigung vornimmt, ohne den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu beachten.[451] 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 Ergänzun-

---

448 *OLG Hamburg*, Urt. v. 11.1.2001 – 3 U 120/00 PK 1115, GRUR-RR 2001, 289.
449 *LG Hannover*, Urt. v. 23.3.1993 – 18 O 77/93, CR 1994, 626.
450 *OLG Celle*, Urt. v. 9.9.1993 – 13 U 105/93, CR 1994, 748 f.
451 *BGH*, Urt. v. 15.4.1975 – X ZR 52/73, GRUR 1975, 507 – Schulterpolster.

gen beziehen sich vor allem auf den **Besichtigungsanspruch nach § 101a UrhG**. Nach dieser Vorschrift kann der Verletzte von demjenigen, der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Urheberrecht widerrechtlich verletzt, Vorlage von Urkunden oder Besichtigung einer Sache verlangen, die sich in seiner Verfügungsgewalt befinden, wenn dies zur Begründung seiner Ansprüche erforderlich ist. Aus § 101a UrhG könnte sich ein Anspruch auf Besichtigung eines Datenträgers ableiten lassen, auf dem der Quellcode des Konkurrenzprogramms abgespeichert ist. Dieser war bislang nach den Regeln des *BGH* aus dessen Entscheidung „Druckbalken" ausgestaltet und aus § 809 BGB abgeleitet.[452] Danach war ein Augenschein in Form der Besichtigung dann möglich, wenn eine sehr hohe Verletzungswahrscheinlichkeit besteht.[453] Der Besichtigungsanspruch kann also grundsätzlich nur zur Durchsetzung von Ansprüchen geltend gemacht werden, die im Übrigen erfolgversprechend sind.[454] In der Entscheidung „Faxkarte" hat der *BGH* dann für den IT-Bereich das Kriterium der Wahrscheinlichkeit reduziert auf das Vorliegen einer „gewissen" Verletzungswahrscheinlichkeit.[455] 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.[456] Der Verfügungsgrund liegt hier in dem drohenden Beweismittelverlust.[457] 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.[458] 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.[459] 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

---

452 § 809 BGB soll neben § 101a UrhG anwendbar bleiben; *OLG Frankfurt*, Urt. v. 10.6.2010 – 15 U 192/09.

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

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

455 *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.

456 Bestätigt durch *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 30.3.2010 – I-20 W 32/10, MittdtPatA 2011, 151. Ähnlich *OLG Hamm*, Beschl. v. 20.8.2009 – I-4 W 107/09, ZUM-RD 2010, 27.

457 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.

458 *Kühnen*, GRUR 2005, 185.

459 *Gärtner*, NZG 2014, 650 (653).

werden vom Gericht dem angeblichen Verletzer erst nach positiver Entscheidung in allen sonstigen Fragen der Hauptsache freigegeben.[460] Es reicht nicht aus, nur die Übereinstimmung kleinerer Teile der Programmierunterlagen vorzutragen, ohne dass deren Schutzfähigkeit feststeht.[461] Bei Raubkopien sieht die Lage anders aus, da hier dann weniger strikte Maßstäbe anzulegen sind.[462] Es reicht aber auch in einem solchen Fall nicht aus nur vorzutragen, die Programme seien von einer selbstgebrannten CD auf die Computer kopiert worden.[463]

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.[464] Recherchekosten, insbesondere im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, sind ebenfalls erstattungsfähig nach Maßgabe des nachgewiesenen Aufwandes.[465] 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.[466] Die eidesstattliche Versicherung muss vom jeweiligen Gesellschaftsorgan, also typischerweise vom Vorstand oder dem Geschäftsführer, geleistet werden.[467] Eine Verifizierung

---

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

461 *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.

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

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

464 *BPatG*, Urt. v. 29.12.1977 – 3 Ni 25/70, MittdtschPatAnw 1978, 96; *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 11.11.1985 – 6 W 308/85, GRUR 1986, 336.

465 *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 6.7.1994 – 6 W 65 und 75/94, GRUR 1996, 967.

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

467 *BGH*, Urt. v. 8.12.1960 – II ZR 223/59, BB 1961, 190 = BeckRS 1960, 31181664.

durch Bucheinsicht ist nicht möglich, es sei denn, sie ist vertraglich vereinbart worden.[468] Insofern lohnt es sich, vertraglich eine Möglichkeit zur Überprüfung von Abrechnungen durch einen Wirtschaftsprüfer vorzusehen. Wichtig ist auch und gerade im Softwarebereich die Grenzbeschlagnahme, die vor allem auf der Grundlage einheitlicher EU-Regelungen erfolgt.[469]

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**.[470] 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.

---

468 *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.

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

470 ABl. EG L 196/7 v. 2.8.2003.

Zweites Kapitel: **EDV-Vertragsrecht**

Literatur:
Bauer/Witzel, Nacherfüllung beim Kauf von Standardsoftware, ITRB 2003, 109; *Bräutigam/Rücker*, Softwareerstellung und § 651 BGB, CR 2006, 361; *Fritzemeyer*, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; *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 Maintainance, Cloud Computing und Open Source Hybrids, MMR 2009, 583; *Kahler*, Der neue EVB-IT Erstellungsvertrag, K&R 2013, 765; *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013; *Kremer*, Anpassungspflicht für Software bei Änderungen der Rechtslage, ITRB 2013, 116; *Malenavy*, Die UsedSoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkungen des EuGH-Urteils, CR 2013, 422; *Lensdorf*, Der EVB-IT Systemvertrag – was lange währt, wird endlich gut?, CR 2008, 1; *Leupold/Glossner*, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl., München 2004; *Müller-Hengstenberg*, BVB/EVB-IT-Computersoftware, 7. Aufl. 2007; *Müller-Polley*, Softwareverträge und ihre kartellrechtliche Wirksamkeit, CR 2004, 641; *Redeker*, Softwareerstellung und § 651 BGB, CR 2004, 88; *Redeker*, Vertragsrechtliche Einordnung von Softwarelieferverträgen: Einzelprobleme, ITRB 2013, 165; *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; *Spindler*, IT-Sicherheit – Rechtliche Defizite und rechtspolitische Alternativen, MMR 2008, 7

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-Vertragsrechts könnten sich durch die Ende 2015 von der Kommission vorgelegten Richtlinien zum Verbraucherschutzrecht bei digitalen Inhalten[471] und zum Online-Fernabsatz von Waren[472] ergeben. Ein bereits zuvor vorgelegter Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL)[473], mit dem die EU-Kommission auch das Ziel verfolgte, Verträge über digitale Inhalte optional einheitlich zu regeln, scheiterte noch am Widerstand der Mitgliedsstaaten. Die Kommission zog ihren Vorschlag daher Ende 2014 zurück und kündigte an, ihn durch einen Alternativvorschlag (CESL II) im Rahmen der digitalen Agenda ersetzen zu wollen, mit der Begründung, man wolle das Potential des elektronischen Handels im digitalen Binnenmarkt voll zur Entfaltung bringen.[474] Zum Anwendungsbreich der Richtlinie gehören neben digitalen Inhalten auch solche Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden. Damit unterfällt nicht nur jegliche Software, sondern im Prinzip auch jeder Lizenzvertrag dem Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Richtlinie.[475] Allerdings wirft der Vorschlag noch zahlreiche Fragen auf, sodass abzuwarten bleibt, welche Auswirkungen sich für das nationale Recht ergeben. .

II. Einordnung der Vertragsarten

1. Standardsoftware

Umstritten ist von Anfang an die **Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen** gewesen.[476] In der Industrie werden solche Vereinbarungen immer noch gern als „Lizenzverträge“

---

471 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-634-DE-F1-1.PDF (zuletzt abgerufen am 16.9.2016).

472 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatz, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-635-DE-F1-1.PDF (zuletzt abgerufen am 21.2.2017).

473 Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht KOM(2011) 635 endgültig, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN (zuletzt abgerufen am 21.2.2017).

474 KOM (2014) 910 final, Annex 2, Nr. 60, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_de.pdf (zuletzt abgerufen am 21.2.2016).

475 Vertiefend *Spindler*, Verträge über digitale – Anwendungsbereich und Ansätze, Vorschlag der EU-Kommission zu einer Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 147.

476 S. hierzu *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. III, 11 ff.

bezeichnet und als Verträge sui generis qualifiziert.[477] 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-Entscheidung[478] – 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 Sachen[479] 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.[480]

Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung hingegen wollte lange Zeit alle **Softwareverträge als Werkverträge** einstufen.[481] 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:[482] „Auf einen Vertrag, der den Erwerb von Standardsoftware zum Gegenstand hat, finden die Regeln des Werkvertrags Anwendung, wenn neben der Lieferung zusätzlich eine Anpassung der Software an die Bedürfnisse des Anwenders und eine Einarbeitung des Personals erfolgen soll." (1. Leitsatz).

Ähnlich verweist das *OLG Hamm* in seinem Urteil vom 22.8.1991[483] auf das Werkvertragsrecht: „Wenn der Abnehmer jedoch ein nicht sachkundiger Endabnehmer ist, der eine Ge-

---

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

478 *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, wo der *BGH* ausdrücklich Software als Sache i.S.v. § 90 BGB anspricht.

479 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*, Urt. v. 10.11.2004 – 2-06 O 142/04.

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

481 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, München 4. Aufl. 2004, 46 ff.; *Mehrings*, NJW 1988, 2438, 2439 f.

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

483 *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.

samtanlage 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.[484]

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.[485] Das ist der Fall, wenn das Basisprogramm eine derartige Umänderung erfahren hat, dass es für eine anderweitige Nutzung nicht mehr verwendbar ist.[486] Viele Oberlandesgerichte bestehen darüber hinaus darauf, dass alle Softwareverträge möglichst werkvertraglich zu qualifizieren seien.[487] 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 übernommen werden.[488] In der Literatur wird eine dienstvertragliche Qualifizierung vorgeschlagen.[489]

---

484 *OLG Köln,* Urt. v. 4.11.2002 – 19 U 27/02, CR 2003, 246 = ZUM-RD 2003, 195.

485 *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; *von dem Bussche/Schelinski*, in: Leupold/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 1 Rn. 102.

486 *LG Landshut*, Urt. v. 20.8.2003 – 2 HK O 2392/02, CR 2004, 19.

487 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.

488 *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95.

489 *Schneider*, CR 2003, 317 ff.

2. Individualsoftware

Die Erstellung von Individualsoftware erfolgt im Rahmen von **Werkverträgen**.[490] Ähnlich wird der DV-Projektvertrag, bei dem es um die Erstellung besonderer, auf die Bedürfnisse des Kunden abgestellter DV-Lösungen geht, als Werkvertrag angesehen.[491] Unter das Werkvertragsrecht fällt auch ein Vertrag, in dem sich der Programmierer zur Umstellung der Software auf andere Betriebssysteme (sog. Portierung) verpflichtet.[492]

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.[493] Grundlage war Art. 1 Abs. 4 der EU-Richtlinie zur Gewährleistung über einen Verbrauchsgüterkauf.[494] 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 Satz 1 BGB, dass das Kaufrecht auch auf Verträge zur Anwendung kommt, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben.[495]

Teile der Literatur ziehen hieraus die Konsequenz, dass für Softwareerstellungsverträge grundsätzlich nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern Kaufvertragsrecht zur Anwendung kommen soll.[496] Die nachteiligen Konsequenzen einer solchen Qualifizierung seien durch § 651 Satz 3 BGB gemildert, der wichtige Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwend-

---

490 *BGH,* Urt. v. 11.02.1971 – VII ZR 17/69; BGH, Urt. v. 23.01.1996 – X ZR 105/03.

491 Siehe dazu *BGH*, Urteil 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, 2. Aufl. 1994, S. 3; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd III, 36.

492 *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.

493 S. dazu *Thewalt*, CR 2002, 1 ff.

494 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (Richtlinie 1999/44/EG v. 25.5.1999, ABl. EG Nr. L 171 v. 7.7.1999, 12).

495 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.

496 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; *Lorenz*, in: MüKoBGB, Band 3, 7. Aufl. 2016, § 474 Rn. 6.

bar erkläre. Diese Auffassung ist meines Erachtens nicht zutreffend.[497] § 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.[498] Das Computerprogramm mit dem Datenträger ist dann nur eine Teilkomponente, die nicht das Wesen des Softwareerstellungsvertrags 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.[499]

Teilweise wird vertreten, dass die Annahme eines Werkvertrages für Softwarekäufe problematisch sei, da die richtige Verjährungsvorschrift fehle.[500] Hält man demnach § 634a I Nr.1 BGB für anwendbar, bejaht man die Sachqualität der Software. Falls man davon ausgeht, dass Software keine Sache ist, müsste man auf § 634a I Nr. 3 BGB zurückgreifen, wodurch die Mängelgewährleistungsansprüche in der regelmäßigen Frist – drei Jahre gem. § 195 BGB – verjähren würden. Dies scheint im Ergebnis nicht angemessen.[501] Das Problem der richtigen Verjährungsvorschrift bei der Annahme eines Werkvertrages für 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

---

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

498 *LG Landshut*, Urt. v. 20.8.2003 – 2 HK O 2392/02; *Moritz*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013, Mängelansprüche bei Hardware- und Softwareverträgen Rn. 13.

499 Vgl. *BGH*, Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, MMR 2010, 23 sowie die Nachweise in *König*, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991, 268 ff. und *Sandhövel*, Gewährleistung beim Erwerb von Software, Diss. Bonn 1991, 208 ff.

500 *Schneider,* CR 10/2016 634, 637.

501 *Schneider,* CR 10/2016 , 634, 635.

„UsedSoft“ des *EuGH*[502]). Somit wäre demnach bei der Verjährung von Mängelgewährleistungsansprüchen im Werkvertragsrecht bei Individualsoftware § 634a I Nr.1 BGB anzuwenden.

Der *BGH* hat im Jahr 2009 für weiteren Zündstoff gesorgt. Mit Urteil vom 23.7.2009[503] 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, rechtfertige 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-Systemvertrag[504] 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.[505] Zuletzt hat der *BGH* diese Einstufung des Internet-Systemvertrages als Werkvertrag wiederholt[506]: 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 BGB[507], sondern aus Vertrag. Seine Höhe bemisst sich aus dem bei der Entscheidung festgestellten Überschuss.

---

502 *EuGH*, Urt. v. 3.7.2012 – C-128/11, MMR 2012, 586; dem folgend *BGH* v. 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232; *BGH* v. 11.12.2014 – I ZR 8/13, NJW-RR 2015, 1138; andere Ansicht *Bartsch*, Software als Rechtsgut, 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.

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

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

505 *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.

506 *BGH*, Urt. v. 8.1.2015 – VII ZR 6/14, NJW-RR 2015, 469.

507 So noch die Vorinstanz *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.12.2013 – I-5 U 58/13, BeckRS 2015, 01994.

3. Die EVB-IT

Literatur:
Bischof, Der EVB-IT Erstellungsvertrag – Der „kleine“ EVB-IT Systemvertrag - Überblick und erste kritische Würdigung, CR 2013, 553; *Feil*/*Leitzen*, EVB-IT Kommentar, Köln 2003; *Kahler*, Der neue EVB-IT Erstellungsvertrag, K&R 2013, 765; *Kirn*/*Müller-Hengstenberg*, Die EVB-IT Systeme – ein Mustervertrag mit hohen Risiken?, CR 2009, 69; *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013; *Leitzen*/*Intveen*, IT-Beschaffungsverträge der öffentlichen Hand, CR 2001, 493; *Müller-Hengstenberg*, BVB/EVB-IT-Computersoftware – Besondere Vertragsbedingungen für die Überlassung, Erstellung, Planung und Pflege sowie ergänzende Vertragsbedingungen für IT-Dienstleistungen, 6. Aufl. 2003; *Müller*, Quo Vadis EVB-IT-Verträge? Über Sinn und Nutzen der geplanten Musterverträge EVB-IT-Systeme und EVB-IT-Planung und Realisierung für die Branche, CR 2006, 426; *Müglich*, AGB-rechtliche Überlegungen zur Auftragsvergabe nach BVB. Führt das reformierte Schuldrecht zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit?, CR 2004, 166; *Bischof*, Öffentliche Vergabe von IT-Leistungen, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl., Köln 2014, Kap. N.; *Zahrnt*, Wie die EVB-IT handhaben?, CR 2004, 716.

Von besonderer Bedeutung bei der Beschaffung von IT-Leistungen durch die öffentliche Hand sind die EVB-IT, die Einheitlichen Vertragsbedingungen[508]. Schon in den siebziger Jahren begann der Staat damit, zusammen mit der Industrie standardisierte Vertragsbedingungen für die EDV-Beschaffung auszuarbeiten.[509] 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.[510] Insbesondere die Verzugsregelung und die Rechtsfolgen des Verzugs (pauschalierter Schadensersatz) sind nach wie vor umstritten.[511] 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.[512] Auch § 9 Nr. 4 Abs. 2 BVB-Überlassung, wonach dem Auftraggeber ein Rücktrittsrecht zusteht, wenn bei der Funktions-

---

508 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 (letzter Abruf: 21.2.2017).

509 *Müglich*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013, Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand EVB-IT Rn. 38.

510 *BGH*, Urt. v. 27.11.1990 – X ZR 26/90, NJW 1991, 976 = CR 1991, 273.

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

512 *BGH,* Urt. v. 4.3.1997 – X ZR 141/95, NJW 1997, 2043 = CR 1997, 470.

prüfung 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.[513]

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-Vertragstypen abzulösen.[514] 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.[515] Hierzu stellt das Bundesministerium des Inneren eine Entscheidungshilfe für die richtige Wahl von EVB-IT oder BVB auf der Internetpräsenz zur Verfügung. Es kommt zurzeit zu einer Gemengelage zwischen BVB und EVB-IT. Dies wiederum führte dazu, dass der öffentliche Auftraggeber zum Teil in den Vertragsdeckblättern eigenständig Anpassungen der BVB vornahm. Das Nebeneinander von BVB, EVB-IT und handgestrickten Anpassungen hat zu der Frage geführt, ob nicht die EVB-IT wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) nichtig sind. Aufgrund des besonde-

---

513 *BGH*, Urt. v. 27.11.1990 – X ZR 26/90, NJW 1991, 976 = CR 1991, 273.

514 http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/evb-it_bvb_node.html;jsessionid=24FE20D25CACEC3C02F41928CFF7BF46.2_cid324 (letzter Abruf 26.10.2015); 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 (letzter Abruf: 26.10.2015) heruntergeladen werden.

515 Vgl. für die noch geplanten EVB-IT-Vertragstypen: *Müglich*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013, Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand EVB-IT Rn. 74.

ren Fachwissens der beteiligten Parteien, insbesondere der IT-Unternehmen, soll jedoch regelmäßig von einer hinreichenden Transparenz auszugehen sein.[516]

Nichtsdestoweniger sind neue EVB-IT haushaltsrechtlich zwingend zu beachten (§ 55 BHO).[517]

Gemäß dem **Runderlass des Ministeriums für Finanzen** vom 19.4.2001[518] sind die Vertragstypen wie folgt anzuwenden:

Die **EVB-IT-Kauf** sind anzuwenden bei Verträgen über den Kauf „fertiger" Hardware, gegebenenfalls einschließlich der Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur unbefristeten Nutzung. Im Gegensatz zu dem BVB-Kauf sehen die EVB-IT-Kauf keine werkvertraglichen Leistungen wie 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.[519] Mit der Einführung des EVB-IT-Systemvertrags sind über die bloße Lieferung der Standardsoftware hinausgehende werkvertragliche Leistungen über diesen Vertragstypus abzuwickeln.[520] Verträge über Dienstleistungen wurden von den bisherigen BVB nicht erfasst. Der 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-

---

516 *Müglich*, CR 2004, 166, 172.

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

518 *Nds. Ministerialblatt* Nr. 20/2001 v. 27.6.2001. Siehe außerdem die Entscheidungshilfe zur Anwendung der EVB-IT bzw. BVB des Bundesministeriums des Inneren, abzurufen unter: http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/evb-it_bvb_node.html (letzter Abruf: 26.10.2015).

519 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.

520 Entscheidungshilfe zur Anwendung der EVB-IT bzw. BVB des Bundesministeriums des Inneren; *Müglich*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 32. Ergänzungslieferung 2013, Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand EVB-IT Rn. 74.

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 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 Kündi-

gungsrechte 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 16.07.2015 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.

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 Instandhaltung[521] 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 17.03.2016[522] 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.

---

521 Abrufbar unter: http://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 28.01.2017..

522 Abrufbar unter: http://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT_Vertragstypen/EVB-IT_Instandhaltung/ergaenzende_vertragsbedinungen_version_2-0_v_17032016_pdf.pdf?__blob=publicationFile zuletzt abgerufen am 28.01.2017.

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 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 Anwendung[523].

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, 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, Dateiensicherungsservices, 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. 1.1nach 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 vorgesehen[524]. 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

---

523 *BGH* Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398; Bischof/Schneider, in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 41 Besondere und ergänzende Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand – BVB und EVB- IT, Rn. 296.

524 *Bischof/Schneider* in siehe eben da, § 41, Rn 242.

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 Rechtsmängel und orientieren sich im Wesentlichen an den gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts[525]. 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 Auftragsnehmers 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 Schadenser-

---

525 *Bischof/Schneider* in siehe eben da, § 41 Rn. 232.

satz 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 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:
Koch, Urheberrechtliche Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Benutzung, CR 2002, 629; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl., Bonn 2005; *Naus*, Softwareerstellung als Projekt, Hamburg 2006; *Metzger*, Die Zulässigkeit von CPU-Klauseln in Softwarelizenzverträgen, NJW 2003, 1994; *Peintinger,* Widerrufsrechte beim Erwerb digitaler Inhalte - Praxisvorschläge am Beispiel des Softwarekaufs unter Berücksichtigung von SaaS-Verträgen, MMR 2016, 3; *Petersen*, Quellensteuerbei Überlassung von Software, IStR 2013, 896; *Scholz*/*Haines*, Hardwarebezogene Verwendungsbeschränkungen in Standardverträgen zur Überlassung von Software – Eine Betrachtung von CPU- und Upgradeklauseln, CR 2003, 393; *Scholz*/*Wagener*, Kartellrechtliche Bewertung hardwarebezo-

gener Verwendungsbeschränkungen in Software-Überlassungsverträgen – Eine Betrachtung von CPU- und Upgrade-Klauseln, CR 2003, 880.

I. Präambel

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

Wird dem Erwerber eines Computerprogramms, ungeachtet der Bezeichnung des 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.[526]

Geht es aber um die bloß vorübergehende Einräumung von Nutzungsrechten, liegt eine mietähnliche Konstellation vor, die weitgehende Nutzungsbeschränkungen zulässt, gleichzeitig aber auch zu einer ausgedehnten Gewährleistungspflicht des Softwarelieferanten führt. Für eine nur zeitlich begrenzte Einräumung eines einfachen, nicht übertragbaren Nutzungsrechts 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.[527]

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.[528]

Unerheblich für die rechtliche Qualifizierung des Vertrags ist der Hinweis der Klagepartei, das Programm sei urheberrechtlich geschützt. Der mit einem Software-Überlassungsvertrag

---

526 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.

527 So *OLG Frankurt*, 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.

528 *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, Rn. 66 ff.

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.[529]

II. Hauptleistungspflichten und Nutzungsrechte

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

In Softwareüberlassungsverträgen sind die Hauptleistungspflichten 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 II 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[530].
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 sie dem anderen Vertragsteil nicht zuzumuten sind.[531] Sie unterliegen der vollen Inhaltskontrolle, da es sich nicht um Regelungen zu den Hauptleistungspflichten, sondern um eine Nebenbefugnis handelt, Leistungen abzuändern.[532] Ähnlich unwirksam sind Update-Klauseln,

---

529 *OLG Nürnberg*, Urt. v. 20.10.1992 – 3 U 2087/92, CR 1993, 359 = BB-Beilage 1993, Nr. 13, 14–15.
530 EuGH: Verkauf eines Computers mit vorinstallierter Software als lautere Geschäftspraxis, C-310/15, NJW 2016, 3423, GRUR 2016, 1180.
531 *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.
532 *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.

wonach der Anwender selbst bei Verschlechterung der Gesamtleistung Updates übernehmen muss.[533]

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.[534]

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.[535]

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.[536]

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 beigefügt, aus der sich Hersteller, Typen- oder Modellnummer und Seriennummer der vom Anwender verwendeten Hardwarekonfiguration ergeben.

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

---

533 *Witte*, ITRB 2005, 237, 239 f.

534 Vgl. *BGH*, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212, 3214 – Programmfehlerbeseitigung.

535 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 29.5.2001 – 20 U 166/00, ZUM 2001, 795 = CR 2002, 95.

536 *BGH*, Urt. v. 20.1.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 = DB 1994, 1180.

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.[537]

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.[538]

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.[539]

CPU-Klauseln verstoßen in der Tat gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB. Sie beschränken die dem Anwender in § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG garantierte Möglichkeit, das erworbene Programm frei nutzen zu können.[540] 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 Programmkopie[541] 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

---

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

538 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 10.3.1994 – 6 U 18/93, CR 1994, 398 = NJW-RR 1995, 182 = OLGR Frankfurt, 1994, 121; *OLG Frankfurt*, Urt. v. 14.12.1999 – 11 U 7/99, CR 2000, 146 f.

539 *LG Frankfurt*, Urt. v. 17.12.1998 – 2/3 O 266/97, CR 1999, 147 und *OLG Frankfurt*, Urt. v. 14.12.1999 – 11 U 7/99, CR 2000, 146 f.

540 So auch *Bartsch*, CR 1987, 8, 13; *Salje*, FS für Lukes 1989, 14.

541 § 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 Satz 1, 631 Abs. 1 BGB statuierten **Eigentumsverschaffungspflicht des Softwarelieferanten**.

Anders ist der Fall bei einer **Softwareüberlassung auf Zeit**. Für einen solchen Fall hat der *BGH* CPU-Klauseln für wirksam erachtet, die den Einsatz der Software auf einem leistungsfähigeren Rechner gegen weitere Lizenzzahlungen gestatten. Der *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.[542]

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 Satz 2 UrhG die Erschöpfung des Verbreitungsrechts (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 15 Abs. 1 Nr. 2 UrhG) eingetreten. Die Nutzungsrechte an diesen Vervielfältigungsstücken kön-

---

542 *BGH*, Urt. v. 24.10.2002 – I ZR 3/00, NJW 2003, 2014 = GRUR 2003, 416 = MMR 2003, 393.

nen nicht 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.[543] 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.[544]

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.[545]

Erstaunlicherweise hat der EuGH jedoch im Urteil vom 12.10.2016[546] 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.

---

543 *OLG Frankfurt*, 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.

544 *LG Düsseldorf*, Urt. v. 26.11.2008 – 12 O 431/08, MMR 2009, 216 = CR 2009, 221.

545 *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.

546 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.[547] 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 Satz 2 UrhG n.F.).[548]

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 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 UrhG erschöpft. Auch ist es wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn zu Wettbewerbszwecken ein mit der Ware selbst fest verbundenes (z.B. aufgedrucktes) Zeichen oder eine andere geschäftliche Bezeichnung, wie z.B. eine Firma oder eine Typenbezeichnung, entfernt und die derart veränderte Ware weiterverkauft wird.[549]

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.[550]

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 wird[551]. Ein Klauselverbot gem. § 307 II Nr. 1 BGB i.V.m. § 69c Nr.3 S.2 UrhG käme daher nicht in Betracht, weswegen Weitergabeverbote für den Online-Erwerb von Software wirksam mit in

---

547 *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.

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

549 *LG München*, Urt. v. 3.11.1994 – 4 HKO 18823/94, CR 1996, 542.

550 *BGH*, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212.

551 OLG München, Urt. v. 3.8. 2006 – 6 U 1818/06, MMR 2006, 748.

den Vertrag einbezogen werden könnten. Diese Argumentation hat der EuGH in der „Used-Soft“ Entscheidung[552] 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 Productkey noch nicht aktiviert wurde und der Rechteinhaber den Download ermöglicht[553].

Abseits des Erschöpfungsgrundsatzes ist die **Übertragbarkeit von Nutzungsrechten an Dritte** allerdings ein Problem. Nach § 34 Abs. 3 Satz 1 UrhG kann ein Nutzungsrecht auch ohne Zustimmung des Urhebers übertragen werden, wenn es sich um eine Übertragung im Rahmen der Gesamtveräußerung eines Unternehmens oder der Veräußerung von Teilen eines Unternehmens handelt. Der Regelung liegt die Erwägung zugrunde, dass es dem veräußernden Unternehmensträger – beispielsweise einem Verlag – in dieser Situation nicht zuzumuten wäre, die Zustimmung sämtlicher Urheber einzuholen, die ihm Nutzungsrechte eingeräumt haben.[554] 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,[555] 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.[556] 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

---

552 EuGH, Urt. v. 3.7.2012 – C-128/11.

553 OLG Frankfurt Beschl. v. 27.5.2016 – 6 W 42/16, ITRB 11/2016.

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

555 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.

556 Vgl. *BGH*, Urt. v. 15.3.1984 – I ZR 218/81, GRUR 1984, 528, 529 – Bestellvertrag.

ist er gehalten, seine Zustimmung zur Weiterübertragung nicht wider Treu und Glauben zu verweigern (§ 34 Abs. 1 Satz 2 UrhG).

Der Erschöpfungsgrundsatz soll im Übrigen keine Aussage zur Zulässigkeit technischer Sperren umfassen. Im legendären Fehlurteil Half Life 2[557] 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 EuGH sind technische Schutzmaßnahmen, welche Vervielfältigungen von Software verhindern, jedoch nur dann schutzwürdig, wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren[558]. 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 jüngst wurde vom OLG München[559] entschieden, dass selbst technische Schutzmaßnahmen für Videospiele in Gestalt von Kombination aus Software-Programmsperre und proprietären (im Eigentum befindlichen) Format der Videospielkarten einer „Nintendo-DS-Konsole“ den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren[560].

Eine andere „Lösung“ der Umgehung des Weiterverkaufsrechts des Erwerbers wird teilweise durch die Softwareersteller angewendet, indem sie Software vermieten. Dies hätte jedoch in Bezug auf das Gewährleistungsrecht, das sie für den gesamten Zeitraum der Miete trifft, nachteilige Folgen.

Auch stellt sich die Frage des Erschöpfungsgrundsatzes nach Ansicht des OLG Frankfurt 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.

---

557 *BGH*, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661.
558 EuGH v. 23.1. 2014 - RS. C-355/12, CR 2014, 224.
559 OLG München, Urt. v. 22.9.2016 – 6 U 5037/09, Anmerkung RA Timo Conraths, CR 12/2016, 781 (782).
560 OLG München, Urt. v. 22.9.2016 – 6 U 5037/09.

Dann diene der Produktschlüssel nicht der unkörperlichen Weitergabe eines bereits existierenden Verviel-fältigungsstücks 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[561].

Besonders streitig ist die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei E-Books und Audiodateien. So will das OLG Hamburg die Erschöpfung des Verbreitungsrechts gem. § 17 II 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 II Nr.1 BGB ab[562]. Der EuGH habe den Eigentumsbegriff nicht auf digitale Güter ausgedehnt. Zwar sollen Computerprogramme unter den Eigentumsbegriff fallen, jedoch digitale Inhalte nicht.

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 Unterschiedlich-keiten aufweisen. Angesichts dessen spricht vieles dafür, auch digitale Inhalte unter den Erschöpfungsgrundsatz zu fassen[563].

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.[564]

Urheberrechtlich ist zweifelhaft, ob die Nutzung von Software in lokalen Netzwerken wirklich in die Verwertungsrechte des Softwareerstellers eingreift. Wird die Software auf ver-

---

561 OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.5.2016 – 6 W 42/16.

562 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.

563 Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642 (647); Hilty CR 2012, 625 (635); Redeker, CR 2014, 73.

564 *Schumacher*, CR 2000, 641, 649; vgl. *Polley*, CR 1999, 345, 347; *Lehmann*, in: FS für Schricker, S. 543, 559.

schiedenen Terminals fest gespeichert, liegt in der jeweiligen Festspeicherung eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung.[565] 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 Netzvorgänge ohne nähere Begründung eine „Lizenzpflicht" bejaht.[566] Das bloße Ablaufenlassen eines Computerprogramms ist jedoch keine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c UrhG.[567] Der Senat hat jedoch bislang die Frage offen gelassen, ob die im Rahmen der Programmbenutzung erfolgende Programmeingabe und -verarbeitung eine Vervielfältigung erforderlich macht.[568] Diese Frage ist auch durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9.6.1993,[569] das der Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen[570] dient, nicht abschließend beantwortet (§ 69c Nr. 1 Satz 2 UrhG: „Soweit das Laden … eine Vervielfältigung erfordert"). Durch die Neuordnung des Urheberrechtsgesetzes zum 13.9.2003 ist jedoch klargestellt worden, dass flüchtige Kopien keine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung darstellen.[571] 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[572]. 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[573]. 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.

---

565 *BGH*, Urt. v. 20.1.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 = CR 1994, 275 = GRUR 1994, 363 = DB 1994, 1180.

566 *BFH*, Urt. v. 25.11.2004 – V R 25/04, V R 26/04, MMR 2005, 529 = CR 2006, 12 = DStR 2005, 595.

567 *LG Mannheim*, Urt. v. 11.9.1998 – 7 O 142/98, ZUM-RD 1999, 210 = CR 1999, 360.

568 *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.

569 BGBl. I S. 910.

570 ABl. EG Nr. L 122 S. 42.

571 A.A. allerdings *LG München*, Urt. v. 13.3.2008 – 7 O 16829/07, MMR 2008, 839.

572 BGH, Beschluss v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, GRUR 2011, 418 Rn.16-17.

573 So v. Welser, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 44a UrhG Rn. 23;a.A Dreier, in: Dreier/Schulze, 5.Aufl. 2015, § 44a Rdnr. 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-UsedSoft[574] die Frage nach der urheberrechtlichen Vervielfältigung gem. §§ 69c Nr.1, 44a UrhG offen, jedoch betont er in einer anderen Entscheidung Sky Decoder[575], dass flüchtige Vervielfältigungshandlungen die Voraussetzungen des Art. 5 I der RL 2001/29, also § 44a UrhG, erfüllen und daher erlaubnisfrei sind. Der BGH hält jedoch an seiner bisherigen Rechtsprechung fest[576].

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 Satz 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 Satz 2 UrhG.[577] Entscheidend ist die **persönliche Verbundenheit der dem Netzwerk angeschlossenen Personen**. Es ist unklar, wie man bei der unternehmensinternen Nutzung

---

574 EuGH, Urt.v. 3.7.2012 – C-128/11.
575 EuGH, Urt. v. 4.10.2011 – I ZR 129/08, ZUM 2011, 397.
576 BGH, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232 Rn.28.
577 So auch die amtliche Begründung in BT-Drs. 15/38, 17.

den Bereich der persönlichen Beziehungen konkretisieren soll.[578] Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass alle Nutzungen innerhalb eines Unternehmens durch persönliche Beziehungen zum Arbeitgeber/Unternehmen geprägt sind. Insofern ist jedes Unternehmen in sich nicht-öffentlich, was den Bereich der urheberechtlichen 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 Satz 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 Satz 2 BGB ergibt. Insofern sind Preisraster für LAN-Nutzungen durchaus wegen mangelnder Intransparenz angreifbar, insbesondere wenn sie ihrerseits nicht urheberrechtlich begründbar sind. Die Verwendungsfreiheit des Eigentümers obsiegt, wenndas Urheberrecht keine bestimmte Nutzungsbeschränkung erlaubt (§ 903 BGB). Das „plumpe“ Verbot der Netzwerknutzung ist damit unwirksam.[579] Auch verboten sind sog. Site-, Installations- oder Gebäude-Lizenzen, die den Einsatzort der Software festlegen.[580] Zweifelhaft sind auch sog. Service-Büro-Beschränkungen[581] 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).[582]

---

578 In der Literatur wird meist nur auf die Einzelfallentscheidung durch die Rechtsprechung abgestellt; siehe *Dreier,* in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 19a Rn. 7.

579 *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 1739.

580 *Lehmann*, in: FS für Schricker, S. 543, 560; *Schmidt*, in: Lehmann, Kap. XV Rn. 74.

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

582 A.A. *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl. 2014, § 69d Rn. 44; *Bartsch*, CR 1994, 667, 669 f.; vgl. auch *Schmidt*, in: Lehmann, Kap. XV Rn. 74.

Demgegenüber greifen die bislang in der Literatur vorgenommenen **Rechtfertigungsversuche für Netzwerkklauseln** nicht durch. Wenig überzeugend ist z.B. der Hinweis *Grützmachers* darauf, dass der Netzwerkbetrieb eine eigene Nutzungsart gegenüber der Einzelplatznutzung darstelle und insofern auch vertraglich beschränkbar sei.[583] Nicht jede Form der Verwendung eines Computerprogramms ist urheberrechtlich eine eigenständige Nutzungsart. Das Urheberrecht lässt bewusst den Bereich der nicht-öffentlichen Wiedergabe ungeregelt 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.[584] 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 Unter-nehmers oder

---

583 *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl. 2014, § 69d Rn. 36; ähnlich *Lehmann*, in: FS für Schricker, S. 543, 559; *Bartsch*, CR 1994, 667, 668 f.

584 *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307 Rn. 129f.; *Lehmann*, in: FS für Schricker, S. 559; *Polley*, CR 1999, 345.

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 zu untersagen § 69c UrhG[585]. 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 I, 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[586]. 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[587]. 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[588]. § 307 II 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 un-

---

585 Kotthoff/Wieczorek, Rechtsrahmen von Softwarelizenzaudits Zulässigkeit und Grenzen, MMR 2014, 3.
586 Siehe eben da; *BGH* Urt. v. 17.5.2001 – I ZR 291/98, GRUR 2001, 841 (845).
587 *Kotthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3.
588 Hoeren in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB- Klauselwerke, 6. Auditierungsklauseln, 38 Ergänzungslieferung 2016, Rn. 156.

terläuft, dass man eine Auditierung vertraglich absichert. Demnach läge grundsätzlich ein Verstoß gegen § 307 II Nr.1 BGB vor[589].

Einer anderen Ansicht nach könnte ein Verstoß gegen § 307 II 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[590]. Schränkt die Auditklausel jedoch keine dieser Rechte unangemessen stark ein, so ist ihre Zulässigkeit nicht von Vornherein ausgeschlossen.

5. Ausschluss von BearbeitungsrechtenEbenso 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 II 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 I 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[591]. Jedenfalls soll ein generelles Verbot der Programmänderung in AGBs gegen § 307 II Nr.1 BGB i.V.m. § 69d I UrhG verstoßen. So sind zum Beispiel auch Fehlerbeseitigungsverbote ein Verstoß gegen den zwingenden Kern von § 69 d I UrhG[592]. Verbote müssen demnach ausgefeilt sein, damit sie vom Schutzrecht der §§ 69c Nr. 2 und 69 d I UrhG umfasst sind[593]. Ob im Rahmen der Fehlerbeseitigung auch

---

589 *Hoeren* in Graf von Westphalen, siehe eben da, Rn. 156.

590 *Kotthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3.

591 *Meents* in Beck'sches Fb Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht 3. Aufl. 2014, IT- Recht, 1. Softwarelizenzvertrag, Rn. 7.

592 *BGH* Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97; Wandtke/Bullinger/Grützmacher Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4.Aufl. 2014, § 69d Rn.40.

593 Wandtke/Bullinger/Grützmacher UrhG § 69d Rn. 51.

eine Erlaubnis zur Dekompilierung (§ 69e UrhG) - also von der Transformation des Object Codes in den Source Code - besteht, ist umstritten[594].

5. Wartungsverbote

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

Oft wird auch versucht, die **Nutzung der Software an die Wartung zu koppeln**. Insbesondere sollen Dritte nicht befugt sein, die Software zu pflegen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Verbot, das Programm für Zwecke Dritter zu benutzen oder Dritten zugänglich zu machen, wirksam ist.[595] 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 [596] 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 abbedingbaren Kern als urheberrechtlich relevante Nutzungen habe, die für die vertragsgemäße Verwendung des Programms unbedingt notwendig seien und nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden könnten.[597] Während die Fehlerbeseitigung durch die Einschaltung Dritter nicht generell abbedungen werden könne, sei allerdings eine vertragliche Regelung zulässig, die die Fehlerbeseitigung dem Softwareersteller vorbehält. 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.[598]
Ein weiteres Problem liegt im „Third Party Maintainance", d.h. des Supports durch eine dritte, also nicht mit dem Hersteller identische, Partei.[599] Natürlich wird der Hersteller einer Soft-

---

594 Schricker/Loewenheim, UrhG § 69d Rn. 3; *Grützmacher*, in Wandtke/Bullinger/Grützmacher, UrhG, 4. Aufl. 2014, § 69e UrhG Rn.7.
595 *BGH*, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 = GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = DB 2000, 2063.
596 *BGH*, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 = GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = DB 2000, 2063.
597 *BGH*, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 = GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = DB 2000, 2063.
598 *BGH*, Urt. v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, NJW 2000, 3212 = GRUR 2000, 866 = CR 2000, 656 = DB 2000, 2063.
599 *Grapentin*/*Ströbl*, CR 2009, 137.

warelösung 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.[600] Seine Grenzen findet die Wartung durch Dritte da, wo das Urheberrecht des Herstellers verletzt wird, z.B. bei der Dekompilierung.[601] Im Übrigen wird versucht die Kundenbindung durch Abschluss von Rahmenverträgen über zukünftige Einzelprojekte zu stärken.[602] Diese sollten so detailliert abgefasst werden, dass im späteren Tagesgeschäft eigentlich nur noch die Leistungs- und Vergütungsseite und einige Details geregelt werden müssen.[603] 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[604].

6. 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

---

600 *Grapentin*/*Ströbl*, CR 2009, 137, 138 f.; *Gabriel*/*Cornels*, ITRB 2008, 277, 278 ff.
601 *Grapentin*/*Ströbl*, CR 2009, 137, 140.
602 *Intveen*, ITRB 2009, 67.
603 *Intveen*, ITRB 2009, 67, 68.
604 ITRB 11/2016, 256 (257).

würde. Somit zeigt sich, dass in den meisten Fällen eine Abwägung des Einzelfalls notwendig ist.

III. Gewährleistung

1. Gewährleistung im Kaufrecht

Literatur:
Bömer, Die Pflichten im Computersoftwarevertrag, Darstellung der Besonderheiten im Vergleich zu den Vertragstypen des allgemeinen Zivilrechts, München 1988; *Brandi-Dohrn*, Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln, München 1988; *Heussen*, Unvermeidbare Softwarefehler. Neue Entlastungsmöglichkeiten für Hersteller, CR 2004, 1; *Höpfner/Fall man* die Reform des kauf rechtlichen Gewährleistungsrecht, NJW 2017, 3745; *Kilian*, Haftung für Mängel der Computer-Software, Karlsruhe 1986; *Koch*, Schlechtleistung bei softwarebezogener Nacherfüllung, ITRB 2008, 131; *Pötzsch*, Die rechtliche Einheit von Hard- und Software, Berlin 1991; *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, Tübingen 1995.

Der Käufer eines 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.

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.[605] Rechtsmängel werden wie Sachmängel behandelt, da es sich bei beiden Mängeltypen um Pflichtverletzungen handelt. Der Käufer ist in beiden Fällen den allgemeinen Regeln des Leistungsstörungsrechts unterworfen. Zu den Rechtsmängeln bei Software[606] zählt etwa das Fehlen von Nutzungsrechten an einer Programmkopie bzw. „nichtlizenzierte“ Systemsoftware oder Textver-

605 *OLG Hamm*, Urt. v. 12.9.1990 – 31 U 110/89, NJW-RR 1991, 953, BB-Beilage 1991, Nr. 18, 21.
606 *Koch*, Handbuch Software- und Datenbank-Recht, 2003, § 5, Rn. 76.

arbeitungssoftware.[607] Auch die Installierung eines Betriebssystems als Raubkopie[608] fällt unter den Rechtsmangel ähnlich wie der Fall des fehlenden Markenrechts bei der Verwendung einer IT-Produktbezeichnung.[609] Aus aktueller Thematik soll auch manipulierte Abgassoftware eines Fahrzeugs nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB als Mangel zählen.[610]

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 Satz 2 BGB entlasten; es liegt dennoch eine Pflichtverletzung vor.[611] Da es sich bei Standardsoftware um eine Gattungsschuld handelt, trägt der Händler das Beschaffungsrisiko (§ 276 Abs. 1 BGB).[612] Mängel begründen allerdings keine Gewährleistungsrechte, wenn sie dem Käufer bei 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.[613]

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 Satz 2 BGB), vertraglich vorausgesetzten (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) oder gewöhnlichen (§ 434 Abs. 1 Satz 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 Beschaffen-

---

607 *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.

608 *OLG Nürnberg*, Urt. v. 26.3.1992 – 2 U 2566/91, CR 1992, 723; *OLG Frankfurt*, 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.

609 *OLG Köln*, Urt. v. 18.9.1998 – 19 U 63/98, NJW-CoR 1999, 246.

610 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.

611 *Koch*, Handbuch Software- und Datenbankrecht, 2003, § 5 Rn. 3.

612 *Koch*, Handbuch Software- und Datenbankrecht, 2003, § 2, Rn. 52, 54.

613 *Koch*, Handbuch Software- und Datenbankrecht, 2003, § 5, Rn. 25 f., 35.

heit 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.[614] 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.[615] 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 berühmt-berüchtigten Satz in Softwareverträge: „**Software kann nie fehlerfrei sein**“. Der Jurist sieht den Fehlerbegriff anders. So gibt es z.B. technische Fehler, die juristisch belanglos sind: Wenn ein Programm bei einer selten benutzten Tastaturkombination abstürzt, liegt aus juristischer Sicht nur ein geringes, unerhebliches Versagen vor, das die Gebrauchstauglichkeit des Systems kaum beeinträchtigt. Dementsprechend gibt es in einem solchen Fall – trotz Vorliegens eines technischen Fehlers – kein Rücktrittsrecht (§ 323 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB). Umgekehrt kann ein Programm technisch fehlerfrei, aber juristisch mängelbehaftet sein. Soll ein Programm nach dem Vertrag bestimmte Funktionen aufweisen, so ist das Programm bei Fehlen dieser Funktionen mangelhaft, auch wenn es technisch einwandfrei arbeitet.

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 Pflichtenheftes[616] – festgelegt sein. Gerade diese Fehlergruppe ist aus der Sicht der Gerichte die Erfreulichste: Es bedarf hier nicht umständlicher

---

614 *OLG Hamm*, Urt. v. 13.5.2003 – 28 U 150/02, NJW-RR 2003, 1360 = JuS 2004, 163; *Weidenkaff*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 434 Rn. 14.

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

616 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.

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**.[617] 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.[618]

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.[619]

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 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.

---

617 So auch: *Saenger*, in HK-BGB, 9. Aufl. 2017, § 434 Rn. 11.; *Weidenkaff*, in Palandt, 76. Aufl. 2017, § 434 Rn. 21.; *Matusche-Beckmann,* in: Staudinger, 15. Aufl. 2014, § 434 Rn. 73; aA *Westermann,* in: in MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 434 Rn. 18f.

618 Vgl. *LG Frankfurt*, Urt. v. 4.11.1986 – 2/8 S 83/86, IuR 1987, 229.

619 *OLG München*, Urt. v. 15.9.2004 – 18 U 2176/04, NJW-RR 2005, 494 = NZV 2005, 309.

b) Fehlertypen

Fraglich ist aber, ob es einen gewöhnlichen Gebrauch bei einem bestimmten Standardprodukt überhaupt gibt.[620] Letztendlich können aus der Rechtsprechung nur einige typische Fehlerarten abgeleitet werden.[621]

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.[622] Ist die Lauffähigkeit auf einer bestimmten Hardware geschuldet, sind Handwaremängel auch Softwaremängel.[623] Ferner muss ein Datenbankprogramm das Überlaufen von Dateien verhindern.[624] Ganz allgemein muss jede Software **HELP-Funktionen und Fehlerroutinen** enthalten, um Bedienungsfehler von vornherein zu vermeiden;[625] eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Anwender als EDV-Fachmann (was auch immer darunter zu verstehen ist) gelten kann.[626] Kein Fehler soll es hingegen sein, wenn der Software ein Druckertreiber fehlt[627] oder ein Bankenprogramm nicht manipulationssicher ist.[628] Auch soll bei einem Branchenkompaktprogramm ein kleines Textverarbeitungsprogramm ausreichen.[629] Nach Auffassung des *OLG Koblenz*[630] ist eine EDV-Anlage selbst dann mangelhaft, wenn bei der täglich durchzuführenden Datensicherung regelmäßig eine Fehlermeldung erscheint, wonach die Systemsicherung unbrauchbar ist, obwohl die Datensicherung in Wirklichkeit brauchbar und vollständig ohne Datenverlust erfolgt. Die damit ausgelöste Unsicherheit des Nutzers und die sich anschließende Nachprüfung der Fehlermeldung führten zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des Arbeitsablaufs. Der darin liegende Mangel berechtige zur Rückgängigmachung des Kaufvertrags.

---

620 Siehe hierzu die Bedenken des *OLG Stuttgart*, Urt. v. 12.9.1985 – 7 U 280/84, CR 1986, 381.

621 Vgl. hierzu auch *Kilian/Heussen*, in: Computerrechts-Handbuch, 32. Auflage 2013, Kap. 201 mit weiteren Beispielen und *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, D 522–535.

622 *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 9.11.1989 – 11 U 48/89, CR 1990, 266.

623 *LG Bonn*, Urt. v. 27.2.2004 – 10 O 618/03, ZGS 2004, 199.

624 *LG Duisburg*, Urt. v. 18.3.1988 – 18 O 1/87, CR 1989, 494, 495.

625 *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.

626 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 17.10 – 6 U 49/89, CR 1987, 174.

627 *OLG Frankfurt*, 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.

628 *OLG München I*, Urt. v. 17.3.1987 – 5 U 3879/86, CR 1989, 295.

629 *BGH*, Urt. v. 15.5.1990 – X ZR 128/88, NJW 1990, 3008, 3010.

630 *OLG Koblenz*, Urt. v. 19.9.2007 – 1 U 1614/05, ITRB 2008, 59 = CR 2008, 148.

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.[631] 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.[632]

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.[633]

bb) Funktionsmängel

Eine weitere wichtige Fehlergruppe betrifft die Funktionsmängel, d.h. **das technische Versagen einzelner Programmfunktionen**.

Software ist mängelbehaftet, wenn

- sie bei Verwendung in einem Gewerbebetrieb falsche Rechnungen hervorbringt,[634]
- sie nicht in der Lage ist, Umlaute auszugeben, sondern stattdessen beim Ausdruck programmbedingt nur Fragezeichen erscheinen,[635]
- sie seit dem Zeitpunkt, in dem vierstellige Jahreszahlen programmiertechnisch allgemein üblich sind (Mitte der neunziger Jahre), nicht 2000-fest ist,[636]
- sie nicht die Abwicklung des Ein-/Verkaufs in Euro ermöglicht,[637]

---

631 *LG Freiburg*, Urt. v. 14.7.2007 – 3 S 324/06, CR 2008, 556 = VuR 2007, 317.
632 *LG Bonn*, Urt. v. 27.2.2004 – 10 O 618/03, ZGS 2004, 199 = BeckRS 2015, 07308.
633 *OLG Koblenz*, Urt. v. 30.4.2009 – 6 U 268/08, OLGR Frankfurt 2009, 719.
634 *LG München I*, Urt. v. 23.1.1985 – 8 HKO 11785/83, CR 1987, 364.
635 *OLG München*, Urt. v. 15.2.1989 – 27 U 386/88, CR 1990, 646, 648.
636 Siehe hierzu *Bartsch*, CR 1998, 193 ff.; *Bartsch*, Software und das Jahr 2000 – Haftung und Versicherungsschutz für ein technisches Großproblem, 1998, 58 ff.; *von Westphalen/Langheid/Streitz*, Der Jahr-2000-Fehler – Haftung und Versicherung, 1999; *Hildebrand*, CR 1998, 248 ff.
637 *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.

- sie nicht virenfrei, d.h. mit gängigen Tools auf bekannte Viren hin überprüft worden ist.[638]

Auch manipulierte Abgassoftware bei Kraftfahrzeugen fällt unter den Funktionsmangelbegriff von Software und damit als Rechtsmangel i.S.v. § 434 I S.2 Nr. 2. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die vorgetäuschte Abgasreinigung durch Manipulation der Abgas-rückführung 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 I 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.[639] 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 I 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 war[640].

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.[641] Zur Frage, ob ein Schadensersatzanspruch aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (ehemals c.i.c.) wegen eines fehlenden Hinweises auf die Notwendigkeit der kostenfreien Updates besteht, äußerte sich das Gericht nicht, da die entstandenen Prozesskosten nicht durch den fehlenden Hinweis, sondern aufgrund der fälschlichen Annahme eines Mangels entstanden seien.

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

---

638 *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.

639 dazu *Ring* NJW 2016, 3121.

640 OLG *Hamm*, Urt. V. 22.3.2016 – 28 U 44/15; *BGH*: Mangelhaftigkeit des eingebauten Navigationssystems, CR 11/ 2016, 708.

641 *LG Freiburg*, Urt. v. 14.7.2007 – 3 S 324/06, CR 2008, 556.

des Systems führt, liegt ein Fehler vor. Ein solcher Zustand soll etwa dann vorliegen, wenn die Antwortzeiten in einem Mehrplatzsystem auf 30 Sekunden herabsinken[642] oder sich die Geschwindigkeit des Druckers auf 20 % reduziert.[643] 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 Forderung[644] oder der Abschluss eines Wartungsvertrags[645] erzwungen werden soll. Zulässig könnte eine solche Sperre aber sein, sofern sie zum Schutz vor Softwarepiraterie erforderlich ist.[646] Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Käufer zur Beseitigung Systemdisketten benötigt, die sich nur im Besitz des Verkäufers befinden.[647] Auch die **Produktaktivierung** bei Windows XP ist als Mangel anzusehen.[648] Zur Einbeziehung von solchen Sperren bedarf es der Hinweise auf der Verpackung oder in den Geschäftsbedingungen.[649] 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.[650] Der Besteller einer Standardsoftware kann ferner deren Abnahme verweigern, wenn der Verkäufer die Unterzeichnung einer vom Hersteller der Software geforderten Erklärung verlangt, wonach die Software ausschließlich zu „Forschungs- und Auswertungsvorschlägen" verwendet werden darf.[651] 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,

---

642 *LG Essen*, Teilurt. v. 16.1.1986 – 43 O 129/84, CR 1987, 431.

643 *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.

644 *LG Wiesbaden*, Urt. v. 4.4.1989 – 3 O 13/88, CR 1990, 651, 652.

645 *BGH*, Urt. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004.

646 *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.

647 *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.

648 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.

649 *LG München I*, Urt. v. 4.4.2000 – 7 O 115/00, CR 2000, 506 = MMR 2001, 197.

650 *Koch*, CR 2002, 629.

651 *OLG Köln*, Urt. v. 2.2.1996 – 19 U 146/95, NJW 1997, 1016 = CR 1996, 406.

wenn der Lizenznehmer der Änderung des Systemverzeichnisses unter Anfall einer neuen Lizenzgebühr zustimmt, handelt es sich um eine Drohung.[652]

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.[653]

ee) Fehlen oder Fehler der Dokumentation

Letztendlich ist die „beliebteste" Fehlergruppe **das Fehlen oder die Lückenhaftigkeit der Dokumentation**.[654] 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 darstellt[655] oder das Fehlen der Dokumentation als Mangel anzusehen ist.[656] Nach der Schuldrechtsreform stellt sich die Rechtslage nicht anders dar. Insbesondere § 434 Abs. 3 BGB, der die Falsch- und Zuweniglieferung dem Sachmangel gleichstellt, [657] ändert nichts daran, dass die teilweise Nichtlieferung eine Verzugsproblematik ist.[658]

So gehen einige Stimmen davon aus, dass **Dokumentation und Programm eine Einheit** bilden; wenn die Dokumentation fehlt, ist dies als Mangel dieser Einheit anzusehen.[659] Der Käufer kann in einem solchen Fall daher „nur" die klassischen Gewährleistungsrechte des

---

652 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 14.12.1999 – 11 U 7/99, CR 2000, 146; ähnlich bereits *LG Frankfurt*, Urt. v. 17.12.1998 – 2/3 O 266/97, CR 1999, 147.

653 *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. 3.31992 – 20 U 69/90, NJW-RR 1993, 432.

654 Siehe hierzu auch *Endler*, CR 1995, 7 ff.

655 *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. *Mehrings*; *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*, DV Rechtsprechung, Bd. 1 S. 219; *LG Baden-Baden*, Urt. v. 21.8.1987 – 1 O 127/87, CR 1988, 308.

656 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*, 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* , Urt. v. 10.3.1987 – 5 U 121/86, CR 1988, 294; ähnlich *Bokelmann*, CR 1990, 194, 195; *Schneider*, CR 1989, 193.

657 BT-Drs. 14/6040, 216.

658 In diese Richtung auch *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95.

659 *OLG Frankfurt,* Urt. v. 10. 3. 1987 – 5 U 121/86; NJW 1987, 3206; *OLG Köln,* NJW 1988, 2477; *Schneider*, CR 1989, 193.

§ 437 BGB geltend machen. Der *BGH*[660] 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.[661] Es reicht daher nicht aus, Benutzer vorab zu schulen und unter Berufung darauf keine Dokumentation mitzuliefern.[662] 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.[663] 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.[664]

Die Dokumentation muss **in deutscher Sprache** verfasst sein.[665] Die Lieferung eines englischsprachigen Handbuchs führt demnach dazu, dass der gesamte Kaufvertrag rückgängig gemacht oder der Kaufpreis gemindert werden kann.[666] Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nur, wenn die Parteien etwas anderes vereinbaren (ein Hinweis in der Werbung auf das englische Handbuch kann ausreichen) oder wenn der Anwender als EDV-Fachmann anzusehen ist.[667] Ein zweisprachiges Handbuch ist stillschweigend geschuldet, wenn der Besteller sich ausbedungen hat, dass das gesamte System zweisprachig laufen solle.[668]

---

660 *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.

661 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 10.3.1987 – 5 U 121/86, NJW 1987, 3206; *OLG Frankfurt*, 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.

662 Siehe auch *OLG Frankfurt*, 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.

663 *LG Landshut*, Urt. v. 20.8.2003 – 2 HKO 2392/02, CR 2004, 19.

664 *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 15.7.2003 – 14 U 140/01, CR 2004, 493.

665 *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.

666 Ähnlich für die Sprachversionen von Software *LG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 5.11.2013 – 2-23 O 50/13.

667 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 17.10.1985 – 6 U 49/85, CR 1987, 174.

668 *OLG Köln*, Urt. v. 3.9.1999 – 19 U 54/99, CR 2000, 585.

In der Dokumentation müssen **alle Programmfehlermeldungen vollständig** aufgeführt sein.[669] Der Anwender muss anhand der Dokumentation feststellen können, was bestimmte Fehlermeldungen bedeuten und wie er auf einen Fehler zu reagieren hat.[670] 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.[671] Der Pflegegläubiger hat einen Anspruch auf eine aktualisierte Softwaredokumentation bei jedem „Update" der Software.[672]

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,[673] 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)[674] 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*[675] gewährleistungsrechtlich verbindlich.

Die Zurechnung erfolgt nicht bei allen Äußerungen beteiligter Verkehrskreise. Entscheidend sind vielmehr **Aussagen des Herstellers**[676] **sowie des Händlers selbst**. Aussagen anderer

---

669 *OLG Hamm*, CR 1990, 716; ähnlich bereits *LG Flensburg*, CR 1988, 132 f.
670 *OLG Köln*, Urt. v. 22.6.1988 – 13 U 113/87, NJW 1988, 2477.
671 *LG Bonn*, Urt. v. 19.12.2003 – 10 O 387/01, MMR 2004, 356 = CR 2004, 414.
672 *LG Bonn*, Urt. v. 19.12.2003 – 10 O 387/01, MMR 2004, 356 = CR 2004, 414.
673 *BGH*, Urt. v. 24.2.1988 – VIII ZR 145/87, NJW 1988, 1378, 1380.
674 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.
675 *BGH*, Urt. v. 14.2.1996 – VIII ZR 89/95, CR 1996, 402 m. Anm. *Heussen*.
676 *OLG München*, Urt. v. 15.9.2004 – 18 U 2176/04, NJW-RR 2005, 494.

Händler werden dem Softwareverkäufer nicht zugerechnet. Schwierigkeiten macht im Softwarebereich vor allem die Bestimmung des Begriffs Hersteller. Software ist kein Produkt maschineller Warenfertigung; es fällt daher schwer, bei komplexeren DV-Produkten den Hersteller zu benennen. Für Windows XP sitzt der Hersteller (Microsoft Inc.) in Richmond/USA. Es finden sich aber kaum Aussagen der Microsoft-Zentrale, die unmittelbar für den deutschen Markt bestimmt sind. Das Werbekonzept für den deutschen Markt stammt aus der deutschen Microsoft-Niederlassung.

(2) Ausschlussgründe

Werbeaussagen haben keine gewährleistungsrechtliche Wirkung, wenn der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste. Irrelevant sind sie schließlich auch, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnten.

gg) Montage

Ein Mangel ist auch gegeben, wenn **die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß** durchgeführt worden ist (§ 434 Abs. 2 BGB). Der Bereich der Montage ist im Softwaresektor sehr relevant. Umfasst sind hiervon auch die Installation der Software sowie die Einrichtung des DV-Systems. Da die Montageleistung vertraglich vereinbart worden seinmuss, reicht es nicht aus, dass der Händler rein tatsächlich bei der Installation behilflich ist. dass der Händler rein tatsächlich bei der Installation behilflich ist, reicht nicht aus. Auch spielt es nach dem Gesetzeswortlaut keine Rolle, ob die Montage als Teil des Kaufvertrags oder unabhängig davon in einem separaten (Werk-)Vertrag vorgesehen worden ist.

hh) Montageanleitungen

Schließlich liegt ein Mangel auch bei **mangelhaften Montageanleitungen** vor (§ 434 Abs. 2 Satz 2 BGB). Fraglich ist, ob Installationsanleitungen im DV-Sektor unter § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB subsumiert werden können. Die Begründung zum Regierungsentwurf der Schuldrechtsreform erwähnt als Montage auch die fehlerhafte Installation;[677] insofern dürften auch fehlerhafte Installationsanleitungen Gewährleistungsrechte auslösen. Ist die Installation trotz der falschen Anleitung erfolgreich, liegt kein Mangel vor.

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

Nach § 377 HGB hat ein Kaufmann die von ihm gekauften Waren **unverzüglich auf Mängel zu untersuchen und erkennbare Mängel unverzüglich zu rügen**. Tauchen Mängel später

---

677 BT-Drs. 14/6040, 215.

auf, muss die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden. Kommt der Käufer dieser Pflicht nicht nach, so gilt die Ware als genehmigt.

Der kaufmännische Anwender muss bestellte Software daher unverzüglich am Ablieferungsort im Rahmen des zweckmäßigen Geschäftsgangs untersuchen und erkennbare Mängel sofort dem Verkäufer gegenüber anzeigen. Darüber hinaus sind verborgene Mängel nach ihrer Entdeckung unverzüglich anzuzeigen. Der zeitliche Rahmen der Untersuchungs- und Rügepflicht hängt vom Einzelfall ab. Nichtfachleute haben eine längere Probezeit zur Verfügung.[678] Bei offenen, überprüfbaren Mängeln eines PCs (hier fehlende IBM-Kompatibilität) kann die Frist kürzer als elf Tage sein.[679] Für die Rüge ist eine Beschreibung der Programmfehler nicht erforderlich; es reicht, wenn die mangelhafte Wirkung des Programms für die einzelnen Arbeitsabläufe dargelegt wird.[680] 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.[681]

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 Satz 1 BGB verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, wenn er beim Vertragsschluss **die Mängel der gekauften Sache kennt**. Auch verliert er seine Rechte, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 442 Abs. 1 Satz 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 beim Vertragsschluss hätten klar sein müssen. Dies kann zur Folge haben,

---

678 *RG*, Urt. v. 14.10.1904 – II 23/04, RGZ 59, 75.

679 *OLG München*, Urt. v. 21.1.1990 – 27 U 901/88, CR 1991, 19.

680 *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.

681 *BGH*, Urt. v. 27.6.1990 – VIII ZR 72/89, WM 1990, 2000.

dass der Käufer seine Gewährleistungsrechte insoweit nach § 442 BGB verliert.[682] 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 umgangen würde. Hier muss der Grundsatz gelten, dass Schadensersatzansprüche aus der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten dann nicht in Betracht kommen, wenn sich die Aufklärungspflichten auf fahrlässige Falschangaben über solche Umstände beziehen, die Gegenstand einer sachmängelbegründenden Vereinbarung sind.

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 beweisen zu können". Zwar besteht auch das Risiko einer Unbeweisbarkeit für den Gläubiger, dieser jedoch kann dagegen rechtzeitig Klage erheben.[683]

---

682 *OLG Naumburg*, Urt. v. 24.2.2004 – 11 U 94/03, NJW 2004, 2022.
683 *Regenfus*, in NJW 2016, 2977 (2977,2978).

Für die Anfertigung von Individualsoftware gelten die Verjährungsvorschriften des Werkvertragsrechts i.S.v. § 634a I 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.[684] 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.[685]

Der Begriff der Abnahme kommt allein im BGB mindestens in zwei Varianten vor: Die körperliche Entgegennahme der Sache (§ 433 II BGB), die bei der Lieferung von Standardsoftware regelmäßig Anwendung finden wird und in § 640 BGB, der Regelung des Werkvertragsrechts für Individualsoftware[686]. 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.

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 individuell-vertraglich zu regeln. Abnahme vor der Produktivsetzung bedeutet, dass die Abnahme nach

---

684 *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.).

685 So schon *BGH*, Urt. v. 21.12.1960 – V ZR 9/60, NJW 1961, 730.

686 *Schneider*, CR 10/2016, 634 (635).

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[687].
Entscheidend ist damit die rein tatsächliche Verfügungsmöglichkeit des Käufers über die Sache.[688]
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[689].

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 mängelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen will,
- wenn bestimmte, selten auftretende Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können,
- wenn der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können,
- wenn der Anwender möglichst schnell Gewissheit über die Fehlerhaftigkeit haben will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzulegen.

Der Lauf der Verjährungsfrist ist auch gehemmt bei **Zustellung eines 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 dann, wenn der Käufer seinerseits auch die mängelbehaftete Software zu-

---

687 Sarre Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht 2. Aufl. 2016, § 2 Rn.49- 50.
688 *BGH*, Urt. v. 30.1.1985 – VIII ZR 238/83, NJW 1985, 1333, 1334.
689 *Schneider*, CR 10/2016, 634 (641).

rückgibt; 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.[690] Auch gehemmt werden kann die Verjährung durch einen Güteantrag gem. § 204 I 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.[691] Fehlt es an dieser Individualisierung bzw. sind Sachverhalt oder Begehren nicht zu entnehmen, so sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Schlichtungsverfahren nicht gegeben[692]. Der BGH billigte jedoch die Auffassung der Vorinstanz, dass ein solcher Güteantrag keine verjährungshemmende Wirkung iSv § 204 I Nr. 4 BGB hat, sofern der Gegner im Vorherein die Teilnahme an einem Schlichtungsverfahren ernsthaft und endgültig verweigert hat.[693]

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.[694] Die Hemmung endet auch, wenn nach Treu und Glauben damit zu rechnen ist, dass die Gewährleistungsversuche keinen Fortschritt mehr haben.[695] 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 berühmt, um seine Verhandlungsposition in Bezug auf ein anderes Interesse zu stär-

---

690 *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; *Westermann,* in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2012, § 438 Rn. 41. Eine schlüssige Begründung ist nicht erforderlich; *BGH*, Urt. v. 26.6.1996 – XII ZR 38/95, NJW-RR 1996, 1409.

691 *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 in NJW 2016, 2977.

692 *BGH*, Urt. v. 18.6.2015 – III ZR 198/14,NJW 2015, 2407 (2408) Rn. 17a.

693 *BGH*, Urt. v. 28.10.2015 – IV ZR 526/14, NJW 2016, 233.

694 *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.

695 *BGH*, Urt. v. 7.1.1986 – VI ZR 203/84, NJW 1986, 1338.

ken[696] bzw. erscheint es als legitim und nicht rechtsmissbräuchlich, wenn Rechtsverfolgungsmaßnahmen nur zum Zweck der Verjährungshemmung unternommen werden.[697]

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.[698] Demnach tritt im Regelfall nur noch eine Hemmung der Verjährung ein, wogegen nach § 212 BGB nur das Anerkenntnis und Vollstreckungs-maßnahmen zum Neubeginn der Frist führen. Dabei kann sich das Anerkenntnis auf den ganzen Anspruch oder nur auf einen Teil hiervon beziehen. Das Teilanerkenntnis 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.[699]

c) Vereinbarung über die Verjährung

Letztendlich kann das Problem der Verjährung auch **vertraglich geregelt** werden (§ 202 BGB).[700] 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 Satz 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 Schadensersatzanprüche gilt, diese also der weitergehenden Disposition der Parteien unterliegen. AGB-mäßige Beschränkungen von

---

696 *OLG Saarbrücken*, Beschl. v. 14.1.2014 – 4 W 40/13, NJW-RR 2014, 917.

697 *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.

698 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 7.11.2013 - 5 U 5/13, BeckRS 2013, 22199 = IBR 2014, 178 (Ls.).

699 *Grothe*, in MüKo BGB 7. Aufl. 2015, § 212 Rn. 9; BGH v. 12. 7. 1960 - VI ZR 163/59, VersR 1960 831 (832).

700 Siehe dazu etwa die EVB-IT und dazu *Feil/Leitzen*, CR 2002, 407 ff.

Schadensersatzansprüchen gegenüber Verbrauchern müssen sich, wie die Regelung ausdrücklich klarstellt, allerdings an den §§ 307-309 BGB messen lassen. Für die 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 Sätze 1, 2 BGB. Inwieweit Verkürzungen der Verjährung in AGB gegenüber Unternehmern auf weniger als ein Jahr zulässig sind, wird uneinheitlich beantwortet.[701] 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).[702] 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.

---

701 Für die Zulässigkeit der Verkürzung auf bis zu sechs Monate wohl *Coester-Waltjen*, in: Staudinger, 15. Aufl. 2013, § 309 Nr. 8 Rn. 97; bei berechtigtem Interesse des AGB-Stellers befürwortend *Roloff*, in: Erman, 14. Aufl. 2014, § 309 Rn. 123; wohl auch auch *v. Westphalen*, in: Graf v. Westphalen, Vertrags- und AGB- Klauselwerke, 38. Ergänzung 2016Teil Vertragsrecht/ Verjährungsklauseln Rn. 18 f., Rn. 25..; a.A. *Grüneberg*, in: Palandt, 76. Auflage 2017, § 309 Rn. 84.

702 Vgl. *Grapentin*/*Schug*, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag (2015), 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.

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.

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 Satz 2 BGB („ohne erhebliche Nachteile"). Daraus soll sich auch eine Pflicht des Kunden zur Übernahme der neuen Releases ergeben, wobei er für zusätzliche Funktionalitäten nach dem Muster „neu für alt" zu zahlen hat.[703]

§ 439 Abs. 4 BGB sieht mit Verweis auf § 346 Abs. 1 BGB vor, dass der Käufer, der Nacherfüllung im Wege der Neulieferung verlangt, **Ersatz für tatsächlich aus dem Gebrauch der mangelhaften Sache gezogene Nutzungen** zu leisten hat. Gerade für Software ist diese Regelung wichtig, denn es kommt dort häufig vor, dass der Softwareanwender die mangelhafte Software trotz ihrer Fehlerhaftigkeit eine Zeitlang nutzen konnte. Die Pflicht zum Ersatz des Nutzungsausfalls wurde auch ausdrücklich vom Bundestag bejaht, der sich eingehend mit der Richtlinienkonformität einer solchen Regelung auseinandergesetzt und diese bejaht hat.[704] 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*

---

703 So *Bartsch*, CR 2001, 649, 654.
704 BT-Drs. 14/6040 S. 232 ff.

Nürnberg[705] und das *LG Nürnberg-Fürth*[706] 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. 4 BGB sei nur von „Rückgewähr" die Rede). Der *BGH* hat allerdings die Möglichkeit verneint, die gesetzliche Regelung des § 439 Abs. 4 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, 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.[707] Der *EuGH* hat schließlich entschieden, dass eine Vorschrift, die dem Verkäufer Wertersatz für die Nutzungen einer vertragswidrigen Sache zugesteht, Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegensteht[708], woraufhin der BGH, im Zuge einer richtlinienkonformen Auslegung entschied, dass § 439 VI BGB in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs gem. § 474 I 1 BGB einschränkend anzuwenden ist. Die in § 439 IV 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.[709]

Zur Anpassung an die Rechtsprechung des EuGH[710] 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.[711] 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

---

705 *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.

706 *LG Nürnberg-Fürth*, Urt. v. 22.4.2005 – 7 O 10714/04, NJW 2005, 2558.

707 *BGH*, EuGH-Vorlage v. 16.8.2006, VIII ZR 200/05, JuS 2007, 182 m. Anm. *Faust* = NJW 2006, 3200 m. Anm. *Lorenz*.

708 *EuGH*, Urt. v. 17.4.2008 - C-404/06, NRW 2008, 1433.

709 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (OLG *Nürnberg*), NJW 2009, 427.

710 EuGH, Urteil – C-65/09 und C-87/09

711 § 439 BGB-E lt. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses f. Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/11437, S. 7.

Käufer einerseits werkvertragliche Hauptleistungspflichten und andererseits kaufvertragliche Gewährleistungs-pflichten bestehen, also z.B. wenn der Unternehmer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels bei einem Dritten eingebaut hatte.[712] Ob die sich aus § 439 BGB NF 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.[713] Zu diskutieren ist dies in den Fällen, in denen sowohl eine Nachbesserung als auch eine Nachlieferung unmöglich sind, der Käufer die mangelhafte Sache aber wieder entfernt haben will.[714] 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).[715] 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 NF um einen eigenständigen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungskosten 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 NF 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.[716]

Die neuen Vorschriften sind dispositiver Natur – eine vertragliche Abbedingung ist demnach möglich. Fraglich ist, ob die Vorschriften im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen abgedungen werden können. Meines Erachtens ist hier zwischen dem Fall Business to

---

[712] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses f. Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/11437, S. 46.
[713] *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, Reform des Bauvertragsrechts und Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung – ein „update", ZRP 2016, 76 (76).
[714] Ebd.
[715] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses f. Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/11437, S. 46.
[716] *Eckhoff*, Der neue § 439 BGB: Haftung ohne Grenzen?!, online verfügbar unter http://www.cmshs-bloggt.de/commercial/der-neue-439-bgb-haftung-ohne-grenzen/ (zuletzt abgerufen am 22. 03. 2017).

Consumer und Business to Business zu unterscheiden. Soweit das Verhältnis zum Verbraucher betroffen ist, ist die Pflicht zur Ausbau- und Einbaukosten europarechtlich vorgegeben. Der Anspruch beruht auf der Interpretation des Europäischen Gerichtshof, was die Auslegung von Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Hinblick auf den Nacherfüllungsanspruch des Käufers geht.[717] 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). 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 I Nr. 8 b) cc) BGB nF 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 Ausbaukosten 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[718] 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[719]. Allerdings soll nach der Gesetzesbegründung ein pauschaler Ausschluß der Kostenpflicht auch B2B unzulässig sein.[720]

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 Tat-

---

[717] EuGH, Urteil – C-65/09 und C-87/09
[718] Urteil vom 2. April 2014 – VIII ZR 46/13
[719] Urteil vom 17. Oktober 2012 – VIII ZR 226/11
[720] BT-DRS 18/8486, S. 27.

bestandsseite; unerhebliche Mängel schlossen Gewährleistungsrechte generell aus (siehe § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.). Bagatellmängel sind nach der Schuldrechtsreform eine Fragestellung auf der Rechtsfolgenseite. Der Nacherfüllungsanspruch wird durch § 439 Abs. 3 BGB dadurch beschränkt, dass der Verkäufer die Nacherfüllung bei unverhältnismäßigen Kosten verweigern kann. Nach der Reform des Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018 sieht § 475 Abs. 4 Satz eins BGB NF einen Ausschluss der Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit vor. Umfasst sind davon sowohl die Fälle, in denen nur noch eine Nacherfüllungsort verhältnismäßig ist, als auch die Fälle, in denen jede Nacherfüllungsort 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 gemäß § 475 Abs. 4 Satz zwei BGB auf einen angemessenen Betrag beschränken. Wie die Kostenbeteiligung konkret berechnet wird, lässt der Gesetzgeber offen. Auch ist das 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 Rücktritt geschieht.

In der Nacherfüllungsphase hat der Käufer **keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Ersatzvornahme** (etwa aus § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB analog).[721] Die Ersatzvornahme ist ein Instrument des Werkvertragsrechts, das nicht unbesehen in das Kaufvertragsrecht hineingelesen werden kann. Nach § 439 Abs. 1 BGB neue Fassung hatte Käufer das Wahlrecht, ob er vom Verkäufer den Aus – und Einbau in natura verlangt oder Aufwendungsersatz nach § 439 Abs. 3 verlangt.[722]

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.[723] Eine den Anforderungen des § 323 Abs. 1 BGB genügende

---

721 *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.

722 Grunewald/Tassius/Langebach, BB 2017, 1673; anderer Ansicht Höpfner/Fallman. NJW 2017. 3745, 3748 f.

723 *BGH*, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 = BB 2005, 909.

Fristsetzung liegt dann vor, wenn der Schuldner zur Erbringung der vertraglichen Leistung innerhalb eines nach den Umständen angemessenen Zeitraums aufgefordert worden ist.

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.[724]

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 Satz 1 BGB).[725] 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.[726] 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.[727] Die Gesetzgebung hat diesen eingeführten Begriff mit der von der Rechtsprechung dazu vorgenommenen Auslegung übernommen.[728] Denkbar ist schließlich auch, demjenigen Verkäufer das Recht zur Nacherfüllung zu verweigern, der bei Kaufabschluss einen Mangel der Kaufsache arglistig verschwiegen hat.[729]

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,

---

724 *OLG Köln*, Beschl. v. 1.9.2003 – 19 U 80/03, NJOZ 2004, 556.

725 *OLG Köln*, Beschl. v. 1.9.2003 – 19 U 80/03, ZGS 2003, 392 ff. = OLGR Köln 2003, 319.

726 *AG Daun*, Urt. v. 15.1.2003 – 3 C 664/02, ZGS 2003, 440.

727 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.

728 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 233 f.

729 Vgl. zu dieser Überlegung: *Schur*, ZGS 2002, 243, 248.

wenn ein Mangel vorliegt; ohne Mangel geht die Rücktrittserklärung ins Leere. Im Falle des Rücktritts sind die vom Anwender gezogenen Nutzungen herauszugeben. Typischweise wird der Wert der Nutzungen nach § 287 ZPO geschätzt. Die Schätzung orientiert sich am Kaufpreis, der voraussichtlichen Nutzungsdauer sowie der tatsächlichen Nutzung.[730] 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 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 III 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 erwerben0. 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 II 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 Verbraucher-

---

730 *OLG Koblenz*, Urt. v. 28.2.1992 – 19 U 227/91, NJW-RR 1992, 690.

rechtsrichtlinie als Ersatz für § 312d IV Nr.2 BGB a.F. eingeführt worden . § 312g II 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 Widerrufrechts liegt dann vor, wenn der Händler im Auftrag Software auf Hardware gespielt hat, kein Siegel i.S.d. § 312g II 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 II BGB beträgt die Widerrufsfrist grundsätzlich 14 Tage nach Erhalt der Ware § 356 II Nr. 1 BGB, jedoch beginnt sie nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Artikels 246a § 1 II S.1 Nr. 1 BGB oder des Artikels 246b §2 I EGBGB unterrichtet hat i.S.v. § 356 III 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*[731] hat hierzu entschieden, dass das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht dem Verbraucher die Möglichkeit geben soll, nach Erhalt des Erzeugnisses und dessen Überprüfung vom Vertrag zurücktreten zu können. Es dient als Korrektiv für unüberlegte Bestellungen, zu denen der Verbraucher mittels entsprechender Werbe- und Marketingmaßnahmen verleitet wurde. Der Verbraucher im Fernabsatz soll einem Käufer, der die Ware vor Vertragsabschluss begutachten und überprüfen kann, im Ergebnis gleichgestellt werden. Nur der Widerruf ermöglicht dem Verbraucher, die Vorteile des Distanzvertriebs zu nutzen und sich dennoch in einer vergleichbaren Position zu sehen wie jemand, der den Vertragsgegenstand vor Vertragsschluss intensiv

---

[731] *OGH*, Urt. v. 27.9.2005 – 1 Ob 110/05s, VuR 2006, 242.

untersuchen kann.[732] 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 VII BGB geregelt. Dafür muss der Wertverlust gem. § 357 VII Nr.1 BGB zunächst auf einem zur Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise der Waren nicht notwendigen Umgang mit ihnen zurückzuführen sein[733]. Der Verbraucher ist jedoch grundsätzlich dazu berechtigt, die Sache in Gebrauch zu nehmen[734]. 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 Abnützung und Wertminderung unterliegenden Kaufgegenstand während der Rücktrittsfrist nicht nur begutachtet, sondern dermaßen extensiv in Gebrauch genommen (hier 43 Stunden), dass der Unternehmer den Kaufgegenstand nur mehr zu einem erheblich niedrigeren Kaufpreis „gebraucht" weiterveräußern konnte, steht der Auferlegung eines angemessenen Nutzungsentgelts einschließlich einer Entschädigung für eine durch die Nutzung entstandene Minderung des gemeinen Werts nichts im Wege. Es ist dem freien Willen des Verbrauchers überlassen, ob und aus welchen Gründen er von einem bei einem Fernabsatzgeschäft bestehenden Widerrufsrecht Gebrauch macht.[735] 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 Satz 1, 437 Nr. 3 BGB ist der Käufer so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn der Verkäufer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Insofern zählen die nutzlos gewordenen Aufwendungen nicht zu diesem Schadensersatz, da diese auch dann angefallen wären, wenn das Kaufobjekt mangelfrei gewesen wäre. Das *LG Bonn*[736] 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 Kompen-

---

732 So schon vor der Verbraucherrechtsrichtlinie *OGH*, Urt. V. 27.9.2005 – 1 Ob 110/05s, VuR 2006, 242.
733 *Fritsche*, in MüKoBGB BGB, 7. Aufl. 2016, § 357 Rn. 28.
734 *Föhlisch* NJW 2011, 30 (31); man beachte aber trotzdem, dass ein Brechen des Siegels bei Softwarekäufen zu einem Ausschluss des Widerrufrechts führt, siehe Ausführungen oben.
735 *BGH*, Urt. v. 16.3.2016 – VII ZR 146/15, MMR 2016, 523.
736 *LG Bonn*, Urt. v. 30.10.2003 – 10 O 27/03, NJW 2004, 74 = ZGS 2003, 477.

sation. § 284 BGB sperre insofern den Rückgriff auf § 281 Abs. 1 Satz 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 Satz 2 BGB wird **das Verschulden vermutet**. Ohnehin ist bei Gattungsschulden wegen der damit verbundenen Übernahme des Mängelrisikos auf das Verschulden als Prüfungsvoraussetzung zu verzichten.[737]

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 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.[738]

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 bil-

---

737 So *Canaris*, DB 2001, 1815; *v. Westphalen*, ZGS 2002, 154 ff.

738 Vgl. allgemein *BGH*, Urt. v. 25.10.1961 – V ZR 30/60, BGHZ 36, 50; *Ellenberger*, in: Palandt, 76. Aufl. 2017, § 93 Rn. 3.

den Computerprogramme und Hardware in der heutigen Zeit keine untrennbare Einheit mehr. Kauft jemand einen PC nebst Software, liegt darin regelmäßig keine einheitliche Kaufsache.[739] 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.[740]

bb) Gesamtrücktritt und Teilleistungen

Die frühere Regelung zur Gesamtwandelung[741] ist mit der Schuldrechtsmodernisierung entfallen. An ihre Stelle ist jedoch **nicht § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB** getreten.[742] Hiernach kann der Gläubiger bei Teilleistungen vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Diese Regelung gilt nur dann, wenn der Schuldner Teilleistungen nicht vollständig erbracht hat; bei der hier zu prüfenden Konstellation hat der Verkäufer aber Hard- und Software geliefert. Der Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsreform stattdessen gewollt, dass der Gläubiger bei einer nur teilweise schlechten Leistung **vom gesamten Vertrag zurücktreten** kann.[743] Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 Satz 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 Satz 1 BGB und die **Unerheblichkeit** nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB zu erörtern. Diese Frage lässt sich nur dann klären, wenn man die **Nachteile für den Gläubiger** betrachtet. Damit sind beide Elemente des § 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.[744] Das BGB geht in seiner jetzigen Fassung hingegen vom **Grundsatz des Gesamtrücktritts** aus.[745]

---

739 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 21.1.2000 – 22 U 122/99, CR 2000, 350 = NJW-RR 2000, 1223.
740 Vgl. *BGH*, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, CR 1988, 129.
741 § 469 BGB a.F. BGB.
742 So schon zu Recht *Koch*, CR 2001, 569, 572 f.
743 Siehe auch BT-Drs. 14/6040, 187.
744 Siehe *OLG Köln*, Urt. v. 29.10.1999 – 19 U 94/99, CR 2000, 354 = ZUM-RD 2000, 488.
745 *Koch*, CR 2001, 569, 572 f.

(1) Vertrag über Teilleistungen

Die Regelung setzt einen **einzelnen Vertrag über mehrere Teilleistungen** voraus. Ob ein solcher Vertrag vorliegt, kann m.E. unter Berücksichtigung von § 469 Satz 2 BGB a.F. geklärt werden. Denn schon nach dem alten BGB kam es entscheidend darauf an, dass Hardware und Software „**als zusammengehörend verkauft**" worden sind. Eine solche Zusammengehörigkeit liegt vor, „wenn die Parteien den Kauf nur in der durch den gemeinschaftlichen Zweck der Sachen hergestellten Verbindung abschließen wollen, sodass die Sachen dazu bestimmt erscheinen, zusammenzubleiben".[746] 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.[747] Der Umstand, dass eine einheitliche Vertragsurkunde vorliegt, spricht für die Vermutung der Einheitlichkeit.[748]

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 für getrennte Verträge dar[749], 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.[750] Es komme darauf an, ob die verschiedenen Vereinbarungen rechtlich miteinander „stehen und fallen" sollen[751], 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.[752] Das *OLG München* hat dies für den Fall bejaht, dass Hard- und Software zur Bewältigung bestimmter Aufgaben eingesetzt werden.[753] Für die Vertragseinheit soll auch sprechen, dass die Software nach den AGB nur auf der erworbenen Hardware laufen

---

746 *OLG München*, Urt. v. 20.9.1985 – 21 U 4523/84, CR 1987, 506.

747 *BGH*, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 = DB 1988, 105 = BB 1988, 20.

748 *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.

749 *OLG Köln*, Urt. v. 29.1.1981, zit. n. *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, Band 1, München 1983, K/M-11.

750 *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.

751 So der *BGH*, Urt. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004.

752 *BGH*, Urt. v. 20.3.2011 – VIII ZR 99/10, BeckRS 2011, 09200.

753 *OLG München*, Urt. v. 15.2.1989 – 27 U 386/88, CR 1990, 646.

darf.[754] § 469 Satz 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.[755]

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".[756] Am sinnvollsten ist hier eine **ausdrückliche Verknüpfung der Hard- und Softwareverträge**, da ansonsten die Zusammengehörigkeit nur schwer nachgewiesen werden kann.[757] Zum Teil wird es auch für ausreichend erachtet, dass die Parteien bei den Verkaufsgesprächen vom Kauf einer einheitlichen Computeranlage ausgegangen sind.[758] Der *BGH* betont in diesem Zusammenhang, dass es dem Erwerber erkennbar gerade auf einheitliche Lieferung bzw. Herstellung der Hard- und Software ankommen müsse; Hard- und Software müssten aus seiner Sicht als eine „Gesamtlösung seiner Probleme" erscheinen.[759] Die bloße Tatsache, dass Soft- und Hardwarevertrag zeitgleich abgeschlossen worden sind, reicht jedoch nicht aus.[760] 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.[761]

(2) Interessenwegfall

Weiterhin setzt § 323 Abs. 5 BGB voraus, dass der Gläubiger **an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse** hat. Auch hier lässt sich die Rechtsprechung zu § 469 Satz 2

---

754 *OLG München*, Urt. v. 15.2.1989 – 27 U 386/88, CR 1990, 646; Wirksamkeit der Klausel allerdings streitig.
755 *OLG Köln*, Urt. v. 26.10.1990 – 19 U 28/90, CR 1991, 154, 156.
756 *BGH*, Urt. v. 29.3.1984 – III ZR 24/83, BGHZ 91, 9, 11.
757 *OLG Frankfurt*, 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.
758 *OLG Stuttgart*, Urt. v. 29.10.1986 – 3 U 88/86, CR 1988, 296.
759 *BGH*, Urt. v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3012.
760 *OLG München*, Urt. v. 30.9.1987 – 7 U 2373/87, CR 1988, 130.
761 *OLG Köln*, Urt. v. 24.10.2000 – X ZR 72/98, CR 2001, 224 = ITRB 2001, 129.

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.[762] Zum Teil wird auf § 139 BGB abgestellt.[763] Nach Auffassung des *BGH*[764] 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".[765] Entscheidend ist, ob der Gläubiger kein Interesse mehr daran hat, die schon empfangene Teilleistung für eine entsprechend geminderte Gegenleistung zu erhalten, etwa weil seine konkreten Zwecke mit der Teilleistung auch nicht partiell verwirklicht werden können oder sich die fehlenden Teile nur mit erheblichem Aufwand beschaffen lassen. Das Interesse des Gläubigers muss durch die Teilung über die Entbehrung des vorenthaltenen Teils hinaus unverhältnismäßig beeinträchtigt sein.[766] 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.[767] Der Wegfall des Interesses ist beim Kauf eines handelsüblichen Computers und der Überlassung von Standardsoftware nicht zu bejahen.[768] 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.[769]

Für die Beurteilung der Unerheblichkeit einer Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB verlangen Literatur[770] und Rechtsprechung[771] 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

---

762 Vgl. *Jersch*, Jura 1988, 580, 584; *Ruppelt*, Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990, S. 99 f.; *Zahrnt*, BB 1984, 1007 ff.; *Zahrnt*, IuR 1986, 59 ff.; *Zahrnt*, BB 1988, 1687 ff.

763 *OLG Köln*, Beschl. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12, CR 2014, 367.

764 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.

765 *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; *Mehrings*, NJW 1988, 2438, 2441.

766 *OLG Köln*, Beschl. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12, CR 2014, 367.

767 Vgl. *Ruppelt*, Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990, S. 100.

768 *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.

769 *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.

770 *Ernst*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 245; *Grüneberg*, in: Palandt, 76. Aufl. 2017, § 323 Rn. 32.

771 *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.

deutlich höher liegen müsse als die des § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.[772] Begründet wurde dies überwiegend damit, dass die Schwelle des § 323 Abs. 5 BGB nunmehr lediglich das Recht zum Rücktritt ausschließe. Der *BGH*[773] 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 Satz 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 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 Satz 1 BGB). Ist die Nacherfüllung unmöglich, ist eine Nachfristsetzung nicht notwendig; der Anspruch auf Schadensersatz leitet sich dann unmittelbar aus § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280, 283 oder § 311a BGB ab.[774] 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.[775]

Eine Haftung kommt allerdings nur in Betracht, wenn der Käufer dem Verkäufer Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Hinblick auf den Mangel nachweisen kann (§§ 280 Abs. 1 Satz 2, 276 BGB). Eine strengere Haftung kann sich allenfalls aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses,

---

772 *Ernst*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 247.

773 *BGH*, Urt. v. 28. 5. 2014 VIII ZR 94/13, WM 2014, 1874 = NJW 2014, 3229.

774 *BGH*, Beschl. v. 13.4.2005 - IV ZR 62/04, NJW-RR 2005, 1051; siehe dazu auch *Lorenz*, NJW 2002, 2497, 2500 ff.

775 Arg. ex §§ 437 Nr. 3 i.V.m. 281 Abs. 1 BGB.

insbesondere aus der Übernahme einer Garantie, ergeben. Zeitlich kommt es regelmäßig auf die Erkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe an.[776]

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 Satz 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 in § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB geregelt. Der Verkäufer muss demnach auch vor Vertragsschluss **Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des potentiellen Käufers** nehmen. Insbesondere treffen ihn damit Aufklärungspflichten in Bezug auf die Kaufsache. Erfüllt der Verkäufer gegenüber dem Besteller diese Pflichten schuldhaft nicht, so muss er für eintretende Schäden haften. Dieser Haftungstatbestand hilft nun gerade in vielen Gewährleistungsprozessen, falls ein Mangel nicht oder nur schwer nachweisbar ist. Allerdings treffen den Verkäufer im Fachhandel nur **Aufklärungspflichten** in Bezug auf die Eigenschaften, die er kennt oder kennen muss. Der Käufer kann deshalb grundsätzlich keine Aufklärung über ganz entfernt liegende Risiken erwarten, die allenfalls dem Hersteller der Ware 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

---

776 *BGH*, Beschl. v. 13.4.2005 - IV ZR 62/04, NJW-RR 2005, 1051.

Verwendung hat oder haben muss.[777] Der IT-Händler hat jedenfalls eine Pflicht zur Ermittlung der Wünsche und Erwartungen des Kunden; jede Unklarheit geht zu Lasten des Lieferanten.[778] Den Händler trifft auch die Pflicht zum Hinweis auf Restriktionen für die Anwendung (hier: ungeeignete Hardware des Anwenders).[779] Zudem sind Hinweise auf mögliche Kapazitätsprobleme geschuldet.[780] Auch Pflichtenhefte sind Teil der Hinweispflicht – einschließlich des Angebots der Erstellung des Pflichtenheftes.[781]

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,[782] Anspruch auf Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen geltend machen oder die Software behalten und den (ihm entgangenen) günstigeren Preis verlangen.[783]

Dieser **Anspruch verjährt** ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis innerhalb von drei Jahren (§ 199 Abs. 1 BGB). Fehlt es an der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis, kommt es zur zehnjährigen 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*[784] ein solcher Auskunftsvertrag stillschweigend abgeschlossen, wenn eine Auskunft des Lieferanten **erkennbar von erheblicher Bedeutung**

---

777 *BGH*, Urt. v. 16.6.2004 VIII ZR 303/03 , NJW 2004, 2301 = WM 2004, 1489.
778 *LG Arnsberg*, DV-Rechtsprechung Bd. 2, 99.
779 *OLG Celle*, Urt. v. 26.2.1986 – 6 U 154/84, CR 1988, 305.
780 *LG Köln*, Urt. v. 19.2.1986 – 23 O 450/83, CR 1987, 508.
781 *OLG Stuttgart*, Urt. v. 18.10. 1988 – 6 U 64/88, CR 1989, 600.
782 Vgl. *BGH*, Urt. v. 16.1.1985 – VIII ZR 317/83, NJW 1985, 1771 = WM 1985, 463.
783 *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.
784 *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.

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.[785]

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 Satz 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 ist[786] oder die Ursache für den eingetretenen Schaden, vor dem er seinen Vertragspartner zu bewahren hat, in seinen Herrschafts- und Verantwortungsbereich fällt.[787]

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.[788]

4. Haftung nach ProdHaftG

In Betracht kommt ferner eine Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG).[789] 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.[790] Auf jeden Fall ist die Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes jedoch für **Standardsoft-**

---

785 *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2013, § 631 BGB Rn. 59.

786 *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.

787 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.

788 *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.

789 Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte v. 15.12.1989, BGBl. I, 2198, zuletzt geändert durch Gesetz vom 31.8.2015(BGBl. I S. 1474) m.W.v. 8.9.2015.

790 Vgl. auch *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rn. 830.

ware zu bejahen, da diese eine bewegliche Sache i.S.d. § 90 BGB ist. Dieser Standpunkt entspricht sowohl der nationalen „opinio communis“[791] als auch dem Stand der internationalen Produkthaftungsdiskussion.[792]

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.[793] 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.“[794] 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,[795] und bezieht sich immer wieder auf „Warenhersteller“ und „Verbraucher“.[796] Ein „Inverkehrbringen“ liegt nach der Begründung nur dann vor, wenn ein Produkt „in die Verteilungskette gegeben wurde“.[797] 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.

---

791 Vgl. *Bartl*, Produkthaftung nach dem neuen EG-Recht ProdHaftG, Landsberg 1989, 142; *Taschner*, Produkthaftung, München 1986, 84; *Junker* (Fn. 27), Computerrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 478 ff.; *Hoeren*, , RdV 1988, 115, 119; *Hoeren*, Softwarehaftung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, in: Handbuch der modernen Datenverarbeitung, Heft 146/1989, 22, 30 f.; *Junker*, WM 1988, 1217 ff., 1249 ff.

792 So etwa *Stuurman*, Product liability for software in Europe. A discussion of the EC-directive of 25 July 1985, in: Vandenberghe (Hrsg.), Advanced Topics of Law and Information Technology, Deventer 1989, 110, 112 ff.; *Whittaker*, European Product Liability and Intellectual Products, in: LQR 105 (1989), 125, 138 ff.; *Bown*, Liability for Defective Software in the United Kingdom, in: Software Protection 1/1986, 1, 12; *Reed*, Product Liability for Software, in: Computer Law & Practice 4 (1988), 149 ff.; ähnlich für den Bereich des UCC Aubrey´s R.V. Ctr., Inc. v. Tandy Corp., 46 Wn. App. 595, 600, 731 P.2d 1124 (1987) (accepting agreement of parties that U.C.C. Article 2 applied to transaction involving defective software); mAdvent Sys. Ltd. v. Unisys Corp., 925 F.2d 670, 675–76 (3d Cir. 1991) (holding that computer software falls within definition of a ’good’ under U.C.C. Article 2).

793 So die Argumentation von *Junker*, Computerrecht, 3. Aufl. 2003 Rn. 480.

794 Begründung zum Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, zit. n. PHI Sonderdruck/87, 106.

795 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.“

796 Vgl. Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 94, 101 u.a.

797 Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 102 mit Verweis auf Art. 2d des Europäischen Übereinkommens v. 27.1.1977 über die Produkthaftung und Tötung.

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 Satz 2 ProdHaftG). Diese Regelung führt dazu, dass das Produkthaftungsgesetz im Softwarebereich kaum angewandt wird. Hinsichtlich denkbarer medizinischer Schäden spielt das Gesetz nur bei Navigationssoftware (z.B. Flugsteuerung) und im Bereich der medizinischen Datenverarbeitung eine Rolle. Die Beschädigung anderer, privat genutzter Sachen kommt nur dann in Betracht, wenn z.B. softwarebedingt der Rechner des Nutzers explodiert. Für Schäden an gewerblich genutzten Gegenständen 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.

5. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Bei § 823 Abs. 1 BGB kommt es entscheidend darauf an, dass Leib, Leben, Gesundheit, Eigentum oder ein sonstiges absolutes Rechtsgut verletzt wird. Hersteller und Händler treffen Produktbeobachtungspflichten, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB auslöst. Dies betrifft vor allem **medizinische Software**, deren Einsatz unter Umständen zu Gesundheitsschäden führen kann. Fraglich ist, ob daneben **auch Datenverlust als Eigentumsverletzung** über § 823 Abs. 1 BGB geahndet werden kann. Teilweise wird in der Litera-

tur das Recht an Datenbeständen und sonstigen Informationssammlungen unmittelbar unter den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB gestellt.[798] Der *BGH* sieht bei vertraglichen Beziehungen den Datenbestand eines Computerbenutzers als ein selbständiges vermögenswertes Gut, das schadensrechtlich als Schädigungsobjekt beachtlich und schützenswert ist.[799] 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.[800] 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.[801]

Wichtig ist im Falle eines **Datenverlustes auch § 254 BGB**. Datensicherung ist eine allgemein bekannte Selbstverständlichkeit.[802] Angesichts der mannigfachen Gefahren eines Datenverlustes und der daraus regelmäßig folgenden schweren wirtschaftlichen Schäden für den EDV-Anwender gilt die Datensicherung als unverzichtbar.[803] So hatte das *OLG Hamm*[804] 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 selbstverständlich vorausgesetzt werden.[805] Zusätzliche Überprüfungspflichten bestehen jedoch dann, wenn ernsthafte Zweifel vorliegen, dass eine Datensicherung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist oder das Sicherungssystem nicht funktioniert.[806]

---

798 Vgl. hierzu auch *Meier/Wehlau*, Die zivilrechtliche Haftung für Datenlöschung, Datenverlust und Datenzerstörung, NJW 1998, 1585, 1588 f.

799 *BGH*, Urt. v. 2. 7.1996 – X ZR 64/94, MDR 1997, 26 = CR 1996, 663; vgl. auch *Wicker*, MMR 2014, 715, 716f.

800 *LG Konstanz*, Urt. v. 10. 5.1996 1 S 292/95, NJW 1996, 2662 = CR 1997, 84.

801 *Littbarski*, VersR 2005, 448, 457; *Zscherpe/Lutz*, K&R 2005, 499.

802 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.

803 Vgl. *Becker*, NJW-CoR 1992, 17.

804 *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.

805 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.

806 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.

In welchem Umfang eine solche **Beobachtungspflicht des Händlers** besteht, ist unklar. Der *BGH*[807] 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.

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.[808]

AGB müssen zunächst wirksam in einen Vertrag einbezogen werden. Dazu ist gem. § 305Abs. 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 AGB – Verwender 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 gege-

---

807 *BGH*, Urt. v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517 = CR 1994, 205.

808 Dazu auch eingehend *von Westphalen*, in: Schneider/von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014, Kap. K Rn. 13 ff.

ben.[809] 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 Satz 1 BGB) und die Zwangsversteigerung gebrauchter Sachen (§ 474 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hinzu kommen abseits des Kaufrechts insbesondere die Bereiche des Werkvertragsrechts, voran das Recht der Bauleistungen; bei letzterem gelten allerdings die Bestimmungen der §§ 309 Nr. 8b 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).

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.[810] Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmungen nicht klar und verständlich sind (§ 307 Abs. 1 Satz 2

---

809 *OGH*, Urt. v. 1.7.2013 - 4A_86/2013.

810 *OLG Köln*, Urt. v. 26.2.2016 - 6 U 90/15, MMR 2016, 387.

BGB). Nach § 310 Abs. 1 Satz 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.[811] 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.[812] Die Angaben des Verkäufers über das Vorliegen eines Gewerbes auf seiner Seite sind irrelevant.[813] Für C2C-Geschäfte gilt § 475 BGB nicht.[814]

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 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 Gebrauchtwaren handelt. Gleiches gilt

---

811 Siehe dazu die Bedenken von *Westermann*, JZ 2001, 530, 535 f.
812 *BGH*, Urt. v. 22.12.2004 – VIII ZR 91/04, NJW 2005, 1045 = MDR 2005, 503.
813 *LG Trier*, Urt. v. 8.6.2004 – 1 S 87/03.
814 So für den Privatverkauf von „Bastlerautos“ *OLG Oldenburg*, Urt. v. 3.7.2003 – 9 W 30/03, ZGS 2004, 75.

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.[815] 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"[816] 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.

Das Verbot, die Haftung für Mängel voll auszuschließen, **gilt auch im Verhältnis B2B**.[817] Zwischen Kaufleuten ist eine Klausel wie „Wir übernehmen keine Gewähr für Sonderangebote und Abholwaren" auch unwirksam.[818] 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 ver-

---

815 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.

816 *BGH*, Urt. v. 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060.

817 *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.

818 Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 231/90, ZIP 1991, 1362.

knüpften 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 der EU-Richtlinie 1999/44/EG haben, keine Leitbildfunktion für die Bereiche B2B sowie C2C.[819] 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."[820]
- „Der Käufer bestätigt bei der Anlieferung, dass die gelieferte Ware bei Übergabe in einwandfreiem Zustand ist".[821]

Zulässig ist eine Regelung, wonach sich die Gewährleistung nicht auf Fehler erstreckt, die auf ein Bedienungsversagen des Kunden zurückzuführen sind.[822] 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**."[823] Der Käufer muss wissen, dass der Verkäufer subsidiär weiter haftet.[824] 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.").[825]

---

819 *Westermann*, JZ 2001, 535.

820 Diese Klausel ist auch gegenüber Kaufleuten unwirksam; vgl. *BGH*, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 231/90, ZIP 1991, 1362.

821 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.

822 *Bartl*, CR 1985, 13, 20.

823 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).

824 *BGH*, Urt. v. 10.7.1980 – VII ZR 139/79, NJW 1980, 2800 = MDR 1980, 1014.

825 *BGH*, Urt. v. 10.7.1980 – VII ZR 139/79, NJW 1980, 2800 = MDR 1980, 1014.

Schwierig ist die Frage, ob beim Verbrauchsgüterkauf zu Lasten eines Verbrauchers ein solcher Gewährleistungsausschluss auch **bei Individualvereinbarungen** zulässig wäre. § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB verbietet eine Abweichung von § 437 BGB zum Nachteil des Verbrauchers. Nach § 437 BGB hat der Käufer das Recht, Erfüllung, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz zu verlangen. Diese Beschränkung von § 437 Nr. 1 und 2 BGB rechtfertigt die Annahme, dass eine entsprechende Vereinbarung gegen § 475 Abs. 1 BGB verstößt.

§ 475 Abs. 1 Satz 1 BGB ordnet somit die zwingende Anwendbarkeit der genannten Vorschriften an. Nach § 475 Abs. 1 Satz 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 Satz 1 BGB dar. Durch eine derartige Klausel wird die Sache so, wie sie der Käufer zu Gesicht bekommt, als mängelfrei deklariert. Etwa auftretende Defizite kann der Käufer daher nicht im Rahmen der ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche geltend machen; sie fallen durch die Vereinbarung nicht in den Definitionsbereich des Mangels.

Da es sich somit um eine mittelbare Außerkraftsetzung der dem Verbraucher gewährten Gewährleistungsrechte handelt, ist davon auszugehen, dass auch solche Formeln zukünftig gem. § 475 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sind.

Unwirksam ist im Übrigen die genannte Klausel „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,[826] 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.

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.[827]

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 AGBG ist der Verweis auf die „Minderung" im nichtkaufmännischen Verkehr unwirksam, da das Gesetz nunmehr den Begriff selbst als terminus technicus verwendet.

---

826 *Däubler*, NJW 2001, 3729, 3732.
827 Vgl. auch BR-Drs. 338/01, 363.

Zulässig dürfte eine Formulierung sein, die der *BGH* in einer früheren Entscheidung einmal gebilligt hat:[828] „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,[829] teils wurde jedoch auch die Einführung einer Duldungspflicht des Kunden für drei Nachbesserungsversuche für zulässig erachtet.[830] Im Ergebnis wird man die Frage, wie viele Nacherfüllungsversuche der Kunde gestatten muss, von der Art des Mangels und einer Abwägung der beiderseitigen Interessen abhängig machen müssen. Im Rahmen des Kaufrechts ist jetzt auf § 440 Satz 2 BGB abzustellen, der ein Fehlschlagen der Nachbesserung nach zwei Versuchen annimmt.

§ 439 Abs. 4 BGB sieht ferner die Möglichkeit vor, dass der Verkäufer vom Käufer **Rückgewähr der mangelhaften Sache** bei Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. Eine solche Rückgewährspflicht wird man auch AGB-rechtlich verankern können. Ferner kann die Nacherfüllung davon abhängig gemacht werden, dass der Kaufpreis zu einem angemessenen Teil bezahlt ist, bei dessen Festlegung gem. § 309 Nr. 8b dd) BGB die Tatsache der Mangelhaftigkeit zu berücksichtigen ist. Der Definition der Angemessenheit sind insoweit enge Grenzen gesetzt.[831] 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.[832] 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 BGB[833] 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 Ver-

---

828 *BGH*, Urt. v. 21.2.1990 – VIII ZR 216/89, NJW-RR 1990, 886 = MDR 1990, 814.

829 *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.

830 *AG Offenburg*, Urt. v. 1.3.1996 – 3 C 546/95, CR 1997, 86.

831 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.

832 *Grüneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 309 Rn. 75.

833 Gleiches gilt für § 639 BGB im Werkvertragsrecht.

schulden 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 Garantiehaftung formularmäßig auszubedingen, wenn und soweit eine derartige Einstandspflicht nicht Ergebnis eines Individualvertrags, sondern nur eine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 BGB bzw. § 634 BGB ist.[834]
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.[835] Eine Beschränkung z.B. auf das Minderungsrecht ist auch zwischen Unternehmen AGB-mäßig unzulässig.[836]
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 Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Auch hierzu regelt das Gesetz Fragen der vertraglichen Dispositivität. Nach § 478 Abs. 4 BGB kann eine Vereinbarung zum Nachteil des Unternehmers nicht erfolgen, wenn dem Rückgriffsgläubiger kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird. Diese Regelung soll jedoch nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz gelten (§ 478 Abs. 4 Satz 2 BGB). Ein gleichwertiger Ausgleich kann etwa im Rahmen von pauschalisierten Abrechnungssystemen eingeführt werden.[837]
Diese Beschränkung macht die Klausel **auch für Verbrauchsgüterkaufvereinbarungen gegenüber Verbrauchern unwirksam**, da insofern eine Einschränkung des § 439 BGB vorliegt, die nach § 475 BGB nicht zum Nachteil des Verbrauchers vereinbart werden kann. Dies gilt jedoch nur, wie die systematische Stellung dieser Regelung belegt, für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, d.h. für Kaufverträge über bewegliche Sachen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer, § 474 Abs. 1 BGB. Nach § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB haben die Vorschriften über die Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln zwingenden Cha-

---

834 *v. Westphalen*, NJW 2002, 12, 18.
835 *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.
836 *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.
837 BT Drs. 14/6040, S. 249.

rakter, 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.[838] Man kann insofern einen Umkehrschluss aus § 441 Abs. 1 Satz 2 BGB ziehen. Nach § 323 BGB kommt ein Rücktritt vom Vertrag nur in Betracht, wenn dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt worden ist. Eine Fristsetzung ist in bestimmten Fällen entbehrlich (§ 323 Abs. 2 BGB), wobei hierzu auch die Konstellation zählt, dass die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist (§ 440 Satz 1 BGB). Insofern geht auch das gesetzliche Modell davon aus, dass grundsätzlich vor dem Rücktritt erst eine Nacherfüllungsphase einzuhalten ist und u.a. beim Fehlschlagen der Nacherfüllung der Wechsel zum Rücktritt erfolgen kann. Allerdings ist der Rücktritt nicht erst beim Fehlschlagen der Nacherfüllung möglich; vielmehr nennen §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 BGB und § 440 Satz 2 BGB eine Reihe von Gründen, bei denen eine Fristsetzung entbehrlich ist. Eine AGB-mäßige Beschränkung von Rücktritt und Minderung auf das Fehlschlagen der Nachbesserung würde damit §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 und § 440 Satz 2 BGB konterkarieren und wäre damit ein Verstoß gegen § 475 Abs. 1 BGB.

3. Kosten der Nacherfüllung

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.[839] Gleiches gilt für die Formulierung: „Der Transport der Ware

---

838 S. *Dauner-Lieb* u.a., Fälle zum neuen Schuldrecht, Heidelberg 2002, 143.
839 *BGH*, Urt. v. 10.12.1980 – VIII ZR 295/79 NJW 1981, 867.

zum Zwecke der Reparatur erfolgt auf Kosten und Gefahr des Kunden."[840] 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.[841] 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 *Amtsgericht Menden* hat 2004 in einem Fall, in dem jemand eine Couchgarnitur in einem Möbelabholmarkt gekauft hat, die Auffassung vertreten, dass nicht der ursprüngliche Erfüllungsort, sondern der momentane Gelegenheitsort der Kaufsache relevant sei.[842] 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 Erfüllungsorte 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 Parteinvereinbarung, 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

---

840 *LG München*, EzAGBG § 11 Nr. 10c Nr. 3; ähnlich *OLG München*, Urt. v. 6.3.1986 – 29 U 3950/85, NJW-RR 1986, 604.

841 *OLG Köln*, Urt. v. 9.1.1987 – 6 U 89/86, NJW-RR 1987, 1192.

842 *AG Menden*, Urt. v. 3.3.2004 – 4 C 26/03, NJW 2004, 2171.

Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung“ (§269 Abs.2 BGB) hatte.[843] 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 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.[844]

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

---

843 *BGH*, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, WM 2011, 1616 = JuS 2011, 748 m. Anm. *Faust*.

844 *Weidenkaff*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 439 Rn. 3.

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."[845]
- „Versteckte Mängel sind unverzüglich nach Sichtbarwerden schriftlich zu rügen".[846]
- „Alle Mängel sind binnen drei Monaten anzuzeigen."
- „Mängel müssen unverzüglich bei Ablieferung gerügt werden. Ansonsten ist jegliche Gewährleistung und Haftung für solche Mängel ausgeschlossen."[847]

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."[848]
- „Erkennbare Mängel sind schriftlich binnen vierzehn Tagen geltend zu machen."[849]

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."[850]
- „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.[851] Zulässig ist demgegenüber eine Klausel des Wortlauts: „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen ab Übergabe der Ware schriftlich zu rügen."

---

845 *OLG Stuttgart*, Urt. v. 20.7.1979 – 2 U 53/79, BB 1979, 1468.
846 *BGH*, Urt. v. 6.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855.
847 *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.
848 *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.
849 *LG München I*, EzAGBG § 11 Nr. 10e Nr. 9.
850 *LG Köln*, Urt. v. 19.6.1985 – 26 O 409/84, NJW 1986, 67, 69.
851 *OLG München*, Urt. v. 15.1.1987 – 29 U 4348/86, NJW-RR 1987, 661, 664.

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.[852]

Beim **Verbrauchsgüterkauf** kommt eine Einführung von Rügepflichten nicht in Betracht. § 437 BGB sieht Rechte des Käufers ohne Rücksicht auf die Einhaltung von Rügepflichten vor. § 475 Abs. 1 BGB verbietet die Abweichung von diesem gesetzlichen Modell zu Lasten des Verbrauchers. Diese harte Regelung wird durch § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB ein wenig abgemildert. Hiernach kann der Käufer bei grob fahrlässiger Unkenntnis eines Mangels Gewährleistungsrechte nicht geltend machen (es sei denn, es liegt ein Fall der Arglist oder einer Garantie vor). Insofern unterliegt der Käufer schon kraft Gesetzes bestimmten Prüfungspflichten, sofern ihm schon beim Vertragsschluss Mängel offensichtlicher Art bekannt sein müssten. Wenn Produkte Fehler aufweisen, steht dem Verbraucher unter anderem ein Umtauschrecht zu. Eine Klausel in AGB, wonach die Ware innerhalb einer Woche nach Empfang zu-

---

852 *BGH*, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016.

rück gesandt werden muss, ist nach einer Entscheidung des Kammergerichts nichtig.[853] 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.[854] 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*[855] 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. [856] 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 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.[857]

---

853 *KG Berlin*, Beschl. v. 4.2.2005 – 5 W 13/05, CR 2005, 255 = MMR 2005, 466 = MDR 2005, 677.
854 *LG Hamburg*, Urt. v. 5.9.2003 – 324 O 224/03, MMR 2004, 190 = CR 2004, 136 = VuR 2004, 27.
855 *LG Waldshut*, Urt. v. 11.6.2003 – 6 U 210/02, WRP 2003, 1148 = http://www.jurpc.de/rechtspr/20030255.htm (letzter Abruf: 22.10.2015).
856 *LG Memmingen*, Urt. v. 10.12.2003 – 1 HO 2319/03, K&R 2004, 359 = ITRB 2004, 198.
857 *BGH*, Urt. v. 19.3.2003 – VIII ZR 295/01, NJW 2003, 1665 = CR 2003, 480 = MMR 2003, 463.

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.[858]

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 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)

---

858 *Peintinger*, MMR 2016, 3.

- 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.[859] Im Übrigen sieht der *BGH* auch bei B2B-Verträgen ein Transparenzproblem darin, ohne nähere Erläuterung den Begriff der Kardinalpflichten in den AGB zu verwenden.[860] 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 ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf." Noch ungeklärt ist, ob durch die Verwendung dieser neuen Formel eine Haftungsbegrenzungsklausel „gerettet" werden kann.

Eine selbstständige Garantieverpflichtung 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 erge-

---

859 Vgl. § 305b BGB.

860 *BGH*, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 = MDR 2006, 14 = ZIP 2005, 1785 = WM 2005, 2002.

bende Garantieverpflichtung kann durch nachfolgende, nicht ausgehandelte Garantieverträge nicht einschränkend beeinträchtigt werden.[861]

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 hergeleitet[862] 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 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.[863] Einzig aus dem Wortlaut der Nr. 1a des Anhangs zur RL 93/13/EWG ließe sich ein Auslegungsargument für die Einbeziehung einer verschuldensun-

---

861 *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 8.7.2009 – 4 U 85/08, BB 2009, 2225.

862 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.

863 Vgl. BR-Drs. 338/01, 358.

abhängigen 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,[864] 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.[865] Die Einbeziehung von Schadensersatzansprüchen aus Mängeln beim Kauf ist daher folgerichtig und nach der Neukonzeption des Kaufrechts zwingend.

Indem § 309 Nr. 7 BGB lediglich auf den Tatbestand der Pflichtverletzung Bezug nimmt, ist eine Haftungsbegrenzung für Schäden aus unerlaubter Handlung nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB werden im Bereich vorformulierter Verträge regelmäßig mit vertraglichen Ansprüchen aus Pflichtverletzung konkurrieren. Da die Haftung aus unerlaubter Handlung hinsichtlich derselben Pflichtverletzung nicht hinter der vertraglichen zurückbleiben kann, ergibt sich aus zumindest analoger Anwendung[866] des § 309 Nr. 7 BGB, dass auch die Haftung für grob schuldhaft begangene unerlaubte Handlungen, sofern sie insoweit ausgeschlossen sein soll,[867] in AGB nicht wirksam ausgeschlossen werden kann.[868] Die

---

[864] 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.

[866] So noch in der 73. Auflage *Heinrichs*, in: Palandt, 73. Aufl. 2014, § 309 Rn. 41.

[867] 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.

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:[869]

- „Jede Haftung für Mängel wird ausgeschlossen."
- „Für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers wird nicht gehaftet."[870]
- „Wir haften nicht für Mangelfolgeschäden, Datenverlust und entgangenen Gewinn".[871]
- „Wir haften für Schäden (…) bis zur Höhe von … Euro."[872]
- „Wir schließen jegliche Haftung, soweit gesetzlich zulässig, aus."[873]
- „Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus."[874]
- „Wir haften für grob fahrlässig verursachte Schäden nur dann, wenn diese unverzüglich gemeldet werden."[875]
- „Wir haften deshalb nicht für Schäden, die nicht im Liefergegenstand unmittelbar entstanden sind; insbesondere haften wir nicht für entgangenen Gewinn oder sonstige Vermögensschäden des Käufers. Vorstehende Haftungsbefreiung gilt nicht, sofern der Schaden auf Vorsatz, grober Fahrlässigkeit oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, Verletzung vertragswesentlicher Pflichten, Leistungsverzug, Unmöglichkeit, sowie Ansprüche nach §§ 1, 4 ProdHaftG beruht. Für die Wiederherstellung von Daten haften wir nicht, es sei denn, dass wir den Verlust vorsätzlich oder grob fahrlässig ver-

---

868 *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.

869 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.

870 *OLG Köln*, Urt. v. 2.7.1982 – 20 U 39/82, DAR 1982, 403.

871 *LG Bayreuth*, Urt. v. 17.3.1982 – S 72/81, DB 1982, 1400.

872 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.

873 Ein solcher Rettungsanker ist nicht erlaubt; er gilt als unzulässige salvatorische Klausel. Siehe *BGH*, Urt. v. 4.3.1987 – IV a 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.

874 BGH, Urt. v. 29.1.1968 – II ZR 18/65, NJW 1968, 1567.

875 *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.

ursacht haben und der Käufer sichergestellt hat, dass eine Datensicherung erfolgt ist, sodass die Daten mit vertretbarem Aufwand rekonstruiert werden können.“[876]

- „Wir schulden nur die rechtzeitige ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen und sind für vom Transportunternehmen verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich.“[877]

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.“[878]

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 engen[879] 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

---

876 Z.B. zu finden in den AGB unter http://www.wg-systemhaus.de/index.php/agb.html und http://www.feetoker.de/html/agb/agb.htm (letzter Abruf: 22.10.2015).

877 *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.

878 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.

879 Zutreffend *Grüneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 309 Rn. 58, wonach es nicht nur um Haftungsausschlüsse, sondern allgemein um Beschränkungen der Rechte geht, die dem Kunden bei Pflichtverletzungen des Verwenders zustehen.

das auch eingeschränkt gem. § 326 Abs. 5 BGB verwiesen wird, sowie aus § 324 BGB wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 241 Abs. 2 BGB).

Zu beachten ist, dass § 309 Nr. 8a BGB nur insoweit greift, als der Verwender die das Rücktrittsrecht begründende Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. Demnach wendet sich der Ausschluss des Rücktrittsrechts für eine nicht vom Verwender zu vertretene Pflichtverletzung nicht gegen § 309 Nr. 8a BGB.[880] 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.[881] 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.[882] Soweit es um die schuldhafte Verletzung von Gesundheit oder Leben des Vertragspartners geht, ergibt sich dies ohne weiteres, da die Neufassung des § 309 Nr. 7a BGB lediglich die bereits im Rahmen von § 9 AGBG entwickelten Grundsätze im Speziellen aufgreift. Auch im unternehmerischen Verkehr scheitert somit wegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine gegen den Verbotstatbestand des § 309 Nr. 7a BGB gerichtete Freizeichnungs- oder Begrenzungsklausel.[883] 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 rekurriert werden, wonach der Verwender für eigenes grobes Verschulden

---

880 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.

881 Vgl. *BGH*, Urt. v. 18.1.1989 – VIII ZR 142/88, NJW-RR 1989, 625 = ZIP 1989, 311 = MDR 1989, 629.

882 Vgl. zur alten Rechtslage *OLG Frankfurt*, 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.

883 *BGH*, Versäumnisurt. V. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774 = WM 2007, 2261; siehe auch *v. Westphalen*, NJW 2002, 12, 21.

und dasjenige seiner leitenden Angestellten[884] sowie für schwerwiegendes Organisationsverschulden[885] voll einzustehen hat. Der *BGH* hat allerdings bislang offen gelassen, ob sich der Unternehmer im Verhältnis B2B für grobes Verschulden einfacher Erfüllungsgehilfen allgemein freizeichnen kann.[886] Dies ist jedenfalls abzulehnen, sofern wesentliche Vertragspflichten verletzt werden.[887] 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.[888] 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.[889]

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

---

884 *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.

885 *BGH*, NJW 1974, 900.

886 *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.

887 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*, AGB-Kontrolle im Handelsverkehr, 1991, S. 139.

888 Diese grundlegende Differenzierung wird vor allem im Zusammenhang mit den sog. Kardinalpflichten vielfach nicht hinreichend berücksichtigt.

889 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.

wird.[890] Nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH*[891] darf eine formularmäßige Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht zur Aushöhlung von vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners führen, etwa weil sie ihm solche Rechte wegnimmt oder einschränkt, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). 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.[892] Zu den Kardinalpflichten sind insbesondere solche Pflichten zu zählen, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung der Verträge überhaupt erst ermöglicht.[893] 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 Ansicht[894] 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.[895] Die Kardinalpflichten dürfen allerdings nicht ohne weiteres mit den Hauptpflichten eines Vertrags – in Abgrenzung zu den Schutz- oder Nebenpflichten – gleichgesetzt werden.[896] 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 gefähr-

---

890 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.

891 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).

892 *BGH*, Urt. v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, NJW 1985, 623, 627, 914, 916 – „Tankschecksystem-Fall“.

893 *BGH*, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016 – „Textilveredelungsfall“.

894 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.

895 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.

896 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.

den würde. Für die vorgenannten Grundsätze zur Haftung für einfache Fahrlässigkeit ist dem Grunde nach eine Unterscheidung zwischen den Vertragsbeziehungen B2B und B2C nicht angezeigt. Die Kardinalstellung von Rechten und Pflichten hängt im Ergebnis nicht davon ab, ob der Kunde Verbraucher oder Unternehmer ist.

Zu beachten ist ferner, dass der *BGH* auch bei B2B-Verträgen ein **Transparenzproblem** in dem Begriff der Kardinalpflichten sieht.[897] 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,[898] 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 stehen[899] und der typischerweise vorhersehbare Schaden abgedeckt ist.[900] Als wirksam wurde schon früher eine Haftungsbegrenzung auf nicht vorhersehbare Schäden erachtet.[901] Nach Auffassung des *BGH* ist ein Haftungsausschluss für entfernter liegende Schäden möglich.[902] Fraglich ist hier, ob diese Regelung auch weiterhin Bestand haben kann. Hierbei ist der Rückgriff auf das interna-

---

897 *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.

898 Für Personenschäden gilt das abschließende Verbot des § 309 Nr. 7a BGB s.o.

899 *BGH*, Urt. v. 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335.

900 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.

901 S. *BGH*, Urt. v. 19.1.1984 – VII ZR 220/82, NJW 1984, 1350, 1351.

902 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.

tionale Kaufrecht wichtig (s. Art. 74 UN-Kaufrecht[903]). Danach ist die Haftung auf vorhersehbare Schäden begrenzbar. Dieser Gedanke sollte auch auf das BGB zur Anwendung 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.[904] 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"[905] 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 anerkanntermaßen[906] 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."[907]
- „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."[908]
- „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."

---

903 Nach Art. 74 Satz 2 des UN-Kaufrechts darf der Schadensersatz den Verlust nicht übersteigen, „den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsabschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen".

904 *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.

905 *BGH*, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, NJW 1988, 1785.

906 In diese Richtung deutet *BGH*, Urt. v. 19.2.1998 – I ZR 233-95, NJW-RR 1998, 1426.

907 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.

908 *BGH*, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496.

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. Deshalb soll der abstrakte Verweis auf die Einhaltung von Kardinalpflichten selbst im B2B-Bereich wegen Intransparenz unwirksam sein.[909]

Einem aus der Verwendung des abstrakten Begriffs der „Kardinalpflichten“ folgenden Verstoß gegen das sich aus § 307 Abs. 1 Satz 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 nahe legen würde, dass die nicht genannten Pflichten keine wesentlichen Vertrags- oder „Kardinal“pflichten seien, kann dahinstehen. Möglich wäre aber jedenfalls eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne dass die für den Typus des 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.

---

909 *BGH*, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 = NJW 2006, 46 = WM 2005, 2002.

Allerdings gilt dies nur „unbeschadet der §§ 307 bis 309 BGB“. Es verbleibt daher insofern bei der Inhaltskontrolle insbesondere nach § 309 Nr. 7b BGB.

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

6. Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen

Neben Fragen der Haftungsfreizeichnung und -begrenzung nimmt die formularmäßige **Pauschalierung von Ersatzansprüchen des Verwenders** in der Praxis einen breiten Raum ein. Hier hat sich mit der Schuldrechtsmodernisierung eine bedeutsame Änderung der Rechtslage ergeben, die zu einer Vereinfachung der Rechtsanwendung führen und damit ihrer Verlässlichkeit Vorschub leisten wird.[910]

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,[911] 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.[912] 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,[913]
- … ist eine Entschädigung von 2 % zu entrichten,[914]

---

910 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.

911 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.

912 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).

913 *BGH*, Urt. v. 31.10.1984 – VIII ZR 226/83, NJW 1985, 320, 321.

- … kann X % ohne Nachweis als Entschädigung fordern,[915]
- … sind maximal X Euro zu zahlen.[916]

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.[917] 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.[918]

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.[919] 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 Gegenbeweisführung 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 Satz 2 Halbs. 2 BGB ergeben. Danach ist bei Anwendung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen. Auf-

---

914 *OLG Hamm*, Urt. v. 1.7.1985 – 13 U 143/85, NJW-RR 1986, 273.

915 *BGH*, Urt. v. 29.4.1982 – I ZR 70/80, NJW 1982, 2317.

916 *OLG Zweibrücken*, Urt. v. 5.3.1999 – 2 U 36/98, VuR 1999, 269.

917 *Grüneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 309 Rn. 31. Ein konkreter gesetzlicher Maßstab findet sich ausnahmsweise in § 651 Abs. 5 Satz 2 BGB. Hiernach kann der Reisende im Falle einer Erhöhung des Reisepreises um mehr als 5 % vom Vertrag zurücktreten.

918 Siehe dazu *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 7.12.1993 – U [Kart] 8/93 WuW 1994, 951, 956.

919 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.

grund der üblichen geschäftlichen Erfahrung des Unternehmers als Kunde wird man einen ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit der Gegenbeweisführung für entbehrlich halten können, ohne gegen die in § 307 BGB niedergelegten Grundsätze zu verstoßen.[920] Der geschäftliche Vertragspartner wird regelmäßig von sich aus Kenntnis davon haben, dass ihm der Nachweis eines fehlenden oder erheblich geringeren Schadens offen steht, und auch in der Lage sein, seine daraus resultierenden Rechte angemessen geltend zu machen. Der Umstand der geringeren Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners im unternehmerischen Verkehr hat auch in der Rechtsprechung des *BGH* Beachtung gefunden.[921] Schließlich steht auch das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht entgegen, da bei der Feststellung des dadurch lediglich konkretisierten Tatbestandes der „unangemessenen Benachteiligung" nicht nur eine generelle überindividuelle Betrachtung vorzunehmen, sondern auch der typische Kundenkreis zu berücksichtigen ist.[922] § 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.[923] Sofern man auch Minderungsansprüche nach den §§ 441, 638 BGB dazurechnen möchte,[924] 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.

---

920 Ebenso *Grüneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 309 Rn. 32; a.A. *v. Westphalen*, NJW 2002, 12, 20.

921 BGH, Urt. v. 21.12.1995 – VII ZR 286/94, NJW 1996, 1209.

922 *Grüneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 307 Rn. 21.

923 BGH, Urt. v. 8.10.1987 – VII ZR 185/86, NJW 1988, 258.

924 Zustimmend i.E. *Grüneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 309 Rn. 25 „analog anwendbar"; dagegen *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 5 Rn. 12.

7. Verjährung

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

Nach § 309 Nr. 8a ff) BGB sind Vereinbarungen **im B2C-Verhältnis unzulässig**, die eine Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen der §§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB und 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB erleichtern. „In sonstigen Fällen" darf keine zu einer weniger als ein Jahr betragenden Verjährungsfrist ab der gesetzlichen Verjährungsfrist erreicht werden. § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB regelt die Haftung bei Bauwerken und -materialien; § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB die Haftung für Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht. Insofern besteht eine fünfjährige Verjährungsfrist, etwa beim Erwerb von Software, die integraler Bestandteil von Bauwerken ist.[925] Abseits dieser Spezialfälle greift der Verweis in § 309 Nr. 8a BGB auf die Möglichkeit der Beschränkung der Verjährung auf ein Jahr. Es ist also möglich, durch AGB die zweijährige Gewährleistungsfrist auf ein Jahr zu verkürzen, sofern es um (den seltenen Fall) einer Lieferung neuer Sachen außerhalb von Verbrauchsgüterkaufverträgen sowie Werkverträge im B2C-Bereich geht.

Zu beachten ist ferner § 309 Nr. 7a und b BGB. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist steht im Haftungsfalle einer Beschränkung der gesetzlichen Haftung gleich.[926] 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 Mangelunwert 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.

---

925 *BGH*, Urt. v. 20.5.2003 – X ZR 57/02, NJW-RR 2003, 1320 = MDR 2003, 1045.

926 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 29.12.1993 – 12 O 322/93, NJW-RR 1995, 440.

§ 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.[927] Anders als nach altem Recht spielt es aber bei der geforderten Gesamtbetrachtung keine entscheidende Rolle mehr, dass die gesetzlichen Verjährungsfristen unangemessen kurz sind.[928] 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.[929] Unwirksam ist ebenfalls eine Vorverlegung des Verjährungsbeginns vor den Moment der Ablieferung.[930] 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

---

927 *BGH*, Urt. v. 20.4.1993 – X ZR 67/92, NJW 1993, 2054.
928 So noch *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 11 Nr. 10f Rn. 18.
929 *BGH*, Urt. v. 9.4.1981 – VII ZR 194/80, NJW 1981, 1510, 1511.
930 *BGH*, Urt. v. 9.4.1981 – VII ZR 194/80, NJW 1981, 1510, 1511.

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 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 Leistungsstörungsrecht 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

Literatur:
Bierekoven, Vor- und Nachteile des UN-Kaufrechts für den Softwareerwerb und -vertrieb, ITRB 2008, 19.

Häufig finden sich in AGB **Rechtswahlklauseln**, wonach „deutsches Recht **unter Ausschluss des UN-Kaufrechts** gilt". Fraglich ist, ob solche Klauseln 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.[931]

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.[932] 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 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 Ver-

---

931 So auch *Benicke*, in: MüKo HGB, 3. Aufl. 2013, CISG Art.6 Rn. 2; *Mistelis* in: UN Convention on the International Sales of Goods, 2011, CISG Art.6, Rn. 8; *Magnus*, in: Staudinger, 16. Auflage 2012, CISG Art. 6 Rn. 8.

932 Art. 35 UN-Kaufrecht.

trag 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

Als Schlussklauseln vieler Verträge finden sich salvatorische Klauseln, Schriftformerfordernisse für Nebenabreden sowie Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln.

Nach der Rechtsprechung des *BGH*[933] führt eine **salvatorische Klausel**, wonach durch die etwaige Ungültigkeit einer oder mehrerer Bestimmungen dieses Vertrags die Gültigkeit der

---

[933] *BGH*,Urt. v. 24.9.2002 – KZR 10/01, GRUR 2004, 353 = JuS 2003, 497..

übrigen Bestimmungen nicht berührt wird, zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast.[934] 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 Ganzen für unwirksam hält.[935] 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.[936]

Bezüglich der **Schriftform** ist die Rechtsprechung des *BGH*[937] zur auch stillschweigend möglichen Abänderung sog. einfacher Schriftformerfordernisse zu beachten. Die Parteien können den vereinbarten Formzwang jederzeit aufheben.[938] 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.[939] Es genügt, dass die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben.[940] 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.[941]

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

---

934 Ähnlich auch *BGH*, Urt. v. 6.4.2005 – XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225 = MDR 2005, 1040 = NZM 2005, 502.

935 *OLG Celle*, Urt. v. 13.4.2005 – 3 U 3/05, IBR 2005, 1234.

936 *BGH*, Urt. v. 6.4.2005 – XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225 = MDR 2005, 1040 = NZM 2005, 502.

937 *BGH*, Urt. v. 17.4.1991 – XII ZR 15/90, NJW-RR 1991, 1289 = WM 1991, 1398.

938 BGH, Urt. v. 2.6.1976 – VIII ZR 97/74, NJW 1976, 1395.

939 *BGH*, Urt. v. 2.3.1978 – III ZR 99/76, NJW 1978, 1585.

940 *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.

941 *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.

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.[942] 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.[943] Allerdings weist die äußere Struktur der objektiven Anknüpfungsnorm deutliche Unterschiede zur alten Rechtslage auf.[944] 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 a.F. eine Auflockerungsregelung vorsah, konkretisiert Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO grundsätzlich die vertragscharakteristische Leistung relativ starr für einzelne Vertragsarten.[945] Die charakteristische Leistung als solche wird erst an zweiter Stelle genannt.[946] 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.[947] 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 ermit-

---

942 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*, Urt. v. 16.9.1982 – 5 U 14/82, RIW 1983, 785.

943 *Martiny*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.

944 *Staudinger*, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8.. Aufl. 2014, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.

945 *Staudinger*, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 2014, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.

946 *Martiny*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 4 Rom I-VO Rn. 2.

947 *Mankowski*, RabelsZ (63) 1999, 203, 220 f.

teln, sofern die ersten beiden Absätze zu keinem Ergebnis führen.[948] Die bisherige Ausgangsregelung des Art. 28 EGBGB a.F. hat somit nur noch den Rang eines Auffangtatbestandes.[949] 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**.[950] 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,[951] kann demnach dahingestellt bleiben. Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der lex loci protectionis.[952] Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts,[953] die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.[954]

Das deutsche Urheberrechtsgesetz enthält jedoch **zwingende Regelungen** zu Gunsten des Urhebers, die nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgehebelt werden können.[955] 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.[956] 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 Urhe-

---

948 *Staudinger*, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 2014, Art. 4 Rom I-VO Rn. 1.

949 *Martiny*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 4 Rom I-VO Rn. 270.

950 *Sack*, WRP 2000, 269, 270.

951 Vgl. hierzu *Sack*, WRP 2000, 269, 271.

952 Seit langem schon anderer Ansicht ist *Schack*, zuletzt in MMR 2000, 59, 63 f.

953 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*, Beschl. v. 13.6.1983 – 6 W 34/83, BB 1983, 1745 = GRUR 1983, 753.

954 *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.

955 Vgl. hierzu auch *Hoeren/Thum*, in: Dittrich (Hrsg.), Beiträge zum Urheberrecht V, Wien 1997, 78.

956 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.

berrecht findet folglich auch dann Anwendung, wenn geschützte Inhalte, die auf einem Server im Ausland abgelegt sind, in Deutschland zugänglich gemacht werden.[957]

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,[958] gilt hier, dem geistigen Eigentum Rechnung tragend, nach allgemeiner Meinung das **Schutzlandprinzip**.[959] Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sog. **lex loci protectionis**.[960] Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der lex loci protectionis.[961] Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts,[962] die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.[963]

Viertes Kapitel: **Softwareerstellungsverträge**

Literatur[964]:

Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow, Agile Programmierung – Neue Herausforderungen für das Softwarevertragsrecht? – Unterschiede zu den „klassischen" Softwareentwicklungsprojekten, MMR 2012, 427; *Fritzemeyer*, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; *Hecht*/*Becker*, Unberechtigte Mängelrügen bei IT-Projekten – Rechte und Pflichten der Vertragspartner und Hinweise zur Vertragsgestaltung, ITRB 2009, 59; *Hecht*, Schiedsgutachtenklauseln in IT-Verträgen – Vertragsgestaltung und Durchführung des Verfahrens, ITRB 2008, 184; *Karger*, Desorganisierte Leistungsänderungen in IT-Verträgen – Umgehung vereinbarter Verfahren, Missachtung von Formerfordernissen, fehlendes rechtliches Controlling, ITRB 2009, 18; *Koch*, Erstellung und Lieferung von Software nach Werkvertragsrecht – Ein Beitrag zum Umgang mit § 651 BGB, ITRB 2008, 233; *Müller-Hengstenberg*/*Kirn*, Die technologischen und rechtlichen Zusammenhän-

---

957 *LG Hamburg*, Urt. v. 5.9.2003 – 308 O 449/03, GRUR Int. 2004, 148 = MMR 2004, 558 = CR 2004, 855 – Thumbnails.

958 Vgl. hierzu *Sack*, WRP 2000, 269, 271.

959 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.

960 *Sack*, WRP 2000, 269, 270.

961 Anderer Ansicht ist *Schack*, MMR 2000, 59, 63 f.

962 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*, Beschl. v. 13.6.1983 – 6 W 34/83, BB 1983, 1745.

963 *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.

964 siehe auch die Quellen zu IT-Outsourcing und Change Request.

ge der Test- und Abnahmeverfahren bei IT-Projekten, ITRB 2008, 755; *Müller-Hengstenberg*, Ist das Kaufrecht auf alle IT-Projektverträge anwendbar?, NJW 2010, 1181; *Naus*, Softwareerstellung als Projekt, Hamburg 2006; *Pagenberg*/*Geißler*, Der Softwarelizenzvertrag in der Praxis, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl., Köln 1993; *Roth*/*Dorschel*, Das Pflichtenheft in der IT-Vertragsgestaltung – Bedeutung funktioneller Beschreibungen, ITRB 2008, 189, 191; *Schneider*/*von Westphalen (Hrsg.)*, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl., Köln 2014; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., Köln 2009, insbes. Kap. H; *Schneider*, IT-Vertragsrecht, CR 2005, 695; *Schneider*, Softwareerstellung und Softwareanpassung – Wo bleibt der Dienstvertrag, CR 2003, 317; *Schneider*, Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei der Softwareanpassung – Organisatorische Änderungen beim Kunden als wesentliche Mitwirkungsleistung, ITRB 2008, 261; *Söbbing*, MAC-Klauseln in IT-Verträgen – Veränderungen im Projekt erkennen und Rechtsfolgen vertraglich regeln, ITRB 2008, 257; *Söbbing*, Rechtsfragen der Softwareentwicklung nach dem Prototyping-Verfahren, ITRB 2008, 212.

Ein wichtiger Bereich des IT-Vertragsrechts sind die Softwareerstellungsverträge, d.h. die Verträge über die **Erstellung von Individualsoftware**. Dabei umfassen die folgenden Ausführungen nicht nur die Programmierung von Software nach genau spezifizierten, individuellen Anforderungen des Anwenders, sondern auch die Anpassung von Standardsoftware an die spezifischen Bedürfnisse einzelner Anwender (sog. **Customizing**)[965] 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**,[966] auf die das BGB auch im Werkvertragsrecht nicht zugeschnitten ist. Dadurch entstehen zahlreiche rechtliche Verwerfungen, die bis heute kaum zufriedenstellend gelöst sind.

Beginnt man mit der Planungsphase, stellt sich zunächst die Frage, 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 Ge-

---

965 Dazu ausführlich *Redeker*, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014, Kap. D Rn. 49.

966 Siehe dazu grundlegend *Nicklisch* (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, 1987.

samtvertrag klar werkvertraglich qualifiziert werden kann. In der Beratungssituation sind festzustellen:

- Ist-Analyse
- Schwachstellenanalyse
- Machbarkeitsanalyse
- Grobkonzept
- Fachliches Konzept.

Mit dem Berater kommt ein Beratervertag 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.[967] 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.[968] 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 nicht vorgesehen, stattdessen wird der Rücktritt durch die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB ausgeschlossen.[969]

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 auszuwäh-

---

967 *BGH*, Urt. v. 14.11.2000 – C ZR 203/98, NJW 2001, 514.
968 *BGH,* Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, NJW 2012, 2427.
969 *Henssler*, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 626 Rn. 43.

len. 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 Unterlizensierung). 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.

Wichtig ist eine klare Planung einer solch komplexen Vertragsbeziehung.[970] 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

---

970 Wie am Ende des Buches am Beispiel von Change-Request-Verfahren gezeigt wird.

von Kostenvoranschlägen gebeten. Schon in dieser Vor-Phase sollte man **Letters of Intent**[971] und **Vertraulichkeitsvereinbarungen** mit allen Beteiligten abschließen, da diese sehr viele Betriebsinterna sowohl aus der Sphäre des Softwarehauses als auch aus der des Anwenders erfahren.[972] 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.[973] Beispiele hierfür sind:

- Abwerben zwecks Behinderung und Schädigung des bisherigen Arbeitgebers (§ 4 Nr. 10 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?[974]
- Abwerben zwecks Erwerbs von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen[975]
- 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.[976]
- In vertraglichen Beziehungen: Unternehmen darf während der Dauer seines Vertrags nicht in den Kundenkreis seines Vertragspartners eindringen § 241 Abs. 2 BGB.[977]

Gem. § 75f HGB (und § 110 GewO) gilt, dass eine Vereinbarung, durch die sich ein Arbeitgeber einem anderen Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, Arbeitnehmer des anderen nicht einzustellen, nicht durchsetzbar ist. Streitig ist die Anwendung auch auf das **aktive Abwerben**. Nach h.M. schränkt ein Abwerbeverbot nicht die Entscheidungsfreiheit des Mitarbeiters, einen Arbeitsplatz zu wechseln, ein und ist damit zulässig.[978]

Erst nach eingehender Prüfung der eingehenden Angebote erfolgt dann der Zuschlag zugunsten eines einzelnen Anbieters. Meist ist der Zuschlag damit verbunden, dass einzelne Leis-

---

971 Siehe dazu *Söbbing*, ITRB 2005, 240 ff. und *Hoeren*, IT-Vertragsrecht, 2. Aufl., Köln 2012, S. 215.

972 Ein entsprechendes Muster einer Vertraulichkeitsvereinbarung siehe *Hoeren*, IT-Vertragsrecht, 2. Aufl., Köln 2012, S. 335 ff.

973 *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.

974 *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 10/24 ff.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 4 Rn. 10/105 ff.

975 *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 10/27; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 4 Rn. 10/106.

976 *BGH*, Urt. v. 11.1.2007 – I ZR 96/04, JuS 2007, 1155 = GRUR 2007, 800.

977 *BGH*, Urt. v. 3.2.1978 – I ZR 163/76, GRUR 1978, 536 – B.u.W.-Spedition.

978 So *v. Hoyningen-Huene*, in: MüKo HGB, 3. Aufl. 2010, § 75f Rn. 5; *Oetker*, in: ErfK Arbeitsrecht, 15. Auf. 2015, § 75f HGB Rn. 1; a.A. *Schloßer*, BB 2003, 1382, 1384.

tungsanforderungen 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.[979] 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.[980] Aufbauend auf diesen Informationen muss die zielführendste Verhandlungsstrategie ausgewählt werden, wobei man sich immer darüber im Klaren sein muss, dass man selber zu Kompromissen bereit sein sollte und dass es unter Umständen besser sein kann, das Projekt nicht zu starten, falls bei den Verhandlungen unüberbrückbare Differenzen auftauchen sollten. Ansonsten kann dieser „Geburtsfehler“ schnell zu einer langwierigen und kostenintensiven rechtlichen Auseinandersetzung führen.

Zudem sollten Entscheidungen über den Abschluss wichtiger Verträge auch auf Seiten des Auftragnehmers nicht lediglich auf einem Bauchgefühl beruhen, sondern aufgrund einer rationalen Abwägung aller wirtschaftlichen, rechtlichen und technischen Chancen und Risiken.[981] Hierzu sollten innerhalb des Unternehmens „Best Practice“ Richtlinien zur Risikoerfassung, Risikobewertung und zum Ergreifen geeigneter Gegenmaßnahmen aufgestellt werden und organisatorisch implementiert werden.[982] 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)

---

979 *Lapp*, Verhandlungsstrategien – Die strategische Vorbereitung einer erfolgreichen Verhandlung, ITRB 2008, 67 ff.; *Deister*, Effizient verhandeln – Die Auswahl der Verhandlungsstrategie, ITRB 2009, 21 ff.

980 *Deister*, ITRB 2009, 21; *Lapp*, ITRB 2008, 67.

981 *Becker*, ITRB 2009, 117.

982 *Becker*, ITRB 2009, 117, 118 f.

bzw. der Geschäftsführer (§ 43 Abs. 2 GmbHG) auslösen[983] 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 Anspruchsdurchsetzung[984] bzw. für Änderungen der vertraglichen Vereinbarungen während der Vertragserfüllung[985] 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.[986] 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.[987] 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 Prozessphasen[988] und im Rahmen des Change-Management-Verfahrens zwecks einheitlicher Strukturierung[989] 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.[990] Durch die Lösung vom Phasenmodell sei das 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.[991] Rechtlich würde es sich anbieten,

---

983 *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.

984 *Hoppen/Viktor*, CR 2008, 199 ff.

985 *Koch*, ITRB 2008, 61 ff.

986 *Hoppen/Viktor*, CR 2008, 199, 199 f.

987 *Koch*, ITRB 2008, 61, 62.

988 *Hoppen/Viktor*, CR 2008, 199, 203.

989 *Koch*, ITRB 2008, 61, 63.

990 *Söbbing*, ITRB 2008, 212 ff.

991 *Söbbing*, ITRB 2008, 212, 213.

die Entwicklung nach Prototyping-Verfahren im Rahmen einer GbR zu regeln, um so zu einer interessengerechten Risikoverteilung zu kommen.[992]

Zunehmend kommt es im Bereich der IT-Herstellung zu Projekten auf der Basis sog.er 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 2001[993]. 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 Einordung 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.[994] Näherliegend ist die Einordung als Gesellschaftsvertrag i.S.v. § 705 ff. BGB, etwa in Form der Gelegenheitsgesellschaft.[995] 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 Projektes dem Auftraggeber zur alleinigen Verfügung zustehen.[996] Plädiert wird daher auch dafür, solche Verträge auch noch unter das werkvertragliche „Dach" zu nehmen.[997] Aufgrund des dominierenden Planungsanteils bestehen auch keine

---

992 *Söbbing*, ITRB 2008, 212, 214.
993 Zu finden unter www.agilemanifesto.org (letzter Abruf: 22.9.2016).
994 *Lapp*, ITRB 2010, 69, 70; *Frank*, CR 2011, 138, 139 f.; a.A. *Koch*, ITRB 2010, 119 für Dienstvertrag.
995 *Kremer*, ITRB 2010, 283, 288.
996 *Fuchs* u. a., MMR 2012, 427, 430.
997 *Fuchs* u. a., MMR 2012, 427, 432.

Bedenken, von der Wertung des § 651 BGB abzuweichen und einen solchen Vertrag komplett dem Werkvertragsrecht zu unterwerfen.[998]

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.[999]

I. Abgrenzung Werk- und Kaufvertragsrecht

Literatur:
Müller-Hengstenberg, Ist das Kaufrecht auf alle IT-Projektverträge anwendbar?, NJW 2010, 1181; *Dietrich*, Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 473; *Fritzemeyer*, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen, NJW 2011, 2918; *Redeker*, Softwareerstellung und § 651 BGB, CR 2004, 88; *Maume*/*Wilser*, Viel Lärm um nichts? Zur Anwendung von § 651 BGB auf IT-Verträge, CR 2010, 209; *Schmidt*, Softwareerstellung und § 651 BGB – ein Versöhnungsversuch, MMR 2004, 590; *Thewalt*, Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag, CR 2002, 1; Schweinoch, Geänderte Vertragstypen in Software-Projekten, CR 2010, 1; Müller-Hengstenberg, Ist das Kaufrecht auf alle IT-Projektverträge anwendbar?, NJW 2010, 1181; Krauss, Die Auswirkung der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge, 2004; Zirkel, Gestaltung von Software-Verträgen nach der „Silobauteile"-Entscheidung des BGH, GRUR-Prax 2010, 237.

Werkvertragsrecht kommt bei Softwareverträgen in mehreren Fällen zur Anwendung:[1000]

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.[1001] Außerdem

998 *Fuchs* u.a., MMR 2012, 427, 433.
999 *AG Brandenburg*, Urt. v. 8.3.2016 – 31 C 213/14.
1000 S. dazu auch die obigen Ausführungen zur Einordnung der Vertragsarten.
1001 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.

kommt das Werkvertragsrecht bei Verträgen über **die Erstellung von Individualsoftware** zur Anwendung.[1002]

Verpflichtet sich der Lieferant neben der Lieferung von Standardsoftware zu nicht unerheblichen Anpassungsleistungen („Umstricken" bzw. „Customizing") an die individuellen Bedürfnisse des Anwenders, ist umstritten, ob bei einem Software-Fehler die kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften anzuwenden sind.[1003] Im Vordergrund stehen für den Anwender das Herbeiführen des Erfolgs aus vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffen und die Übereignung des fertigen Werkes.[1004] 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.[1005] Das *OLG Hamm*[1006] 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.[1007] Eine Anwendung des Kaufrechts kommt allenfalls in Betracht, wenn die Anpassung im Verhältnis zur Lieferung der Software nebensächlich und unbedeutend ist.[1008] Unbedeutend ist aber z.B. noch nicht per se eine Anpassungsleistung, deren Wert ungefähr 10 v.H. des Gesamtwertes der Leistung erreicht.[1009] 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

---

1002 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.

1003 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.

1004 Vgl. § 651 Abs. 1 BGB.

1005 Vgl. *Mehrings*, NJW 1986, 1904; *Mehrings*, NJW 1988, 2438.

1006 *OLG Hamm*, Urt. v. 8.8.2007 – 12 U 26/07, CR 2008, 77 = BeckRS 2007, 14920.

1007 *OLG Celle*, Urt. v. 31.5.2001 – 13 U 221/00 = OLGR Celle 2001, 217.

1008 *OLG Köln*, Urt. v. 25.6.1993 – 19 U 216/92, NJW-RR 1993, 1529; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, 15. Aufl. 2013, Vor § 631 Rn. 66.

1009 *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.

die betrieblichen Besonderheiten den Schwerpunkt eines Vertrags, handelt es sich um einen Werkvertrag.[1010]

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.[1011] Wird dem Käufer ein Quellcode unter Ausschluss der Gewährleistung für Fehler und die spezifische Brauchbarkeit des Programms für den Käufer 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.[1012] Ein großes Problem ist mit der Schuldrechtsreform entstanden, als man – ohne Nöte – **§ 651 BGB** modifiziert hat.[1013] 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.[1014] 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.[1015] Insofern bleibt es auch nach der Schuldrechtsreform bei der Qualifizierung von Softwareerstellungsverträgen als Werkverträge.[1016]

1010 *LG Frankenthal*, Urt. v. 13.1.2014 – 2 HK O 79/12.

1011 *OLG Hamm*, Urt. v. 10.3.2006 – 12 U 58/05, NJOZ 2007 2048.

1012 *OLG Hamm*, Urt. v. 8.7.2007 – 12 U 26/07, CR 2008, 77, m. Anm. *Rössel*, ITRB 2008, 52.

1013 Ausführlich dazu die verschiedenen kontroversen Beiträge von *Witzel* in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014, Kap. G Rn. 98 ff.

1014 Siehe dazu *Redeker*, CR 2004, 88, 89 ff.; *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 109.

1015 So auch *Diedrich*, CR 2002, 473, 475; *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 82 f.

1016 *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; *Sprau*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, Einf. v. § 631 Rn. 22, § 651 Rn. 5; Bamberger/Roth/*Voit*, Rn. 13; *Peters/Jacoby*, in:Staudinger, 15. Aufl. 2013, Vor § 631 Rn. 66; undeutlich *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, 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,

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 Beauftragung im Wesentlichen die allgemeine planerische Lösung eines konstruktiven Problems zum Gegenstand hat.[1017]

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.[1018]

Erstaunlicherweise hat der *BGH* inzwischen in der Entscheidung Internet-Systemvertrag[1019] darauf hingewiesen, dass ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen, auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software regelmäßig als Werkvertrag anzusehen sei.

Aktuell plant die Bundesregierung ein neues Gesetz zur Reform des Kauf- und Werkvertragsrechts.[1020] 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 Bundesre-

---

NJW 1996, 1067; *OLG München*, Urt. v. 24.1.1990 – 27 U 901/88, NJW 1991, 2158; *v. Westphalen*, CR 2000, 73.

1017 *BGH*, Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877 = CR 2009, 637.

1018 *LG Bonn*, Urt. v. 15.1.2008 – 10 O 383/06, CR 2008, 767.

1019 *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*.

1020 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: 21.9.2016).

gierung wurde das Gesetzesvorhaben nunmehr vom Bundestag zur weiteren Beratung in die beteiligten Ausschüsse überwiesen.[1021]

II. Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht

Für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende **Wille der Parteien** maßgebend.[1022] Es kommt darauf an, ob auf dieser Grundlage eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird.[1023] 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.[1024] 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 einstehen 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.[1025] 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

---

1021 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: 22.9.2016); zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens vgl. unter: http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/730/73046.html (zuletzt abgerufen: 22.9.2016); zur weiterführenden Auseinandersetzung mit dem Vorhaben vgl. *Langen*, NZBau 2015, 658 ff. und *Graf Wolffskeel v. Reichenberg/Jerger*, ZRP 2015, 237 ff.

1022 Zum Weiteren siehe *BGH*, Urt. v. 16.7.2002 – X ZR 27/01, NJW 2002, 3323 = CR 2003, 244.

1023 *BGH*, Urt. v. 19.6.1984 – X ZR 93/83, NJW 1984, 2406 f. = GRUR 1984, 756.

1024 *LG München I*, Beilage zu BB 1991 Heft 7, 7.

1025 So zutreffend *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, 15. Aufl. 2013, Vorbem. zu § 631 Rn. 24; a.A. *Plander/Schliek*, RdA 1990, 219, 223; RGRK/*Glanzmann*, Vor § 631 Rn. 3.

als Dienstvertrag und der Entwicklungsvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist,[1026] lässt sich dabei aber schon deshalb kaum aufstellen, weil die Grenzen zwischen Forschung und Entwicklung im Einzelfall fließend sein können.[1027] Unabhängig davon steht es den Vertragsparteien im Einzelfall frei, trotz eines relativ hohen Risikos einen Werkvertrag zu schließen. Ferner können weitere Regelungen der vertraglichen Vereinbarung die Vorstellungen der Parteien darüber widerspiegeln, wer das größere und wer das geringere Risiko tragen soll, dass das erstrebte Forschungs- oder Entwicklungsziel nicht oder nicht mit dem bei Vertragsschluss erwarteten Aufwand erreicht wird.

Dementsprechend richtet sich die rechtliche Einordnung einer freiberuflichen Tätigkeit nicht allein danach, ob es sich um die Erstellung von Individualsoftware handelt. Vielmehr sind für die Frage nach dem vertraglichen Gewährleistungsrecht die Kriterien der **Bezahlung, Festlegung von Arbeitsort, Zeit und Tempo sowie die Leitung der Projektsteuerung** ausschlaggebend.[1028] 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.[1029]

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.[1030] Im Zweifel wird man auch bei „begleitenden Maßnahmen“ oder im Vertrag erwähn-

---

1026 So *Möffert*, Der Forschungs- und Entwicklungsvertrag, 2. Aufl. 2001, S. 37 f.
1027 Zum letzteren auch *Möffert*, Der Forschungs- und Entwicklungsvertrag, 2. Aufl. 2001, S. 38.
1028 *LG Saarbrücken*, Urt. v. 28.4.1998 – 6 O 434/96, NJW-CoR 1999, 304 = CR 1999, 362.
1029 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 18.7.1997 – 22 U 3/97, CR 1997, 732 = NJW-RR 1998, 345.
1030 *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.

ten Leistungen des „Mitwirkens am Projekt“ von einem Dienstvertrag ausgehen müssen.[1031] 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.[1032] Unter das Werkvertragsrecht fallen auch die Zeitplanung sowie das Kostencontrolling.

III. Hauptleistungspflichten

1. Pflichten des Auftragnehmers/Unternehmers

Bei den Hauptleistungspflichten ist zunächst zu beachten, dass der Auftraggeber nicht nur die Überlassung der Software, sondern auch die **Übertragung der damit verbundenen Nutzungsrechte** zu regeln hat.

a) Überlassung der Software und Dokumentation

In Bezug auf die **Überlassung der Software** selbst ist zu klären:

- In welchem Format wird die Software übergeben (Objectcode oder auch Quellcode)?
- Wenn nur der Objectcode übergeben wird: Ist eine Hinterlegungsvereinbarung in Bezug auf den Quellcode sinnvoll?
- Welche Dokumentation wird überlassen?
- Wie soll die Software programmiert sein (Programmiersprache, strukturierte Programmierung)?
- Welche technischen Performance-Daten sind einzuhalten?[1033]

Wichtig ist vor allem die **Dokumentation**. Bei Softwareerstellungsverträgen ist der Entwickler regelmäßig auch zur Überlassung einer Dokumentation an den Besteller verpflichtet.[1034] Diese muss so gestaltet sein, dass der Besteller mit dem System arbeiten kann; geschuldet ist insofern eine umfassende schriftliche Fixierung der Funktions- und Bedienungsregeln.[1035] Die Übergabe einer solchen Dokumentation ist eine (ungeschriebene) Hauptpflicht. Selbst wenn nichts im Vertrag ausdrücklich zur Dokumentationspflicht geregelt ist, besteht eine solche.[1036]

1031 S. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.4.1999 – 22 U 174-98, NJW 1999, 3129 = MDR 2000, 28.

1032 *Stemmer/Wierer*, Baurecht 1997, 935 ff.

1033 Die Durchsetzung dieser Pflichten wird häufig mit Vertragsstrafen gekoppelt.

1034 *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).

1035 *OLG Celle*, Urt. v. 3.3.1992 – 20 U 69/90, NJW-RR 1993, 432.

1036 *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.

Geschuldet ist die Dokumentation allerdings nach Herstellung der Software, d.h. nach Abschluss der geschuldeten Programmierung.[1037] Es kann nicht erwartet werden, dass der Softwareentwickler ohne Rücksicht auf mögliche Änderungen jedes Stadium seiner Arbeiten dokumentiert. Das Fehlen einer die Bedienung der örtlich installierten Hard- und Software betreffenden Dokumentation und die daraus sich ergebende Betriebsuntauglichkeit der Anwendungssoftware stellt einen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel dar.[1038] 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.[1039] 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.[1040]

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.[1041] Fehlt es hieran, weil die späteren Ergänzungen und Verbesserungen vom Handlungswillen des ursprünglichen Programmierers nicht umfasst sind, ist eine Miturheber-

---

1037 *BGH*, Urt. v. 20.2.2001 – X ZR 9/99, NJW 2001, 1718, 1719 und 1721.

1038 *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.

1039 *Stiemerling*, ITRB 2009, 154.

1040 *Stiemerling*, ITRB 2009, 154, 158.

1041 *BGH*, Urt. v. 14.7.1993 – I ZR 47/91, BGHZ 123, 208, 212 = NJW 1993, 3136 – Buchhaltungsprogramm.

schaft 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.[1042]

Das *OLG Düsseldorf* verbot die Vervielfältigung und den Vertrieb eines Computerspiels, da einer der Miturheber die Nutzungsrechte an einer von ihm vor Projektbeginn entwickelten und für das Projekt verwendeten Darstellungsengine nicht wirksam auf das Herstellerunternehmen übertragen hatte. Als Miturheber i.S.v. § 8 Abs. 2 Satz 1 UrhG sei der Programmierer zwar nicht aktivlegitimiert, Schadensersatz für sich allein zu fordern, sondern nur an alle Miturheber als Gesamthandsgemeinschaft, allerdings gelte dies nicht für den Unterlassungsanspruch. Vielmehr könne auch aufgrund der Verletzung der Rechte an einem kleinen Teil des Programms der komplette Vertrieb gestoppt werden[1043]

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.[1044] 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.

1042 *BGH*, Urt. v. 3.3.2005 – I ZR 111/02, CR 2005, 854 m. Anm. *Heymann* = GRUR 2005, 860 – Fash 2000.

1043 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 25.11.2008 – I-20 U 72/06, MMR 2009, 215 ff. = ZUM-RD 2009, 182 = GRUR-RR 2009, 217.

1044 *OLG Hamm*, Urt. v. 7.8.2007 – 4 U 14/07, CR 2008, 280 ff. = GRUR-RR 2008, 154 – Copyrightvermerk.

Im Ergebnis erweist es sich als sehr gefährlich, wenn bei komplexen Softwareprojekten nicht gründlich darauf geachtet wird, dass alle für die Herstellung und den Vertrieb des Programms erforderlichen Rechte eingeholt und im rechtlichen Rahmen genutzt wurden, da sonst gravierende finanzielle Konsequenzen drohen.

Gefährlich wird es, wenn man hier nur die **Einräumung eines einfachen Nutzungsrechtes** zum Vertragsgegenstand macht. Dann sind die Entwickler noch darin frei, die Software ein weiteres Mal an andere zu veräußern. Sinnlos sind Hinweise auf die Übertragung des „Urheberrechts" oder „Copyright". Solche Verträge entsprechen nicht dem deutschen Urheberrechtsverständnis, wonach das Urheberrecht selbst nicht übertragen werden kann. Solche Formulierungen sind daher nur irritierend, da sie die Frage des konkret übertragenen 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/ Main* auch konkludent erfolgen.[1045] 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.[1046] 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 Satz 3 UrhG). Eine Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis gilt nur für den Fall der Gesamtveräußerung des Unternehmens oder der Veräußerung wesentlicher Unternehmensteile, gerade im Bereich von M&A (Mergers & Acquisitions)[1047]. Als sinnvoll erscheint es, bei einer Weiterübertragung der Nutzungsrechte eine Informationspflicht einzuführen, wonach der Auftraggeber das Softwarehaus über die Weiterübertragung zu informieren hat.

[1045] *OLG Frakfurt/Main*, Urt. v. 29.10.2013 – 11 U 47/13 = MMR 2014, 661 = ZUM 2014, 712 = CR 2014, 506 = WRP 2014, 603.

[1046] *OLG Frakfurt/Main*, Urt. v. 29.10.2013 – 11 U 47/13, Rn. 26-34 = MMR 2014, 661 = ZUM 2014, 712 = CR 2014, 506 = WRP 2014, 603.

[1047] Sammelbegriff für Transaktionen - wie Fusionen, Unternehmenskäufe und –übernahmen – im Unternehmensbereich.

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.[1048] Verschieben sich die Termine aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers, kommt eine zusätzliche Vergütung in Betracht. Entscheidend sind insofern einseitige Maßnahmen des Auftraggebers oder seines dazu berechtigten Vertreters.[1049] 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.[1050] Unverbindliche Vorschläge oder Wünsche des Auftraggebers fallen noch nicht unter den Begriff der Anordnung.[1051] Es reichen aber konkludente Anordnungen aus, etwa wenn der Auftraggeber in Kenntnis geänderter Umstände erweiterte Leistungen widerspruchslos geschehen lässt.[1052] 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.[1053] 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.[1054] Der *BGH* sah das Hauptproblem darin, dass mit einer solchen Klausel auch gesetzliche Ansprüche etwa aus Bereicherungsrecht oder GoA ausgeschlossen werden. Aus dem glei-

---

1048 *BGH*, Urt. v. 25.1.1996 – VII ZR 233/94, BauR 1996, 378.
1049 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 27.6.1995 – 21 U 219/94, NJW-RR 1996, 730.
1050 *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.
1051 *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.
1052 *OLG Brandenburg*, Urt. v. 9.7.2002 – 11 U 187/01, BauR 2003, 716.
1053 *BGH*, Urt. v. 10.4.1997 – VII ZR 211/95, NJW 1997, 1982 = *BGH*, BB 1997, 1438.
1054 *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.

chen Grund hat die Rechtsprechung eine AGB-Klausel für unwirksam erachtet, die den Vergütungsanspruch für zusätzliche Leistungen von einer schriftlichen Preisvereinbarung abhängig machen.[1055]

2. Pflichten des Auftraggebers/Bestellers: Vergütung

Auf der **Entgeltseite** ist der Auftraggeber natürlich verpflichtet, den vereinbarten Werklohn zu entrichten. Allerdings besteht hier auch eine Reihe von rechtlichen Schwierigkeiten bei der Vertragsgestaltung.

a) Angemessene Vergütung (§§ 32, 32a UrhG)

Zum einen ist zu bedenken, dass §§ 32, 32a UrhG einen gesetzlich verankerten Vergütungsanspruch auch zugunsten des Softwarehauses vorsehen. Nach § 32 Abs. 1 UrhG steht dem Urheber ein **Anspruch auf angemessene Vergütung** zu, insbesondere wenn die vereinbarte Vergütung schon bei Vertragsschluss unangemessen war. § 32a UrhG regelt den Fall nachträglicher Veränderungen des Verhältnisses von Vergütung und wirtschaftlichem Ertrag. So kann der Urheber hiernach eine Änderung des 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.[1056]

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.[1057]

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.[1058] Die angemessene Vergütung des Urhebers ist auch bei

---

1055 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 15.12.1988 – 5 U 103/88, BauR 1989, 335.
1056 BT-Drs. 14/8058, S. 45.
1057 *LG Berlin*, Urt. v. 25.10.2005 – 16 O 804/04, ZUM 2005, 901.
1058 Dafür *Schulze,* in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 32 Rn. 13; *Wandtke,* in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 145; dagegen *Berger*, ZUM 2003, 173, 179.

Einzelfallentscheidungen gem. § 32 Abs. 1 Satz 3 UrhG anhand eines objektiv-generalisierenden Maßstabs aus der ex ante Perspektive zu bestimmen.[1059] 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.[1060]

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.[1061] 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.[1062] Dementsprechend sind Bestimmungen in AGB, wonach für Kostenvoranschläge eine Bearbeitungsgebühr berechnet werden kann, unwirksam.[1063] 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.[1064]

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.[1065] Ähnliches gilt für den Fall, dass anfänglich keine feste Preisvereinbarung getroffen wurde, der Auftraggeber aber eine Festpreisvereinbarung behauptet.[1066] 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.[1067] Lohn- und Material-

---

1059 *OLG München*, Urt. v. 8.2.2007 – 6 U 5785/05, NJOZ 2007, 4825 = ZUM 2007, 317.
1060 *OLG München*, Urt. v. 8.2.2007 – 6 U 5785/05, NJOZ 2007, 4825 = ZUM 2007, 317.
1061 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.
1062 *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.
1063 *BGH*, Urt. v. 3.12.1981 – VII ZR 368/80, NJW 1982, 765.
1064 Siehe dazu auch *OLG Köln*, Urt. v. 8.11.1991 – 19 U 50/91, BauR 1992, 98.
1065 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 1.11.1996 – 24 U 306/94, NJW-RR 1997, 276.
1066 *OLG Hamm*, Urt. v. 14.3.1985 – 21 U 111/84, NJW 1986, 199 = MDR 1985, 672.
1067 *BGH*, Urt. v. 6.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855 = MDR 1985, 398.

preisgleitklauseln 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.[1068] 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 Auftraggebers unwirksam.[1069] 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.[1070] Lassen sich die Parteien eines Softwarevertrags mit der Festlegung des Festpreises Zeit und vereinbaren einen „Festpreise bis zum", so kann der Auftragnehmer auf jeden Fall die „übliche Vergütung" verlangen (§ 632 Abs. 2 BGB).[1071] 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.[1072] Allerdings kann nicht durch AGB ausgeschlossen werden, dass der Auftragnehmer sich auf die rechtlichen Regelungen des BGB und der entsprechenden Rechtsprechung zum Kalkulationsirrtum beruft.[1073] Im Übrigen ist zu beachten, dass es keine Beschreibungspflicht des Auftraggebers für die zu erbringenden Leistungen gibt.[1074] Allerdings muss er bei einer detaillierten Beschreibung der zu erbringenden Leistungen die entsprechen-

---

1068 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 3.12.1981 – III ZR 30/81, DB 1982, 537.
1069 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 28.10.1980 – 21 U 65/80, BauR 1981, 392.
1070 *OLG Celle*, Urt. v. 4.11.1971 – 7 U 148/68, BB 1972, 65.
1071 A.A. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 24.11.1981 – 23 U 105/81, Baurecht 1983, 473.
1072 *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.
1073 *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.
1074 *Quack*, Baurecht 1998, 381 ff.

den Positionen eindeutig und erschöpfend skizzieren.[1075] 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.[1076] So darf der Auftraggeber dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufbürden.[1077] 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 der Einzelheiten der geplanten Auftragsausführung.[1078] 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.[1079] Angaben ins Blaue hinein gelten als spekulativ und sogar „frivol".[1080] 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.[1081] 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.[1082] Erkannte Mängel müssen im Übrigen den Auftraggeber veranlassen, das Pflichtenheft auf weitere Mängel besonders sorgfältig zu untersuchen.[1083] 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 ent-

---

1075 Siehe dazu *OLG Koblenz*, Urt. v. 10.5.2001 – XII ZR 60/99, BauR2001, 1442.
1076 *BGH*, Urt. v. 18.4.2002 – VII ZR 192/01, BauR 2002, 935.
1077 Siehe dazu *Pries*, Neue Zeitschrift für Baurecht 2004, 87, 88.
1078 *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.
1079 *BGH*, Urt. v. 25.2.1988 – VII ZR 310/86, NJW-RR 1988, 785; *OLG Dresden*, BauR 2000, 1341.
1080 So *BGH*, Urt. v. 25.2.1988 – VII ZR 310/86, NJW-RR 1988, 785.
1081 Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 11.10.1990 – VII ZR 228/89, NJW-RR 1991, 276 = WM 1991, 204.
1082 *BGH*, Urt. v. 18.1.1973 – VII ZR 88/70, MDR 1973, 403 = NJW 1973, 518.
1083 *BGH*, Urt. v. 9.2.1978 – VII ZR 122/77, BauR 1978, 222, 224.

lastet werden.[1084] Insofern geht der *BGH* von einer Verantwortlichkeit deutlich zu Gunsten des Auftraggebers und zu Lasten des Auftragnehmers aus.[1085] Diese auftragnehmerfeindliche Haltung des *BGH* wird häufig kritisiert;[1086] in der Tat kann ein Auftraggeber eine schlechte Ausschreibung machen und damit dem Auftragnehmer enorme Wagnisse und Risiken zuweisen. Plädiert wird dafür, den Auftragnehmer nach den Regeln des Verschuldens bei Vertragsschluss in Fällen unvollständiger Pflichtenhefte in Anspruch nehmen zu können.[1087] 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.[1088] 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".[1089]

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).[1090] Er muss zumindest Umstände nachweisen, nach denen die Übernahme der übertragenen Leistung nur gegen eine Vergütung erwartet werden kann.[1091] 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.[1092] Behauptet der Auftraggeber eine besonders günstige Preisvereinbarung, trifft den Auftragnehmer die Darle-

---

1084 *BGH*, Urt. v. 30.6.1977 – VII ZR 325/74, BauR 1977, 420, 421.
1085 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.
1086 *Bühl*, BauR 1992, 26, 29 f.
1087 Siehe dazu *KG*, BauR 2003, 1903, 1905, 1907.
1088 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 6.7.1993 – 23 U 207/92, NJW-RR 1995, 82.
1089 *BGH*, Urt. v. 5.6.1997 – VII ZR 54/96, NJW-RR 1997, 1513.
1090 *BGH*, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW 1987, 2742.
1091 *BGH*, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW 1987, 2746.
1092 *BGH*, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW 1987, 2742.

gungs- und Beweislast für eine angemessene oder übliche Vergütung.[1093] Bei diesem Negativbeweis muss der Auftragnehmer die Umstände widerlegen, die für die Vereinbarung des behaupteten Werklohns sprechen könnten.[1094]

Besteht zwischen den Parteien ein **Werkvertrag mit Pauschalpreisabrede**, können darin nicht vorgesehene zusätzliche Werkleistungen auch ohne Abschluss eines sie betreffenden zusätzlichen Werkvertrags vom Besteller zu vergüten sein. Ein solcher erhöhter Vergütungsanspruch setzt allerdings voraus, dass zu dem Leistungsinhalt, der einer Pauschalpreisvereinbarung zu Grunde liegt, erhebliche, zunächst nicht vorgesehene Leistungen auf Veranlassung des Bestellers hinzukommen, unabhängig davon, ob die Parteien über die neue Preisgestaltung eine Einigung erzielt haben.[1095]

Nach § 632a BGB sind auch **Abschlagszahlungen** für bereits erbrachte Teilleistungen möglich. Änderungen dieser Regelung zu Höhe und Verweigerungsmöglichkeiten des Bestellers sind im neuen Gesetz zur Reform des Kauf- und Werkvertragsrechts[1096] geplant.[1097]

c) Abnahme

Ein weiteres Problem resultiert aus der Tatsache, dass nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB die Vergütung **erst bei Abnahme des Werkes** zu entrichten ist. Insofern ist es für die Fälligkeit der Vergütung notwendig, dass der Auftraggeber die Abnahme erklärt. Hier gibt es besondere Probleme deshalb, weil unter Umständen selbst bei ordnungsgemäßer Erfüllung des 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

---

1093 *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.

1094 *BGH*, Urt. v. 19.9.1966 – II ZR 62/64, VersR1966, 1021, 1022.

1095 *BGH*, NJW-RR 2002, 740; a.A. für das Baurecht *BGH*, Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03, NJW 2004, 502, 505.

1096 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: 21.9.2016).

1097 Weitere Einzelheiten unter VI.

§ 377 HGB festzustellen.[1098] Es ist daher für das reibungslose Gelingen des Projekts erforderlich, dass das technische Vorgehensmodell und die dort festgelegten Entwicklungsphasen mit ihren Tests und den dazugehörigen Dokumentationen juristisch in den Projektvertrag implementiert werden, indem die jeweils notwendigen Testverfahren detailliert als echte Vertragspflichten gefasst werden. Nur so ist es möglich, mangelhafte oder verzögerte Leistungen oder Mitwirkungsleistungen, auch bei technischen Freigaben von Teilergebnissen als vertragliche Pflichtverletzung vor Abnahme anzumahnen.[1099]

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.[1100] 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 2015[1101] treu und konkretisierte die Anforderungen an die beiderseitige Erfüllung eines Lizenzvertrages. Entscheidend sei die Ausgestaltung der Leistungspflichten des Lizenvertrages. Stellen die Kaufpreiszahlung und die Lizentverteilung die Hauptleistungspflichten des Lizenvertrages 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(leitsungs)- und Mitwirkungspflichten betreffen.[1102]

Im Jahr 2007 und 2012 hatte der Gesetzgeber in Gesetzesentwürfen zur Änderung der Insolvenzordnung die Einführung eines neuen § 108a InsO geplant.[1103] 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

---

1098 *Müller-Hengstenberg/Kirn*, CR 2008, 755.

1099 *Müller-Hengstenberg/Kirn*, CR 2008, 755, 763.

1100 *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.

1101 *BGH*, U. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14, GRUR 2016, 201.

1102 *Rüther*, Anm. zu BGH, U. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14, NZI 2016, 103.

1103 BT-Drs. 16/7416; siehe dazu auch die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2008, 138 ff.

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 zustande gekommen, sodass es bei der alten Rechtslage verbleibt.

Das *OLG München*[1104] 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 Vergangenheit[1105] noch auf dieses Mittel zurückgegriffen hatte, findet der vermeintlich „dingliche Charakter" von Nutzungsrechten in der neusten Entscheidung des *BGH*[1106] 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 Ausmaße 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.[1107] Die Darlegungs- und Beweislast für solche Ausnahmegründe trägt der Anwender. Bei nur unerheblichen Verzögerungen ist es treuwidrig vom Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen.[1108]

Im Übrigen trägt der Anwender das Verzögerungsrisiko, wenn die Verzögerungen aufgrund einer Verletzung seiner **Mitwirkungspflichten** zustande gekommen sind.[1109] 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

---

1104 *OLG München*, Urt. v. 25.7.2013 – 6 U 541/12, GRUR 2013, 1125; zur Insovenzfestigkeit 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.

1105 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.

1106 *BGH*, U. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14, GRUR 2016, 201.

1107 *BGH*, Urt. v. 18.1.1973 – VII ZR 183/70, WM 1973, 1020.

1108 *BGH*, Urt. v. 7.12.1973 – V ZR 24/73, NJW 1974, 360.

1109 *BGH*, Urt. v. 5.5.1992 – X ZR 115/90, NJW-RR 1992, 1141.

Mitwirkungspflichten in SLA festzuschreiben und deren Verletzung im Rahmenvertrag etwa durch Pönale zu sanktionieren. Ohne entsprechende Klarstellung im Vertrag[1110] wird die Mitwirkungspflicht nicht als (einklagbare) Nebenleistungspflicht, sondern als bloße Obliegenheit gesehen.[1111] Kommt der Anwender seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, droht 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.[1112] 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.[1113] 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.[1114] 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.[1115] Zudem bestehe die Möglichkeit, die Mitwirkung gem. §§ 642, 643 BGB von einer Nebenpflicht durch vertragliche Ausgestaltung zu einer Hauptpflicht aufzuwerten.[1116]

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

---

1110 Individualvertraglich ist eine Regelung möglich, nicht aber in AGB; so jedenfalls *Redeker*, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014, Kap. D 231.

1111 Siehe *Ihde*, CR 1999, 409, 413; *Müglich/Lapp*, CR 2004, 801.

1112 *Schneider*, ITRB 2008, 261.

1113 *Schneider*, ITRB 2008, 261.

1114 *Schneider*, ITRB 2008, 261, 262.

1115 *Schneider*, ITRB 2008, 261, 262.

1116 *Schneider*, ITRB 2008, 261, 263.

und verlangt vom ursprünglichen Softwarehaus Erstattung der erhöhten Programmierungskosten, sowie des entgangenen Gewinns.

IV. Nebenvertragliche Pflichten

Neben den Hauptleistungspflichten sind die Nebenpflichten zu beachten. Diese können je nach Bedeutung für das Projekt bloße Obliegenheiten, schadensersatzsanktionierte Sekundärpflichten (§ 280 BGB) oder gar einklagbare Nebenleistungspflichten sein. Wichtig ist die bereits erwähnte Mitwirkungspflicht des Auftraggebers. Daneben stehen Vertraulichkeitspflichten beider Seiten im Vordergrund.

1. Vertraulichkeit und Datenschutz

Schon von ersten vorvertraglichen Kontakten an sind **die besonderen Vertraulichkeitsvorgaben** zu beachten. Im Rahmen eines IT-Projekts erfahren beide Seiten sehr viel von dem betrieblichen Know-how des jeweils anderen. Deshalb ist es wichtig besondere Verschwiegenheitspflichten vertraglich zu vereinbaren und diese durch Sanktionen abzusichern.[1117]

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 personenenbezogen Daten an IT-Projektunternehmen preisgeben. Damit ist die Erbringung von IT-Services in diesem Sektor sehr problematisch.

Ansonsten gelten die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben des **Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)**, das einerseits von der EU-Datenschutzrichtlinie 97/66/EG und andererseits stark von den Vorgaben des **Volkszählungsurteils** des BVerfG beeinflusst worden ist.[1118] Jeder Bürger habe 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

---

[1117] Siehe Muster zum Softwareerstellungsvertrag im Anhang (§ 3 Abs. 2).
[1118] *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 420/83, BVerfGE 65, 1.

Verwendung seiner persönlichen Daten […] bestimmen". Daraus ergibt 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 gilt 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 bedürfen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Schließlich unterliegen die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten einer strengen **Zweckbindung**.

Vorab ist zu beachten, dass **Rechtswahlklauseln nach Art. 3, 9 Rom I-VO** auf die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts keine Auswirkung haben. Die Anwendbarkeit des BDSG hängt gem. § 1 Abs. 5 BDSG entscheidend von dem Ort der Niederlassung des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen ab (**Territorialitätsgrundsatz**).[1119]
Das BDSG findet uneingeschränkt Anwendung bei personenbezogenen Daten natürlicher Personen (§ 3 Abs. 1 BDSG), die unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet und genutzt werden (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG). **Personenbezogene Daten** sind laut Legaldefinition „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person" (§ 3 Abs. 1 BDSG). Der Datenschutz ist folglich **auf natürliche Personen begrenzt**. Sensible Unternehmensdaten finden folglich keinen Schutz über das BDSG, sondern allenfalls über die Regelungen zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im UWG oder über § 823 Abs. 1 BGB (über das Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Unternehmens[1120]).
Das BDSG umfasst den Schutz für die Erhebung (§ 3 Abs. 3 BDSG), Nutzung (§ 3 Abs. 5 BDSG) und Verarbeitung (§ 3 Abs. 4 BDSG) von Daten. Unter die **Verarbeitung von Daten** gem. § 3 Abs. 4 BDSG fallen die Speicherung (Nr. 1), Veränderung (Nr. 2), Übermittlung (Nr. 3), Sperrung (Nr. 4) und Löschung (Nr. 5). Grundsätzlich ist jede Verarbeitung personenbezogener Daten verboten. Ausnahmsweise ist die Verarbeitung erlaubt, wenn der Betroffene eingewilligt hat (§ 4a Abs. 1 BDSG) oder eine gesetzliche Vorschrift die Verarbeitung legitimiert.[1121] § 28 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG legitimieren die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Zweckbestimmung seines Vertragsverhältnisses mit dem

---

1119 *Schomerus*, in: *Gola*, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 1 Rn. 27f.
1120 *BGH*, Urt. v. 8.2.1994 – VI ZR 286, 93, NJW 1994, 1281 = CR 1994, 396.
1121 *BAG*, Beschl. v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, NJW 1987, 674.

Betroffenen oder soweit diese zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist.

2. Vorvertragliche Pflichten

Bei Vertragsverhandlungen sind die Parteien bis zum endgültigen Vertragsschluss in ihren Entschließungen grundsätzlich frei.[1122] Allerdings sichern sie sich oft durch einen sog „**Letter of Intent**" oder (spezifischer) durch ein „**Memorandum of Understanding**" vorvertraglich gegen einen ungerechtfertigten Abbruch der Vertragsverhandlungen ab. In einer solchen Absichtserklärung wird typischerweise eine besondere Exklusivität der Vertragsverhandlungen abgesichert; hinzukommen Vertraulichkeits- und Verschwiegenheitspflichten.

Im Hinblick auf den bevorstehenden Vertragsschluss gilt es zu beachten, dass der abrupte Abbruch von Vertragsverhandlungen unter Umständen Schadensersatzpflichten auslöst (§§ 280 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.[1123] 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

---

1122 *BGH*, Urt. v. 29.3.1996 – V ZR 332/94, MDR 1996, 672 = NJW 1996, 1884, 1885.

1123 *BGH*, Urt. v. 8.6.1978 – III ZR 48/76, NJW 1978, 1802; *Schulze*, in: Schulze u.a., BGB, 8. Aufl. 2014, § 311 Rn. 32.

dieser Unwirksamkeit gilt für den Fall der Arglist des Auftraggebers, etwa weil er Vorarbeiten einfordert, obwohl er dieser nur für eine eigene Planung unentgeltlich verwerten will.

a) Aufwendungsersatz, § 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*[1124] 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 Nichtsabschluss des Vertrags in seiner Sphäre begründet ist. Auch seien nur solche Aufwendungen zu ersetzen, **mit denen der Auftraggeber rechnen muss** und die 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.[1125] Der Anbieter muss z.B. von sich aus die innerbetrieblichen Bedürfnisse ermitteln, darauf drängen, dass der Anwender sie in einem Pflichtenheft niederlegt, für ihn erkennbare Unklarheiten und Bedürfnisse aufklären, bei der Formulierung der Aufgabenstellung mitwirken und einen Organisationsvorschlag zur Problemlösung unterbreiten. Versäumt der Anbieter diese Pflicht, ist er verantwortlich dafür, dass einem Programm die erforderliche Unkompliziertheit und Eignung für die individuellen Bedürfnisse des Anwenders fehlt. Grundsätzlich ist es Sache des Bestellers, für den Auftragnehmer das für die Programmierung der Software erforderliche Anforderungsprofil zu erstellen.[1126] Der Auftragnehmer muss daran aber in der Weise mitwir-

---

1124 *LG Stuttgart*, CR 2002, 644.

1125 *OLG Köln*, Urt. v. 6.3.1998 – 19 U 228/97, NJW-RR 1999, 51.

1126 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.

ken, 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.[1127] 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 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.[1128]

Die Regelung des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB in Bezug auf **Werbeaussagen** wurde hingegen nicht übernommen. Der Gesetzgeber ging davon aus[1129], 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

---

1127 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.

1128 *OLG Köln*, Urt. v. 29.7.2005 – 19 U 4/05, *OLGR Köln* 2005, 642.

1129 BT-Drs. 14/6040, S. 80.

dem Produkt geschuldet ist.[1130] Fehlt ein Pflichtenheft, ist eine Softwarelösung entsprechend dem **Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard** geschuldet.[1131] 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.[1132]

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.[1133] 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 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 Fall[1134] zu entscheiden, bei dem ein Softwareunternehmen die Lieferung und Installation eines Warenwirtschaftssystems, sowie dessen Anbindung an mehrere Onlineshops schuldete. Den von der Vorinstanz[1135] 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 Mangelerscheinungen, 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 Mangelerscheinungen 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

---

1130 *BGH*, Urt. v. 20.2.2001 – X ZR 9/99, CR 2001, 367 m. Anm. *Hoene*.
1131 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 18.7.1997 – 22 U 3/97, CR 1997, 732.
1132 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 28.9.2001 – 5 U 39/99, CR 2002, 324.
1133 *BGH,* Urt. v. 23.10.2008 – VII ZR 64/07, NJW 2009, 360 = NZBau 2009, 117; *Busche,* in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 640 Rn. 45.
1134 *BGH*, Urt. v. 5.6.2014 – VII ZR 276/13.
1135 *OLG Celle*, Urt. v. 12.9.2013 – 5 U 63/12.

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.[1136] 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.[1137]

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.[1138] 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

---

[1136] *OLG München*, Urt. v. 20.12.2011 - 13 U 877/11, BauR 2014, 739.
[1137] *OLG München*, Urt. v. 20.12.2011 - 13 U 877/11, BauR 2014, 739.
[1138] BT-Drs. 14/6040, S. 265.

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 eine 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.[1139]

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.[1140]

Der Auftraggeber hat grundsätzlich nur dann Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln, wenn er dem Auftragnehmer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.[1141] 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. [1142] 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. [1143] 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 Auftrag-

---

1139 *OLG Celle*, Beschl.v. 10.2.1998 – 4 W 321/9, InVo 1999, 361.
1140 *LG Karlsruhe*, Urt. v. 19.10.2000 - = 136/98 KfH IV, ECR LG 320.
1141 *OLG München*, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11, IBR 2014, 205.
1142 *OLG München*, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11, IBR 2014, 205.
1143 *OLG München*, Urt. v. 13.3.2012 - 9 U 2658/11, IBR 2014, 205.

nehmers beurteilen und daraus rechtliche Schlussfolgerungen ziehen zu können. Floskelartige allgemeine Mängelbehauptungen reichen hierzu nicht aus. [1144]

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 Satz 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.[1145]

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 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.[1146] 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.[1147] In einem Fall ausdrücklicher Anweisungen kann der Unternehmer einen Zuschuss zu den Kosten der Nachbesserung und Nacherfüllung verlangen.[1148] Werden im Zuge der Nachbesserung Leis-

---

1144 *OLG München*, Urt. v. 13.3.2012 – 9 U 2658/11, IBR 2014, 205.
1145 *OLG Köln*, Urt. v. 8.12.2000 – 19 U 184/00, CR 2001, 437.
1146 *BGH*, Urt. v. 10.10.1985 – VII ZR 303/84, BGHZ 96, 111.
1147 *RG*, Urt. v. 16.11.1906 – VII 49/06, RGZ 64, 295; *BGH*, JZ 1957, 442.
1148 *BGH*, Urt.v. 5.11.1998 – VII ZR 236/97, NJW 1999, 416 = BauR 1999, 252.

tungen erforderlich, die der Unternehmer nach dem Vertrag nicht zu erbringen hatte, sind diese sog. Sowieso-Kosten zu erstatten.[1149] 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.[1150] 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.[1151] Der Auftraggeber ist nicht weisungsberechtigt. Ausnahmen gelten nur dann, wenn der Unternehmer eine völlig unzureichende Nachbesserung plant, die von vornherein nicht zur nachhaltigen Mängelbeseitigung führen kann. Allerdings kann der Auftraggeber den Unternehmer aus seiner Haftung für Mängel entlassen, soweit dieser sich an die Nacherfüllungswünsche des Bestellers hält. Die Kosten der Nachbesserung trägt der Unternehmer (§ 635 Abs. 2 BGB). Dies schließt die Kosten von Vor- und Nebenarbeiten ein. Der zur Mängelbeseitigung verpflichtete Unternehmer hat nicht nur die dazu erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Er muss auch Schäden an sonstigem Eigentum des Bestellers beheben, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen.[1152] Der Verdienstausfall ist nicht Teil dieses Aufwendungsersatzanspruches; dieser kann nur als Teil des Schadensersatzes begründet werden.[1153] 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.[1154] 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.[1155] Kommt es zu spürbaren Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Werkes, ist

---

1149 *BGH*, Urt. v. 17.5.1984 – VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457.
1150 *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 17.6.1998 – 14 W 83/97, NJW-RR 1999, 1694.
1151 *BGH*, Urt. v. 23.9.1976 – VII ZR 14/75, BauR 1976, 430, 432.
1152 *BGH*, Urt. v. 8.6.1978 – VII ZR 161/77, BGHZ 72, 33.
1153 *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.
1154 *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.
1155 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 9.5.2000 – 23 U 189/99, BauR 2001, 1922, 1923.

ebenfalls der Hinweis auf die Unverhältnismäßigkeit nicht zulässig.[1156] 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.[1157] 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.[1158] Allerdings muss jeder Unternehmer prüfen, ob die Vorarbeiten eines anderen Unternehmers, auf denen seine eigene Leistung aufbaut, eine geeignete Grundlage bilden und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner eigenen Arbeit in Frage stellen könnten. Muss er insoweit Bedenken haben, hat er sie dem Auftraggeber mitteilen.[1159]

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.[1160] Das Selbsthilferecht nach § 637 Abs. 1 BGB setzt Verzug des Unternehmers voraus, insbesondere muss der Auftraggeber den konkret abgemahnten Mangel nicht fristgerecht beseitigt haben.[1161] 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.[1162] 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

---

1156 *BGH*, Urt. v. 4.7.1996 – VII ZR 24/95, NJW 1996, 3269.
1157 *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 28.4.1981 – 5 U 155/80, MDR 1983, 755.
1158 *OLG München*, Urt. v. 14.5.2002 – 28 U 5207/01, BauR 2003, 720.
1159 *OLG Schleswig*, Urt. v. 4.12.2012 - 3 U 102/09, IBR 2014, 138.
1160 *BGH*, Urt. v. 16.11.1993 – X ZR 7/92, BauR 1994, 242, 244.
1161 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.
1162 *BGH*, Urt. v. 8.7.1982 – VII ZR 301/80, BauR 1982, 496.

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.[1163] Die Kosten für die Feststellung der Mängel durch einen Drittunternehmer[1164], sowie die Mehrwertsteuer, nicht aber entgangener Gewinn.[1165] 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.[1166] Führt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht in überschaubarer Zeit durch, ist der Vorschuss ebenfalls zu versagen.[1167] 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 überschüssiger Vorschuss kann aber einbehalten werden, wenn sich nach der Vorschussanforderung weitere Mängel zeigen.[1168] 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.[1169] Das Leistungsverweigerungsrecht des Hauptunternehmers hängt dann nur davon ab, dass der Besteller die Mängelbeseitigung nich zulässt. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 BGB durch den Hauptunternehmer ist nicht treuwidrig.[1170]

1163 *BGH*, Urt. v. 12.10.1972 – VII ZR 51/72, BGHZ 59, 328.

1164 *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.

1165 *OLG Dresden*, Urt. v. 17.11.2000 – 11 U 0369/00, BauR 2001, 424, 425.

1166 *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.

1167 *OLG Nürnberg*, Urt. v. 27.6.2003 – 6 U 3219/01, NZBau 2003, 614.

1168 *BGH*, Urt. v. 13.7.1970 – VII ZR 176/68, NJW 1970, 2019.

1169 *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.

1170 *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.

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 Satz 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 dehalb ausgeschlossen, weil weder aus technischen noch aus rechtlichen Gründen ersichtlich sei, dass eine einheitliche, unteilbare Leistung vereinbart worden sei.[1171] Werden separate Preise für einzelne Module entrichtet, spreche dies für eine Teilrücktrittsmöglichkeit und gegen einen Interessenwegfall nach § 323 Abs. 5 BGB aufgrund der Preiskalkulation.[1172]

Die Minderung hat zur Folge, dass die Vergütung des Unternehmers herabgesetzt wird. Die Minderung ist anders als der Rücktritt (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB) auch bei unerheblichen Mängeln möglich. Für die Berechnung der Minderung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend (§ 638 Abs. 3 Satz 1 BGB). Der Minderungsanspruch umfasst die Kosten einer etwaigen Mängelbeseitigung ebenso wie ein merkantiler bzw. technischer Minderwert.[1173] 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.[1174]

1171 *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.

1172 *OLG Köln*, Urt. v. 14.2.2013 – 19 U 166/12= CR 2014, 367.

1173 *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.

1174 *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.

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.[1175] Die vorübergehende Nutzungsbeeinträchtigung in Folge eines deliktischen Eingriffs kann nach Auffassung des *BGH* einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen.[1176] 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.[1177]

VI. Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB

Literatur: Ralf Leinemann, das neue Bauvertragsrecht und seine praktischen Folgen, in: NJ neunw 2017,3 1113; Jennifer Ehrl, das neue Bauvertragsrecht im Überblick, in:: DstR 2017,2395; Tobias Breitling, Abnahme und Zustandsfeststellung nach neuem Recht ,in: NZBau 2017,393; Höpfner/Vollmann, die Reform des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, in: NJW 2017,3745; Witzel, Vertragsgestaltung für Generalunternehmer in IT-Projekten, in: CR 2018, 345.

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 kann[1178]; erklärt der Besteller trotz Mangellosigkeit des Werkes die Abnahme nicht, kann der Unternehmer nach erfolgloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.[1179]

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

---

1175 *BGH*, Beschl. v. 9.7.1986 – GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50.
1176 *BGH,* Urt. v. 9.7.1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 = BauR 1987, 312.
1177 *OLG Hamm*, Urt. v. 21.5.2003 – 12 U 15/02, NJOZ 2003, 2334 = BauR 2003, 1417.
1178 *BGH*, Urt. v. 27.2.1996 – X ZR 3/94, NJW 1996, 1749.
1179 *BGH*, Urt. v. 30.9.1971 – VII ZR 20/70, NJW 1972, 99; siehe zur Abnahme bei Softwareerstellung auch *Redeker*, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014, Kap. D Rn. 431.

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.[1180] 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.[1181] „Vorabnahmen" haben keine rechtlichen Wirkungen, es sei denn, die Parteien hätten dies ausdrücklich im Vertrag geregelt.

Die Abnahme darf gem. § 640 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigert werden. Für die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln ist auf Folgendes abzustellen:

- der Umfang der Maßnahme zur Mängelbeseitigung,[1182]
- 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.[1183]

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.[1184] Hat der Auftraggeber das nicht abgenommene Werk veräußert, ist eine Verweigerung der Abnahme nicht mehr möglich, sofern dadurch weitere Nachbesserungen verhindert worden sind.[1185]

Abnahmefiktionen sind problematisch. Zwar sieht § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB vor, dass es der Abnahme gleichstehe, wenn der Auftraggeber die Bauleistung nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt. Diese Verpflichtung kommt aber nur dann zum Tragen, wenn der Auftraggeber überhaupt zur Abnahme verpflichtet ist. Diese Be-

---

1180 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.11.1998 – 5 U 84/98, BauR 1999, 494.
1181 *OLG Köln*, Urt. v. 20.11.1997 – 18 U 54/93, OLGR 1998, 127.
1182 *BGH*, Urt. v. 15.6.2000 – VII ZR 30/99, NJW 2000, 2818 = NZBau 2000, 507.
1183 *BGH*, Urt. v. 26.2.1981 – VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448.
1184 *OLG Dresden*, Urt. v. 8.2.2001 – 16 U 2057/00, BauR 2001, 949.
1185 *BGH*, Urt. v. 25.4.1996 – X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883.

dingung kann zwar in der Individualvereinbarung, nicht aber in AGB anderes geregelt werden. Die fiktive Abnahme soll im neuen Gesetz zur Reform des Kauf- und Werkvertragsrechts[1186] neu geregelt werden. Danach fällt § 640 Abs. 1 S. 3 BGB weg. An seine Stelle tritt ein neuer Absatz 2, , der neue Regelungen zur fingierten Abnahme einfügt. 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 z.B. weil er das Werk für noch nicht vollendet hält, tritt die fiktive Abnahme auch bei solchen Werken ein, die offensichtlich wesentliche Mängel beinhalten.[1187]

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.[1188] 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.[1189] Früher war streitig, ob Software überhaupt abnahmefähig ist.[1190] Heute wird dies aber grundsätzlich bejaht.[1191] 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 „Zusam-

---

1186 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: 21.9.2016).

1187 Gsell/Krüger/Lorenz/Mayer/*Kögl*, beck-online.Großkommentar, § 640 BGB, Rn. 336; ähnlich auch *Langen*, NZBau 2015, 658, 659.

1188 Vgl. *Sprau,* in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 640 Rn. 3 m.w.N.

1189 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.

1190 Zweifelnd *OLG Celle*, Urt. v. 26.2.1986 – 6 U 154/84, CR 1988, 303, da Tauglichkeit erst bei Gebrauch feststellbar.

1191 Siehe etwa *OLG Hamburg*, Urt. v. 9.8.1985 – 11 U 209/84, CR 1986, 83.

menpassen“ überprüfen kann.[1192] Ein Arbeitsnachweis mit dem Vermerk „Anlage in Ordnung übergeben“ reicht nicht aus.[1193]

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.[1194] 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.[1195]

Eine schlüssige Abnahme liegt z.B. in

- der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme,[1196]
- der rügelosen Benutzung des Werkes,
- der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohns,[1197]
- dem Einbehalt des Betrages für gerügte Mängel im Rahmen des Schlussgespräches.[1198]

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.[1199] Ist die Leistung nur teilweise und vertragswidrig ausgeführt, kommt eine konkludente Abnahme nicht in Betracht.[1200] Auch liegt in einer Kündigung keine konkludente Abnahme.[1201] Ebenfalls kann die Nutzung der Software „unter Druck“ nicht als stillschweigende Abnahme angesehen werden. **Abschlagszahlungen** begründen ebenfalls keine konkludente Abnahme. Die vorbehaltslose Bezahlung einer (Abschlags-)Rechnung über eine zusätzliche Leistung enthält dementsprechend keine Aussage des Auftraggebers, zugleich den

---

1192 Vgl. *BGH*, Urt. v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290.
1193 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 28.9.2001 – 5 U 39/99, CR 2002, 324.
1194 *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.
1195 *LG Frankenthal*, Urt. v. 17.12.2013 – 6 O 457/12, BauR 2014, 740.
1196 *BGH*, Urt. v. 20.9.1984 – VII ZR 377/83, NJW 1985, 731.
1197 *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.
1198 *OLG Koblenz*, Urt. v. 29.7.1993 – 5 U 921/93, NJW-RR 1994, 786.
1199 *BGH*, Urt. v. 26. 9. 2013 – VII ZR 220/12, NJW 2013, 3513 = MDR 2013, 1394.
1200 *OLG Hamm*, Urt. v. 23.6.1995 – 12 U 25/95, NJW-RR 1996, 86.
1201 *BGH*, Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450 = 153, 244.

Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen.[1202] 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.[1203]

Die Billigung des Abnehmers durch stillschweigende Erklärung kann sowohl in einem **dauernden produktiven Einsatz trotz vorhandener Mängel**[1204] als auch in der **Fortsetzung des Einsatzes der Ware nach Kenntnis der Mängel** gesehen werden.[1205] Dies gilt allerdings nicht bei der sog. Notbenutzung zur Minderung drohender Schäden.[1206] Gegen die stillschweigende Billigung des Bestellers spricht ein umfangreicher Schriftwechsel zwischen den Parteien mit Mängelrügen und Aufforderungen zur Nachbesserung.[1207] 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.[1208] Auch die Zahlung soll konkludent als Abnahme angesehen werden können.[1209] Vor Vollendung der Software ist eine konkludente Abnahmeerklärung undenkbar; insofern kann die Abnahme hier frühestens ab Aushändigung des Benutzerhandbuchs erklärt worden sein.[1210]

Die vorbehaltslose Abnahme hat die Wirkungen des § 640 Abs. 2 BGB, wonach dem Auftraggeber die Gewährleistungsrechte bei Abnahme eines mangelhaften Werkes nur dann zustehen, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei Abnahme vorbehält. Ein Ausschluss der Mängelrechte kommt jedoch nur in Betracht, wenn der Auftraggeber in Kenntnis des Mangels die Abnahme vornimmt, wozu das positive Wissen des Auftraggebers gehört, durch welchen Fehler der Wert oder die vertragsmäßige Tauglichkeit des Werkes aufgehoben

---

1202 *OLG Dresden*, Urt. v. 11.1.2012 - 13 U 1004/11.
1203 *OLG Dresden*, Urt. v. 11.1.2012 - 13 U 1004/11.
1204 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.
1205 Vgl. *OLG München*, Urt. v. 5.7.1991 – 14 U 42/91, CR 1991, 609.
1206 Vgl. *BGH*, Urt. v. 15.11.1973 – VII ZR 110/71, NJW 1974, 95.
1207 Vgl. *OLG Hamm*, Urt. v. 8.3.1989, 31 U 12/88, CR 1989, 1091.
1208 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 28.9.2001 – 5 U 39/99, CR 2002, 324.
1209 *LG Aachen*, Urt. v. 18.12.1992 – 43 O 34/91, NJW-RR 1993, 1399.
1210 *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.

oder gemindert wird. Bloßes Kennenmüssen reicht für den Ausschluss der Gewährleistungsansprüche nicht aus.[1211]

Eine schlüssige Abnahme kommt ferner auch in Betracht, wenn die Software weiterveräußert worden ist.[1212] Selbst der Einbehalt eines Betrages für gerügte Mängel soll eine Abnahme mit sich bringen.[1213] Generell sollen Mängelrügen oder Mängelvorbehalte am Abnahmetermin eine konkludente Abnahme nicht ausschließen.[1214] Lehnt der Auftraggeber allerdings die Abnahme ausdrücklich ab, besteht kein Raum mehr für die Annahme einer konkludenten Abnahme.[1215] Auch bei unvollständiger Erbringung der Werkleistung, etwa bei fehlender Dokumentation kommt eine stillschweigende Abnahme nicht in Betracht.[1216] 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.[1217]

Bloßes Schweigen des Bestellers reicht i.d.R. nicht aus. Eine endgültige Abnahmeverweigerung des Bestellers setzt die Verjährungsfrist in Gang.[1218] 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.[1219] Eine in den AGB des Anbieters enthaltene Abnahmefiktion ist grundsätzlich unwirksam, z.B. die Abnahme bei Verweigerung der Unterschrift des Kunden unter die Abnahmebescheinigung.[1220] 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

---

1211 *LG Aachen*, Urt. v. 20.9.2013 – 7 O 312/12.

1212 So etwa im Baurecht *BGH*, Urt. v. 25.4.1996 – X ZR 59/94, NJW-RR 1996, 883, 884.

1213 *OLG Koblenz*, Urt. v. 29.7.1993 – 5 U 921/93, NJW-RR 1994, 786.

1214 *OLG Hamm*, Urt. v. 14.2.1996 – 12 U 157/94, OLGR Hamm 1996, 207.

1215 *BGH*, Urt. v. 10.6.1999 – VII ZR 170/98, NJW-RR 1999, 1246 = *BGH*, BauR 1999, 1186.

1216 *BGH*, Urt. v. 18.2.2003 – X ZR 245/00, BauR 2004, 337.

1217 *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.

1218 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.

1219 Vgl. *OLG Hamm*, BB 1991, Beilage 23 S. 5; *OLG Koblenz*, CR 1988, 463; *OLG Saarbrücken*, CR 1988, 470.

1220 Vgl. *OLG Hamm*, Urt. v. 12.12.1988 – 31 U 104/87, NJW 1989, 1041.

günstigste Auslegung soll bei einer solchen Klausel ergeben, dass auch die 40 %-Rate Abnahmereife voraussetzt.[1221]

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.[1222] Diese muss unmissverständlich gefasst sein.[1223]

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 vorbehaltener 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,[1224] auch wenn sie weder ein Anerkenntnis noch eine Beweislastumkehrbewirken.[1225]

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, eigen-

---

1221 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 27.10.1995 – 22 U 66/95, NJW-RR 1996, 821.
1222 *BGH*, Urt. v. 10.2.1994 – VII ZR 20/93, BGHZ 125, 111, 115.
1223 *BGH*, Urt. v. 11.5.2006 – VII ZR 300/04, NZBau 2006, 519 = NJW-RR 2006, 1248 = NJW-Spezial 2006, 409 = IBR 2006, 450.
1224 So auch *Kirberger*, BauR 2001, 492, 499; a.A. *Kiesel*, NJW 2000, 1675.
1225 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 14.3.2014 - I-22 U 134/13 = CR 2015, 158.

ständig nutzbar und damit auch abrechnungsfähig sei.[1226] Im Entwurf zu § 632 a Abs. 1 BGB ist vorgesehen,[1227] dass der Maßstab für die Berechnung einer Abschlagsforderung der Wert der von dem Unternehmer erbrachten und vertraglich geschuldeten Leistung sein soll. Demnach wird nun nicht mehr auf den Begriff des Wertzuwachses abgestellt werden, sondern auf den Wert der erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen. Die neuen Änderungen werden durchaus positiv bewertet, da vor allem Auslegungsschwierigkeiten in Zweifelsfällen besser vermieden werden können.[1228] 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.[1229] Der Gesetzesentwurf zu § 632 a BGB sieht vor, dass der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags für den Fall verweigern können soll, wo die erbrachten Leistungen vom vertraglichen Zustand abweichen. Damit wird dem Besteller auch bei wesentlichen Mängeln nur ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden, was unter derzeitigem Recht noch umstritten ist. Diese Neuerung wurde in der Stellungsnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf kritisiert.[1230] Die Voraussetzungen des § 632a BGB können individualrechtlich verändert werden, nicht jedoch in AGB.[1231] Wichtig für Voraus- und Abschlagszahlungen sind Abrechnungen der Leistungen.[1232] 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.[1233] 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.[1234] Kommt es zur Überzahlung, ergeben sich Ansprüche auf Rückzahlungen nicht aus Bereicherungsrecht, sondern aufgrund einer stillschweigend getroffenen Abre-

---

1226 Siehe z.B. *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 229.

1227 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: 21.9.2016).

1228 Gsell/Krüger/Lorenz/Mayer/*Mundt*, beck-online.Großkommentar, § 632a BGB, Rn. 121-22.

1229 Siehe *Erkelenz*, ZfBR 2000, 435, 437; a.A. *Rodemann*, Baurecht 2002, 863, 866, wonach der Anspruch auf Abschlagszahlung vollständige Mängelfreiheit voraussetzt.

1230 Gsell/Krüger/Lorenz/Mayer/*Mundt*, beck-online.Großkommentar, § 632a BGB, Rn. 123.

1231 Siehe *Böhme*, Baurecht 2001, 525, 532.

1232 *BGH*, Urt. v. 2.5.2002 – VII ZR 249/00, NJW-RR 2002, 1097.

1233 *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.

1234 *BGH*, Urt. v. 11.2.1999 – VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867.

de.[1235] 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.[1236] § 641 Abs. 3 BGB gibt dem Auftraggeber auch die Befugnis, mindestens das Dreifache der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten einzubehalten. Insofern käme es dann im Prozesswege zur Verurteilung Zug um Zug - Abschlag gegen Mängelbeseitigung.[1237] Nach Erteilung der Schlussrechnung gibt es keinen Anspruch mehr auf vereinbarte Abschlagszahlungen.[1238] Ähnliches gilt für die Kündigung des Auftragsverhältnisses oder die vollständige Leistungserbringung.[1239] Das Recht zur vorläufigen Abrechnung erlischt mit Erteilung der Schlussrechnung.[1240] Eine entsprechende Klage wäre dahin umzudeuten, dass nur noch ein Teilbetrag der Schlussrechnung geltend gemacht wird.[1241]

Von dem geschuldeten Werklohn kann der Auftraggeber einen Sicherheitsbetrag abziehen, sofern eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt.[1242] Die Tatsache, dass in einem Vertrag ein Einbehalt von 5 % geregelt ist, ist noch nicht eine Vereinbarung einer Sicherheitsleistung.[1243] 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.[1244] 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 Einbehalts von Werklohn oder der Stellung einer Bürgschaft erbracht werden. Typisch sind Kombinationen (z.B. 5 % Sicherheitseinbehalt auf zwei Jahre, Ablösung durch Bankbürg-

---

1235 *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.
1236 *BGH*, Urt. v. 25.10.1990 – VII ZR 201/89, NJW 1991, 565.
1237 *BGH*, Urt. v. 9.7.1981 – VII ZR 40/80, NJW 1981, 2801.
1238 *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.
1239 *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.
1240 *BGH*, Urt. v. 15.4.2004 – VII ZR 471/01, BauR 2004, 1146 = MDR 2004, 993.
1241 *BGH*, Urt. v. 15.4.2004 – VII ZR 471/01, BauR 2004, 1146 = MDR 2004, 993.
1242 *BGH*, Urt. v. 20.4.2000 – VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498, 1499.
1243 *BGH*, Urt. v 24.3.1988 – VII ZR 126/87, NJW-RR 1988, 851.
1244 *BGH*, Urt. v. 13.11.2013 – VII ZR 57/02 = NJW 2004, 443.

schaft möglich). Die formularmäßige Vereinbarung einer Bürgschaft auf erste Anforderung ist AGB-rechtlich nicht möglich.[1245]

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 Objekt, einschließlich der Person des Bestellers.[1246] 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 gilten soll. Das Gesetz sieht vor, die oftmals undetaillierten Regelungen des Werkvertragsrechts im Hinblick auf die mannigfaltigen Arten möglicher Vertragsgegenstände, zu modernisieren und sie an das komplexer gewordene Baurecht anzupassen.[1247] Zudem werden ergänzende, verbraucherschützende Regelungen im Bereich des Bauvertrags- und Werkvertragsrechts geschaffen. Hierzu ist eine ganze Bandbreite an Spezialregelungen für besondere Vertragsarten vorgesehen (z.B. Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag, Architektenvertrag, etc.).[1248]

Auch für den Bereich der Abnahme im Werkvertrag sind Änderungen vorgesehen. Ziel ist die Beschleunigung des Abnahmeverfahrens und damit die Schaffung von Rechtssicherheit im Hinblick auf die Vergütung gem. § 640 Abs. 1 BGB.[1249] So soll die aktuell gültige Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB, der die Nichtabnahme innerhalb einer bestimmten

---

[1245] *BGH*, Urt. v. 18.4.2002 – VII ZR 192/01, BauR 2002, 1239.

[1246] *Mansel,* in: Jauernig, 15. Auf. 2014, Anmerkung zu den §§ 644, 645 Rn. 6.

[1247] Beschlussemht-tps://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Bauvertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3pfehlung und Bericht des Ausschusses f. Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/11437, S. 1 (zuletzt abgerufen am 28.3.2017)..

Zum Text siehe auch die gute Synopse der Kanzlei CMS unter https://cms.law/de/DEU/Publication/Bauvertragsrechtsreform-2017 (zuletzt abgerufen am 28. März 2016)

[1248] *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*/ *Jerger,* Reform des Bauvertragsrechts und Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung, ZRP 2015, 237 (237).

[1249] Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 48.

Frist trotz Verpflichtung hierzu voraussetzt, modifiziert werden. Die Abnahmefiktion tritt also schon ein, wenn der Besteller nicht innerhalb der gesetzten Frist die Abnahme unter Angabe eines Mangels verweigert. Anders als bisher bei § 640 BGB ist der Besteller 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 ändert zwei wesentliche Details. Erstens wird die Vollendung des Werks zur Voraussetzung für die Setzung einer angemessenen Frist zur Abnahme, um den Missbrauch der Abnahmefunktion durch eine verfrühte Andienung des Werks zu vermeiden.[1250] Und zweitens kann der Unternehmer aus § 640 Abs. 2 BGB nF 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 die Formulierung mindestens ein „Mangel" ergab sich erst in letzter Sekunde der Bundestagsberatungen als Änderungsvorschlag aus den entsprechenden Fachausschüssen.[1251] Sie ist für die IT-Branche relativ fatal. Mag es im normalen Baurecht einfach zu sein, einen einzelnen Mangel als Solchen zu benennen, dürfte dies im Bereich der IT-Verträge schwierig sein. Die Nummerische 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.[1252] 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 Satz 1 BGB- nF).[1253]

VII. Kündigung

Literatur:

[1250] *Langen*, NZBau 2015, 658 (659).
[1251] Der Entwurf der Bundesregierung spricht noch von „Mängeln" in der Mehrzahl.
[1252] Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 48.
[1253] *Kimpel*, Der Entwurf des gesetzlichen Bauvertragsrechts aus der Sicht des gewerblichen Unternehmers, NZBau 2016, 734 (734).

Hoeren, Die Kündigung von Softwareerstellungsverträgen und deren urheberrechtliche Auswirkungen, CR 2005, 773; *Meyer-van Raay*, Der Fortbestand von Unterlizenzen bei Erlöschen der Hauptlizenz, NJW 2012, 3691.

Nach § 649 Satz 1 BGB kann der Anwender jeden Werkvertrag bis zur Vollendung kündigen. Er muss dann aber nach § 649 Satz 2 BGB die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen entrichten. Im Übrigen besteht immer ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 314 BGB. Ein solches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund soll nach dem neuen Gesetz zur Reform des Kauf- und Werkvertragsrechts[1254] auch in einem neuen § 648 a BGB geregelt werden. Lehnt der Anwender die Entgegennahme der Software und der übrigen Leistungen des Lieferers ab, dann liegt darin eine Vertragskündigung, die dem Lieferer einen Anspruch nach § 649 BGB eröffnet.[1255] 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.[1256]

Grundsätzlich kann jeder Werkvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden.[1257] 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.[1258]. Die außerordentliche Kündigung eines Werkvertrags könne in eine freie Kündigung umgedeutet werden, wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis in jedem Fall beenden wollte.[1259] 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 ver-

---

1254 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: 21.9.2016).

1255 *OLG Hamm*, Urt. v. 10.3.2006 – 12 U 58/05, CR 2006, 442 = MDR 2006, 626.

1256 *OLG München*, Urt. v. 24.4.2013 – 13 U 1800/12, NZBau 2013, 583 = NJW-RR 2013, 583.

1257 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12, NJW 2014, 521. Streitig ist, inweit § 649 auch für den Vertrag zwischen General- und Subunternehnmer gilt; Witzel, CR 2018,352.

1258 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12, NJW 2014, 521.

1259 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12, NJW 2014, 521.

einbarten Laufzeit nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann.[1260] Im neuen § 648 a BGB soll eine Kündigung aus wichtigem Grund auch ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist möglich sein. 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 entprechend. 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.[1261]

Gefährlich wäre allerdings ein Rückruf nach § 41 UrhG, der zu einem Rechtefortfall führen würde. Diese Vorschrift kommt vor allem dann zum Tragen, wenn ein Softwareentwickler merkt, dass sein Vertriebspartner die Software nicht vermarkten kann. Der Entwickler kann dann mit Berufung auf § 41 UrhG sein einmal übertragenes Nutzungsrecht zurückrufen. Allerdings geht dies nicht im Arbeitsverhältnis, etwa zugunsten angestellter Programmierer.[1262] Auch wenn nicht von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist, scheidet ein Rückruf des Urhebers von Computerprogrammen aus, wenn vom Auftraggeber eine Pauschalvergütung und keine laufende Lizenzgebühr gezahlt wurde.[1263]

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.[1264] Das Nutzungsrecht sei derart mit dem beim Urheber verbleibenden Mutterrecht (§ 29 Satz 2 UrhG) verbunden, dass es bei Wegfall des vorgegebenen Zwecks automatisch an den Urheber zurückfalle. Das Recht des Urhebers erstarke damit wieder zum Vollrecht.[1265] Ist das Abstraktionsprinzip tatsächlich im Rahmen des Urhebervertragsrechts – entgegen der diesseitig vertre-

---

1260 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 5.12.2013 – 5 U 135/12, NJW 2014, 521.

1261 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: 22.9.2016).

1262 *Schulze,* in: Dreier/Schulze, 5. Aufl. 2015, UrhG, § 41, Rn. 5.

1263 *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl. 2014, § 69a, Rn. 72; *Link*, GRUR 1986, 141, 146.

1264 *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, 59 und *Hoeren*, CR 2005, 773.

1265 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, § 83 II. Siehe auch *LG München I*, Urt. v. 6.5.2004 – 7 O 18782/03, ZUM 2005, 336, 339.

tenen Auffassung – nicht gültig, wäre eine gesonderte Rückübertragung auf den Urheber nach Erlöschen des zu Grunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts nicht erforderlich.[1266]

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.[1267] Das Werkexemplar selbst muss nicht herausgegeben werden.[1268] 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.[1269]

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 ausgehebelt würde.[1270] Ebenso unwirksam wäre eine Klausel des Auftragnehmers, wonach dieser den Anspruch auf die volle Vergütung ohne Rücksicht auf die erbrachten Leistungen hat.[1271] Verboten ist schließlich auch eine Klausel, wonach ein Anspruch auf Vergütung nur insofern bestehe, als die erbrachten Einzelleistungen vom Auftraggeber auch tatsächlich verwertet werden.[1272] Pauschalierungen der entsprechenden Vergütung dürfen nicht unangemessen niedrig oder hoch sein.[1273]

Ein besonderes Kündigungsrecht besteht im Übrigen noch nach § 650 BGB bei wesentlicher Überschreitung eines Kostenanschlags. Zwar ist der Kostenanschlag nur eine unverbindliche Berechnung der voraussichtlichen Kosten. Eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlags führt aber trotzdem zum Kündigungsrecht. In diesem Fall steht dem Auftragnehmer nur ein Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil des Werklohns und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zu (§ 645 BGB analog). Zum

---

1266 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.

1267 *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 5. Aufl. 2015, UrhG, § 42 Rn. 29.

1268 *OLG Celle*, Urt. v. 1.12.1999 – 13 U 69/99, NJW 2000, 1579 = ZUM 2000, 325 – Dissertationsexemplare; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 5. Aufl. 2015, UrhG, § 42 Rn. 12.

1269 *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.

1270 *BGH*, Urt. v. 8.7.1999 – VII ZR 237/98, NJW 1999, 3261.

1271 *BGH*, Urt. v. 16.4.1973 – VII ZR 140/71, NJW 1973, 1190.

1272 *OLG Zweibrücken*, BauR 1989, 227, 229.

1273 *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.

Schutze des Auftraggebers hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen, wenn eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlags zu erwarten ist (§ 650 Abs. 2 BGB). Das Unterbleiben einer solchen Anzeige löst einen Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzungen aus.[1274] 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.[1275]

Im Übrigen kann jeder Werkvertrag vom Auftraggeber aus wichtigem Grund gekündigt werden. Das Kündigungsrecht ergibt sich aus den Grundgedanken des § 242 BGB i.V.m. § 649 BGB.[1276] 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. Eine Abmahnung und Setzung einer Nachfrist ist grundsätzlich nicht erforderlich.[1277] Ansprüche aus § 649 BGB in Bezug auf die Vergütung für den noch ausstehenden Teil entfallen. Allerdings bleibt ein Anspruch auf Werklohn für erbrachte Leistungen erhalten, soweit die Leistungen für den Auftraggeber noch verwertbar sind. Als wichtige Gründe gelten:

- die Nichteinhaltung von Vertragsfristen mit besonderem Gewicht aus einem von dem Auftragnehmer zu vertretenen Grund,[1278]
- die schwere Verletzung von Kooperationspflichten, etwa durch Bindung seiner Leistungen an die Erteilung eines Nachtragsauftrages,[1279]
- die Durchführung eines Projektes entgegen den Regeln der Technik,
- die ständige Nichtbeachtung von Wünschen des Auftraggebers,
- besonders grobe Mängel,[1280]
- die Bindungen der Weiterarbeit an die Zahlung weiterer, nicht berechtigter Vergütungen,[1281]
- eine zu Unrecht erfolgte fristlose Kündigung und fehlende Kooperationsbereitschaft.[1282]

1274 *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 18.10.1988 – 14 U 80/87, NJW-RR 1989, 209.
1275 *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.
1276 *BGH*, Urt. v. 1.6.1951 – V ZR 86/50, NJW 1951, 836.
1277 *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 625.
1278 *BGH*, Urt. v. 12.2.2003 – X ZR 52/01, BauR 2003, 880.
1279 *OLG Brandenburg*, Urt. v. 7.5.2002 – 11 U 77/01, BauR 2003, 1734.
1280 *OLG Bremen*, Urt. v. 24.2.2000 – 2 U 90/95, OLGR Bremen 2000, 153.
1281 *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 11.3.1986 – 5 U 35/83, NJW-RR 1987, 979.

Liegt eine Kündigung mangels wichtigen Grundes nicht vor, ist die Kündigung so zu verstehen, dass eine Freikündigung gewollt ist.[1283]

Der Auftragnehmer kann nach §§ 642, 643 BGB kündigen, wenn der Auftraggeber seine Mitwirkungspflichten verletzt und der Unternehmer dem Auftraggeber eine angemessene Frist zur Nachholung mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat. Er kann darüber hinaus nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis gefährdet und dem Auftragnehmer die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist.[1284] Eine solche Kündigung aus wichtigem Grund ist z.B. möglich bei

- der Verletzung von Kooperationspflichten, etwa bei unberechtigter fristloser Kündigung,[1285]
- der ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Bezahlung fälliger Abschlagsrechnungen.[1286]

Im Falle einer Kündigung stellen sich Sonderprobleme hinsichtlich des Werklohnanspruchs. Die Kündigung führt dazu, dass der Vertrag ex nunc aufgehoben ist. Insofern bleiben Rechte des Auftraggebers bestehen, die Beseitigung von Mängeln für die bislang erbrachten Leistungen fordern zu dürfen.[1287] Ist die Programmierung beendet und das Projekt abgeschlossen, ist für die Kündigung kein Raum mehr. Insofern besteht dann auch eine Abnahmeverpflichtung, die man durch eine Kündigung nicht unterlaufen kann. Teilkündigungen sind zulässig, wenn eine entsprechende Trennung einzelner Leistungen in Einzelleistungen möglich ist. Mit der Kündigung entfällt das Recht des Auftragnehmers, Abschlagszahlungen verlangen zu dürfen. Als Gestaltungsrecht ist die Kündigung bedingungsfeindlich. Der Auftraggeber kann den Softwarevertrag nach § 649 BGB jederzeit kündigen, ohne Einhaltung einer Frist und ohne besondere Begründung. Der Auftragnehmer kann dann seinerseits den Werklohn in voller Höhe verlangen. Er muss sich das anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Hinsichtlich der Ersparnisse muss der Auftraggeber nicht hinnehmen, dass die Abrechnung ihm Vorteile aus dem geschlossenen

---

1282 *BGH*, Urt. v. 23.5.1996 – VII ZR 245/94, NJW 1996, 2158.

1283 *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.

1284 *BGH*, Urt. v. 19.2.1969 – VIII ZR 58/67, NJW 1969, 975, 976.

1285 *BGH*, Urt. v. 23.5.1996 – VII ZR 245/94, NJW 1996, 2158.

1286 *BGH*, NJW 1975, 1467.

1287 *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.

Vertrag nimmt. Er darf aber auch keinen Vorteil daraus ziehen, dass ein für ihn ungünstiger Vertrag gekündigt worden ist.[1288] 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.[1289] Der *BGH* will allerdings schon so genannte „Füllaufträge" im Rahmen des anderweitigen Erwerbs anrechnen lassen.[1290] Die Darlegungs- und Beweislast für den Vergütungssatz trägt der Auftragnehmer, auch was die ersparten Aufwendungen und den anderweitigen Erwerb angeht.[1291] Den Auftraggeber trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass höhere Ersparnisse oder mehr an anderweitigem Erwerb erzielt wurde, als der Auftraggeber sich anrechnen lassen will.[1292] Die Darlegung des Auftragnehmers zu den ersparten Aufwendungen muss so beschaffen sein, dass der Auftraggeber die entsprechenden Angaben überprüfen und Stellung beziehen kann.[1293] Nicht ausreichend ist es, wenn der Auftraggeber ohne Substantiierungen Ersparnisse einfach behauptet und Sachverständigenbeweise antreten will.[1294] Der Auftragnehmer muss seine maßgeblichen Preisermittlungskriterien nachträglich zusammenstellen und konkret zu den ersparten Aufwendungen vortragen, um auf diese Weise dem in der Regel nicht unterrichteten Auftraggeber zu ermöglichen, sachgerecht dazu Stellung zu nehmen.[1295]

Im Rahmen der Kündigung wird durch die **Reform des Bauvertragsrechts** zum 1. Januar 2018 die bisherige Kündigungsmöglichkeit aus § 649 BGB um die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB nF 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.[1296] Damit soll die bisher auf Richterrecht basierende außerordentliche Kündi-

---

1288 *BGH*, Urt. v. 21.12.1995 – VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282.
1289 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 11.3.1986 – 5 U 35/83, BauR 1988, 599, 605.
1290 *BGH*, Urt. v. 21.12.1995 – VII ZR 198/94, NJW 1996, 1282.
1291 *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.
1292 *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.
1293 *BGH*, Urt. v. 14.1.1999 – VII ZR 277/97, NJW 1999, 1253.
1294 *OLG Frankfurt*, NJW-RR 1987, 979, 981.
1295 *BGH*, Urt. v. 7.11.1990 – VII ZR 82/95, NJW 1997, 733.
1296 *Langen*, NZBau 2015, 658 (660).

gungsmöglichkeit anerkannt werden und mithin Rechtssicherheit für die Praxis herbeiführen. 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.[1297] Letztendlich wird damit jeder Softwareerstellungsvertrag als Langzeitvertrag angesehen, der einem Dauerschuldverhältnis nahe kommt.

Eine echte Neuheit ist die in § 648a Abs. 2 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.[1298] Bei der Teilkündigung scheint es sinnvoll, die abgrenzbaren Leistungen nach den im Vertrag vorgesehenen Kriterien zu bemessen.[1299] Für die IT-Szene ergibt sich daraus die Notwendigkeit, Projekte klarer in 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 nF ergebende **Mitwirkungspflicht** bei der Leistungsstandfeststellung ist 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 Satz 2 BGB NF auf diese Partei über, es sei denn, sie hat ihr Fernbleiben nicht zu vertreten und setzt die andere Partei hiervon unverzüglich in Kenntnis.[1300] 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.[1301]

Der Wortlaut der Vorschrift ist schwer zu verstehen

[1297] Ebd.
[1298] Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.
[1299] *Langen*, NZBau 2015, 658 (661).
[1300] BeckOGK/*Reiter* BGB § 649 Rn. 222.
[1301] Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.

„(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 Leistungsstandsfeststellung 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 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.[1302] Insofern geht es hier eher um Mitwirkungspflichten im Rahmen der Nebenpflichten. Dementsprechend knüpft § 648a Abs. 4 an die verweigerte Mitwirkung einer Art Umkehr der Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Im IT-Bereich würde dies dazu führen, 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 nicht zu vertreten war[1303] und der entsprechende Umstand der anderen Vertragspartei unverzüglich[1304] mitgeteilt worden war. Die Formulierung ist hier nicht ganz klar. § 648a Abs. 4 nennt zwei Umstände für die Umkehr der Beweislast, nämlich einmal die Verweigerung der Mitwirkung oder das Fernbleiben bei einer 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 „fern bleibt". 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 andere Vertragspartei hat nämlich immer noch die Möglichkeit eine angemessene Frist zur Feststellung zu setzen. Neben der Verweigerung der Leistungsstandsfeststellung ist eine Versagung der Feststellung möglich. Einer Vertragspartei wird die Möglichkeit genommen, den Leistungsstand festzustellen (zB. durch ein Verbot, das Grundstück zu betreten). Daraus ergibt sich

---

[1302] 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.

[1303] 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

[1304] Unverzüglich bedeutet gem. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern". Die Bestimmung erfolgt im Einzelfall.

neben der Beweislastumkehr ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung nachträglicher Kooperationspflichten nach §§ 241, 280 ff. BGB.[1305]

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 Leistungsstandsfeststellung in § 648a 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 werden damit **Strukturen der VOB/B** ins allgemeine Werkvertragsrecht übernommen. Allerdings geht §648a BGB über die VOB/B hinaus, als letztere nur guilt, „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.[1306] Im Kern ist die Leistungszustandsfestellung nicht notwendig mit der Mängelfrage verknüpft; es geht im wesentlich nur um eine Feststellung mit Bezug auf den „Zustand“ und damit um eine rein objektive Feststellung der Leistung beschränken. [1307] 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. [1308]

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

---

[1305] So das Schrifttum zur VOB/B Gartz, in: Nicklisch u.a. VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 4 Rdnr. 176.
[1306] So das Beispiel von Gartz, in: Nicklisch u.a. VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 4 Rdnr. 166.
[1307] So Gartz, in: Nicklisch u.a. VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 4 Rdnr. 167.
[1308] Kapellmann/Messerschmidt/*Merkens* VOB/B § 4 Rn. 226; Leinemann/*Leinemann* VOB/B § 4 Rn. 193; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/*Bschorr* VOB/B § 4 Rn. 335

übergeht, sondern bereits wenn die Verweigerung der Feststellung oder das Fernbleiben des Termins erfolgt.[1309]

VIII. 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.[1310] 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 § 651 BGB eine Einordnung der Vertragspflichten als auf die Herstellung einer Sache gerichtet ablehnt, kann jetzt hier bei der Verjährung nicht anders werten. Er müsste mangels Sachbezug für die Anwendung von § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB plädieren und damit für die sehr unkonturierte Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis des Mangels. 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 „schizoide“ Haltung lässt sich

---

[1309] Genau diese Rechtsfolge ist bei den VOB/B allerdings umstritten; siehe etwa Leinemann/*Leinemann* VOB/B § 4 Rn. 194; Ganten/Jansen/Voit/*Junghen* VOB/B § 4 Abs. 10 Rn. 8 gegen Gartz, in: Nicklisch u.a. VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 4 Rdnr. 1757 (mitVErweis auf die Regeln zur Beweisvereitelung im Einzelfall).

[1310] *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.

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.[1311] 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.[1312]

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.[1313] 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 jedoch

---

1311 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.

1312 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.

1313 So *BGH*, NJW 1993, 2054, 2055 allerdings zu § 11 Nr. 10 lit. f) AGBG a.F., der aber weitestgehend dem ehemaligen § 11 AGBG entspricht.

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.[1314]

Eine Verkürzung der Verjährungsfrist kann im Haftungsfall faktisch eine Haftungsbeschränkung darstellen.[1315] 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.[1316]

IX. Besonderheiten bei der Haftung

1. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel

Im Werkvertragsrecht kann der Besteller neben Minderung und Rücktritt auch Schadensersatz verlangen, wenn der **Mangel auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstand beruht**, §§ 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 Satz 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,[1317]
- den Eigenaufwand zur Schadensermittlung,[1318]

1314 So auch *Becker*, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 309 Nr. 8 lit. b ff) .

1315 *LG Düsseldorf*, Urt. v. 29.12.1993 – 12 O 322/93, NJW-RR 1995, 440, 441.

1316 *BGH*, Urt. v. 5. 11. 2015 – VII ZR 144/14 = NJW 2016, 52.

1317 *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.

1318 *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,[1319]
- den entgangenen Gewinn.[1320]

Der Anspruch verjährt binnen zwei Jahren ab Abnahme. Hinfällig ist die alte Unterscheidung zwischen Mangelschäden, engeren und entfernteren Mangelfolgeschäden.[1321] Alle Schäden werden nun gleichermaßen von § 634 Nr. 4 BGB umfasst.

2. Vertragsgestaltung

Das Werkvertragsrecht geht anders als das Kaufrecht stark von der **Dispositivität aller Bestimmungen** aus. Insbesondere fehlt es an einem Pendant zu § 475 BGB; das Verhältnis zwischen B2C ist weitgehend frei aushandelbar. Im Übrigen verweist § 651 BGB ohnehin auch für Werklieferungsverträge auf das Kaufrecht und damit auch auf § 475 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, 309 BGB (bei B2C) und § 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 § 475 BGB ist auch bei Verbrauchern im Werkvertragsrecht eine Beschränkung der Verjährung bis auf ein Jahr zulässig (§ 309 Nr. 8b ff. BGB).

1319 *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.

1320 BGH, Urt. v. 1.2.1974 – IV ZR 2/72, BGHZ 62, 103; siehe auch *Chrocziel*, CR 1988, 385.

X. Ausschluss der Gewährleistung

Zunächst ist fraglich, ob der Softwareersteller die Gewährleistung gänzlich ausschließen kann. Gegenüber Verbrauchern würde eine solche Klausel gegen § 309 Nr. 8b aa) BGB verstoßen.

Möglich ist die Vereinbarung einer gewissen Beschaffenheit des Werkes und damit der Definition von Sach- oder Rechtsmängeln im Rahmen des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB. Auch eine solche Klausel ist aber unzulässig, wenn sie faktisch einen Gewährleistungsausschluss darstellt. **Auch zwischen Kaufleuten** ist eine Klausel, die eine Gewährleistung gänzlich ausschließt, **unwirksam**.[1322] Gem. §§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB sind im Rahmen des § 307 BGB auch die Wertungen der §§ 308 und 309 BGB heranzuziehen. Aus §§ 309 Nr. 8b aa), 639 BGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Gewährleistung als eine vertragswesentliche Pflicht des Softwareerstellers ansieht, von der dieser nicht abweichen darf. Über § 307 BGB finden im Übrigen die Wertungen des § 640 Abs. 2 BGB auch auf AGB zwischen Unternehmern Anwendung, 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. 2 BGB nicht unbedingt anzunehmen. Eine solche Klausel ist danach nur dann unzulässig, wenn sie die Fiktion der Mängelfreiheit unabhängig von der Kenntnis des Anwenders vom Mangel annimmt und ihm nicht das Recht einräumt, sich die Gewährleistungsrechte vorzubehalten.

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 § 475 BGB entsprechende Regelung im Werkvertragsrecht gerade fehlt.

XI. Ausschluss oder Beschränkung der Nacherfüllung

Nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB hat der Anwender bei Mangelhaftigkeit des Werks ein **Recht auf Nacherfüllung**, also Mängelbeseitigung oder Neubeschaffung. Fraglich ist, inwieweit die Gewährleistung im Hinblick auf die Nacherfüllung beschränkt oder ausgeschlossen werden

---

[1322] *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.

kann. Für AGB, die zwischen zwei Unternehmern zur Anwendung kommen, gelten über §§ 307, 310 Abs. 1 BGB die Grundwertungen des § 309 BGB.[1323] 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. [1324] Neuherstellung kann der Auftraggeber nur dann fordern, wenn die vertragsgerechte Erfüllung auf andere Weise nicht möglich ist.[1325]

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.[1326]

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 Satz 2 BGB gilt die Nachbesserung nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen. Dies gilt gem. § 651 BGB auch für Werklieferungsverträge. Für die übrigen Werkverträge besteht keine entsprechend normierte Vermutung. Es kommt im Einzelfall auf die

---

1323 *Basedow*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 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.

1324 *BGH*, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528.

1325 *BGH*, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528.

1326 So schon in § 11 Nr. 10 lit. b) AGBG a.F.

Art und Schwere des Mangels, die technische Komplexität des Werks oder auch die wirtschaftlichen Nachteile des Anwenders an.[1327] Im Einzelfall kann deshalb auch nur ein Versuch zumutbar sein. Es ist daher nicht zweckmäßig, sich auf eine bestimmte Anzahl von Nacherfüllungsversuchen festzulegen.[1328] Wer dennoch eine Zahl vertraglich fixieren will, könnte bei einfacheren IT-Projekten mit Verweis auf die Nähe zum Kaufrecht versuchen, die in § 440 Satz 2 BGB erwähnte Zahl von zwei Versuchen zu fixieren.

Der Softwareersteller kann vom Besteller 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.[1329] 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.[1330]

Dem Besteller müssen Minderung und Rücktritt also ausdrücklich für den Fall des Fehlschlagens vorbehalten bleiben. Eine Beschränkung dieser beiden Rechte ist nicht zulässig.[1331] Im Werkvertragsrecht existiert im Übrigen – im Gegensatz zum Kaufrecht – kein normiertes Rückgriffsrecht des Softwareerstellers gegen seine Lieferanten. § 478 BGB gilt gem. § 651 BGB nur für Werklieferungsverträge. Der Softwareersteller kann dies seinem Lieferanten gegenüber jedoch in seinen AGB durchsetzen. Im Übrigen hat er seinem Lieferanten gegenüber, mit dem er in der Regel Kaufverträge schließt, auch die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte.

Individualvertragliche Regelungen sind weitgehend möglich. Insofern ist eine Beschränkung der Gewährleistungsrechte auf Nacherfüllung grundsätzlich zulässig. Dafür spricht auch, dass eine Beschränkung im Werkvertragsrecht gem. § 639 BGB nur für die Fälle der Garantie und der Arglist ausdrücklich ausgeschlossen wird.

1327 *BGH*, Urt. v. 29.10.1997 – VIII ZR347/96, NJW 1998, 677, 678; *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2015, § 309 Nr. 8 Rn. 62.

1328 *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.

1329 *Wurmnest*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 309 Nr. 8, Rn. 59.

1330 Siehe dazu *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2015, § 309 Nr. 8, Rn. 83.

1331 *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.

XII. Kosten der Nacherfüllung

Der Softwareersteller wird ein Interesse daran haben, dass der Anwender die Kosten der Nacherfüllung trägt. Fraglich ist, ob eine entsprechende Vereinbarung zulässig ist. Eine individualrechtliche Vereinbarung von **Kostentragungspflichten** des Anwenders zwischen Unternehmern ist zulässig. Bei AGB sind die Wertungen des § 309 BGB zu beachten. 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.[1332]

Im Gegensatz zu § 476a BGB a.F., auf den § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. verwies, gibt es in § 635 Abs. 2 BGB 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.[1333] 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 Satz 2 BGB sind auch die Wertungen der §§ 308 und 309 BGB im Rahmen des § 307 BGB zu beachten. Somit ergibt sich also die Unwirksamkeit einer Kostentragungsklausel zu Lasten des Anwenders auch im kaufmännischen Bereich aus § 309 Nr. 8b cc) BGB.[1334]

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**

1332 *OLG Köln*, Urt. v. 9.1.1987 – 6 U 89/86NJW-RR 1987, 1192.
1333 *BGH*, Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 258/94, NJW 1996, 389, 390.
1334 *Wurmnest*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 309 Nr. 8 Rn. 56.

nach einem unberechtigten Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers entschieden.[1335] 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.

XIII. Rügepflichten

Die **Rügepflichten aus §§ 377, 378 HGB** finden auf Werkverträge keine Anwendung. Daher kommt im B2B-Bereich eine vertragliche Auferlegung von Rügepflichten in Betracht. Individualvertraglich können Rügepflichten ohne weiteres vereinbart werden. Soweit dies faktisch einen Gewährleistungsausschluss darstellt, ist § 639 BGB zu beachten. In AGB zwischen Unternehmern können ebenfalls **Rügepflichten vereinbart** werden. Eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB kann aber im Einzelfall dann vorliegen, wenn die Frist so kurz ist, dass sie faktisch einem Gewährleistungsausschluss gleichkommt.[1336]

Gem. § 309 Nr. 13 BGB darf als Form der Anzeige höchstens Schriftform verlangt werden.[1337] Das Erfordernis besonderer Zugangsformen, also z.B. „per Einschreiben“, ist unzu-

---

1335 *BGH*, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, NJW 2008, 1147 = JuS 2008, 746 m. Anm. *Faust*.

1336 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.

1337 Diese aber nach der bisherigen Rechtsprechung des *BGH* zu § 11 Nr. 16 AGBG unbeschränkt, NJW-RR 1989, 625, 626.

lässig.[1338] § 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.[1339] 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.[1340]

XIV. 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.[1341]

Für die in § 637 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB genannten Fälle kann der Softwareersteller **keine Fristsetzung** verlangen. Eine Klausel, nach der „in jedem Fall“ eine Fristsetzung erforderlich sein soll, ist deshalb unzulässig.

Nach § 637 Abs. 3 BGB kann der Anwender von dem Softwareersteller für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen einen Vorschuss verlangen. Für die Nachbesserung durch den Verkäufer war dieser Anspruch bisher in § 476a a.F. BGB normiert. Dieser wurde über § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB auch für die Begründung des Aufwendungsersatzan-

---

1338 *BGH*, Urt. v. 28.2.1985 – IX ZR 92/84, NJW 1985, 2585, 2587; *Wurmnest*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 309 Nr. 13 Rn. 5.

1339 *Wurmnest*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 309 Nr. 13 Rn. 6.

1340 Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 307 Rn. 17, 38; noch zum alten AGBGB *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 11 Nr. 16 AGBG, Rn. 12; *Wolf*, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 11 Nr. 16 AGBG, Rn. 16.

1341 *Schudnagies*, NJW 2002, 396, 397; siehe dazu auch die Begründung zum Gesetzesentwurf in BT-Drs. 14/6040, 266.

spruchs des Anwenders herangezogen.[1342] Ein Ausschluss dieses Rechts wäre über § 307 BGB ebenfalls unzulässig.

Individualvertraglich ist das Selbstvornahmerecht des Bestellers in § 637 Abs. 1 BGB wohl abdingbar. Die Grenze besteht auch hier 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.[1343] Dafür kann angeführt werden, dass der Gesetzgeber im Werkvertragsrecht keine dem § 475 BGB entsprechende Norm geschaffen hat. Daraus muss man schließen, dass individualvertraglich grundsätzlich alles abdingbar sein soll.

XV. Haftungsfreizeichnung

§ 634 Nr. 4 i.V.m. §§ 636, 280, 281, 283 und 311a BGB gibt dem Anwender einen Anspruch auf **Schadensersatz** 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.[1344] Nach Auffassung des *BGH* ist demnach auch im B2B-

---

1342 *BGH*, Urt. v. 17.2.1999 – X ZR 40–96, NJW-RR 1999, 813, 814.
1343 Siehe dazu auch die Begründung in BT-Drs. 14/6040, 266.
1344 Siehe dazu auch die Begründung in BT-Drs. 14/6040, 156.

Bereich ein Haftungsausschluss lediglich für vertragsuntypische und daher kaum vorhersehbare Schäden möglich.[1345]

Weiter ist der Spielraum bei individualvertraglichen Regelungen. Nach § 276 Abs. 3 BGB kann die Haftung wegen Vorsatz dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden. Nach § 278 Satz 2 BGB gilt dies allerdings nicht für die Haftung von Erfüllungsgehilfen.[1346] Darüber hinaus ist für eigenes Verschulden eine Freizeichnung von der Haftung für fahrlässiges Handeln – auch für grobe Fahrlässigkeit – individualvertraglich möglich.

XVI. Ausschluss des Kündigungsrechts

§ 649 Satz 1 BGB gibt dem Softwareanwender bis zur Vollendung des Werkes ein Kündigungsrecht. Fraglich ist, inwieweit dieses ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Individualvertraglich kann das Kündigungsrecht grundsätzlich abbedungen werden.[1347] Anders ist die Lage bei AGB. § 309 BGB enthält kein Verbot einer solchen Klausel. Über § 307 BGB findet aber die Wertung des § 649 Satz 1 BGB Anwendung. Das Kündigungsrecht ist nach dem Willen des Gesetzgebers eine vertragswesentliche Pflicht, von der nicht abgewichen werden darf.[1348] 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 …“.[1349]

Nach § 649 Satz 2 BGB hat der Unternehmer einen Kostenerstattungsanspruch. Ersparte Aufwendungen muss er sich dabei anrechnen lassen. Eine Klausel, nach der der Anwender dem Softwareersteller „alle durch seine Kündigung entstandenen Kosten“ zu erstatten hat, ist deshalb wohl ebenfalls unwirksam.[1350] Möglich ist aber eine angemessene Pauschalierung, soweit dem Besteller der Gegenbeweis vorbehalten bleibt.[1351] Das gilt für Verträge sowohl zwischen Unternehmern als auch gegenüber Verbrauchern.

1345 *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.

1346 Hier kann also auch für vorsätzliches Handeln des Erfüllungsgehilfen die Haftung des Schuldners abbedungen werden.

1347 *OLG Celle*, Urt. v. 1.11.1960 – 10 U 104/60, MDR 1961, 318, 319.

1348 So zu § 649 BGB a.F. *BGH*, Urt. v. 8.7.1999 – VII ZR 237-98, NJW 1999, 3261, 3262; *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9-11 AGBG Rn. 212.

1349 *BGH*, Urt. v. 8.7.1999 – VII ZR 237-98, NJW 1999, 3261, 3262.

1350 In diese Richtung *BGH*, Urt. v. 10.10.1996 – VII ZR 250/94, NJW 1997, 259, 260.

1351 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; *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9–11 AGBG, Rn. 212.

XVII. Vergütung des Kostenanschlags

Der Softwareersteller hat ein Interesse daran, vom Anwender eine **Vergütung für seinen Kostenanschlag** zu erhalten. Die individualvertragliche Vereinbarung einer Vergütung des Kostenanschlags ist unproblematisch zulässig. Bei AGB finden über § 307 BGB die Wertungen des § 632 Abs. 2 BGB Anwendung. Danach ist der Kostenanschlag „im Zweifel" nicht zu vergüten. Fraglich ist, ob ein solcher Zweifelsfall vorliegt, wenn die Zahlungspflicht ausdrücklich in den AGB festgelegt ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung soll eine Vergütung nur für den Fall in Frage kommen, dass der Kostenanschlag Gegenstand eines separaten und auf beiden Seiten verpflichtenden Vertrags ist.[1352] 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.[1353] 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.[1354]

XVIII. Sonstige Klauseln

Literatur:
Huppertz/Schneider, Software-Lizenzaudits in Unternehmen, ZD 2013, 472; *Schrey/Krupna*, Softwarelizenzmanagement – Ein unterschätztes Compliance-Risiko, CCZ 2012, 141; *Kotthoff/Wieczorek*, Rechtsrahmen von Softwarelizenzaudits – Zulässigkeit und Grenzen, MMR 2014, 3.

Im Übrigen enthält der Softwareerstellungsvertrag – ähnlich wie der Softwarewareüberlassungsvertrag – am Ende eine Reihe „sonstiger" Klauseln, etwa zum Gerichtsstand und zum anwendbaren Recht. Die Klausel „Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig" ist AGB-rechtlich unwirksam.[1355] 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 Ge-

---

1352 *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.

1353 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.

1354 *BGH*, Urt. v. 3.12.1981 – VII ZR 368/80, NJW 1982, 765, 766; *Wolf*, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 9 Rn. K 13.

1355 *BGH*, Urt. v. 3.12.1981 – VII ZR 368/80, NJW 1982, 765, 766.

genansprüche 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

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.[1356] 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 ihren Kunden an und verlangen den Zugriff auf deren EDV im Rahmen eines „**Software licensing audit**". Die Auditierungsmaßnahmen[1357] dienen dazu, die **Einhaltung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse** zu überprüfen.[1358] 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 gem. § 242 BGB oder den §§ 809 ff. BGB ergeben.

Mit der Einführung des § 101a BGB 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

---

1356 http://www.dis-arb.de/ (zuletzt abgerufen am 5.10.2015).
1357 Die Details einer solchen Auditierung sind geregelt in der Norm ISO/IEC 27001:2005.
1358 Vgl. *Strittmatter/Harnos*, CR 2013, 621.

darf nicht Ziel des Anspruchs sein[1359], es müssen vielmehr konkrete Anknüpfungstatsachen und Verdachtsmomente vorliegen[1360]. Mit einem Audit verfolgt das 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 auszulegen[1361] 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.[1362]

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.[1363] § 101 a 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 gem. § 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. Es handelt sich bei dem in Anspruch Genommenen nicht um einen Rechtsverletzer, sondern im Rahmen des Audits wird 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.

Darüberhinaus sind die Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit der Inanspruchnahme i.R.d. § 101a UrhG zu berücksichtigen und die Interessen des Lizenznehmers umfassend zu würdi-

---

1359 Korthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3 (3)

1360 Korthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3 (4)

1361 Wandtke/Bullinger/*Ohst,* Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage 2014, § 101 a UrhG Rdnr. 4.

1362 Korthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3 (5).

1363 *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.

gen. 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 Prüfunternehmen erfährt von zahlreichen Details des Innenlebens eines 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 von § 17 UWG. 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.[1364] Selbst wenn kein Fall des § 203 StGB vorliegt, müssen die **datenschutzrechtlichen Vorgaben** eingehalten werden.[1365] Ein Audit-Unternehmen erfährt einiges, das in den Bereich der personenenbezogenen Daten fällt, etwa über den Datenzugriff einzelner Mitarbeiter und deren IT-Nutzungsverhalten. Typischerweise ist das auditierende Unternehmen kein Beauftragter i.S.v. § 11 BDSG; es fehlt daher an einem Weisungsverhältnis zwischen Kunde und Prüfer. Insofern könnte eine Kenntnisgabe von Daten mit Personenbezug nur im Rahmen von § 28 Abs. 1 BDSG legitimiert werden.[1366] Zur Anwendung käme dann allerdings nur der Tatbestand des § 28 Abs. 1 S.1 Nr. 2 BDSG, der zu einer umfassenden Güterabwägung zwischen dem Übermittlungsinteresse des Kunden und den Schutzinteressen der Betroffenen führt. Der Kunde könnte sein Übermittlungsinteresse daraufstützen, dass er sich vertraglich gegenüber dem IT-Unternehmen zur Auditierung verpflichtet hat, er müsste dann aber noch abwägen, ob dieses vertragliche Interesse Vorrang vor den Schutzinteressen der Betroffenen hat. Dies dürfte ihm insofern schwer fallen, als er gar keinen Einfluss auf den von einem Externen vorgenommenen Auditierungsprozess hat. Er weiß also gar nicht, welche personenbezogenen Daten unter Umständen bei der Auditierung offenbart werden. Damit gerät er in eine gefährliche Zwickmühle; er soll auf der einen Seite seine vertraglichen Auditierungspflichten erfüllen, steht aber auch gleichzeitig den Betroffenen in Bezug auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben in obligo. Die unkonturierte Auditierungsverpflichtung kann den IT-Kunden zu einem permanenten Rechtsbruch verleiten und ist auch schon aus diesen Gründen nicht als sachangemessen anzusehen.

1364 *Ehmann*, CR 1991, 294; *Otto*, wistra 99, 203.
1365 *Huppertz/Schneider*, ZD 2013, 427.
1366 *Kotthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3, 8.

In jedem Fall muss eine Auditklausel die Auditrechte und -pflichten außerdem klar, einfach und präzise formulieren, da ansonsten ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt.

Um die AGB-rechtlichen Unwägbarkeiten zu umgehen, bleibt dem Softwareunternehmen dieMöglichkeit der Individualvereinbarung mit dem Linzenznehmer.[1367] 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.

13671367 *Korthoff/Wieczorek*, MMR 2014, 3 (9).

XX. Agile Programmierung

1. Einführung

Viele Softwareentwicklungsverträge folgen traditionell dem typischen Modell des Wasserfalls[1368] 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.[1369] 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.[1370] Zu den zwölf Prinzipien zählen:

- 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.

[1368] *Schmidl*, IT-Recht von A-Z,, 2. Aufl. 2014, Wasserfallmodell; dazu auch *Borkert*, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2013: Law as a Service (LaaS) – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, S. 927 .

[1369] Vgl. *Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow,* MMR 2012, 427, 428.

[1370] Abrufbar unter http://agilemanifesto.org/iso/de/manifesto.html (zuletzt abgerufen: Januar 2018); *Cohn*, Succeeding with Agile: Software Development Using Scrum, 2010. Zu Studien verschiedener Methoden agiler Programmierung s. hierzu auch die Übersicht *Koch*, ITRB 2010, 114, 115 f.

b) Die unterschiedliche Zusammenarbeit in traditionellen Projekten und im agilen Projekt

Entwickler und Business Teams interagieren sehr eng. Dazu wird das Projekt in kleine Entwicklungseinheiten unterteilt (genannt Wiederholung oder Sprints).[1371] 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 ist 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.[1372] Vernachlässigt wird traditionell die funktionale Spezifikation und Definition des Vertragszwecks und dessen Umsetzung als ständiger täglicher Prozessverlauf.[1373] 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.[1374]

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 Flexi-

---

[1371] Dazu *Borkert* (o. Fußn. 1482), S. 930; *Buchholz*, ZD-Aktuell 2013, 03170.

[1372] *Nicklisch*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1986; *Nicklisch*, Komplexe Langzeitverträge für neue Technologien und neue Projekte, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 2001, 2002; zum komplexen Langzeitvertrag s. ferner *Nicklisch*, NJW 1985, 2361; *Zahrnt*, CR 1992, 84.

[1373] Das ergebnisoffene Gestalten des Projektes ist daher systemimmanent; s. hierzu *Witzel*, CR 2017, 557; *Hoppen*, CR 2015, 747.

[1374] *Schneider,* ITRB 2010, 18, 20; *Frank,* CR 2011, 138.

bilität mit harten Konturen in Bezug auf die Abnahme und die Preisgestaltung im Allgemeinen zu kombinieren. Nicht alle Aktivitäten müssen notwendig agil erfolgen, denkbar 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 Einordungen nachher im Projektverlauf eine große Rolle spielen.[1375] 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 Nummer 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 § 651 BGB ausgeschlossen.[1376] Die umfangreichen Planungsarbeiten eines agilen Projektes sprechen daher dafür, von der werkvertraglichen Gewährleistung auszugehen und vor allem auf die Abnahme als bedeutendes Element abzustellen.[1377] 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

---

[1375] 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* 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.
[1376] *BGH,* NJW 2009, 2877; *Heinemann*, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie 2016: Smart World – Smart Law? Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, S. 633, 646.
[1377] *Fuchs/Meierhöfer/Morsbach/Pahlow*, MMR, 2012, 427.

Recht hat das *OLG Frankfurt* 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 mehr zu erwarten ist.[1378] 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.

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.[1379] Er ist verantwortlich, die Vision des Kunden und seine Anforderungen erfolgreich an das Entwicklungsteam zu kommunizieren.[1380] 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.[1381] Wichtig ist, dass von vornherein dessen Qualifikation für den Umgang mit Scrumprojekten klar ist.[1382] 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.[1383]

[1378] *OLG Frankfurt*, CR 2017, 646.
[1379] *Borkert* sieht darin ein Indiz für das Vorliegen eines Dienstvertrages. S. *Borkert* (o. Fußn. 2), S. 933.
[1380] Wichtig ist, dass weder der Product Owner und noch der Scrum Master arbeitsrechtliche Weisung erteilt; ausführlich hierzu *Friedl/Heise*, NZA 2015, 129, 133.
[1381] *Friedl/Heise*, NZA 2015, 129, 130.
[1382] Bedenken gegen die Qualifikation vor allem von unerfahrenen Anwender äußern auch *Bussche/Schelinski*, in: Leupold/Glossner, Münchner Handbuch IT Recht, 3. Aufl. 2013, Rdnr. 95.
[1383] S. hierzu *Hengstler*, ITRB 2012, 113, 115.

b). Das Entwicklungsteam

Als nächstes ist die Rolle des Entwicklungsteams festzulegen.[1384] 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 sein für Mitglieder, die Erfahrung mit der Kodierung oder dem Austesten haben.[1385] 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 Entwickler 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 Programmmaster 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.[1386] Er ist kein Produktkoordinator, sondern unterstützt nur den Eigentümer des Produktes und das Entwicklungsteam.[1387] Vertraglich ist es möglich, den Scrum Master aus den Entwicklungsmitarbeitern zu nehmen oder eine dritte Partei unabhängig vom Kunden oder vom Entwickler hinzuzuziehen.[1388] Schlüsselaufgaben des Scrum Masters müs-

---

[1384] Zu beachten ist, dass ein Einfluss des Auftraggebers auf die Zusammensetzung des Teams unter Umständen Sanktionen nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz auslöst.
[1385] *Friedl/Heise*, NZA 2015, 129, 131.
[1386] *Friedl/Heise*, NZA 2015, 129, 130 f.
[1387] *Schwaber/Sutherland*, Der Scrum Guide, 2017, S. 9,
.http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v2017/2017-Scrum-Guide-German.pdf (Zuletzt abgerufen: Januar 2018).
[1388] Bevorzugt wird der Scrum Master extern besetzt und dienstvertraglich mit dem Auftraggeber verbunden.

sen 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 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.[1389]

Beschrieben werden die einzelnen Charakteristika des zu entwickelnden Programms, dessen ökonomische Bedeutung wird eingeschätzt, genau wie auch der Zeitaufwand. Dann wird eine Priorität für jede Aufgabe festgelegt. Es entstehen oft 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

---

[1389] *Schwaber/Sutherland*), S. 16, http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v2017/2017-Scrum-Guide-German.pdf (Zuletzt abgerufen: Juli 2018).

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 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.[1390] 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.[1391] 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.[1392] 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.[1393] 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.

[1390] Der Festpreis spielt daher eine zentrale Rolle bei agilen Projekten, siehe dazu: *Opelt/Gloger/l/Mittermayr*, Der agile Festpreis – Leitfaden für wirklich erfolgreiche IT Projektverträge, 2012, S. 31.
[1391] Zur Function-Point-Analyse nach ISO/IEC 20926 siehe *Borkert* (o. Fußn. 1482), S. 943.
[1392] *Heinemann* (o. Fußn. 11), S. 640.
[1393] *Heinemann* (o. Fußn. 11), S. 641; s. hierzu auch *Bergsmann*, Requirements Engineering für die agile Softwareentwicklung, 2014, S. 237, 246.

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

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 vorbehaltener 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.[1394] 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.[1395] Früher war streitig, ob Software überhaupt abnahmefähig ist.[1396] Heute wird dies aber grundsätzlich bejaht.[1397] 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.[1398] Ein Arbeitsnachweis mit dem Vermerk „Anlage in Ordnung übergeben“ reicht nicht aus.[1399] Die Abnahme sollte möglichst klar im Vertrag geregelt sein, insbesondere

---

[1394] Vgl. *Sprau,* in: Palandt, 76. Aufl. 2017, § 640 Rdnr. 3.
[1395] *OLG Hamm* NJW 1989, 1041; vgl. für Computerleistungen *Feuerborn*, CR 1991, 1; *Feuerborn/Hoeren*, CR 1991, 513.
[1396] Zweifelnd *OLG Celle* CR 1988, 303, da Tauglichkeit erst bei Gebrauch feststellbar.
[1397] Siehe etwa *OLG Hamburg* CR 1986, 83 m. Anm. *Unger*.
[1398] Vgl. *BGH* NJW 1990, 1290.
[1399] *OLG Düsseldorf* CR 2002, 324.

um Streitigkeiten über den Beginn der Gewährleistung- und Schadensersatzpflicht klar zu regeln.[1400]

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.[1401] 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.[1402] 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,[1403]
- der rügelosen Benutzung des Werkes,
- der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohns,[1404]
- dem Einbehalten des Betrages für gerügte Mängel im Rahmen des Schlussgespräches.[1405]

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.[1406] Ist die Leistung nur teilweise und vertragswidrig ausgeführt, kommt eine konkludente Abnahme nicht in Betracht.[1407] Auch liegt in einer Kündigung keine konkludente Abnahme.[1408] Ebenfalls kann die Nutzung der Software „unter Druck“ nicht als stillschweigende Abnahme angesehen werden. Abschlagszahlungen begründen ebenfalls keine konkludente Abnahme. Die vorbehaltslose Bezahlung einer (Abschlags-)Rechnung über eine zusätzliche Leistung enthält dementsprechend keine Aussage des Auftraggebers, zugleich den

---

[1400] *Bergsmann* (o. Fußn. 28), S. 242.
[1401] *BGH* NJW 1993, 1063; *BGH* NJW 1974, 95.
[1402] *LG Frankenthal* BauR 2014, 740.
[1403] *BGH* NJW 1985, 731.
[1404] *BGH* NJW 1970, 421; *OLG Köln* BauR 1992, 514, 515.
[1405] *OLG Koblenz* NJW-RR 1994, 786.
[1406] *BGH* NJW 2013, 3513. Ausdrücklich offengelassen hat das *OLG Frankfurt*, ob eine konkludente Abnahme bei vielen Projekten bereits dann vorliegt, wenn innerhalb des Projektes mit der bisherigen Programmierleistung iterativ fortgeschritten wird, *OLG Frankfurt* CR 2017, 646.
[1407] *OLG Hamm* NJW-RR 1996, 86.
[1408] *BGH* NJW 2003, 1450.

Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen.[1409] 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.[1410]

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.[1411] Diese muss unmissverständlich gefasst sein.[1412]

Wichtig ist hier auch besonders die Reform des Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018, die auch den agilen Projekten in der Software Entwicklung zugute kommt. Ziel ist 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 gem. § 640 Abs. 1 BGB.[1413] So soll die aktuell gültige Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB, die die Nichtabnahme innerhalb einer bestimmten Frist trotz Verpflichtung hierzu voraussetzt, modifiziert werden. Die Abnahmefiktion tritt also schon ein, wenn der Besteller nicht innerhalb der gesetzten Frist die Abnahme unter Angabe eines Mangels verweigert. Anders als bisher bei § 640 BGB ist der Besteller 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 ändert zwei wesentliche Details. Erstens wird die Vollendung des Werks zur Voraussetzung für die Setzung einer angemessenen Frist zur Abnahme, um den Missbrauch der Abnahmefunktion durch eine verfrühte Andienung des Werks zu vermeiden.[1414] Und zweitens kann der Unternehmer aus § 640 Abs. 2 BGB n.F. 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 Än-

---

[1409] *OLG Dresden* IBR 2014, 132.
[1410] *OLG Dresden* IBR 2014, 132.
[1411] *BGH* NJW 1994, 1276.
[1412] *BGH* NZBau 2006, 519.
[1413] Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S 48.
[1414] *Langen*, NZBau 2015, 658, 659.

derungsvorschlag aus den entsprechenden Fachausschüssen.[1415] 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 Satz 1 BGB n.F.).[1416]

7. Beendigung

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.[1417] 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 wird die bisherige Kündigungsmöglichkeit aus § 649 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.[1418] 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

---

[1415] Der Entwurf der Bundesregierung spricht noch von „Mängeln“ in der Mehrzahl.
[1416] *Kimpel*, NZBau 2016, 734, 734.
[1417] *Bergsmann* (o. Fußn. 28), S. 236.
[1418] *Langen*, NZBau 2015, 658, 660.

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.[1419] Letztendlich wird damit jeder Softwareerstellungsvertrag als Langzeitvertrag angesehen, der einem Dauerschuldverhältnis nahe kommt.

Eine echte Neuheit besonders für agile Projekte 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.[1420] Bei der Teilkündigung scheint es sinnvoll, die abgrenzbaren Leistungen nach den im Vertrag vorgesehenen Kriterien zu bemessen.[1421] 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. 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 Satz 2 BGB n.F. auf diese Partei über, es sei denn, sie hat ihr Fernbleiben nicht zu vertreten und setzt die andere Partei hiervon unverzüglich in Kenntnis.[1422] 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.[1423]

Nach § 648a Abs. 4 BGB n.F. 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,

---

[1419] *Langen*, NZBau 2015, 658, 660.
[1420] Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.
[1421] *Langen*, Änderung des Werkvertragsrechts und Einführung eines Bauvertragsrechts, NZBau 2015, 658, 661.
[1422] *Reiter,* in: Gsell u.a., BeckOGK BGB, Stand: Oktober 2017, § 649 Rn. 222.
[1423] Gesetzesentwurf der Bundesregierung (o. Fußn. 48), S. 51.

wenn das Fernbleiben an dem Termin von der abwesenden Partei nicht zu vertreten war[1424] und der entsprechende Umstand der anderen Vertragspartei unverzüglich[1425] mitgeteilt worden war. Die Formulierung ist hier nicht ganz klar. § 648a Abs. 4 BGB n.F. 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 „fern bleibt". 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 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.[1426]

Letztendlich werden damit Strukturen der VOB/B ins allgemeine Werkvertragsrecht übernommen. Allerdings geht § 648a BGB n.F. 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.[1427] 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.[1428] 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 rechtsge-*

[1424] 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.
[1425] Unverzüglich bedeutet gem. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern". Die Bestimmung erfolgt im Einzelfall
[1426] So das Schrifttum zur VOB/B von *Gartz*, in: Nicklisch u.a., VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 4 Rdnr. 176.
[1427] So das Beispiel von *Gartz* (o. Fußn. 61), Rdnr. 166.
[1428] So *Gartz* (o. Fußn. 61), Rdnr. 167.

schäftliche Teilabnahme umfasst und somit nicht mit den generellen Wirkungen einer (Teil-)abnahme verknüpft ist.[1429]

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 n.F. 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.[1430]

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 kommt das neue Bauvertragsrecht sehr entgegen, indem es geradezu dazu auffordert, Projekte in abgeschlossenen Teileinheiten zu planen und zu vergeben und dementsprechend auf eine Teilabnahme zu setzen.

[1429] *Merkens, in:* Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, 6. Aufl. 2018, § 4 Rdnr. 226; *Leinemann, in:* Leinemann, VOB/B, 6. Aufl. 2016, § 4 Rdnr. 193; *Bschorr,* in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB/B, 6. Aufl. 2017, § 4 Rdnr. 335.

[1430] Genau diese Rechtsfolge ist bei den VOB/B allerdings umstritten; siehe etwa *Leinemann (s. Fußn. 64), Rdnr. 194; Junghen* in: Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, 3. Aufl. 2013, § 4 Abs. 10 Rn. 8; dagegen *Gartz* (s. Fußn. 61), Rdnr. 175 (mit Verweis auf die Regeln zur Beweisvereitelung im Einzelfall).

Fünftes Kapitel: **Softwarevermietung**

Literatur:

Karger, Software-Miete, in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Loseblatt, Kap. 1.9; *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl., München 2012, Rz. 596 ff.; *Redeker*: Software – ein besonderes Gut, NJOZ 2008, 2917; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., Köln 2009, Kap. J IV; *Härting*/*Folmayer*, Kauf oder Miete von Business Software – Entscheidungsfindung bei kleinen und mittleren Unternehmen, BC 2008, 202.

Im Softwarebereich durchaus möglich ist neben Kauf- und Werkvertrag eine Vermietung von Software. Man wird davon ausgehen können, dass **jede zeitlich begrenzte Überlassung von Nutzungsrechten an Software** als Mietvertrag oder Rechtspacht angesehen werden kann. Das Mietrecht spielt im Übrigen für das Softwareleasing eine Rolle. Für den Nutzer von Software hat die Leasinglösung den Vorteil, dass Leasingzahlungen als Betriebsaufwand steuerlich absetzbar sind. Ferner ist Leasing bilanzneutral, sodass Investitionen über Leasing nicht zu einer Verschlechterung innerhalb der Bilanz führen (siehe unten 6. Kapitel). Auch für den Bereich des Application Service Providing und des Cloud Computing (siehe unten 8. Kapitel, S. 338) spielt die Vermietung von Software eine Rolle.[1431]

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.[1432]

1431 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; *Dana/Jersch*, IuR 1988, 137, 146; a.A. *OLG Köln,* Urt. v. 14.2.2001 – 19 U 176/95, CR 2001, 506 = OLGR Köln 2001, 265 das von einem Lizenzvertrag spricht und diesem dem Werkvertragsrecht unterstellen will. Siehe dazu auch *Junker*, NJW 2003, 2792, 2797; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78; *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84.

1432 *LG Köln*, Urt. v. 25.10.1995 – 20 S 9/95, BB 1996 Beilage zu Heft 19, 9.

Vorgedruckte, im Handel erhältliche Mietverträge sind der typische Anwendungsfall des AGB-Rechts. Diese **Formularmietverträge** sind gerade auch bei Softwaremiete verbreitet. Hier werden überwiegend vorformulierte Vertragstexte verwendet, die als AGB i.S.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.[1433]

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.[1434] 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."[1435] 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.

1433 *OLG Köln,* Urt. v. 8.5.1992 – 19 U 255/91, NJW-RR 1992, 1326. Zur Wirksamkeit von CPU-Klauseln bei zeitlich befristeten Softwareverträgen siebe bereits S. 119.

1434 *OLG Hamm,* Urt. v. 22.2.1989 – 31 U 197/87, CR 1990, 37.

1435 Vgl. *LG Berlin*, Grundeigentum 1985, 829.

a) §§ 308, 309 BGB

Die Wirksamkeit solcher Klauseln bestimmt sich – abseits der Spezialregelungen zur Wohnraumiete 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.[1436] 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.[1437] Eine Klausel, in der pauschal die Kenntnis des Mieters von allen vorhandenen Mängeln fingiert wird, stellt daher eine unzulässige Änderung der Beweislast zum Nachteil des Mieters dar.

Zulässig und empfehlenswert ist es jedoch, vorhandene Softwaremängel explizit im Vertrag aufzuführen, da der Mieter dann durch den Vertragsabschluss tatsächliche Kenntnis von den konkreten Mängeln erlangt, wodurch Gewährleistungsansprüche (wegen dieser Mängel) nach § 536b Satz 1 BGB ausgeschlossen werden. Hinreichend ist auch der Hinweis, dass es sich bei der überlassenen Software um eine Betaversion handelt, da dadurch dem Nutzer die Üblichkeit bestimmter Verwendungsrisiken klar gemacht wird.

b) § 307 BGB

Bei Softwaremietverträgen mit Unternehmern ist § 309 BGB nicht anwendbar. Beweislastumkehrklauseln und Tatsachenbestätigungen zwischen Unternehmern unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle des § 307 BGB. Hiernach ist auch im unternehmerischen Bereich eine pauschale Klausel unwirksam, wonach der Unternehmer erklärt, dass ihm die Softwaremängel bekannt sind.[1438] 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."

1436 *Hennrichs*, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, 3. Auflage 2015, § 309 Rn. 22 f.
1437 *BGH,* Urt. v. 7.11.1962 – VIII ZR 190/61, WM 1962, 1379.
1438 Vgl. *OLG Frankfurt,* 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**.[1439]

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.[1440]

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.[1441]

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.[1442] 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 ds BGB auch für Mietverträge ein Selbstvornahmerecht vor: Ist der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, kann der

---

1439 *BGH,* Urt. v. 27.1.1993 – XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519 = WM 1993, 914.
1440 *BGH,* Urt. v. 17.12.1986 – VIII ZR 279/85, NJW 1987, 1072 = MDR 1987, 575 = ZIP 1987, 240, 241.
1441 *BGH,* Urt. v. 22.6.1988 – VIII ZR 232/87, NJW 1988, 2664 = MDR 1988, 1052 = WuM 1988, 302 zum Betrieb einer Gaststätte.
1442 *BGH,* Urt. v. 27.1.1993 – XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519.

Mieter die Mangelbeseitigung selbst vornehmen und vom Vermieter Ersatz der 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.[1443] 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. [1444] 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. [1445]

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 **Garantiehaftung des Vermieters** für anfängliche Mängel ausgeschlossen wird, ist daher unbedenklich: „Die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Software wird ausgeschlossen“.[1446] Durch die Beschränkung dieser Klausel auf die **verschuldensunabhängige** Haftung liegt kein Fall des § 309 Nr. 7 BGB vor. Da dieser Ausschluss auch schuldhafte Pflichtverletzungen i.S.d. § 309 Nr. 7 BGB umfasst, ist ein solch undifferenzierter Haftungsausschluss unwirksam (§ 307 BGB im Unternehmensbereich).

[1443] *OLG Köln*, Beschl. v. 16.7.2013 - 19 U 50/13, MMR 2014, 101.
[1444] *OLG Köln*, Beschl. v. 16.7.2013 - 19 U 50/13, MMR 2014, 101.
[1445] *OLG Köln*, Beschl. v. 16.7.2013 - 19 U 50/13, MMR 2014, 101.
[1446] *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.[1447] Eine Rückgabe dieser Installationskopien scheidet regelmäßig aus. Stattdessen ergibt sich aus § 546 Abs. 1 BGB eine entsprechende Löschungsverpflichtung. 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.[1448] Gibt der Mieter die Software nicht nach Beendigung des Mietverhältnisses zurück, kommt auf jeden Fall als eine Art Mindestschaden die Verpflichtung auf den Mieter zu, die vereinbarte Softwaremiete weiter zu bezahlen (§ 546a Abs. 1 BGB). Schadensersatzansprüche bleiben insofern unberührt (§ 546a Abs. 2 BGB). Diese Ansprüche können sich aus Verzug des Mieters mit der Rückgabe (§§ 286, 280 Abs. 2 BGB) sowie aus dem Gedanken der positiven Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) ergeben. Hinzu kommt ein eventueller Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1Var. 1 BGB.[1449]

Für wirksam erachtet wird eine Koppelung der IT-Miete mit einem Verbot zur Nutzung von Anlagen anderer Hersteller.[1450] 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

---

1447 *Hoeren,* in: Graf v. Westphalen, Vertrags- und AGB- Klauselwerke, 36. Ergänzung 2015, Teil Klauselwerke/ IT- Verträge Kap. VIII. 2. c., Rn. 170.

1448 *LG Lüneburg*, Urt. v. 3.6.1988 – 4 S 25/88, NJW 1988, 2476 = CR 1989, 606 (Ls.).

1449 *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.

1450 *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rn. 616.

den Anschluss solcher Geräte keine Risiken für die vermietete Software und deren Einsatz bestehen.

Sechstes Kapitel: **Softwareleasing**

Literatur:
Beckmann, Computerleasing, Köln 1993; *Beckmann*, Aktuelle Rechtsfagen bei Finanzierungsleasingsgeschäften, DStR 2006, 1329; *Brandt*, Softwarelizenzen in der Insolvenz- unter besonderer Berücksichtigung der Insolvenz des Lizenzgebers, in: NZI 2001 337; *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing, München 1998; *Hoeren*/*Spittka*, Aktuelle Entwicklungen des IT-Vertragsrechts – ITIL, Third Party Maintainance, Cloud Computing und Open Source Hybrids, MMR 2009, 583; *Vander*, Urheberrechtliche Implikationen des EDV-Leasings – „Rental Rights" im Blickpunkt, CR 2011, 77.

Schon nach alter Rechtslage waren die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften auch auf mietrechtsähnliche atypische Vertragstypen anwendbar, da der Vertragszweck in der zeitlich begrenzten Überlassung einer Sache gegen Entgelt liegt. Hieran hat sich durch die Schuldrechtsreform nichts geändert. Im Softwarebereich sind die klassischen Mietverträge inzwischen überwiegend durch IT-Leasingverträge ersetzt worden. Es handelt sich dabei regelmäßig um einen **Gebrauchsüberlassungsvertrag**, bei welchem der Leasinggeber das Leasingobjekt beschafft, finanziert und dem Leasingnehmer zur Verfügung stellt. Bei einem zeitlich begrenzten, für den Leasingnehmer jederzeit kündbaren Gebrauchsüberlassungsvertrag liegt ein Fall des sog. Operating-Leasings vor, der sich nach dem Mietvertragsrecht beurteilt.[1451]

Beim **Finanzierungsleasing**, das durch die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer neu angeschafften Sache durch den Leasinggeber bis zur Voll- oder Teilamortisation gekennzeichnet ist, ist die Neuregelung des § 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

---

1451 *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, Rn. 616.

42 Monaten.[1452] Gerichtsstandsvereinbarungen sind in diesem Verhältnis zulässig, auch im Hinblick auf den als dritte Vertragspartei auftretenden Lieferanten.[1453]

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.[1454] 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 Gebrauchsüberlassung) und eines Darlehensvertrags (hinsichtlich der Finanzierung) in einem Vertrag verknüpft.[1455]

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.[1456] Diese und die Abhilfeforderung mit Fristsetzung (§ 542 Abs. 1 Satz 2 BGB) sind an den Leasinggeber zu richten, sofern nicht der Lieferant zum Empfang bevollmächtigt ist.

I. Ausschluss der Gewährleistung nach bisherigem Recht

Nach bisheriger Rechtslage war die **vollständige Freizeichnung** des Leasinggebers von seiner mietvertraglichen Sachmängelhaftung durch AGB zulässig, wenn der Leasingnehmer bei Mängeln des Leasingguts nicht rechtlos gestellt wird, sondern kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche unmittelbar gegenüber dem Lieferanten des Leasinggebers geltend machen kann.[1457] Voraussetzung dafür ist, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer die Mängelge-

---

1452 *OLG Celle*, Urt. v. 27.1.1999 – 2 U 268/97, OLGR Celle 1999, 149.
1453 *OLG Köln*, Urt. v. 13.3.1998 – 19 U 231-97, NJW-RR 1998, 1350.
1454 *BGH*, Urt. v. 11.3.1998 – VIII ZR 205/97, NJW 1998, 1637 = BB 1998, 864 m.w.N.
1455 Dazu ausführlich *v. Westphalen*, Der Leasingvertrag, 5. Aufl. Köln 1998, Rn. 443 ff.
1456 *BGH*, Urt. v. 1.7.1987 – VIII ZR 117/86, NJW 1988, 204.
1457 *BGH,* Urt. v. 24.4.1985 – VIII ZR 31/84, *NJW 1985, 1547*, 1550.

währleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten vollständig und unbedingt abtritt,[1458] was ebenfalls in den AGB des Leasinggebers geschehen kann:

„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.[1459] Sie ist nicht rechtlich zu beanstanden, wenn den Interessen des Leasingnehmers ausreichend Rechnung getragen worden ist.[1460] 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 Leasingsache, bevor er nicht den Lieferanten gerichtlich in Anspruch genommen hat.[1461] 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.[1462] Im Übrigen darf sich der Leasinggeber auch den Widerruf der Übertragung für den Fall vorbehalten, dass der Leasingnehmer seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt.[1463]

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 Nach-

---

1458 *OLG Rostock*, Urt. v. 18.3.2002 – 3 U 234/00, NJW-RR 2002, 1712.

1459 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.

1460 *OLG Koblenz*, Urt. v. 26.2.2015 – 3 U 812/14, MMR 2015, 512.

1461 *OLG Koblenz*, Urt. v. 26.2.2015 – 3 U 812/14, MMR 2015, 512.

1462 *V. Westphalen*, Leasingvertrag, Rn. 443; *BGH*, DB 1987, 631.

1463 *OLG Rostock*, Urt. v. 18.3.2002 – 3 U 234/00, NJW-RR 2002, 1712.

erfüllungsanspruchs aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB daher ebenso zulässig wie die Verkürzung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche. Der Leasinggeber erlangt damit keine durch § 475 BGB geschützten Gewährleistungsrechte, die er auf den Leasingnehmer übertragen kann.[1464]

Bei der bisher praktizierten Abtretungskonstruktion wäre der private Leasingnehmer somit schlechter gestellt als bei einem direkten (Verbraucher-)Kauf des Leasingguts vom Unternehmer. Allerdings ist die Vorschrift des § 475 BGB im Verhältnis zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber nicht unmittelbar anwendbar, da es sich bei dem Leasingvertrag nicht um einen Kaufvertrag handelt. Unanwendbar ist auch das Klauselverbot des § 309 Nr. 8 BGB.

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.[1465]

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.[1466] Im Ergebnis liefe dies darauf hinaus, dass der Leasinggeber verpflichtet wäre, die Gewährleistungsansprüche im Verhältnis zum Lieferanten dem Verbrauchsgüterkauf anzugleichen oder die Abweichungen zwischen Unternehmens- und Verbrauchsgüterkauf durch eine eigene Gewährleistungsübernahme gegenüber dem Leasingnehmer auszugleichen. Bisherige Klauseln, die den Leasingnehmer unter Ausschluss der Gewährleistung des Leasinggebers vorbehaltlos auf Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten verweisen, ohne den Besonderheiten des § 475 BGB Rechnung zu tragen, wären hiernach als unangemessene Benachteiligung

---

1464 *Reinking*, ZGS 2002, 229, 231; *Zahn*, DB 2002, 985, 990.
1465 *Wolf/Eckart/Ball*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. 2000, Rn. 1932.
1466 *Reinking*, ZGS 2002, 229, 231.

gem. § 307 BGB unwirksam.[1467] Dies wiederum hätte zur Folge, dass Leasinggeber, die ihre AGB nicht der neuen Rechtslage anpassen, uneingeschränkt der mietrechtlichen Mängelgewährleistung unterliegen.[1468]

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.[1469] 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 Schuldrechtsreform[1470] 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.[1471]

Im Falle des Leasings kommt bei Gewährleistungsfällen eine Rückzahlung des Kaufpreises nur insofern in Betracht, als die **Zahlung an den Leasinggeber Zug und Zug gegen Rückgabe des Kaufgegenstandes** erfolgt.[1472] 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.[1473] Wird über die Rückabwicklung gestritten, ist die Verjährung der Leasingraten gehemmt.

1467 *Harriehausen*, NJW 2013, 3393.
1468 Vgl. *v. Westphalen*, ZGS 2002, 64.
1469 *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.
1470 Vgl. § 500 BGB.
1471 *Zahn*, DB 2002, 985, 988; krit. *Reinking*, ZGS 2002, 229, 232.
1472 *OLG Koblenz*, Urt. v. 28.11.1986 – 2 U 89/84, CR 1988, 463, 465.
1473 BGH, Urt. v. 16.9.1981 – VIII ZR 265/80, NJW 1982, 105, 107.

Von besonderer Brisanz ist die Frage der Zurechnung eines Beratungsverschuldens. Wird der Leasingnehmer vom Lieferanten falsch beraten, gibt es Probleme, da zwischen diesen beiden kein Vertrag besteht. Trotzdem wird hier durch verschiedene Instruktionen versucht, den Interessen des Leasingnehmers Rechnung zu tragen. So wird eine Pflicht des Lieferanten bejaht, bei Unbrauchbarkeit der IT-Lösung den Leasingnehmer von seinen Verpflichtungen aus dem Leasing-Vertrag freizustellen.[1474]

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.[1475] Denkbar sind in solchen Fällen auch Schadensersatzansprüche gegen den Leasingnehmer im Verhältnis zum Leasinggeber.[1476]

Im Übrigen bleibt der Leasinggeber kaufmännisch zur Rüge nach § 377 HGB selbst dann verpflichtet, wenn der Leasingnehmer kein Kaufmann ist.[1477] 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.[1478] Der Leasingnehmer müsste dann die Rügepflichten nach § 377 HGB unabhängig von seiner Kaufmannseigenschaft erfüllen.[1479]

Dem *OLG Hamm*[1480] und später dem *BGH*[1481] 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 Ver-

---

1474 *OLG Köln*, Urt. v. 13.11.1987 – 19 U 140/84, CR 1988, 723.

1475 *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.

1476 *OLG Köln*, Urt. v. 23.7.1998 – 12 U 1/98, BB 2000, 15.

1477 *BGH*, Urt. v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290, 1293 = BGHZ 110, 130, 141 f. = CR 1990, 348, 386 f.

1478 LG Berlin,Urt. v. 27.3.2013 – 25 U 12, NJOZ 2014, 658.

1479 *OLG Köln*, Urt. v. 19.9.1994 – 16 U 35/88, ECR OLG 171 = CR 1995, 218.

1480 *OLG Hamm*, Urt. v. 3.8.2007 – 12 U 158/06, CR 2008, 8 ff. = BB 2007, 2255 = WM 2007, 2012.

1481 *BGH*, Urt. v. 29.10.2008 – VIII ZR 258/07, MMR 2009, 101 ff. = NJW 2009, 575 = WM 2009, 35.

stoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB für nichtig. Der Kunde werde de facto rechtlos gestellt, was einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip darstelle. Zudem verstoße die Andienungspflicht gegen § 305c Abs. 1 BGB. Der *BGH* hat sich in der Revision dem Votum des *OLG Hamm* weitestgehend angeschlossen. Die Regelung sei mit wesentlichen Grundgedanken des für Finanzierungsleasingverträge geltenden Mietrechts unvereinbar. Besonders schwer falle ins Gewicht, dass allein auf das Scheitern des Projekts abgestellt werden, ohne dass es darauf ankomme, dass der Leasingkunde dieses zu vertreten habe. Zu § 305c Abs. 1 BGB äußerte sich der *BGH* nicht mehr.

Das *OLG Brandenburg* hatte im Rahmen eines, aufgrund eingeschränkter Nutzbarkeit gescheiterten Softwareprojektes, welches ebenfalls über Leasing finanziert wurde, zu entscheiden, ob eine Abnahme in Kenntnis des Mangels, erfolgt war.[1482] 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 § 475 BGB vorgeschriebenen Mindestgewährleistungsfrist beim Verbrauchsgüterkauf von zwei Jahren könnte in Leasingverträgen mit Verbrauchern über die Lieferung von Neuwaren durch folgende Klausel Rechnung getragen werden:

„Für Sach- und Rechtsmängel treten wir mit Abschluss des 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.“[1483]

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. § 475

1482 *OLG Brandenburg*, Urt. v. 4.6.2008 – 4 U 167/07CR 2008, 763 ff.

1483 A.A. *Zahn*, DB 2002, 985, 992: 1 Jahr Verjährungsfrist zulässig.

BGB unzulässig, den gesetzlichen Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB (einschließlich des Rechts zur Neulieferung) oder das Rücktritts- und Minderungsrecht durch ein vorgeschaltetes Nachbesserungsrecht des Verkäufers zu beschränken. Hieraus wird in der Literatur der Schluss gezogen, dass auch in Leasingverträgen mit Verbrauchern entsprechende Nachbesserungsklauseln unzulässig seien, da der Leasinggeber *alle* Sachmängelansprüche aus dem Lieferantenvertrag, d.h. einschließlich des uneingeschränkten Nacherfüllungsrechts, auf den Leasingnehmer zu übertragen habe.[1484]

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 Satz 2 BGB, aber **keinen Anspruch auf Neulieferung** der Mietsache hat.[1485] 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.[1486] Ist die (mietrechtliche) Pflicht des Leasingnehmers zur Nutzungsüberlassung auf die Reparatur beschränkt, muss nach Ansicht des *BGH* für „nicht uner-

---

1484 *Reinking*, ZGS 229, 233.
1485 *BGH*, Urt. v. 15.10.1986 – VIII ZR 319/85, DB 1987, 371, 372.
1486 *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 .

hebliche Beschädigungen“ ein Kündigungsrecht vorgesehen werden. Unwirksam ist daher auch eine Klausel, nach der der Leasingnehmer ohne Einschränkung „für Verlust und Beschädigung jeder Art“ haftet.

Siebtes Kapitel: **Softwarewartungs- und Pflegeverträge**

Literatur:

Bartsch, Softwarepflege nach neuem Schuldrecht, NJW 2002, 1526; *Bischof/Witzel*, Softwarepflegeverträge. Inhalte und Problemstellungen, ITRB 2003, 31; *Habel*, Softwarewartung, CR 1993, 55; *Hardt*, Vertragstypen und Haftungsrisiken bei Softwarepflegeverträgen, CR 1991, 200; *Hardt*, Haftungsbeschränkung durch AGB bei Softwarepflege, CR 1991, 718; *Hartmann/Thier*, Typologie der Softwarepflegeverträge, CR 1998, 581; *Koch*, Schlechtleistung bei softwarebezogener Nacherfüllung – Fehler in neuen Softwareversionen oder -updates, ITRB 2008, 131; *Moritz*, Der Softwarepflegevertrag – Abschlusszwang und Schutz vor Kündigung zur Unzeit?, CR 1999, 541; *Schneider*, Risikobereiche des Pflege-Vertrages, CR 2004, 241; *Schneider*, Vollpflege von Standardsoftware, CR 2004, 408; *Schneider*, Der Vertrag zur Softwarepflege, CR 1999, 157; *Schreibauer/Taraschka*, Service Level Agreements für Softwarepflegeverträge, CR 2003, 557; *Welker/Schmidt*, Kündigung von Softwarepflegeverträgen durch sog. End-of-Life-Schreiben, CR 2002, 873; *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-,[1487] Miet-,[1488] oder Dienstverträge[1489] über die Qualifizierung als Verträge sui generis bis hin zur Betrachtung als Versicherungsverträge.[1490] 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

---

1487 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*, Urt. v. 22.4.1983 – 6 U 90/82, ZIP 1983, 702.

1488 *Löwe*, CR 1987, 219.

1489 *Beise*, DB 1979, 1214.

1490 *BVerwG*, Urt. v. 19.5.1987 – 1 A 88/83, NJW-RR 1988, 343.

sein. Ferner beinhaltet der allgemeine Servicevertrag ein Angebot des Pflegeunternehmens zum Abschluss von Einzelverträgen.[1491]

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.[1492] 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.[1493]

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

---

1491 Siehe auch *BGH*, Urt. v. 4. 3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010 398, 399 = NJW 2010, 1449, 1451; *Busche*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 284.

1492 Siehe auch *BGH*, Urt. v. 4. 3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010 398, 399 = NJW 2010, 1449, 1451; *Busche*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 284; *BGH*, Urt. v. 5.6.1984 – X ZR 75/83, BGHZ 91, 316, 320 = NJW 1984, 2160.

1493 *OLG Köln*, Urt. v. 31.3.2003 – 19 U 151/02, K&R 2003, 573.

- 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.[1494]

Wird in einem Softwarepflegevertrag die Erbringung der Wartungsleistung grundsätzlich per Fernwartung (insb. online) vereinbart, so kann dem Leasinggeber nach Auffassung des *LG Cottbus* der Kostenaufwand für einen von ihm ausdrücklich gewünschten Vor-Ort-Service gesondert in Rechnung gestellt werden.[1495]

AGB-rechtlich unproblematisch ist eine Klausel, wonach die Wartung in Form der Instandhaltung auf Abruf des Auftraggebers erfolgt.[1496] Wird die Wartung schlecht durchgeführt und gerät die Anlage dann insgesamt in einen störanfälligen Zustand, liegt darin eine mangelhafte Werkleistung.[1497] Die Beweislast für einen Mangel der Wartung liegt beim Kunden.[1498] Wird eine Wartung auf Abruf sowie eine feste Mindestlaufzeit des Wartungsvertrags vorgesehen, bedarf es keiner Abnahme; die Abnahme gilt insofern als konkludent abbedungen.[1499] Einer gesonderten Abnahme bedarf es auch deshalb nicht, weil die Pflegeleistungen kontinuierlich

---

1494 *OLG Köln*, Urt. v. 12.11.2002 – 19 U 115/02, CR 2003, 329 = OLGR Köln, 2003, 37.
1495 *LG Cottbus*, Urt. v. 28.8.2003 – 4 O 361/02, CR 2004, 260.
1496 *OLG Hamm*, Urt. v. 22.2.1989 – 31 U 162/88CR 1989, 815 = BB-Beilage 15/1989, 8.
1497 *OLG München*, Urt. v. 22.11.1988 – 25 U 5810/86, CR 1989, 283 f.
1498 *OLG München*, Urt. v. 22.11.1988 – 25 U 5810/86, CR 1989, 283 f.
1499 *OLG Karlsruhe*, Urt. 28.2.1985 – 9 U 102/83, CR 1987, 232, 234.

vorgenommen werden müssen.[1500] 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.[1501]

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 Satz 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 Satz 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-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.[1502] Auch bei Kaufleuten ist ein freier Wechsel nicht im Rahmen von AGB vorsehbar.[1503]

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.[1504]

1500 *Seitz*, CR 1988, 332; ähnlich *Löwe*, CR 1987, 219 f.
1501 Siehe *AG Maulbronn*, Urt. v. 27.5.1993 – I C 633/92, NJW-RR 1994, 1077.
1502 *LG Köln*, Urt. v. 4.2.1987 – 26 O 120/86, NJW-RR 1987, 885, 886.
1503 *KG*, Urt. v. 30.12.1985 – 16 O 231/82, CR 1987, 234.
1504 *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, K 239.

Umgekehrt kann der Dienstberechtigte im Zweifel nicht seinen Anspruch auf die Dienste auf Dritte übertragen (§ 613 Satz 2 BGB). Insbesondere ist es ihm verwehrt, den 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.[1505] **c)** Pflichten des Dienstberechtigten

Der Dienstberechtigte hat die Serviceleistungen zu vergüten. Die Vergütung kann **nach Leistung** (§ 614 Satz 1 BGB) **oder Zeit** (§ 614 Satz 2 BGB) berechnet werden. 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.[1506] Zu beachten ist hier vor allem das Leitbild des Dienstvertragsrechts (§ 614 BGB), wonach die Vergütung zum Ende des einzelnen Zeitabschnittes fällig wird. In der Literatur wird vorgeschlagen, zumindest eine vierteljährliche Vorauszahlung als wirksam anzusehen.[1507]

Wird bei der Pflege ein „**Zirkapreis**“ vereinbart, kann das Pflegeunternehmen seinen nachträglich höheren Aufwand nur bis zu 110 % des Zirkapreises in Rechnung stellen.[1508] Eine Berechnung der jeweils geschuldeten Pauschale zu Beginn eines Kalenderjahres ist AGB-rechtlich unzulässig.[1509] Eine Vorauszahlungklage soll allerdings zulässig sein.[1510]

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.[1511]

1505 *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.

1506 *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.

1507 *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, K 231; *Zahrnt*, CR 1992, 404.

1508 *LG Köln*, Urt. v. 30.3.1992 – 90 O 282/82.

1509 *OLG München*, Urt. v. 8.11.1990 – 29 U 3410/90CR 1992, 401.

1510 *OLG München*, Urt. v. 8.11.1990 – 29 U 3410/90CR 1992, 401, 402.

1511 *LG Berlin*, Urt. v. 22.5.2001 – 10 O 483/00, CR 2001, 743.

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.[1512] Da er im Rahmen seiner Pflegeverpflichtung eine Fülle von Betriebsgeheimnissen erfahren kann, trifft ihn auch eine implizite Pflicht zur Wahrung dieser **Betriebsgeheimnisse**. Dies gilt insbesondere im Verhältnis zu Anwendern, die der Amtsverschwiegenheit unterliegen (§ 203 StGB), allen voran Anwälte und Ärzte. Ferner trifft den Anwender die Pflicht zur Einrichtung einer ordnungsgemäßen Datensicherung 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 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.[1513] 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

---

1512 *AG Düren*, Urt. v. 14.4.2004 – 45 C 332/00, CR 2004, 734.
1513 *LG Stuttgart*, Urt. v. 30.1.2002 – 38 O 149/00, CR 2002, 487.

Version.[1514] 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.[1515] Das *LG Hamburg*[1516] 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 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 zugrunde liegenden Softwarevertrag erfassen, sofern **Pflege- und Softwarevertrag Teile eines Gesamtgeschäftes** sind. Dabei reiche es für die Einheitlichkeit aus, wenn nur einer der Vertragspartner einen Einheitlichkeitswillen hat und dieser dem anderen Partner erkennbar war und

---

1514 A.A. *Peter*, in: Schneider/von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014, Rn. I 288 ff., der solche Klauseln als Leistungsbeschreibungen für nicht kontrollfähig ansieht.

1515 *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, K 171.

1516 *LG Hamburg*, Urt. v. 25.10.2013 – 315 O 449/12, MMR 2014, 102 = ZUM 2014, 69.

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.[1517]

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,[1518] vor allem bei Dienstverträgen relevant werden, bei denen die Dienstleistung nicht im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses, sondern als einmalige Leistung erbracht wird, z.B. bei Beratungsleistungen im Rahmen eines Mandatsverhältnisses (Steuerberater, Rechtsanwalt). Von einer Schlechtleistung ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Dienstverpflichtete seiner Arbeitspflicht zwar nachkommt, aber eine mit Mängeln behaftete Arbeitsleistung erbringt.

Im Bereich der nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten, liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn bei der (ordnungsgemäßen) Erbringung der Dienstleistung anderweitige Rechtsgüter und Vermögensinteressen des Dienstberechtigten geschädigt werden.[1519] Hiervon kann etwa im Bereich des Gesellschaftsrechts bei wiederholten Verstößen gegen ein nebenvertragliches Konkurrenzverbot durch einen Gesellschafter ausgegangen werden.[1520] 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

---

1517 *LG Bonn*, Urt. v. 19.12.2003 – 10 O 387/01, CR 2004, 414 = K&R 2004, 353.
1518 *Dauner-Lieb*, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, 3. Auflage 2015, § 280 Rn. 63.
1519 *Joussen*, NZA 2001, 745, 747; vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 141.
1520 Vgl. *BGH*, Urt. v. 13.3.1996 – VIII ZR 99/94, NJW-RR 1996, 949.

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.[1521] Allerdings muss der Anwender spätestens nach zwei Jahren eine erste Möglichkeit zur Kündigung haben.[1522] Stillschweigende Verlängerungen dürfen nicht länger als ein Jahr dauern. Zu Lasten des Anwenders ist auch eine längere Kündigungsfrist als drei Monate nicht einführbar. Diese Regelungen gelten aber nicht im kaufmännischen Verkehr. Hier sind die jeweiligen Handelsbräuche und Gewohnheiten zu beachten. Diese können es angezeigt sein lassen, eine zehnjährige Bindung an einen Vertrag zuzulassen.[1523]

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.[1524] 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

---

1521 *Hesse*, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 621 Rn. 29; *Schreiber*, in: Schulze u.a., BGB, 8. Aufl. 2014, § 621 Rn. 1.

1522 Siehe dazu auch *Merveldt*, CR 2006, 721; *Kaufmann*, CR 2005, 841.

1523 *OLG Hamm*, Urt. v. 24.4.1986 – 2 U 339/85, NJW-RR 1986, 1248, 1249; *Kaufmann*, CR 2005, 841.

1524 *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.

für den gesamten „**Lebenszyklus“** einer verkauften Software sicherzustellen.[1525] 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.)[1526] entziehen will oder aber in dem Fall, in dem durch eine Kündigung der Kunde zur Zahlung von nicht geschuldeten Leistungen gebracht werden soll.[1527] 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.[1528]

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.[1529] Auch eine Beschränkung auf bestimmte wichtige Gründe ist unzulässig.[1530] Gleiches gilt für Kündigungserschwernisse, etwa die Einführung einer „Schadenspauschale“. Wirksam ist lediglich ein Verzicht auf dieses Recht nach dessen Entstehung.

Was bei EDV-Serviceverträgen als wichtiger Grund anzusehen ist, ist im Einzelnen streitig. Mangelhafter Service kann – regelmäßig nach Abmahnung – zur Kündigung aus wichtigem Grund führen, insbesondere bei häufiger Schlechterfüllung und schlechten Reaktionszeiten. Zweifelhaft dürfte es sein, ob eine Kündigung auch bei anwenderseitigem Ende der Nutzung der EDV-Anlage zulässig ist. Es dürfte wohl kein Kündigungsgrund sein, als Anwender auf die Unzumutbarkeit neuer Versionen zu verweisen. Höhere Gewalt kann wiederum eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.[1531]

1525 *OLG Koblenz*, Urt. v. 12.1.2005 – 1 U 1009/04, MMR 2005, 472 = CR 2005, 482 = K&R 2005, 426.

1526 Siehe *OLG Köln*, Urt. v. 17.7.1998 – 19 U 9/98, CR 1998, 720 f.; *Bartsch*, NJW 2002, 1526 ff., 1530.

1527 Vgl. *OLG Koblenz*, Urt. v. 27.5.1993 – 5 U 1938/92, NJW 1993, 3144 ff.

1528 *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.

1529 *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.

1530 *Peter*, in: Schneider/von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014, Rn. I 349, der eine Definition einzelner wichtiger Gründe „in engen Grenzen“ für wirksam erachtet.

1531 Kündigungsrecht bejaht durch *BGH*, Urt. v. 26.5.1986 – VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134.

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.[1532]

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.[1533] 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 BGB). Streitig ist, ob Pflegeleistungen mit entsprechenden Dokumentationen versehen sein müssen; für den Bereich der Hardwarewartung wurde eine solche (stillschweigende) Dokumentationspflicht abgelehnt.[1534]

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

---

1532 Für Wirksamkeit *AG Bremen*, Urt. v. 18.6.1986 - 20 C 209/1985, NJW-RR 1987, 1007.
1533 *AG Hanau*, Urt. v. 26.6.1998 – 31 C 709/98-11, CI 1999, 23 = NJW-CoR 1998, 434.
1534 *OLG München*, Urt. v. 24.4.1996 – 1 U 5742/85; *Bischoff*, CR 1988, 38.

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.[1535] 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.[1536] 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 Satz 1 BGB vom Vertrag zurücktreten.[1537] 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 Leistungsstörungsrecht Anwendung. Haften neue Mängel dem nachgelieferten Programm an, so löst die neue Übergabe auch neue Gewährleistungsrechte aus. Fehlerauswirkungen im vom Update nicht erfassten und daher unveränderten Programmteil fallen als neue nachgelieferte Mängelursache ebenso unter das Mängelrecht, wie der nachgelieferte Fehler selbst.[1538] 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.[1539]

1535 *Koch*, ITRB 2008, 131.
1536 *Koch*, ITRB 2008, 131, 132.
1537 *Koch*, ITRB 2008, 131, 132.
1538 *Koch*, ITRB 2008, 131, 133.
1539 *Koch*, ITRB 2008, 131, 134.

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.[1540] 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).[1541] Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht fort, d.h. der Verleiher schuldet die Vergütung, 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.[1542] 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 Unternehmer (Arbeitgeber) und Drittem um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt.[1543] 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

---

1540 *Hamann*, in: Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 70.
1541 *Hamann*, in: Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 81.
1542 *Kalb*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 1 AÜG Rn. 32.
1543 Siehe auch *LAG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 17.10.1991, BB-Beilage 10/1992, 11.

welche Arbeiten einsetzt, so liegt Arbeitnehmerüberlassung vor.[1544] 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 Austauschkündigung vor, wenn die Fremdvergabe nicht in selbständiger Erledigung durch den Dritten erfolgt, sondern der Dritte in den Arbeitsbetrieb des (kündigenden) Arbeitgebers eingegliedert wird. [1545] 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.[1546]

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.[1547] 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.[1548] Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen.[1549] 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

---

1544 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.

1545 *LAG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 5.3.2013 – 12 Sa 1624/12, NZA-RR 2013, 466.

1546 *LAG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 5.3.2013 – 12 Sa 1624/12, NZA-RR 2013, 466.

1547 *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.

1548 *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.

1549 *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.

Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Solche Werkverträge werden – ebenso wie Dienstverträge – nicht vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erfasst.[1550]

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.[1551] 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:[1552]

- Unternehmerische Eigenverantwortlichkeit und Dispositionsmöglichkeit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller,
- Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werksergebnisses,
- ausschließliches Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber den Arbeitnehmern im Betrieb des Bestellers und Erfüllung seiner Aufgaben aus dem Werkvertrag,
- Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung,
- herstellungsbezogene Vergütungsregelung.

Folgende Indizien sprechen für eine Arbeitnehmerüberlassung:

- Planung und Organisation der Arbeit durch den Besteller,

1550 *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.

1551 *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 497/89NZA 1992, 19 = AP AÜG § 10 Nr. 8).

1552 *FG Hessen*, Urt. v. 21.2.2008 – 13 K 2392/05 = EzAÜG Steuerrecht Nr. 78.

- Aufnahme der Arbeitnehmer in die Betriebsräume des Bestellers,
- fehlendes Weisungsrecht und Personalhoheit des Werkunternehmers, Pflicht zur Vorlage von Personaleinsatz und Anwesenheitslisten,
- Ausstattung mit Werkzeugen des Bestellers,
- Benutzung der Sozialräume des Bestellers.

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

Die Abgrenzung der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Vertragstypen oder zu der erlaubnisfreien Arbeitnehmerüberlassung ist nicht nur für die Anwendung des AÜG von Bedeutung. Sie betrifft neben dem Arbeitsrecht auch das Sozialversicherungs-, das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Wird fehlerhaft von einer erlaubnisfreien Form des drittbezogenen Personaleinsatzes ausgegangen und besitzt der Verleiher keine gültige 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 Entgeltpflicht vorsieht. Zu solchen verbotenen Klauseln zählen z.B. Regelungen wie „Fahrzeiten gelten als Arbeitszeiten“[1553]. Als zulässig wird hingegen angesehen, wenn der Softwareersteller nach Stunden abrechnet[1554] oder im Rahmen von Individualverträgen eine Regelung vorsieht, die einen pauschen Kfz-Kostenanteil festsetz.[1555]

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.[1556]

a) Ausschluss und Beschränkung der Haftung

Anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht stellt sich im Dienstvertragsrecht nicht das Problem unterschiedlicher Regelungskomplexe für Gewährleistung und Haftung. Geschäftsbedingungen in Dienstverträgen, die sich auf die „Gewährleistung“ beziehen, sind daher – sofern sie nicht schon nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen Verstoßes gegen das materielle Transparenzgebot unwirksam sind – zunächst am Maßstab des § 309 Nr. 7 BGB zu messen. Unwirksam ist daher die häufig in Verträgen über Telekommunikations- und Internet-Dienstleistungen anzutreffende Klausel „Unsere Haftung ist auf vorsätzliches Handeln begrenzt“. Die Unwirksamkeit dieser Haftungsbeschränkung gegenüber dem Endverbraucher lässt sich auch nicht durch einen salvatorischen Zusatz „es sei denn, dem stehen zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegen“ vermeiden.[1557]

Unwirksam sind auch Klauseln, die die „Haftung aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen auf die **zulässige Mindestsumme** begrenzen“.[1558] Diese inhaltsleere Floskel hält weder dem Klauselverbot des § 309 Nr. 7 BGB noch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2

1553 *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 22.4.1983, WRP 1983, 626 = DB 1983, 1482.
1554 *OLG Stuttgart*, Urt. v. 2.11.1990 – 2 U 271/89, NJW-RR 1991, 252.
1555 *BGH*, Urt. v. 9.11.1991 – X ZR 63/90, NJW 1992, 688 = BB 1992, 228.
1556 *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 22.4.1983, WRP 1983, 626 = DB 1983, 1482.
1557 Vgl. *BGH*, Urt. v. 4.3.1987 – IV a ZR 122/85, NJW 1987, 1815.
1558 Derartige Klauseln finden sich in zahlreichen AGB sog. Internet-Startups.

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 ProdHaftG[1559] 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.[1560] 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.[1561]

Klauseln wie „Eine **hundertprozentige Nutzbarkeit des Systems** kann nicht gewährleistet werden.“ oder „Bei unerwarteten Systemausfällen oder vorübergehenden Einschränkungen von Leistungsmerkmalen haften wir nur, wenn die Störung nicht innerhalb von … Tagen von uns beseitigt wird.“ sind unwirksam. Gegenüber Verbrauchern ergibt sich dies unmittelbar aus § 309 Nr. 7 BGB, da nicht danach differenziert wird, ob die Leistungsstörung auf einer nur leicht fahrlässigen Pflichtverletzung einer nicht vertragswesentlichen Pflicht beruht. Zudem verbietet § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern eine Gefährdung des Vertragszwecks durch Einschränkung vertragswesentlicher Rechte und Pflichten. Bei Dienstleistungsverträgen ist es daher regelmäßig unzulässig, eine Hauptleistungspflicht in einer AGB-Klausel wieder einzuschränken (um der Haftung für schuldhafte Pflichtverletzungen zu entgehen), wenn der primäre Vertragszweck gerade in der Erbringung dieser Dienstleistung besteht. Die Möglichkeit von Systemausfällen sollte daher schon bei der positiven Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden, etwa durch Vereinba-

---

1559 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.

1560 Vgl. *Lindacher*, in: Wolf/Horn, AGB-Gesetz, 3. Aufl., § 11 Nr. 7 Rn. 22; *Schlosser*, WM 1978, 558, 564.

1561 Ähnlich auch *BGH*, Urt. v. 9.7.1992 – VII ZR 7/92, NJW 1992, 3158, 3161: Vermittlungsvertrag statt Reisevertrag.

rung einer bestimmten Toleranzgrenze bezüglich der Anzahl und Dauer von Ausfällen pro Zeiteinheit.[1562]

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 schuldhafte Nichteinhaltung der zugesicherten Dienste eine Pflichtverletzung i.S.v. §§ 280 ff. BGB darstellt. Die ausdrückliche Zusicherung einer bestimmten Dienstqualität kann zudem eine entsprechende vertragswesentliche Pflicht zur Gewährleistung des zugesagten Qualitätsmerkmals begründen („24h-Erreichbarkeit“, „99,99 % Sicherheit“, „virengeprüft“[1563]). 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 Satz 2 BGB unwirksam. Im Übrigen gilt auch hier, dass die Haftung für eine – auch leicht fahrlässige – Verletzung von vertragswesentlichen Pflichten nicht ausgeschlossen werden kann.

1562 Vgl. *Jessen*, ZUM 1998, 282, 287; *Cichon*, Internetverträge, Köln 2000, S. 21.

1563 Vgl. dazu *LG Hamburg*, Urt. v. 18.7.2001 – 401 O 63/00, CR 2001, 667 = NJW 2001, 3486 = MMR 2001, 831.

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.[1564] 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.[1565]

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

---

1564 *Heinrichs*, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, 3. Auflage 2015 § 309 Rn. 11; so schon zur alten Rechtslage *BGH*, Urt. v. 4.6.1987 – I ZR 159/85, NJW-RR 1987, 1252, 1253.

1565 Vgl. zum bisherigen Recht *BGH*, Urt. v. 21.12.1987 – II ZR 177/87, NJW-RR 1988, 559, 561; zur neuen Rechtslage siehe *Mansel*, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, 3. Auflage 2015, § 202 Rn. 15 ff.

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.[1566] 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.[1567] Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die geschuldete Dienstleistung nach dem gesetzlichen Leitbild des § 613 Satz 1 BGB eine höchstpersönliche Pflicht sei. Daher sei ein formularmäßiger Änderungsvorbehalt auch dann unwirksam, wenn er sich auf vorhersehbare Verhinderungen (Urlaub) erstrecke.[1568] 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.[1569] 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.[1570] So sind einseitige Auftragserweiterungsvorbehalte für entgeltpflichtige Zusatzleistungen auch nach der Schuldrechtsreform unzulässig.[1571] Zu beachten ist ferner, dass nach Rechtsprechung des *BGH*[1572] Klauseln unzulässig sind, die dem Verwender das Recht zur Änderung von Leistungsbeschreibungen geben. Verboten ist auch die Verwendung einer Klausel, die eine Leistungsän-

---

1566 Vgl. *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, § 10 Nr. 4 Rz.Rn.

1567 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.2.1995 – 8 U 33/94, NJW 195, 2421 = VersR 1996, 637, 638.

1568 *OLG Hamm*, Urt. v. 4.5.1994 – 3 U 198/93, NJW 1995, 794.

1569 *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2015, § 308 Nr. 4 Rn. 10b.

1570 Vgl. dazu *Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2015, mit weiteren Beispielen und Nachweisen.

1571 Vgl. *OLG Hamm*, Urt. v. 16.12.1991 – 17 U 109/91, NJW-RR 1992, 444, 445; zu Auftragserweiterungsvorbehalten in Werkverträgen vgl. *BGH*, Urt. v. 14.7.1987 – X ZR 38/86= NJW 1987, 2818.

1572 *BGH*, Urt. v. 11.10.2007 – III ZR 63/07, MMR 2008, 36 = CR 2008, 104.

derung an einen fingierten Konsens der Parteien koppelt und den Kunden auf ein Widerspruchsrecht verweist.[1573]

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.[1574]

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.[1575] 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 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

---

1573 *BGH*, Urt. v. 11.10.2007 – III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 = MMR 2008, 36..
1574 Vgl. zur alten Rechtslage *Ulmer*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 2 Rn. 64.
1575 Vgl. *BGH*, Urt. v. 8.10.1997 – IV ZR 220/96, NJW 1998, 454, 455 f.

das Vertragsverhältnis ohne seinen Widerspruch oder seine Kündigung mit den neuen AGB fortgesetzt wird.[1576]

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.[1577]

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**

I. Hinterlegungsvereinbarungen

Literatur:

Bömer, Hinterlegung von Software, in: Kölner Tage zum Softwarerecht, September 1997, Tagungsunterlagen, 385 ff.; *Grützmacher*, Hinterlegungsvereinbarung, in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Loseblatt, Kap. 1.7; *Grützmacher*, Insolvenzfeste Softwarelizenz- und Softwarehinterlegungsverträge – Land in Sicht?, CR 2006, 289; *Hoeren*, Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes, CR 2004, 721; *Kast*/*Meyer*/*Peters*, Software Escow: The SAGA continues, CR 2004, 147; *Lensdorf*, Aspekte der Software-Hinterlegung, CR 2000, 80; *Mayer*, Die Hinterlegung von Quellcodes und Prioritätsverhandlungen in der notariellen Praxis, RNotZ 2011, 385; *Milzer*, Software Escrow-Agreements als notarielle Hinterlegungsvereinbarungen, ZNotP 2004, 348; *Oberscheidt*, Die Insolvenzfestigkeit der Softwarehinterlegung, Diss. Münster 2002; *Paulus*, Der Escrow-Agent, CR 1994, 83; *Rath*, Risiken und Nebenwirkungen beim Software Escrow, CR 2013, 78.*Rössel*, Escrow-Agreements: Hinterlegung des Quellenprogramms. Lässt sich eine insolvenzfeste Hinterlegung vertragliche regeln?, ITRB 2001, 223; *Rath*, Risiken und Nebenwirkung beim Software-Escrow, CR 2013, 78; *Roth*, Wege zum Quellcode II, ITRB 2005, 283; *Schneider*,

---

1576 *Hennrichs*, in: Dauner-Lieb u.a., 3. Auflage 2015, § 308 Rn. 7.
1577 *OLG Köln*, Beschl. v. 28.8.1995 – 16 W 45/95, NJW 1996, 1065.

Hinterlegung von Software, Escrow, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl., Köln 2014, Kap. L; *Siegel*, Software Escrow, CR 2003, 941; *Stiemerling*, Sachgerechte Verifikation bei Software-Escrow – Anforderungen an die Prüfung von Sourcecode und Dokumentation bei der Software-Hinterlegung, ITRB 2013, 87; *Wallner*, Insolvenzfeste Nutzungsrechte und Lizenzen an Software, NZI 2002, 70.

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.[1578]

Der Besitz des Quellformats beinhaltet die Möglichkeit zur Bearbeitung und Änderung eines Programms und dadurch das Risiko unkontrollierbarer Piraterie: Wer über das Quellformat eines Programms verfügt, kann alle Hinweise auf den Urheber, insbesondere Copyrightvermerke und Seriennummern, beseitigen und umfangreiche Änderungen innerhalb der Programmstruktur vornehmen. Aus diesem Grund wird dem Anwender grundsätzlich nur das Programm im Objektformat überlassen; denn ansonsten würde er das im Programm enthaltene EDV-technische Know-how offen legen und einer unkontrollierbaren Weiternutzung anheim geben.

Dadurch treffen den Anwender aber wiederum besondere Risiken: Da Softwareunternehmen personell meist sehr klein sind und über eine geringe Kapitaldecke verfügen, fallen in jüngster Zeit viele solcher Unternehmen in Insolvenz. Dies kann für den Anwender zur Folge haben, dass eine Wartung seiner Programme unmöglich wird, sofern er nicht selbst über das Quellformat verfügt. Gerade große Anwender (Banken etc.), die auf eine zügige Beseitigung von Softwarefehlern angewiesen sind, können 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 Rechtsprechung[1579] 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

---

1578 Vgl. *BGH*, Urt. v. 30.1.1986 – I ZR 242/83, NJW 1987, 1259 f. = GRUR 1986, 610 f.; *LG München I*, Urt. v. 18.11.1988 – 21 O 11130/88, NJW 1989, 2625 f. = CR 1989, 990.

1579 Vgl. u.a. *OLG München*, Urt. v. 16.7.1991 – 25 U 2586/91, CR 1992, 208, 209; Zahrnt, Bd. 1, 207 ff.

geben, hätte der Anwender die Möglichkeit zu umfangreichen Änderungen, insbesondere zur Verwertung des im Programm enthaltenen Know-how. Auf der anderen Seite kann der Lieferant im Normalfall die notwendigen Wartungs- und Fehlerbeseitigungsarbeiten selber vornehmen; der Anwender ist erst auf das Quellformat angewiesen, wenn der Lieferant tatsächlich in Insolvenz fällt. Deshalb ist eine Pflicht des Lieferanten zur Überlassung des Quellformats an den Anwender **insbesondere bei Standardsoftware abzulehnen**.[1580] 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.[1581] 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*[1582] 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 Quellcode aufzubürden.

1580 *OLG München*, Urt. v. 16.7.1991 – 25 U 2586/91, CR 1992, 208.
1581 *LG Köln*, Urt. v. 15.4.2003 – 85 O 15/03, CR 2003, 484.
1582 *LG München I*, Urt. v. 18.11.1988 – 21 O 11130/88, NJW 1989, 2625 = CR 1989, 990 = BB 1989, Beilage 8–9.

Anders war die Situation in einem Fall, den das *LG Köln*[1583] 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 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*[1584] in der vertraglichen **Pflicht zur Überlassung einer Dokumentation** implizit auch eine Pflicht zur Quellcodeübergabe mitgeschuldet. Verpflichte 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.[1585] Das *LG Frankfurt* hat für **jeden Programmerstellungsvertrag** eine Auslieferung des Quellcodes, und das schon vor der Abnahme, verlangt.[1586] Die Literatur nahm z.T. einen Herausgabeanspruch bereits dann an, wenn der Hersteller die ihm zumutbare Fehlerbeseitigung nach Ablauf der Gewährleistungsfrist verweigert.[1587]

Der *BGH* hat zunächst 1987 erstmals in Sachen Escrow entschieden.[1588] 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 Sourcen bedürfe. Sofern der Anwender nicht zu Änderungen und Fehlerbeseitigungen berechtigt sei, bedürfe er auch des Quellcodes nicht. Im Gegenteil: Durch die Herausgabe könnten nunmehr Änderungen an ihren Programmen vorge-

---

1583 *LG Köln*, Urt. v. 3.5.2000 – 20 S 21/99, CR 2000, 505 = NJW-RR 2001, 1711.

1584 *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 14.5.1998 – 11 U 39/96, CR 1999, 11.

1585 *LG Aschaffenburg*, Urt. v. 16.12.1997 – 1 O 354/93, CR 1998, 203; ähnlich bereits *OLG Frankfurt*, Urt. v. 25.3.1992 - 23U 208/ 89, BB 1993,Beil. 3 zu Heft 5 = CR 1993,693; *LG München I*, Urt. v. 18.11.1988 – 21 O 11130/88, NJW 1989, 2625 = CR 1989, 990.

1586 *OLG Frankfurt*, Urt. v. 25.3.1992 - 23U 208/ 89, BB 1993,Beil. 3 zu Heft 5 = CR 1993,693.

1587 *Moritz*, CR 1999, 541, 545.

1588 *BGH*, Urt. v. 30.1.1986 – I ZR 242/83, NJW 1987, 1259.

nommen werden, die dem Softwareersteller die Erfüllung seiner Änderungs- und Wartungspflicht zumindest erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen könnte.

In seinem Urteil vom 16.12.2003[1589] hat der *BGH* dann herausgestellt, dass entscheidend auf die ausdrückliche Vereinbarung der Parteien abzustellen sei. Fehle eine solche Vereinbarung, sei die Überlassungspflicht nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Neben der Höhe des vereinbarten Werklohns könne dabei insbesondere 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 dafür sprechen, 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 dagegen spricht, dass die Überlassung des Quellcodes vereinbart war.

Der *BGH* erweitert hier seinen bisherigen Indizienkatalog für die Annahme einer Überlassungspflicht. Für eine Überlassungspflicht soll nicht nur das Bestehen eines Bearbeitungsrechts des Anwenders sprechen. Hinzu 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

---

[1589] *BGH*, Urt. v. 16.12.2003 – X ZR 129/01, NJW-RR 2004, 782 = CR 2004, 490.

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.[1590] Hier bedarf eine Überlassungspflicht einer entsprechenden Regelung im Softwareerstellungsvertrag. 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.[1591] 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 Insolvenzfalle die Möglichkeit geben, darauf zurückgreifen und eine eigenverantwortliche Pflege seiner Software durchzuführen. Zu prüfen

---

1590 *Österreichischer Oberster Gerichtshof*, Beschl. v. 3.8.2005 – 9 Ob 81/04h, MMR 2006, 152 = CR 2006, 155.

1591 *BGH*, Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04, MMR 2006, 386 = CR 2006, 151 = GRUR 2006, 435 = NJW 2006, 915.

ist deshalb, inwieweit den Lieferanten eine Pflicht zur Hinterlegung des Quellformats trifft und ob entsprechende Vereinbarungen überhaupt sinnvoll sind.

a) Hinterlegungspflichten

Fraglich ist zunächst, inwieweit sich aus dem Zweck des Softwareüberlassungsvertrags eine Pflicht zur Hinterlegung des Quellformats und zur Übergabe im Insolvenzfall begründen lässt.

Gegen eine solche Pflicht spricht der **Warencharakter der Standardsoftware**: Standardsoftware wird als „Massenprodukt" von vielen Anwendern gekauft. Bei solchen Produkten trägt aber grundsätzlich der Käufer das Risiko, dass eine Wartung oder Ersatzteillieferung durch den Lieferanten wegen Insolvenz nicht mehr möglich ist. Wenn er sich beim Softwarekauf gegen dieses Risiko absichern will, muss er besondere Bestimmungen in den Vertrag aufnehmen und sich – gegen Zahlung eines gesonderten Entgelts – den Zugriff auf das Quellformat sichern. Im Ergebnis trifft den Softwarelieferanten somit **keine Pflicht zur Hinterlegung** des Quellformats aus Treu und Glauben.

b) Hinterlegungsvereinbarungen

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 Programmerstellers 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) Insolvenzrechtliche Probleme

Hinterlegungsvereinbarungen sind sinnlos und ineffektiv, wenn die Kopie des Quellformats zur **Insolvenzmasse i.S.d. § 35 InsO** gehört und der Anwender deshalb im Insolvenzfalle 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*,[1592] 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.[1593]

Tatsächlich erfolgt eine Hinterlegung des Quellformats grundsätzlich in Form einer **sog. uneigennützigen 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

---

[1592] *Bömer*, Hinterlegung, 398 f.
[1593] Hierzu *Hoeren*, MMR 2013, 486.

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 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.[1594] Das Treugut gehört deshalb weiterhin zur Insolvenzmasse und kann vom Insolvenzverwalter herausverlangt werden.

Im Ergebnis hat der Anwender bei Hinterlegung des Quellformats **kein Aussonderungsrecht.** Er kann im Insolvenzfall nicht auf das Quellformat zurückgreifen. Insgesamt sind somit Hinterlegungsvereinbarungen nicht insolvenzfest und verfehlen daher ihr Regelungsziel. Die Sicherungsübereignung der Datenträger und ein durch die Herausgabe aufschiebend bedingtes Nutzungsrecht allein reichen nicht aus, um gegenüber dem Insolvenzverwalter einen Herausgabeanspruch zu begründen.

Die Hinterlegungsvereinbarung ist als **Geschäftsbesorgungsvertrag** i.S.v. § 675 BGB anzusehen. Nach §§ 115, 116 InsO erlöschen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Geschäftsbesorgungsverträge. Insofern hat der Insolvenzverwalter dann den Zugriff auf das Material und kann eine entsprechende Herausgabe von der Hinterlegungsstelle verlangen. Normalerweise handelt es sich bei der Hinterlegungsvereinbarung insolvenzrechtlich um einen Treuhandverhältnis. Selbst wenn der Hinterlegungssteller Eigentum an dem hinterlegten Material erhalten sollte, wird nach der Frage der wirtschaftlichen Zuordnung des Gegenstandes

---

[1594] So etwa *BGH*, Urt. v. 30.4.1959 – II ZR 126/57, NJW 1959, 1223; *OLG Köln*, Urt. v. 13.11.1964 – 9 U 118/64, MDR 1965, 1001.

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.[1595] Insofern kommt alles auf eine geschickte Vertragsgestaltung in Bezug auf die Insolvenzvereinbarung an, mit dem Ziel, ein endgültiges Ausscheiden der Sources aus dem Vermögen des Treugebers zu bewirken. Jedwede Form einer Rückgabeverpflichtung im Hinblick auf das Softwarehaus muss vertraglich ausgeschlossen sein. Für den Fall einer Kündigung der Hinterlegungsvereinbarung muss eine bloße Vernichtungsverpflichtung ausreichen.

Weiterhin bleibt die **Frage der Anfechtbarkeit der Hinterlegung** zu klären (**§ 143 InsO**). Es muss schließlich gewährleistet sein, dass der Schuldner für die Weggabe von Vermögen eine äquivalente Gegenleistung unmittelbar erhält. Eine mittelbare Benachteiligung reicht aus, etwa wenn die Verwertbarkeit zugunsten eines potentiellen Käufers des Softwarehauses 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 (insbeson-

---

[1595] *BGH*, Urt. v. 25.4.1962 – VIII ZR 43/61, NJW 1962, 1200 = MDR 1962, 732.

dere 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** sollte aufgenommen werden:[1596]

- Die Eröffnung des Insolvenzverfahren über das Vermögen oder Ablehnung eines Insolvenzantrags mangels Masse – Beweis durch Vorlage eines rechtskräftigen Beschlusses zumindest in beglaubigter Kopie,
- die Löschung der Firma des Anbieters wegen Vermögenslosigkeit oder Eintragung des Liquidationsbeschlusses im Handelsregister – Beweis durch Vorlage eines beglaubigten Auszuges aus dem Handelsregister,
- die schriftliche Zustimmung des Anbieters zur Herausgabe,
- ein rechtskräftiges Urteil bzw. Beschluss hinsichtlich der Abgabe einer Zustimmungserklärung durch den Anbieter,
- 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

Literatur:

Contreras/*Slade*, Click-Wrap Agreements: Background and Guidelines for Enforceability, CRi 4/2000, 104; *Davidson*/*Bergs*, Open, Click or Download: What Have You Agreed To? The Possibilities Seem Endless, The Computer Laywer Vol. 16, No. 4, April 1999, 1; *Karger*, Download im Rahmen bestehender Softwareüberlassungs- und Pflegeverträge. Probleme mit Click-Wrap-Agreements, ITRB 2003, 134; *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hamburg 2006; *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarever-

---

[1596] Siehe *Bömer*, Hinterlegung, 394 f.

marktungskonzepte, Köln 2005; *Söder*, Schutzhüllenverträge und shrink wrap license, München 2006.

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 Softwareer-

steller ein Recht haben, die „Lizenz“ technisch auszuschalten. Das Gesetzesvorhaben hat sich nie durchgesetzt; es kam nur in wenigen Bundesstaaten (in Maryland und Virginia[1597]) 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.[1598] Ein unmittelbar lediglich auf einen tatsächlichen Erfolg zielendes Verhalten kann aber nicht mittelbar einen Rechtsfolgewillen zum Ausdruck bringen, d.h. als Willenserklärung gewertet werden. Schutzhüllenverträge sind folglich mangels Zustimmung des Anwenders zum Vertragsschluss unwirksam.[1599] Ähnliches gilt für Versuche, einen Vertragsschluss mittels Drücken der Enter-Taste zu konstruieren.[1600]

III. Application Service Providing und Cloud Computing

Literatur:

Bisges, Urheberrechtliche Aspekte des Cloud Computing - Wirtschaftlicher Vorteil gegenüber herkömmlicher Softwareüberlassung?, MMR 2012, 574; *Boos*/*Kroschwald*/*Wicker*, Datenschutz bei Cloud Computing zwischen TKG, TMG und BDSG. ZD 2013, 205; *Czychowski*/*Bröcker*, ASP – Ein Auslaufmodell für das Urheberrecht?, MMR 2002, 81; *Dietrich*, ASP – öffentliche Zugänglichmachung oder unbenannte Nutzungsart, ZUM 2010, 567; *Grützmacher*, Application Service Providing – Urhebervertragsrechtliche Aspekte, ITRB 2001, 59; *Lehmann*/*Giedke*, Urheberrechtliche Fragen des Cloud Computings, CR 2013, 681; *Müller*, Cloud und Privatkopie, ZUM 2014, 11; *Pötters*, Beschäftigtendaten in der Cloud, NZA 2013, 1055; *Pohle*/*Ammann*, Über den Wolken – Chancen und Risiken des Cloud Computing, CR 2009, 273; *Schultze-Melling*, IT-Compliance in a Globalized World, CRi 2008, 142; *Sujecki*, Internationales Privatrecht und Cloud Computing aus europäischer Perspektive, K&R 2013, 312; *Wagner*/*Blaufuß*, Datenexport als juristische Herausforderung: Cloud Computing, BB 2012, 1751; *Wicker*, Durchsuchung in der Cloud - Nutzung von Cloud-Speichern und der strafprozessuale Zugriff deutscher Ermittlungsbehörden, MMR 2013, 76; *Witzel*, Ge-

---

1597 *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.

1598 *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 Urt. des *OLG Stuttgart* v. 10.2.1989 – 2 U 209/88 = NJW 1989, 2633 = CR 1989, 685, wonach Shrink-Wrap wirksam sein soll. Gründe für diese These finden sich im Urteil nicht.

1599 *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rn. 575 f.; a.A. ohne nähere Begründung *OLG Stuttgart*, Urt. v. 10.2.1989 – 2 U 290/88, NJW 1989, 2633 = CR 1989, 685 = DuD 1990, 97.

1600 *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rn. 579; Specht v. Netscape Communications, Nos. 00 CIV 4871, 00 CIV 6219, 00 CIV 6249, 2001 WL 755396 (S.D.N.Y. 07/05/01).

währleistung und Haftung in Application Service Providing-Verträgen. Ausgestaltung von Gewährleistung und Haftung in ASP-Verträgen, ITRB 2002, 183; *Zech*, Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud, ZUM 2014, 3.

Aufgrund der verschiedenen Einsatzbereiche und Formen des Daten-Outsourcings wird durch die Nutzung von Outsourcing-Dienstleistern eine Fülle von Rechtsgebieten berührt. Gerade im Hinblick auf die Möglichkeiten einer internationalen Ressourcenverteilung ist eine exakte Analyse der im Einzelfall tangierten Rechtsvorschriften und den damit verbundenen Konsequenzen erforderlich. 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 „pretrial discovery" genannt. Die pretrial discovery ist eine Besonderheit des angelsächsischen Verfahrensrechts und hat insbesondere in den USA eine besondere Ausprägung erhalten.[1601] Das in den Federal Rules of Civil Procedure (Fed. R. Civ. P.) festgelegte pretrial discovery – Verfahren ist ein von den Parteien durchgeführtes und sehr weitreichendes Beweisermittlungsverfahren vor der mündlichen Verhandlung.[1602] Risiken die von ausländischen Rechtsordnungen ausgehen, sollten in einer auf das entsprechende Land bezogenen Einzelfallüberprüfung zusätzlich bewertet werden.

1. Vertragszweck

Seit den 70er Jahren gibt es das Konzept ASP (Application Service Providing). Mittels „Time-Sharing-Services" wurde kleinen und mittleren Unternehmen Rechner und Applikationen zur Verfügung gestellt. Heute werden besonders branchenspezifische Anwendungen im Netz gemietet, um sich teure Investitionen in IT-Strukturen und Know-how zu sparen. Die Software-Applikationen, befinden sich in einem leistungsfähigen, sicheren und hoch verfügbaren Rechenzentrum (Internet-Data-Center). Die Produkte werden gegen eine Gebühr vermietet.

Das ASP-Geschäft wird mit dem Internet dergestalt verknüpft, dass „Software as a Service" (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.

[1601] *Stempfle*, in:Terbille/Höra, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 13 f.; *Deutlmoser/Filip,* in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimdiarecht, München 2015, Teil 16.6.

[1602] *Henry*, GRUR Int. 1983, 82 (m.w.N.).

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.[1603] Dadurch, dass der Nutzer überhaupt nicht mehr nachvollziehen kann, auf welchem Server seine Daten gespeichert sind, nachdem er sie in die „Cloud“ eingegeben hat, liegt, sobald es sich um personenbezogene

---

[1603] *Söbbing*, Cloud und Grid Computing: IT-Strategien der Zukunft rechtlich betrachtet, MMR 2008, XII.

Daten handelt, ein Datenschutzproblem vor.[1604] Aber auch Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Datenverlust und mangelnde Sicherheit sind noch weitgehend ungeklärt.[1605]

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.[1606] In Anlehnung an Verträge über die Nutzung technischer Infrastruktur liegt eine Klassifizierung als Mietvertrag nahe.[1607] 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.[1608]

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.[1609] 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.

1604 *Pohle/Ammann*, Über den Wolken … – Chancen und Risiken des Cloud Computings, CR 2009, 273, 274; *Schultze-Melling*, IT-Compliance in a Globalized World, CRi 2008, 142, 143.

1605 *Pohle/Ammann*, CR 2009, 273, 275.

1606 *Gräfin v. Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 84; *Sedlmaier/Kolk*, MMR 2002, 75, 78 f.; *Eichler*, Anwalt 5/2002, 20. Aus urheberrechtlicher Sicht *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, 81.

1607 *BGH*, Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, MMR 2007, 243; *OLG Hamburg*, Urt. v. 15.12.2011 – 4 U 85/11, MMR 2012, 740; *Koch*, ITRB 2001, 39, 40; *Bettinger/Scheffelt*, CR 2001, 729, 731; *Röhrborn/Sinhart*, 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, 4. Aufl., Rn. 563, 567.

1608 *BGH*, Urt. .v. 28.10.1992 – VII ZR 92/91, NJW-RR 1993, 197.

1609 *BGH*, Urt. v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, 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 Werkvertragselement 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.[1610] 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 Satz 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.[1611]

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.

[1610] So etwa *Müller-Hengstenberg*, NJW 2007, 2370, CR 2004, 161; *Diedrich*, CR 2002, 473.
[1611] Vgl. zum Streitstand *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, 4. Aufl. 2014, § 69c, Rn. 43 ff. m.w.N.

4. Hauptleistungspflichten

a) Leistungspflicht

aa) Geschuldeter Erfolg

ASP-Verträge müssen technisch genau abgestimmt sein. Zu klären ist etwa, welche technischen Daten in SLAs garantiert werden. Vertragsstrafen regeln den Ausfall des Systems. Allgemein sind die Sicherheitsvorkehrungen im Data-Center und das Sicherheits-Management (Firewall, Verschlüsselung, Authentifikation) zu spezifizieren. Es bedarf eines Notfall-Plans für unerwarteten Webtraffic; die Frage 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.[1612] Die Dokumentation muss auf jeden Fall kurze Installationshinweise enthalten.[1613] Die Überlassung einer Dokumentation kann nicht dadurch ersetzt werden, dass der Anbieter auf Schulungsprogramme hinweist.[1614]

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

---

1612 *OLG Stuttgart*, Urt. v. 24.2.1998 – 6 U 123/97, CR 1999, 74.
1613 *LG Hannover*, Urt. v. 28.5.1999 – 13 S 16/98, CR 2000, 154.
1614 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 27.10.1995 – 22 U 66/95, CR 1996, 214 = NJW1996, 821; *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 17.12.1991 – 5 U 265/90, CR 1993, 93.

darstellt.[1615] Etwas anderes würde evtl. dann gelten, wenn zusätzlich über die Benutzeroberfläche hinaus die Software auch im Arbeitsspeicher des Rechners (RAM) gespeichert würde.[1616] 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 Weitervermietung handelt oder um einen Fall des Bereithaltens zum Abruf für die Öffentlichkeit (§ 19a UrhG).[1617]

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 Satz 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; [1618] 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 aner-

---

[1615] *Loewenheim,* in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69c, Rn.8 m.w.N.; a.A. *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 16 Rn. 7.

[1616] Vgl. *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 16 Rn. 7.

[1617] *Schulze*, ZUM 2011, 2; *Dietrich*, ZUM 2010, 567.

[1618] BGH, Urt. v. 24.10.2002 – I ZR 3/00, MMR 2003, 393, 394 ff. = GRUR 2003, 416, 418 ff.

kannt.[1619] 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 sich 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.

Ungeschrieben besteht eine Pflicht zur Datensicherung seitens des Kunden. Die Erstellung eines Pflichtenhefts ist Aufgabe des Kunden;[1620] 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,[1621] 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 alle für den ASP erforderlichen Informationen
- die Benennung von Ansprechpartnern
- die Bereitstellung von Testdaten
- die Gewährung von Zutritt zu den Räumen des Kunden
- die Mitteilung, wohin Altdaten des Kunden übernommen werden sollen
- die temporäre Unterlassung der Nutzung während der Wartungszeiten.

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 Wegnah-

---

[1619] *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rn. 616.
[1620] *OLG Köln*, Urt. v. 7.2.1992 – 19 U 117/91, NJW-RR 1992, 761, 762 =.CR 1992, 470, 471.
[1621] Str., *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 69d, Rn. 13; a.A. *Dietrich*, ZUM 2010, 567.

merecht 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 Herausgabe aller Sicherungskopien verpflichtet. Ferner stehen dem Kunden Löschungsansprüche aus datenschutzrechtlichen Gründen zu (§ 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG).

6. Datenschutzrecht

Zweck des Datenschutzrechts (DSGVO und BDSG 2018) 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 insbesondere die Vorschriften der DSGVO zu beachten.[TR1]

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 identifzierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführter Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten unterfällt nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO dem Begriff der Verarbeitung. Eine Verarbeitung wie die Erhebung, Speicherung oder Nutzung von Daten ist nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO nur rechtmäßig, wenn ein Erlaubnistatbestand eingreift. Nach Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 f. DSGVO kommt zwar eine Erlaubnis durch Einwilligung des Betroffenen in Betracht. Die Einholung einer Einwilligung aller durch die Verarbeitung tangierten Personen wird jedoch in der Praxis so gut wie unmöglich sein.

b) Auftragsverarbeitung

Findet die Verarbeitung im Rahmen einer Auftragsverarbeitung, vgl. Art. 24 ff. DSGVO statt, erfährt sie eine Privilegierung. Der Auftragsverarbeiter ist nicht selbst Verantwortlicher im engeren Sinne, vgl. bspw. Art. 4 Nr. 22 lit. a DSGVO, und nimmt eine Sonderstellung ein.

Ungeklärt ist jedoch, ob der Datentransfer zwischen dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter als Verarbeitung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO zu qualifizieren ist und damit einer Rechtfertigung bedarf.[1622] Angesichts des Wortlauts von Art. 28 Abs. 10 DSGVO und der Qualifizierung als Nicht-Dritter, vgl. Art. 4 Nr. 10 DSGVO, liegt es nahe, weiterhin von einer Privilegierung dergestalt auszugehen, dass der Datentransfer keiner gesonderten Rechtfertigung bedarf.[1623]

Selbst wenn eine solche Privilegierung abgelehnt wird, soll jedenfalls der Rechtfertigungsgrund des berechtigten Interesses greifen[1624] oder grundsätzlich akzessorisch der jeweils für den Verantwortlichen geltende Rechtfertigungstatbestand.[1625] Die Qualifizierung als Auftragsverarbeiter bringt also weiterhin entscheidende Vorteile, indem es keines eigenständigen Rechtfertigungsgrundes bedarf.

aa) Begründung der Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO

Die Auftragsverarbeitung erfolgt in der Regel auf Grundlage eines Vertrages nach Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO. Dieser hat keine konstitutive Wirkung, entscheidend ist, ob es sich tatsächlich um eine Auftragsverarbeitung handelt, vgl. Art. 4 Nr. 8 DSGVO. Eine fehlende derartige Vereinbarung führt jedoch zur Unwirksamkeit der Auftragsverarbeitung,[1626] und Datentransfers wären dann Übermittlungen an einen Dritten nach Art. 4 Nr. 10 DSGVO, die vor allem nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO einer eigenständigen Rechtfertigung bedürfen und gegebenfalls als gemeinsame Verarbeitung nach Art. 26 DSGVO anzusehen sein können.[1627]

Der gewählte Vertragstyp ist nicht vorgegeben. In Betracht kommen Dienstverträge, Werkverträge, Geschäftsbesorgungsverträge aber auch Gestaltungen im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen; z.B. kann bei im Rahmen eines Konzerns verbundenen Unternehmen das Rechenzentrum eines Unternehmens die Datenverarbeitung für alle anderen konzernangehörigen Unternehmen übernehmen.

[1622] *Ingold*, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordung, 2. Aufl. 2018, Art. 28, Rn. 29. *Härting*, ITRB 2016, 137 (138 f.).
[1623] *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 28, Rn. 15; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 8 ff.
[1624] *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 955.
[1625] *Ingold*, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordung, 2. Aufl. 2018, Art. 28, Rn. 31.
[1626] *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 28, Rn. 37.
[1627] *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 28, Rn. 37.

Maßgeblich für die Qualifizierung als Auftragsverarbeiter sind die faktischen Verhältnisse.[1628] In Abgrenzung zu dem Begriff des Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO entscheidet der Auftragsverarbeiter nicht über die Zwecke und Mittel der personenbezogenen Daten. Er hat sich in seiner Verarbeitung nach den Weisungen des Verantwortlichen zu richten, vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. a DSGVO, und hat insoweit keinen Handlungsspielraum. Je eher Entscheidungen etwa im Hinblick auf gespeicherte Daten, Speicherdauer und Zwecke, getroffen werden, desto eher handelt es sich nicht mehr um eine Auftragsverarbeitung.

Bei dem herkömmlichen Daten-Outsourcing, bei welchem eine feste Zuweisung von physikalischen Ressourcen erfolgt, ist eine Qualifizierung als Auftragsverarbeiter möglich. Der Auftraggeber weiß, wo sich die Datenspeicher befinden und kann somit Ort und Zeit der Datenverarbeitung zu jeder Zeit vollständig beherrschen und über die Einzelheiten der Datenverarbeitung entscheiden. Anders ist es im Falle des Cloud Computing. Grundsätzlich widerspricht diese Form von Kontrolle und enger Bindung an Weisungen 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.

Allerdings kann auch Cloud Computing je nach Ausgestaltung als Auftragsverarbeitung eingestuft werden. Dafür muss sichergestellt werden, dass der Auftragnehmer weisungsgebunden ist und keinen eigenen Entscheidungsspielraum hat. Wird dem Auftraggeber hingegen Eigenständigkeit im Hinblick auf die Datenverarbeitung gewährt, wird der Bereich der Auftragsverarbeitung verlassen und es handelt sich um eine Übermittlung an Dritte. Bei einer Auftragsvereinbarung mit hinreichend konkreten Regelungen etwa zur Datensicherung und der Möglichkeit, die Daten unter gleichmäßiger Beachtung technischer Maßnahmen (Art. 32 DSGVO) und der Datensicherheit flexibel ohne Ansehung der einzelnen Daten auf die Ressourcen innerhalb der Cloud zu verteilen, verbleibt die Entscheidung über Zwecke und Mittel der Verarbeitung bei dem Verantwortlichen.

[1628] *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 28, Rn. 27.

bb) Verantwortlichkeit und Haftung

Sind die Voraussetzungen einer Auftragsverarbeitung erfüllt, ist der Auftraggeber Verantwortlicher.Der Auftragnehmer haftet nach Art. 82 Abs. 2 S. 2 DSGVO, siehe auch § 44 Abs. 1 BDSG 2018, gegenüber dem Betroffenen (nur) für verarbeitungsbedingte Schäden, wenn er seinen Pflichten als Auftragsverarbeiter zuwider handelt oder rechtmäßig erteilte Weisungen nicht beachtet. Soweit bei einzelnen Verarbeitungen der Auftragsverarbeiter über Zwecke und Mittel der Verarbeitung mitbestimmt, gilt er jedoch als Verantwortlicher nach Art. 28 Abs. 10 DSGVO. Die Haftung des Verantwortlichen gegenüber den Betroffenen bestimmt sich insbesondere nach Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO.

Daneben drohen dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter nach Art. 58, 83 DSGVO im Falle von Verstößen hohe Bußgelder. Im Falle der wissentlichen Übermittlung von personenbezogenen Daten einer großen Zahl von Personen an einen Dritten – also einen Nicht-Auftragsverarbeiter – sehen Art. 84 DSGVO, § 42 BDSG 2018 strafrechtliche Sanktionen vor.

cc) Pflichten im Hinblick auf die Auftragsverarbeitung

Der Auftragnehmer ist so auszuwählen, dass hinreichende Garantien dafür bestehen, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen eine Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der DSGVO und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleisten (Art. 28 Abs. 1 DSGVO). Für den Nachweis der Garantien kann nach Art. 28 Abs. 5 auf genehmigte Verhaltensregeln (Art. 40 DSGVO) oder anerkannte Zertifizierungen (Art. 42 DSGVO) zurückgegriffen werden. Wie der Wortlaut zeigt, müssen diese Garantien zum Zeitpunkt der Verarbeitung weiterhin bestehen, sodass eine Kontrollpflicht des Verantwortlichen besteht.[1629] Der Auftraggeber selbst darf ohne entsprechende Vereinbarung keine weiteren Auftragsverarbeiter in Anspruch nehmen (Art. 28 Abs. 2 DSGVO).

In der Vereinbarung zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter sind umfangreiche Rechte und Pflichten aufzunehmen. Insbesondere ist sicherzustellen, dass der Auftragsverarbeiter nur auf dokumentierte Weisung des Verantwortlichen handelt (Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. a DSGVO). In die Verarbeitung eingebundene Personen sollen zu Verschwiegenheit verpflichtet werden (Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. b DSGVO) und geeignete technische Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit und Vertraulichkeit müssen ergriffen werden (Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. c DSGVO). Nach Abschluss der Verarbeitungsleistungen sind die personenbezogenen

---

[1629] *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 28, Rn. 21.

Daten in der Regel zu löschen oder zurückzugeben (Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. g DSGVO). Zudem soll der Auftragsverarbeiter den Verantwortlichen bei Maßnahmen wie der Datenschutz-Folgeabschätzung und der Meldung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten, etwa bei Hacker-Angriffen, unterstützen (Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. f DSGVO).

Bei Verletzung der Pflichten durch den Verantwortlichen – etwa bei der Auswahl und Kontrolle – oder durch den Auftragsverarbeiter gilt das oben Gesagte, insbesondere im Hinblick auf die Verhängung von Bußgeldern nach Art. 83 Abs. 4 DSGVO.

c) Auftragserteilung in Drittstaaten

Wird ein Auftragnehmer mit Sitz in einem Drittstatt (außerhalb der EU/EWR) mit einer Datenverarbeitung beauftragt, vgl. Erwägungsgrund 101 der DSGVO, müssen die zusätzlichen Anforderungen der Art. 44 ff. DSGVO beachtet werden.

Danach ist eine Datenverarbeitung in einem Drittstaat nur dann zulässig, wenn neben den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen ein Beschluss der Europäischen Kommission hinsichtlich der Angemessenheit des Schutzniveaus in dem betreffenden Drittstaat vorliegt. Liegt ein solcher Beschluss der Kommission vor, so bedarf die Datenübermittlung an sich gemäß Art. 45 Abs. 1 S. 2 DSGVO jedoch keiner weiteren Genehmigung im Einzelfall. Ob ein angemessenes Datenschutzniveau vorliegt, unterliegt nicht mehr wie früher der in Art. 25 Abs. 1 DS-RL und § 4 b Abs. 2 BDSG a. F. vorgesehen Prüfung des Datenexporteurs nach Maßgabe des BDSG[1630], sondern kann nun einzig durch Beschluss der Kommission festgestellt werden. Dabei stellt ein solcher Beschluss der Kommission gemäß Art. 45 Abs. 1, 3 DSGVO einen Durchführungsrechtsakt i. S. v. Art. 291 AEUV dar.

Die Angemessenheit des Schutzniveaus beurteilt sich nach den in Art. 45 Abs. 2 DSGVO genannten Kriterien. Abzustellen ist hier auf das Schutzniveau des Drittstaates bzw. eines Gebietes oder spezifischen Sektors innerhalb des Drittstaates, nicht auf das Schutzniveau der die Daten empfangenden Stelle. Gemäß Art. 45 Abs. 8 DSGVO veröffentlicht die Kommission im Amtsblatt der Europäischen Union und auf ihrer Website eine Liste aller Drittländer beziehungsweise Gebiete und spezifischen Sektoren in einem Drittland und aller internationalen Organisationen, für die sie durch Beschluss festgestellt hat, dass sie ein angemessenes

---

[1630] *Tinnefeld*, NJW 2001, 3078, 3082.

Schutzniveau gewährleisten bzw. nicht mehr gewährleisten. Für folgende Länder wurden bislang entsprechende Angemessenheitsentscheidungen getroffen:

- 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),
- 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.
- Vereinigte Staaten von Amerika, begrenzt auf das EU-US Datenschutzschild (Abl. v. 12.07.2016, Nr. L 207).

Zudem laufen Verhandlungen der Kommission mit Südkorea und Japan.[1631]

Liegt ein Angemessenheitsbeschluss der Kommission nach Art. 45 DSGVO nicht vor, so ist eine Datenübermittlung in einen Drittstaat zulässig, sofern geeignete Garantien i. S: v. Art. 46 DSGVO vorliegen. Dabei handelt es sich gemäß Erwägungsgrund 108 S. 3 der DSGVO um Garantien zur Sicherstellung, dass die Datenschutzvorschriften und die Rechte der betroffenen Personen auf eine der Verarbeitung innerhalb der Union angemessene Art und Weise beachtet werden; dies gilt auch hinsichtlich der Verfügbarkeit von durchsetzbaren Rechten der betroffenen Person und von wirksamen Rechtsbehelfen einschließlich des Rechts auf wirksame verwaltungsrechtliche oder gerichtliche Rechtsbehelfe sowie des Rechts auf Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen in der Union oder in einem Drittland.

[1631] Website der Europäischen Kommission zur Angemessenheit des Schutzniveaus in Drittstaaten: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_en (zuletzt abgerufen am 06.09.2018)

Liegen weder ein Angemessenheitsbeschluss der Kommission nach Art. 45 Abs. 3 noch eine geeignete Garantie i. S. v. Art. 46 DSGVO vor, so ist eine Datenübermittlung nur möglich, wenn eine der in Art. 49 DSGVO aufgeführten Ausnahmen vorliegt. Davon erfasst sind Fälle, in denen die Gefahr einer Datenübermittlung in einen Drittstaat vergleichsweise gering sind, etwa weil der Betroffene nach Art. 49 Abs. 1 S. 1 a) eingewilligt hat oder die Datenübermittlung nach Abs. 1 S. 1 b) zur Erfüllung des Vertrages erforderlich ist.

d) Besonderheiten USA

Nachdem der *EuGH* mit Urteil vom 06.10.2015 das mit dem US-Handelsministerium ausgehandelte Safe Harbour Paket kippte, das aufgrund einer Ausnahmeregel, die es Behörden gestatte, generell auf den Inhalt elektronischer Kommunikation zuzugreifen, nach Ansicht des Gerichts den Wesensgehalt des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens verletzte[1632], ist mit dem EU-US Privacy Shield am 01.08.2016 ein Nachfolger in Kraft getreten. Dabei handelt es sich um eine Angemessenheitsentscheidung der Kommission i. S. v. Art. 45 DSGVO. Das EU-US Privacy Shield sieht vor, dass amerikanische Unternehmen sich größtenteils selbst regulieren, beinhaltet jedoch im Vergleich zum Safe Harbor Abkommen stärkere und effektivere Rechte für Betroffene.[1633] Kritisiert wird das Abkommen indes für seine mangelnde rechtliche Normqualität, da es sich nicht um innerstaatliches Recht oder internationale Verpflichtungen handele, sowie aufgrund der Tatsache, dass Unternehmen erst dann sanktioniert werden, wenn Betroffene ihre Rechte auch geltend machen – was voraussetzt, dass diese von der Verletzung ihrer Rechte überhaupt Kenntnis haben.[1634]

Die Zukunft des EU-US Privacy Shields ist ungewiss. Es unterliegt gemäß Art. 45 Abs. 5 DSGVO der Beobachtung und Überprüfung durch die Europäische Kommission. Endgültig wird die Rechtslage aber wohl erst durch eine Entscheidung des EuGH geklärt werden, dem diesbezüglich ein Verwerfungsmonopol zusteht.

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 Verschlüsselungs-

---

1632 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14, Rn. 94.
1633 *Von Lewinski*, EuR 2016, 405, 413.
1634 *Von Lewinski*, EuR 2016, 405, 413f.

techniken und der anschließenden Versendung möglicherweise überhaupt keine personenbezogenen Daten transportiert werden, da nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO personenbezogene Daten die Zuordnung zu einer zumindest identifizierbaren Person erfordern. Für die Frage der Identifizierbarkeit sind nach Erwägungsgrund 26 der DSGVO alle Mittel zu berücksichtigen, die wahrscheinlich genutzt werden können, um die Person zu identifizieren. Ein verschlüsselter Datensatz lässt zunächst keinen Rückschluss auf eine Person zu bzw. nur für die den „Schlüssel" besitzende Stelle. Jedoch hat die Verschlüsselung zur Folge, dass der Personenbezug für alle Nicht-Schlüsselinhaber ausgeschlossen wird, da die inhaltliche Kenntnisnahme der Daten nur mittels einer unbefugten, in der Regel aufwendigen Entschlüsselung möglich ist. Die Daten sind also für Personen, denen der Code unzugänglich ist, keine personenbezogenen, sondern anonyme Daten. Ein Schutz gegen die bloße Kenntnisnahme der Daten erübrigt sich, da keine personenbezogenen Informationen vermittelt werden. Der Schlüsselcode hingegen muss für Dritte absolut unzugänglich sein. Wird der Code nachträglich doch preisgegeben, werden die vorher anonymen Daten zu personenbezogenen Daten.[1635] Entscheidend ist, dass die Verschlüsselung nach dem aktuellen Stand der Technik als sicher eingestuft werden kann und eine Gefahr der Decodierung durch unbefugte Dritte nicht besteht. Für eine wirksame Verschlüsselung müssen die Schlüssel unbedingt geheim sein. Die Geheimhaltung des Schlüssels darf aber keinesfalls verwechselt werden mit der Geheimhaltung des Verschlüsselungsalgorithmus selbst, dessen Offenlegung nach dem sog. Kerckhoff'schen Prinzip sogar zur Sicherheit der Verschlüsselung beiträgt. [1636] Ob die notwendigen Sicherheitsstandards eingehalten wurden, ist im Zweifel von dem Verschlüsselnden nachzuweisen. Das BDSG und die DSGVO sind somit grundsätzlich bei der Übermittlung von verschlüsselten Daten anwendbar, es sei denn der Datenexporteur weist nach, dass die Daten sicher verschlüsselt sind und dass nur der Betroffene oder ein nach BDSG Berechtigter die Daten mit dem Schlüssel einsehen kann.[1637]

1635 *Dammann*, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3 Rn. 36.

1636 *Kerckhoff*, La cryptographie militaire, Journal des sciences militaires, vol. IX (1883), pp. 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) (letzter Abruf: 22.10.2015).

1637 *Spies*, MMR-Aktuell 2011, 313727.

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 Satz 1 AO sind Bücher und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen grundsätzlich im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu führen und aufzubewahren. Insofern ist ein Outsourcing der elektronischen Daten an einen Auftragnehmer in Deutschland in Bezug auf die AO unproblematisch.

b) Finanzbuchführung im Ausland

aa) In EU/ EWR

Nach § 146 Abs. 2a AO kann die zuständige Finanzbehörde auf schriftlichen Antrag des Steuerpflichtigen bewilligen, dass elektronische Bücher und sonstige erforderliche elektronische Aufzeichnungen oder Teile davon außerhalb des Geltungsbereichs der AO in einem EU-Mitgliedsstaat oder einem EWR-Mitgliedsstaat geführt und aufbewahrt werden können. Voraussetzung für eine Genehmigung ist, dass der Steuerpflichtige der zuständigen Finanzbehörde den Standort des Datenverarbeitungssystems und bei Beauftragung eines Dritten dessen Namen und Anschrift mitteilt, der Steuerpflichtige seinen sich aus den §§ 90, 93, 97, 140 bis 147 AO und 200 Abs. 1 und 2 AO ergebenden Pflichten ordnungsgemäß nachgekommen ist, der Datenzugriff der deutschen Finanzbehörde nach § 147 Abs. 6 AO in vollem Umfang möglich ist und die Besteuerung hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Zudem besteht die Pflicht einer umfassenden Verfahrensdokumentation. Liegen diese Voraussetzungen bei einem Antrag auf Verlagerung der elektronischen Buchführung in das EU-/EWR-Ausland vor, wird ein Anspruch des Steuerpflichtigen auf Bewilligung durch das Finanzamt zu bejahen sein; sind hingegen die Voraussetzungen der Nr. 1 oder Nr. 2 nicht erfüllt, darf nach § 146 Abs. 2a Satz 2 Nr. 5 AO das Finanzamt die Bewilligung nur erteilen, wenn die Besteuerung hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Für den Bereich des „regulären Outsourcing“ ergeben sich bei einer Auslagerung der Finanzbuchführung innerhalb der EU bzw. des EWR somit keine größeren Probleme. Die Vorgaben der AO sind durch den Auftraggeber durchweg erfüllbar. Bezüglich des Cloud Computing-Konzepts ergibt sich, aufgrund der bereits beschrieben 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 Zugriffsmög-

lichkeit 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, nach den gleichen Voraussetzungen wie die Auslagerung innerhalb der EU zulässig (siehe oben aa) und § 146 Abs. 2a AO). Im Kern wird die Finanzbehörde eine solche Verlagerung nur bewilligen, wenn die Besteuerung hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Wann eine Besteuerung nicht beeinträchtigt wird, ergibt sich weder unmittelbar aus Abs. 2a noch aus den Gesetzesmaterialien oder aus § 148 AO, in dem ebenfalls dieses Tatbestandsmerkmal verwendet wird; entscheidend dürfte sein, dass dem deutschen Finanzamt eine elektronische Außenprüfung nach § 147 Abs. 6 AO möglich ist und der Steuerpflichtige bisher seine steuerlichen Pflichten nicht verletzt hat.[1638] 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.[1639] 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 AO[1640], 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.

1638 *Klein*, Abgabenordnung, 12. Auf. 2014, § 147, Rn. 60.
1639 *Klein*, Abgabenordnung, 12. Aufl. 2014, § 146, Rn. 57.
1640 Vgl. BFH BStBl 92, 55; BFH/NV 91, 573, 724; 95, 373.

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.[1641] Es besteht ein positives Konsensprinzip. Weder der Arbeitgeber noch der Betriebsrat können ohne die Zustimmung der anderen Partei wirksam handeln.[1642] Werden Daten eines Unternehmens im Wege eines Daten-Outsourcings ausgelagert, ist die Installation eines digitalen Zugriffsystems 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.[1643] Durch den Einsatz dieser technischen Überwachungseinrichtung müssen Daten erhoben werden, die Rückschlüsse auf das Verhalten bzw. die Leistung der Arbeitnehmer zulassen.[1644] Zudem müssen die vom Arbeitgeber zur Überwachung der Arbeitnehmer eingesetzte technische Einrichtung über eine eigenständige Kontrollwirkung verfügen.[1645] 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.[1646] Auf eine Überwachungsabsicht des Arbeitgebers oder eine spätere Verwendung der durch die technische Einrichtung gewon-

---

1641 *Werner*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Stand 2015), § 87 BetrVG Rn. 1.
1642 *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 87 Rn. 1; *Richardi/Richardi,* BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 87 Rn. 6.
1643 *Werner*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, § 87 BetrVG Rn. 90.
1644 *Richardi/Richardi*, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 87 Rn. 505.
1645 *Richardi/Richardi,* BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 87 Rn. 503.
1646 *Werner*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Stand 2015), § 87 BetrVG Rn. 92.

nenen Informationen kommt es hingegen nicht an.[1647]Auch ist es unerheblich, ob die technische Einrichtung eine arbeitsnotwendige Maßnahme darstellt[1648], oder die Überwachung des Arbeitnehmers bloßer Nebeneffekt des Einsatzes der technischen Einrichtung ist.[1649] Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist allerdings nicht eröffnet, wenn eine bloß theoretische Möglichkeit der Überwachung der Arbeitnehmer durch eine technische Einrichtung besteht. Eine Beteiligung des Betriebsrats ist erst dann erforderlich, wenn die Einrichtung eine konkrete Funktion beinhaltet, um das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.[1650] 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.[1651] 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.[1652] Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber die Unterlassung von Maßnahmen verlangen, die seine Mitbestimmungsrechte verletzen. Der Unterlassungsanspruch ist im Beschlussverfahren geltend zu machen[1653]. 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 gesammel-

---

1647 *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 87 Rn. 226; *Richardi/Richardi*, BetrVG, 14. Aufl. 2014,§ 87 Rn. 504.

1648 So allerdings *Fitting,* BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 87 Rn. 226; *Richardi/Richardi*, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 87 Rn. 488.

1649 *Werner*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Stand 2015), § 87 BetrVG Rn. 92.

1650 *Richardi/Richardi,* BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 87 Rn. 501; *Werner*, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Stand 2015), BetrVG, § 87 Rn. 92.

1651 *BAG*, Beschl. v. 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, NJW 1976, 261.

1652 Vgl. *Kania*, in: ErfK Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, BetrVG § 87 Rn. 62; *Fitting*, BetrVG § 87 Rn. 245; *Werner*, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Stand 2015), § 87 BetrVG Rn. 95.

1653 *BAG*, Beschl. v. 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, AP BetrVG 1972 § 23 Nr. 23 = NJW 1995, 1044; Beschl. v. 23.7.1996 – 1 ABR 13/96 = NZA 1997, 274; 279 f; Beschl. v. 21.1.1997 – 1 ABR 53/96, NZA 1997, 785, 786; Beschl. v. 17.11.1998 – 1 ABR 12/98 NZA 1999, 662, 665; Beschl. v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01 NZA 2003, 166, 170 f; *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 87 Rn. 610; *Richardi/Richardi*, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 87 Rn. 139.

ten Ergebnisse somit vor Gericht nicht verwendbar.[1654] Vielmehr müsse der Arbeitgeber schon präventive Maßnahmen (Sperren) einsetzen.

IV. General Public License (GPL)

Literatur:

Andreewitz, Opensource und proprietäre Software: Das Verknüpfungsproblem, Medien und Recht 2005, 240; *Auer-Reinsdorff*, Escrow-Lizenzen und Open Source Software – Regelungsbedarf in Escrow-Vereinbarungen, ITRB 2009, 69; *Beardwood*/*Alleyne*, Open Source Hybrids and the Final GPLv3, CRi 2008, 14; *Demmel*/*Herten-Koch*, Vergaberechtliche Probleme bei der Beschaffung von Open-Source-Software, NZBau 2004, 187; *Funk*/*Zeifang*, Die GNU General Public License, Version 3 – Eine Analyse ausgewählter Neuregelungen aus dem Blickwinkel deutschen Rechts, CR 2007, 61; *Heussen*, Rechtliche Verantwortungsebenen und dingliche Verfügungen bei der Überlassung von Open Source Software, MMR 2004, 445; *Jaeger*/*Metzger*, Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431; *Jaeger*/*Metzger*, Open Source Software. Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 2. Aufl., München 2006; *Jaeger*/*Metzger*, Open Source Software and German Copyright Law, IIC 2001, 52; *Jaeger*/*Metzger*, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, 839; *Jaeger*/*Metzger*, Die neue Version 3 der GNU General Public License, GRUR 2008, 130; *Koch*, Probleme beim Wechsel zur Version 3 der General Public License (Teil 1) – Die neuen Regelungen in Version 3 der GPL, ITRB 2008, 261; *Plaß*, Open Contents im deutschen Urheberrecht, GRUR 2002, 670; *Spindler* (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004; *Strobel*, So content with Open Content – Zufriedenheit dank Open-Content-Lizenz?, MMR 2003, 778.

Die vom GNU-System 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 2007[1655] 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-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.[1656] Die BSD-Lizenz gilt insbesondere für die Nutzung von Unix. Bedeutungsvoll ist zudem die Apache-Softwarelicense,[1657] die vor allem im Web-Softwarebereich zum Tragen kommt. Die BSD und Apache-Lizenzen lassen eine Vermark-

---

1654 Schweizer Bundesgericht, Urt. v. 17.1.2013 – 8C_448/2012, BGE 139 II 7 ff.

1655 Siehe dazu http://www.ifross.de/ifross_html/gpl-seite.html (zuletzt abgerufen am 7.10.2016).

1656 BSD steht für Berkeley Software Distribution; www.openbsd.org/policy.html (zuletzt abgerufen am 22.10.2015); *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Aufl. 2011, Rn. 99 ff., 3.

1657 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 3. Aufl. 2011, Rn. 102 ff.; www.apache.org/licenses (zuletzt abgerufen am 22.10.2015).

tung 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,[1658] 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.[1659]

Die FSF genehmigte bisher nur die englischen Originalversionen der GNU-Lizenzen, da die Anfertigung qualifizierter Übersetzungen in andere Sprachen zu kompliziert und teuer sei.[1660] 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 wesentlicher 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 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 offe-

---

1658 *Koch*, Probleme beim Wechsel zur Version 3 der General Public License (Teil1) – Die neuen Regelungen in Version 3 der GPL, ITRB 2008, 261, 262.

1659 *Kast*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 9 Rn. 56.

1660 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 23.02.2017).

nen „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.* [1661] 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.[1662] In gleicher Weise hat das *Bezirksgericht Amsterdam* die Wirksamkeit einer Creative Commons Lizenz für Fotos bejaht und wegen Verstoßes dagegen Schadensersatz zugesprochen.[1663] Das Landgericht Bochum hat wegen Verstoßes gegen Open Source Bedingungen für Software ebenfalls einen Schadensersatz- und Auskunftsanspruch trotzt Unentgeltlichkeit der Überlassung angenommen.[1664] Die Vereinbarkeit der GPL mit dem deutschen Urheber- und Kartellrecht wurde insofern von diversen Gerichten bestätigt, es handelt sich hierbei um AGB.[1665]

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.[1666]

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 sämtli-

---

1661 *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*, CR 2006, 729 = ZUM-RD 2006, 525.

1662 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.

1663 *Bezirksgericht Amsterdam*, Urt. v. 9.3.2006 – 334492/KG 06-172 SR; http://www.groklaw.net/article.php?story=20060316052623594 (zuletzt abgerufen am 22.9.2016).

1664 LG Bochum, Urt. v. 3.3.2016 – I-8 O 294/15 = ZUM-RD 2016, 536; MMR 2016, 553; NJW 2016, 3764.

1665 *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*, Urt. v. 24.7.2007 – 7 O 5245/07, CR 2008, 57 ff.

1666 *Kast*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 9 Rn. 14.

cher 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 erste Verstoß gegen die Bestimmungen der GPLv3 indiziert sei.[1667]

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.[1668]

Wird ein Open Source Code mit einem kommerziellen Programm vermischt, spricht man von einem „Open Source Hybrid".[1669] 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,[1670] 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. [1671]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.[1672] Es hätte also weiter geprüft werden müssen.

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.[1673] Diese Bedingungskonstruktion soll auch für den Open Source-Vertrieb unter der Version GPL 3 gelten.[1674]

1667 LG Halle, Urt. v. 27.7.2015 – 4 O 133/15 = MMR 2016, 417.

1668 *LG Leipzig,* Beschluss v. 2.6.2015 – 05 O 1531/15, MMR 2016, 417.

1669 *Beardwood/Alleyne*, Open Source Hybrids and the Final GPLv3, CRi 2008, 14.

1670 *Funk/Zeifang*, Die GNU General Public License, Version 3 – Eine Analyse ausgewählter Neuregelungen aus dem Blickwinkel deutschen Rechts, CR 2007, 617, 618.

1671 LG Frankfurt a. M., Urt. v. 6.9.2006 – 2-06 O 224/06.

1672 *Schmidt*, in: Beck´scher Online-Kommentar zum BGB (Stand 2015), § 306 Rn. 18.

1673 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. Kreutzer) = ZUM 2004, 861, 862 f. = CR 2004, 774, 775 f. und jetzt auch *LG Frankfurt*, Urt. v. 6.9.2006 – 2-6 O 224/06, CR 2006, 729 = ZUM-RD 2006, 525.

1674 *Metzger*, GRUR 2008, 131.

Umstritten ist die **Rechtsnatur** von Open Source-Konstellationen. Teilweise wird hier mit Schenkungsrecht argumentiert.[1675] Andere stellen stärker auf gesellschaftsrechtliche Strukturen ab.[1676] Schließlich ließe sich auch vertreten, dass es sich angesichts des kommerzialisierten Gedankens des Weitervertriebs um normale Kauf- und Werkverträge handelt.[1677] 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.[1678] 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.[1679]

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.[1680] Durch die sog. „Linux-Klausel“ in § 32 Abs. 3 Satz 3 UrhG ist für das deutsche Recht der wirksame Ausschluss der Vergütungsansprüche der einzelnen Urheber sichergestellt.

Vorgeschrieben ist in allen Lizenzformen, dass ein **Hinweis auf die Ursprungsquelle der Software** in das Marketing aufgenommen werden muss. Wird der Hinweis vergessen, ist es zu unterlassen, die Software ohne Hinweis zu verbreiten.[1681]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

1675 *Jaeger/Metzger*, in: Jaeger, Open Source Software, 3. Aufl. 2011, Rn. 210ff.

1676 *Sester*, Open-Source-Software: Vertragsrecht, Haftungsrisiken und IPR-Fragen, CR 2000, 797; *Grützmacher*, Open-Source-Software – die GNU General Public License, ITRB 2002, 84 (86).

1677 *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 923 f; *Grützmacher*, in: Wandtke/BullingerPraxiskommentar zum Urheberrecht, § 69c Rn. 73 – 81.

1678 *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 595a.

1679 *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 595b.

1680 https://www.gnu.org/licenses/gpl.html (zuletzt abgerufen am 23. 2. 2017).

1681 OLG Hamm, Urteil vom 13. Juni 2017 – 4 U 72/16, CR 2017, 783.

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.[1682]

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 Lizenzeinräumungen 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 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 ge-

---

[1682] *Jaeger*/*Metzger*, Die neue Version 3 der GNU General Public License, GRUR 2008, 130 (136); *Jaeger*/*Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rn. 205 ff.

hen 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.[1683] 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.[1684]

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.[1685]

Ungeklärt sind auch noch die **vergaberechtlichen Fragen** im Zusammenhang mit Open Source. Zum Teil will die öffentliche Hand Aufträge nur an Unternehmer vergeben, die den Source Code ihrer Produkte offenlegen und dem Auftraggeber die Lizenzrechte kostenlos überlassen. In einem solchen Begehren könnte ein rein politisches und daher unzulässiges „vergabefremdes“ Kriterium gesehen werden, das das Vergabeverfahren rechtswidrig macht.[1686] Abzuwarten bleibt, welche möglichen Änderungen sich hier durch das im April 2016 verabschiedete Vergabemodernisierungsgesetz (VergRModG)[1687] ergeben.

1683 *LG München I*, Urt. v. 19.5.2004 – 21 O 6123/04, MMR 2004, 693 (m. Anm. Kreutzer) = ZUM 2004, 861 = CR 2004, 774; *Schulz*, „Open Source Software vor Gericht“ MMR 2004, 573. Ähnlich *LG Frankfurt*, Urt. v. 6.9.2006 – 2-6 O 224/06, CR 2006, 729 = ZUM-RD 2006, 525.

1684 *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 69c Rn. 49 f.

1685 *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 595e.

1686 So vehement *Heckmann*, in: Spindler, Rechtsfragen bei Open-Source, Köln 2004, 281, Rn. 59 und 67.

1687 BT-Drucks. 18/6281.

V. IT-Outsourcing und Change Request

Literatur:

Auer-Reinsdorff, Vertragsstrafenregelungen in IT-Projekten, ITRB 2005, 24; *Blöse*/*Pechardscheck*, Die rechtliche Absicherung von IT-Outsourcing-Projekten. Risikooptimale Durchführung von Auslagerungsmaßnahmen im IT-Bereich, CR 2002, 785; *Bräutigam*, IT-Outsourcing, 2. Aufl. 2009; *Bräutigam*, SLA: In der Praxis alles klar? Optimale Konkretisierung von Umfang und Qualität geschuldeter Einzelleistungen beim IT-Outsourcing, CR 2004, 248; *Crisolli*, IT-Outsourcing und Betriebsübergang. Neuregelung der Unterrichtungspflichten und des Widerspruchrechts gem. § 613a BGB, CR 2002, 386; *Fritzemeyer*/*Schoch*, Übernahme von Softwareüberlassungsverträgen beim IT-Outsourcing. Rechtliches Vorgehen und Gestaltungsmöglichkeiten unter Beachtung des Urheberrechts des Lizenzgebers, CR 2003, 793; *Hilber*, Die Übertragbarkeit von Softwarerechten im Kontext einer Outsourcingtransaktion, CR 2008, 749; *Hörl*/*Häuser*, Service Level Agreements in IT-Outsourcingverträgen. Ausgestaltung und rechtliche Wirkungen von Qualitätsvereinbarungen bei der Auslagerung von IT-Leistungen an externe Anbieter, CR 2003, 713; *Koch*, IT-Change Management nach ITIL und ISO/IEC 20000, ITRB 2008, 61; *Mann*, Vertragsgestaltung beim IT-Outsourcing – Besonderheiten und Fallstricke, MMR 2014, 499; *Nolte*, Benchmarking in IT-Outsourcing-Verträgen, CR 2004, 81; *Seffer*/*Horter*, Datenschutzrechtliche Aspekte des EDV-Outsourcing privater Versicherungsunternehmen, ITRB 2004, 165; *Schultze-Melling*, Effizientes Information Security Management im Rahmen von IT-Outsourcing-Verträgen, ITRB 2005, 42; *Söbbing*, Das IT-Outsourcing- und Business Process Outsourcing-Vertragswerk. Strukturen und Aufbauhilfen, ITRB 2004, 44; *Söbbing*, Der Letter of Intent, ITRB 2005, 240; *Ulmer*, IT-Outsourcing und Datenschutz bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Über die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Outsourcing-Vorhaben in der öffentlichen Verwaltung und Grundlagen der Umsetzung, CR 2003, 701; *Voßbein*, IT-Outsourcing. Ein Beitrag zum Lean Management?, RDV 1993, 205.

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, wobei jedoch stets eine Möglichkeit zur Steuerung und Überwachung des Dienstleisters bestehen bleiben muss, insbesondere im Hinblick auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen (etwa Art. 29 EU-DSGVO, § 11 Abs. 2 BDSG).[1688]

Das IT-Outsourcing birgt eine Reihe von Risiken, die es ehrlich zu benennen gilt. Dazu zählt insbesondere die auftretende **Abhängigkeit des Auftraggebers vom externen Dienstleister**. Insbesondere im Hinblick auf eventuelle Schlechtleistungen oder ein auftretendes Insolvenzrisiko können hier erhebliche Schädigungen auf das Unternehmen zukommen. Das auftraggebende Unternehmen verliert auch betriebliches Know-how und sorgt mit seinen Outsourcing-

[1688] *Conrad*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 3.

gebühren dafür, dass der Dienstleister Betriebswissen erhält. Dies birgt auch 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 Dienstegeber beteiligt werden. Im Übrigen wird die Service-Qualität auch durch Haftungs- und Kündigungsregeln bei Schlechtleistung abgesichert. Im Bereich der Kostenkontrolle richtet sich das Interesse des Outsourcinggebers auf die Erzielung eines günstigen Preises, sowohl bei Vertragsabschluss als auch während der Vertragslaufzeit. Insbesondere wird er vermeiden wollen, zusätzliche Kosten übernehmen zu müssen. Hinsichtlich der Flexibilität geht das Interesse des Dienstegebers 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 Qualitätszusicherungen 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, was eine detaillierte Vertragsgestaltung besonders wichtig macht. Dabei ist insbesondere der Know-how-Vorsprung

des Outsourcingnehmers zu berücksichtigen, der diesem einen Vertragsverhandlungsvorteil im Bereich IT- und Transaktionsmanagement gewährleistet. Allerdings kennt der Outsourcinggeber besser den 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 treffen zu können, 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.[1689] 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.[1690]

Neben diesem Prozedere steht 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 sind festzustellen und deren Nutzung in anderen Bereichen. Neben den IT-Systemen gilt es, die bestehenden Wartungs- und Pflegeverträge zu prüfen, insbesondere im Hinblick auf Kündigungsmöglichkeiten, die Möglichkeit der Übertragung des 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. Die-

---

1689 *Thalhofer*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 7.
1690 Siehe dazu *Söbbing*, ITRB 2005, 240 ff.

se 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 gilt es dann mit dem ausgewählten Bieter zu klären, wie sich die weiteren Vertragsverhandlungen gestalten. Zu beachten ist hier die **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.[1691] Als triftiger Grund gilt jedoch ein günstigeres Angebot eines Dritten[1692] 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 Überfüh-

---

1691 *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.

1692 *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 15.6.2009 – 24 U 210/08, MDR 2009, 1385; *Grüneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015; § 311, Rn. 32.

rungsprozess, 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.[1693] Im **Hauptvertrag** gilt es dann, eine **Reihe immaterialgüterrechtlicher Fragen** zu klären. Insbesondere die Frage der Abtretungsmöglichkeit von bestehenden Nutzungsrechten ist schwierig zu klären.

Bei dem Wechsel von Mitarbeitern ist **§ 613a BGB** zu beachten. Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Betriebsteils führt zu einer Reihe fataler Konsequenzen für ein Outsourcingprojekt. Ein Betriebsteil bezeichnet die wirtschaftliche Einheit aus Person- und Sachmitteln und ist insofern vom bloßen Funktionsübergang zu unterscheiden. Bei einer bloßen Fremdvergabe einer bisher durch das Unternehmen intern erfüllten Aufgabe handelt es sich dann nicht um einen Betriebsübergang, wenn der Outsourcing-Nehmer 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

---

[1693] *Thalhofer*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 2.

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 Arbeitsnehmers 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 Softwareerstellungen kann auch ein Werklieferungsvertrag i.S.d. § 651 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.[1694] Umstritten ist, ob SLAs als allgemeine Geschäftsbedingungen der allgemeinen Kontrolle unterliegen, oder diese nach § 307 Abs. 3 BGB wegfällt.[1695] 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 sind außerdem bei Nichteinhaltung 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 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

---

[1694] *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 641a.
[1695] *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 641c.

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.[1696] Setzte man eine höhere Summe fest, so 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.

Diese Change Request Verfahren sind, soweit vertraglich vereinbart, auch verbindlich einzuhalten.[1697] Neben einem solchen Verfahren ist ein Mehraufwand allenfalls im Rahmen eines sogenannten Anpassungsverfahrens im Wege des § 313 BGB (gegebenenfalls gerichtlich) geltend zu machen. [1698] 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. Vorzusehen ist eine Annahmepflicht des Outsourcingge-

---

1696 *BGH*, Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805 = CR 2003, 647 = MDR 2003, 804.
1697 *OLG Koblenz*, Urt. v. 12.11.2015 - 1 U 1331/13.
1698 *OLG Koblenz*, Urt. v. 12.11.2015 - 1 U 1331/13.

bers, 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 rechtzeitigen Bereitstellung erforderlicher Informationen und Unterlagen, die Benennung kompetenter Ansprechpartner, sowie die Versorgung mit Räumlichkeiten und Arbeitsplätze vor Ort sowie benötigter Hardware und Software. Er ist außerdem verpflichtet, zügig Entscheidungen treffen und beim Projekt selbst mitzuwirken. Störungen und Probleme sollten zügig gemeldet werden müssen. Auch sind Datensicherheitsmaßnahmen einzuhalten, etwa was den Virenschutz angeht. Bei Nichteinhaltung der Mitwirkungspflichten kann der Outsourcingnehmer entsprechende 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 Vertragsablauf 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 noch zusätzlich **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** (§ 11 BDSG) handelt. Es bedarf hierzu eines schriftlichen Vertragsschlusses mit Festlegung von Art und Umfang der Datenverarbeitung sowie weiterer technischer und organisatorischer Maßnahmen zur Sicherung des Auftragsverhältnisses. Der Outsourcinggeber muss Herr der Daten bleiben. Er ist 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 (§ 5 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). Diese ist nur dann zulässig, wenn das Outsourcing den berechtigten Interessen des Outsourcinggebers dient und keine vorrangingen 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 Lebensversiche-

rungsunternehmen geht.[1699] 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 festzulegenund neben der Schlichtung unter Umständen auch ein Schiedsverfahren vorzusehen (etwa über die Internationale Handelskammer).

Die ab 25. Mai 2018 anzuwendende Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) verschärft die Anforderungen an im Auftrag verarbeitende Stellen in hohem Maße. Die wichtigste Änderung für Outsourcing-Prozesse ergibt sich aus einer Neubewertung der Übermittlung personenbezogener Daten zwischen Outsourcingeber und -nehmer. § 3 Abs. 8 BDSG räumte bisher verarbeitenden Stellen innerhalb des europäischen Wirtschaftsraums ein Privileg ein, indem der Vorgang der Übertragung nicht als Erhebung (§ 3 Abs. 3 BDSG), an die weitere Prüfungspflichten geknüpft sind, eingestuft wurde, sondern es sich lediglich um eine interne Weitergabe handelte. Künftig werden auftragsverarbeitende externe Stellen 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 DSGVO gemessen werden müsste.[1700] Umstritten ist dabei, ob jeder Übertragungsprozess zwischen Auftraggeber und Dienstleister künftig einzeln legitimiert werden muss.[1701] Hält ein Auftragsverarbeiter nicht die Weisungen des Verantwortlichen ein, so gelten diese im Bezug auf die jeweilige Datenverarbeitung selbst als Verantwortliche, sodass Betroffenen künftig Ersatzansprüche gegen diese zustehen gemäß Art. 28 Abs. 10 DSGVO i.V.m Art 82 Abs. 1, Art. 83 Abs. 5, Art 84 DSGVO.[1702]

VI. IT-Vertriebsvertragsrecht

Literatur:

Bachofer, Der OEM-Vertrag, CR 1988, 1; *Bachofer*, Der VAR-Vertrag, CR 1989, 809; *Damm*, Zivil-, urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen zum Handel mit Software, Müns-

---

1699 Siehe dazu *Seffer/Horter*, ITRB 2004, 165.

1700 *Schmidt/Freund*, Perspektiven der Auftragsverarbeitung – Wegfall der Privilegierung mit der DS-GVO?, ZD 2017, 14.

1701 *Schmidt/Freund*, Perspektiven der Auftragsverarbeitung – Wegfall der Privilegierung mit der DS-GVO?, ZD 2017, 14 ff

1702 *Schmidt/Freund*, Perspektiven der Auftragsverarbeitung – Wegfall der Privilegierung mit der DS-GVO?, ZD 2017, 17, 18

ter 2004; *Rinkler*, AGB-Regelungen zum Rückgriff des Unternehmers und zu Rechtsmängeln auf dem Prüfstand, ITRB 2006, 68; *Witzel*, Vertragsgestaltung bei Standardsoftware im Vertrieb, ITRB 2004, 180.

Ein bislang kaum bearbeitetes Gebiet ist die Rechtsbeziehung zwischen Händler und Hersteller im IT-Bereich. Software als körperliches Gut wird in verschiedensten Formen auf den Markt gebracht; eine entscheidende Rolle beim Vertrieb spielen 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 Handelvertreters**.

1. Die Einordnung

Entsprechend der wirtschaftlichen Komplexität der Handelsbeziehungen ist auch die rechtliche Qualifizierung der Vertragsbeziehungen komplex. Teilweise wird ein **Rahmenvertrag mit Vorvertrag** abgeschlossen.[1703] 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 geschieht nicht nur aus ökonomischen Zielsetzungen, sondern auch aufgrund von eigenen Verpflichtungen heraus, wie die 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.

[1703] So etwa für den Bereich des OEM-Vertriebs *Bachhofer*, CR 1988, 1, 2.

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 müsse 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 hohen 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 Satz 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 Satz 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 Halbs. 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 Halbs. 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 Satz 1 HGB). Höhe und Abrechnung der Provision sind in §§ 87b und c HGB geregelt. Im Falle der Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses hat der Handelsvertreter nach § 89b HGB einen Ausgleichsanspruch. Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters ist eine Gegenleistung für Vorteile, die der Unternehmer durch die Tätigkeit des Handelsvertreters erlangt hat und nach der Vertragsbeendigung ohne fortlaufende Provisionsverpflichtungen einseitig nutzen kann. Der Anspruch ergibt sich aus § 89b HGB und ist ein zusätzlicher, auf Vorteilsausgleich gerichteter Vergütungsanspruch.[1704] Das Handelsvertreterverhältnis muss beendet sein. Auf die Art der Beendigung kommt es nicht an. Ausreichend sind z.B. einverständliche Lösungen des Vertragsverhältnisses, Vertragsumwandlungen, Kündigungen, Zeitablauf, auflösende Bedingungen, Insolvenz des Unternehmers oder der Tod des Handelsvertreters. Der Anspruch muss innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses (§ 89b Abs. 4 Satz 2 HGB) geltend gemacht werden.

Der Anspruch ist ausgeschlossen bei **Eigenkündigung des Handelsvertreters** (§ 89b Abs. 3 Nr. 1 HGB). Eine Ausnahme gilt, wenn das Verhalten des Unternehmers begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat. Der Provisionsanspruch besteht auch, wenn die Fortsetzung des 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.[1705] Schließlich besteht der Anspruch nicht bei einer Kündigung aus wichtigem Grund (§ 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB). Der Anspruchsausschluss kann 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).

[1704] Siehe dazu *BGH*, Urt. v. 1.10.2008 – VIII ZR 13/05, NJW-RR 2009, 824 = BB 2008, 2594 = CR 2009, 83.
[1705] *BGH*, Urt. v. 13.12.1995 – VIII ZR 61/95, NJW 1996, 848 f. = MDR 1996, 371.

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 Satz 1 HGB) zur Berechnung heranzuziehen sind. Dies wird teilweise verneint, weil die Höchstgrenze nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre berechnet wird, die Überhangprovision aber erst nach Beendigung der Tätigkeit als Hanldelsvertreter 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.[1706]

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.[1707]

Die **Beweislast** trägt grundsätzlich der Handelsvertreter. Für das Herbeiführen des Kundengeschäfts nach § 87 Abs. 1 Satz 1 1. Alt HGB. genügt der vom Handelsvertreter zu führende

---

[1706] *BGH*, Urt. v. 23.10.1996 – VIII ZR 16/96, NJW 1997, 316 f.; *Brüggemann*, in: Großkommentar zum HGB, 5. Aufl. 2008, § 89b Rn. 91.

[1707] *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.

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 Handelsvertrer 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.[1708] 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.[1709]

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 kann.[1710] 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

---

1708 *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.

1709 *OLG Köln*, Urt. v. 20.5.1994 – 19 U 237/93, CR 1995, 24 = NJW-RR 1995, 29.

1710 *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.

Lage kommt, sich den Kundenstamm auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter nutzbar zu machen.[1711]

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. 3 HGB) zu einer Herabsetzung des Ausgleichsanspruchs führen.[1712] Dieses Recht gilt nur, wenn der Händler vorab im Marktbereich, innerhalb dessen Unternehmen erkennbare Angebote an die Konsumenten richten (B2C), tätig war.

2. (Regress-)Ansprüche des Händlers gegen den Hersteller

Händler haben beim Verkauf mängelbehafteter 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 den Händlern einen besonderen Regress. Diese haben nach § 478 BGB **ein Rückgriffsrecht gegen den Hersteller**. Dieses Recht gilt nur, wenn der Händler vorab im Bereich B2C tätig war. Beim Verkauf an gewerbliche Anwender steht dem Händler kein Regress zu.[1713] Der Anspruch setzt voraus, dass der Kunde die Software aufgrund eines Mangels zurückgegeben oder den Kaufpreis gemindert hat.[1714] Dabei kommt es im Fall des § 478 Abs. 2 BGB nicht auf ein Vertretenmüssen des Lieferanten an.[1715] Bei einer Rücknahme aus Kulanz kommt der Rückgriff nicht in Betracht. Der Regress kann nicht durch AGB ausgehebelt werden (§ 478 Abs. 4 Satz 1 BGB); die Regelungen in §§ 433–435, 437, 439–443 BGB sind insoweit nicht abdingbar, es sei denn, der Händler bekommt vertraglich einen gleichwertigen Ersatz. Maßgebliche Bedeutung kommt somit der Gleichwertigkeit des Ausgleichs zu. Was der Gesetzgeber sich unter einem gleichwertigen Ausgleich vorgestellt hat, ist fraglich; aus der Abgrenzung zur „Angemessenheit“ gem. § 307 BGB scheint zu folgen, dass das Kriterium der „Gleichwertigkeit“ die Freiheit der Vertragsparteien einzig auf die Auswahl der Art

---

1711 *BGH*, Urt. v. 6.10.1993 – VIII ZR 172/92, NJW-RR 1994, 99 = DB 1993, 2526.

1712 *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*).

1713 Str., dafür: *Westermann*, NJW 2002, 241, 252; siehe auch *Jacobs*, JZ 2004, 225 f.

1714 Streitig ist, ob der Regress auch im Falle der Nachbesserung gilt; siehe *Maultzsch*, JuS 2002, 1171, 1172; *Böhle*, WM 2004, 1616, 1618.

1715 *Berger*, in: Berger, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 478 Rn. 7.

und Weise des Ausgleichs beschränkt.[1716] Rein wirtschaftlich entfaltet § 478 Abs. 4 BGB somit zwingenden Charakter.[1717] Gleichwertig wäre im Falle der Nacherfüllung z.B. die Vereinbarung einer Erfüllungsübernahme des Lieferanten gegenüber dem Unternehmer durch eigene Neulieferung.[1718] Möglichkeiten des gleichwertigen Ausgleichs bei Ausschluss von Rücktritts- und Minderungsrechten sowie im Falle der Verkürzung von Verjährungsfristen sind dagegen kaum vorstellbar.[1719] § 478 Abs. 4 Satz 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 (§ 479 BGB).

Zu beachten ist noch § 478 Abs. 6 BGB, wonach für den kaufmännischen Kunden die Vorschriften über die **kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht** (§ 377 HGB) zumindest entsprechend gelten.[1720] 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.[1721] Diese Pflicht kann dann das Haftungsrisiko des Herstellers erheblich beschränken; eine Verletzung der Rügepflicht schließt den Regressanspruch nach § 478 BGB aus (vgl. § 377 Abs. 2 BGB). Mangelfolgeschäden – etwa Geschäftseinbußen in Folge nicht mehr vertretbarer Ware – können nur nach Deliktsrecht weiterhin geltend gemacht werden.[1722] 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 besteht Uneinigkeit darüber, ab welchem Zeitpunkt eine Ablieferung i.S.v. § 377 Abs. 1 HGB bei 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

---

1716 Vgl. *Lorenz*, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 478 Rn. 43.
1717 *Lorenz,* in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 478 Rn. 38.
1718 *Lorenz*, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 478 Rn. 44; *Weidenkaff* , in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 478 Rn. 20 ff. mit weiteren Bsp.
1719 *Lorenz,* in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 478 Rn. 45.
1720 *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.
1721 *BGH*, Urt. v. 8.11.1979 – II ZR 115/78, NJW 1980, 782 = BB 1980, 384.
1722 *Koch*, Handbuch Software- und Datenbank-Recht (2003), § 5 Rn. 164.

könne.[1723] 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.[1724] 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. 5 BGB kann der Lieferant seinerseits die **Rechte auch in der Lieferkette** weiterreichen. Er kann folglich die gleichen Rechte gegenüber seinem Lieferanten geltend machen.

Typische Klauseln für die AGB-mäßige Ausgestaltung des Händlerregresses lauten z.B.: In den Fällen, in denen auch für unseren Kunden kein Verbrauchsgüterkauf innerhalb der Lieferkette vorliegt, finden die Vorschriften §§ 474–479 BGB keine Anwendung. Falls der Kunde die Ware im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs weiterverkaufen will, kann der Ersatz entstandener Aufwendungen i.S.d. § 478 BGB nur verlangt werden, wenn der Kunde für die Entstehung der Aufwendungen Nachweise vorlegt. Ersatz für solche Aufwendungen wird nur bis maximal 2 % des Netto-Warenwertes gewährt. Weitergehende Ansprüche, die auf § 478 BGB zurückgehen, sind durch die zugunsten aller Kunden vereinbarte 24-monatige Gewährleistung als gleichwertiger Ausgleich i.S.d. § 478 Abs. 4 Satz 1 BGB abgegolten. Im Bereich des Software-Handels besteht kein Handelsbrauch, dass der Hersteller dem Großhändler ein unbefristetes und mengenmäßig unbeschränktes **Retourenrecht** einräumt. Die Vereinbarung eines unbefristeten und mengenmäßig unbeschränkten Retourenrechts in den Einkaufs-AGB eines Großhändlers benachteiligt demnach dessen Vertragspartner unangemessen und ist gem. § 307 BGB unwirksam.[1725]

[1723] OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.7.1990 – 6 U 115/89 = CR 1991, 538.
[1724] BGH, Urt. v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98 (KG) = NJW 2000, 1415.
[1725] *OLG München*, Urt. v. 9.3.2006 – U (K) 1996/03, NJOZ 2006, 2175 = ZUM-RD 2006, 339.

Für unwirksam erachtete der *BGH* hinegegen eine Klausel, die im Falle der Nachlieferung durch den Lieferanten den Neubeginn der Verjährungsfrist vorsah.[1726] Denkbar ist allerdings eine Formulierung, die die neue Verjährungsfrist lediglich auf die Lieferung einer Ersatzsache bezieht sowie dem Lieferanten den Vorbehalt erlaubt, er habe nur aus Kulanz neu geliefert. Der *BGH* hat im Übrigen in diesem Urteil eine Verlängerung der Verjährungsfrist auf 36 Monate ab Gefahrübergang für wirksam erachtet. Der Käufer hat ein legitimes Interesse an der Verlängerung, da der Abverkauf der Waren typischerweise über einen längeren Zeitraum erfolge und er sich daher auch nach Ablauf von zwei Jahren bei Mängeln mit seinen Kunden auseinandersetzen müsse (gilt nur für Händler). Eine Verlängerung auf zehn Jahre für die Haftung aus Rechtsmängeln hält der *BGH* wiederum für unwirksam.

Die Regeln zum Händlerregress gelten **auch für Rechtsmängel**. Dem Händler stehen gegenüber dem Hersteller (bzw. einem Lieferanten in der „Regresskette") selbstverständlich die gleichen Gewährleistungsrechte zu, die dem Käufer ihm gegenüber zustehen (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz). Ist der Anbieter Unternehmer (§ 14 BGB) und als solcher Letztverkäufer gegenüber einem Verbraucher i.S.d. § 13 BGB (Verbrauchsgüterkauf), kann er seinerseits gegen seinen Lieferanten binnen zwei Jahren Rückgriff nehmen und verschuldensunabhängigen Aufwendungsersatz verlangen, wenn der Verbraucher den Kaufpreis mindert oder aufgrund eines (Rechts-)Mangels vom Vertrag zurücktritt (vgl. auch Art. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).[1727] 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 aus § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG ein, wonach nur der Rechteinhaber das ausschließliche Recht hat, jede Form der Verbreitung des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungs-

---

1726 *BGH* Urteil v. 5. 10. 2005 - VIII ZR 16/05, NJW 2006, 47 = WRP 2006, 243.
1727 *Koch*, Handbuch Software- und Datenbank-Recht (2003), § 5 Rn. 86.

stücken, einschließlich der Vermietung, vorzunehmen. Unter Verbreitungsrecht versteht das Gesetz das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke eines Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen, § 17 Abs. 1 UrhG. Als Anbieten kommt insbesondere das Feilhalten und das Ausstellen zum Zwecke des Verkaufs in Betracht[1728] sowie der Versand von Angebotslisten,[1729] Prospekten oder Katalogen; bei illegal kopierten Computerprogrammen sogar das Angebot gegenüber einer einzigen Person.[1730] Ein Inverkehrbringen liegt vor, wenn Werkstücke Personen überlassen werden, die nicht zum persönlichen Bekanntenkreis des Herstellers oder Besitzers gehören.[1731]

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.[1732] 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.[1733] Es haftet also grundsätzlich jeder, der die Urheberrechtsverletzung **adäquat kausal (mit)verursacht** hat.[1734]

Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts innerhalb der Europäischen Union gem. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG kommt nicht in Frage, da es bei dem Inverkehrbringen von Fälschungen von Computerprogrammen an der Zustimmung des Rechteinhabers fehlt.[1735]

Bei einem Anspruch auf Unterlassen haftet der Zwischenhändler **verschuldensunabhängig**. Es genügt also die rechtswidrige Verwirklichung des Verletzungstatbestands,[1736] 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 unproblematisch mit Vorsatz. Gem. § 276 Abs. 2 BGB handelt fährlässig, wer die im Verkehr

---

1728 *KG*, Urt. v. 1.12.1982 – (2) Ss 169/82, GRUR 1983, 174.
1729 *LG Hannover*, Urt. v. 28.10.1987 – 18 O 58/87, CR 1988, 826:
1730 *BGH*, Urt. v. 13.12.1990 – I ZR 21/89 = GRUR 1991, 216, 317.
1731 *Rehbinder*, Urheberrecht, 17. Aufl., München 2015, Rn. 322.
1732 *Rehbinder*, Urheberrecht, 17. Aufl., München 2015, Rn. 323.
1733 *Rehbinder*, Urheberrecht, 17. Aufl., München 2015, Rn. 323.
1734 *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Aufl., Tübingen 2013, Rn. 682.
1735 *Rehbinder*, Urheberrecht, 17. Aufl., München 2015, Rn. 326.
1736 *LG München I*, Urt. v. 25.9.2003 – 7 O 5013/03 = ZUM 2004, 150, 152.

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.[1737] Auch enthalten Originalprogramme Merkmale eines Echtheitszertifikats; der Branchenerfahrene muss bei jeglichen Zweifeln diesbezüglich Nachforschungen über die Originalität der Software durchführen.[1738] So entschied das *LG München*, dass der Händler als verdächtig erworbene Programme durch den Originalhersteller untersuchen lassen muss.[1739] 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.[1740]

Der **Umfang des Schadensersatzes** ergibt sich aus den §§ 249 ff. BGB. Zum konkreten Schaden gehören dabei auch die durch Rechtsverletzung frustrierten Aufwendungen und der entgangene Gewinn. Jedoch erweist sich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen eine Darlegung der Art und des Ausmaßes der eigenen Nutzung und der hypothetischen Gewinnentwicklung häufig als äußerst kompliziert, trotz der Beweiserleichterung des § 252 BGB. Um diesen Schwierigkeiten zu begegnen, kann der Geschädigte zwischen drei Methoden der Schadensliquidation wählen. Er kann den Schaden

- konkret berechnen,
- die übliche Lizenzgebühr verlangen (Grundsätze der Lizenzanalogie) und
- den Gewinn des Verletzers herausverlangen (sog. Verletzergewinn).[1741]

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

---

1737 *AG München*, Urt. v. 27.2.1996 – 1129 Ds 335 Js 19231/94 = CR 1997, 749.
1738 *AG München*, Urt. v. 27.2.1996 – 1129 Ds 335 Js 19231/94 = CR 1997, 749.
1739 *LG München I*, Urt. v. 25.3.1993 – 7 O 3243/92 = CR 1993, 698.
1740 *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.
1741 *v. Wolff*, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage 2014, § 97 Rn. 1.

der Einzelhandelsversion, sondern der Vergleichspreis einer legalen OEM-Version maßgeblich ist.[1742]

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.[1743]

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.[1744] 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 unab-

---

1742 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 15.2.2005 – 20 U 126/04 – OEM-Versionen = GRUR-RR 2005, 213.
1743 *Rehbinder*, Urheberrecht, 17. Aufl., München 2015, Rn. 930.
1744 *Sandl*, CR 2001, 346 ff.

hängige Marktstrategie verfolgen kann.[1745] 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.[1746] 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.[1747] 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-Novelle[1748] 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.[1749] 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).[1750]

Die Kartellbehörden hatten die Möglichkeit, aufgrund einer Einzelfreistellung bestimmte Einzelverträge vom Verbot des Art. 101 AEUV auszunehmen. Diese Möglichkeit wurde allerdings in der Vergangenheit gerade im Softwarebereich kaum genutzt. Seit der 7. GWB-

---

1745 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.

1746 *EuGH*, Urt. v. 14.2.1978 – Rs 27/76, NJW 1978, 2439, 2441.

1747 *EuGH*, Urt. v. 22.10.1986 – 75/84, Slg. 1986, I-3021, 3024.

1748 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 7.7.2005, BGBl. v. 12.7.2005, S. 1954; Achtes Gesetz zur Änderung de Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 21.7.2014, BGBl. I S. 1066.

1749 *Berger*, K&R 2005, 15, 16.

1750 *Ulmer*, ITRB 2006, 211.

Novelle gilt, nach dem Vorbild der 2003 eingeführten europäischen Vorgaben,[1751] 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 GWB[1752] genügen, vom Kartellverbot freigestellt, ohne dass es hierzu einer vorherigen Entscheidung einer Kartellbehörde bedürfte, Art. 1 Abs. 1 und 2 VO 1/2003.[1753] Ferner gelten gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 GWB die von der Kommission erlassenen **Gruppenfreistellungsverordnungen** entsprechend. Für Softwareverträge sind zwei dieser Verordnungen relevant: Die Verordnung zur Freistellung von Technologie-Transfer-Vereinbarungen (GVO-TT) Nr. 316/2014,[1754] und diejenige zur Freistellung bestimmter Vertikalvereinbarungen (GVO-VV) Nr. 330/2010.[1755] 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,[1756] 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.[1757] Freistellungsvoraussetzung ist, dass die Softwarelizenz-Vereinbarung die **Produktion von Vertragsprodukten** ermöglicht.[1758] Vertragsprodukt[1759] ist im Falle von Softwarelizenzverträgen regelmäßig die Softwarekopie. Softwarelizenzverträge mit Endnutzern fallen damit grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der GVO-

---

1751 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.

1752 Zu den Freistellungsvorrausetzungen 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).

1753 ABl. Nr. L 001 v. 4.1.2003, S. 1–25.

1754 VO Nr. 316/2014 v. 21.3.2014, ABl. L 93 v. 28.3.2014, S. 17.

1755 VO Nr. 330/2010 v. 20.4.2010.

1756 VO Nr. 240/96 v. 31.1.1996, ABl. L 31 v. 9.2.1996, S. 2–13.

1757 *Grützmacher*, ITRB 2005, 205, 206; *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rn. 778; *Berger*, K&R 2005, 15, 16.

1758 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“.

1759 Ein „Vertragsprodukt“ ist gem. Art. 1 Buchst. g GVO-TT „ein Produkt, das mit der lizenzierten Technologie produziert wird“.

TT.[1760] Auch einfache Weitervertriebslizenzen sind nicht erfasst.[1761] 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.[1762] Wenn allerdings der Hersteller der Vertriebsperson die Masterlizenz mit der Erlaubnis einräumt, nicht selbst Kopien herzustellen, sondern Sublizenzen 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.[1763] 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.[1764]

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.[1765] 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.[1766] Auf Softwarelizenzverträge mit Endanwendern ist somit in aller Regel keine Gruppenfreistellungsverordnung anwendbar.[1767] 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.

1760 *Berger*, K&R 2005, 15, 18; *Grützmacher*, ITRB 2005, 205, 206; *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rn. 781 ff.

1761 *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rn. 779.

1762 *Berger*, K&R 2005, 15, 17; a.A. *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rn. 780.

1763 *Berger*, K&R 2005, 15, 18.

1764 *Berger*, K&R 2005, 15, 18.

1765 EG 3 zur GVO-VV.

1766 *Berger*, K&R 2005, 15, 18.

1767 *Grützmacher*, ITRB 2005, 205, 206; *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rn. 792.

Art. 2 Abs. 3 GVO gesperrt wäre.[1768] Vereinbarungen zwischen Hersteller und Händler über den Vertrieb von Vervielfältigungsstücken, die bereits vom Hersteller produziert wurden, sind somit – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – durch die GVO-VV vom Kartellverbot freigestellt.[1769] Dies gilt auch für den Vertrieb von vorinstallierter Software mit entsprechender Hardware.[1770] 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.[1771] 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.[1772] 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, 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 %[1773] oder 5–15 %[1774] nicht überschreitet.

1768 *Grützmacher*, ITRB 2005, 205, 206.

1769 *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rn. 788.

1770 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).

1771 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.

1772 *Berger*, K&R 2005, 15, 17; *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, Rn. 789 f.

1773 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.

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 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.[1775]

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.[1776] Diese Auslegung widerspricht aber den Vertikal-Leitlinien, die wettbewerbsbeschränkende Vertragsvereinbarungen in Vertragshändlerverträgen und Vereinbarungen unechter Handelsvertreter insgesamt einem Verbot des Art. 101 AEUV unterwerfen.[1777]

1774 Bekanntmachung der EG-Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung v. 22.12.2001, EG ABl. 2001 C 368/13, http://cdh.de/user/eesy.de/cdh24.de/dwn/bagatellbekanntmachung.pdf (zuletzt abgerufen am 23. 10. 2015).

1775 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.

1776 So etwa *Bechtold*, EWS 2001, 49, 53; *Lange*, EWS 2001, 18, 21; *Rittner*, GB 2000, 1211, 1214; *Damm*, Zivil-, urheber- und wettbewerbsrechtliche Fragen zum Handel mit Software, Münster 2004, 63 ff.

1777 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.

Neben Art. 101 AEUV spielt auch noch die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eine Rolle (Art. 102 Abs. 1 AEUV sowie §§ 19, 20 GWB). Entscheidend ist hier die Frage des relevanten Marktes.

Der Hersteller kann seine Vertriebsstrukturen im Grundsatz erst einmal **vertraglich frei** ausgestalten. Entscheidet er sich für ein System (echter) Handelsvertreter, ist er kartellrechtlich frei, aber an starke handelsrechtliche Vorgaben – insbesondere im Hinblick auf den Provisionsanspruch – gebunden. Eigenhändler, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig sind, kann er grundsätzlich aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes und des zentralen Gedanken 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.[1778] 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;[1779] 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.[1780]

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

---

1778 Art. 1 Buchst. d GVO-VV Vertriebssysteme.
1779 Art. 4 Buchst. d GVO-VV.
1780 Art. 1 Buchst. d GVO-VV.

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."[1781]

[1781] *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 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 unmöglicht 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 beigefügten Pflichtenheft verankert, das Vertragsbestandteil ist. Die Parteien verpflichten sich hierbei, während der Vertragslaufzeit die besonderen Rechte und Formen der Zusammenarbeit auch bei den außerhalb dieses Vertrags liegenden Tätigkeiten zu berücksichtigen.

§ 2 Hauptleistungspflichten

(1) F verpflichtet sich, für T eine betriebsfertige Software nach Vorgaben von T werkvertraglich bereitzustellen und die Betriebsbereitschaft im Rahmen der notwendigen Pflege aufrechtzuhalten und zu sichern. Hierzu wird F für T die im Pflichtenheft und etwaigen Service Level Agreements, die insgesamt Vertragsbestandteil sind, aufgeführten Funktionen der Software

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 des Datengeheimnisses nach Maßgaben des § 5 BDSG verpflichtet und auf die Straf- und Ordnungswidrigkeitsvorschriften des BDSG 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, insbesondere die in der Anlage zu § 9 BDSG genannten Anforderungen.

(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 Fälligkeitstermine für Leistungen einzuhalten. Soweit nicht anders vereinbart, handelt es sich bei diesen Fälligkeitsterminen um Fixtermine. Erbringt F die Leistung nicht zum Fälligkeitstermin, befindet sie sich automatisch im Schuldnerverzug, ohne dass es einer Mahnung bedarf. Für den Fall des Schuldnerverzugs stehen T die im BGB geregelten gesetzlichen Rechte ungekürzt zu.

(2) F hat dafür einzustehen, dass ihre Werkleistungen die in diesem Vertrag, dem Pflichtenheft und den SLAs vereinbarten Eigenschaften aufweisen, den anerkannten Regeln der Technik nach letztem Stand entsprechen und keine Fehler aufweisen, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes zu den gewöhnlichen oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Für den Fall, dass die Werkleistung mit Mängeln behaftet ist, steht T die gesetzlichen Gewährleistungsrechte nach den §§ 631 ff. BGB ungekürzt zu. Soweit es zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen einer Nachfristsetzung durch T bedarf, wird diese Frist aufgrund der außerordentlichen Dringlichkeit des Projektes für T auf höchstens 3 Kalendertage festgelegt.

T ist bei Werkmängeln nach Ablauf einer gesetzten Nachbesserungsfrist insbesondere berechtigt, die Mängel im Wege der Selbstvornahme durch Dritte 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 hinausgehender Ansprüche und Rechte wird F im Falle einer Nicht- oder Schlechtleistung T und andere Personen oder Gesellschaften, die Rechte von T herleiten, von allen gegen diese erhobenen Ansprüche Dritter einschließlich der Kosten einer etwaigen angemessenen Rechtsverteidigung freistellen. F wird T über alle Vorgänge informieren, die zu Beschwerden geführt haben, und alle Informationen bereitstellen, die T zur Prüfung der Rechts- und Sachlage benötigt.

Die Parteien haften einander bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit für alle von ihr sowie ihren gesetzlichen Vertretern oder Erfüllungsgehilfen verursachten Schäden unbeschränkt. Bei leichter Fahrlässigkeit haften die Parteien im Fall der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit unbeschränkt. Die Parteien haften einander – gleich aus welchem Rechtsgrund – im Übrigen bei von ihren Mitarbeitern oder von ihnen eingeschalteten Dritten

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 entstandenen Erfindungen, Algorithmen, Verfahren, Spezifikationen, Berichte sowie Dokumentations- und Schulungsmaterial über Systemanalyse, Roh- und Feinentwurf, Test, Installation, Einsatz, Wartung und Pflege der Datensammlungen und DV-Programme.

(2) X hat das Recht, alle Arbeitsergebnisse, die aus der Tätigkeit des Herrn Y für die X entstehen oder durch nicht allgemein bekannte Informationen der X angeregt wurden oder maßgeblich auf Erfahrungen, Arbeiten oder Unterlagen der X beruhen, ohne sachliche, zeitliche oder räumliche Beschränkungen zu verwerten oder verwerten zu lassen.

(3) Schutzfähige Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge unterliegen den Bestimmungen des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen. Diensterfindungen im Sinne des ArbNEG sind der X unverzüglich gesondert schriftlich zu melden.[1782]

[1782] Siehe §§ 4 und 5 ArbNEG.

(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 erkennt an, dass eine Verpflichtung zur Autorennennung nicht besteht.

(8) Herr Y verzichtet auf den Zugang zum Werkoriginal, alle in Quellcode gefassten Programme sowie alle anderen Arbeitsergebnisse im Sinne der Abs. (1) und (2).

(9) Die Rechtseinräumung bleibt von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unberührt. Eine Verpflichtung der X, dem aus dem Unternehmen ausgeschiedenen Herrn Y die von ihm während der Dauer des Arbeitsverhältnisses geschaffenen Arbeitsergebnisse zugänglich zu machen, wird ausdrücklich ausgeschlossen (kein Zugangsrecht).

§ 2 Abgeltung

(1) Die in § 1 genannten Rechte an Arbeitsergebnissen sind durch die laufenden Bezüge des Herrn Y abgegolten, und zwar auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

(2) Der Anspruch des Herrn Y auf gesetzliche Vergütungen von Diensterfindungen 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 gegen den unlauteren Wettbewerb. Ein Auszug aus diesem Gesetz ist dieser Vereinbarung als Anlage beigefügt.

§ 7 Wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge

(1) Manuskripte für wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge des Herrn Y, die mit dem Tätigkeitsbereich der X in Verbindung stehen, sind der X zur Freigabe vorzulegen. Eine Freigabe erfolgt, sofern berechtigte betriebliche Interessen einer Publikation nicht entgegenstehen.

(2) Für wissenschaftliche Veröffentlichungen oder Vorträge gem. Abs. (1) erhält Herr Y in dem zum Zweck der Veröffentlichung und/oder des Vortrages gebotenen Umfang eine Freistellung von § 1 Abs. (2) und Abs. (4), die einen Verzicht der X auf jeden Honoraranspruch einschließt.

IV. Muster einer Geheimhaltungsvereinbarung mit Arbeitnehmern

Präambel

Der unterzeichnende Arbeitnehmer ist darauf hingewiesen worden, dass es sich bei den Geschäftstätigkeiten der XXX um hochgradig sensible und geheimnisträchtige Aktivitäten handelt. Insbesondere die zur Finanzanalyse eingesetzten Instrumente und Methoden sind rechtlich in vielfältiger Weise, unter anderem auch als Betriebsgeheimnisse, geschützt. Jedes unbefugte Weitergeben von Informationen aus dem XXX-Umfeld kann zu schwerwiegenden Schädigungen des Unternehmens führen. Dabei ist auch zu beachten, dass die XXX ein international tätiges Unternehmen ist, dessen Kundschaft und Partner sich aus allen Teilen der

Welt rekrutieren. XXX muss aus diesen Gründen darauf bestehen, dass sich der Arbeitnehmer bei allen Aktivitäten zur strikten Vertraulichkeit im Rahmen der weiteren Bestimmungen verpflichtet.

§ 1 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich aus diesen Gründen zur strikten und unbedingten Geheimhaltung sämtlicher Tatsachen, Informationen und Unterlagen (in mündlicher, gedruckter oder maschinenlesbarer Form), welche den in der Präambel bezeichneten Geschäftsbetrieb der XXX betreffen (im Weiteren als „vertrauliche Informationen" bezeichnet). Zu den vertraulichen Informationen zählen insbesondere

- die von der XXX-Gruppe entwickelten Technologien und Datenmodelle zur 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 berechtigte 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 §§ 17, 18 des deutschen UWG, 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. (Vorschlag: *Der Arbeitnehmer erhält kompensatorisch eine Entschädigung, deren Höhe individuell zwischen der XXX und dem Arbeitnehmer abgestimmt wird)*.

§ 10 Größere Geschenke oder sonstige erhebliche Vorteile von Personen, die mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung stehen oder eine solche Verbindung anstreben, darf der Arbeitnehmer nur nach vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung annehmen.

§ 11 Alle während der Betriebszugehörigkeit entworfenen Aufzeichnungen und Unterlagen sind Eigentum der Gesellschaft. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Unterlagen und Aufzeichnungen auf erste Anforderung, spätestens jedoch bei Beendigung des 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

(1) Dieser Rahmenvertrag beschreibt die allgemeinen Regelungen für die Erbringung von Leistungen für XXX durch Outsourcing-Nehmer.

(2) 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.

(3) 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 schriftlichen Bestätigung durch den Outsourcing-Nehmer.

(4) Die technische und organisatorische Abwicklung des Outsourcing-Projektes sowie die Änderung, Ergänzung und die Aufhebung von Rahmenvertragsbestandteilen werden ausschließlich von einem zwischen den Parteien zu konstituierenden Lenkungsausschuss koordiniert. Änderungen des Leistungsumfangs 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 Problembericht 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 gleich bleibendem 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 addi-

tional 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 PAR-

TIES 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 Aus-

druck 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 Antragsstellerin vorab einen Auslagenvorschuss in Höhe von siebentausendfünfhundert (7500,00)Euro bei der Gerichtskasse in Düsseldorf einzahlt.

Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

RICHTLINIE (EU) 2016/943 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES

vom 8. Juni 2016

über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung

(Text von Bedeutung für den EWR)

DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 114,

auf Vorschlag der Europäischen Kommission,

nach Zuleitung des Entwurfs des Gesetzgebungsakts an die nationalen Parlamente,

nach Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (1),

gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (2),

in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Unternehmen und nicht kommerzielle Forschungseinrichtungen investieren in den Erwerb, die Entwicklung und die Anwendung von Know-how und Informationen — die Währung der wissensbasierten Wirtschaft, die einen Wettbewerbsvorteil schafft. Diese Investition in die Schaffung und Anwendung intellektuellen Kapitals ist ein bestimmender Faktor für die Wettbewerbsfähigkeit und den Markterfolg der Unternehmen durch Innovation und damit ihre Rendite, die letztlich die Motivation für ihre Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten darstellt. Unternehmen wenden unterschiedliche Mittel an, um sich die Ergebnisse ihrer Tätigkeiten im Innovationsbereich anzueignen, wenn eine freie Zugänglichkeit nicht die volle Nutzung ihrer Investitionen in Forschung und Innovation erlaubt. Eines dieser Mittel ist die Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums in Form von Patenten, Geschmacksmusterrechten oder Urheberrechten. Ein weiteres Mittel, um sich die Ergebnisse der Innovation anzueignen, ist der Schutz des Zugangs zu Wissen und die Verwertung von Wissen, das für das betreffende Unternehmen von Wert und nicht allgemein bekannt ist. Solch wertvolles Know-how und solche wertvollen Geschäftsinformationen, die nicht offengelegt werden und vertraulich zu behandeln sind, werden als Geschäftsgeheimnis bezeichnet.

(2) Unternehmen schätzen — unabhängig von ihrer Größe — Geschäftsgeheimnisse als genauso wichtig wie Patente und andere Formen von Rechten des geistigen Eigentums ein. Sie nutzen Vertraulichkeit als Managementinstrument für unternehmerische Wettbewerbsfähigkeit und Forschungsinnovationen; dabei geht es um ein breites Spektrum von Informationen, das über das technologische Wissen hinausgeht und auch Geschäftsdaten wie Informationen über Kunden und Lieferanten, Businesspläne sowie Marktforschung und -strategien einschließt. Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) schätzen Geschäftsgeheimnisse in besonderem Maße und sind stärker auf sie angewiesen. Durch den Schutz eines derart breiten Spektrums von Know-how und Geschäftsinformationen, die eine Ergänzung von oder auch eine Alternative zu Rechten des geistigen Eigentums darstellen können, ermöglichen Geschäftsgeheimnisse den Urhebern und Innovatoren, einen Nutzen

aus ihrer schöpferischen Tätigkeit oder ihren Innovationen zu ziehen; sie sind daher von außerordentlicher Bedeutung für die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen sowie für Forschung und Entwicklung und für die Leistung durch Innovation.

(3) Offene Innovation ist ein Katalysator für neue Ideen, mit denen die Verbraucherbedürfnisse befriedigt und gesellschaftliche Herausforderungen bewältigt werden, der dafür sorgt, dass diese Ideen auf den Markt gelangen. Eine solche Innovation ist ein wichtiger Hebel für die Schaffung neuen Wissens und fördert die Entstehung neuer und innovativer Geschäftsmodelle, die sich auf die Nutzung gemeinsam geschaffenen Wissens stützen. Kooperative Forschung, einschließlich einer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, ist insbesondere wichtig, um den Umfang von Forschung und Entwicklung der Unternehmen im Binnenmarkt zu erhöhen. Die Weitergabe von Wissen und Informationen sollte als grundlegend für die Sicherstellung von dynamischen, positiven und gleichen Geschäftsentwicklungsmöglichkeiten, insbesondere für KMU, angesehen werden. In einem Binnenmarkt, in dem Hindernisse für eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit auf ein Minimum reduziert werden und in dem die Zusammenarbeit nicht beeinträchtigt wird, sollten geistige Schöpfungen und Innovationen, Investitionen in innovative Prozesse, Dienstleistungen und Produkte fördern. Ein derartiges Umfeld, das geistige Schöpfungen und Innovationen begünstigt, und in dem die Mobilität der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt wird, ist auch für das Beschäftigungswachstum und für die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft in der Union wichtig. Geschäftsgeheimnisse spielen eine wichtige Rolle für den Schutz des Wissensaustauschs zwischen Unternehmen — insbesondere KMU — und Forschungseinrichtungen sowohl innerhalb des Binnenmarkts als auch über dessen Grenzen hinaus im Forschungs- und Entwicklungskontext und in der Innovation. Geschäftsgeheimnisse sind eine der gebräuchlichsten Formen des Schutzes geistiger Schöpfungen und innovativen Know-hows durch Unternehmen, doch werden sie gleichzeitig durch den bestehenden Rechtsrahmen der Union am wenigsten vor rechtswidrigem Erwerb oder rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung durch andere Parteien geschützt.

(4) Innovative Unternehmen sind zunehmend unlauteren Praktiken ausgesetzt, die auf eine rechtswidrige Aneignung von Geschäftsgeheimnissen abzielen, wie Diebstahl, unbefugtes Kopieren, Wirtschaftsspionage oder Verletzung von Geheimhaltungspflichten, und ihren Ursprung innerhalb oder außerhalb der Union haben können. Neuere Entwicklungen, wie die Globalisierung, das zunehmende Outsourcing, längere Lieferketten und der verstärkte Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien, tragen zu einer Erhöhung des von derartigen Praktiken ausgehenden Risikos bei. Der rechtswidrige Erwerb und die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses beeinträchtigen die Fähigkeit der rechtmäßigen Inhaber von Geschäftsgeheimnissen, Vorreiterrenditen aus ihren Innovationsanstrengungen zu erzielen. Ohne wirksame und vergleichbare rechtliche Mittel zum unionsweiten Schutz von Geschäftsgeheimnissen werden Anreize zur Aufnahme grenzüberschreitender Innovationstätigkeiten im Binnenmarkt zunichtegemacht und kann das Potenzial von Geschäftsgeheimnissen als Triebkräfte für Wirtschaftswachstum und Beschäftigung nicht ausgeschöpft werden. Auf diese Weise werden Innovation und Kreativität behindert und gehen die Investitionen zurück, wobei der Binnenmarkt nicht mehr reibungslos funktioniert und sein wachstumsförderndes Potenzial ausgehöhlt wird.

(5) Die auf internationaler Ebene im Rahmen der Welthandelsorganisation unternommenen Anstrengungen zur Lösung dieses Problems haben zum Abschluss des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (im Folgenden „TRIPS-Abkommen“) geführt. Das TRIPS-Abkommen enthält unter anderem Bestimmungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb und rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung durch Dritte; dabei handelt es sich um gemeinsame internationale Standards. Alle Mitgliedstaaten wie auch die Union als Ganzes sind an dieses durch den Beschluss 94/800/EG des Rates (3) gebilligte Übereinkommen gebunden.

(6) Ungeachtet des TRIPS-Abkommens bestehen zwischen den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede hinsichtlich des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb und rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung durch andere Personen. Beispielsweise haben nicht alle Mitgliedstaaten nationale Definitionen der Begriffe „Geschäftsgeheimnis“ oder „rechtswidriger Erwerb“, „rechtswidrige Nutzung“ oder „rechtswidrige Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses“ eingeführt, so dass sich der Umfang des Schutzes nicht ohne weiteres erschließt und von einem Mitgliedstaat zum anderen variiert. Außerdem fehlt es an Kohärenz hinsichtlich der zivilrechtlichen Rechtsbehelfe, die im Falle eines rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zur Verfügung stehen, da nicht in allen Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer Unterlassungsverfügung gegen Dritte besteht, die nicht Wettbewerber des rechtmäßigen Inhabers des Geschäftsgeheimnisses sind. Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten existieren auch bei der Behandlung von Dritten, die das Geschäftsgeheimnis in gutem Glauben erworben haben, aber später — bei der erstmaligen Nutzung — erfahren, dass das betreffende Geschäftsgeheimnis zuvor von einer anderen Partei unrechtmäßig erworben wurde.

(7) Zudem unterscheiden sich die nationalen Vorschriften auch danach, ob die rechtmäßigen Inhaber von Geschäftsgeheimnissen die Vernichtung von Produkten, die von Dritten unter rechtswidriger Nutzung von Geschäftsgeheimnissen hergestellt wurden, oder die Rückgabe oder Vernichtung aller Dokumente, Dateien oder Materialien verlangen können, die das rechtswidrig erworbene oder genutzte Geschäftsgeheimnis enthalten oder verkörpern. Darüber hinaus tragen die anwendbaren nationalen Vorschriften zur Schadensersatzberechnung nicht immer dem immateriellen Charakter von Geschäftsgeheimnissen Rechnung, was es schwierig macht, den tatsächlich entgangenen Gewinn oder die unlautere Bereicherung des Rechtsverletzers zu belegen, wenn kein Marktwert für die fraglichen Informationen bestimmt werden kann. Nur wenige Mitgliedstaaten gestatten die Anwendung abstrakter Regeln zur Schadensberechnung auf der Grundlage einer angemessenen Lizenzgebühr, die im Falle einer Lizenzerteilung für die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses zu entrichten gewesen wäre. Hinzu kommt, dass viele nationale Vorschriften keinen angemessenen Schutz der Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses für den Fall vorsehen, dass der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses eine Klage wegen angeblichen rechtswidrigen Erwerbs oder angeblicher rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses durch einen Dritten erhebt, wodurch die Attraktivität der bestehenden Maßnahmen und Rechtsbehelfe gemindert und der gebotene Schutz geschwächt wird.

(8) Die Unterschiede bei dem von den Mitgliedstaaten vorgesehenen rechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen zeigen, dass Geschäftsgeheimnisse nicht überall in der Union gleichermaßen geschützt sind, was eine Fragmentierung des Binnenmarkts in diesem Bereich und eine Schwächung des allgemeinen Abschreckungseffekts der einschlägigen Vorschriften zur Folge hat. Der Binnenmarkt wird insofern in Mitleidenschaft gezogen, als durch solche Unterschiede die Anreize für Unternehmen reduziert werden, innovationsbezogenen grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten, einschließlich Forschungs- oder Herstellungskooperationen mit Partnern, Outsourcing oder Investitionen in anderen Mitgliedstaaten, nachzugehen, bei denen man auf die Nutzung der als Geschäftsgeheimnis geschützten Informationen angewiesen ist. Grenzüberschreitende, vernetzte Forschung und Entwicklung sowie innovationsbezogene Tätigkeiten, einschließlich des damit zusammenhängenden Herstellungsprozesses und des sich anschließenden grenzüberschreitenden Handels, verlieren in der Union an Attraktivität und werden erschwert, was auch unionsweit zu Innovationsineffizienzen führt.

(9) Darüber hinaus besteht in Mitgliedstaaten mit einem vergleichsweise geringen Schutzniveau ein höheres Geschäftsrisiko, da es leichter ist, Geschäftsgeheimnisse zu stehlen oder auf andere unrechtmäßige Weise zu erwerben. Das führt zu einer ineffizienten Kapitalallo-

kation für wachstumsfördernde Innovationen im Binnenmarkt aufgrund der höheren Ausgaben für Schutzmaßnahmen zur Kompensation des unzureichenden rechtlichen Schutzes in einigen Mitgliedstaaten. Auch leistet es Aktivitäten unfairer Wettbewerber Vorschub, die nach dem rechtswidrigen Erwerb von Geschäftsgeheimnissen die aus diesem Erwerb gewonnenen Produkte im gesamten Binnenmarkt verbreiten könnten. Die Unterschiede zwischen den gesetzlichen Regelungen erleichtern auch die Einfuhr von Produkten aus Drittländern in die Union über Einfuhrstellen mit geringerem Schutzniveau in Fällen, in denen Konzeption, Herstellung oder Vermarktung der Produkte auf gestohlenen oder anderen unrechtmäßig erworbenen Geschäftsgeheimnissen beruhen. Insgesamt sind derartige Unterschiede dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts abträglich.

(10) Es ist angezeigt, auf Unionsebene Vorschriften zur Annäherung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten vorzusehen, damit im gesamten Binnenmarkt ein ausreichender und kohärenter zivilrechtlicher Schutz für den Fall des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses besteht. Diese Regeln sollten die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, einen weitergehenden Schutz vor rechtswidrigem Erwerb oder vor rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen vorzuschreiben, sofern die in dieser Richtlinie ausdrücklich festgelegten Regelungen zum Schutz der Interessen anderer Parteien eingehalten werden.

(11) Diese Richtlinie sollte die Anwendung unionsweiter oder nationaler Rechtsvorschriften, nach denen Informationen, darunter Geschäftsgeheimnisse, gegenüber der Öffentlichkeit oder staatlichen Stellen offengelegt werden müssen, unberührt lassen. Ebenso sollte sie die Anwendung der Rechtsvorschriften unberührt lassen, nach denen es staatlichen Stellen gestattet ist, zur Erledigung ihrer Aufgaben Informationen zu erheben, oder der Rechtsvorschriften, nach denen diese staatlichen Stellen einschlägige Informationen an die Öffentlichkeit weitergeben dürfen oder müssen. Dazu gehören insbesondere Rechtsvorschriften über die Offenlegung geschäftsbezogener Informationen durch Organe und Einrichtungen der Union oder nationale Behörden, über die diese gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates (4), der Verordnung (EG) Nr. 1367/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates (5) sowie der Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (6) oder gemäß anderen Bestimmungen über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten oder über Transparenzverpflichtungen der nationalen Behörden verfügen.

(12) Diese Richtlinie sollte das Recht der Sozialpartner, — falls nach dem Arbeitsrecht vorgesehen — Kollektivverträge einzugehen, hinsichtlich der Verpflichtung zur Nichtoffenlegung von Geschäftsgeheimnissen oder zur Beschränkung ihrer Nutzung und hinsichtlich der Konsequenzen eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung durch die Partei, die ihnen unterworfen ist, nicht berühren. Dies sollte an die Bedingung geknüpft sein, dass ein derartiger Kollektivvertrag nicht die in dieser Richtlinie enthaltenen Ausnahmen einschränkt, wenn ein Antrag auf in dieser Richtlinie vorgesehene Maßnahmen, Verfahren oder Rechtsbehelfe wegen des angeblichen Erwerbs oder der angeblichen Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zurückzuweisen ist.

(13) Diese Richtlinie sollte nicht als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit, der Freizügigkeit der Arbeitnehmer oder der Mobilität der Arbeitnehmer, wie sie im Unionsrecht niedergelegt sind, verstanden werden. Außerdem soll sie die Möglichkeit des Abschlusses von Vereinbarungen über ein Wettbewerbsverbot zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern gemäß dem geltenden Recht unberührt lassen.

(14) Es ist wichtig, eine homogene Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ festzulegen, ohne den vor widerrechtlicher Aneignung zu schützenden Bereich einzuengen. Eine solche Definition sollte daher so beschaffen sein, dass sie Know-how, Geschäftsinformationen und technologische Informationen abdeckt, bei denen sowohl ein legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht als auch die legitime Erwartung, dass diese Vertraulich-

keit gewahrt wird. Darüber hinaus sollten solches Know-how oder solche Informationen einen — realen oder potenziellen — Handelswert verkörpern. Solches Know-how oder solche Informationen sollten so verstanden werden, dass sie einen Handelswert verkörpern, zum Beispiel wenn ihr unbefugter Erwerb oder ihre unbefugte Nutzung oder Offenlegung die Interessen der Person, die rechtmäßig die Kontrolle über sie ausübt, aller Voraussicht nach dadurch schädigt, dass das wissenschaftliche oder technische Potenzial, die geschäftlichen oder finanziellen Interessen, die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit dieser Person untergraben werden. Die Definition eines Geschäftsgeheimnisses schließt belanglose Informationen und die Erfahrungen und Qualifikationen, die Beschäftigte im Zuge der Ausübung ihrer üblichen Tätigkeiten erwerben, sowie Informationen aus, die den Personenkreisen, die üblicherweise mit derartigen Informationen umgehen, generell bekannt sind bzw. für sie leicht zugänglich sind.

(15) Auch ist es wichtig, die Umstände festzulegen, unter denen ein rechtlicher Schutz von Geschäftsgeheimnissen gerechtfertigt ist. Aus diesem Grund muss definiert werden, welches Verhalten und welche Praktiken als rechtswidriger Erwerb oder rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zu betrachten sind.

(16) Im Interesse von Innovation und Wettbewerbsförderung sollten die Bestimmungen dieser Richtlinie keine Exklusivrechte an als Geschäftsgeheimnis geschütztem Know-how oder als solchem geschützten Informationen begründen. Auf diese Weise sollte die unabhängige Entdeckung desselben Know-hows oder derselben Informationen möglich bleiben. Das „Reverse Engineering“ bei einem rechtmäßig erworbenen Produkt sollte als ein rechtlich zulässiges Mittel zum Erwerb von Informationen angesehen werden, es sei denn, dass vertraglich etwas anderes vereinbart wurde. Die Freiheit zum Abschluss derartiger vertraglicher Vereinbarungen kann jedoch rechtlich beschränkt werden.

(17) In einigen Industriezweigen, in denen Urheber und Innovatoren keine Exklusivrechte genießen und in denen sich Innovationen traditionell auf Geschäftsgeheimnisse stützen, ist es mittlerweile ein Leichtes, in Verkehr gebrachte Erzeugnisse mithilfe von „Reverse Engineering“ nachzukonstruieren. In diesen Fällen können die genannten Urheber und Innovatoren von Praktiken wie Produktpiraterie oder sklavischen Nachahmungen betroffen sein, die von ihrem Ansehen und ihre Innovationsanstrengungen profitieren. In einigen nationalen Rechtsvorschriften über unlauteren Wettbewerb wird auf diese Praktiken eingegangen. Diese Richtlinie hat zwar nicht zum Ziel, das Recht des unlauteren Wettbewerbs insgesamt zu reformieren oder zu harmonisieren, jedoch sollte die Kommission sorgfältig prüfen, ob in diesem Bereich auf Unionsebene Handlungsbedarf besteht.

(18) Ferner sollten Erwerb, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen immer dann, wenn sie rechtlich vorgeschrieben oder zulässig sind, als rechtmäßig im Sinne dieser Richtlinie gelten. Das betrifft insbesondere den Erwerb und die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen der Inanspruchnahme des Rechts der Arbeitnehmervertreter auf Information, Anhörung und Mitwirkung gemäß dem Unionsrecht und dem Recht oder den Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten sowie im Rahmen der kollektiven Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber einschließlich der Mitbestimmung und den Erwerb oder die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen von Pflichtprüfungen, die gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht durchgeführt werden. Allerdings sollte diese Einstufung des Erwerbs eines Geschäftsgeheimnisses als rechtmäßig die Geheimhaltungspflicht in Bezug auf das Geschäftsgeheimnis oder jegliche Beschränkung der Nutzung des Geschäftsgeheimnisses, die Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten dem Empfänger der Information auferlegen, unberührt lassen. Insbesondere sollte diese Richtlinie die Behörden nicht von ihrer Pflicht zur Geheimhaltung von Informationen, die ihnen von Inhabern von Geschäftsgeheimnissen übermittelt werden, entbinden, und zwar unabhängig davon, ob diese Pflichten in Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten festgelegt sind. Diese Geheimhal-

tungspflicht umfasst unter anderem die Pflichten im Zusammenhang mit Informationen, die öffentlichen Auftraggebern im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge übermittelt werden, wie sie beispielsweise in der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (7), der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (8) und der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (9) festgelegt sind.

(19) Diese Richtlinie sieht zwar Maßnahmen und Rechtsbehelfe vor, die darin bestehen können, dass die Offenlegung von Informationen verhindert wird, um Geschäftsgeheimnisse zu schützen, doch darf die Ausübung des Rechts auf Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, das sich gemäß Artikel 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden „Charta“) auch auf die Freiheit der Medien und ihre Pluralität erstreckt, keinesfalls eingeschränkt werden, insbesondere was den investigativen Journalismus und den Schutz der journalistischen Quellen anbelangt.

(20) Die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollten nicht dazu dienen, Whistleblowing-Aktivitäten einzuschränken. Daher sollte sich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht auf Fälle erstrecken, in denen die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses insoweit dem öffentlichen Interesse dient, als ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird. Das sollte nicht so verstanden werden, dass die zuständigen Gerichte daran gehindert seien, Ausnahmen von der Anwendung der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe in den Fällen zuzulassen, in denen der Antragsgegner allen Grund hatte, in gutem Glauben davon auszugehen, dass sein Verhalten den in dieser Richtlinie festgelegten angemessenen Kriterien entspricht.

(21) Im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollten die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen darauf zugeschnitten sein, das Ziel eines reibungslos funktionierenden Binnenmarkts für Forschung und Innovation zu erreichen, indem sie insbesondere vor dem rechtswidrigen Erwerb und der rechtswidrigen Nutzung und Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses abschrecken. Eine solche Zuschneidung dieser Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollte die Grundrechte und Grundfreiheiten oder das Gemeinwohl, etwa die öffentliche Sicherheit, den Verbraucherschutz, die öffentliche Gesundheit und den Umweltschutz, nicht gefährden oder untergraben und die Mobilität der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigen. Deshalb bezwecken die in dieser Richtlinie festgelegten Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zu gewährleisten, dass die zuständigen Gerichte Faktoren wie dem Wert eines Geschäftsgeheimnisses, der Schwere des Verhaltens, das zum rechtswidrigen Erwerb oder zur rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung geführt hat, sowie den Auswirkungen dieses Verhaltens Rechnung tragen. Auch sollte sichergestellt sein, dass die zuständigen Gerichte über das Ermessen verfügen, die Interessen der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien und die Interessen Dritter, gegebenenfalls auch der Verbraucher, gegeneinander abzuwägen.

(22) Das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts würde unterminiert, wenn die vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe dazu genutzt würden, nicht legitime, mit den Zielen dieser Richtlinie unvereinbare Absichten zu verfolgen. Daher ist es wichtig, dass den Gerichten die Befugnis erteilt wird, angemessene Maßnahmen gegenüber Antragstellern zu treffen, die missbräuchlich oder unredlich handeln und offensichtlich unbegründete Anträge stellen, beispielsweise zu dem Zweck, den Marktzugang des Antragsgegners in unbilliger Weise zu verzögern oder zu beschränken oder ihn auf andere Weise einzuschüchtern oder ihm Schwierigkeiten zu bereiten.

(23) Im Interesse der Rechtssicherheit und angesichts der Tatsache, dass von rechtmäßigen Inhabern von Geschäftsgeheimnissen erwartet wird, dass sie in Bezug auf die Wahrung der Vertraulichkeit ihrer wertvollen Geschäftsgeheimnisse und auf die Überwachung von deren Nutzung eine Sorgfaltspflicht wahrnehmen, ist es angemessen, materielle Ansprü-

che oder die Möglichkeit einer Klageerhebung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen auf einen bestimmten Zeitraum zu beschränken. In den nationalen Rechtsvorschriften sollte zudem klar und unmissverständlich festgelegt werden, wann dieser Zeitraum beginnen und unter welchen Umständen er unterbrochen oder ausgesetzt werden soll.

(24) Angesichts der Möglichkeit, dass die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses im Verlauf von Gerichtsverfahren nicht gewahrt bleibt, schrecken die rechtmäßigen Inhaber von Geschäftsgeheimnissen häufig davor zurück, zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse ein Gerichtsverfahren einzuleiten; dies stellt die Wirksamkeit der vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe infrage. Daher bedarf es — vorbehaltlich geeigneter Schutzmaßnahmen, die das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren garantieren — spezifischer Anforderungen, die darauf abstellen, die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses, das Gegenstand eines Gerichtsverfahrens ist, im Verlauf des Verfahrens zu wahren. Der entsprechende Schutz sollte auch nach Abschluss des Gerichtsverfahrens und so lange weiterbestehen, wie die Informationen, die Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses sind, nicht öffentlich verfügbar sind.

(25) Diese Anforderungen sollten zumindest die Möglichkeit vorsehen, den zum Zugang zu Beweismitteln oder Anhörungen berechtigten Personenkreis zu beschränken — wobei zu bedenken ist, dass alle diese Personen den Geheimhaltungsvorschriften dieser Richtlinie unterliegen sollten — und ausschließlich die nicht vertraulichen Teile von Gerichtsentscheidungen zu veröffentlichen. In Anbetracht der Tatsache, dass Gerichtsverfahren unter anderem hauptsächlich dazu dienen, die Art der Informationen zu bewerten, die Gegenstand eines Rechtsstreits sind, muss dabei sichergestellt werden, dass die Geschäftsgeheimnisse wirksam geschützt werden und gleichzeitig das Recht der Verfahrensparteien auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren gewahrt bleibt. Der beschränkte Personenkreis sollte daher aus mindestens einer natürlichen Person jeder Partei sowie den jeweiligen Rechtsanwälten der Parteien und gegebenenfalls sonstigen Vertretern bestehen, die nach dem nationalen Recht ausreichend qualifiziert sind, um eine Partei in einem unter diese Richtlinie fallenden Gerichtsverfahren zu verteidigen, zu vertreten oder ihre Interessen wahrzunehmen; all diese Personen sollten Zugang zu den betreffenden Beweismitteln oder Anhörungen haben. Ist eine der Parteien eine juristische Person, so sollte sie eine oder mehrere natürliche Personen, die diesem Personenkreis angehören sollen, vorschlagen können, damit sichergestellt ist, dass sie angemessen vertreten wird, wobei allerdings durch eine ausreichende gerichtliche Kontrolle verhindert werden muss, dass das Ziel, den Zugang zu Beweismitteln und Anhörungen zu beschränken, unterlaufen wird. Diese Schutzklauseln sollten nicht so verstanden werden, dass sich die Parteien im Verlauf des Gerichtsverfahrens von einem Rechtsanwalt oder einem anderen Vertreter vertreten lassen müssen, wenn das nach nationalem Recht nicht erforderlich ist. Auch sollten sie nicht so verstanden werden, dass die Zuständigkeit der Gerichte, gemäß den geltenden Vorschriften und Gepflogenheiten des betreffenden Mitgliedstaats zu entscheiden, ob und in welchem Umfang die zuständigen Gerichtsbediensteten zur Erfüllung ihrer Aufgaben ebenfalls uneingeschränkt Zugang zu den Beweismitteln und Anhörungen erhalten, beschnitten wird.

(26) Der rechtswidrige Erwerb, die rechtswidrige Nutzung oder die rechtswidrige Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses durch einen Dritten könnte verheerende Folgen für den rechtmäßigen Inhaber des Geschäftsgeheimnisses haben, da dieser nach der Offenlegung den Zustand vor dem Verlust des Geschäftsgeheimnisses nicht wiederherstellen kann. Folglich kommt es entscheidend darauf an, rasche, wirksame und zugängliche vorläufige Maßnahmen zur unverzüglichen Beendigung des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zu treffen, auch in dem Fall, dass es zur Erbringung von Dienstleistungen genutzt wird. Es kommt entscheidend darauf an, dass eine solche Abhilfe zur Verfügung steht, ohne dass eine Sach-

entscheidung abgewartet werden muss, wobei das Recht auf Verteidigung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden müssen und die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. In bestimmten Fällen sollte es zulässig sein, es dem mutmaßlichen Rechtsverletzer vorbehaltlich der Hinterlegung einer oder mehrerer Sicherheiten zu gestatten, das Geschäftsgeheimnis insbesondere dann weiterhin zu nutzen, wenn nur geringe Gefahr besteht, dass es in die Öffentlichkeit gelangt. Es sollte außerdem möglich sein, Sicherheiten in ausreichender Höhe zu verlangen, um die dem Antragsgegner durch einen unbegründeten Antrag entstehenden Kosten und Schäden zu decken, insbesondere dann, wenn dem rechtmäßigen Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses durch eine zeitliche Verzögerung ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstünde.

(27) Aus dem gleichen Grund ist es wichtig, endgültige Maßnahmen vorzusehen, die eine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses auch in dem Fall verhindern, dass das Geschäftsgeheimnis zur Erbringung von Dienstleistungen genutzt wird. Damit solche Maßnahmen wirksam und verhältnismäßig sind, sollten sie — sofern die Umstände eine Befristung erforderlich machen — lange genug gelten, um etwaige geschäftliche Vorteile zu beseitigen, die der betreffende Dritte möglicherweise aus dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses gezogen hat. Maßnahmen dieser Art sollten in keinem Fall vollstreckbar werden, wenn die ursprünglich dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Informationen aus Gründen, die nicht der Antragsgegner zu vertreten hat, allgemein zugänglich geworden sind.

(28) Es besteht die Möglichkeit, dass ein Geschäftsgeheimnis auf rechtswidrige Weise für die Entwicklung, Herstellung oder Vermarktung von Produkten oder deren Bestandteilen genutzt werden könnte, die dann im Binnenmarkt Verbreitung finden könnten; dadurch würde den geschäftlichen Interessen des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses und dem Funktionieren des Binnenmarkts geschadet. In diesen Fällen ebenso wie in Fällen, in denen das Geschäftsgeheimnis sich erheblich auf die Qualität, den Wert oder den Preis der aus dieser rechtswidrigen Nutzung gewonnenen Endprodukte auswirkt oder die Kosten der Prozesse für ihre Herstellung oder Vermarktung senkt oder diese Prozesse erleichtert oder beschleunigt, ist es wichtig, die Gerichte zu ermächtigen, effektive und geeignete Maßnahmen anzuordnen, um sicherzustellen, dass die betreffenden Produkte nicht auf den Markt gebracht bzw. vom Markt genommen werden. In Anbetracht der globalen Natur des Handels ist es auch erforderlich, dass diese Maßnahmen ein Verbot der Einfuhr dieser Produkte in die Union oder ihrer Lagerung zum Zwecke einer Vermarktung beinhalten. Entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollten Abhilfemaßnahmen nicht unbedingt die Vernichtung der Produkte zur Folge haben, wenn andere gangbare Möglichkeiten bestehen, wie etwa die Beseitigung der rechtsverletzenden Eigenschaft des Produkts oder eine Verwertung der Produkte außerhalb des Marktes, beispielsweise in Form von Spenden an wohltätige Organisationen.

(29) Eine Person könnte ein Geschäftsgeheimnis ursprünglich in gutem Glauben erworben haben, aber erst zu einem späteren Zeitpunkt — zum Beispiel aufgrund einer entsprechenden Mitteilung des ursprünglichen Inhabers des Geschäftsgeheimnisses — erfahren, dass ihre Kenntnis des betreffenden Geschäftsgeheimnisses auf Quellen zurückgeht, die dieses Geschäftsgeheimnis auf unrechtmäßige Weise genutzt oder offengelegt haben. Damit in solchen Fällen die vorgesehenen gerichtlichen Abhilfemaßnahmen oder Anordnungen der betreffenden Person keinen unverhältnismäßig großen Schaden zufügen, sollten die Mitgliedstaaten für entsprechende Fälle als alternative Maßnahme die Möglichkeit einer finanziellen Entschädigung für die geschädigte Partei vorsehen. Diese Entschädigung sollte jedoch nicht den Betrag der Lizenzgebühren übersteigen, die bei einer genehmigten Nutzung des betreffenden Geschäftsgeheimnisses für den Zeitraum angefallen wären, für den der ursprüngliche Inhaber des Geschäftsgeheimnisses dessen Nutzung hät-

te verhindern können. Würde die rechtswidrige Nutzung des Geschäftsgeheimnisses jedoch einen Verstoß gegen andere Rechtsvorschriften als die in dieser Richtlinie enthaltenen darstellen oder zu einer Gefahr für die Verbraucher werden, sollte eine solche rechtswidrige Nutzung nicht gestattet werden.

(30) Damit eine Person, die wusste oder begründeterweise hätte wissen müssen, dass sie ein Geschäftsgeheimnis auf unrechtmäßige Weise erwirbt, nutzt oder offenlegt, aus einem solchen Verhalten keinen Vorteil ziehen kann und gewährleistet ist, dass für den geschädigten Inhaber des Geschäftsgeheimnisses so weit wie möglich die Situation wiederhergestellt wird, in der er sich befunden hätte, wenn es nicht zu einem solchen Verhalten gekommen wäre, ist eine angemessene Entschädigung für den infolge des rechtswidrigen Verhaltens erlittenen Schaden vorzusehen. Die Höhe des dem geschädigten Inhaber des Geschäftsgeheimnisses zuerkannten Schadensersatzes sollte allen relevanten Faktoren Rechnung tragen, so einem Einkommensverlust des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses oder einem unlauteren Gewinn des Rechtsverletzers und gegebenenfalls etwaigen dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses entstandenen immateriellen Schäden. In Fällen, in denen es beispielsweise angesichts des immateriellen Charakters von Geschäftsgeheimnissen schwierig wäre, die Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens zu bestimmen, käme als Alternative in Betracht, die Schadenshöhe aus Größen herzuleiten wie etwa den Lizenzgebühren, die angefallen wären, wenn der Rechtsverletzter um eine Genehmigung zur Nutzung des betreffenden Geschäftsgeheimnisses ersucht hätte. Bezweckt wird mit dieser alternativen Methode nicht die Einführung einer Verpflichtung zu einem als Strafe angelegten Schadensersatz, sondern die Gewährleistung einer Entschädigung für den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses auf objektiver Grundlage unter Berücksichtigung der ihm entstandenen Kosten, z. B. im Zusammenhang mit der Feststellung der Rechtsverletzung und den Nachforschungen. Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran hindern, in ihrem nationalen Recht vorzusehen, dass die Schadenshaftung von Arbeitnehmern bei nicht vorsätzlichem Handeln beschränkt wird.

(31) Zur zusätzlichen Abschreckung für potenzielle Rechtsverletzer und zur Sensibilisierung der breiten Öffentlichkeit ist es zweckmäßig, Entscheidungen in Fällen, bei denen es um den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen geht, gegebenenfalls durch öffentlichkeitswirksame Anzeigen zu veröffentlichen, sofern die Veröffentlichung weder mit einer Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses verbunden ist noch der Privatsphäre und der Reputation natürlicher Personen auf unverhältnismäßige Weise abträglich ist.

(32) Die Wirksamkeit der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe, die den Inhabern von Geschäftsgeheimnissen zur Verfügung stehen, könnte im Falle einer Nichtbefolgung der von den zuständigen Gerichten getroffenen Entscheidungen unterminiert werden. Daher ist sicherzustellen, dass die betreffenden Behörden über geeignete Sanktionsbefugnisse verfügen.

(33) Zur Erleichterung der einheitlichen Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe ist es angezeigt, Mechanismen für eine Zusammenarbeit und einen Informationsaustauch zwischen den Mitgliedstaaten einerseits und zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission andererseits vorzusehen, insbesondere durch die Schaffung eines Netzes von Korrespondenzstellen, die von den Mitgliedstaaten benannt werden. Um zu prüfen, ob die Maßnahmen ihren Zweck erfüllen, sollte die Kommission darüber hinaus — gegebenenfalls mit Unterstützung des Amts der Europäischen Union für geistiges Eigentum — die Anwendung dieser Richtlinie und die Wirksamkeit der nationalen Maßnahmen überprüfen.

(34) Diese Richtlinie wahrt die Grundrechte und die Grundsätze, die insbesondere in der Charta anerkannt wurden, namentlich das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, das Recht auf Schutz personenbezogener Daten, das Recht auf Freiheit der Meinungsäu-

ßerung und Informationsfreiheit, die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten, die unternehmerische Freiheit, das Eigentumsrecht, das Recht auf eine gute Verwaltung, und insbesondere das Recht auf Zugang zu Dokumenten bei gleichzeitiger Wahrung des Geschäftsgeheimnisses, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren und die Verteidigungsrechte.

(35) Wichtig ist, dass das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und den Schutz der personenbezogenen Daten aller Personen gewahrt bleibt, deren personenbezogene Daten vom Inhaber des Geschäftsgeheimnisses bei Maßnahmen zum Schutz eines Geschäftsgeheimnisses eventuell verarbeitet werden oder die an einem Rechtsstreit über den rechtswidrigen Erwerb bzw. die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen gemäß dieser Richtlinie beteiligt sind und deren personenbezogene Daten verarbeitet werden. Für die im Rahmen dieser Richtlinie unter Aufsicht der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und insbesondere der von ihnen bezeichneten unabhängigen öffentlichen Stellen durchgeführte Verarbeitung personenbezogener Daten gilt die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (10). Daher sollte diese Richtlinie die in der Richtlinie 95/46/EG niedergelegten Rechte und Pflichten — insbesondere das Recht der betroffenen Person auf Zugang zu ihren personenbezogenen Daten, die verarbeitet werden, sowie auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung unvollständiger oder unrichtiger Daten sowie gegebenenfalls die Pflicht zur Verarbeitung sensibler Daten gemäß Artikel 8 Absatz 5 der Richtlinie 95/46/EG — nicht berühren.

(36) Da das Ziel dieser Richtlinie, nämlich ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts durch die Schaffung eines ausreichenden und vergleichbaren Rechtsschutzes im Binnenmarkt in Fällen des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses, von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden kann, sondern vielmehr wegen seines Umfangs und seiner Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen ist, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags über die Europäische Union verankerten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Richtlinie nicht über das für die Verwirklichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus.

(37) Diese Richtlinie zielt nicht darauf ab, die Vorschriften im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit, der gerichtlichen Zuständigkeit oder der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen in Zivil- und Handelssachen zu harmonisieren oder darauf, Fragen des anwendbaren Rechts zu behandeln. Andere Unionsinstrumente, durch die derartige Angelegenheiten ganz allgemein geregelt werden, sollten grundsätzlich weiterhin für den von dieser Richtlinie abgedeckten Bereich gelten.

(38) Diese Richtlinie sollte die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften, insbesondere der Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), unberührt lassen. Die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sollten nicht dazu verwendet werden, den Wettbewerb entgegen den Vorschriften des AEUV in unzulässiger Weise einzuschränken.

(39) Diese Richtlinie sollte die Anwendung etwaiger sonstiger relevanter Rechtsvorschriften in anderen Bereichen, einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums und des Vertragsrechts, unberührt lassen. Im Falle einer Überschneidung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlament und des Rates (11) mit dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie geht diese Richtlinie als Lex specialis der anderen Richtlinie vor.

(40) Der Europäische Datenschutzbeauftragte wurde gemäß Artikel 28 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates (12) angehört und hat seine Stellungnahme am 12. März 2014 abgegeben —

HABEN FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN:

KAPITEL I

Gegenstand und Anwendungsbereich

Artikel 1

Gegenstand und Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie legt Vorschriften für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung fest.

Die Mitgliedstaaten können unter Beachtung der Bestimmungen des AEUV einen weitergehenden als den durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung vorsehen, sofern gewährleistet ist, dass Artikel 3, Artikel 5, Artikel 6, Artikel 7 Absatz 1, Artikel 8, Artikel 9 Absatz 1 Unterabsatz 2, Artikel 9 Absätze 3 und 4, Artikel 10 Absatz 2, Artikel 11, Artikel 13 und Artikel 15 Absatz 3 eingehalten werden.

(2) Diese Richtlinie berührt nicht

a) die Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit gemäß der Charta, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien,
b) die Anwendung von Vorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, nach denen die Inhaber von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet sind, aus Gründen des öffentlichen Interesses Informationen, auch Geschäftsgeheimnisse, gegenüber der Öffentlichkeit oder den Verwaltungsbehörden oder den Gerichten offenzulegen, damit diese ihre Aufgaben wahrnehmen können,
c) die Anwendung von Vorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, nach denen es den Organen und Einrichtungen der Union oder den nationalen Behörden vorgeschrieben oder gestattet ist, von Unternehmen vorgelegte Informationen offenzulegen, die diese Organe, Einrichtungen oder Behörden in Einhaltung der Pflichten und gemäß den Rechten, die im Unionsrecht oder im nationalen Recht niedergelegt sind, besitzen,
d) die Autonomie der Sozialpartner und ihr Recht, Kollektivverträge gemäß dem Unionsrecht sowie gemäß den Gepflogenheiten und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten einzugehen.

(3) Keine Bestimmung dieser Richtlinie darf so ausgelegt werden, dass sie eine Grundlage dafür bietet, die Mobilität der Arbeitnehmer zu beschränken. Was die Ausübung dieser Mobilität anbelangt, so bietet diese Richtlinie insbesondere keinerlei Grund für

a) die Beschränkung der Nutzung von Informationen, die kein Geschäftsgeheimnis im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 darstellen, durch die Arbeitnehmer;
b) die Beschränkung der Nutzung von Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben haben;
c) die Auferlegung zusätzlicher Beschränkungen für Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen, die nicht gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht auferlegt werden.

Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

1.„Geschäftsgeheimnis“ Informationen, die alle nachstehenden Kriterien erfüllen:

a) Sie sind in dem Sinne geheim, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind;
b) sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind;
c) sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt;

2.„Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses“ jede natürliche oder juristische Person, die die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis besitzt;

3.„Rechtsverletzer“ jede natürliche oder juristische Person, die auf rechtswidrige Weise Geschäftsgeheimnisse erworben, genutzt oder offengelegt hat;

4.„rechtsverletzende Produkte“ Produkte, deren Konzeption, Merkmale, Funktionsweise, Herstellungsprozess oder Marketing in erheblichem Umfang auf rechtswidrig erworbenen, genutzten oder offengelegten Geschäftsgeheimnissen beruhen.

KAPITEL II

Erwerb, Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen

Artikel 3

Rechtmäßiger Erwerb, rechtmäßige Nutzung und rechtmäßige Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen

(1) Der Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses gilt als rechtmäßig, wenn das Geschäftsgeheimnis auf eine der folgenden Weisen erlangt wird:

a) unabhängige Entdeckung oder Schöpfung;
b) Beobachtung, Untersuchung, Rückbau oder Testen eines Produkts oder Gegenstands, das bzw. der öffentlich verfügbar gemacht wurde oder sich im rechtmäßigen Besitz des Erwerbers der Information befindet, der keiner rechtsgültigen Pflicht zur Beschränkung des Erwerbs des Geschäftsgeheimnisses unterliegt;
c) Inanspruchnahme des Rechts der Arbeitnehmer oder Arbeitnehmervertreter auf Information und Anhörung gemäß dem Unionsrecht sowie gemäß den Rechtsvorschriften und den Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten,
d) jede andere Vorgehensweise, die unter den gegebenen Umständen mit einer seriösen Geschäftspraxis vereinbar ist.

(2) Der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gilt insofern als rechtmäßig, als der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung durch Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben oder erlaubt ist.

Artikel 4

Rechtswidriger Erwerb, rechtswidrige Nutzung und rechtswidrige Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Inhaber von Geschäftsgeheimnissen berechtigt sind, die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zu beantragen, um einen rechtswidrigen Erwerb, eine rechtswidrige Nutzung oder eine rechtswidrige Offenlegung ihres Geschäftsgeheimnisses zu verhindern oder eine Entschädigung zu erlangen.

(2) Der Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses ohne Zustimmung des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses gilt als rechtswidrig, wenn er erfolgt durch

a)unbefugten Zugang zu, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, Gegenständen, Materialien, Stoffen oder elektronischen Dateien, die der rechtmäßigen Kontrolle durch den Inhaber des Geschäftsgeheimnisses unterliegen und die das Geschäftsgeheimnis enthalten oder aus denen sich das Geschäftsgeheimnis ableiten lässt;
b)jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen als mit einer seriösen Geschäftspraxis nicht vereinbar gilt.

(3) Die Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gilt als rechtswidrig, wenn sie ohne Zustimmung des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses durch eine Person erfolgt, von der sich erweist, dass auf sie eine der folgenden Bedingungen zutrifft:

a) Sie hat das Geschäftsgeheimnis auf rechtswidrige Weise erworben.
b)Sie verstößt gegen eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder eine sonstige Verpflichtung, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen.
c)Sie verstößt gegen eine vertragliche oder sonstige Verpflichtung zur Beschränkung der Nutzung des Geschäftsgeheimnisses.

(4) Ebenfalls als rechtswidrig gilt der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses, wenn eine Person zum Zeitpunkt des Erwerbs, der Nutzung oder der Offenlegung wusste oder unter den gegebenen Umständen hätte wissen müssen, dass sie unmittelbar oder mittelbar über eine andere Person in den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt war, die dieses rechtswidrig im Sinne des Absatzes 3 genutzt oder offengelegt hat.

(5) Das Herstellen, Anbieten oder Inverkehrbringen von rechtsverletzenden Produkten oder die Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung von rechtsverletzenden Produkten für diese Zwecke stellt ebenfalls eine rechtswidrige Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses dar, wenn die Person, die diese Tätigkeiten durchführt, wusste oder unter den gegebenen Umständen hätte wissen müssen, dass das Geschäftsgeheimnis rechtswidrig im Sinne des Absatzes 3 genutzt wurde.

Artikel 5

Ausnahmen

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Antrag auf die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe abgelehnt wird, wenn der angebliche Erwerb oder die angebliche Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses in einem der folgenden Fälle erfolgt ist:

a)zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit gemäß

der Charta, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;

b) zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit, sofern der Antragsgegner in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;

c) Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber ihren Vertretern im Rahmen der rechtmäßigen Erfüllung der Aufgaben dieser Vertreter gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht, sofern die Offenlegung zur Erfüllung dieser Aufgaben erforderlich war;

d) zum Schutz eines durch das Unionsrecht oder das nationale Recht anerkannten legitimen Interesses.

KAPITEL III

Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe

Abschnitt 1

Allgemeine Bestimmungen

Artikel 6

Allgemeine Verpflichtung

(1) Die Mitgliedstaaten sehen die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe vor, die erforderlich sind, um einen zivilrechtlichen Schutz vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zu gewährleisten.

(2) Die in Absatz 1 genannten Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe:

a) müssen fair und gerecht sein;

b) dürfen nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein und keine unangemessenen Fristen oder ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen und

c) sie müssen wirksam und abschreckend sein.

Artikel 7

Verhältnismäßigkeit und missbräuchliche Klagen

(1) Die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sind in einer Art und Weise anzuwenden, die

a) verhältnismäßig ist,

b) die Errichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel im Binnenmarkt vermeidet und

c) Gewähr gegen ihren Missbrauch bietet.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte — auf Antrag des Antragsgegners — im nationalen Recht vorgesehene angemessene Maßnahmen anwenden können, falls eine Klage wegen rechtswidrigen Erwerbs oder rechtswidriger Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses offensichtlich unbegründet ist und der Antragsteller das Gerichtsverfahren missbräuchlich oder in unredlicher Absicht eingeleitet hat. Diese Maßnahmen können soweit erforderlich die Gewährung von Schadensersatz für den Antragsgegner,

die Verhängung von Sanktionen gegen den Antragsteller oder die Anordnung der Veröffentlichung von Informationen über die getroffene Entscheidung nach Artikel 15 umfassen.

Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die in Unterabsatz 1 genannten Maßnahmen Gegenstand getrennter Gerichtsverfahren sind.

Artikel 8

Verjährungsfristen

(1) Die Mitgliedstaaten legen gemäß diesem Artikel Vorschriften über die Verjährungsfristen für materielle Ansprüche und Klagen auf Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe fest.

Die in Unterabsatz 1 genannten Vorschriften legen fest, wann die Verjährungsfrist beginnt, wie lang sie dauert und unter welchen Umständen sie unterbrochen oder ausgesetzt wird.

(2) Die Verjährungsfrist beträgt höchstens sechs Jahre.

Artikel 9

Wahrung der Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen im Verlauf von Gerichtsverfahren

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Parteien, ihre Rechtsanwälte oder sonstigen Vertreter, Gerichtsbedienstete, Zeugen, Sachverständige und alle sonstigen Personen, die an einem Gerichtsverfahren beteiligt sind, das den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zum Gegenstand hat, oder die Zugang zu Dokumenten haben, die Teil eines solchen Gerichtsverfahrens sind, nicht befugt sind, ein Geschäftsgeheimnis oder ein angebliches Geschäftsgeheimnis zu nutzen oder offenzulegen, das von den zuständigen Gerichten aufgrund eines ordnungsgemäß begründeten Antrags einer interessierten Partei als vertraulich eingestuft worden ist und von dem sie aufgrund der Teilnahme an dem Verfahren oder des Zugangs zu den Dokumenten Kenntnis erlangt haben. Die Mitgliedstaaten können ferner die zuständigen Gerichte ermächtigen, solche Maßnahmen von Amts wegen zu ergreifen.

Die in Unterabsatz 1 genannte Verpflichtung besteht auch nach Abschluss des Gerichtsverfahrens weiter fort. Die Verpflichtung endet jedoch, wenn eine der folgenden Situationen eintritt:

a) Im Rahmen einer rechtskräftigen Entscheidung wird festgestellt, dass das angebliche Geschäftsgeheimnis nicht die in Artikel 2 Nummer 1 genannten Kriterien erfüllt, oder
b) im Laufe der Zeit werden die in Frage stehenden Informationen für Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit der betreffenden Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen des Weiteren sicher, dass die zuständigen Gerichte auf ordnungsgemäß begründeten Antrag einer Partei spezifische Maßnahmen treffen können, die erforderlich sind, um die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses oder eines angeblichen Geschäftsgeheimnisses zu wahren, das im Laufe eines Gerichtsverfahrens im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses genutzt oder auf das in diesem Rahmen Bezug genommen wird. Die

Mitgliedstaaten können ferner die zuständigen Gerichte ermächtigen, solche Maßnahmen von Amts wegen zu ergreifen.

Die in Unterabsatz 1 genannten Maßnahmen sehen mindestens die Möglichkeit vor,

a) den Zugang zu von den Parteien oder Dritten vorgelegten Dokumenten, die Geschäftsgeheimnisse oder angebliche Geschäftsgeheimnisse enthalten, ganz oder teilweise auf eine begrenzte Anzahl von Personen zu beschränken;
b) den Zugang zu Anhörungen, bei denen unter Umständen Geschäftsgeheimnisse oder angebliche Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden, und zu der entsprechenden Aufzeichnung oder Mitschrift dieser Anhörungen auf eine begrenzte Anzahl von Personen zu beschränken;
c) Personen, die nicht der begrenzten Anzahl von Personen nach den Buchstaben a und b angehören, eine nicht vertrauliche Fassung einer gerichtlichen Entscheidung bereitzustellen, in der die Geschäftsgeheimnisse enthaltenden Passagen gelöscht oder geschwärzt wurden.

Die Anzahl der Personen nach Unterabsatz 2 Buchstaben a und b darf nicht größer sein, als zur Wahrung des Rechts der Verfahrensparteien auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren erforderlich ist, und muss mindestens eine natürliche Person jeder Partei und ihre jeweiligen Rechtsanwälte oder sonstigen Vertreter dieser Gerichtsverfahrensparteien umfassen.

(3) Bei der Entscheidung über die Maßnahmen gemäß Absatz 2 und der Beurteilung ihrer Verhältnismäßigkeit berücksichtigen die zuständigen Gerichte die Notwendigkeit, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren zu gewährleisten, die legitimen Interessen der Parteien und gegebenenfalls etwaiger Dritter sowie den möglichen Schaden, der einer der Parteien und gegebenenfalls etwaigen Dritten durch die Gewährung oder Ablehnung dieser Maßnahmen entstehen kann.

(4) Jede Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß den Absätzen 1, 2 oder 3 erfolgt gemäß der Richtlinie 95/46/EG.

Abschnitt 2

Vorläufige und vorbeugende Maßnahmen

Artikel 10

Vorläufige und vorbeugende Maßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses eine der folgenden vorläufigen und vorbeugenden Maßnahmen gegen den angeblichen Rechtsverletzer anordnen können:

a) vorläufige Einstellung oder gegebenenfalls vorläufiges Verbot der Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses;
b) Verbot des Herstellens, Anbietens, Vermarktens oder der Nutzung rechtsverletzender Produkte oder der Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung rechtsverletzender Produkte für diese Zwecke;
c) Beschlagnahme oder Herausgabe der mutmaßlich rechtsverletzenden Produkte, einschließlich eingeführter Produkte, um deren Inverkehrbringen oder ihren Umlauf im Markt zu ver-

hindern.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Gerichte als Alternative zu den in Absatz 1 genannten Maßnahmen die Fortsetzung der angeblich rechtswidrigen Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses an die Stellung einer oder mehrerer Sicherheiten knüpfen können, die die Entschädigung des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses sicherstellen sollen. Die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gegen die Stellung von Sicherheiten darf nicht erlaubt werden.

Artikel 11

Anwendungsbedingungen und Schutzmaßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte im Zusammenhang mit den in Artikel 10 genannten Maßnahmen befugt sind, dem Antragsteller aufzuerlegen, alle vernünftigerweise verfügbaren Beweise vorzulegen, um sich mit ausreichender Sicherheit davon überzeugen zu können, dass

a) tatsächlich ein Geschäftsgeheimnis vorliegt,
b) der Antragsteller der Inhaber dieses Geschäftsgeheimnisses ist und
c) das Geschäftsgeheimnis auf rechtswidrige Weise erworben wurde, auf rechtswidrige Weise genutzt oder offengelegt wird oder ein rechtswidriger Erwerb oder eine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses droht.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte bei der Entscheidung über die Gewährung oder Ablehnung eines Antrags und der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit den besonderen Umständen des Falls Rechnung tragen müssen, gegebenenfalls einschließlich:

a) des Wertes und anderer spezifischer Merkmale des Geschäftsgeheimnisses,
b) zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses getroffene Maßnahmen,
c) des Verhaltens des Antragsgegners bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses,
d) der Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses,
e) der legitimen Interessen der Parteien und Auswirkungen, die die Gewährung oder Ablehnung der Maßnahmen für die Parteien haben könnte,
f) der legitimen Interessen Dritter,
g) des öffentlichen Interesses und
h) des Schutzes der Grundrechte.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Artikel 10 genannten Maßnahmen auf Antrag des Antragsgegners aufgehoben oder auf andere Weise außer Kraft gesetzt werden, wenn

a) der Antragsteller nicht innerhalb einer angemessenen Frist, die entweder von dem die Maßnahmen anordnenden Gericht festgelegt wird, sofern dies nach dem Recht des Mitgliedstaats zulässig ist, oder, wenn es nicht zu einer solchen Festlegung kommt, 20 Arbeitstage oder 31 Kalendertage, wobei der längere der beiden Zeiträume gilt, nicht überschreitet, bei dem zuständigen Gericht das Verfahren einleitet, das zu einer Sachentscheidung führt oder
b) die in Frage stehenden Informationen aus Gründen, die dem Antragsgegner nicht zuzurechnen sind, nicht mehr die in Artikel 2 Nummer 1 genannten Kriterien erfüllen.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte die in Artikel 10 genannten Maßnahmen an die Stellung einer angemessenen Kaution oder die Leistung einer entsprechenden Sicherheit durch den Antragsteller knüpfen können, um eine etwaige Entschädigung des Antragsgegners oder einer etwaigen anderen von den Maßnahmen betroffenen Person sicherzustellen.

(5) Werden die in Artikel 10 genannten Maßnahmen auf der Grundlage von Absatz 3 Buchstabe a des vorliegenden Artikels aufgehoben oder werden sie aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Antragstellers hinfällig, oder wird in der Folge festgestellt, dass kein rechtswidriger Erwerb oder keine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses vorlag und auch nicht drohte, so sind die zuständigen Gerichte befugt, auf Antrag des Antragsgegners oder eines geschädigten Dritten anzuordnen, dass der Antragsteller dem Antragsgegner oder dem geschädigten Dritten angemessenen Ersatz für den durch diese Maßnahmen entstandenen Schaden zu leisten hat.

Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der in Unterabsatz 1 genannte Antrag auf Schadensersatz Gegenstand eines getrennten Gerichtsverfahrens ist.

Abschnitt 3

Maßnahmen aufgrund einer Sachentscheidung

Artikel 12

Gerichtliche Anordnungen und Abhilfemaßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte in dem Fall, dass in einer gerichtlichen Sachentscheidung ein rechtswidriger Erwerb, eine rechtswidrige Nutzung oder eine rechtswidrige Offenlegung festgestellt wird, auf Antrag des Antragstellers eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen gegen den Rechtsverletzer erlassen können:

a) Einstellung oder gegebenenfalls Verbot der Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses;
b) Verbot des Herstellens, Anbietens, Vermarktens oder der Nutzung rechtsverletzender Produkte oder der Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung rechtsverletzender Produkte für diese Zwecke;
c) geeignete Abhilfemaßnahmen hinsichtlich der rechtsverletzenden Produkte;
d) die Vernichtung der Gesamtheit oder eines Teils der Dokumente, Gegenstände, Materialien, Stoffe oder elektronischen Dateien, die das Geschäftsgeheimnis enthalten oder verkörpern oder gegebenenfalls die Herausgabe der Gesamtheit oder eines Teils dieser Dokumente, Gegenstände, Materialien, Stoffe oder elektronischen Dateien an den Antragsteller.

(2) Zu den in Absatz 1 Buchstabe c genannten Abhilfemaßnahmen zählen

a) der Rückruf der rechtsverletzenden Produkte vom Markt;
b) die Beseitigung der rechtsverletzenden Qualität der rechtsverletzenden Produkte;
c) die Vernichtung der rechtsverletzenden Produkte oder gegebenenfalls ihre Marktrücknahme unter der Voraussetzung, dass der Schutz des in Frage stehenden Geschäftsgeheimnisses durch diese Marktrücknahme nicht beeinträchtigt wird.

(3) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass ihre zuständigen Gerichte — bei Anordnung einer Entfernung der rechtsverletzenden Produkte aus dem Markt — auf Antrag des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses anordnen können, dass die Produkte dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses oder wohltätigen Organisationen übergeben werden.

(4) Die zuständigen Gerichte ordnen an, dass die in Absatz 1 Buchstaben c und d genannten Maßnahmen auf Kosten des Rechtsverletzers durchgeführt werden, es sei denn, es liegen besondere Gründe dafür vor, hiervon abzusehen. Diese Maßnahmen ergehen unbeschadet des etwaigen Schadensersatzes, der dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses möglicherweise aufgrund des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses zu zahlen ist.

Artikel 13

Anwendungsbedingungen, Schutzvorschriften und alternative Maßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte bei der Prüfung eines Antrags auf Erlass gerichtlicher Anordnungen und von Abhilfemaßnahmen nach Artikel 12 und bei der Beurteilung von deren Verhältnismäßigkeit den besonderen Umständen des Falls Rechnung tragen müssen, einschließlich gegebenenfalls:

a) des Wertes oder anderer spezifischer Merkmale des Geschäftsgeheimnisses,
b) Maßnahmen, die zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses getroffen werden,
c) des Verhaltens des Antragsgegners bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses,
d) der Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses,
e) der legitimen Interessen der Parteien und Auswirkungen, die die Genehmigung oder Ablehnung der Maßnahmen für die Parteien haben könnte,
f) der legitimen Interessen Dritter,
g) des öffentlichen Interesses und
h) des Schutzes der Grundrechte.

Falls die zuständigen Gerichte die Dauer der in Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Maßnahmen begrenzen, muss die Dauer ausreichen, um sämtliche kommerziellen oder wirtschaftlichen Vorteile zu beseitigen, die der Rechtsverletzer aus dem rechtswidrigen Erwerb oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses gezogen haben könnte.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Maßnahmen auf Antrag des Antragsgegners zurückgenommen oder ihre Wirkung auf andere Weise entfällt, wenn die fraglichen Informationen aus Gründen, die der Antragsgegner weder unmittelbar noch mittelbar zu vertreten hat, nicht mehr die in Artikel 2 Nummer 1 genannten Voraussetzungen erfüllen.

(3) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag der Person, der die in Artikel 12 vorgesehenen Maßnahmen auferlegt werden können, anordnen können, dass anstelle der Anwendung dieser Maßnahmen eine Abfindung an den Geschädigten zu zahlen ist, sofern alle folgenden Bedingungen erfüllt sind:

a) Zum Zeitpunkt der Nutzung oder Offenlegung wusste die betreffende Person nicht und hätte unter den gegebenen Umständen nicht wissen müssen, dass sie über eine andere Person in

den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt ist, die dieses Geschäftsgeheimnis rechtswidrig genutzt oder offengelegt hat;

b) bei Durchführung der betreffenden Maßnahmen würde der betreffenden Person ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen und

c) die Zahlung einer Abfindung an die geschädigte Partei erscheint als angemessene Entschädigung.

Wird anstelle einer Maßnahme gemäß Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a und b ein finanzieller Ausgleich angeordnet, so darf dieser nicht die Höhe der Lizenzgebühren übersteigen, die zu zahlen gewesen wären, wenn die betreffende Person um die Genehmigung ersucht hätte, das in Frage stehende Geschäftsgeheimnis für den Zeitraum zu nutzen, für den die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses hätte untersagt werden können.

Artikel 14

Schadensersatz

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag des Geschädigten anordnen, dass ein Rechtsverletzer, der wusste oder hätte wissen müssen, dass er einen rechtswidrigen Erwerb oder eine rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses vornahm, dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses einen Schadensersatz leistet, der dem infolge des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Offenlegung oder Nutzung tatsächlich erlittenen Schaden angemessen ist.

Die Mitgliedstaaten können die Haftung von Arbeitnehmern für Schäden begrenzen, die ihren Arbeitgebern durch den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses entstanden sind, sofern sie nicht vorsätzlich handeln.

(2) Bei der Festsetzung der Höhe des Schadensersatzes gemäß Absatz 1 berücksichtigen die zuständigen Gerichte alle relevanten Faktoren, wie negative wirtschaftliche Folgen, einschließlich entgangener Gewinne des Geschädigten, etwaige durch den Rechtsverletzer erzielte unlautere Gewinne und gegebenenfalls andere als wirtschaftliche Faktoren wie den immateriellen Schaden, der dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses durch den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses entstanden ist.

Alternativ können die zuständigen Gerichte in geeigneten Fällen den Schadensersatz jedoch als Pauschalbetrag festsetzen, und zwar auf der Grundlage von Faktoren wie mindestens dem Betrag der Lizenzgebühren, die der Rechtsverletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Genehmigung zur Nutzung des betreffenden Geschäftsgeheimnisses eingeholt hätte.

Artikel 15

Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte bei Verfahren wegen des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen auf Antrag des Antragstellers und auf Kosten des Rechtsverletzers geeignete Maßnahmen zur Verbreitung von Informationen über die betreffende Entscheidung, einschließlich der vollständigen oder teilweisen Veröffentlichung, anordnen können.

(2) Bei jeder Maßnahme gemäß Absatz 1 des vorliegenden Artikels wird die Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen gemäß Artikel 9 gewährleistet.

(3) Bei der Entscheidung darüber, ob eine Maßnahme gemäß Absatz 1 angeordnet wird, und bei der Bewertung ihrer Verhältnismäßigkeit berücksichtigen die zuständigen Gerichte gegebenenfalls den Wert des Geschäftsgeheimnisses, das Verhalten des Rechtsverletzers bei Erwerb, Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses, die Folgen der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses und die Wahrscheinlichkeit einer weiteren rechtwidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses durch den Rechtsverletzer.

Die zuständigen Gerichte berücksichtigen auch, ob die Informationen über den Rechtsverletzer die Identifizierung einer natürlichen Person ermöglichen würden und, falls ja, ob die Veröffentlichung dieser Informationen gerechtfertigt wäre, insbesondere im Lichte des etwaigen Schadens, den eine solche Maßnahme der Privatsphäre und dem Ruf des Rechtsverletzers zufügen kann.

KAPITEL IV

Sanktionen, Berichterstattung und Schlussbestimmungen

Artikel 16

Sanktionen bei Nichteinhaltung dieser Richtlinie

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte allen Personen, die es versäumen oder ablehnen, einer der gemäß den Artikeln 9, 10 und 12 erlassenen Maßnahme nachzukommen, Sanktionen auferlegen können.

Im Rahmen der Sanktionen wird unter anderem die Möglichkeit vorgesehen, im Falle einer Nichtbefolgung einer der gemäß den Artikeln 10 und 12 erlassenen Maßnahme wiederholt zu zahlende Zwangsgelder zu verhängen.

Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Artikel 17

Informationsaustausch und Korrespondenzstellen

Zur Förderung der Zusammenarbeit, einschließlich des Informationsaustauschs, der Mitgliedstaaten untereinander sowie zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission benennt jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere nationale Korrespondenzstellen für alle Fragen nach der Durchführung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen. Jeder Mitgliedstaat teilt die Kontaktadressen seiner Korrespondenzstelle(n) den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission mit.

Artikel 18

Berichte

(1) Bis zum 9. Juni 2021 erstellt das Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum im Rahmen der Tätigkeiten der Europäischen Beobachtungsstelle für Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums einen ersten Bericht über die Entwicklungen bei dem rechtswidrigen Erwerb, der rechtswidrigen Nutzung und der rechtswidrigen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen im Zuge der Anwendung dieser Richtlinie.

(2) Bis zum 9. Juni 2022 erstellt die Kommission einen Zwischenbericht über die Anwendung dieser Richtlinie und legt diesen dem Europäischen Parlament und dem Rat vor. Dieser Bericht trägt dem in Absatz 1 genannten Bericht in angemessener Weise Rechnung.

In dem Zwischenbericht werden insbesondere die etwaigen Auswirkungen der Anwendung dieser Richtlinie auf Forschung und Entwicklung, die Mobilität der Arbeitnehmer und die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und auf Informationsfreiheit untersucht.

(3) Bis zum 9. Juni 2026 bewertet die Kommission die Auswirkungen dieser Richtlinie und legt dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht vor.

Artikel 19

Umsetzung

(1) Die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie bis zum 9. Juni 2018 nachzukommen. Sie teilen der Kommission unverzüglich den Wortlaut dieser Rechtsvorschriften mit.

Bei Erlass dieser Vorschriften nehmen die Mitgliedstaaten in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten dieser Bezugnahme.

(2) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen.

Artikel 20

Inkrafttreten

Diese Richtlinie tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft.

Artikel 21

Adressaten

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Geschehen zu Straßburg am 8. Juni 2016.

Im Namen des Europäischen Parlaments

Der Präsident

M. SCHULZ

Im Namen des Rates

Der Präsident

A.G. KOENDERS

---

(1) ABl. C 226 vom 16.7.2014, S. 48.

(2) Standpunkt des Europäischen Parlaments vom 14.April 2016 (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht) und Beschluss des Rates vom 27. Mai 2016.

(3) Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986-1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (ABl. L 336 vom 23.12.1994, S. 1).

(4) Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145 vom 31.5.2001, S. 43).

(5) Verordnung (EG) Nr. 1367/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft (ABl. L 264 vom 25.9.2006, S. 13).

(6) Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates (ABl. L 41 vom 14.2.2003, S. 26).

(7) Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1).

(8) Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 zur öffentlichen Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65).

(9) Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243).

(10) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31).

(11) Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L 157 vom 30.4.2004, S. 45).

(12) Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz