IT-Recht

Stand: Oktober 2018
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) Rechtsteilung 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 Softwareschutzverfahrensprozess ............................................................................ 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

2
5. Haftung.................................................................................................................................................. 202
   a) Trennung Gewährleistung – Haftung .................................................................................................. 202
   b) Garantie.................................................................................................................................................. 203
   c) Klauselverbote in § 309 BGB
      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
    b) Vorschläge zur Haftung (inkl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 475 Abs. 3 BGB) .............................. 221
VI. Sonstiges ................................................................................................................................................. 221
VII. Das Erkenntnisverfahren bei Gewährleistungs- und Verzugsprozessen .................................. 225
1. Vorbereitung des Prozesses ...................................................................................................................... 226
   a) Beweisprobleme bei Mängeln ............................................................................................................. 226
   b) Fristsetzung .......................................................................................................................................... 227
   c) Risikoanalyse und Alternativen ............................................................................................................. 228
   d) Selbständiges Beweisverfahren .............................................................................................................. 229
      aa) Zuständigkeit ..................................................................................................................................... 230
      bb) Verfahrensgegenstand und Auftragsbefugnis .................................................................................. 230
      cc) Inhalt des Antrags ............................................................................................................................ 231
      dd) Möglichkeit des Antragsgegners ..................................................................................................... 232
      ee) Kosten ............................................................................................................................................ 233
2. Das Verfahren vor Gericht – Zuständigkeit .............................................................................................. 233
   a) Örtliche Zuständigkeit .......................................................................................................................... 233
   b) Sachliche Zuständigkeit ........................................................................................................................ 235
3. Die Klageschrift .......................................................................................................................................... 235
   a) Standardsoftware ................................................................................................................................. 236
   b) Individualsoftware ............................................................................................................................... 236
   c) Abwicklung des Rücktritts .................................................................................................................... 236
   d) Rücktrittsklage bei Leasingverträgen .................................................................................................... 237
4. Die Darstellung des Klagestoffes ................................................................................................................ 237
5. Darlegungs- und Beweislast ...................................................................................................................... 239
   a) Rücktritts- und Minderungsprozess ....................................................................................................... 239
   b) Schadensersatzklage ............................................................................................................................. 243
   c) Verjährungsprobleme ............................................................................................................................ 244
6. Verfahrensablauf vor (der) Beweisaufnahme ......................................................................................... 244
7. Die Beweisaufnahme ................................................................................................................................. 245
   a) Der Beweisbeschluss ............................................................................................................................ 245
   b) Die Beweismittel ................................................................................................................................... 246
   c) Insbesondere der Sachverständigenbeweis
      aa) Auswahl des Sachverständigen ....................................................................................................... 247
      bb) Aufgaben des Sachverständigen ..................................................................................................... 248
      cc) Befugnisse des Sachverständigen .................................................................................................... 249
      dd) Das Sachverständigengutachten und seine Bewertung .................................................................. 250
8. Das Urteil ................................................................................................................................................. 251
Viertes Kapitel: **Softwareerstellungsverträge**

I. Abgrenzung Werk- und Kaufvertragsrecht ................................................................. 264
II. Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht ...................................................................... 268

III. Hauptleistungspflichten ........................................................................................... 270
1. Pflichten des Auftraggebers/Bestellers: Vergütung .................................................... 275
   a) Angemessene Vergütung (§§ 32, 32a UrhG) .......................................................... 275
   b) Vergütung im Werkvertragsrecht ........................................................................... 276
   c) Abnahme .................................................................................................................. 280

IV. Nebenvertragliche Pflichten ...................................................................................... 284
1. Vertraulichkeit und Datenschutz ................................................................................ 284
2. Vorvertragliche Pflichten ............................................................................................ 286
   a) Aufwendungsersatz, § 284 BGB ........................................................................... 287
   b) Pflichtenheft .......................................................................................................... 288
V. Gewährleistung im Werkvertragsrecht .................................................................. 288
1. Mangel i.S.d. § 633 BGB .......................................................................................... 288
2. Gewährleistungsrechte ............................................................................................... 291
   a) Nachrüstung ....................................................................................................... 291
   b) Rücktritt oder Minderung ..................................................................................... 296

VI. Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB ........................................................................ 297

VII. Kündigung ............................................................................................................... 308
VIII. Verjährung .............................................................................................................. 317
IX. Besonderheiten bei der Haftung ............................................................................. 319
   1. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel ........................................... 319
   2. Vertragsgestaltung ................................................................................................. 320
X. Ausschluss der Gewährleistung ............................................................................. 321
XI. Ausschluss oder Beschränkung der Nacherfüllung ................................................. 322
XII. Kosten der Nacherfüllung ...................................................................................... 324
XIII. Rügepflichten ......................................................................................................... 326

XIV. Ausschluss der Selbstvornahme ........................................................................... 326
XV. Haftungsfreizeichnung ........................................................................................... 327
XVI. Ausschluss des Kündigungsrechts .......................................................................... 328
XVII. Vergütung des Kostenanschlags ......................................................................... 329
XVIII. Sonstige Klauseln ............................................................................................... 330

Fünftes Kapitel: **Softwarevermietung** .................................................................... 349

I. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen ......................................................... 349
II. Beschränkung der Gewährleistung .......................................................................... 350
   1. Bestätigung als „vertragsgemäß“ ........................................................................... 350
      a) §§ 308, 309 BGB. ............................................................................................ 351
I. Der allgemeine Servicevertrag .................................................................................. 365
  1. Hauptleistungspflichten .......................................................................................... 365
    a) Pflichten des Dienstverpflichteten ........................................................................ 365
    b) § 307 BGB ........................................................................................................... 367
  2. Nebenpflichten ......................................................................................................... 369
II. Nicht- und Schlechterfüllung .................................................................................. 370
III. Beendigung des Servicevertrags ............................................................................ 372
  1. Ordentliche Kündigung .......................................................................................... 372
  2. Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) ......................................................... 373
  3. Kündigung aufgrund besonderen Vertrauens (§ 627 BGB) ....................................... 374
IV. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Softwareaktualisierungen: Kaufvertrag .... 374
V. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag .......................................................... 376
  1. Abgrenzung AÜG .................................................................................................... 376
  2. Problem: Vergütungsregeln ..................................................................................... 380
  3. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen .................................................... 380
    a) Ausschluss und Beschränkung der Haftung .......................................................... 380
    b) Beschränkung von Leistungspflichten .................................................................. 381
  4. Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche ........................................ 383
    a) § 309 BGB ........................................................................................................... 383
    b) § 307 BGB ........................................................................................................... 383
  5. Änderungsvorbehalte .............................................................................................. 383
  6. Änderungen der AGB ............................................................................................ 385
    a) Vorbehaltloses Änderungsrecht ........................................................................... 385
    b) Widerspruchsrecht ............................................................................................... 385
Achtes Kapitel: Besondere Softwareverträge ................................................................. 386
I. Hinterlegungsvereinbarungen ..................................................................................... 386
  1. Pflicht zur Überlassung des Quellformats ................................................................. 387
  2. Hinterlegung des Quellformats ............................................................................... 391
    a) Hinterlegungspflichten ......................................................................................... 392
    b) Hinterlegungsvereinbarungen .............................................................................. 392
      aa) EDV-technische Probleme ............................................................................. 392
      bb) Insolvenzrechtliche Probleme ......................................................................... 394
      cc) Vertragsgestaltung .......................................................................................... 396
  3. Pflichten des Anwenders .......................................................................................... 397
II. Schutzhüllenverträge ................................................................................................. 397
III. Application Service Providing und Cloud Computing ............................................. 399
  1. Vertragszweck ......................................................................................................... 400
  2. Rechtsnatur .............................................................................................................. 402
  3. Vermietung: urheberrechtlich – vertragsrechtlich .................................................. 403
4. Hauptleistungspflichten ................................................................. 404
   a) Leistungspflicht ................................................................. 404
      aa) Geschuldeter Erfolg .................................................. 404
      bb) Sachen ................................................................. 404
      cc) Rechte ................................................................. 404
   b) Entgelt ................................................................. 405
5. Nebenleistungspflichten ................................................................. 405
6. Datenschutzrecht ................................................................. 407
   a) Verarbeitung personenbezogener Daten .................................. 407
   b) Auftragsverarbeitung .......................................................... 407
      aa) Begründung der Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO 408
      bb) Verantwortlichkeit und Haftung .................................... 410
      cc) Pflichten im Hinblick auf die Auftragsverarbeitung .......... 410
   c) Auftragserteilung in Drittstaaten ........................................... 411
   d) Besonderheiten USA ...................................................... 413
   e) Umgehungsmöglichkeit durch Verschlüsselungstechniken .... 413
7. Abgabenordnung (AO) ................................................................. 415
   a) Finanzbuchführung im Inland ............................................. 415
   b) Finanzbuchführung im Ausland .......................................... 415
      aa) In EU/ EWR ......................................................... 415
      bb) Außerhalb EU/EWR .............................................. 416
   c) Folgen einer fehlerhaften Buchführung ................................ 416
8. Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ........................................ 417
IV. General Public License (GPL) ................................................ 419
V. IT-Outsourcing und Change Request ..................................... 426
VI. IT-Vertriebsvertragsrecht .................................................... 436
   1. Die Einordnung ................................................................. 437
      a) Gewerbe und Kaufmann ............................................. 438
      b) Handelsvertreter ...................................................... 439
      c) Eigenhändler ......................................................... 442
   2. (Regress-) Ansprüche des Händlers gegen den Hersteller .... 443
   3. Ansprüche der Rechteinhaber gegen Händler von Raubkopien 446
   4. Kartellrecht und IT-Vertriebsverträge .................................. 449
Neuntes Kapitel: Musterverträge ................................................ 457
   I. Softwareüberlassungsvertrag ............................................. 457
   II. Softwareerstellungsvertrag ............................................... 459
   III. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern 464
   IV. Muster einer Geheimhaltungsvereinbarung mit Arbeitnehmern 467
   V. Muster einer Vereinbarung zum Change Request .................. 470
   VI. Vertrag über Softwarepflege ........................................... 474
   VII. Die General Public License ........................................... 476
   VIII. Düsseldorfer Modell – Antrag ........................................ 489
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
<table>
<thead>
<tr>
<th>Abbreviation</th>
<th>Description</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>CD-ROM</td>
<td>Compact Disc Read-Only Memory</td>
</tr>
<tr>
<td>c.i.c.</td>
<td>culpa in contrahendo</td>
</tr>
<tr>
<td>CPU</td>
<td>Central Processing Unit</td>
</tr>
<tr>
<td>CR</td>
<td>Computer und Recht (Zeitschrift)</td>
</tr>
<tr>
<td>CRi</td>
<td>Computer Law Review International</td>
</tr>
<tr>
<td>DAB</td>
<td>Digital Audio Broadcasting</td>
</tr>
<tr>
<td>DANA</td>
<td>Datenschutznachrichten</td>
</tr>
<tr>
<td>DB</td>
<td>Der Betrieb (Zeitschrift)</td>
</tr>
<tr>
<td>DFÜ</td>
<td>Datenfernübertragung</td>
</tr>
<tr>
<td>Digma</td>
<td>Zeitschrift für Datenrecht und Datensicherheit</td>
</tr>
<tr>
<td>DRiZ</td>
<td>Deutsche Richterzeitschrift</td>
</tr>
<tr>
<td>DRM</td>
<td>Digital Rights Management</td>
</tr>
<tr>
<td>DuD</td>
<td>Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)</td>
</tr>
<tr>
<td>DV</td>
<td>Datenverarbeitung</td>
</tr>
<tr>
<td>DVD</td>
<td>Digital Versatile Disc</td>
</tr>
<tr>
<td>DVBl.</td>
<td>Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)</td>
</tr>
<tr>
<td>ECLIP</td>
<td>Electronic Commerce Legal Issues Platform</td>
</tr>
<tr>
<td>ECLR</td>
<td>European Comparative Law Review</td>
</tr>
<tr>
<td>EDI</td>
<td>Electronic Data Interchange</td>
</tr>
<tr>
<td>EDV</td>
<td>elektronische Datenverarbeitung</td>
</tr>
<tr>
<td>EGBGB</td>
<td>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch</td>
</tr>
<tr>
<td>EGG</td>
<td>Elektronisches Geschäftsverkehrsgesetz</td>
</tr>
<tr>
<td>EIPR</td>
<td>European Intellectual Property Review</td>
</tr>
<tr>
<td>E-Mail</td>
<td>Electronic Mail</td>
</tr>
<tr>
<td>EU</td>
<td>Europäische Union</td>
</tr>
<tr>
<td>EULA</td>
<td>End User License Agreement</td>
</tr>
<tr>
<td>EuGH</td>
<td>Europäischer Gerichtshof</td>
</tr>
</tbody>
</table>
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

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
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 Resource Locator
US    United States
UWG    Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

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

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

Z
z.B.    z.B.
ZIP    Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUM    Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD    Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Rechtsprechungsdienst
ZPO    Zivilprozessordnung
ZZP    Zeitschrift für Zivilprozess
Literaturverzeichnis (Auswahl)

**Allgemeine Werke zum deutschen EDV-Recht**

Deister/Meyer-Plasche, Anwaltsstrategien im Software-Recht, Stuttgart 2010.
Kilian, Wolfgang/Heussen, Benno (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, Loseblattausgabe, München.
Redeker, Helmut (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Loseblattausgabe, Köln.

**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.


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.


---

7 Vgl. Seffer/Horter, ITRB 2005, 61, 64.
Wettbewerber oder Gründung eines Wettbewerbsunternehmens sowie das Fehlen einer Karenzentschädigung.\textsuperscript{10} Ein Arbeitnehmer ist aber wettbewerbsrechtlich \textbf{nach dem Ausscheiden} aus einem Beschäftigungsverhältnis in der Weitergabe und Verwertung der dort redlich erlangten Betriebsgeheimnisse frei.\textsuperscript{11} Eine solche Weitergabe oder Verwertung verstößt nur unter besonderen Umständen gegen § 3 UWG.\textsuperscript{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,\textsuperscript{13} sowie weiter der Gesichtspunkt, dass eine sichere Abgrenzung von Geheimnis und Erfahrungswissen nur schwer möglich ist.\textsuperscript{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 (Geschäftsgemeinisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung einige Änderungen der Rechtslage ergeben werden.\textsuperscript{15}

Schwierigkeiten machen auch \textbf{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.\textsuperscript{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

\begin{flushleft}
\textsuperscript{14} Vgl. \textit{Kraßer}, GRUR 1977, 177, 186.
\end{flushleft}

17

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.

**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 abgedeckt 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. Primäre Anknüpfungskriterien sind der Arbeitsort, der Sitz des Arbeitgebers, die Staatsangehörigkeit beider Vertragsparteien und der Wohnsitz des Arbeitnehmers, also die räumliche Dimension des Arbeitsverhältnisses. Ergänzend ist die Vertragsdimension, also Vertragssprache und Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, zu berücksichtigen und gegebenenfalls weitere

---

vertragswesentliche Gesichtspunkte, die in ihrer Gesamtheit hinreichendes Gewicht haben, um die Bedeutung der Regelanknüpfung zu überwinden.


- 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 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. Ein interner Entwurf, an dem neben dem BMJV auch das Arbeits- und Wirtschaftsministerium mitgewirkt haben, liegt bereits seit ei-

---

28 So McGuire, GRUR 2016, 1000, 1007 ff. mit Verweis auf Italien und Portugal.
nem Jahr vor. Er sieht eine direkte Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht vor; kann allerdings bei Bedarf um weitere Elemente ergänzt werden.

Die Richtlinie beabsichtigt, die existierenden verschiedenen nationalen Regelungen zu harmonisieren.\textsuperscript{31} Angedacht ist die Einordnung als ergänzende oder alternative Maßnahme zu Immaterialgüterrechten (Erwägungsgrund 2). Das Verhältnis zum UWG wird generell offen gelassen und einer späteren Prüfung durch die Kommission anheimgegeben (Erwägungsgrund 10). Im Übrigen soll die Richtlinie jetzt\textsuperscript{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).


Dreh- und Angelpunkt der Richtlinie ist der Begriff des Geschäftsgeheimnisses.\textsuperscript{33} Er ist weit gefasst, weiter als nach § 17 UWG.\textsuperscript{34} Ein Geheimnis soll schon vorliegen, wenn die Information generell unbekannt oder in den angesprochenen Verkehrskreisen nicht bekannt ist.\textsuperscript{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-

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

38 Kalbfus, GRUR 2016, 1009, 1011.
39 So auch Herrmann, CB 2016, 368, 369.
41 Kalbfus, GRUR-Prax 2017, 391; Börger/Rein, CB 2017, 118; zur Besonderheit im Automobilbereich Steinmann/Schubmehl, CCZ 2017, 194.
der nur ein angemessener Schutzstandard.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{47}


\textsuperscript{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.
\textsuperscript{45} Kalbfus, GRUR-Prax 2017, 391, 391 ff.
\textsuperscript{46} Steinmann/Schubmehl, CCZ 2017, 194, 197.
\textsuperscript{47} Klein/Wegener, GRUR-Prax 2017, 394, 396.
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 Softwareprodukts Testergebnisse zu erzielen und gewinnbringend in ein konkurrierendes Produkt einzusetzen.

II. Softwareschutz – eine Übersicht

Literatur:


1. Patentschutz

Literatur:

51 BIPMZ 1981, 263.
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.\textsuperscript{54}


\begin{itemize}
\item \textsuperscript{54} \textit{BPatG}, GRUR 2003, 413.
\item \textsuperscript{55} \textit{BPatG}, Beschl. v. 12.11.2002 – 17 W (pat) 41/01, GRUR 2003, 413.
\item \textsuperscript{56} Betten/Körber, GRUR 1997, 118; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, vor §§ 69a ff. Rn. 10.
\item \textsuperscript{57} \textit{BPatG}, Urt. v. 11.12.2008 – 17 W (pat) 54/05; ähnlich \textit{BPatG}, Beschl. v. 28.5.2009 – 17 W (pat) 123/05.
\item \textsuperscript{58} \textit{BGH}, Beschl. v. 24.5.2004 – X ZB 20/03, MMR 2004, 780 = GRUR 2004, 667.
\item \textsuperscript{59} http://www.ipweblog.de/20090520/epa-g308-amicus-curiae-briefe-zur-softwarepatentierung/ (zuletzt abgerufen am 7.7.2016).
\item \textsuperscript{60} \textit{BGH}, Beschl. v. 22.4.2010 – Xa ZB 20/08, MMR 2010, 550 = GRUR 2010, 613.
\end{itemize}
modifiziert oder in neuartiger Weise adressiert werden. Es reiche vielmehr aus, wenn der Ab-
lauf eines DV-Programms, das zur Lösung des Problems eingesetzt werde, durch technische
Gegebenheiten außerhalb der DV-Anlage bestimmt werde, oder wenn die Lösung gerade da-
rin 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 – ein Verfahren, das der datenverarbeitungsmäßigen Abarbeitung von Verfahrensschrit-
ten in Computer-Netzwerken dient. Diese Öffnung für den Patentschutz von Software bedeu-
tet aber noch nicht, dass jede Software patentfähig ist. Es ist vielmehr auch die erfinderische
Tätigkeit und die Neuheit der Software im Einzelfall zu prüfen. Ferner ist ein Schutz ausge-
schlossen, 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.

Der Bundestag hat mit einem Antrag im Jahr 2013 eine Beschränkung der Patentierbarkeit
von Computerprogrammen gefordert und damit die rechtspolitische Diskussion um Software-
patente angefacht.

In den Vereinigten Staaten ist die Patentierbarkeit von Software spätestens seit der Entschei-
dung State Street Bank v. Signature aus dem Jahr 1998 anerkannt und auch das Europäische
Patentamt (EPA) hat seit 1978 ca. 20 000 bis 30 000 Softwarepatente vergeben. Das Prob-
lem ist, dass sowohl auf europäischer, als auch auf deutscher Ebene ein Patentschutz für
Computerprogramme durch Art. 52 Abs. e, Abs. 3 EPÜ und § 1 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 PatG
explizit ausgeschlossen ist. Der Versuch der Kommission, diesen Bereich durch eine Richtli-

---

64 Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Wettbewerb und Innova-
tionsdynamik im Softwarebereich sichern – Patentierbarkeit von Computerprogrammen effektiv begrenzen,
BT-Drs. 17/13086, abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/130/1713086.pdf (letzter Abruf:
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, Recht fertigen rechtspolitisch schwierige Fragen die Abschaffung von „Software-Paten-
ten?", GRUR 2014, 224.
nie über softwarebasierte Erfindungen zu harmonisieren, ist im Juli 2005 am Widerstand des Europäischen Parlaments gescheitert.


2. Titel- und Markenschutz

Literatur:

---


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

Für die Entstehung des Titelschutzes an einem Computerprogramm ist die Aufnahme des
Vertriebs des fertigen Produkts oder eine der Auslieferung, des fertigen Produkts unmittel-
bar 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 Schrei-
ben 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 genü-
gend sei es auch, dass das Programm auf einer kleinen Fachmesse vorgestellt worden ist,
wenngleich zu diesem Zeitpunkt erst mit der Akzeptanzprüfung und Markteinführung dieses Pro-
grames 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
zur Entstehung des Werktitelschutzes bei Apps ist zur Bestimmung der originären Kennzeichnungskraft der all-
gemeine Maßstab anzulegen.81 Für App-Titel gelten dagegen nicht die deutlich vereinfachten
Voraussetzungen wie für Zeitungs- oder Zeitschriftenstitel. Anders als auf dem Zeitungs- und
Zeitschriftenmarkt, wo seit jeher Zeitungen und Zeitschriften unter mehr oder weniger farblos-
en Gattungsbezeichnungen angeboten werden, ist eine entsprechende Gewöhnung des Ver-
kehrs in Bezug auf Apps nicht ersichtlich. Hier stehen reine Phantasiebezeichnungen

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

Neben dem Titelschutz kommt ein **Markenschutz für Software** in Betracht. 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. Für die Annahme, dass es sich bei der Bezeichnung auch um einen Herkunftshinweis handele, bedarf es im Einzelfall konkreter Anhaltspunkte.


### 3. Laufbildschutz

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

---

89 A.A. Bezirksgericht Tokyo, Entsch. v. 27.5.1999, GRUR Int. 2001, 183.
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 schöpferi-
schen 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.

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

4. Geheimnisschutz

Literatur:


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 Richtlinie 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.


\(^{103}\) 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.\(^\text{104}\) Bislang liegt hierzu allerdings noch keine Rechtsprechung vor; eine endgültige Klärung steht noch aus.

### 6. Ergänzender Leistungsschutz

**Literatur:**


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 Sonderrechtschutzes verbleibende Lücke zu schließen. Insbesondere ist hier das **Verbot der unmittelbaren Leistungsübernahme** und der **sklavischen Nachahmung** zu beachten (§ 4 Nr. 9 UWG). Beide Vorgänge sind zwar nicht per se verboten, da abseits des immaterialgüterrechtlichen

Sonderschutzes vom Grundsatz der Gemeinfreiheit von Wissen auszugehen ist. Programmierlösungen, die mangels entsprechender Qualifikation keinen Sonderrechtsschutz erhalten, würde ansonsten über das UWG ein Leistungsschutz garantiert, der an sich nach der spezielleren gesetzlichen Regelung nicht gewährt sein soll. Es ist insofern zu beachten, dass der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz nicht dazu dienen darf, Grundgedanken für die Gestaltung von Produkten gegen die Übernahme durch Wettbewerber zu schützen. 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 Bildschirrmaske einer Reisebürosoftware mit einem Markanteil von über 80 % in Deutschland gegen eine wettbewerbswidrige vermeidbare Herkunftstäuschung gem. § 4 Nr. 9a UWG geschützt sein. 108

---

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


---


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

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 Ordnungsge- wichtspunkten zusammengestellt wird. Eine rein schematische oder routinemäßige Auswahl oder Anordnung ist nicht schutzfähig.

---


Im Übrigen hat der EuGH\textsuperscript{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\textsuperscript{115} in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen worden ist.\textsuperscript{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.\textsuperscript{117}

Wie der EuGH in seiner Entscheidung zum Datenbankschutz für Wett- und Fußballdaten bestimmt hat,\textsuperscript{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
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\textsuperscript{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.\textsuperscript{120} Unter den Schutz können eine umfangreiche Sammlung von Hyperlinks,\textsuperscript{121} online abrufbare Sammlungen von Kleinanzeigen\textsuperscript{122} und die meisten Zusammenstellungen von Informationen auf einer Website\textsuperscript{123} fallen. Der Schutz von Datenbanken ist auch auf Printmedien, etwa „Lists of Presses“\textsuperscript{124} oder ein staatliches Ausschreibungsblatt,\textsuperscript{125} anwendbar. Auch Zugpläne fallen unter § 87b UrhG.\textsuperscript{126} Auszüge aus solchen Datenbanken mit Hilfe einer Meta-Suchmaschine verstoßen gegen das dem Urheber der Datenbank zustehende Vervielfältigungsrecht. § 87a UrhG schützt eB ay gegen eine Vervielfältigung ihrer Bewertungsdatenbank.\textsuperscript{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.\textsuperscript{128} Streitig ist, ob Klassenbibliotheken im Rahmen der objektorientierten Programmierung Datenbankschutz genießen.\textsuperscript{129} Nicht unter

\textsuperscript{120} BGH, Urt. v. 24.5.2005 – I ZR 130/04, MMR 2007, 589 – Gedichttitelliste I.
\textsuperscript{125} OLG Dresden, Urt. v. 18.7.2000 – 14 U 1153/00, ZUM 2001, 595.
\textsuperscript{126} LG Köln, Urt. v. 8.5.2002 – 28 O 180/02, MMR 2002, 689.
\textsuperscript{127} LG Berlin, Beschl. v. 27.10.2005 – 16 O 743/05, MMR 2006, 46.
den Schutz fallen z.B. Rechtschreibprogramme, da sie zwar eine integrierte Datenbasis beinhalten, deren Elemente für den Nutzer jedoch nicht einzeln zugänglich sind.\textsuperscript{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 \textit{Telefonteilnehmerverzeichnissen}. Die Rechtsprechung hat einen urheberrechtlichen Schutz für solche Datensammlungen – insbesondere in den Auseinandersetzungen um D-Info 2.0\textsuperscript{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.\textsuperscript{132} Allerdings reicht es nicht aus, wenn jemand Daten für ein Internet-Branchenbuch lediglich aus öffentlich zugänglichen Quellen sammelt und per Computer erfassen lässt.\textsuperscript{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 \textit{LG Köln} eine wiederholte und systematische Verbreitung bzw. öffentliche Wiedergabe von Teilen der Online-Auskunfts-Datenbank der Bahn gesehen werden können.\textsuperscript{134}

Zum Vorlagebeschluss des \textit{BGH}\textsuperscript{135}, ob Art. 1 Abs. 2 der RL 96/9/EG vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken\textsuperscript{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 \textit{EuGH}, dass geografische Daten, die von Dritten aus einer topografischen Landkarte hergestellt und zu vermarkten, nach ihrer Herauslösung ein hinreichender Informationswert

\textsuperscript{133} \textit{LG Düsseldorf}, Urt. v. 7.2.2001 – 12 O 492/00, ZUM 2002, 65 – Branchenbuch.
\textsuperscript{134} \textit{LG Köln}, Urt. v. 8.5.2002 – 28/0 180/02, MMR 2002, 689, 690.
verbleibt, um als unabhängiges Element einer Datenbank im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden zu können.\textsuperscript{137}

In Bezug auf Gesetzesammlungen hat das OLG München in seiner Entscheidung vom 26.9.1996\textsuperscript{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.\textsuperscript{139}

Eine Ausnahmebestimmung, die amtlichen 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.\textsuperscript{140} Unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit, durch eine investitionsintensive Zusammenstellung von amtlichen Werken, Dokumenten oder anderen Materials (z.B. Gesetzesammlungen) sui generis Schutz für die daraus erstellte Datenbank zu beanspruchen.


\textsuperscript{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.


wenn 1/5 der Datensätze einer Moduldatenbank übernommen werden. Zuletzt entschied das LG Hamburg, 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 schutzzfähig 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. 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. Ein Unternehmen, das Software zum automatisierten Auslesen von Online-Automobilbörsen vertreibt, verletzt nur dann das Datenbankherstellerrecht eines Automobilbörsenbetreibers, wenn die einzelnen Nutzer ihre Nutzernutzung ist als unwesentlicher Teil der Datenbank zu entnehmen. Ansonsten fehlt die für eine Gehilfen- oder Störeralburtung, 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, die notwendige Haftung. 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

\[\text{LG Hamburg, B. v. 15.06.2015 - 308 O 215/15, ZUM 2016, 70.}\]
\[\text{LG Köln, Urt. v. 8.5.2002 – 28 O 180/02, MMR 2002, 689.}\]
\[\text{BGH, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/00, NJW 2003, 3406 = K&R 2003, 554 – Paperboy.}\]
\[\text{BGH, Urt. 22.6.2011 – I ZR 159/10, MMR 2014, 544 – Automobile-Onlinebörse.}\]
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.\textsuperscript{155}

Das Datenbankrecht erweist sich auch als Problem für das sog. \textit{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 \textit{OLG Frankfurt}\textsuperscript{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 wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Danach verstoßt 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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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 anzuwenden ist.\textsuperscript{160}

\textsuperscript{155} \textit{BGH}, Urt. 22.6.2011 – I ZR 159/10, MMR 2014, 544 – Automobile-Onlinebörse.

\textsuperscript{156} \textit{OLG Frankfurt}, Urt. v. 5.3.2009 – 6 U 221/08, MMR 2009, 400.


\textsuperscript{159} \textit{EuGH}, Urt. v. 15.1.2015 – C-30/14, MMR 2015, 189.

\textsuperscript{160} Dazu auch \textit{Elteste}, CR 2015, 447.

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.\footnote{BGH, Urt. v. 24.5.2007 – I ZR 130/04, GRUR 2007, 688.}


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 Rechtsbe-
griiffe hat die Datenbankrichtlinie in den USA besonders heftige Kritik erfahren.\textsuperscript{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 festge-
legte \textbf{Erfordernis materieller Gegenseitigkeit} für die Gewährung eines sui generis Schutzes
gegenüber Herstellern aus Drittstaaten sein. Danach genießen amerikanische Datenbanken-
hersteller 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 Informa-
tionsprodukten und -dienstleistungen durch die europäische Regelung befürchtet werden,\textsuperscript{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 Be-
mühungen gibt, einen Sonderrechtsschutz für „nicht-kreative“ Datenbanken einzuführen.\textsuperscript{171}
Vertragsrechtlich zu beachten ist § 87e UrhG. Hiernach sind Vereinbarungen über den Aus-
schluss der Nutzung von nach Art oder Umfang unwesentlichen Teilen einer Datenbank un-
wirksam, soweit die beschränkten Handlungen weder einer normalen Auswertung der Daten-
bank zuwiderlaufen noch die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar
beeinträchtigen. Ähnlich erlaubt § 87b UrhG die freie Nutzung unwesentlicher Teile einer
Datenbank, sofern die Nutzung weder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers
unzumutbar beeinträchtigt noch der normalen Auswertung der Datenbank zuwiderläuft. Ver-
tragliche Beschränkungen der §§ 87b und e UrhG sind unwirksam; AGB-Regelungen versto-
ßen gegen § 307 BGB.\textsuperscript{172}

\textsuperscript{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
\textsuperscript{170} Siehe insbesondere Reichman/Samuelson, Vanderbilt Law Review 1997, 84–137.
\textsuperscript{171} Vgl. dazu Gaster, CR 1999, 669; Gesetzesvorschläge: HR.354 und HR.1858; s. auch Knöbl, UFITA 2002,
355.
III. Der urheberrechtliche Schutz

Literatur:


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 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.


173 BT-Drs. 12/4022, S. 9.
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.\textsuperscript{175}

In Übereinstimmung mit der EG-Richtlinie erstreckt sich der Schutz auf \textbf{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.\textsuperscript{176} Diese Meinung ist nach Inkrafttreten von § 69a UrhG nicht mehr aufrechtzuerhalten. Auch die Schnittstellen sind geschützt; § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG erklärt nur die den Schnittstellen zu Grunde liegenden Ideen für gemeinfrei.

Der Schutz erstreckt sich \textbf{auch auf das Entwurfsmaterial}. Geschützt sind demnach auch die Vorstufen des Source Codes, insbesondere die Problemanalyse, der Datenflussplan und der Programmablaufplan.\textsuperscript{177} Zum Entwurfsmaterial gehören allerdings nicht die Unterlagen, die der Benutzer erhält.\textsuperscript{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.\textsuperscript{179} Für \textbf{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.\textsuperscript{180} Daten oder in Dateien gespeicher-

\textsuperscript{176} Kullmann, Der Schutz von Computerprogrammen und -chips, 92, 94; Waltl, Geschützte und nicht geschützte Computerprogramme, Berlin 1990, 74 ff.
\textsuperscript{178} Ähnlich bereits BGH, Urt. v. 9.5.1985 – I ZR 52/83, GRUR 1985, 1041, 1047 – Inkassoprogramm.


\textsuperscript{181} BAG, Urt. v. 24.3.2011 – 2 AZR 282/10, NZA 2011, 1029.


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

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


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

Anders argumentiert das OLG Rostock für eine **suchmaschinen-optimierte Webseite**. 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 Schaf-

---

fen eines durchschnittlichen Webdesigners, das auf einer routinemäßigen, handwerksmäßigen und mechanisch-technischen Zusammenfügung des Materials beruht.

Auch multimediale Werke sind nicht per se als Software i.S.v. § 69a UrhG anzusehen. Zwar wird für sog. Multimediawerke vertreten, dass diese einheitlich als Computerprogramm zu schützen seien.\textsuperscript{204} Die vereinzelt gebliebene Auffassung wird jedoch mit Recht von der ganz überwiegenden Auffassung abgelehnt.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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-


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


\(^ {211}\) \(EuGH\), 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.
fähigkei
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.


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 müsste.214 Keine Rolle spielt folglich mehr der „ästhetische Gehalt“ eines Programms215 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


davon ausgeht, die Originalität eines Quellcodes ohne technische Hilfe aus eigener Sachkunde beurteilen zu können.\textsuperscript{227}

Die Gerichte ziehen aus der Herabsenkung der Gestaltungshöhe \textbf{auch prozessuale Konsequenzen}, etwa für die Darlegungslast im Urheberverletzungsprozess. Nach Auffassung des \textit{BGH} ist von einer tatsächlichen Vermutung der Urheberrechtsschutzfähigkeit auszugehen.\textsuperscript{228} Auch kleinere Werke oder Werkteile sind geschützt. Bei komplexer Software spricht schon die Komplexität für eine ausreichende individuelle Schöpfung des Urhebers.\textsuperscript{229} Es genügt allerdings nicht der Hinweis auf die Einsatzmöglichkeiten des Programms.\textsuperscript{230} Erforderlich ist vielmehr, dass der Kläger darlegt, inwiefern die von ihm jeweils gewählten Einzelmerkmale nicht bereits durch die Problemstellung technisch vorgegeben sind.\textsuperscript{231} Allerdings muss der Urheber die Spezifika seiner Software aufzeigen.\textsuperscript{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 \textit{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.\textsuperscript{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.

\section*{3. Urheberrecht und Arbeitsverhältnis}

Literatur:

\textsuperscript{227} \textit{OLG Hamm}, Urt. v. 7.8.2007 – 4 U 14/07, GRUR-RR 2008, 154, 155.
\textsuperscript{229} \textit{BGH}, Urt. v. 29.9.2012 – 1 ZR 90/09, GRUR 2013,509 = NJW-RR 2013, 878.

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-

---

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


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-

²³⁷ BT-Drs. 12/4022, S. 10.

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.


---

243 Siehe zu den zeitlichen Fristen § 132 III 2 UrhG n.F.
aufgenommen worden. Auch auf arbeitnehmerähnliche Personen dürfte die Bestimmung nicht anwendbar sein.\textsuperscript{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 \textit{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{249} Es reicht aus, dass die Computerprogramme während der Arbeitszeit mit Billigung und auf Kosten des Arbeitgebers erstellt worden sind.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{252} Anweisungen des Arbeitsgebers bezeichnen dessen Einzelweisungen. Zu beachten ist allerdings arbeitsrechtlich, dass Einzelweisungen sich im Rahmen der arbeitsvertraglichen Pflicht-


ten zu halten haben. Wichtig ist der innere Zusammenhang zu den Tätigkeitsfeldern des Arbeitnehmers.


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. 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.
informieren und ihm die Erfindung anbieten muss.\textsuperscript{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.\textsuperscript{261}

Der Arbeitgeber hat keine Rechte an Software, \textbf{die vor Beginn des Arbeitsverhältnisses oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entwickelt worden ist}.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{264}

§ 69b UrhG sichert dem Arbeitgeber bzw. Dienstherrn \textbf{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;\textsuperscript{265} es bleibt insofern beim alten Recht. Die \textbf{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.\textsuperscript{266} Diese Rechtslage ist sehr unvorteilhaft für den Arbeitgeber – besonders im Vergleich zum angloamerikanischen Urheberrechtssystem, wo-

---

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


\textsuperscript{265} So ausdrücklich BT-Drs. 12/4022, 10.

\textsuperscript{266} Recht auf Zugang zu Werkstücken gem. § 25 UrhG; Rückruferchte 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.\textsuperscript{267}


Für Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über die Nutzung von Computerprogrammen, die der Arbeitnehmer geschaffen oder eingebracht hat, ist der \textbf{Rechtsweg} zu den ordentlichen Gerichten gegeben (vgl. § 104 UrhG, § 2 Abs. 2b ArbGG).\textsuperscript{269}

\textbf{b) Rechteverteilung im Team}

Bei der Programmierung besteht häufig die Situation, dass diese nicht von einem einzigen Programmierer, sondern von einem ganzen \textbf{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 Gesamttitel unterordnen.\textsuperscript{270}

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


\textsuperscript{268} \textit{Sächsisches LAG}, Urt. v. 17.1.2007 – 2 Sa 808/05, MMR 2008, 416.


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-

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

4. Rechte des Softwareurhebers

Literatur:

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

a) Vervielfältigung

Literatur:

§ 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 Vervielfältigungs begriff 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


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 Programmenteile 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

---

\(^{286}\) Urt. des Federal Court, IIC 2004, 1069.  
\(^{288}\) 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.  
Alte Implikationen und die Datensammlungen identisch sind und dass ein zufälliges Zustände kommen dieser Übereinstimmungen so gut wie ausgeschlossen ist, so liegt ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vor.293

b) Verbreitung

Literatur:

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 Verbreitungrecht (§ 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 Herausbreiten in die Öffentlichkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Vertrieb an rechtlich selb-


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 oder andere Rechte!) von Werkstücken im Gebiet des EWR unbeschränkt zulässig, wenn sie zuvor mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind. Lange Zeit war es unklar, ob dieser Erschöpfungsgrundsatz sich auch auf Softwareverträge erstreckt. Diese Unsicherheit bezog sich vor allem auf die Frage, ob ein Softwarevertrag eine

---

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


\(^{307}\) Gebrauchstauglichkeit während der Mietzeit; vgl. § 538 BGB.

\(^{308}\) Der EUGH hat dazu die Frage der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von vorinstallierter Software entschieden. Die Entscheidung ist abrufbar unter http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5668dc9244be64b74a7c9df7054e17fc3e454a43c40Rch0SaaxUthrf0?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 des 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 Vermittungsrecht 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 Verbreitung von CDs und DVDs).


Die Frage, ob auch im Online-Bereich eine Erschöpfung angenommen werden kann, ist auch in der Rechtsprechung lange Zeit kontrovers diskutiert worden. Einige Gerichte haben die Frage verneint. So hat insbesondere die Münchener Justiz ihr Problem mit der Online-


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


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


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.\textsuperscript{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 \textit{OLG Düsseldorf} urheberrechtswidrig.\textsuperscript{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 Rechtstitel seine Zustimmung zum Download der betreffenden Softwarelizenzen gegen Zahlung eines Entgelts erteilt hat,
- der Rechtstitel 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 Rechtstitel 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.\textsuperscript{343}

c) \textbf{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.

\textsuperscript{341} \textit{LG Hamburg}, Urt. v. 22.7.2010 – 315 O 266/09, CR 2010, 778.
\textsuperscript{342} \textit{OLG Düsseldorf}, Urt. v. 7.6.2006 – I-20 U 112/05, CR 2006, 656.
\textsuperscript{343} \textit{OLG München}, B. v. 02.03.2015 - 6 U 2759/07 in Anlehnung an \textit{BGH}, Urt.v.17.07.2013 – I ZR 129/08 – Used Soft II.


d) Bereithalten zum Abruf

Literatur:


§ 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 Netzerweke, 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

---

351 Streitig ist die Anwendbarkeit von § 69c Nr. 4 UrhG auf ASP; siehe **Dietrich**, ZUM 2010, 567.
352 **LG Mannheim**, B. v. 18.5.2015 - 7 O 81/15, GRUR-Prax 2015, 413.
5. Schranken

Literatur:

§ 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. Dementsprechend enthält § 69d UrhG eine Reihe von Schutzbestimmungen im Interesse des Softwareanwenders, die zwingender Natur sind (siehe § 69g Abs. 2 UrhG).


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.\textsuperscript{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“.


Der bestimmungsgemäße Gebrauch umfasst nach dem Wortlaut von § 69d Abs. 1 UrhG die \textbf{Fehlerbeseitigung}. Dem User kann nicht verboten werden, Störungen durch eigenen Programmieraufwand zu beseitigen. Zu bedenken ist allerdings, dass er im Rahmen vertraglicher


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

---

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

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

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. 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.


b) Sicherungskopie


---

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

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

Eine 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. 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.

**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.

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. 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-

sichtlich der Vervielfältigung der anderen Werke oder Leistungen nicht nach § 69d Abs. 3 UrhG zulässig.\textsuperscript{379}

Über § 69d UrhG und § 69e UrhG\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{382}

\textbf{d) Dekomplikation}

Literatur:


\(\text{§ 69e UrhG beruht auf Art. 6 der EU-Softwareschutzrichtlinie, einer der umstrittensten Regelungen der gesamten Richtlinie.}\textsuperscript{383} \text{Im Vordergrund steht die Frage, wie der freie Zugang zu}

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

\textsuperscript{380} Siehe dazu sogleich unten.


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


\(^{384}\) Siehe dazu Pilny, GRUR Int. 1995, 954.


§ 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. Dies gilt auch für die Umgehung oder Beseitigung einer Dongle-Abfrage; hierfür kann eine Erlaubnis nicht aus § 69e UrhG abgeleitet werden. Ausgeschlossen ist auch die Dekompilierung zu Zwecken der Wissenschaft und Forschung. Für die Beschaffung von Beweisen im Verletzungsprozess kann die Dekompilierung nicht genutzt werden; allerdings dürfte die Verweigerung der Einwilligung des Recht-

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 heraustreiben 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 Schnittstellenpezifizierungen, die der Herstellung der Interoperabilität mit Konkurrenzprodukten dient. Die Herstellung konkurrierender Produkte führt insoweit nicht zum Auschluss der Schranke.


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

**Literatur:**


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. Es stelle sich die Frage, ob sich der Schutz von Maßnahmen zum Schutz "hybrider Produkte" wie insbesondere Videospielen nach den speziell für Computerprogramme oder nach den allgemein für Werke gel-
tenden Bestimmungen richte oder ob sowohl die einen wie auch die anderen Bestimmungen anwendbar seien.


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

Die Regelung bezieht sich auf alle rechtswidrig hergestellten, verbreiteten oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücke. Insofern ist die Vernichtung vor allem gegen illegal erstellte Kopien gerichtet; 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 rechtswidrig sein. Anders als in der Softwareschutzrichtlinie vorgesehen, ist der Anspruch als genereller Störungsbeseitigungsanspruch konzipiert; auf ein Verschulden kommt es demnach nicht an. Im Übrigen setzt der Anspruch nicht voraus, dass gerade der Besitzer bzw. Eigentümer seinerseits die
Urheberrechtsverletzung begangen hat.\footnote{Am\mtliche Beg\mdrung, BT-Drs. 12/4022, 14.} Entscheidend ist nur, dass die Kopie auf einer Urheberrechtsverletzung beruht.

§ 69f UrhG spricht von \textbf{Vernichtung}, ohne dass dieser Begriff n\aer erl\atert wird. Dies ist insofern bedauerlich, als der Begriff der Vernichtung im DV-Kontext unklar ist. Ebenso wie ein blo\tes Verschieben in den Papierkorb reicht die einfache L\schung der Programmkopie vom jeweiligen Datentr\ager (etwa durch Leeren des Papierkorbs) nicht aus. Denn durch das L\schen wird nur der Eintrag der Softwarekopie im Register des Dateisystems entfernt. Obwohl das Programm dann nicht mehr sichtbar und nicht ohne Weiteres abgerufbar ist, verbleibt es t\atschlich auf dem Datentr\ager und kann durch entsprechende Tools wieder sichtbar gemacht werden. Dasselbe gilt f\r blo\„schnellformatierte“ Speichermedien. Eine endg\ltige L\schung setzt vielmehr eine vollst\ndige L\berschreibung der betreffenden Datei auf dem Speichermedium voraus, die einerseits gezielt mittels bestimmter Tools, andererseits auch durch die totale Neuformatierung des gesamten Datentr\agers erfolgen kann (von der dann allerdings alle Daten auf dem Speichermedium oder der jeweiligen Partition desselben betroffen sind). Die M\lichkeit, Daten von formatierten Speichermedien mit großem Aufwand wiederherzustellen, d\rfte dabei zu vernachlassigen sein. Denkbar ist angesichts des geringen Materialwertes vieler Speichermedien auch die Zerst\rung des Datentr\agers, wobei der Verletzer die Wahl zwischen beiden Ma\nahmen hat.\footnote{A.A. Czychowski, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, § 69f Rn. 4.} Der Verletzte hat insoweit nur das Recht auf den Enderfolg, die Vernichtung der Programdateien. Bei nur lesbaren Formaten – wie z.B. CD-ROM – ist eine L\schung nicht m\öglich, sodass hier ausschließlich die Zerst\rung des Datentr\agers als M\glichkeit zur Vernichtung verbleibt.\footnote{Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 69f Rn. 7.}

Im "\beren spricht § 69f UrhG nicht davon, dass der Verletzte die Vernichtung durchf\hrt. Die Formulierung „vernichtet werden“ spricht stattdessen d\rfur, dass dem \textbf{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 "\berlassung der Kopien gegen eine angemessene Verg\itung verlangen; die Verg\itung darf die Herstellungskosten nicht "bersteigen.
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: Tae
mann/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 Unter
lassung, 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. 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 darzulegen 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. Werden statt der Quelltexte bloß auf beiden Seiten die Binärcodes verglichen, scheitert nicht nur die Darlegung der Urheberrechtsschutzfä-

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

**b) Vernichtungsansprüche**


**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-

Die Berechnung des Schadensersatzes wird typischerweise durch einen \textit{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.\textsuperscript{413} Im Wege der \textit{Lizenzanalogie} erhält das betroffene Softwarehaus einen Ausgleich in der Form, dass es so gestellt wird, als habe der Verletzer einen Nutzungsvertrag abgeschlossen.\textsuperscript{414} Zu der sich daraus berechnenden angemessenen „Lizenz“ gibt es keine Verletzerzuschläge.\textsuperscript{415} Zuschläge werden allenfalls dann gewährt, wenn die verletzende Ware den Absatz einer Hauptware gefördert hat.\textsuperscript{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.\textsuperscript{417}

Neben der Lizenzanalogie besteht auch die Möglichkeit, den eigenen \textit{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

\textsuperscript{413} BGH, Urt. v. 17.5.2001 – 1 ZR 189/99, GRUR 2001, 1177 – Feststellungsinteresse II; BGH, Urt. v. 15.5.2003 – 1 ZR 277/00, GRUR 2003, 900 – Feststellungsinteresse III.
\textsuperscript{414} BGH, Urt. v. 6.3.1980 – X ZR 49/78, GRUR 1980, 841 – Tolbutamid.
\textsuperscript{415} BGH, Urt. v. 17.6.1992 – 1 ZR 107/90, GRUR 1993, 55 – Tchibo/Rolex II.
\textsuperscript{416} BGH, Urt. v. 29.5.1962 – 1 ZR 132/60, NJW 1962, 1507 = MDR 1962, 717 – Diarähmchen II.
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.\(^{421}\)


---

**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 **un-selbständiger Auskunftsanspruch** dahingehend ableiten, dass der Verletzer die zur An-

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 Programmtäger erfolgen. \(^{427}\)

---

\(^{423}\) BGH, Urt. v. 16.8.2012 – 1 ZR 96/06, ZUM 2013, 406 = NJOZ 2013,1690; Czychowski, GRUR-RR 2008, 265 (267f.).


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 \textbf{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 Programmeinordnung.\(^{432}\) Geht es bei dem Verbotsantrag um Nachahmungen oder Teilübernahmen, sind die Antragsspezifika am verletzenden Programm auszurichten.\(^{433}\) Pauschale Unterlassungsanträge dahingehend, dass der Programmcodex 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 Verletzungsabsicht 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 \textbf{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


\(^{431}\) BGH, Urt. v. 23.1.2003, I ZR 18/00, GRUR 2003, 786, 787 – Innungsprogramm.


\(^{433}\) BGH, Urt. v. 23.1.2003, I ZR 18/00, GRUR 2003, 786, 787 – Innungsprogramm.


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


---


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


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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{450}


Neben dem Sachverständigengutachten kommt auch der \textit{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-

\textsuperscript{448} OLG Hamburg, Urt. v. 11.1.2001 – 3 U 120/00 PK 1115, GRUR-RR 2001, 289.
\textsuperscript{449} LG Hannover, Urt. v. 23.3.1993 – 18 O 77/93, CR 1994, 626.
\textsuperscript{450} OLG Celle, Urt. v. 9.9.1993 – 13 U 105/93, CR 1994, 748 f.
\textsuperscript{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.\(^\text{452}\) Danach war ein Augenschein in Form der Besichtigung dann möglich, wenn eine sehr hohe Verletzungswahrscheinlichkeit besteht.\(^\text{453}\) Der Besichtigungsanspruch kann also grundsätzlich nur zur Durchsetzung von Ansprüchen geltend gemacht werden, die im Übrigen erfolgversprechend sind.\(^\text{454}\) In der Entscheidung „Faxkarte“ hat der BGH dann für den IT-Bereich das Kriterium der Wahrscheinlichkeit reduziert auf das Vorliegen einer „gewissen“ Verletzungswahrscheinlichkeit.\(^\text{455}\) 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.\(^\text{456}\) Der Verfügungsgrund liegt hier in dem drohenden Beweismittelverlust.\(^\text{457}\) 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.\(^\text{458}\) An dieser in Deutschland bereits in Patentrechtsstreitigkeiten etablierten sog. Dü sseldorfer Praxis orientiert sich erkennbar auch Art. 8 des Richtlinienentwurf über den Schutz vertraulichen Know- hows und vertraulicher Geschäftsinformationen.\(^\text{459}\) 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.


\(^{454}\) OLG Hamburg, Urt. v. 29.4.2004 – 3 U 120/00, CR 2005, 558, 559 = ZUM 2005, 394 – Faxkarte II.


\(^{458}\) Kühnen, GRUR 2005, 185.

\(^{459}\) Gärtner, NZG 2014, 650 (653).

3. Kosten


4. Vollstreckung

durch Bucheinsicht ist nicht möglich, es sei denn, sie ist vertraglich vereinbart worden.\textsuperscript{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.\textsuperscript{469}


\addcontentsline{toc}{section}{\footnotescript{469} Siehe dazu insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 1383/2003.}
\addcontentsline{toc}{section}{\footnotescript{470} ABl. EG L 196/7 v. 2.8.2003.}
Zweites Kapitel: EDV-Vertragsrecht

Literatur:

I. Einführung: Wirtschaftliche Vorüberlegungen

ROM-Produkten über Schutzhüllenverträge sowie der wirtschaftlich sehr bedeutende DV-Pflegemarkt.

II. Einordnung der Vertragsarten

1. Standardsoftware

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

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

---


2. Individualsoftware


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. Grundlage war Art. 1 Abs. 4 der EU-Richtlinie zur Gewährleistung über einen Verbrauchsgüterkauf. 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.

Teile der Literatur ziehen hieraus die Konsequenz, dass für Softwareerstellungsverträge grundsätzlich nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern Kaufvertragsrecht zur Anwendung kommen soll. 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.
bar erkläre. Diese Auffassung ist meines Erachtens nicht zutreffend.\textsuperscript{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 Kauffvertragsrecht 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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{499} Teilweise wird vertreten, dass die Annahme eines Werkvertrages für Softwarekäufe problematisch sei, da die richtige Verjährungsvorschrift fehle.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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


\textsuperscript{500} \textit{Schneider}, CR 10/2016 634, 637.

\textsuperscript{501} \textit{Schneider}, CR 10/2016 , 634, 635.
„UsedSoft“ des EuGH\textsuperscript{502}. Somit wäre demnach bei der Verjährung von Mängelgewährleistungsansprüchen im Werkvertragsrecht bei Individualsoftware § 634a I Nr.1 BGB anzuwenden.


Erstaunlicherweise hat der BGH in der Entscheidung Internet-Systemvertrag\textsuperscript{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.\textsuperscript{505} Zuletzt hat der BGH diese Einstufung des Internet-Systemvertrages als Werkvertrag wiederholt\textsuperscript{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\textsuperscript{507}, sondern aus Vertrag. Seine Höhe bemisst sich aus dem bei der Entscheidung festgestellten Überschuss.


\textsuperscript{503} BGH, Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877.

\textsuperscript{504} BGH, Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398.


\textsuperscript{506} BGH, Urt. v. 8.1.2015 – VII ZR 6/14, NJW-RR 2015, 469.

\textsuperscript{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:


prüfung Abweichungen von der Leistungsbeschreibung festgestellt werden und ihm im Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts – unabhängig vom Zeitpunkt des Rücktritts – ein pauschaliertes 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.\(^513\)


ren Fachwissens der beteiligten Parteien, insbesondere der IT-Unternehmen, soll jedoch regelmäßige von einer hinreichenden Transparenz auszugehen sein.\textsuperscript{516}

Nichtsdestoweniger sind neue EVB-IT haushaltsrechtlich zwingend zu beachten (§ 55 BHO).\textsuperscript{517}

Gemäß dem \textit{Runderlass des Ministeriums für Finanzen} vom 19.4.2001\textsuperscript{518} sind die Vertragstypen wie folgt anzuwenden:


Die \textbf{Vertragstypen Überlassung} sind anzuwenden für die Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung zur unbefristeten Nutzung (EVB-IT-Überlassung Typ A) sowie der zeitlich befristeten Nutzung überlassung (EVB-IT-Überlassung Typ B). Wie bei den EVB-IT-
Kauf findet die EVB-IT-Überlassungsverträge keine Anwendung, wenn zusätzlich werkvertragliche Leistungen des Auftragnehmers wie etwa Installation, Integration, Parametrisierung oder Anpassung der Standardsoftware an die Bedürfnisse des Auftraggebers verlangt werden. Erwartet der Beschaffer eine über die bloße Lieferung der Standardsoftware hinausgehende werkvertragliche Leistung, so ist der EVB-IT-Systemvertrag anzuwenden.


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.


---


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.


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\textsuperscript{523}.


Die \textbf{EVB-IT-Pflege S} dienen der Regelung zur Pflege von Standardsoftware. Der Leistungsumfang richtet sich grundsätzlich gem. Ziff. 1.1 nach dem im Vertrag vereinbarten Pflegeleistungen für die vereinbarte Standardsoftware. Im Gegensatz dazu sind nach Ziff. 1.2 die Pflegeleistungen „Störungsbeseitigung und Installation neuer Programmmstände“ Werkleistungen. Die EVB-IT und insb. die EVB-IT-System zeichnen sich durch ein besonderes \textbf{Haftungsmodell} aus (EVB-IT-System Ziff. 15). Im EVB-System ist kein pauschalisierter Schadensersatz nach Ablauf einer Karenzzeit vorgesehen\textsuperscript{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 \textbf{Verzugsfall} kann der Auftraggeber pauschalierten Schadensersatz verlangen. Liefert der Auftragnehmer im Verzugsfalle auch nicht innerhalb der vom Auftraggeber gesetzten angemessenen


\textsuperscript{524} Bischof/Schneider in siehe eben da, § 41, Rn 242.


In sonstigen Haftungsfällen abseits von Gewährleistung, Verzug und Schutzrechtsverletzungen sieht die Haftungsklausel in Ziff. 15 EVB-IT-System Haftungsbeschränkungen der Höhe nach für Schäden vor, die von einem Vertragspartner leicht fahrlässig verursacht wurden. Für solche Schäden gelten gleiche Haftungshöchstsummen für beide Vertragspartner. Die Haftungshöchstsummen werden entsprechend den zu schützenden Rechtsgütern nach Sach- und Vermögensschäden unterschieden. Die Haftung ist für die fahrlässige Pflichtverletzung im Vertrag auf den Auftragswert beschränkt. Beträgt der Auftragswert weniger als 25.000€, so haftet er bis zu 50.000€. Liegt der Auftragswert zwischen 25.000€ und 100.000€, so ist die Haftung auf 100.000€ beschränkt (Ziff. 15.1). Die Haftung des Auftragnehmers für Schäden durch Datenverlust ist der Höhe nach auf den Aufwand begrenzt, der für die Wiederbeschaffung oder Wiederherstellung gesicherter Daten erforderlich ist (Ziff. 15.3). Wenn der Auftraggeber die Daten nicht ordnungsgemäß und regelmäßig gesichert hat, ist der 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


Drittes Kapitel: Softwareüberlassungsverträge

Literatur:

I. Präambel


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 Kündigungs möglichkeit 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

---


\(^{528}\) 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:


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,


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: „\textit{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.

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.

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 Programmiüberlassung 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.

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.

CPU-Klauseln verstoßen in der Tat gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB. Sie beschränken 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.

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.

Darüber hinaus höhnen sie vertrags wesentliche Rechte des Anwenders aus. Da Softwareverträge als Kauf- bzw. Werkverträge einzustufen sind, trifft den Softwarelieferanten die Pflicht, dem Anwender das Eigentum an der Programmkopie 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

---

541 § 903 BGB.
wieder genommen wird, entspricht nicht mehr dem Leitbild eines Kaufvertrags und verstößt deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.


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-

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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{544}

Die Weiterverkaufsannahme 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.\textsuperscript{545}


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.\textsuperscript{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.).\textsuperscript{548} Es verstößt auch nicht gegen § 3 UWG, wenn unkenntlich gemachte \textbf{Schulversionen} bzw. Updates eines Computerprogramms als Vollversionen (weiter-)verkauft werden, denn mit dem erstmaligen Verkauf des Vervielfältigungsstücks 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.\textsuperscript{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, \textbf{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item[551] OLG München, Urt. v. 3.8. 2006 – 6 U 1818/06, MMR 2006, 748.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
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 eintreten-
den Erschöpfungsgrundsatz nicht auf die Verbreitungsform ankommen, da der Wille des eu-
ropäischen Gesetzgebers der Computerprogramm- RL nicht zwischen körperlichen und un-
körperlichen 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 veräußer-
den 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 anzu-
setzen. 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
\(^{556}\) 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 Sperrn umfassen. Im legendären Fehlurteil Half Life2557 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.


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.


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.
563 Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642 (647); Hilty CR 2012, 625 (635); Redeker, CR 2014, 73.
schiedenen Terminals fest gespeichert, liegt in der jeweiligen Festspeicherung eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung.\textsuperscript{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.\textsuperscript{566} Das bloße Ablaufenlassen eines Computerprogramms ist jedoch keine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c UrhG.\textsuperscript{567} Der Senat hat jedoch bislang die Frage offen gelassen, ob die im Rahmen der Programmbenutzung erfolgende Programmeingabe und -verarbeitung eine Vervielfältigung erforderlich macht.\textsuperscript{568} Diese Frage ist auch durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9.6.1993,\textsuperscript{569} das der Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.


\begin{thebibliography}{99}
\bibitem{GBGL} \textit{GBGL}, I S. 910.
\bibitem{AbL} ABl. EG Nr. L 122 S. 42.
\bibitem{BGH3} \textit{BGH}, Beschluss v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, GRUR 2011, 418 Rn.16-17.
\end{thebibliography}

Zwar lässt der EuGH in seiner Entscheidung zum Handel mit gebrauchter Software-UsedSoft die Frage nach der urheberrechtlichen Vervielfältigung gem. §§ 69c Nr.1, 44a UrhG offen, jedoch betont er in einer anderen Entscheidung Sky Decoder, 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.


Eine rein technische Verbindung begründet natürlich keine persönliche Beziehung i.S.v. § 15 Abs. 3 Satz 2 UrhG. 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.
\[577\] So auch die amtliche Begründung in BT-Drs. 15/38, 17.
den Bereich der persönlichen Beziehungen konkretisieren soll.\textsuperscript{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 urheberrechtlichen Nutzung angeht. Man kann aber auch je nach Aufgaben innerhalb des Unternehmens differenzieren und eine unternehmensinterne Öffentlichkeit schon dann bejahen, wenn über eine konkrete Projekt- und Arbeitseinheit hinaus eine Abruf- und Nutzungsmöglichkeit via LAN eingeräumt wird.


---

\textsuperscript{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.

\textsuperscript{579} Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 1739.


\textsuperscript{581} Grützmacher, ITRB 2001, 59, 63; vgl. aber auch Sucker, CR 1989, 468, 476.


141

### 4. Auditklauseln

Häufig werden in Softwareüberlassungsverträgen auch mit sogenannten Auditklauseln gekoppelt. Diese sollen dem Rechteinhaber der Software die Möglichkeit bieten, den tatsächlichen Umfang der Nutzung ihrer Softwareprodukte im Zuge eines Audits zu überprüfen. Dazu kommt der Softwarehersteller beispielsweise in die Räumlichkeiten des Unternehmers oder


des Käufers im Allgemeinen. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Kopplung zulässig ist und wenn ja, wo jedenfalls ihre Grenzen sind.


---

587 Kotthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3.
terläuft, dass man eine Auditierung vertraglich absichert. Demnach läge grundsätzlich ein Verstoß gegen § 307 II Nr.1 BGB vor.

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. Schränkt die Auditklausel jedoch keine dieser Rechte unangemessen stark ein, so ist ihre Zulässigkeit nicht von Vornherein ausgeschlossen.

5. Ausschluss von Bearbeitungsrechten


---

589 Hoeren in Graf von Westphalen, siehe eben da, Rn. 156.
590 Kotthoff/Wiezcorek, MMR 2014, 3.
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:


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 dürfte 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 Nützungen 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.


\(^{599}\) Grapentin/Ströbl, CR 2009, 137.
warenlösung 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.\textsuperscript{600} Seine Grenzen findet die Wartung durch Dritte da, wo das Urheberrecht des Herstellers verletzt wird, z.B. bei der Dekompilierung.\textsuperscript{601} Im Übrigen wird versucht die Kundenbindung durch Abschluss von Rahmenverträgen über zukünftige Einzelprojekte zu stärken.\textsuperscript{602} Diese sollten so detailliert abgefasst werden, dass im späteren Tagesgeschäft eigentlich nur noch die Leistungs- und Vergütungsseite und einige Details geregelt werden müssen.\textsuperscript{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\textsuperscript{604}.

6. Zusammenfassung

Es zeigt sich, dass CPU-Beschränkungen und Weitergabeverbote bei Softwareüberlassungsverträgen weitgehend unwirksam sind. Ungeklärt ist noch das Schicksal von Netzwerkklau-

seln; 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

\textsuperscript{601} Grapentin/Ströbl, CR 2009, 137, 140.
\textsuperscript{602} Intveen, ITRB 2009, 67.
\textsuperscript{603} Intveen, ITRB 2009, 67, 68.
\textsuperscript{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:

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


\[606\] Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht, 2003, § 5, Rn. 76.
arbeitungssoftware. AUCH DIE INSTALLIERUNG EINES BETRIEBSSYSTEMS ALS RAUBKOPIE FÄL LT UNTER DEN RECHTSMANGEL ÄNLICH WIE DER FALL DES FEHLENDEN MARKENRECHTS BEI DER VERWEN- DUNG EINER IT-PRODUKTBEZEICHNUNG. Aus aktueller Thematik soll auch manipulierte Abgassoftware eines Fahrzeugs nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB als Mangel zählen.

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. Da es sich bei Standardsoftware um eine Gattungsschuld handelt, trägt der Händler das Beschaffungsrisiko (§ 276 Abs. 1 BGB). 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.

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-

---

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

\textbf{aa) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft}


\textbf{bb) Vereinbarte Beschaffenheit}

Ein Fehler liegt bereits dann vor, wenn das Programm in seiner Istbeschaffenheit nicht den \textit{vertraglich vereinbarten Anforderungen} entspricht. Diese Leistungsanforderungen können ausdrücklich – im Rahmen eines Pflichtenheftes\textsuperscript{616} – festgelegt sein. Gerade diese Fehlergruppe ist aus der Sicht der Gerichte die Erfreulichste: Es bedarf hier nicht umständlicher


\textsuperscript{615} Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 213; \textit{Häublein}, NJW 2003, 388, 389.

\textsuperscript{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


b) Fehlertypen

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

aa) Funktionsdefizite


---

623 LG Bonn, Urt. v. 27.2.2004 – 10 O 618/03, ZGS 2004, 199.
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.\(^{637}\)

---


\(^{633}\) **OLG Koblenz**, Urt. v. 27.4.2009 – 6 U 268/08, OLGR Frankfurt 2009, 719.


• 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 Abgas­rückführung oder durch Abschaltung des Emissionskontrollsystems erfolgt. Bei einem Rechtsmangel spielt es demnach keine Rolle, welche technischen Maßnahmen in Bezug auf die Software gewählt wurden, um bessere Werte vorzutäuschen. Zwar eignet sich das Fahrzeug trotz Manipulation für die gewöhnliche Verwendung, jedoch weist es keine Beschaffenheit auf, die nach der Art der Sache erwartet werden darf § 434 I S.2 Nr. 2. Ein durchschnittlicher Käufer dürfte 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 Antworthzeitverhalten

Eine sehr wichtige Fallgruppe betrifft das ungewöhnliche Antworthzeitverhalten in einem EDV-System. Ist eine Software so konzipiert, dass sie zu einer unerträglichen Verlangsamung

639 dazu Ring NJW 2016, 3121.
des Systems führt, liegt ein Fehler vor. Ein solcher Zustand soll etwa dann vorliegen, wenn
die Antwortzeiten in einem Mehrplatzsystem auf 30 Sekunden herabsinken oder sich die
Geschwindigkeit des Druckers auf 20 % reduziert. Konkrete Zahlen lassen sich aber insge-
samt 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 oder der Abschluss eines Wartungsvertrags erzwungen werden soll.
Zulässig könnte eine solche Sperre aber sein, sofern sie zum Schutz vor Softwarepiraterie
erforderlich ist. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Käufer zur Beseitigung Systemdis-
ketten benötigt, die sich nur im Besitz des Verkäufers befinden. Auch die **Produktaktivie-
 rung** bei Windows XP ist als Mangel anzusehen. Zur Einbeziehung von solchen Sperren
bedarf es der Hinweise auf der Verpackung oder in den Geschäftsbedingungen. Solche
Hinweise wirken sich auf die Sollbeschaffenheit aus und schließen die Bejahung eines Mängels aus. Auch impliziert der deutliche Hinweis auf eine Sperre, dass der Anwender die techn-
nische Sperre kennt und insofern nach § 442 Abs. 1 BGB keine Mängelrüge erheben kann.
Der Besteller einer Standardsoftware kann ferner deren Abnahme verweigern, wenn der Ver-
käufer die Unterzeichnung einer vom Hersteller der Software geforderten Erklärung verlangt,
wonach die Software ausschließlich zu „Forschungs- und Auswertungsvorschlägen“ verwen-
det werden darf. Auch sind entsprechende Verträge wegen widerrechtlicher Drohung an-
fechtbar; denn wenn der Lizenzgeber eine Programmsperre aktiviert, die die Nutzung der
Software auf leistungsfähiger Hardware unmöglich macht, und erklärt, die Sperre nur aufzu-

---

30.9.1993 – 16 S 18573, CR 1994, 286 ist das Fehlen von 5 % Festplattenplatz mangels Erheblichkeit kein
Mangel.
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.


\textbf{ee) Fehlen oder Fehler der Dokumentation}


Nach der Schuldrechtsreform stellt sich die Rechtslage nicht anders dar. Insbesondere \textit{§ 434 Abs. 3 BGB}, der die Falsch- und Zuweniglieferung dem Sachmangel gleichstellt,\footnote{BT-Drs. 14/6040, 216.} ändert nichts daran, dass die teilweise Nichtlieferung eine Verzugsproblematik ist.\footnote{In diese Richtung auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.8.2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95.}

So gehen einige Stimmen davon aus, dass \textit{Dokumentation und Programm eine Einheit bilden}; wenn die Dokumentation fehlt, ist dies als Mangel dieser Einheit anzusehen.\footnote{OLG Frankfurt, Urt. v. 10. 3. 1987 – 5 U 121/86; NJW 1987, 3206; OLG Köln, NJW 1988, 2477; Schneider, CR 1989, 193.} Der Käufer kann in einem solchen Fall daher „nur“ die klassischen Gewährleistungsrechte des
§ 437 BGB geltend machen. Der BGH hat hingegen mehrfach entschieden, dass es beim Kauf einer aus Hard- und Software bestehenden Computeranlage an der Ablieferung fehle, solange die Lieferung der Software-Dokumentation 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. Es reicht daher nicht aus, Benutzer vorab zu schulen und unter Berufung darauf keine Dokumentation mitzuliefern. 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.


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

---


In der Dokumentation müssen alle Programmfehlermeldungen vollständig aufgeführt sein. Der Anwender muss anhand der Dokumentation feststellen können, was bestimmte Fehlernachmeldungen bedeuten und wie er auf einen Fehler reagieren hat. 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. Der Pflegegläubiger hat einen Anspruch auf eine aktualisierte Softwaredokumentation bei jedem „Update“ der Software.

ff) Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers


(1) Äußerungen des Herstellers/Händlers


(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 sein muss, reicht es nicht aus, dass der Händler rein tatsächlich bei der Installation behilflich ist. Auch spielt es nach dem Gesetzeswortlaut keine Rolle, ob die Montage als Teil des Kaufvertrags oder unabhängig davon in einem separaten (Werk-)Vertrag vorgesehen worden ist.

hh) Montageanleitungen

Schließlich liegt ein Mangel auch bei mangelhaften Montageanleitungen vor (§ 434 Abs. 2 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; 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 sindverborgene Mängel nach ihrer Entdeckung unverzüglich anzuzeigen. Der zeitliche Rahmen der Untersuchungs- und Rügepflicht hängt vom Einzelfall ab. Nichtfachleute haben eine längere Probezeit zur Verfügung.\textsuperscript{678} Bei offenen, überprüfaren Mängeln eines PCs (hier fehlende IBM-Kompatibilität) kann die Frist kürzer als elf Tage sein.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{681}


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,
dass der Käufer seine Gewährleistungsrechte insoweit nach § 442 BGB verliert.\footnote{OLG Naumburg, Urt. v. 24.2.2004 – 11 U 94/03, NJW 2004, 2022.} 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 \textbf{Verhältnis zwischen den Gewährleistungsregeln und vorvertraglichen Aufklärungspflichten}. Wäre 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.

\subsection*{4. Verjährung (§ 438 BGB)}

Nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB gilt bei Softwareüberlassungsverträgen für die Ansprüche auf Nachlieferung und Schadensersatz eine \textbf{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.

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“


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 Vorherin individuellvertraglich zu regeln. Abnahme vor der Produktivsetzung bedeutet, dass die Abnahme nach


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 stattfindet687.

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 Abnahmereife689.

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-

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 mängelbehäfteten 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 mängelbehäfteten Software beschäftigt ist. 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. Fehlt es an dieser Individualisierung bzw. sind Sachverhalt oder Begehren nicht zu entnehmen, so sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Schlichtungsverfahren nicht gegeben. Der BGH billigte jedoch die Auffassung der Vorinstanz, dass ein solcher Güteantrag keine verjährungshemmende Wirkung i.Sv § 204 I Nr. 4 BGB hat, sofern der Gegner im Vorherein die Teilnahme an einem Schlichtungsverfahren ernsthaft und endgültig verweigert hat.

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

---

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 Vollstreckungsmaßnahmen 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 individuvertraglich 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

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


5. Rechtsfolgen

a) Einzelne Gewährleistungsrechte


aa) Nacherfüllung


704 BT-Drs. 14/6040 S. 232 ff.
Nürnberg\textsuperscript{705} und das LG Nürnberg-Fürth\textsuperscript{706} durch eine teleologische Reduktion der Norm Rechnung getragen, indem sie einen Anspruch auf Nutzungser satz 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 sehe 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.\textsuperscript{707} Der EuGH hat schließlich entschieden, dass eine Vorschrift, die dem Verkäufer Wertersatz für die Nutzungen einer vertragswidrigen Sache zugesteht, Art. 3 der Verbrauchsgüterkauf richtlinie entgegensteht\textsuperscript{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.\textsuperscript{709}

Zur Anpassung an die Rechtsprechung des EuGH\textsuperscript{710} wurde jetzt \textbf{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 verschulden unabhängig zum Aufwendungsersatz für das Entfernen der mangelhaften und für den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder mangelfrei gelieferten Sache verpflichtet ist.\textsuperscript{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

\textsuperscript{708} EuGH, Urt. v. 17.4.2008 - C-404/06, NRW 2008, 1433.
\textsuperscript{710} EuGH, Urteil – C-65/09 und C-87/09
\textsuperscript{711} § 439 BGB-E It. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses f. Recht und Verbraucherschutz, BT-Dr. 18/11437, S. 7.}

**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
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.


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-

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 hineingele- sen 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.\(^{722}\)

\begin{itemize}
  \item \textbf{bb) Rücktritt und Minderung}
\end{itemize}

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

\begin{footnotesize}
\footnotesize
\end{footnotesize}

Der Rücktritt ist nunmehr – anders als früher die Wandelung – ein \textbf{Gestaltungsrecht}. Die Rücktrittserklärung kann folglich nicht – etwa im Wege eines Wechsels zur Minderung – rügängig gemacht werden. Allerdings kommt der Rücktritt überhaupt erst zum Tragen,

**cc) Widerruf**


---

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 ersicht, sobald der Datenträger vom Verbraucher entsiegelt wird. Kein Wegfall des Widerrufsrechts liegt dann vor, wenn der Händler im Auftrag Software auf Hardware gespielt hat, kein Siegel i.S.d. § 312g 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 zugesehen. 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.


OGH, Urt. v. 27.9.2005 – 1 Ob 110/05s, VuR 2006, 242.
untersuchen kann.\textsuperscript{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.\textsuperscript{733} Der Verbraucher ist jedoch grundsätzlich dazu berechtigt, die Sache in Gebrauch zu nehmen.\textsuperscript{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 Abnutzung und Wertminderung unterliegenden Kaufgegenstand während der Rücktrittsfrist nicht nur begutachtet, sondern dermaßen extensiv in Gebrauch genommen (hier 43 Stunden), dass der Unternehmer den Kaufgegenstand nur mehr zu einem erheblich niedrigeren Kaufpreis „gebraucht“ weiterveräußern konnte, steht der Auferlegung eines angemessenen Nutzungsentgelts einschließlich einer Entschädigung für eine durch die Nutzung entstandene Minderung des gemeinen Werts nichts im Wege. Es ist dem freien Willen des Verbrauchers überlassen, ob und aus welchen Gründen er von einem bei einem Fernabsatzgeschäft bestehenden Widerrufsrecht Gebrauch macht.\textsuperscript{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 Schadensatzberechnung 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\textsuperscript{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-

\textsuperscript{732} So schon vor der Verbraucherrechtsrichtlinie OGH, Urt. V. 27.9.2005 – 1 Ob 110/05s, VuR 2006, 242.

\textsuperscript{733} Fritsche, in MüKoBGB BGB, 7. Aufl. 2016, § 357 Rn. 28.

\textsuperscript{734} Föhlisch NJW 2011, 30 (31); man beachte aber trotzdem, dass ein Brechen des Siegels bei Softwarekäufen zu einem Ausschluss des Widerrufsrechts führt, siehe Ausführungen oben.

\textsuperscript{735} BGH, Urt. v. 16.3.2016 – VII ZR 146/15, MMR 2016, 523.

sation. § 284 BGB sperre insofern den Rückgriff auf § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB und die Rentabilitätsvermutung nicht.

**b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung**


**aa) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB)**


\footnote{So Canaris, DB 2001, 1815; v. Westphalen, ZGS 2002, 154 ff.}

175

**bb) Gesamtrücktritt und Teilleistungen**

Die frühere Regelung zur Gesamtwandelung\footnote{§ 469 BGB a.F. BGB.} ist mit der Schuldrechtsmodernisierung entfallen. An ihre Stelle ist jedoch \textbf{nicht § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB} getreten.\footnote{So schon zu Recht Koch, CR 2001, 569, 572 f.} 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 \textbf{vom gesamten Vertrag zurücktreten} kann.\footnote{Siehe auch BT-Drs. 14/6040, 187.} Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB).

Vertrag über Teilleistungen


darf.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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 beweisen, 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“.\textsuperscript{756} Am sinnvollsten ist hier eine ausdrückliche Verknüpfung der Hard- und Softwareverträge, da ansonsten die Zusammengehörigkeit nur schwer nachgewiesen werden kann.\textsuperscript{757} Zum Teil wird es auch für ausreichend erachtet, dass die Parteien bei den Verkaufsverhandlungen von einem einheitlichen Vertragsverhältnis ausgegangen sind.\textsuperscript{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.\textsuperscript{759} Die bloße Tatsache, dass Soft- und Hardwarevertrag zeitgleich abgeschlossen worden sind, reicht jedoch nicht aus.\textsuperscript{760} Im Wege des Einwendungs durchgriffs ist ein einheitliches Vertragsverhältnis auch bei Verschiedenheit der Vertragspartner anzunehmen, wenn der Kunde nicht auf eigene Initiative verschiedene Verträge abschließt, durch Zusammenwirken ein Komplett-System 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.\textsuperscript{761}

\textbf{(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

\textsuperscript{754} OLG München, Urt. v. 15.2.1989 – 27 U 386/88, CR 1990, 646; Wirksamkeit der Klausel allerdings streitig.


\textsuperscript{756} BGH, Urt. v. 29.3.1984 – III ZR 24/83, BGHZ 91, 9, 11.


\textsuperscript{758} OLG Stuttgart, Urt. v. 29.10.1986 – 3 U 88/86, CR 1988, 296.

\textsuperscript{759} BGH, Urt. v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3012.


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.\textsuperscript{762} Zum Teil wird auf § 139 BGB abgestellt.\textsuperscript{763} Nach Auffassung des BGH\textsuperscript{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“.\textsuperscript{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 Entbehrens des vorenhalteten Teils hinaus unverhältnismäßig beeinträchtigt sein.\textsuperscript{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.\textsuperscript{767} Der Wegfall des Interesses ist beim Kauf eines handelsüblichen Computers und der Überlassung von Standardsoftware nicht zu bejahen.\textsuperscript{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.\textsuperscript{769} Für die Beurteilung der Unerheblichkeit einer Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB verlangen Literatur\textsuperscript{770} und Rechtsprechung\textsuperscript{771} eine umfangreiche Interessenabwägung unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Nach der Schuldrechtsmodernisierung wurde in Teilen der Literatur angenommen, dass die Erheblichkeitschwelle des § 323 Abs. 5 BGB


\textsuperscript{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.

IV. Haftung

1. Haftung für Mängel im Kaufrecht


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,

---

775 Arg. ex §§ 437 Nr. 3 i.V.m. 281 Abs. 1 BGB.

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

a) Vorüberlegungen


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

Verwendung hat oder haben muss.\textsuperscript{777} Der IT-Händler hat jedenfalls eine Pflicht zur Ermittlung der Wünsche und Erwartungen des Kunden; jede Unklarheit geht zu Lasten des Lieferanten.\textsuperscript{778} Den Händler trifft auch die Pflicht zum Hinweis auf Restriktionen für die Anwendung (hier: ungeeignete Hardware des Anwenders).\textsuperscript{779} Zudem sind Hinweise auf mögliche Kapazitätsprobleme geschuldet.\textsuperscript{780} Auch Pflichtenhefte sind Teil der Hinweispflicht – einschließlich des Angebots der Erstellung des Pflichtenheftes.\textsuperscript{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 Kauffegenstand 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,\textsuperscript{782} Anspruch auf Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen geltend machen oder die Software behalten und den (ihm entgangenen) günstigeren Preis verlangen.\textsuperscript{783}


\textbf{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\textsuperscript{784} ein solcher Auskunftsvertrag stillschweigend abgeschlossen, wenn eine Auskunft des Lieferanten erkennbar von erheblicher Bedeutung werden kann.\textsuperscript{777}\textsuperscript{778}\textsuperscript{779}\textsuperscript{780}\textsuperscript{781}\textsuperscript{782}\textsuperscript{783}\textsuperscript{784}
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 Schutpflichten 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 Nichteufüllung 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 ist786 oder die Ursache für den eingetretenen Schaden, vor dem er seinen Vertragspartner zu bewahren hat, in seinen Herrschafts- und Verantwortungsbereich fällt.787 Dabei verjährten 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


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


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 berechtigerweise 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.


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 gehindert 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. Der BGH sieht bei vertraglichen Beziehungen den Datenbestand eines Computerbenutzers als ein selbständiges vermögenswertes Gut, das schadensrechtlich als Schädigungsobjekt beachtlich und schützenswert ist. 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. 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.


In welchem Umfang eine solche **Beobachtungspflicht des Händlers** besteht, ist unklar. Der **BGH** 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. AGB müssen zunächst wirksam in einen Vertrag einbezogen werden. Dazu ist gem. § 305 Abs. 2 BGB die andere Partei ausdrücklich oder, wenn dies unverhältnismäßig wäre, zumindest durch einen deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf die Einbeziehung von AGB in den Vertragsschluss hinzuweisen. Der anderen Partei muss gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Möglichkeit verschafft werden, von dem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Das österreichische Bundesgericht geht davon aus, dass der AGB – Verwender seinen 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-

---

Ist eine wirksame Einbeziehung der AGB erfolgt, ist weiterhin die Frage zu klären, welche Bestimmungen überhaupt die Inhaltskontrolle regeln.


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).


---


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


813 LG Trier, Urt. v. 8.6.2004 – 1 S 87/03.
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-


knüpften wesentlichen Grundgedanken durch die Schuldrechtsreform mit unter erheblich ver-
ändert haben. Im Einzelnen ist dabei kritisch zu hinterfragen, inwieweit den neuen Regelun-
gen eine Leitbildfunktion zukommt. Im Kaufrecht haben die Sondervorschriften über den
Verbrauchsgüterkauf, die ihre Grundlage in der EU-Richtlinie 1999/44/EG haben, keine Leit-
bildfunktion für die Bereiche B2B sowie C2C.\textsuperscript{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
trotzdem Verbrauchsgüterkauf, die ihre Grundlage in der EU-Richtlinie 1999/44/EG haben, keine Leit-
bildfunktion für die Bereiche B2B sowie C2C.\textsuperscript{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
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
trotzdem Verbrauchsgüterkauf, die ihre Grundlage in der EU-Richtlinie 1999/44/EG haben, keine Leit-
bildfunktion für die Bereiche B2B sowie C2C.\textsuperscript{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 Vereinba-
rung erscheint im Interesse der Zügigkeit des Handelsverkehrs auch sachgerecht.

Unwirksam sind Klauseln wie:

\begin{itemize}
  \item „Jegliche Gewährleistung ist ausgeschlossen.“\textsuperscript{820}
  \item „Der Käufers bestätigt bei der Anlieferung, dass die gelieferte Ware bei Übergabe in
einwandfreiem Zustand ist.“\textsuperscript{821}
\end{itemize}

Zulässig ist eine Regelung, wonach sich die Gewährleistung nicht auf Fehler erstreckt, die auf
ein Bedienungsversagen des Kunden zurückzuführen sind.\textsuperscript{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 dargestellt: „Wir
übernehmen keine Gewähr für Sonderangebote und Abholwaren.“ Ebenso unwirksam ist
der Hinweis: „Technische Produkte sind nie fehlerfrei.“\textsuperscript{823} Der Käufer muss wissen, dass
der Verkäufer subsidiär weiter haftet.\textsuperscript{824} Der Händler darf den Kunden auch nicht darauf ver-
weisen, dass dieser seine Gewährleistungsansprüche direkt beim Hersteller bzw. dessen in-
ländischer Vertriebsgesellschaft geltend macht („Bei Mängeln hat sich der Käufer zunächst an
den Hersteller/Lieferanten zu wenden.“).

\textsuperscript{819} Westermann, JZ 2001, 535.
\textsuperscript{820} Diese Klausel ist auch gegenüber Kaufleuten unwirksam; vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 231/90,
\textsuperscript{821} So auch KG Berlin, Urt. v. 26.6.1991 – VIII ZR 231/90, NJW 1991, 2630 = ZIP 1981, 1105; OLG Hamm,
\textsuperscript{822} Bartl, CR 1985, 13, 20.
Ausschluss der Gewährleistung bei handelsüblichen Holzmusterabweichungen; siehe schon oben: Drittes
Kapitel, III., 1., a), aa).
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 Definitionsbezug 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

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.


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 Mangelfaustigkeit 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 BGB833 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-

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 auszudecken, 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.\(^{836}\)


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.
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.\footnote{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.

\section*{3. Kosten der Nacherfüllung}


Gem. § 309 Nr. 8b cc) BGB sind Klauseln, wonach die zum Zwecke der Nacherfüllung erfor- derlichen Aufwendungen auf den Käufer übertragen werden sollen, verboten. Nichtig ist da- her 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.\footnote{839} Gleiches gilt für die Formulierung: „Der Transport der Ware

\footnote{838 S. Dauner-Lieb u.a., Fälle zum neuen Schuldrecht, Heidelberg 2002, 143.}

Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung“ (§269 Abs.2 BGB) hatte. Der BGH argumentiert, dass nur so den Anforderungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, nach einer unentgeltlichen und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten erfolgenden Nacherfüllung, entsprochen werden kann.


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

---

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.“
- „Versteckte Mängel sind unverzüglich nach Sichtbarwerden schriftlich zu rügen“.  
- „Alle Mängel sind binnen drei Monaten anzuzeigen."
- „Mängel müssen unverzüglich bei Ablieferung gerügt werden. Ansonsten ist jegliche Gewährleistung und Haftung für solche Mängel ausgeschlossen."

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.“
- „Erkennbare Mängel sind schriftlich binnen vierzehn Tagen geltend zu machen."

Hinsichtlich des Zeitraumes für die Rüge sind vier Wochen ab Übergabe ausreichend. Andere Zeitvorgaben, 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."
- „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, Rüge mittels Einschreibens oder besonderer Formulare zu erklären, ist bei Nichtkaufleuten gem. § 309 Nr. 13 BGB unwirksam. Zulässig ist demgegenüber eine Klausel des Wortlauts: „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen ab Übergabe der Ware schriftlich zu rügen."

---

849 LG München I, EzAGBG § 11 Nr. 10e Nr. 9.
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 unter-scheidet sich insofern von der Grundkonzeption des BGB, das auf die Offensichtlichkeit abstellt. Es lässt sich daher aus § 309 Nr. 8b ee) BGB nicht der Rückschluss ziehen, dass auch bei offensichtlichen Mängeln im unternehmerischen Bereich eine Beschränkung der Gewährleistung ausgeschlossen ist. Im Bereich B2B ist die Wertung des § 309 Nr. 8b ee) BGB somit nicht maßgeblich. Der Prüfungsmaßstab ergibt sich allein aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 377 HGB.

Im Übrigen kommt eine Anwendung der Grundzüge zur Inhaltskontrolle nicht in Betracht, sofern lediglich die Rügepflichten aus dem HGB in die 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 Rüge-recht 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 müssen. 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-


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, so- weit 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**


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


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.
bende Garantieverpflichtung kann durch nachfolgende, nicht ausgehandelte Garantieverträge nicht einschränkend beeinträchtigt werden.\footnote{OLG Frankfurt, Beschl. v. 8.7.2009 – 4 U 85/08, BB 2009, 2225.}

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 \textit{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).

\textbf{aa) § 309 Nr. 7a BGB}

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, 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 verschuldsunabhängigen 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. 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 des § 309 Nr. 7 BGB, dass auch die Haftung für grob schuldhaft begangene unerlaubte Handlungen, sofern sie insoweit ausgeschlossen sein soll, in AGB nicht wirksam ausgeschlossen werden kann.


Die konkurrierende Haftung aus §§ 823 ff. BGB wird allerdings wegen ihres schwach ausgeprägten Vermögensschutzes vor allem im Anwendungsbereich des § 309 Nr. 7b BGB zumeist leer laufen.

Unwirksam sind folgende Vertragsbestimmungen: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-
ursacht haben und der Käufer sichergestellt hat, dass eine Datensicherung erfolgt ist, sodass die Daten mit vertretbarem Aufwand rekonstruiert werden können."\textsuperscript{876}

- „Wir schulden nur die rechtzeitige ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen und sind für vom Transportunternehmen verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich."\textsuperscript{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."\textsuperscript{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.

\textbf{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 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

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
  \item Zutreffend \textit{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.
\end{itemize}
\end{footnotesize}

207
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. 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. Gegen § 309 Nr. 8a BGB verstoßt 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 Wer tungen 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. 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. 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.


und dasjenige seiner leitenden Angestellten sowie für schwerwiegendes Organisationsver-

schulden voll einzustehen hat. Der BGH hat allerdings bislang offen gelassen, ob sich der
Unternehmer im Verhältnis B2B für grobes Verschulden einfach erfüllungsgehilfen allge-

mein freizeichnen kann. Dies ist jedenfalls abzulehnen, sofern wesentliche Vertragspflich-

ten verletzt werden. Doch auch im Übrigen widerspricht es dem natürlichen Rechtsempfin-

den, die Haftung für grobes Verschulden eines einfachen Ersatzpflichten 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 Tat-

bestand 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 zulässi-

gen Freizeichnung von einfacher Fahrlässigkeit des Verwenders und seiner Ersatzpflichten. 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 Frage-

stellung zu differenzieren zwischen dem Haftungsausschluss in Anknüpfung an einen be-

stimmten Verschuldensmaßstab einerseits und der Möglichkeit andererseits, den Umfang und

Inhalt der Vertragspflichten durch AGB zu beschränken. In beiden Fällen ist eine Inhalts-

kontrolle nach § 307 BGB angezeigt. Im letztgenannten Fall ist die jeweilige Klausel an dem

Aushöhlungsverbot des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu messen. Eine Freizeichnung von der nach § 280 Abs. 1 BGB bestehenden Haftung für einfache Fahr-

lässigkeit ist jedenfalls dann unwirksam, wenn der Verwender wesentliche Rechte oder

Pflichten (sog. Kardinalpflichten), die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so ein-

schränkt, 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.

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.\textsuperscript{890} Nach der ständigen Rechtsprechung des \textit{BGH}\textsuperscript{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 \textbf{für leicht fahrlässige Verstöße von Erfüllungsgehilfen} gegen wesentliche Pflichten ausgeschlossen wird.\textsuperscript{892} Zu den Kardinalpflichten sind insbesondere solche Pflichten zu zählen, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung der Verträge überhaupt erst ermöglicht.\textsuperscript{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\textsuperscript{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.\textsuperscript{895} Die Kardinalpflichten dürfen allerdings nicht ohne weiteres mit den Hauptpflichten eines Vertrags – in Abgrenzung zu den Schutz- oder Nebenpflichten – gleichgesetzt werden.\textsuperscript{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-

---


\textsuperscript{892} \textit{BGH}, Urt. v. 26.11.1984 – VIII ZR 214/83, NJW 1985, 623, 627, 914, 916 – „Tankschecksystem-Fall“.

\textsuperscript{893} \textit{BGH}, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016 – „Textilveredelungsfall“.


\textsuperscript{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.


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 jurischem 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-

---


\(^898\) Für Personenschäden gilt das abschließende Verbot des § 309 Nr. 7a BGB s.o.


tionale Kaufrecht wichtig (s. Art. 74 UN-Kaufrecht\textsuperscript{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.\textsuperscript{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 \textit{BGH} in dem bereits zitierten „Werftwerkvertrag I-Fall“,\textsuperscript{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\textsuperscript{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.“\textsuperscript{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.“\textsuperscript{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.“

\textsuperscript{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“.


\textsuperscript{905} \textit{BGH}, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, NJW 1988, 1785.


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.


§ 475 Abs. 3 BGB enthält eine bemerkenswerte Lockerung der starren Verbraucherschutzbestimmungen im Bereich des **Verbrauchsgüterkaufs**. Hiernach gelten die Bestimmungen zur Unabdingbarkeit von Käuferechten nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz. Insofern bleibt das Gesetz (m.E. unnötigerweise) im Korsett der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stecken.

---

Allerdings gilt dies nur „unbeschadet der §§ 307 bis 309 BGB“. Es verbleibt daher insofern bei der Inhaltskontrolle insbesondere nach § 309 Nr. 7b BGB.

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

6. Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen

Neben Fragen der Haftungsfreizeichnung und -begrenzung nimmt die formularmäßige Pauschalierung von Ersatzansprüchen des Verwenders in der Praxis einen breiten Raum ein. Hier hat sich mit der Schuldrechtsmodernisierung eine bedeutsame Änderung der Rechtslage ergeben, die zu einer Vereinfachung der Rechtsanwendung führen und damit ihrer Verlässlichkeit Vorschub leisten wird.\(^{910}\)

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 die Praxis vom Wortlaut des § 11 Nr. 5b AGBG weit entfernt und zu einer Einzelfallrechtsprechung geführt habe, die sich kaum sicher vorher sagen ließ.


• … kann X% ohne Nachweis als Entschädigung fordern.\textsuperscript{915}
• … sind maximal X Euro zu zahlen.\textsuperscript{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.\textsuperscript{917} Die vorge schlagene 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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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 unternehmischen 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-

\textsuperscript{914} OLG Hamm, Urt. v. 1.7.1985 – 13 U 143/85, NJW-RR 1986, 273.
\textsuperscript{915} BGH, Urt. v. 29.4.1982 – 1 ZR 70/80, NJW 1982, 2317.
\textsuperscript{916} OLG Zweibrücken, Urt. v. 5.3.1999 – 2 U 36/98, VuR 1999, 269.
\textsuperscript{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.

Unter die AGB-Verbote betreffend die Pauschalalisierung von Schadensersatzansprüchen nach § 309 Nr. 5 BGB fallen insbesondere die Ersatzansprüche nach §§ 280, 281 BGB, nicht aber der Anspruch aus § 818 Abs. 1 BGB. Sofern man auch Minderungsansprüche nach den §§ 441, 638 BGB dazurechnen möchte, ergibt sich schon im Ansatz keine Kollision mit § 475 Abs. 1 BGB. Da eine entsprechende Pauschalalisierung 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 Pauschalalisierung 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 Pauschalalisierung von Schadensersatzansprüchen bestehen hier keine Bedenken.

---

7. Verjährung

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

Nach § 309 Nr. 8a ff) BGB sind Vereinbarungen im B2C-Verhältnis unzulässig, die eine Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen der §§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB und 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB erleichtern. „In sonstigen Fällen“ darf keine zu einer weniger als ein Jahr betragenden Verjährungsfrist ab der gesetzlichen Verjährungsfrist erreicht werden. § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB regelt die Haftung bei Bauwerken und -materialien; § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB die Haftung für Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht. Insofern besteht eine fünfjährige Verjährungsfrist, etwa beim Erwerb von Software, die integraler Bestandteil von Bauwerken ist. 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 Werkverträgen 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. 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 vorsätzliche Handeln ausschließt.

---

§ 309 Nr. 8 BGB gilt ferner nur für die Lieferung neuer Waren. Gebrauchtprodukte fallen nicht unter die Regelung. Hier ist auf § 307 BGB zu achten.


Für die Verjährungsverlängerung ist § 202 BGB einschlägig. Hiernach kann die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden (§ 202

928 So noch Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 11 Nr. 10f Rn. 18.

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:

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 deutscher 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.\textsuperscript{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.\textsuperscript{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 Gewährleistung- 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-


\textsuperscript{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)**


**VI. Sonstiges**

Als Schlussklauseln vieler Verträge finden sich salvatorische Klauseln, Schriftformerforderungen für Nebenabreden sowie Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln.

Nach der Rechtsprechung des *BGH*933 führt eine **savatorische Klausel**, wonach durch die etwaige Ungültigkeit einer oder mehrerer Bestimmungen dieses Vertrags die Gültigkeit der

---


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

---

943 Martiny, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2015, 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.

Das deutsche Urheberrechtsgesetz enthält jedoch zwingende Regulierung zu Gunsten des Urhebers, die nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgehebelt werden können. 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. 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 Urheberrechtsgesetz enthält jedoch zwingende Regulierung zu Gunsten des Urhebers, die nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgehebelt werden können.

949 Martiny, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 4 Rom I-VO Rn. 270.
950 Sack, WRP 2000, 269, 270.
952 Seit langem schon anderer Ansicht ist Schack, zuletzt in MMR 2000, 59, 63 f.
berrecht findet folglich auch dann Anwendung, wenn geschützte Inhalte, die auf einem Server im Ausland abgelegt sind, in Deutschland zugänglich gemacht werden.\(^\text{957}\)

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,\(^\text{958}\) gilt hier, dem geistigen Eigentum Rechnung tragend, nach allgemeiner Meinung das **Schutzlandprinzip**.\(^\text{959}\) Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sog. **lex loci protectionis**.\(^\text{960}\) Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der **lex loci protectionis**.\(^\text{961}\) Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts,\(^\text{962}\) die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.\(^\text{963}\)

---

**VII. Das Erkenntnisverfahren bei Gewährleistungs- und Verzugsprozessen**

Literatur:


\(^{958}\) Vgl. hierzu *Sack*, WRP 2000, 269, 271.


\(^{960}\) *Sack*, WRP 2000, 269, 270.

\(^{961}\) Anderer Ansicht ist *Schack*, MMR 2000, 59, 63 f.


1. Vorbereitung des Prozesses

a) Beweisprobleme bei Mängeln

Im Vorbereitungsstadium ist zunächst die Beweisbarkeit von Mängeln zu klären. Die Parteien können zum einen über die Sollbeschaffenheit streiten. Für die Feststellung solcher Mängel ist demnach das Pflichtenheft oder zumindest eine Leistungsbeschreibung von zentraler Bedeutung. Fehlt es an solchen Unterlagen, kann es ausreichen, dass die verlangten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind. Wichtig sind Gesprächsnotizen, Korrespondenz und technische Aufzeichnungen. Es muss konkret vorgetragen werden, was bei welchem Verkaufsprozess gesagt worden ist.\(^{964}\) Auch die Möglichkeit eines Zeugenbeweises muss geklärt werden. Gelingt die Darlegung, ist die weitere Prozessführung einfach. Denn gerade die Abweichung von vertraglichen Vorgaben ist aus der Sicht der Gerichte die erfreulichste Fehlergruppe: Es bedarf hier meist nicht umständlicher Sachverständigengutachten und Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Stattdessen geht es nur noch darum, ob eine bestimmte Leistung des Programms entsprechend den Vereinbarungen vorhanden ist oder nicht. Rügen müssen substantiiert dargelegt werden, sodass ein Sachverständiger sie überprüfen kann. Ein Laie muss sich bei Bedarf ein Privatgutachten erstellen lassen.\(^{965}\)

Schwierig wird es, wenn solche Leistungsanforderungen fehlen. Hier kann nur noch der gewöhnliche Gebrauch eines Programms als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Die Parteien können zum andern über Fehler in der Istbeschaffenheit streiten. Besondere Probleme treten dann aber in Fällen auf, in denen die Fehlfunktionen während bestimmter Arbeitsabläufe mit der DV-Anlage auftreten, ohne auf einem als spezifischem Softwarefehler erkennbaren Grund zu beruhen.\(^{966}\) Solche Fehler sind zunächst auf ihre Reproduzierbarkeit hin zu untersuchen. Die Rekonstruktion des Fehlerauftritts macht dabei in der Erforschungs- und Problemeingrenzungsphase die Führung eines „Fehler-Logbuches“ sinnvoll. Der DV-


\(^{966}\) Zahrnt, NJW 2002, 1531.
Laie braucht nur das Erscheinungsbild des Fehlers zu beschreiben.\textsuperscript{967} Es ist unschädlich, wenn der Anwender zusätzlich falsche Ursachen angibt.\textsuperscript{968} Ferner ist nach Möglichkeit auszuschließen, dass der Fehler auf einer ggf. von einem anderen Hersteller stammenden Hardwarekomponente beruht. Andernfalls ist damit zu rechnen, dass Hardware- und Softwarelieferant sich sowohl in den Vorverhandlungen als auch im Prozess jeweils mit dem Verweis auf den anderen der Verantwortlichkeit zu entziehen versuchen.

\textbf{b) Fristsetzung}


Bei der Nachfristsetzung ist auf die \textit{Angemessenheit der Frist} zu achten. Zwar setzt auch eine zu kurze Frist eine angemessene in Lauf\textsuperscript{971}, doch hat die Ablehnung eines Leistungsangebotes nach Ablauf nur der zu kurzen Frist die Unrechtmäßigkeit der Annahmeverweigerung

\textsuperscript{969} BGH, Urt. v. 9.10.2001 – X ZR 58/00, CR 2002, 93.
\textsuperscript{970} Vgl. nur Saenger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, CISG Art. 47, Rn. 6 (verneinend) m.w.N.
zur Folge. Angemessen ist eine Frist, wenn sie für einen um die Beseitigung des Fehlers bemühten Vertragspartner ausreicht, um die Mängel zu beseitigen, sofern er die dazu nötigen Arbeiten unverzüglich in Angriff nimmt.\(^972\) So wurde bei einer Vielzahl von Nachbesse rungswünschen eine Frist von 14 Tagen als unangemessen kurz angesehen.\(^973\) Auf während der Vertragsdurchführung entstandene Änderungen – z.B. Aktualisierung des Pflichtenheftes oder Ergänzung des Leistungsumfanges um weitere Programmfunctionen – ist durch entsprechend längere Fristen Rücksicht zu nehmen.

Bei Klagen des Lieferanten auf Zahlung des Kaufpreises oder Werklohns ist darauf zu achten, dass der Anwender sich mit seiner Zahlung wirklich in \textit{Verzug} befinde, also eine nach § 286 Abs. 1 BGB evtl. \textit{erforderliche Mahnung} erfolgt ist. Der Werklohn wird bei Abnahme fällig, § 641 BGB. Außerdem ist zu überlegen, ob nicht vor Klageerhebung der Versuch unternommen werden sollte, die Zahlung mit Hilfe des Mahnverfahrens nach §§ 688 ff. ZPO zu erhalten.

\textbf{c) Risikoanalyse und Alternativen}


Als Alternativen zu einem Gerichtsverfahren sollte der Anwender zunächst die Möglichkeit eines \textit{gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs} in Betracht ziehen. Zu beachten ist dabei, dass alle im Vergleich zu regelnden Leistungen, insbesondere auch Gegenleistungen, die Zug-um-Zug zu erbringen sein sollen, in vollstreckungsfähiger Form tituliert werden. Be-


züglich der dabei bestehenden Probleme kann auf das zur Formulierung der Klageschrift Gesagte verwiesen werden.

Auch an eine Kostenregelung ist zu denken. Für den Fall einer Ratenzahlung sollte der Vergleich eine Verfallsklausel enthalten; diese verhindert, dass man bei unpünktlicher Ratenzahlung nur wegen der ausstehenden Raten und nicht gleich wegen der Gesamtsumme vollstrecken kann.


**d) Selbständiges Beweisverfahren**

Im Vorfeld von Gewährleistungsprozessen wird zu wenig vom **selbständigen Beweisverfahren** Gebrauch gemacht (§§ 485 ff. ZPO). Aufgrund eines solchen Verfahrens kann ein Sachverständiger die Mängel des Programms „gerichtsfest“ feststellen und der Anwender anschließend die Mängel beseitigen, ohne dass er in Beweisprobleme käme. Ein solch vorgenommenes Beweisverfahren bietet sich daher vor allem an, wenn

- der Anwender mängelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen oder löschen will,

- Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können: Nach dem Wechsel auf ein anderes DV-System kann der Anwender das alte (streitbefangene) bald nicht mehr bedienen,

- der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können (allerdings besteht in diesem Fall wegen § 45 UrhG, der im Regelungsbereich der §§ 69a ff. UrhG Anwendung findet, wohl auch die Möglichkeit, den Origi-

---


naldatenträger mit der mangelhaften Version aufzubewahren und die Mängelbeseitigung an einer Kopie vorzunehmen),

- der Anwender möglichst schnell Gewissheit über die Fehlerhaftigkeit haben will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzulegen.

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB wird die Verjährung gehemmt, wenn der Antrag auf eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises dem Gegner zugestellt wird.

Das selbständige Beweisverfahren ist schneller als ein Hauptprozess und kann in vielen Fällen zur Vermeidung eines Hauptverfahrens führen.

**aa) Zuständigkeit**

Ist die Hauptsache noch nicht rechtshängig, ist für das selbständige Beweisverfahren das Gericht zuständig, das nach den Angaben des Antragstellers für die Hauptsache zuständig wäre (§ 486 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Folgt auf das selbständige Beweisverfahren ein Haupt sacheprozess, kann sich der Antragsteller nicht mehr auf die Unzuständigkeit des Gerichts berufen. Ist die Hauptsache bereits rechtshängig, ist gem. § 486 Abs. 1 ZPO das Prozessgericht örtlich zuständig. Eine Ausnahme von diesen Regelungen trifft § 486 Abs. 3 ZPO für Eilfalle. Für diese ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk sich der zu vernehmende Zeuge oder die zu begutachtende Sache oder Person befindet. § 486 ZPO soll sicherstellen, dass das selbständige Beweisverfahren am gleichen Gericht wie das Hauptsacheverfahren durchgeführt wird, sodass die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung gewährleistet bleibt. Diese örtliche Zuständigkeit kann daher auch nicht durch Parteivereinbarung geändert werden. Unzulässig in diesem Sinne ist jedoch nur die Festlegung einer besonderen Zuständigkeit für das Beweisverfahren, eine u.U. zulässige Gerichtsstandvereinbarung für das Hauptsacheverfahren wirkt dagegen auch für das selbständige Beweisverfahren.

**bb) Verfahrensgegenstand und Auftragsbefugnis**

dem Zustand zu belassen, in dem der Fehler aufgetreten ist, kann unter wirtschaftlichen Ge-
sichtspunkten niemandem zugemutet werden. Die Voraussetzungen des § 485 Abs. 1 ZPO wer-
den daher praktisch keinesfalls selten vorliegen.
Ungleich häufiger wird jedoch von der Möglichkeit des § 485 Abs. 2 ZPO Gebrauch ge-
macht. Diese Norm knüpft an die Antragsbefugnis geringere Voraussetzungen, schränkt dabei
jedoch auch in Frage kommende Beweisthemen und -mittel ein. Es bedarf danach lediglich
 eines Interesses des Antragstellers an der Feststellung des Wertes oder des Zustandes
 einer Sache, der Ursache eines Sachmangels oder der für die Beseitigung des Schadens nötigen
Aufwandshöhe. Für diese Fälle besteht die Möglichkeit der Begutachtung in Form eines
schriftlichen Sachverständigengutachtens. Die praktisch große Bedeutung ergibt sich gerade
im DV-Prozess aus der Tatsache, dass es eben für die Beweiserhebung meist genau auf ein
Sachverständigengutachten ankommt, die Verwendung anderer Beweismittel hingegen eine
ehler untergeordnete Rolle spielt.
Einzig problematische Frage im Rahmen des Antrags nach § 485 Abs. 2 ZPO ist die nach dem
Bestehen eines rechtlichen Interesses. Die Frage, ob insoweit eine enge oder eher eine weite
Auslegung angebracht ist, wird uneinheitlich gesehen. Grundsätzlich ist jedoch davon auszu-
gehen, dass entsprechend der in § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO getroffenen Regelung das rechtliche
Interesse dann gegeben ist, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreites dienen
kann. Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn im selbständigen Beweisverfahren die Vo-
raussetzungen eines prozessual bedeutenden Anspruchs, einer behaupteten Einrede oder Ein-
wendung geklärt werden können. Ein rechtliches Interesse ist auch dann zu bejahen, wenn der
Zustand der Sache für die Rechtsbeziehungen der Parteien maßgeblich ist, was gerade bei
Gewährleistungsansprüchen der Fall ist. 978
cc) Inhalt des Antrags
Der Antragsteller muss zunächst einmal die Voraussetzungen des selbständigen Beweisver-
fahrens, insbesondere das rechtliche Interesse, sowie diejenigen Tatsachen, die die Zuständig-
keit des Gerichts begründen, glaubhaft machen (§ 487 Nr. 4 ZPO). Im Antrag ist der Gegner
to bezeichnen (§ 487 Nr. 1 ZPO). Dies mag manchmal schwierig sein, ist jedoch praktisch
unentbehrlich, um die beabsichtigte Bindungswirkung des Beweisverfahrens zu erreichen.
Zwar kann auf diese Angabe in Ausnahmefällen (vgl. § 494 ZPO) verzichtet werden, doch
steht dem Antragsgegner in Form des Lieferanten zumeist ein potentiell Verantwortlicher

gegenüber, sodass man den Zweck des selbständigen Beweisverfahrens nicht durch Verzicht auf die Angabe des Antragsgegners gefährden sollte.


\textbf{dd) Möglichkeit des Antragsgegners}

Gutachten, die im selbständigen Beweisverfahren erstellt worden sind, später zu erschüttern, bereitet enorme Schwierigkeiten, insbesondere weil das Beweisergebnis gem. § 493 ZPO im \textbf{Hauptprozess bindend wirkt}. Der Antragsgegner kann formlose Gegenvorstellungen machen und die Aufhebung des Beschlusses anregen. Daneben kann er im Wege eines Gegenantrages die Berechtigung der Beweisfragen in Frage stellen und abweichende Themen zum

\footnotetext[979]{Piltz, in: Beck’sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Aufl., München 2011, B § 16 Rn. 79.}

**ee) Kosten**

Folgt auf das selbständige Beweisverfahren ein Hauptverfahren, sind die Kosten des Beweisverfahrens Teil der Kosten des Hauptsacheverfahrens; ihre Verteilung richtet sich folglich nach dem Ergebnis des Folgeprozesses. Nimmt der Antragsteller den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zurück, so trägt er analog § 269 ZPO die Kosten. Stellt sich im selbständigen Beweisverfahren heraus, dass der Antragsteller Unrecht hatte, und erhebt der Antragsteller daraufhin keine Klage, kann der Antragsgegner eine Fristsetzung zur Klageerhebung durch das Gericht bewirken (§ 494a Abs. 1 ZPO). Erhebt der Antragsteller innerhalb dieser Frist keine Klage, muss er die Kosten des Beweisverfahrens tragen (§ 494 Abs. 2 ZPO).

**2. Das Verfahren vor Gericht – Zuständigkeit**

Vor der Klageerhebung ist das zuständige Gericht zu ermitteln: An welchem Ort kann ich Klage erheben (örtliche Zuständigkeit)? Ist das Amts- oder das Landgericht zuständig (sachliche Zuständigkeit)?

**a) Örtliche Zuständigkeit**

Die örtliche Zuständigkeit kann sich zunächst aus einer Gerichtsstandvereinbarung ergeben. Eine solche Klausel ist zulässig, wenn die Parteien Vollkaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Universität) oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind (§ 38 ZPO). Andernfalls richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Wohn- oder Ge-

---

981 Siehe hierzu Hoeren, ZZP 108 (1995), 343 ff. m.w.N.
schützssitz des beklagten Lieferanten (§§ 13, 17 ZPO). An diesem allgemeinen Gerichtsstand sind beispielsweise Minderungsclagen zu erheben.


Umstritten ist die Rechtslage für den Fall, dass sich die Software bereits vollständig beim Lieferanten befindet, etwa weil dieser Nachbesserungsarbeiten vornehmen will. Gleiches gilt, wenn sich die Sache nicht beim Lieferanten, aber auch nicht am Erfüllungsort befindet. Ist man sich als Anwender der Zuständigkeit „seines“ örtlichen Gerichts unsicher, bleibt nur die Möglichkeit, am allgemeinen Gerichtsstand des Lieferanten zu klagen. Für den Fall, dass der Lieferant Klage auf Zahlung erhebt, ist auch § 29 ZPO anwendbar. Mangels anderer Vereinbarung ist Erfüllungsort gem. § 269 Abs. 1 BGB der Wohnsitz des Schuldners, also des Anwenders.

Das Schweizer Bundegericht hatte einen Fall zu entscheiden, in dem in einem Vertrag zwei sich widersprechende Gerichtsstandsvereinbarungen gegeben waren. Es kam zu dem Schluss, dass in diesem Fall gar keine gültige Gerichtsstandsvereinbarung getroffen wurde. Da weiterhin auch kein Erfüllungsort vereinbart war und Art. 5 Abs. 1 lit. b Lug nur für solche Fälle anwendbar sei, in denen die Software in materialisierter Form übertragen werden (, was die Kläger nicht vorbrachten), müsse auf die allgemeine Regel zurückgegriffen werden, wonach sich bei einem Lizenzvertrag der Erfüllungsort am Sitz des Schuldners befinde.

---


984 RG, Urt. v. 27.2.1933 – VIII 514/32, RGZ 140, 67, 69.


986 Schweizer Bundesgericht, Urt. v. 31.7.2013, 4A_149/2013.

987 Wörtlich übereinstimmend mit der EuGVÜ.
b) Sachliche Zuständigkeit

Für die sachliche und/oder funktionelle Zuständigkeit ist die Kompetenz der Kammer für Handelssachen zu beachten. Ist das zugrunde liegende Geschäft (z.B. Softwarekauf) ein beiderseitiges Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB, so ist nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG die Kammer für Handelssachen zuständig. Ein eventueller Verlust der Kaufmannseigenschaft des Klägers berührt die Zuständigkeit nicht; entscheidend ist nach § 95 GVG vielmehr die Kaufmannseigenschaft des Beklagten, sodass die Kammer für Handelssachen unzuständig wird, wenn der Beklagte die Kaufmannseigenschaft verliert. Bei manchen Gerichten gibt es mittlerweile spezielle Spruchkörper für Computersachen. Deren Zuständigkeit richtet sich nach dem jeweiligen Geschäftsverteilungsplan.

3. Die Klageschrift

Neben den allgemeinen Anforderungen an eine Klageschrift (§ 253 ZPO) bereitet die Frage des richtigen Antrags im IT-Prozess die meisten Schwierigkeiten.


989 LG München I, Urt. v. 9.5.1996.
Soll Hardware zurückgegeben werden, ist sicherzustellen, dass auf der Festplatte gespeicherte Daten vorher gelöscht werden.

a) Standardsoftware

Bei dieser muss dabei neben der genauen Angabe der Bezeichnung, Versionsnummer und Art der Datenträger (soweit möglich) auch die Seriennummer des einzelnen Produktes angegeben werden.

b) Individualsoftware

Bei dieser dürfte die Gefahr von Verwechslungen zwar geringer, die genaue Kennzeichnung jedoch umso schwieriger sein. Denn ist an dem individuell für den Benutzer erstellten Programm erst einmal nachgebessert, weiter- oder umprogrammiert worden, wird sich die fragliche Software nicht mehr über bestimmte Diskettensätze oder Streamerbänder bezeichnen lassen. In diesem Fall empfiehlt es sich, eine Löschung der betreffenden Programme vorzuschlagen, verbunden mit der Versicherung des Anwenders, dass alle Programme gelöscht sind.

c) Abwicklung des Rücktritts

Die vom Anwender mit Hilfe des Programms erstellten Daten gehören nicht zu den Programmen. Sie sind von der Löschung (Rückgabe) nicht betroffen. Sie brauchen deswegen nicht vom Rückgabeantrag ausgenommen zu werden.

Erachtet das Gericht den Zug-um-Zug-Antrag für nicht hinreichend exakt, ist nach der Rechtsprechung des BGH zu den nicht hinreichend bezifferten Zahlungsansprüchen mit der Abweisung der Klage als unzulässig zu rechnen.\textsuperscript{992}

Allerdings liegt mit der Klageabweisung als unzulässig kein in der Sache selbst entscheidendes Urteil vor. Gem. § 204 Abs. 2 BGB kann dann die Hemmungswirkung der ersten Klage dadurch gewahrt bleiben, dass man binnen einer Frist von sechs Monaten erneut Klage erhebt. Konnte man aber schon im ersten Prozess die Gegenforderung nicht hinreichend präzisieren, so erscheint fraglich, ob sich daran im zweiten Prozess etwas ändern wird. Sollte der Beklagte an der Präzisierung eigene rechtliche Interessen haben, etwa weil er im Falle der Verurteilung die gesamte Software zurückerhalten möchte, so steht einer Mitwirkung seinerseits nichts im Wege.

Eine **präzise Antragsformulierung** sollte zudem die Tatsache berücksichtigen, dass bei unglücklichen Formulierungen anstelle von Zug-um-Zug-Titeln bedingte Titel entstehen. Den Bedingungseintritt kann der Gläubiger bei einem solchen Titel nur durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunde nachweisen, eine bezüglich der Herausgabe und vor allem der Löschung von Programmen schier unerfüllbare Voraussetzung. Um aus dem Titel zu vollstrecken, ist dann eine Klageerhebung nach § 731 ZPO erforderlich.

Hinsichtlich der Vollstreckung ergibt sich wiederum das Problem des Nachweises, dass sich der Schuldner im **Annahmeverzug** der vom Gläubiger angebotenen Leistung befindet bzw. bereits befriedigt ist. Dies kann wiederum nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde geschehen (**§ 756 ZPO**). Es empfiehlt sich daher, in Fällen des Zug-um-Zug-Antrags mit einem weiteren Antrag die Feststellung zu begehren, dass sich der Schuldner hinsichtlich der Gegenleistung im Annahmeverzug befindet. Für diesen Antrag besteht angesehicht der erläuterten Schwierigkeiten auch ein Feststellungsinteresse.\(^{993}\)

### d) Rücktrittsklage bei Leasingverträgen


Hinsichtlich der Vertragskosten ist zu beachten, dass ihre Erstattung auch direkt an den Leasingnehmer gefordert werden kann.\(^{994}\)

### 4. Die Darstellung des Klagestoffes

Für den IT-Prozess bereitet die **hohe Komplexität des oft technischen Sachverhaltes** Schwierigkeiten. Bei der Schilderung des Sachverhaltes sind Begriffe aus der technischen Fachsprache meist nicht zu vermeiden, ihre Bedeutung ist daher immer zu erläutern. Diese Erläuterungen helfen nicht nur dem Gericht, sondern sind auch für die Klärung des Sachver-

---


Von der **Bezugsnahme auf Anlagen** zur Ergänzung des eigenen Vortrags ist abzuraten. Zwar mag dies zulässig sein, wenn man in der Anlage eigene Schriftsätze hinzufügt, doch trägt der Verweis auch in diesem Fall nicht zur Übersichtlichkeit bei. Vorteilhaft dagegen kann der Verweis in Parallelprozessen sein, weil dann normalerweise fast unvermeidliche Abweichungen im Sachverhalt vermieden werden, und dem Gericht Doppelarbeit erspart bleibt. Zu beachten ist aber, dass insbesondere im Berufungsverfahren eine Bezugsnahme auf andere als eigene Schriftsätze von verschiedenen Gerichten als unzulässig angesehen wird.995

Die **Bezugsnahme auf Privatgutachten** oder außergerichtlichen Schriftverkehr ist nur zulässig, wenn sie lediglich der Substantiierung des eigenen Vortrags dient. Hier gilt: der Schriftsatz und nicht die Anlage bestimmen den Streitstoff.996 Es ist daher unzulässig, hinsichtlich der Mängel auf ein beigefügtes Gutachten zu verweisen, diese müssen vielmehr im Schriftsatz dargelegt werden. Diese Prinzipien gelten auch für alle anderen, durch Gutachten belegten Tatsachen. Die pauschale Bezugsnahme auf ein Gutachten ist sogar dann problematisch, wenn sämtliche Mängel vorgetragen werden sollen, die ein kurzes Gutachten aufführt und vom Gericht die Sachkunde zur Lektüre des Gutachtens erwartet werden kann.

5. Darlegungs- und Beweislast

Für den IT-Prozess gelten insoweit die allgemeinen Regeln. Derjenige, der einen Anspruch geltend macht, hat alle Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die zur Begründung des Anspruchs notwendig sind. Entsprechend hat auch hier derjenige, der sich auf eine Einwendung beruft, die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die geeignet sind, die Einwendung zu begründen. Probleme stellen sich jedoch bei der Übertragung dieser Grundsätze auf den Einzelfall.

a) Rücktritts- und Minderungsprozess

Bei einem Mangelprozess trägt grundsätzlich der Lieferant die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er ordnungsgemäß, vollständig und mängelfrei geliefert hat. Bei einem Werkvertrag über Individualsoftware ist der Besteller bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen darlegungs- und beweisbelastet für den Inhalt der Abreden, die die vereinbarte und/oder gewöhnliche Beschaffenheit der Software näher kennzeichnen bzw. eine zugesicherte Eigenschaft begründen können.

Die Beweislast kehrt sich erst dann um, wenn der Anwender die Leistung als Erfüllung annimmt (§ 363 BGB), es sei denn, der Anwender ist für die Kaufpreiszahlung vorleistungspflichtig. Die vom Lieferanten zu beweisende Annahme als Erfüllung liegt nicht bereits in der körperlichen Entgegennahme der Leistung. Vielmehr ist erforderlich, dass das Verhalten des Anwenders bei oder nach der Entgegennahme der Leistung erkennen lässt, dass er sie als im Wesentlichen ordnungsgemäße Erfüllung gegen sich gelten lassen will.

Beim Werkvertrag hat der Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes die Fehlerfreiheit zu beweisen. Nach neuerer, dogmatisch nicht überzeugender Rechtsprechung liegt eine Abnahme erst vor, wenn die Software nach Einweisung des Personals und der Überwindung

immer wieder vorkommender Anfangsschwierigkeiten eine gewisse Zeit im Betrieb des Auftraggebers mangellos gearbeitet hat.\textsuperscript{1005} Die Rechtsprechung hilft dem Anwender damit, die Verjährungsfrist zu verschieben. Unrichtige Übernahmestättingen führen daher auch nicht zur Umkehr der Beweislast auf den Kunden.\textsuperscript{1006} Bei ohne Einschränkungen erfolgter Abnahme trifft den Anwender die Beweislast dafür, dass ein Handbuch nicht geliefert wurde.\textsuperscript{1007} Ist die Software bereits abgeliefert oder abgenommen, hat der Anwender das Vorliegen des geltend gemachten Mangels darzulegen und zu beweisen.\textsuperscript{1008} Er muss beweisen, dass die von ihm behaupteten Mängel bei Gefährübergang bereits vorhanden waren.\textsuperscript{1009} Der Anwender ist bezüglich der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit beweispflichtig.\textsuperscript{1010} Hierfür sind neben den vertraglichen Leistungsbeschreibungen auch Handbücher, Herstellerprospekte und ähnliche Materialien heranzuziehen. Ausführungen zum gewöhnlichen Gebrauch des fraglichen Produktes oder zum Stand der Technik sind zulässig, bedürfen aber des Beweises. Allerdings kann schon die Tatsache, dass eine Software eine bestimmte Eigenschaft nicht aufweist, dazu führen, dass der Lieferant beweisen muss, dass dieser Zustand der Software keinen Mangel darstellt, wenn der Anwender mit schlüssiger Begründung darlegt, dass nach dem allgemeinen Standard eine solche Eigenschaft zu erwarten ist.\textsuperscript{1011} Bei der Darstellung des Mangels ist nach der Beschreibung der geschuldeten Leistung und der Beschreibung des auftretenden Mangels besonders auf die \textit{Beeinträchtigung der Nutzbarkeit} der Software einzugehen. Dabei reicht die Beschreibung des Fehlers auf der Benutzebene völlig aus. Der Mangel muss lediglich so geschildert werden, dass er für Gericht und Sachverständige nachvollziehbar und überprüfbar wird.\textsuperscript{1012} Es genügt demnach die Darstel-

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item[1012] LG Stuttgart, BB 1992 Beilage 10 S. 12.
\end{enumerate}
\end{footnotesize}
lung der Wirkung; Darlegungen zur Ursache einer Fehlfunktion sind nicht gefordert.\textsuperscript{1013} Die 
Beeinträchtigung der Nutzbarkeit des Programmes durch den oder die geltend gemachten 
Mängel wird vor allem dann entscheidend, wenn es sich nicht um einzelne schwerwiegende, 
sondern um mehrere kleinere Mängel, die in ihrer Summe ein Arbeiten erschweren oder un-
möglich machen, handelt. Der Eindruck, dass nur Kleinigkeiten gerügt werden, ist dabei zu 
vermeiden. Hier gilt wiederum, dass die Erläuterung des Fehlers auf der Benutzerebene aus-
reicht, eine Darstellung der Fehlerursache ist nicht erforderlich. Deutlich werden muss nur, 
worin die Beeinträchtigung liegt.\textsuperscript{1014} Für den Fall, dass erst nach der Umrüstung einer Anlage 
ein Mangel auftritt, trägt der Lieferant die Beweislast, dass der Fehler bei Übergabe an ihn 
noch nicht vorhanden war.\textsuperscript{1015} 
Die bislang vorgeschlagene Vorgehensweise greift jedoch zu kurz, wenn man es mit dem – 
praktisch häufigen – Fall eines nicht nur aus einer Komponente bestehenden Systems zu tun 
hat.\textsuperscript{1016} Die Verwendung von Software nur eines Herstellers ist in der Praxis ein praktisch nie 
auftretender Fall, auch im Zusammenspiel mit der verwendeten Hardware treten immer wie-
der Konflikte auf. Aufgrund der weitreichenden Standardisierung kann zwar meist eine Feh-
lerverursachung durch einzelne Komponenten ausgeschlossen werden. Häufig wird ein Soft-
warelieferant dennoch versuchen, den auftretenden Fehler anderen Systemkomponenten anzu-
lasten. Die zur Klärung notwendige Fehleranalyse ist ohne ein privates Sachverständigengut-
achten meist nicht möglich. Die Darlegungslast trifft hierbei den Erwerber.\textsuperscript{1017} Aufgrund die-
ser im Prozess unangenehmen Konsequenzen sollten DV-Systeme möglichst von einem Lie-
feranten erworben werden (was auch häufig der Fall ist), der dann für die Funktionsfähigkeit 
des Gesamtsystems verantwortlich ist. 
Da Abbrüche und Fehlermeldungen auch auf Bedienungsfehlern beruhen können, ist für die 
Darlegung der Mangelhaftigkeit auf mehrere Gesichtspunkte einzugehen. Hier empfiehlt sich 
iederum die Führung eines Fehler-Protokolls. Dadurch kann dokumentiert werden, in wel-
cher Anwendungsumgebung, welchem Anwendungsteil oder bei welcher Programmfunktion 
der Fehler auftritt. Weiter ist festzustellen, ob die durch den Anwender vorgenommenen Ein-
gaben mit den Vorgaben der Programmdokumentation übereinstimmen.

\textsuperscript{1013} So ausdrücklich BGH, Urt. v. 6.6.1984 – VIII ZR 83/83, CR 1986, 79; OLG Köln, Urt. v. 13.11.1987 – 
19 U 140/84, CR 1988, 723, 726. 
\textsuperscript{1014} Bergmann/Streitz, NJW 1992, 1726. 
\textsuperscript{1017} LG Köln, Urt. v. 4.3.1983 – 90 O 112/82, IuR 1986, 316, 317.
Insbesondere für die Frage der Erheblichkeit des Mangels ist die **Häufigkeit**, mit der der bezeichnete Fehler auftritt, gravierend. Hier kann eine Fehlerstatistik anhand des in einer Testphase geführten Protokolls vorgelegt werden. Werden vom Anwender Fehler substantiiert vorgetragen, reicht es nicht aus, wenn der Lieferant diese pauschal bestreitet, weil sie nicht demonstriert werden können bzw. weil sie auf Bedienungsfehler zurückzuführen seien; vielmehr ist eine detaillierte Stellungnahme seinerseits erforderlich, welche Bedienungsfehler vorgelegen haben sollen.

Handelt es sich bei der geschuldeten Leistung um die Erstellung von Individualsoftware, so kommt als Verteidigungsvergehen ferner der **Verweis auf fehlerhafte Vorgaben des Bestellers** in Frage. In solchen Fällen gewinnt ein eventuell aufgestelltes Pflichtenheft an Bedeutung. Verteidigt sich der Hersteller mit fehlerhaften Vorgaben des Bestellers, muss er darlegen, dass er keine Beratungspflichten diesbezüglich hatte oder deren Fehlerhaftigkeit nicht erkennen konnte, bevor das Programm erstellt war.\(^{1018}\) Dies gilt nicht, wenn der Besteller trotz eines Hinweises auf das fehlerhafte Pflichtenheft bestanden hat. Ist kein Pflichtenheft erstellt worden, obwohl dies vereinbart war, so liegt eine Vertragsverletzung seitens des Bestellers vor. Dieser trägt dann die Beweislast dafür, dass später als fehlend bemängelte Funktionen von Anfang an vereinbart waren.\(^{1019}\) Fehlt ein Pflichtenheft zur Konkretisierung der geschuldeten Leistung, steht dies einer Verpflichtung zur Herstellung eines dem technischen Entwicklungsstand entsprechenden Computerprogramms nicht entgegen.\(^{1020}\) In einem solchen Fall trifft den Lieferanten die erweiterte Pflicht, die erforderlichen Erkundigungen beim Anwender einzuholen.\(^{1021}\)

Handelt es sich bei dem zugrundeliegenden Vertrag um ein beiderseitiges Handelsgeschäft, muss seitens des Anwenders auch die **Rechtzeitigkeit der Mängelrüge** dargelegt werden. Dies gilt neben dem als Sachkauf zu klassifizierenden Erwerb von Standardsoftware auch für die Erstellung von Individualsoftware, sofern es sich hierbei um einen Werklieferungsvertrag handelt.\(^{1022}\) Behauptet ein Softwareersteller, dass ein festgestellter Mangel bereits beseitigt wurde, so trägt er dafür die Beweislast.\(^{1023}\)

---


Beim Rücktrittsprozess kommt neben der Rückabwicklung die Frage der Nutzungsentschädigung zur Geltung. Die Darlegungs- und Beweislast für eine tatsächliche Nutzung durch den Erwerber sowie die Höhe der Entschädigung trifft dabei den Softwarelieferanten.\textsuperscript{1024}


\textbf{b) Schadensersatzklage}

Verlangt der Anwender Schadensersatz, hat er die schuldhafte Verletzung vertraglicher Pflichten, einen Schaden sowie die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden darzulegen und zu beweisen. Liegt die Ursache für den Schaden im Gefahren- und Verantwortungsbereich des Schuldners, trägt dieser die Beweislast dafür, dass er die Vertragsverletzung nicht zu vertreten hat. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Anwender die Verletzung der vertraglichen Pflicht darzulegen und ggf. zu beweisen hat. Der Lieferant muss dann wiederum darlegen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Bei erfolgsbezogenen Pflichten gilt zugunsten des Anwenders die Vermutung, dass eine Pflichtverletzung vorliegt, wenn der geschuldete Erfolg nicht eingetreten ist.\textsuperscript{1025} Bei Erstellung von mangelhafter Software muss der Auftragnehmer daher darlegen und beweisen, dass er die notwendigen Mittel angewendet hat, um die Lieferung mangelbehafteter Software zu vermeiden.


\begin{flushright}
\textsuperscript{1025} Unberath, in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Edition 32, 2011, § 280 Rn. 80
\end{flushright}
Beruft sich der Lieferant darauf, dass eine geltend gemachte Schadensposition Kosten darstellt, die auch bei ordnungsgemäßer Beratung bzw. Softwareerstellung zusätzlich zum gezahlten Preis entstanden wären, so ist er für diese Behauptung darlegungs- und beweispflichtig.


c) Verjährungsprobleme

Beruft sich eine der beiden Parteien auf Verjährung, ist sie dazu darlegungs- und beweispflichtig. Der Lieferant muss z.B. das Abnahme- oder Lieferungsdatum beweisen. Will der Kunde die Hemmung der Verjährung beweisen, so muss er darlegen, dass der Lieferant versucht hat, die geltend gemachten Mängel zu beseitigen.¹⁰²⁷

6. Verfahrensablauf vor (der) Beweisaufnahme


Das schriftliche Vorverfahren ist vor allem für den Fall eines möglichen Versäumnisurteils von Bedeutung, für die Durchführung komplizierter Prozesse ist es dagegen eher ungeeignet. Für die Parteien schwierig ist die Entscheidung darüber, in welchem Maße der komplizierte Prozessstoff abzuschichten und überflüssige Ausführungen zu vermeiden sind. Angesichts der Präklusionsvorschriften ist dies nur dann gesichert möglich, wenn die Parteien erkennen können, was das Gericht für wesentlich hält. Ein früher erster Termin in der Hauptsache bietet sich in IT-Prozessen wohl zumeist in der Form des Vorbereitungstermins an. Aus Sicht des


7. Die Beweisaufnahme

Literatur:

In der Regel müssen im IT-Prozess streitige Sachverhalte aufgeklärt werden, die eine detaillierte technische Betrachtung erfordern. Die Beweisaufnahme ist daher zumeist prozessentscheidend, ihre sorgfältige Vorbereitung und Durchführung deshalb einer der wichtigsten Teile des Prozesses.

a) Der Beweisbeschluss


Um die Begutachtung durch den Sachverständigen nicht aufgrund missverständlicher Formulierungen fehlgehen zu lassen, sieht die ZPO eine enge Zusammenarbeit des Gerichts mit dem Sachverständigen vor (§§ 404a Abs. 2, 407a Abs. 2 Satz 1 ZPO). Nach diesen Vorschriften kann das Gericht einerseits den Sachverständigen an der Formulierung des Beweisbeschlusses beteiligen, andererseits ist dieser wiederum zur Mitwirkung im Hinblick auf eine Klärung bei Unklarheiten verpflichtet. Insbesondere die Mitwirkung des Sachverständigen an der Beschlussformulierung verdient dabei aus prozessökonomischen Erwägungen den Vorzug, da eine nachträgliche Änderung des Beweisbeschlusses vor dessen Erledigung gem. § 360 ZPO nur mit Zustimmung der Parteien möglich ist.


**b) Die Beweismittel**

Das Zivilprozessrecht verfährt grundsätzlich nach dem Prinzip des Strengbeweises; zugelassen sind nur die fünf in der ZPO ausdrücklich zugelassenen Beweismittel (Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Parteivernehmung). Der Freibeweis, der auch über eidesstattliche Erklärungen geführt werden kann, ist nur bei der Prüfung von Prozess- und Rechtsmittelvoraussetzungen sowie im Rahmen des schriftlichen Verfahrens und des Verfah-
rens nach § 495a ZPO zulässig. Dabei handelt es sich um Bagatellstreitigkeiten, die für die hier zu behandelnde Problematik ohne Bedeutung sind.


**c) Insbesondere der Sachverständigenbeweis**

Der Sachverständigenbeweis stellt sich für die Beurteilung der teilweise komplexen technischen Detailfragen als das **wichtigste Beweismittel** dar. Er kann zur Ermittlung von Mängeln

---

in der Ist-Beschaffenheit sowie zur Bestimmung dessen, was die Parteien als Leistung vereinbart haben, dienen.

aa) Auswahl des Sachverständigen


Sachverständige können von den Parteien aus den gleichen Gründen abgelehnt werden wie Richter (§ 406 Abs. 1 ZPO). Das bloße gelegentliche Tätigwerden eines freien Sachverständigen für eine Partei reicht dabei für die Besorgnis der Befangenheit nicht aus, wohl aber eine dauernde Tätigkeit. In diesem Fall liegt eine so enge Beziehung zu einer Partei vor, sodass eine Ablehnung des Sachverständigen in Betracht kommt.

bb) Aufgaben des Sachverständigen

Der Sachverständige muss Erfahrungssätze aus seinem Spezialgebiet auf den ihm mitgeteilten Sachverhalt übertragen. Kann das Gericht den zu beurteilenden Sachverhalt nicht hinreichend präsentieren, so kann der Sachverständige in einem gewissen Umfang mit der

Hat der Sachverständige den Augenschein vorgenommen, so ist er bezüglich der festgestellten Tatsachen wie ein Zeuge zu behandeln. Nach der Augenscheinnahme erfolgt die Bewertung der festgestellten Tatsachen durch den Sachverständigen, der seine Beobachtungen sowie die daraus gezogenen Schlüsse mündlich oder in Form eines schriftlichen Gutachtens dem Gericht mitteilt. Das Gericht kann die Erstellung eines schriftlichen Gutachtens gem. § 411 Abs. 1 ZPO jederzeit anfordern, auch wenn das Grundmodell der Zivilprozessordnung die mündliche Begutachtung vorsieht (§§ 402, 394 ZPO). Für eine intensivere Befassung der Parteien mit den Ergebnissen des Gutachtens sowie zur Vorbereitung auf eine mündliche Erläuterung im Termin dürfte das \textit{schriftliche Gutachten} vorzugsweise sein.

\textbf{cc) Befugnisse des Sachverständigen}


Verweigert ein am Prozess nicht beteiligter Dritter die Augenscheinnahme, so fällt das Beweismittel aus; diese Tatsache geht zu Lasten der beweispflichtigen Partei. Auch das Beste-
hen eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Duldung des Augenscheins gegen diesen Dritten hilft insoweit der beweispflichtigen Partei nicht weiter. Die beweispflichtige Partei muss zunächst den Duldungsanspruch in einem getrennten Prozess durchsetzen.


Insgesamt gesehen ergibt sich aus dem Gesagten die Empfehlung, ein potentielles Augenscheinsobjekt als beweispflichtige Partei möglichst nicht aus der Hand zu geben.


dd) Das Sachverständigengutachten und seine Bewertung

Bei der Würdigung des Gutachtens haben Gericht und Parteien auf eine genaue Beantwortung der im Beweisbeschluss genannten Fragen zu achten. Auch ist zu überprüfen, ob der Sachverständige Mängel bewertet, die nicht gerügt waren. Die Würdigung des Gutachtens muss das Gericht unabhängig von den Parteien vornehmen und seine Entscheidung im Urteil begründen. Die bloße Übernahme des Gutachtens in das Urteil reicht insofern nicht aus.\(^{1038}\)

Allerdings sind die Anforderungen an die Begründung des Gerichts weniger streng zu fassen, wenn die Parteien keine Einwendungen gegen das Gutachten erheben.

Gewährt der Softwarehersteller dem Sachverständigen nicht den Zugang zum Quellcode, treffen ihn die Folgen für die Begutachtung.\(^{1039}\) Wie das OLG Hamburg ausführt, darf das Gericht den Einschätzungen des Sachverständigen folgen, wenn er auf der Vorlage der Quellcodes zur gutachterlichen Beurteilung des Umfangs der erforderlichen Nacharbeiten bestanden hat. Ein Nachbesserungsversuch unter Echtzeitbedingungen sei prozessual allenfalls –

---


Besondere Anforderungen an die Begründung des Gerichts ergeben sich für den Fall, dass das Gericht dem Gutachten nicht folgen will. Dabei setzt das Gericht seine Sachkunde an die Stelle des Gutachters. Um die Ergebnisse des Gutachtens widerlegen zu können, wird es nur in wenigen Fällen über die nötige Sachkunde verfügen; meist dürfte nur der Weg der Neubegutachtung (§ 412 Abs. 1 ZPO) in Betracht kommen. Aus Sicht der Parteien ist die Aussicht, ein seitens des Gerichts eingeholtes Gutachten zu erschüttern, relativ gering (unter 3 %). Gelingen kann dies jedoch mittels eines Privatgutachtens eines anerkannten Gutachters, das die Richtigkeit des gerichtlichen Gutachtens dezidiert erschüttert. Die Einholung eines solchen Privatgutachtens ist jedoch, auch angesichts der Kosten, gegen den möglichen Erfolg abzuwägen (der Anteil von Privatgutachten liegt unter 2 %).

Grundsätzlich problematisch ist die Trennung der Bewertung von Tatsachen von rechtlichen Fragen bei der Würdigung des Gutachtens. Auch wenn dies in der Praxis kaum umzusetzen ist, sollte prinzipiell der Sachverständige eine Bewertung der Tatsachen aus rein tatsächlicher Sicht vornehmen, während die rechtliche Bewertung der Ergebnisse allein dem Gericht obliegt. 1041

8. Das Urteil

Wenn der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist, ergeht nach § 300 ZPO ein Endurteil. Es wird nach § 310 ZPO in dem Termin verkündet, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird oder in einem sofort anzuberaumenden Termin.

a) Der Inhalt des Urteils


b) Gutachterkosten

Bezüglich der allgemeinen Kosten gelten im IT-Prozess die gleichen Regeln wie in anderen Prozessen auch. Jedoch kommt aufgrund der Eigenheiten des Prozessstoffes den Kosten für private Gutachten besondere Bedeutung zu. Zentrale Frage ist, ob es sich bei diesen Kosten um solche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung i.S.d. § 91 Abs. 1 ZPO und damit um erstattungsfähige Kosten handelt. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Kosten für Privatgutachten nicht erstattungsfähig sind.1044 Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen jedoch: Kann eine Partei ohne ein solches Gutachten ihrer Substantiierungslast nicht genügen oder erfolgt die Begutachtung aufgrund eines gerichtlichen Auflagenbeschlusses, so handelt es sich um erstattungsfähige Kosten.

9. Vollstreckung von Urteilen

Die Vollstreckung in Software bereitet angesichts der zu berücksichtigenden datenschutzrechtlichen Vorschriften, den Fragen bezüglich der Verwertbarkeit (von Bedeutung: § 17

Abs. 2 UrhG) sowie der Identifizierbarkeit Schwierigkeiten. Verhältnismäßig unproblematisch ist dies bei Standardsoftware, die sich auch im Wege der Zwangsversteigerung verwerfen lässt.

a) Zug-um-Zug-Titel


Wenn der Gerichtsvollzieher nicht in der Lage ist, die Ordnungsmäßigkeit der Leistung festzustellen, hat er die Zwangsversteigerung abzulehnen und es dem Gläubiger zu überlassen, die Ordnungsmäßigkeit der Leistung im Wege der Klage feststellen zu lassen.

1045 Breidenbach, CR 1989, 873.
Zunächst einmal ist für den Gerichtsvollzieher die **Identifizierung der Software** schwierig. Die Verurteilung auf Herausgabe von „Software-Kopien“ hat von vornherein keinen vollstreckungsfähigen Inhalt.\(^{1049}\) Die Bezeichnung der jeweiligen Softwareversion reicht kaum aus.\(^{1050}\) Die Einbeziehung der Programmlistings in den Tenor ist zu weitgehend.\(^{1051}\) Der Gerichtsvollzieher könnte einen entsprechenden Tenor schwerlich vollstrecken. Die Identifizierung des Programms vor Ort und die Feststellung, dass die herausgegebenen Programme den herauszugebenden entsprechen, ist meist ohne Hilfe eines Sachverständigen – und damit mit erheblichen Zusatzkosten – nicht zu leisten.\(^{1052}\) Der Gerichtsvollzieher hat ferner nicht die Aufgabe, die Umsetzung eines titulierten Löschungsverlangens zu überprüfen; hier richtet sich die Vollstreckung nach §§ 887, 888 ZPO.

**b) Nachbesserungstitel**


**c) Zwangsvollstreckung in Software**

Literatur:

---


\(^{1051}\) So auch *Redeker*, CR 1994, 741, 742.

Aufgrund der immer größeren Verbreitung von Softwareprodukten können diese einen wichtigen Vermögensbestandteil im Vermögen des Schuldners für einen die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger darstellen.

**aa) Anwendbare Vorschriften**

Im Allgemeinen wird vertreten, dass eine zumindest analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 808 ff. ZPO für die **Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen** möglich ist.\(^{1053}\) Dies ist für Datenträger und das schriftliche Begleitmaterial unproblematisch.\(^{1054}\) Umstritten ist dies bei datenträgerloser Übertragung der Software in den Rechner des Anwenders; da in einem solchen Fall eine Pfändung aber mangels realistischer Zugriffsmöglichkeiten des Gerichtsvollziehers ohnehin nicht praktikabel erscheint, muss dieses Problem nicht weiter vertieft werden.\(^{1055}\)

**bb) Durchführung der Pfändung**


\(^{1053}\) Franke, MDR 1996, 236, 238; Rechtsprechung zu dieser Thematik liegt noch nicht vor.

\(^{1054}\) Breidenbach, CR 1989, 873, 875; Franke, MDR 1996, 236, 238.

\(^{1055}\) Franke, MDR 1996, 236, 238 befürwortet auch hier eine analoge Anwendung der Sachpfändungsvorschriften.

\(^{1056}\) Breidenbach, CR 1989, 873, 879.
der zwecklosen Pfändung nach § 803 Abs. 2 ZPO entgegenstehen, da diese zu sehr auf die betrieblichen Probleme eines speziellen Anwenders zugeschnitten ist, als dass eine Verwertung zu einem akzeptablen Preis erfolgen könnte.\textsuperscript{1057}

cc) Mögliche Pfändungshindernisse

Zu beachten ist, dass die Pfändung der körperlichen Sache jeweils auch das verkörperte Immateriagut umfasst. Es muss also darauf geachtet werden, dass ein etwa vorhandenes Urheberrecht am Computerprogramm nicht beeinträchtigt wird. Da dem Urheber das ausschließliche Verwertungsrecht zusteht, wäre eine Pfändung gem. § 803 Abs. 2 ZPO nutzlos, wenn eine Verwertung der Software aufgrund des Urheberrechts nicht erfolgen dürfte. Allerdings ist dies unproblematisch, wenn die Software vom Anwender im Wege der Veräußerung erworben wurde. Gem. § 69c Nr. 3 UrhG hat sich das ausschließliche Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft, wenn die Software mit dessen Zustimmung in Verkehr gebracht wurde. Dies gilt allerdings nicht für Weitervermietung, § 69c Nr. 3 a.E. Einer Verwertung der Software steht das Urheberrecht also nicht im Wege.

Bei Software ist generell das Pfändungsverbot des § 811 Nr. 5 ZPO zu beachten. Hiernach dürfen keine Sachen gepfändet werden, die der Schuldner zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit benötigt. Dies wird gerade bei Buchhaltungs- und Textverarbeitungsprogrammen häufig der Fall sein.

\textsuperscript{1057} Breidenbach, CR 1989, 873, 880.
Viertes Kapitel: Softwareerstellungsverträge

Literatur1058:

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)1059 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 las-

1058 siehe auch die Quellen zu IT-Outsourcing und Change Request.
sen sich erst im Laufe der Vertragsbeziehung ermitteln und umsetzen. Softwareverträge sind daher meist komplexe Langzeitverträge,\textsuperscript{1060} 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 Gesamtvertrag klar werkvertraglich qualifiziert werden kann. In der Beratungssituation sind festzustellen:
\begin{itemize}
  \item Ist-Analyse
  \item Schwachstellenanalyse
  \item Machbarkeitsanalyse
  \item Grobkonzept
  \item Fachliches Konzept.
\end{itemize}

Mit dem Berater kommt ein Beratervertrag zustande. Häufig geht die Rechtsprechung über den Beratervertrag hinaus und bejaht eine erhöhte Haftung des Beraters. So soll bei Information von hoher Bedeutung ein konkludenter Beratungsvertrag zustande kommen. Zu bedenken ist auch, dass eine Sachwalterhaftung wegen culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) in Betracht kommt. Gegenüber Dritten kann eine Beraterangabe auch Haftungsfolgen auslösen, etwa im Rahmen eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte.\textsuperscript{1061} Der \textit{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.\textsuperscript{1062} 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

\begin{flushright}
\footnotesize
\textsuperscript{1060} Siehe dazu grundlegend \textit{Nicklisch} (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, 1987.
\textsuperscript{1062} \textit{BGH}, Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, NJW 2012, 2427.
\end{flushright}
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.\footnote{Henssler, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 626 Rn. 43.}


Wichtig ist eine klare Planung einer solch komplexen Vertragsbeziehung. Idealerweise beginnt ein IT-Projekt mit einer umfassenden Vorabermittlung des gewünschten Anforderungsprofils, das die Software erfüllen soll. Am besten prüft der Anwender mit Hilfe qualifizierter IT-Berater, was er will und wie dies am besten IT-technisch umgesetzt werden kann. Dieses Profil wird in einem Pflichtenheft dokumentiert. Aufgrund des Pflichtenheftes wird dann eine Ausschreibung vorgenommen; geeignete Softwarehäuser werden um die Übersendung von Kostenvoranschlägen gebeten. Schon in dieser Vor-Phase sollte man Letters of Intent und Vertraulichkeitsvereinbarungen mit allen Beteiligten abschließen, da diese sehr viele Betriebsinterna sowohl aus der Sphäre des Softwarehauses als auch aus der des Anwenders erfahren. 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.

Beispiele hierfür sind:

- Abwerben zwecks Erwerbs von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen
- Verleiten zum Vertragsbruch (z.B. nachvertragliche Wettbewerbsverbote): Die Unläuterkeit des Ausnutzens des fremden Vertragsbruchs ergibt sich ferner nicht daraus, dass schon die bloße Bereitschaft des Mitbewerbers, den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer zu

1064 Wie am Ende des Buches am Beispiel von Change-Request-Verfahren gezeigt wird.
1067 BGH, Urt. v. 11.1.2007 – 1 ZR 96/04 – Außendienstmitarbeiter; zu § 1 UWG a.F.: BGH, Urt. v. 4.3.2004 – 1 ZR 221/01, BGHZ 158, 174, 178 f. = GRUR 2004, 696 – Direktansprache am Arbeitsplatz I, m.w.N.
beschäftigten, diesen in seinem Entschluss, vertragsbrüchig zu werden, bestärken und
darin eine gewisse Förderung des Vertragsbruchs liegen kann.  

- In vertraglichen Beziehungen: Unternehmen darf während der Dauer seines Vertrags
  nicht in den Kundenkreis seines Vertragspartners eindringen § 241 Abs. 2 BGB.  

Gem. § 75f HGB (und § 110 GewO) gilt, dass eine Vereinbarung, durch die sich ein Arbeit-
geber einem anderen Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, Arbeitnehmer des anderen nicht
einzustellen, nicht durchsetzbar ist. Streitig ist die Anwendung auch auf das aktive Abwer-
ben. Nach h.M. schränkt ein Abwerbeverbot nicht die Entscheidungsfreiheit des Mitarbeiters,
einen Arbeitsplatz zu wechseln, ein und ist damit zulässig.  

Erst nach eingehender Prüfung der eingehenden Angebote erfolgt dann der Zuschlag zugunst-
ten eines einzelnen Anbieters. Meist ist der Zuschlag damit verbunden, dass einzelne Leis-
tungsanforderungen noch offen bleiben müssen, da sich deren Umfang und Konturen erst im
Lause 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 Projekt-
vertrags, zu konzentrieren. Vielmehr wurde erkannt, dass es schon bei den Vertragsverhand-
lungen bzw. noch bei der Durchführung und sogar darüber hinaus auf die Vermeidung recht-
licher 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 Pla-
nung des Projekts in Angriff genommen wird. Die Basis einer erfolgreichen Vertragsver-
handlung liegt in einer soliden Sammlung aller relevanten Informationen bezüglich der eige-
nen Situation und über die Perspektive der anderen Partei. Neben Klarheit über eigene Stär-
ken und Schwächen muss sich der geschickte Verhandlungsführer auch in die Situation des
Verhandlungspartners hineinversetzen können, um dessen mögliche Argumente zu sammeln
und zu untersuchen. 

Aufbauend auf diesen Informationen muss die zielführendste Ver-

1070 BGH, Urt. v. 11.1.2007 – 1 ZR 96/04, JuS 2007, 1155 = GRUR 2007, 800.
   Auf. 2015, § 75f HGB Rn. 1; a.A. Schloßer, BB 2003, 1382, 1384.
1073 Lapp, Verhandlungsstrategien – Die strategische Vorbereitung einer erfolgreichen Verhandlung, ITRB
handlungsstrategie 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.


Unter dem Gesichtspunkt der „Best Practice“ wird in der Literatur diskutiert, wie die sog. IT Infrastructure Library“ (ITIL) für die juristische Vertragsgestaltung und Anspruchsdurchsetzung bzw. für Änderungen der vertraglichen Vereinbarungen während der Vertragserfüllung 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. Allerdings werden sowohl in der ITIL als auch in der ISO/IEC 20000 lediglich Mindestanforderungen für Regeln in IT-Projektverträgen definiert, jedoch keine konkreten Vertragsklauseln vorgegeben, sodass Vertragslücken nicht durch einen bloßen Verweis geschlossen werden können. Allerdings erscheint es durchaus sinnvoll, beide Sammlungen bei der Ausarbeitung der Service Level Agreements (SLA), der Operational Level Agreements (OLA) für einheitliche Be-

---

1075 Becker, ITRB 2009, 117.
1076 Becker, ITRB 2009, 117, 118 f.
1082 Koch, ITRB 2008, 61, 62.
griffsdefinitionen sowie Festlegung und Aufteilung der Prozessphasen\textsuperscript{1082} und im Rahmen des Change-Management-Verfahrens zwecks einheitlicher Strukturierung\textsuperscript{1083} 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.\textsuperscript{1084} 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.\textsuperscript{1085} Rechtlich würde es sich anbieten, die Entwicklung nach Prototyping-Verfahren im Rahmen einer GbR zu regeln, um so zu einer interessengerechten Risikoverteilung zu kommen.\textsuperscript{1086}


\textsuperscript{1082} Hoppen/Viktor, CR 2008, 199, 203.
\textsuperscript{1083} Koch, ITRB 2008, 61, 63.
\textsuperscript{1084} Söbbing, ITRB 2008, 212 ff.
\textsuperscript{1085} Söbbing, ITRB 2008, 212, 213.
\textsuperscript{1086} Söbbing, ITRB 2008, 212, 214.
\textsuperscript{1087} Zu finden unter www.agilemanifesto.org (letzter Abruf: 22.9.2016).
dem Interessengefüge der Parteien entsprechen.\textsuperscript{1088} Näherliegend ist die Einordnung als Gesellschaf

heitsvertrag i.S.v. § 705 ff. BGB, etwa in Form der Gelegenheitsgesellschaft.\textsuperscript{1089} Hier fehlt es aber oft an der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, da die Parteien selten als gleichbe

rechtigte Vertragsparteien kooperieren. Es bleibt vielmehr beim Leitmodell des Auftragsge-

bers und Auftragsnehmers. Dementsprechend wird die Software selbst auch nicht Teil eines gemeinschaftlich genutzten Gesellschaftsvermögens mit gesamthänderischer Bindung. Viel-

mehr soll das Endprodukt des Projektes dem Auftraggeber zur alleinigen Verfügung zu-

stehen.\textsuperscript{1090} Plädiert wird daher auch dafür, solche Verträge auch noch unter das werkvertragli-

che „Dach“ zu nehmen.\textsuperscript{1091} Aufgrund des dominierenden Planungsanteils bestehen auch keine Bedenken, von der Wertung des § 651 BGB abzuweichen und einen solchen Vertrag komplett dem Werkvertragsrecht zu unterwerfen.\textsuperscript{1092}

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.\textsuperscript{1093}

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; Fritzeme

staltung von Software-Verträgen nach der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH, GRUR-

Prax 2010, 237.

Werkvertragsrecht kommt bei Softwareverträgen in mehreren Fällen zur Anwendung.\textsuperscript{1094}


\textsuperscript{1089} Kremer, ITRB 2010, 283, 288.

\textsuperscript{1090} Fuchs u. a., MMR 2012, 427, 430.

\textsuperscript{1091} Fuchs u. a., MMR 2012, 427, 432.

\textsuperscript{1092} Fuchs u.a., MMR 2012, 427, 433.

\textsuperscript{1093} AG Brandenburg, Urt. v. 8.3.2016 – 31 C 213/14.

\textsuperscript{1094} S. dazu auch die obigen Ausführungen zur Einordnung der Vertragsarten.

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. 1097 Im Vordergrund stehen für den Anwender das Herbeiführen des Erfolgs aus vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffen und die Übereignung des fertigen Werkes. 1098 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. 1099 Das OLG Hamm 1100 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

---

1098 Vgl. § 651 Abs. 1 BGB.


105 OLG Hamm, Urt. v. 10.3.2006 – 12 U 58/05, NJOZ 2007 2048.
mehr vorrangig um einen Erfolg, ein in sich lauffähiges System, die Realisierung einer Situation, in der er beschwerdefrei mit seiner IT arbeiten kann.\textsuperscript{1109} Insofern bleibt es auch nach der Schuldrechtsreform bei der Qualifizierung von Softwareerstellungsverträgen als Werkverträge.\textsuperscript{1110}


Im Übrigen wendet das \textit{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.\textsuperscript{1112}

Erstaunlicherweise hat der \textit{BGH} inzwischen in der Entscheidung Internet-Systemvertrag\textsuperscript{1113} darauf hingewiesen, dass ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen,  

\footnotesize
\begin{itemize}
  \item \textsuperscript{1109} So auch \textit{Diedrich}, CR 2002, 473, 475; \textit{Spindler/Klöhn}, CR 2003, 81, 82 f.  
  \item \textsuperscript{1111} \textit{BGH}, Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877 = CR 2009, 637.  
  \item \textsuperscript{1112} \textit{LG Bonn}, Urt. v. 15.1.2008 – 10 O 383/06, CR 2008, 767.  
  \item \textsuperscript{1113} \textit{BGH}, Urt. v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398; \textit{OLG Düsseldorf}, Urt. v. 5.12.2013 – I-5 U 135/12, MMR 2014, 521 m. Anm. \textit{Lachenmann}.  
\end{itemize}

267
auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software regelmäßig als Werkvertrag anzusehen sei.

Aktuell plant die Bundesregierung ein neues Gesetz zur Reform des Kaufo- und Werkvertragsrechts.\textsuperscript{1114} Viele dieser geplanten Regelungen beziehen sich zwar auf Bau-, Verbraucherbau-, Architekten-, Ingenieur- und Bauträgerverträge, doch es sind auch verschiedene Anpassungen des allgemeinen Werkvertragsrechts enthalten, die für IT-Verträge relevant sind. Nach einer Stellungnahme durch den Bundesrat und entsprechender Gegenäußerung durch die Bundesregierung wurde das Gesetzesvorhaben nunmehr vom Bundestag zur weiteren Beratung in die beteiligten Ausschüsse überwiesen.\textsuperscript{1115}

\section*{II. Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht}

Für die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende \textbf{Wille der Parteien} maßgebend.\textsuperscript{1116} Es kommt darauf an, ob auf dieser Grundlage eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird.\textsuperscript{1117} 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.\textsuperscript{1118} Für das Vorliegen eines Werkvertrags kann es sprechen, wenn die Parteien die zu erledigende Aufgabe und den Umfang der Arbei-
ten **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.\(^{1119}\) Aber je größer die mit der Tätigkeit erkennbar verbundenen Unwägbarkeiten sind, umso ferner kann es auch aus Sicht eines verständigen Bestellers liegen, dass der Unternehmer das Erfolgsrisiko dennoch übernehmen will. Eine Regel, dass der Forschungsvertrag als Dienstvertrag und der Entwicklungsvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist,\(^{1120}\) lässt sich dabei aber schon deshalb kaum aufstellen, weil die Grenzen zwischen Forschung und Entwicklung im Einzelfall fließend sein können.\(^{1121}\) 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.\(^ {1122}\) 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.\(^ {1123}\) 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

---

der/Schliek, RdA 1990, 219, 223; RGRK/Glanzmann, Vor § 631 Rn. 3.


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?

1126 Stemmer/Wierer, Baurecht 1997, 935 ff.
1127 Die Durchsetzung dieser Pflichten wird häufig mit Vertragsstrafen gekoppelt.
Wichtig ist vor allem die **Dokumentation**. Bei Softwareerstellungsverträgen ist der Entwickler regelmäßig auch zur Überlassung einer Dokumentation an den Besteller verpflichtet.\(^{1128}\) Diese muss so gestaltet sein, dass der Besteller mit dem System arbeiten kann; geschuldet ist insofern eine umfassende schriftliche Fixierung der Funktions- und Bedienungsregeln.\(^{1129}\) Die Übergabe einer solchen Dokumentation ist eine (ungeschriebene) Hauptpflicht. Selbst wenn nichts im Vertrag ausdrücklich zur Dokumentationspflicht geregelt ist, besteht eine solche.\(^{1130}\) Geschuldet ist die Dokumentation allerdings nach Herstellung der Software, d.h. nach Abschluss der geschuldeten Programmierung.\(^{1131}\) 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.\(^{1132}\) In diesem Zusammenhang wird jedoch diskutiert, ob die Erforderlichkeit eines Benutzerhandbuchs, als eine Form technischer Dokumentation, vor dem Hintergrund einer weiter fortschreitenden technischen Entwicklung, insbesondere im Bereich interaktiver Software, nicht eingeschränkt werden muss.\(^{1133}\) 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.\(^{1134}\)

**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.

---


\(^{1129}\) OLG Celle, Urt. v. 3.3.1992 – 20 U 69/90, NJW-RR 1993, 432.


\(^{1133}\) Stiemerling, ITRB 2009, 154.

\(^{1134}\) Stiemerling, ITRB 2009, 154, 158.


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. 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


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.\(^{1139}\) 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.\(^{1140}\) 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 kei-


**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.\textsuperscript{1142} 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.\textsuperscript{1143} 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.\textsuperscript{1144} Unverbindliche Vorschläge oder Wünsche des Auftraggebers fallen noch nicht unter den Begriff der Anordnung.\textsuperscript{1145} Es reichen aber konkludente Anordnungen aus, etwa wenn der Auftraggeber in Kenntnis geänderter Umstände erweiterte Leistungen widerspruchlos geschehen lässt.\textsuperscript{1146} 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

---

\textsuperscript{1141} Sammelbegriff für Transaktionen - wie Fusionen, Unternehmenskäufe und -übernahmen – im Unternehmensbereich.


\textsuperscript{1143} *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 27.6.1995 – 21 U 219/94, NW-RR 1996, 730.


\textsuperscript{1146} *OLG Brandenburg*, Urt. v. 9.7.2002 – 11 U 187/01, BauR 2003, 716.

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)


---

1150 BT-Drs. 14/8058, S. 45.


b) Vergütung im Werkvertragsrecht


Kommt es zum Vertrag, schuldet der Auftraggeber den \textbf{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...

chender Fehlkalkulationen.\textsuperscript{1166} Allerdings kann nicht durch AGB ausgeschlossen werden, dass der Auftragnehmer sich auf die rechtlichen Regelungen des BGB und der entsprechenden Rechtsprechung zum Kalkulationsirrtum beruft.\textsuperscript{1167} Im Übrigen ist zu beachten, dass es keine Beschreibungspflicht des Auftraggebers für die zu erbringenden Leistungen gibt.\textsuperscript{1168} Allerdings muss er bei einer detaillierten Beschreibung der zu erbringenden Leistungen die entsprechenden Positionen eindeutig und erschöpfend skizzieren.\textsuperscript{1169} 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.\textsuperscript{1170} So darf der Auftraggeber dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufbürden.\textsuperscript{1171} 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.\textsuperscript{1172} 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.\textsuperscript{1173} Angaben ins Blaue hinein gelten als spekulativ und sogar „frivol“.\textsuperscript{1174} 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.\textsuperscript{1175} 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 Auf-


\textsuperscript{1168} Quack, Baurecht 1998, 381 ff.

\textsuperscript{1169} Siehe dazu OLG Koblenz, Urt. v. 10.5.2001 – XII ZR 60/99, BauR2001, 1442.

\textsuperscript{1170} BGH, Urt. v. 18.4.2002 – VII ZR 192/01, BauR 2002, 935.

\textsuperscript{1171} Siehe dazu Pries, Neue Zeitschrift für Baurecht 2004, 87, 88.


1180 Bühl, BauR 1992, 26, 29 f.
1181 Siehe dazu KG, BauR 2003, 1903, 1905, 1907.
dass seine Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (Argumentum ex § 632 Abs. 1 BGB). \[1184\] Er muss zumindest Umstände nachweisen, nach denen die Übernahme der übertragenen Leistung nur gegen eine Vergütung erwartet werden kann. \[1185\] 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 gewerbmäßig gewerblichen Leistungen. \[1186\] Behauptet der Auftraggeber eine besonders günstige Preisvereinbarung, trifft den Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast für eine angemessene oder übliche Vergütung. \[1187\] Bei diesem Negativbeweis muss der Auftragnehmer die Umstände widerlegen, die für die Vereinbarung des behaupteten Werklohns sprechen könnten. \[1188\]

Besteht zwischen den Parteien ein \textbf{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. \[1189\]

Nach § 632a BGB sind auch \textbf{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 \[1190\] geplant. \[1191\]

c) Abnahme

Ein weiteres Problem resultiert aus der Tatsache, dass nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB die Vergütung \textbf{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

\[1184\] BGH, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW 1987, 2742.
\[1185\] BGH, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW 1987, 2746.
\[1186\] BGH, Urt. v. 9.4.1987 – VII ZR 266/86, NJW 1987, 2742.
\[1191\] Weitere Einzelheiten unter VI.
Probleme deshalb, weil unter Umständen selbst bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrags der Auftraggeber die Abnahme verweigern kann.


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. 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 treu und konkretisierte die Anforderungen an die beiderseitige Erfüllung eines Lizenzvertrages. Entscheidend sei die Ausgestaltung der Leistungspflichten des Lizenzvertrages. Stellen die Kaufpreiszahlung und die Lizenzverteilung die Hauptleistungspflichten des Lizenzvertrages dar, sind nach Ansicht des BGH, nach Austausch der Hauptleistungspflichten Li-

zenzkaufverträge „in der Regel“ vollständig erfüllt. Mit dieser Formulierung lässt sich der BGH Raum für künftige Entscheidungen, die nicht erfüllte Neben(leitsungs)- und Mitwirkungspflichten betreffen.\textsuperscript{1196}

Im Jahr 2007 und 2012 hatte der Gesetzgeber in Gesetzesentwürfen zur Änderung der Insolvenzordnung die Einführung eines neuen § 108a InsO geplant.\textsuperscript{1197} Dieser sollte zwecks besse-

Das \textit{OLG München}\textsuperscript{1198} hat sich gegen die Rechtsauffassung des \textit{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 \textit{BGH} in der Vergangenheit\textsuperscript{1199} noch auf dieses Mittel zurückgegriffen hatte, findet der vermeintlich „dingliche Charakter“ von Nutzungsrechten in der neuesten Entschei-
dung des \textit{BGH}\textsuperscript{1200} keine Anwendung mehr.

Kommt es zu einer verzögerten Ausführung der Programmierung, kann der Anwender nach § 323 BGB wegen \textbf{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 Pfichten in einem Ausmaße schlecht erfüllt, dass dem Anwender ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann oder, wenn ohnehin eine Her-
stellung in angemessener Frist objektiv nicht mehr möglich ist.\textsuperscript{1201} Die Darlegungs- und Be-

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item \textsuperscript{1196} Rüther, Anm. zu BGH, U. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14, NZI 2016, 103.
\item \textsuperscript{1197} BT-Drs. 16/7416; siehe dazu auch die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2008, 138 ff.
\item \textsuperscript{1200} \textit{BGH}, U. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14, GRUR 2016, 201.
\item \textsuperscript{1201} \textit{BGH}, Urt. v. 18.1.1973 – VII ZR 183/70, WM 1973, 1020.
\end{enumerate}
\end{footnotesize}


\begin{itemize}
  \item \footnote{Schneider, ITRB 2008, 261, 262.}
\end{itemize}
wirkung gem. §§ 642, 643 BGB von einer Nebenpflicht durch vertragliche Ausgestaltung zu einer Hauptpflicht aufzuwerten.\textsuperscript{1210}


\section*{IV. Nebenvertragliche Pflichten}


\subsection*{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.\textsuperscript{1211}

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

\textsuperscript{1210} Schneider, ITRB 2008, 261, 263.
\textsuperscript{1211} Siehe Muster zum Softwareerstellungsvertrag im Anhang (§ 3 Abs. 2).

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.\textsuperscript{1212} 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 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).\textsuperscript{1213} 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). \textbf{Personenbezogene Daten} sind laut Legaldefinition „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmmbaren natürlichen Person“ (§ 3 Abs. 1 BDSG). Der Datenschutz ist folglich auf \textbf{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

\textsuperscript{1212} BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 420/83, BVerfGE 65, 1.
\textsuperscript{1213} Schomerus, in: Gola, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 1 Rn. 27f.
ausgeübten Gewerbebetriebs oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Unternehmens\textsuperscript{1214}.

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.\textsuperscript{1215} § 28 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG legitimieren die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Zweckbestimmung seines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen oder soweit diese zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist.

2. Vorvertragliche Pflichten

Bei Vertragsverhandlungen sind die Parteien bis zum endgültigen Vertragsschluss in ihren Entschließungen grundsätzlich frei.\textsuperscript{1216} 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; hinzukommenden Vertraulichkeits- und Verschwiegenheitspflichten.


\textsuperscript{1214} BGH, Urt. v. 8.2.1994 – VI ZR 286, 93, NJW 1994, 1281 = CR 1994, 396.
\textsuperscript{1215} BAG, Beschl. v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, NJW 1987, 674.
den späteren Vertragsschluss oder der Verweis auf anderweitige interne Zustimmungserfordernisse zum Vertragsschluss. Die Rechtslage besteht in der Ersatzpflicht für das negative Interesse (insbesondere Aufwendungen für den Kostenvoranschlag und entgangene Einnahmen).

Ein Ausschluss dieser Haftung durch AGB ist kaum möglich, da § 309 Nr. 7, 307 Abs. 1 BGB hier starre Vorgaben im Hinblick auf Schadensersatzpflichten begründen. Liegt keine Haftung aus c.i.c. vor, besteht selbst bei umfangreichen Projektierungsarbeiten ein Vergütungsanspruch nur, wenn eine Vergütungspflicht für den Fall der Nichterteilung des Auftrags ausdrücklich vereinbart wurde. Bestimmungen in AGB, wonach für Kostenvoranschläge eine Bearbeitungsgebühr berechnet werden kann, sind regelmäßig unwirksam. Eine Ausnahme von dieser Unwirksamkeit gilt für den Fall der Arglist des Auftraggebers, etwa weil er Vorarbeiten einfordert, obwohl er 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\textsuperscript{1218} 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.

\textsuperscript{1218} LG Stuttgart, CR 2002, 644.
b) Pflichtenheft


V. Gewährleistung im Werkvertragsrecht


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 Eigen-

schaft 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.\textsuperscript{1222}

Die Regelung des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB in Bezug auf Werbeaussagen wurde hingegen nicht übernommen. Der Gesetzgeber ging davon aus\textsuperscript{1223}, dass eine Werbung Dritter im Werkvertragsrecht faktisch kaum eine Rolle spielt. Insofern lösen Werbeaussagen im Vorfeld eines Softwareerstellungsvertrags keine Verantwortlichkeit aus. Da Händler und Hersteller im Werkvertragsrecht regelmäßig identisch sind, sind Werbeaussagen des Unternehmers allerdings Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarungen und können aus diesem Grund Gewährleistungsrechte auslösen. Zu beachten ist ferner, dass die im Kaufrecht bereits bei Ablieferung geschuldete Dokumentation im Werkvertragsrecht erst mit dem Abschluss der Arbeiten an dem Produkt geschuldet ist.\textsuperscript{1224} Fehlt ein Pflichtenheft, ist eine Softwarelösung entsprechend dem \textbf{Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard} geschuldet.\textsuperscript{1225} 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.\textsuperscript{1226}

\textbf{Vor der Abnahme} muss der Besteller im Übrigen lediglich darten, 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.\textsuperscript{1227} 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,\textsuperscript{1226}

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{1222} OLG Köln, Urt. v. 29.7.2005 – 19 U 4/05, \textit{OLGR Köln} 2005, 642.
\item \textsuperscript{1223} BT-Drs. 14/6040, S. 80.
\item \textsuperscript{1225} OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.7.1997 – 22 U 3/97, CR 1997, 732.
\item \textsuperscript{1226} OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.9.2001 – 5 U 39/99, CR 2002, 324.
\end{itemize}

Der Auftragnehmer verschweigt einen Mangel arglistig, wenn er den Mangel kennt, für er-heblich 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.\textsuperscript{1230} 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 arbeits-teilig 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.\textsuperscript{1231}

\textsuperscript{1228} BGH, Urt. v. 5.6.2014 – VII ZR 276/13.
\textsuperscript{1229} OLG Celle, Urt. v. 12.9.2013 – 5 U 63/12.
\textsuperscript{1231} OLG München, Urt. v. 20.12.2011 - 13 U 877/11, BauR 2014, 739.
2. Gewährleistungsrechte

a) Nacherfüllung

Der Besteller kann zunächst Mängelbeseitigung durch Nacherfüllung verlangen (§ 634 Nr. 1 BGB i.V.m. § 635 BGB). Anders als beim Kaufvertrag (§ 439 Abs. 1 BGB) kann der Besteller beim Werkvertrag nicht nach freier Wahl Mängelbeseitigung oder Neuherstellung verlangen. Das Wahlrecht liegt vielmehr nach § 635 Abs. 1 BGB beim Softwarehaus; dieses kann frei darüber entscheiden, in welcher Form es dem Begehren nach Nacherfüllung nachkommt. Der Unternehmer ist mit dem Herstellungsprozess befasst und kann daher aufgrund größerer Sachkunde besser als der Besteller beurteilen, welche Maßnahme angebracht ist. Ist dem Besteller die vom Unternehmer gewählte Form der Nacherfüllung unzumutbar, ist er nach Treu und Glauben berechtigt, die Vorgehensweise des Unternehmers abzulehnen.\textsuperscript{1232}

Dies dürfte etwa dann der Fall sein, wenn die Mängelbeseitigung zu unzumutbaren Folgekosten auf Anwenderseite führt, etwa wegen erhöhter Schulungs- und Personalkosten. Der Unternehmer kann die Nacherfüllung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 635 Abs. 3 BGB) oder sie unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Eine Mängelbeseitigung ist etwa dann unzumutbar, wenn die Software auch nach zahlreichen Mängelbeseitigungsversuchen nicht läuft oder der hohe Entwicklungsaufwand bei der Mängelbeseitigung in keiner Relation zur Bedeutung des Fehlers steht. Eine Nacherfüllung kann auch unmöglich werden, wenn der Anwender eine notwendige Mitwirkung verweigert. Bei kurzlebigen Wirtschaftsgütern – wie z.B. Softwareprogrammen – ist eine nach Ablauf mehrerer Jahre seit der Lieferung 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.\textsuperscript{1233}

Ein Selbstbeseitigungsrecht des Bestellers mit Anspruch auf Kostenvorschuss und Kostenersstattung 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 Kostenersstattung keine Rolle, dass die Kosten für die Ersatzvornahme im Softwarebereich gerade wegen der schwierigen Fehlersuche hoch sein können.\textsuperscript{1234}

Der Auftraggeber hat grundsätzlich nur dann Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln, wenn er dem Auftragnehmer zuvor eine angemessene Frist zur

\textsuperscript{1232} BT-Drs. 14/6040, S. 265.
\textsuperscript{1233} OLG Celle, Beschl.v. 10.2.1998 – 4 W 321/9, InVo 1999, 361.
\textsuperscript{1234} LG Karlsruhe, Urt. v. 19.10.2000 - = 136/98 KfH IV, ECR LG 320.

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.


\textsuperscript{1240} BGH, Urt. v. 10.10.1985 – VII ZR 303/84, BGHZ 96, 111.
\textsuperscript{1241} RG, Urt. v. 16.11.1906 – VII 49/06, RGZ 64, 295; BGH, JZ 1957, 442.
\textsuperscript{1243} BGH, Urt. v. 17.5.1984 – VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457.
\textsuperscript{1244} OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.6.1998 – 14 W 83/97, NJW-RR 1999, 1694.
\textsuperscript{1245} BGH, Urt. v. 23.9.1976 – VII ZR 14/75, BauR 1976, 430, 432.
beheben, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen.\textsuperscript{1246} Der Verdienstausfall ist nicht Teil dieses Aufwendungsersatzanspruches; dieser kann nur als Teil des Schadensersatzes begründet werden.\textsuperscript{1247} 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.\textsuperscript{1248} 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.\textsuperscript{1249} Kommt es zu spürbaren Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Werkes, ist ebenfalls der Hinweis auf die Unverhältnismäßigkeit nicht zulässig.\textsuperscript{1250} 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.\textsuperscript{1251} 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.\textsuperscript{1252} Allerdings muss jeder Unternehmer prüfen, ob die Vorarbeiten eines anderen Unternehmers, auf denen seine eigene Leistung aufbaut, eine geeignete Grundlage bilden und keine Eigenschaften besitzen, die den Erfolg seiner eigenen Arbeit in Frage stellen könnten. Muss er insoweit Bedenken haben, hat er sie dem Auftraggeber mitzuteilen.\textsuperscript{1253}

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 be-

\textsuperscript{1246} BGH, Urt. v. 8.6.1978 – VII ZR 161/77, BGHZ 72, 33.
\textsuperscript{1250} BGH, Urt. v. 4.7.1996 – VII ZR 24/95, NJW 1996, 3269.
\textsuperscript{1253} OLG Schleswig, Urt. v. 4.12.2012 - 3 U 102/09, IBR 2014, 138.
seitigen lassen. Kündigt der Auftraggeber eine Ersatzvornahme an, liegt darin nicht eine Abnahme der Werkleistungen.\(^{1254}\) Das Selbsthilferecht nach § 637 Abs. 1 BGB setzt Verzug des Unternehmers voraus, insbesondere muss der Auftraggeber den konkret abgemahnten Mangel nicht fristgerecht beseitigt haben.\(^{1255}\) 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.\(^{1256}\) Reagiert der Auftragnehmer nicht, muss der Auftraggeber nicht noch einmal eine weitere Frist setzen. In der Praxis ist eine doppelte Fristsetzung wichtig, zunächst einmal eine erste Erklärungsfrist bezüglich des Ob der Mängelbeseitigung und dann eine weitere Frist zur Mängelbeseitigung selbst. Ist der Auftraggeber gezwungen, selbst bzw. mit Hilfe Dritter die Mängelbeseitigung vorzunehmen, hat er einen Kostenerstattungsanspruch aus § 637 Abs. 1 BGB. Zu erstatten sind die eigenen Aufwendungen des Auftraggebers.\(^{1257}\) Die Kosten für die Feststellung der Mängel durch einen Drittunternehmer\(^{1258}\), sowie die Mehrwertsteuer, nicht aber entgangener Gewinn.\(^{1259}\) 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.\(^{1260}\) Führt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht in überschaubaren Zeit durch, ist der Vorschuss ebenfalls

\(^{1254}\) BGH, Urt. v. 16.11.1993 – X ZR 7/92, BauR 1994, 242, 244.


\(^{1256}\) BGH, Urt. v. 8.7.1982 – VII ZR 301/80, BauR 1982, 496.

\(^{1257}\) BGH, Urt. v. 12.10.1972 – VII ZR 51/72, BGHZ 59, 328.


zu versagen.\textsuperscript{1261} 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.\textsuperscript{1262} Es steht dem Auftraggeber dann gegenüber dem Rückzahlungsbegehren des Auftragnehmers ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB zu.

Der \textit{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.\textsuperscript{1263} Das Leistungsverweigerungsrecht des Hauptunternehmers hängt dann nur davon ab, dass der Besteller die Mängelbeseitigung nicht zulässt. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 BGB durch den Hauptunternehmer ist nicht treuwidrig.\textsuperscript{1264}

\textbf{b) Rücktritt oder Minderung}


\textsuperscript{1261} \textit{OLG Nürnberg}, Urt. v. 27.6.2003 – 6 U 3219/01, NZBau 2003, 614.
eine einheitliche, unteilbare Leistung vereinbart worden sei.\textsuperscript{1265} Werden separate Preise für einzelne Module entrichtet, spreche dies für eine Teilrücktrittsmöglichkeit und gegen einen Interessenwegfall nach § 323 Abs. 5 BGB aufgrund der Preiskalkulation.\textsuperscript{1266}

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.\textsuperscript{1267}

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.\textsuperscript{1268}

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.\textsuperscript{1269} Die vorübergehende Nutzungsbeeinträchtigung in Folge eines deliktischen Eingriffs kann nach Auffassung des BGH einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen.\textsuperscript{1270} 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.\textsuperscript{1271}

VI. Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB

Literatur: Ralf Leinemann, das neue Bauvertragsrecht und seine praktischen Folgen, in: NJ Neuw 2017,3 1113; Jennifer Ehrl, das neue Bauvertragsrecht im Überblick, in:: DstR 2017,2395; Tobias Breitling, Abnahme und Zustandsfeststellung nach neuem Recht ,in: 


\textsuperscript{1269} BGH, Beschl. v. 9.7.1986 – GSZ 1/86, BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50.

\textsuperscript{1270} BGH, Urt. v. 9.7.1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 = BauR 1987, 312.

\textsuperscript{1271} OLG Hamm, Urt. v. 21.5.2003 – 12 U 15/02, NJOZ 2003, 2334 = BauR 2003, 1417.
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; erklärt der Besteller trotz Mangellosigkeit des Werkes die Abnahme nicht, kann der Unternehmer nach erfolgloser Fristsetzung mit Ablehnungsdrohung vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Die Fälligkeit der Vergütung hängt entscheidend von der Abnahme ab (§ 641 BGB). Für Abschlagszahlungen kommt es auf die Abnahme der Bauleistungen nicht an. Bis zur Abnahme trägt der Auftragnehmer die Vergütungsgefahr (§§ 644, 645 BGB). Er trägt so lange noch das Risiko eines zufälligen Untergangs, der die zufällige Verschlechterung oder die zufällig eintretende Unausführbarkeit der Werkleistungen verursacht.

Die Abnahme ist nicht mehr erforderlich, wenn der Auftraggeber trotz Verweigerung der Abnahme ausdrücklich weder Fertigstellung noch Mängelbeseitigung, sondern ausschließlich Schadensersatz und Minderung verlangt. 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. „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,
- 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.\textsuperscript{1277}

Abnahmefreife 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.\textsuperscript{1278} Hat der Auftraggeber das nicht abgenommene Werk veräußert, ist eine Verweigerung der Abnahme nicht mehr möglich, sofern dadurch weitere Nachbesserungen verhindert worden sind.\textsuperscript{1279}


\textsuperscript{1278} OLG Dresden, Urt. v. 8.2.2001 – 16 U 2057/00, BauR 2001, 949.
\textsuperscript{1281} Gsell/Krüger/Lorenz/Mayer/Kögl, beck-online.Großkommentar, § 640 BGB, Rn. 336; ähnlich auch Langle, NZBau 2015, 658, 659.


Eine schlüssige Abnahme liegt z.B. in
- der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme,
- der rügelosen Benutzung des Werkes,
- der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohnns,

---

1282 Vgl. Sprau, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 640 Rn. 3 m.w.N.
• dem Einbehalt des Betrages für gerügte Mängel im Rahmen des Schlussgespräches.\textsuperscript{1292}

Die konkludente Abnahme kann darin liegen, dass der Besteller nach Fertigstellung der Leistung, Bezug des fertiggestellten Bauwerks und Ablauf einer Prüungsfrist von sechs Monaten keine Mängel rügt.\textsuperscript{1293} Ist die Leistung nur teilweise und vertragswidrig ausgeführt, kommt eine konkludente Abnahme nicht in Betracht.\textsuperscript{1294} Auch liegt in einer Kündigung keine konkludente Abnahme.\textsuperscript{1295} Ebenfalls kann die Nutzung der Software „unter Druck“ nicht als stillschweigende Abnahme angesehen werden. \textbf{Abschlagszahlungen} begründen ebenfalls keine konkludente Abnahme. Die vorbehaltlose Bezahlung einer (Abschlags-)Rechnung über eine zusätzliche Leistung enthält dementsprechend keine Aussage des Auftraggebers, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen.\textsuperscript{1296} 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.\textsuperscript{1297}

Die Billigung des Abnehmers durch stillschweigende Erklärung kann sowohl in einem \textbf{dauernden produktiven Einsatz trotz vorhandener Mängel}\textsuperscript{1298} als auch in der \textbf{Fortsetzung des Einsatzes der Ware nach Kenntnis der Mängel} gesehen werden.\textsuperscript{1299} Dies gilt allerdings nicht bei der sog. Notbenutzung zur Minderung drohender Schäden.\textsuperscript{1300} Gegen die stillschweigende Billigung des Bestellers spricht ein umfangreicher Schriftwechsel zwischen den Parteien mit Mängelrüügen und Aufforderungen zur Nachbesserung.\textsuperscript{1301} 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 Liefe-

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
  \item \textit{OLG Koblenz}, Urt. v. 29.7.1993 – 5 U 921/93, NJW-RR 1994, 786.
  \item BGH, Urt. v. 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450 = 153, 244.
  \item \textit{OLG Dresden}, Urt. v. 11.1.2012 - 13 U 1004/11.
  \item \textit{OLG Dresden}, Urt. v. 11.1.2012 - 13 U 1004/11.
  \item Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.1973 – VII ZR 110/71, NJW 1974, 95.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
rung der zum Betrieb mit dem Programm vorgesehenen Anlage, nicht das Funktionieren der Anwendungssoftware. Auch die Zahlung soll konkludent als Abnahme angesehen werden können. Vor Vollendung der Software ist eine konkludente Abnahmeerklärung undenkbar; insofern kann die Abnahme hier frühestens ab Aushändigung des Benutzerhandbuchs erklärt worden sein.

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 oder gemindert wird. Bloßes Kennenmüssen reicht für den Ausschluss der Gewährleistungsansprüche nicht aus.


1305 LG Aachen, Urt. v. 20.9.2013 – 7 O 312/12.

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. Diese muss unmissverständlich gefasst sein. 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,1318 auch wenn sie weder ein Anerkenntnis noch eine Beweislastumkehrbewirken.1319 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 werthaftig, eigenständig nutzbar und damit auch abrechnungsfähig sei.1320 Im Entwurf zu § 632 a Abs. 1 BGB ist vorgesehen,1321 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.1322 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.1323 Der Gesetzesentwurf zu § 632 a BGB sieht vor, dass der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags für den Fall verweigern kann, 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

1322 Gsell/Krüger/Lorenz/Mayer/Mündt, beck-online.Großkommentar, § 632a BGB, Rn. 121-22.
Neuerung wurde in der Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf kritisiert. \(^{1324}\) Die Voraussetzungen des § 632a BGB können individualrechtlich verändert werden, nicht jedoch in AGB. \(^{1325}\) Wichtig für Voraus- und Abschlagszahlungen sind Abrechnungen der Leistungen. \(^{1326}\) 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. \(^{1327}\) 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. \(^{1328}\) Kommt es zur Überzahlung, ergeben sich Ansprüche auf Rückzahlungen nicht aus Bereicherungsrecht, sondern aufgrund einer stillschweigend getroffenen Abrede. \(^{1329}\) 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. \(^{1330}\) § 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. \(^{1331}\) Nach Erteilung der Schlussrechnung gibt es keinen Anspruch mehr auf vereinbarte Abschlagszahlungen. \(^{1332}\) Ähnliches gilt für die Kündigung des Auftragsverhältnisses oder die vollständige Leistungserbringung. \(^{1333}\) Das Recht zur vorläufigen Abrechnung erlischt mit Erteilung der Schlussrechnung. \(^{1334}\) Eine entsprechende Klage wäre dahin umzudeuten, dass nur noch ein Teilbetrag der Schlussrechnung geltend gemacht wird. \(^{1335}\)

\(^{1324}\) Gsell/Krüger/Lorenz/Mayer/Mundt, beck-online.Großkommentar, § 632a BGB, Rn. 123.

\(^{1325}\) Siehe Böhme, Baurecht 2001, 525, 532.

\(^{1326}\) BGH, Urt. v. 2.5.2002 – VII ZR 249/00, NJW-RR 2002, 1097.


\(^{1328}\) BGH, Urt. v. 11.2.1999 – VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867.


Von dem geschuldeten Werklohn kann der Auftraggeber einen Sicherheitsbetrag abziehen, sofern eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt.\textsuperscript{1336} Die Tatsache, dass in einem Vertrag ein Einbehalt von 5\% geregelt ist, ist noch nicht eine Vereinbarung einer Sicherheitsleistung.\textsuperscript{1337} 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.\textsuperscript{1338} 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 Bankbürgschaft möglich). Die formulärmäßige Vereinbarung einer Bürgschaft auf erste Anforderung ist AGB-rechtlich nicht möglich.\textsuperscript{1339}


Anfang März 2017 hat der Bundestag das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“ verabschiedet, das für alle ab 1. Januar 2018 geschlossenen Verträge gilt. Das Gesetz sieht vor, die oftmals undetaillierten Regeln des Werkvertragsrechts im Hinblick auf die mannigfaltigen Arten möglicher Vertragsgegenstände, zu modernisieren und sie an das komplexer gewordene Baurecht anzupassen.\textsuperscript{1341}

\textsuperscript{1336} BGH, Urt. v. 20.4.2000 – VII ZR 458/97, BauR 2000, 1498, 1499.
\textsuperscript{1338} BGH, Urt. v. 13.11.2013 – VII ZR 57/02 = NJW 2004, 443.
\textsuperscript{1339} BGH, Urt. v. 18.4.2002 – VII ZR 192/01, BauR 2002, 1239.
\textsuperscript{1341} Beschlussemhte-tp://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Bauvertragsrecht.pdf?_blob=publi
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.).

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. So soll die aktuell gültige Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB, der 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.


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. 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).

VII. Kündigung

Literatur:

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 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.

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.

1346 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 48.
1347 Kimpel, Der Entwurf des gesetzlichen Bauvertragsrechts aus der Sicht des gewerblichen Unternehmers, NZBau 2016, 734 (734).


Auch wenn nicht von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist, scheidet ein Rückruf des Urhe-
 bers von Computerprogrammen aus, wenn vom Auftraggeber eine Pauschalvergütung und keine laufende Lizenzgebühr gezahlt wurde.\footnote{Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl. 2014, § 69a, Rn. 72; Link, GRUR 1986, 141, 146.}


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 ausge-
Ebenso unwirksam wäre eine Klausel des Auftragnehmers, wonach dieser den Anspruch auf die volle Vergütung ohne Rücksicht auf die erbrachten Leistungen hat. Verboten ist schließlich auch eine Klausel, wonach ein Anspruch auf Vergütung nur insofern bestehe, als die erbrachten Einzelleistungen vom Auftraggeber auch tatsächlich verwertet werden. Pauschalierungen der entsprechenden Vergütung dürfen nicht unangemessen niedrig oder hoch sein.


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. 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. Ansprüche aus § 649 BGB in Bezug auf die Vergütung für den noch ausstehenden Teil entfallen. Allerdings bleibt ein Anspruch auf Werklohn für erbrachte Leis-

---

1371 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 625.
tungen erhalten, soweit die Leistungen für den Auftraggeber noch verwertbar sind. Als wichtige Gründe gelten:

- die Nichteinhaltung von Vertragsfristen mit besonderem Gewicht aus einem von dem Auftragnehmer zu vertretenden Grund,¹³⁷²
- die schwere Verletzung von Kooperationspflichten, etwa durch Bindung seiner Leistungen an die Erteilung eines Nachtragsauftrages,¹³⁷³
- die Durchführung eines Projektes entgegen den Regeln der Technik,
- die ständige Nichtbeachtung von Wünschen des Auftraggebers,
- besonders grobe Mängel,¹³⁷⁴
- die Bindungen der Weiterarbeit an die Zahlung weiterer, nicht berechtigter Vergütungen,¹³⁷⁵
- eine zu Unrecht erfolgte fristlose Kündigung und fehlende Kooperationsbereitschaft.¹³⁷⁶

Liegt eine Kündigung mangels wichtigen Grundes nicht vor, ist die Kündigung so zu verstehen, dass eine Freikündigung gewollt ist.¹³⁷⁷

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.¹³⁷⁸ Eine solche Kündigung aus wichtigem Grund ist z.B. möglich bei

- der Verletzung von Kooperationspflichten, etwa bei unberechtigter fristloser Kündigung,¹³⁷⁹
- der ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Bezahlung fälliger Abschlagsrechnungen.¹³⁸⁰

¹³⁷³ OLG Brandenburg, Urt. v. 7.5.2002 – 11 U 77/01, BauR 2003, 1734.
¹³⁸⁰ BGH, NJW 1975, 1467.
überprüfen und Stellung beziehen kann.\textsuperscript{1387} Nicht ausreichend ist es, wenn der Auftraggeber ohne Substantiierungen Ersparnisse einfach behauptet und Sachverständigenbeweise antreten will.\textsuperscript{1388} 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.\textsuperscript{1389}


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.\textsuperscript{1392} Bei der Teilkündigung scheint es sinnvoll, die abgrenzbaren Leistungen nach den im Vertrag vorgesehenen Kriterien zu bemessen.\textsuperscript{1393} Für die IT-Szene ergibt

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{1387} BGH, Urt. v. 14.1.1999 – VII ZR 277/97, NJW 1999, 1253.
\item \textsuperscript{1388} OLG Frankfurt, NJW-RR 1987, 979, 981.
\item \textsuperscript{1389} BGH, Urt. v. 7.11.1990 – VII ZR 82/95, NJW 1997, 733.
\item \textsuperscript{1390} Langen, NZBau 2015, 658 (660).
\item \textsuperscript{1391} Ebd.
\item \textsuperscript{1392} Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.
\item \textsuperscript{1393} Langen, NZBau 2015, 658 (661).
\end{itemize}
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. 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.

Der Wortlaut der Vorschrift ist schwer zu verstehen


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. 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

---

1394 BeckOGK/Reiter BGB § 649 Rn. 222.
1395 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.
1396 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.
Bezug auf z.B. bereits erbrachte oder nicht erbrachte Leistungen im Kern als richtig vermutet werden.


Fraglich ist, welche Wirkung die Feststellung des Leistungsstandes hat. Auch wenn die Feststellung nicht der Abnahme vergleichbar ist, dürfte der festgestellte Leistungsstand im Endergebnis über die noch geschuldete Vergütung entscheiden. Die Leistungsstandfeststellung in § 648a 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 Aus-

1397 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
1398 Unverzüglich bedeutet gem. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB „ohne schuldhafses Zögern“. Die Bestimmung erfolgt im Einzelfall.
führung 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. Im Kern ist die Leistungszustandsfeststellung 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. 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. Folge der Feststellung könnte im Ergebnis sein, dass derjenige, der sich auf einen anderen abweichenden Leistungsstand berufen möchte, die Darlegungs- und Beweislast trägt. In § 648a Abs. 4 BGB tritt hinzu, dass die Beweislast nicht nur nach gemeinsamer Feststellung übergeht, sondern bereits wenn die Verweigerung der Feststellung oder das Fernbleiben des Termins erfolgt.

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. 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 Herstel-

1402 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


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. 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 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.


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 Ver-
schuldenshaftung, 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 begehen.

Der Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 BGB umfasst

- die Kosten der Fehlerdiagnose,\textsuperscript{1411}
- den Eigenaufwand zur Schadensermittlung,\textsuperscript{1412}
- den Eigenaufwand zur Fehlerbeseitigung inkl. fiktiver USt., aber ohne den kalkulierten Unternehmergewinn,\textsuperscript{1413}
- den entgangenen Gewinn.\textsuperscript{1414}

Der Anspruch verjährt binnen zwei Jahren ab Abnahme. Hinfällig ist die alte Unterscheidung zwischen Mangelschäden, engeren und entfernteren Mangelfolgeschäden.\textsuperscript{1415} 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.


\textsuperscript{1414} BGH, Urt. v. 1.2.1974 – IV ZR 2/72, BGHZ 62, 103; siehe auch Chrociel, CR 1988, 385.

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).

**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.

Mögliche 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 ausschließlich, unwirksam. 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 vertrags wesentliche 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 unab-

---

hängig von der Kenntnis des Anwenders vom Mangel annimmt und ihm nicht das Recht einräumt, sich die Gewährleistungsrechte vorzubehalten.


**XI. Ausschluss oder Beschränkung der Nacherfüllung**

Nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB hat der Anwender bei Mangelfehlhaftigkeit des Werks ein **Recht auf Nacherfüllung**, also Mängelbeseitigung oder Neubeschaffung. Fraglich ist, inwieweit die Gewährleistung im Hinblick auf die Nacherfüllung beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Für AGB, die zwischen zwei Unternehmern zur Anwendung kommen, gelten über §§ 307, 310 Abs. 1 BGB die Grundwertungen des § 309 BGB.\(^\text{1417}\) Der Auftraggeber kann vor der Abnahme verlangen, dass bereits vorhandene Mängel beseitigt und das Werk vertragsrecht 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.\(^\text{1418}\) Neuherstellung kann der Auftraggeber nur dann fordern, wenn die vertragsgerechte Erfüllung auf andere Weise nicht möglich ist.\(^\text{1419}\)

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.\(^\text{1420}\)

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


\(^{1418}\) BGH, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528.

\(^{1419}\) BGH, Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528.

\(^{1420}\) So schon in § 11 Nr. 10 lit. b) AGBG a.F.
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 Art und Schwere des Mangels, die technische Komplexität des Werks oder auch die wirtschaftlichen Nachteile des Anwenders an.\textsuperscript{1421} Im Einzelfall kann deshalb auch nur ein Versuch zumutbar sein. Es ist daher nicht zweckmäßig, sich auf eine bestimmte Anzahl von Nacherfüllungsversuchen festzulegen.\textsuperscript{1422} 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 mangenhaften 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.\textsuperscript{1423} 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.\textsuperscript{1424}

---


\textsuperscript{1423} Wurmnest, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 309 Nr. 8, Rn. 59.

\textsuperscript{1424} Siehe dazu Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2015, § 309 Nr. 8, Rn. 83.
Dem Besteller müssen Minderung und Rücktritt also ausdrücklich für den Fall des Fehlschla-
gens vorbehalten bleiben. Eine Beschränkung dieser beiden Rechte ist nicht zulässig.\textsuperscript{1425} 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 Gewährleis-
tungsrechte.

Individualvertragliche Regelungen sind weitgehend möglich. Insofern ist eine Beschränkung der Gewährleisungsrechte 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.

**XII. Kosten der Nacherfüllung**


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


\textsuperscript{1426} OLG Köln, Urt. v. 9.1.1987 – 6 U 89/86NJW-RR 1987, 1192.
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.\textsuperscript{1427} 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.\textsuperscript{1428}


\textsuperscript{1428} \textit{Wurmnest}, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 309 Nr. 8 Rn. 56.
XIII. Rügepflichten


Gem. § 309 Nr. 13 BGB darf als Form der Anzeige höchstens Schriftform verlangt werden.1431 Das Erfordernis besonderer Zugangsformen, also z.B. „per Einschreiben“, ist unzulässig.1432 § 309 Nr. 13 BGB ist allerdings auf AGB zwischen Unternehmern nicht entsprechend anwendbar. Dies ergibt sich daraus, dass der Unternehmer den geforderten Formen im Rahmen seines Geschäftsbetriebs in der Regel unproblematisch nachkommen kann.1433 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 gerecht fertig ist.1434

XIV. Ausschluss der Selbstvornahme


---


1431 Diese aber nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH zu § 11 Nr. 16 AGBG unbeschränkt, NJW-RR 1989, 625, 626.


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.\textsuperscript{1435}

Für die in § 637 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB genannten Fälle kann der Softwareersteller \textbf{keine Fristsetzung} verlangen. Eine Klausel, nach der „in jedem Fall“ eine Fristsetzung erforderlich sein soll, ist deshalb unzulässig.

Nach § 637 Abs. 3 BGB kann der Anwender von dem Softwareersteller für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen einen Vorschuss verlangen. Für die Nachbesserung durch den Verkäufer war dieser Anspruch bisher in § 476a a.F. BGB normiert. Dieser wurde über § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB auch für die Begründung des Aufwendungsersatzanspruchs des Anwenders herangezogen.\textsuperscript{1436} Ein Ausschluss dieses Rechts wäre über § 307 BGB ebenfalls unzulässig.


**XV. Haftungsfreizeichnung**

§ 634 Nr. 4 i.V.m. §§ 636, 280, 281, 283 und 311a BGB gibt dem Anwender einen Anspruch auf \textbf{Schadensersatz} bzw. i.V.m. § 284 BGB auf \textbf{Ersatz vergeblicher Aufwendungen}. Schadensersatzansprüche des Anwenders können sich außerdem aus Delikt ergeben.

Gem. § 307 i.V.m. § 639 BGB ist ein Haftungsausschluss für \textbf{Arglist} und bei Übernahme einer \textbf{Garantie} auch zwischen Unternehmern unwirksam. Unter Garantie in diesem Sinne versteht man eine verschuldenunabhängige Zusicherungshaftung. § 14 ProdHaftG verbietet

\textsuperscript{1435} Schudnagies, NJW 2002, 396, 397; siehe dazu auch die Begründung zum Gesetzesentwurf in BT-Drs. 14/6040, 266.

\textsuperscript{1436} BGH, Urt. v. 17.2.1999 – X ZR 40–96, NJW-RR 1999, 813, 814.

\textsuperscript{1437} Siehe dazu auch die Begründung in BT-Drs. 14/6040, 266.

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 schulhafter Leistungsstörung, aus denen Schadensersatzansprüche erwachsen können, also auch auf Verschulden beruhende Ansprüche aus Gewährleistung. Nach Auffassung des BGH ist demnach auch im B2B-Bereich ein Haftungsausschluss lediglich für vertragsuntypische und daher kaum vorhersehbare Schäden möglich.


XVI. Ausschluss des Kündigungsrechts


---

1438 Siehe dazu auch die Begründung in BT-Drs. 14/6040, 156.
1440 Hier kann also auch für vorsätzliches Handeln der Erfüllungsgehilfen die Haftung des Schuldners abbedungen werden.
Kündigungsrechts, sondern z.B. auch die Klausel: „Die Kündigung des Vertrags ist nur aus wichtigem Grund möglich …“.


**XVII. Vergütung des Kostenanschlags**


---


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. 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 Auditierungs-
maßnahmen\textsuperscript{1451} dienen dazu, die **Einhaltung urheberrechtlicher Nutzungsbeufugnisse** zu überprüfen.\textsuperscript{1452} 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 Anspruchsegners darf nicht Ziel des Anspruchs sein\textsuperscript{1453}, es müssen vielmehr konkrete Anknüpfungstatsachen und Verdachtsmomente vorliegen\textsuperscript{1454}. 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\textsuperscript{1455} 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.\textsuperscript{1456}

Die 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 Wurzel des Urheberrechtsgesetzes genau über diese Vorschrift in die AGB-rechtliche Inhalts-

\textsuperscript{1451} Die Details einer solchen Auditierung sind geregelt in der Norm ISO/IEC 27001:2005.
\textsuperscript{1452} Vgl. Strittmatter/Harnos, CR 2013, 621.
\textsuperscript{1453} Korthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3 (3)
\textsuperscript{1454} Korthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3 (4)
\textsuperscript{1455} Wandtke/Bullinger/Ost, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage 2014, § 101 a UrhG Rdnr. 4.
\textsuperscript{1456} Korthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3 (5).
kontrolle einfließen zu lassen.\textsuperscript{1457} § 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.


Darüberhinaus sind die Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit der Inanspruchnahme i.R.d. § 101a UrhG zu berücksichtigen und die Interessen des Lizenznehmers umfassend zu würdigen. Dabei ist zum einen dem Interesse des betroffenen Unternehmens am Schutz seiner Betriebsgeheimnisse Rechnung zu tragen. Dem auditierenden Unternehmen wird durch die Besichtigung die Möglichkeit des Eingriffs in das \textit{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.\textsuperscript{1458} Selbst wenn kein Fall des § 203 StGB vorliegt, müssen die \textit{datenschutzrechtlichen Vorgaben} eingehalten werden.\textsuperscript{1459} Ein Audit-Unternehmen erfährt einiges, das in den Bereich der personenbezogenen 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 Kennt-
nisgabe von Daten mit Personenbezug nur im Rahmen von § 28 Abs. 1 BDSG legitimiert werden.1460 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.

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.


1460 Kotthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3, 8.
1461 Kotthoff/Wieczorek, MMR 2014, 3 (9).
XX. Agile Programmierung

1. Einführung


Hier setzt die Logik von agiler Programmierung an.\textsuperscript{1463} 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.\textsuperscript{1464} 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.


\textsuperscript{1463} Vgl. Fuchs/Meierhofer/Morsbach/Pahlow, MMR 2012, 427, 428.

b) Die unterschiedliche Zusammenarbeit in traditionellen Projekten und im agilen Projekt
Entwickler und Business Teams interagieren sehr eng. Dazu wird das Projekt in kleine Ent-
wicklungseinheiten unterteilt (genannt Wiederholung oder Sprints).\textsuperscript{1465} Jedes Teilprojekt be-
steht 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 Grundfunktio-
nalitäten zuerst zu entwickeln, während Komfortfunktionalitäten erst zu einem späteren Zeit-
punkt 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 vornhe-
rein festgelegten Erfolgsrahmen aus, der nach Möglichkeit einmalig am Ende des Projektes
gprüft und bei Einhaltung vom Anwender bestätigt wird. Schon \textit{Nicklisch} hat darauf hingewiesen,
dass IT-Projekte komplexe Langzeitverträge sind, die sich dem Raster des traditionellen
Werkvertragsrechts entziehen.\textsuperscript{1466} Vernachlässigt wird traditionell die funktionale Spezifi-
kation und Definition des Vertragszwecks und dessen Umsetzung als ständiger täglicher Pro-
zessverlauf.\textsuperscript{1467} Hier setzt die agile Programmierung an, in der viel deutlicher die Schlüsselfig-
guren des Projekts, die Struktur der Projektteile und die Elemente der Projektdokumenta-
on herausgearbeitet werden.\textsuperscript{1468}

c) Der Hang der Juristen nach der Suche nach dem Vertragstypus
Dabei ist es falsch, von einem bestimmten Vertragstypus in Bezug auf agile Projekte auszu-
gehen. Vielmehr muss je nach Zweck des Vertrages darauf geachtet werden, mögliche Flexi-

\footnotesize{
\textsuperscript{1465} Daza \textit{Borkert} (o. Fußn. 1482), S. 930; \textit{Buchholz}, ZD-Aktuell 2013, 03170.
\textsuperscript{1466} \textit{Nicklisch}, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1986; \textit{Nicklisch}, Komplexe Langzeitverträge für neue Technologien und
neue Projekte, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 2001, 2002; zum komplexen Langzeitvertrag s.
\textsuperscript{1467} Das ergebnisoffene Gestalten des Projektes ist daher systemimmanent; s. hierzu \textit{Witzel}, CR 2017, 557; \textit{Hop-
\textsuperscript{1468} \textit{Schneider}, ITRB 2010, 18, 20; \textit{Frank}, CR 2011, 138.
}

d) Klarheit


1471 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.\textsuperscript{1472} 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 Auftragnehmer identisch ist.\textsuperscript{1473} Er ist verantwortlich, die Vision des Kunden und seine Anforderungen erfolgreich an das Entwicklungsteam zu kommunizieren.\textsuperscript{1474} Er entscheidet auch, ob ein Backlog-Eintrag während eines Sprints fertiggestellt wurde. Er erstellt, ordnet und verwaltet das Product Backlog undriorisiert/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.\textsuperscript{1475} Wichtig ist, dass von vornherein dessen Qualifikation für den Umgang mit Scrumprojekten klar ist.\textsuperscript{1476} 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.\textsuperscript{1477}

\begin{thebibliography}{9}
\bibitem{1472} OLG Frankfurt, CR 2017, 646.
\bibitem{1473} Borkert sieht darin ein Indiz für das Vorliegen eines Dienstvertrages. S. Borkert (o. Fußn. 2), S. 933.
\bibitem{1474} Wichtig ist, dass weder der Product Owner und noch der Scrum Master arbeitsrechtliche Weisung erteilt; ausführlich hierzu Friedl/Heise, NZA 2015, 129, 133.
\bibitem{1475} Friedl/Heise, NZA 2015, 129, 130.
\bibitem{1476} 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.
\bibitem{1477} S. hierzu Hengstler, ITRB 2012, 113, 115.
\end{thebibliography}
b). Das Entwicklungsteam

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. Er ist kein Produktkoordinator, sondern unterstützt nur den Eigentümer des Produktes und das Entwicklungsteam. Vertraglich ist es möglich, den Scrum Master aus den Entwicklungsmitarbeitern zu nehmen oder eine dritte Partei unabhängig vom Kunden oder vom Entwickler hinzuzuziehen. Schlüsselaufgaben des Scrum Masters müs-

---

1478 Zu beachten ist, dass ein Einfluss des Auftraggebers auf die Zusammensetzung des Teams unter Umständen Sanktionen nach dem Arbeitnehmerüberlassungs gesetz auslöst.
1480 Friedl/Heise, NZA 2015, 129, 130 f.
1482 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


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.


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

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).


---

1492 Vgl. BGH NJW 1990, 1290.
1493 OLG Düsseldorf CR 2002, 324.
um Streitigkeiten über den Beginn der Gewährleistung- und Schadensersatzpflicht klar zu regeln.\textsuperscript{1494}

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.\textsuperscript{1495} 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.\textsuperscript{1496} 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,\textsuperscript{1497}
- der rügelosen Benutzung des Werkes,
- der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohns,\textsuperscript{1498}
- dem Einbehalten des Betrages für gerügte Mängel im Rahmen des Schlussgespräches.\textsuperscript{1499}

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.\textsuperscript{1500} Ist die Leistung nur teilweise und vertragswidrig ausgeführt, kommt eine konkludente Abnahme nicht in Betracht.\textsuperscript{1501} Auch liegt in einer Kündigung keine konkludente Abnahme.\textsuperscript{1502} Ebenfalls kann die Nutzung der Software „unter Druck“ nicht als stillschweigende Abnahme angesehen werden. Abschlagszahlungen begründen ebenfalls keine konkludente Abnahme. Die vorbehaltlose Bezahlung einer (Abschlags-)Rechnung über eine zusätzliche Leistung enthält dementsprechend keine Aussage des Auftraggebers, zugleich den

\begin{thebibliography}{99}
\bibitem{1494} Bergsmann (o. Fußn. 28), S. 242.
\bibitem{1495} BGH NJW 1993, 1063; BGH NJW 1974, 95.
\bibitem{1496} LG Frankenthal BauR 2014, 740.
\bibitem{1497} BGH NJW 1985, 731.
\bibitem{1499} OLG Koblenz NJW-RR 1994, 786.
\bibitem{1500} 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 forgeschritten wird, OLG Frankfurt CR 2017, 646.
\bibitem{1501} OLG Hamm NJW-RR 1996, 86.
\bibitem{1502} BGH NJW 2003, 1450.
\end{thebibliography}
Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen.\textsuperscript{1503} 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.\textsuperscript{1504}

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.\textsuperscript{1505} Diese muss unmissverständlich gefasst sein.\textsuperscript{1506}

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.\textsuperscript{1507} 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.\textsuperscript{1508} 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-

\textsuperscript{1503} OLG Dresden IBR 2014, 132.
\textsuperscript{1504} OLG Dresden IBR 2014, 132.
\textsuperscript{1505} BGH NJW 1994, 1276.
\textsuperscript{1506} BGH NZBau 2006, 519.
\textsuperscript{1507} Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S 48.
\textsuperscript{1508} Langen, NZBau 2015, 658, 659.
derungsvorschlag aus den entsprechenden Fachausschüssen. 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.).

7. Beendigung

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. 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

---

1509 Der Entwurf der Bundesregierung spricht noch von „Mängeln“ in der Mehrzahl.
1510 Kimpel, NZBau 2016, 734, 734.
1511 Bergsmann (o. Fußn. 28), S. 236.
1512 Langen, NZBau 2015, 658, 660.


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. 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.

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, 

1513 Langen, NZBau 2015, 658, 660.  
1514 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/ 8468, S. 51.  
1515 Langen, Änderung des Werkvertragsrechts und Einführung eines Bauvertragsrechts, NZBau 2015, 658, 661.  
1516 Reiter, in: Gsell u.a., BeckOGK BGB, Stand: Oktober 2017, § 649 Rn. 222.  
1517 Gesetzesentwurf der Bundesregierung (o. Fußn. 48), S. 51.

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.\footnote{So das Beispiel von Gartz (o. Fußn. 61), Rdnr. 166.} 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.\footnote{So Gartz (o. Fußn. 61), Rdnr. 167.} 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-
schäftliche Teilabnahme umfasst und somit nicht mit den generellen Wirkungen einer (Teil-)abnahme verknüpft ist.\textsuperscript{1523}

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.\textsuperscript{1524}

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 dementprechend auf eine Teilabnahme zu setzen.


\textsuperscript{1524} Genau diese Rechtsfolge ist bei den VOB/B allerdings umstritten; siehe etwa Leinemann (s. Fußn. 64), Rdnr. 194; Junghen in: Ganten/Jansen/Voigt, 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:


**I. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen**


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.\textsuperscript{1527}

**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.\textsuperscript{1528} 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.“\textsuperscript{1529} 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.


\textsuperscript{1529} Vgl. LG Berlin, Grundeigentum 1985, 829.
a) §§ 308, 309 BGB


b) § 307 BGB

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

\[\text{1530} \text{ Hennrichs, in: Dauner-Lieb u.a., Schuldrecht, 3. Auflage 2015, § 309 Rn. 22 f.}\]
\[\text{1531} \text{ BGH, Urt. v. 7.11.1962 – VIII ZR 190/61, WM 1962, 1379.}\]
\[\text{1532} \text{ Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 7.6.1985 – 6 U 148/84, NJW-RR 1986, 245, 246.}\]
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.**


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.


---

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. 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. 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.

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 formelmäßige 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“. 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).

---


353

Für wirksam erachtet wird eine Koppelung der IT-Miete mit einem Verbot zur Nutzung von Anlagen anderer Hersteller.\(^{1544}\) 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 Drittergeräten und Dritsoftware würde den Mieter über Gebühr belasten, insbesondere in Fällen, in denen durch

---


\(^{1544}\) 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:


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 zwischen 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.\(^{1545}\)

Beim **Finanzierungsleasing**, das durch die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer neu angekaufte 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 Einwendungsdruckgriff (§§ 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

\(^{1545}\) Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, Rn. 616.
42 Monaten. Gerichtsstandsvereinbarungen sind in diesem Verhältnis zulässig, auch im Hinblick auf den als dritte Vertragspartei auftretenden Lieferanten.


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. 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. Voraussetzung dafür ist, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer die Mängelge-
währleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten vollständig und unbedingt abtritt,\textsuperscript{1552} 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. \textit{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.\textsuperscript{1553} Sie ist nicht rechtlich zu beanstanden, wenn den Interessen des Leasingnehmers ausreichend Rechnung getragen worden ist.\textsuperscript{1554} Demzufolge kann der Leasingnehmer auch nicht im Falle einer mangelbehaf teten 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.\textsuperscript{1555} 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.\textsuperscript{1556} Im Übrigen darf sich der Leasinggeber auch den Widerruf der Übertragung für den Fall vorbehalten, dass der Leasingnehmer seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt.\textsuperscript{1557}

\textbf{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, so dass die besonderen Schutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB auf den Lieferantenvertrag keine Anwendung finden. Zwischen Leasinggeber und Lieferanten ist die Beschränkung des Nach-

\textsuperscript{1552} OLG Rostock, Urt. v. 18.3.2002 – 3 U 234/00, NJW-RR 2002, 1712.
\textsuperscript{1554} OLG Koblenz, Urt. v. 26.2.2015 – 3 U 812/14, MMR 2015, 512.
\textsuperscript{1555} OLG Koblenz, Urt. v. 26.2.2015 – 3 U 812/14, MMR 2015, 512.
\textsuperscript{1556} V. Westphalen, Leasingvertrag, Rn. 443; BGH, DB 1987, 631.
\textsuperscript{1557} OLG Rostock, Urt. v. 18.3.2002 – 3 U 234/00, NJW-RR 2002, 1712.
erfüllungsanspruch 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.\textsuperscript{1558}

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


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.\textsuperscript{1560} Im Ergebnis liefen dies darauf hinaus, dass der Leasinggeber verpflichtet wäre, die Gewährleistungsansprüche im Verhältnis zum Lieferanten dem Verbrauchsgüterkauf anzugehen 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

\textsuperscript{1560} Reinking, ZGS 2002, 229, 231.
gem. § 307 BGB unwirksam.\footnote{1561} Dies wiederum hätte zur Folge, dass Leasinggeber, die ihre AGB nicht der neuen Rechtslage anpassen, uneingeschränkt der mietrechtlichen Mängelgewährleistung unterliegen.\footnote{1562}

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 \textit{BGH} hat die neue Rechtslage nicht ausdrücklich erörtert, ging aber in zwei Urteilen wohl stillschweigend von der Möglichkeit der mietrechtlichen Haftungsbeleichtung unter Abtretung wirksamer Ansprüche aus dem Kaufvertrag mit dem Lieferanten aus.\footnote{1563} 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\footnote{1564} 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 \textit{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.\footnote{1565}

Im Falle des Leasings kommt bei Gewährleistungsfällen eine Rückzahlung des Kaufpreises nur insofern in Betracht, als die \textit{Zahlung an den Leasinggeber Zug und Zug gegen Rückgabe des Kaufgegenstandes} erfolgt.\footnote{1566} 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.\footnote{1567} Wird über die Rückabwicklung gestritten, ist die Verjährung der Leasingraten gekennzeichnet.

\footnote{\textit{Harriehausen}, NJW 2013, 3393.}
\footnote{Vgl. v. \textit{Westphalen}, ZGS 2002, 64.}
\footnote{Vgl. § 500 BGB.}
\footnote{\textit{OLG Koblenz}, Urt. v. 28.11.1986 – 2 U 89/84, CR 1988, 463, 465.}

Unklar ist auch die Bedeutung einer Abnahmebestätigung durch den Leasingnehmer, sofern diese Erklärung unvollständig ist. Unterschreibt der Leasingnehmer unbedacht eine nicht korrekte Lieferbestätigung, trifft ihn die Beweislast hinsichtlich der Unvollständigkeit der Leistung. Denkbar sind in solchen Fällen auch Schadensersatzansprüche gegen den Leasingnehmer im Verhältnis zum Leasinggeber.

Im Übrigen bleibt der Leasinggeber kaufmännisch zur Rüge nach § 377 HGB selbst dann verpflichtet, wenn der Leasingnehmer kein Kaufmann ist. 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. Der Leasingnehmer müsste dann die Rügepflichten nach § 377 HGB unabhängig von seiner Kaufmannseigenschaft erfüllen.

Dem OLG Hamm und später dem BGH 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 Fertigstellungstermin 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-
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.


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:


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
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. Hierauf 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.\textsuperscript{1578}

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.\textsuperscript{1579} 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.“

\textbf{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.\textsuperscript{1580} Ist die (mietrechtliche) Pflicht des Leasingnehmers zur Nutzungsüberlassung auf die Reparatur beschränkt, muss nach Ansicht des BGH für „nicht uner-

\begin{flushleft}
\textsuperscript{1578} Reinking, ZGS 229, 233.
\textsuperscript{1579} BGH, Urt. v. 15.10.1986 – VIII ZR 319/85, DB 1987, 371, 372.
\end{flushleft}
Siebtes Kapitel: Softwarewartungs- und Pflegeverträge

Literatur:


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

---

1583 Beise, DB 1979, 1214.


\section{I. Der allgemeine Servicevertrag}


\subsection{1. Hauptleistungspflichten}

\subsubsection{a) Pflichten des Dienstverpflichteten}

Dienstverträge können zu \textit{Diensten jeder Art} (§ 611 Abs. 2 BGB) verpflichten. Durch den Servicevertrag verpflichtet sich der Unternehmer insbesondere zum
• Bereithalten von Personal auf Abruf und zum
• Bereithalten von Maschinen.

Primärer Anspruch des Dienstberechtigten gegen den Dienstverpflichteten ist der Erfüllungsanspruch aus dem Dienstvertrag (§§ 611 Abs 1, 241 Abs. 1 BGB), den der Dienstberechtigte im Wege einer Leistungsklage geltend machen kann. Allerdings ist eine Vollstreckung im Regelfall gem. § 888 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen.


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.\(^{1588}\)

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.\(^{1589}\)

AGB-rechtlich unproblematisch ist eine Klausel, wonach die Wartung in Form der Instandhaltung auf Abruf des Auftraggebers erfolgt.\(^{1590}\) Wird die Wartung schlecht durchgeführt und gerät die Anlage dann insgesamt in einen störanfälligen Zustand, liegt darin eine mangelhafte Werkleistung.\(^{1591}\) Die Beweislast für einen Mangel der Wartung liegt beim Kunden.\(^{1592}\) Wird eine Wartung auf Abruf sowie eine feste Mindestlaufzeit des Wartungsvertrags vorgesehen, bedarf es keiner Abnahme; die Abnahme gilt insofern als konkludent abbedungen.\(^{1593}\) Einer gesonderten Abnahme bedarf es auch deshalb nicht, weil die Pflegeleistungen kontinuierlich

vorgenommen werden müssen.\textsuperscript{1594} 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.\textsuperscript{1595}

b) § 307 BGB

Welche Leistung der Dienstverpflichtete schuldet, ist im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln.


Zulässig kann allerdings die Übertragung von Pflichten im Rahmen der Subunternehmerchaft 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.\textsuperscript{1598}

\begin{flushright}
\textsuperscript{1594} Seitz, CR 1988, 332; ähnlich Löwe, CR 1987, 219 f.
\textsuperscript{1595} Siehe AG Maulbronn, Urt. v. 27.5.1993 – I C 633/92, NJW-RR 1994, 1077.
\textsuperscript{1596} LG Köln, Urt. v. 4.2.1987 – 26 O 120/86, NJW-RR 1987, 885, 886.
\textsuperscript{1598} Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009, K 239.
\end{flushright}
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.\textsuperscript{1599} e) Pflichten des Dienstberechtigten

Der Dienstberechtigte hat die Serviceleistungen zu vergüten. Die Vergütung kann \textbf{nach Leistung} (§ 614 Satz 1 BGB) \textbf{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 \textbf{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.\textsuperscript{1600} 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.\textsuperscript{1601}

Wird bei der Pflege ein „Zirkapreis“ vereinbart, kann das Pflegeunternehmen seinen nachträglich höheren Aufwand nur bis zu 110 % des Zirkapreises in Rechnung stellen.\textsuperscript{1602} Eine Berechnung der jeweils geschuldeten Pauschale zu Beginn eines Kalenderjahres ist AGB-rechtlich unzulässig.\textsuperscript{1603} Eine Vorauszahlungklage soll allerdings zulässig sein.\textsuperscript{1604}

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.\textsuperscript{1605}


\textsuperscript{1602} LG Köln, Urt. v. 30.3.1992 – 90 O 282/82.


\textsuperscript{1605} 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.“).


Auch wird man dem Kunden die Möglichkeit einräumen müssen, für einen längerer Zeitraum nach Freigabe der neuen Version die Pflege noch auf der Grundlage der alten Version verlangen zu dürfen. Das LG Hamburg 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


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

\footnotesize


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.\[1611\]

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,\[1612\] 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 (Steuерberater, 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.\[1613\] Hiervon kann etwa im Bereich des Gesellschaftsrechts bei wiederholten Verstößen gegen ein nebenvertragliches Konkurrenzverbot durch einen Gesellschafter ausgegangen werden.\[1614\] 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

---


\[1613\] *Joussen*, NZA 2001, 745, 747; vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 141.

kann er das vereinbarte Entgelt verweigern (§ 320 Abs. 1 BGB). Sind die Dienste vor allem wegen Zeitaufschluss 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).


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. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der Schuldner vor Kündigung des Vertrags die Möglichkeit haben musste, sich um eine Ersatzlösung zu bemühen.

Ohne individuell getroffene vertragliche Absprache über eine langfristige Softwarewartungsdauer besteht keine generelle Pflicht des Wartungsunternehmens, die vereinbarten Leistungen

für den gesamten „Lebenszyklus“ einer verkauften Software sicherzustellen.\textsuperscript{1619} 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, Euromstellung u.a.)\textsuperscript{1620} entziehen will oder aber in dem Fall, in dem durch eine Kündigung der Kunde zur Zahlung von nicht geschuldeten Leistungen gebracht werden soll.\textsuperscript{1621} 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.\textsuperscript{1622}

\section*{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.\textsuperscript{1623} Auch eine Beschränkung auf bestimmte wichtige Gründe ist unzulässig.\textsuperscript{1624} Gleiches gilt für Kündigungserschwernisse, etwa die Einführung einer „Schadenspauschale“. Wirksam ist lediglich ein Verzicht auf dieses Recht nach dessen Entstehung.


\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item \textsuperscript{1621} Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 27.5.1993 – 5 U 1938/92, NJW 1993, 3144 ff.
\item \textsuperscript{1624} Peter, in: Schneider/von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014, Rn. 1 349, der eine Definition einzelner wichtiger Gründe „in engen Grenzen“ für wirksam erachtet.
\item \textsuperscript{1625} Kündigungsrecht bejaht durch BGH, Urt. v. 26.5.1986 – VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134.
\end{enumerate}
\end{footnotesize}
3. Kündigung aufgrund besonderen Vertrauens (§ 627 BGB)


IV. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Softwareaktualisierungen: Kaufvertrag


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 \textbf{Kombination von Softwareaktualisierungen zur Beseitigung von Mängeln mit Programmanpassungen auf eine leistungsstärkere Umgebung}, d.h. die Kombination von Gewährleistung und Verbesserungsprogramm. Noch ungeklärt ist die Frage, ob in solchen Fällen ein Hinweis auf die Unterscheidung notwendig ist, um den Anwender über die tatsächlich entstandenen Kosten ins richtige
Licht zu setzen. Updates und neue Softwareversionen beseitigen jedoch nicht immer Fehler, sondern können auch für das Entstehen neuer technischer Probleme sorgen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern neue Fehler in Mängelbeseitigungsupdates neue Nacherfüllungsansprüche mit neuen Gewährleistungspflichten auslösen, wie sich Fehler im Update auf unveränderte Teile im ursprünglichen ausgelieferten Programmexemplar auswirken und wie das Überlassen einer neuen Vollversion im Rahmen der Nacherfüllung zu bewerten ist. 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 Mangeldeneiteigung an dem neuen Programm, zusammensetzt. 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.


\[1629\, \text{Koch, ITRB 2008, 131.}\]
\[1630\, \text{Koch, ITRB 2008, 131, 132.}\]
\[1631\, \text{Koch, ITRB 2008, 131, 132.}\]
\[1632\, \text{Koch, ITRB 2008, 131, 133.}\]
\[1633\, \text{Koch, ITRB 2008, 131, 134.}\]

375
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. 1634 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). 1635 Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht fort, d.h. der Verleiher schuldet die Vergütung, Vergütungsortzahlung 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. 1636 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. 1637 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

1634 Hamann, in: Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 70.
welche Arbeiten einsetzt, so liegt Arbeitnehmerüberlassung vor.\footnote{Siehe auch \textit{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.} 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.\footnote{LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.3.2013 – 12 Sa 1624/12, NZA-RR 2013, 466.} 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.\footnote{LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.3.2013 – 12 Sa 1624/12, NZA-RR 2013, 466.}


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


Indizien für einen Werkvertrag:

- 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,

---


1646 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 gewerbliche 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.


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“. Als zulässig wird hingegen angesehen, wenn der Softwareersteller nach Stunden abrechnet oder im Rahmen von Individualverträgen eine Regelung vorsieht, die einen pausen Kfz-Kostenanteil festsetzt.

3. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen


a) Ausschluss und Beschränkung der Haftung


Unwirksam sind auch Klauseln, die die „Haftung aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen auf die zulässige Mindestsumme begrenzen“. Diese Inhaltsleere Floskel hält weder dem Klauselverbot des § 309 Nr. 7 BGB noch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2

---

1651 Vgl. BGH, Urt. v. 4.3.1987 – IV a ZR 122/85, NJW 1987, 1815.
1652 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\textsuperscript{1653} 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.\textsuperscript{1654} 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.\textsuperscript{1655}


\textsuperscript{1653} 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.
\textsuperscript{1654} Vgl. Lindacher, in: Wolf/Horn, AGB-Gesetz, 3. Aufl., § 11 Nr. 7 Rn. 22; Schlosser, WM 1978, 558, 564.
rung einer bestimmten Toleranzgrenze bezüglich der Anzahl und Dauer von Ausfällen pro Zeiteinheit. 1656

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 schuldhafte 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.


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. 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


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.

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 Widerrufskausalnen in Arbeitsverträgen. § 308 Nr. 4 BGB untersagt auch im Arbeitsrecht die klauselmäßige „Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von

---

ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Teil zumutbar ist.\textsuperscript{1660}

Da es sich hierbei um ein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit handelt, sind Änderungsvorbehalte nicht generell unzulässig. Schon nach alter Rechtslage (\textsection 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.\textsuperscript{1660} Dabei wird man nach neuer Rechtslage auch auf den Maßstab des \textsection 313 BGB zurückgreifen können, 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.\textsuperscript{1666} Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die geschuldete Dienstleistung nach dem gesetzlichen Leitbild des \textsection 613 Satz 1 BGB eine höchstpersönliche Pflicht sei. Daher sei ein formularmäßiger Änderungsvorbehalt auch dann unwirksam, wenn er sich auf vorhersehbare Verhinderungen (Urlaub) erstrecke.\textsuperscript{1661} 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.\textsuperscript{1662} 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 \textsection 10 Nr. 4 AGBG zurückgegriffen werden.\textsuperscript{1664} So sind einseitige Auftragserweiterungsvorbehalte für entgeltpflichtige Zusatzleistungen auch nach der Schuldrechtsreform unzulässig.\textsuperscript{1665} Zu beachten ist ferner, dass nach Rechtsprechung des BGH\textsuperscript{1666} Klauseln unzulässig sind, die dem Verwender das Recht zur Änderung von Leistungsbeschreibungen geben. Verboten ist auch die Verwendung einer Klausel, die eine Leistungsän-

\textsuperscript{1662} OLG Hamm, Urt. v. 4.5.1994 – 3 U 198/93, NJW 1995, 794.
\textsuperscript{1663} Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2015, \textsection 308 Nr. 4 Rn. 10b.
derung an einen fingierten Konsens der Parteien koppelt und den Kunden auf ein Widerspruchsrecht verweist.\textsuperscript{1667}

**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 eingeführt 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.\textsuperscript{1668}

**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.\textsuperscript{1669} 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

\textsuperscript{1668} Vgl. zur alten Rechtslage Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 2 Rn. 64.
das Vertragsverhältnis ohne seinen Widerspruch oder seine Kündigung mit den neuen AGB fortgesetzt wird.\footnote{1670}{Hennrichs, in: Dauner-Lieb u.a., 3. Auflage 2015, § 308 Rn. 7.}


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:


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.\textsuperscript{1672}

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\textsuperscript{1673} 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


---


\(^{1675}\) LG Köln, Urt. v. 15.4.2003 – 85 O 15/03, CR 2003, 484.

Anders war die Situation in einem Fall, den das LG Köln\textsuperscript{1677} zu entscheiden hatte. Hier war der Anwender nach \textit{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 \textbf{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\textsuperscript{1678} in der vertraglichen Pflicht zur Überlassung einer \textbf{Dokumentation} implizit auch eine Pflicht zur Quellcodeübergabe mitgeschuldet. Verpflichtete sich der Hersteller einer Steuerungsanlage, eine komplette Dokumentation mit Schaltbildern und Beschreibungen zu erstellen, die eine sachgemäße Bedienung und Wartung ermöglichen, so liege ein wesentlicher Mangel vor, wenn der Quellcode nicht wenigstens insoweit zur Verfügung gestellt wird, wie dieser Voraussetzung für eine Anpassung der Steuerung an in der Praxis üblicherweise auftretende Veränderungen sei.

Noch großzügiger argumentierte das LG Aschaffenburg, das bei der Erstellung von Individualsoftware für den weiteren Absatz an Kunden des Auftraggebers eine Ablieferungspflicht bejaht.\textsuperscript{1679} Das LG Frankfurt hat für \textbf{jeden Programmerstellungsvertrag} eine Auslieferung des Quellcodes, und das schon vor der Abnahme, verlangt.\textsuperscript{1680} Die Literatur nahm z.T. einen Herausgabenanspruch bereits dann an, wenn der Hersteller die ihm zumutbare Fehlerbeseitigung nach Ablauf der Gewährleistungsfrist verweigert.\textsuperscript{1681}

Der BGH hat zunächst 1987 erstmals in Sachen Escrow entschieden.\textsuperscript{1682} Hier sprach sich das Gericht dafür aus, eine genaue Vertragsanalyse über die Reichweite der Überlassungspflichten entscheiden zu lassen. Entscheidend sei „auf den Vertragszweck und den danach vorausgesetzten Gebrauch der Programme“ abzustellen. Zu fragen sei, ob der Anwender zur Nutzung der Programme der Übergabe der Quellen bedürfe. Sofern der Anwender nicht zu Änderungen und Fehlerbeseitigungen berechtigt sei, bedürfe er auch des Quellcodes nicht. Im Gegenteil: Durch die Herausgabe könnten nunmehr Änderungen an ihren Programmen vorge-

\textsuperscript{1680} OLG Frankfurt, Urt. v. 25.3.1992 - 23U 208/89, BB 1993,Beil. 3 zu Heft 5 = CR 1993,693.
\textsuperscript{1681} Moritz, CR 1999, 541, 545.
\textsuperscript{1682} BGH, Urt. v. 30.1.1986 – 1 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.


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.


2. Hinterlegung des Quellformats


ist deshalb, inwieweit den Lieferanten eine Pflicht zur Hinterlegung des Quellformats trifft und ob entsprechende Vereinbarungen überhaupt sinnvoll sind.

**a) Hinterlegungspflichten**


**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.


**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.


Selbst wenn aber bestimmte Methoden der „strukturierten Programmierung“ benutzt worden sind, werden viele Quellformate, die anfänglich noch übersichtlich sind, völlig unüberschaubar, wenn Programme bei Fehlern „geflickt“ werden müssen. Die mit der Analyse betrauten
Fachleute sind dann meist nicht mehr in der Lage, die Gedanken des ursprünglichen Programmierers nachzuvollziehen.

Im Übrigen sind die **hohen Kosten** für die Hinterlegung zu bedenken. Zu zahlen ist regelmäßig eine einmalige Hinterlegungsgebühr, jährliche Lagergebühren sowie Sondervergütungen für die Hinterlegung von Updates oder die Verifizierung des Materials. Bei der Hinterlegung durch Notare werden sogar nach dem Wert des Materials die Kosten im Rahmen der KostO berechnet.

**bb) 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,1686 dass die Hinterlegungsstelle lediglich Eigentum an den körperlichen Gegenständen bekommen solle, die Rechte an den Daten jedoch aufschließend bedingt dem Anwender eingeräumt werden könnten. Eine Trennung von Eigentum und sonstigen Rechten ist künstlich, zumal ein Recht an Daten bislang nicht anerkannt ist.1687


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

---

1686 Bömer, Hinterlegung, 398 f.
1687 Hierzu Hoeren, MMR 2013, 486.
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.


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.


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.\textsuperscript{1689} 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.


\textbf{cc) Vertragsgestaltung}

Hinterlegungsvereinbarungen sollten im Kern erst einmal aus einer hinreichend spezifizierten \textbf{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 einnehmen, dass die Sourcen durch die Hinterlegungsstelle geprüft werden.

Die Pflichten der Hinterlegungsstelle umfassen zunächst einmal die \textbf{Geheimhaltungspflicht} in Bezug auf das überlassene Know-how. Die Sourcen sind sicher aufzubewahren (insbeson-
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:

- 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 Vertragspflichten, 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


### 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-

---

1690 Siehe Bömer, Hinterlegung, 394 f.
Um direkte Vereinbarungen mit dem Anwender schließen zu können, bedient sich die Softwareindustrie drei verschiedener Wege:


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.

steller ein Recht haben, die „Lizenz“ technisch auszuschalten. Das Gesetzesvorhaben hat sich nie durchgesetzt; es kam nur in wenigen Bundesstaaten (in Maryland und Virginia\(^{1691}\)) 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 Aufrüßen 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.\(^ {1692}\) 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.\(^ {1693}\) Ähnliches gilt für Versuche, einen Vertragsschluss mittels Drücken der Enter-Taste zu konstruieren.\(^ {1694}\)

### III. Application Service Providing und Cloud Computing

LITERATUR:


\(^{1691}\) 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.


\(^{1694}\) 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 Be-
nutzung 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 Konse-
quenzen erforderlich. Insbesondere sind im deutschen Recht Vorschriften des Bundesdaten-
schutzgesetzes (BDSG) zu beachten. Hinzu kommen nutzerabhängige produkt- und branchen-
spezifische 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 kön-
nen. Als Beispiel sei hier „pretrial discovery“ genannt. Die pretrial discovery ist eine Beson-
derheit des angelsächsischen Verfahrensrechts und hat insbesondere in den USA eine beson-
dere Ausprägung erhalten.\footnote{Stempfle, in:Terbille/Höra, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 13 f.;
Deutlmoser/Filip, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediarecht, München 2015, Teil 16.6.}
weitreichendes Beweisermittlungsverfahren vor der mündlichen Verhandlung.\footnote{Henry, GRUR Int. 1983, 82 (m.w.N.).}
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 „Ti-
me-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 Soft-
ware-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 Soft-
ware vorrätig halten.Auf diese Art und Weise kann er immer auf die aktuellsten Softwarever-
sionen zugreifen, ohne die teure Software direkt käuflich erwerben oder anmieten zu müssen.

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.


___________________________

1697 Söbbing, Cloud und Grid Computing: IT-Strategien der Zukunft rechtlich betrachtet, MMR 2008, XII.
Daten handelt, ein Datenschutzproblem vor. Aber auch Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Datenverlust und mangelnde Sicherheit sind noch weitgehend ungeklärt.

2. Rechtsnatur


Der BGH hat in einem jüngeren Urteil zu ASP-Verträgen die Einordnung als Mietvertrag, der die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer beweglichen Sache zum Gegenstand hat, ange nommen. 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.


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.


---

1705 Vgl. zum Streitstand Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, 4. Aufl. 2014, § 69c, Rn. 43 ff. m.w.N.
4. Hauptleistungspflichten

a) Leistungspflicht
aa) Geschuldeter Erfolg


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. Die Dokumentation muss auf jeden Fall kurze Installationshinweise enthalten. Die Überlassung einer Dokumentation kann nicht dadurch ersetzt werden, dass der Anbieter auf Schulungsprogramme hinweist.

cc) Rechte

Im Übrigen ist bei der Rechteinräumung zu beachten, dass die Emulation der ASP-Software auf der Benutzeroberfläche, also der bloße Programmablauf nach h.M. keine Vervielfältigung

darstellt.\textsuperscript{1709} Etwas anderes würde evtl. dann gelten, wenn zusätzlich über die Benutzeroberfläche hinaus die Software auch im Arbeitsspeicher des Rechners (RAM) gespeichert würde.\textsuperscript{1710} 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).\textsuperscript{1711}

b) Entgelt


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;\textsuperscript{1712} insofern kann der ASP bei Veränderungen der technischen Infrastruktur auf Nutzerseite ein erhöhtes Nutzungsentsgelt 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-

\textsuperscript{1711} Schulze, ZUM 2011, 2; Dietrich, ZUM 2010, 567.


Im Übrigen gehört zu den Mitwirkungspflichten des Kunden:

- die Mitwirkung bei Qualitätssicherungsmaßnahmen
- die Bereitstellung aller für den ASP erforderlichen Informationen
- die Benennung von Ansprechpartnern
- die Bereitstellung von Testdaten
- die Gewährung von Zutritt zu den Räumen des Kunden
- die Mitteilung, wohin Altdaten des Kunden übernommen werden sollen
- die temporäre Unterlassung der Nutzung während der Wartungszeiten.


Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch die nachvertragliche Pflichtverletzung („culpa post pactum finitum“). Kommt es zur Beendigung des Vertrags, hat der Kunde ein Wegnah-

1713 Redeker, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rn. 616.
mehrrecht 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 vorzieht. 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


a) Verarbeitung personenbezogener Daten


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. 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.

Selbst wenn eine solche Privilegierung abgelehnt wird, soll jedenfalls der Rechtfertigungsgrund des berechtigten Interesses greifen oder grundsätzlich akzessorisch der jeweils für den Verantwortlichen geltende Rechtfertigungsstatbestand. 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, 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.

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.


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.


cc) Pflichten im Hinblick auf die Auftragsverarbeitung


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

Daten in der Regel zu löschen oder zurückzugeben (Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. g DSGVO). Zu-
dem soll der Auftragsverarbeiter den Verantwortlichen bei Maßnahmen wie der Datenschutz-
Folgeabschätzung und der Meldung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Da-
ten, etwa bei Hacker-Angriffen, unterstützen (Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. f DSGVO).

Beim Verletzung der Pflichten durch den Verantwortlichen – etwa bei der Auswahl und Kon-
trolle – 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 Drittstat (außerhalb der EU/EWR) mit einer Da-
tenverarbeitung 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 hin-
sichtlich 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 an-
gemessenes Datenschutzniveau vorliegt, unterliegt nicht mehr wie früher der in Art. 25 Abs. 1
DS-RL und § 4 Abs. 2 BDSG a. F. vorgesehen Prüfung des Datenexporteurs nach Maßgabe
des BDSG1724, 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 Kommissi-
on im Amtsblatt der Europäischen Union und auf ihrer Website eine Liste aller Drittländer
beziehungsweise Gebiete und spezifischen Sektoren in einem Drittland und aller internationa-
len Organisationen, für die sie durch Beschluss festgestellt hat, dass sie ein angemessenes

1724 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),
- 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),
- 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),

Zudem laufen Verhandlungen der Kommission mit Südkorea und Japan.1725


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


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-

1726 EuGH, Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14, Rn. 94.
1727 Von Lewinski, EuR 2016, 405, 413.
1728 Von Lewinski, EuR 2016, 405, 413f.

1729 Dammann, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3 Rn. 36.
1731 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 beschriebenen flexiblen Datenlagerung, das Problem der Standortangabe. Es ist aufgrund der Konzeption von Cloud-Systemen nicht ohne weiteres möglich einen konkreten Standort des Datenverarbeitungssystems zu benennen. Jedoch wird durch die dynamische Bedarfsanpassung der IT-Systeme der Zugriff der Finanzbehörden in keiner Weise erschwert. Im Ergebnis bleibt die 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.\textsuperscript{1732} 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.\textsuperscript{1733} 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**


---

\textsuperscript{1732} Klein, Abgabenordnung, 12. Auf. 2014, § 147, Rn. 60.
\textsuperscript{1733} Klein, Abgabenordnung, 12. Aufl. 2014, § 146, Rn. 57.
\textsuperscript{1734} Vgl. BFH BStBl 92, 55; BFH/NV 91, 573, 724; 95, 373.
8. Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)


1743 Werner, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Stand 2015), § 87 BetrVG Rn. 92.
1744 Richardi/Richardi, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 87 Rn. 501; Werner, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Stand 2015), BetrVG, § 87 Rn. 92.
1746 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.
Spyware gesammelten Ergebnisse somit vor Gericht nicht verwendbar. Vielmehr müsse der Arbeitgeber schon präventive Maßnahmen (Sperren) einsetzen.

IV. General Public License (GPL)

Literatur:

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, steigt die Attraktivität des Rückgriffs auf freie Software.


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-


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 Bedingungen der GPLv2 automatisch zu einem Verlust sämtli-
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.\footnote{LG Halle, Urt. v. 27.7.2015 – 4 O 133/15 = MMR 2016, 417.}
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.\footnote{LG Leipzig,
Beschluss v. 2.6.2015 – 05 O 1531/15, MMR 2016, 417.}
Wird ein Open Source Code mit einem kommerziellen Programm vermischt, spricht man von
einem „Open Source Hybrid“.\footnote{Beardwood/Alleyne, Open Source Hybrids and the Final GPLv3, CRi 2008, 14.}
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,\footnote{Funk/Zeifang,
Die GNU General Public License, Version 3 – Eine Analyse ausgewählter Neuregelungen
aus dem Blickwinkel deutschen Rechts, CR 2007, 617, 618.} 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 \textit{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 Rechteinräumung verwiesen wurde,
dabei jedoch vor einer kartellrechtlichen Bewertung des Falls zurückgescheut.\footnote{LG Frankfurt a. M., Urt. v. 6.9.2006 – 2-06 O 224/06.}
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.\footnote{Schmidt, in: Beck’scher Online-Kommentar zum BGB (Stand 2015), § 306 Rn. 18.}
Es hätte also weiter geprüft werden müssen.

Die Formulierung „provided that the following conditions are met“ bezieht sich nach h.M. auf
\footnote{Metzger, GRUR 2008, 131.}

\footnote{LG Leipzig, Beschluss v. 2.6.2015 – 05 O 1531/15, MMR 2016, 417.}
\footnote{Beardwood/Alleyne, Open Source Hybrids and the Final GPLv3, CRi 2008, 14.}
\footnote{Funk/Zeifang, Die GNU General Public License, Version 3 – Eine Analyse ausgewählter Neuregelungen aus dem Blickwinkel deutschen Rechts, CR 2007, 617, 618.}
\footnote{LG Frankfurt a. M., Urt. v. 6.9.2006 – 2-06 O 224/06.}
\footnote{Schmidt, in: Beck’scher Online-Kommentar zum BGB (Stand 2015), § 306 Rn. 18.}
\footnote{Metzger, GRUR 2008, 131.}

Mit dem Ziel der Einräumung eines weitestgehenden Verwertungsrechts für den Nutzer erlauben die GPL die **freie Vervielfältigung und Veränderung des Quellcodes**. Das Bearbeitungsrechts 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. 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. 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)


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-


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 Nutzungsbeugnis ergebe sich bereits aus § 69d Abs. 1 UrhG, da durch diese Bestimmung bereits alle notwendigen Nutzungsrechte umfasst seien.\textsuperscript{1779}

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.\textsuperscript{1780} Abzuwarten bleibt, welche möglichen Änderungen sich hier durch das im April 2016 verabschiedete Vergabemodernisierungsgesetz (VergRModG)\textsuperscript{1781} ergeben.

\textsuperscript{1778} Wiebe, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 69c Rn. 49 f.
\textsuperscript{1779} Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 595e.
\textsuperscript{1781} BT-Drucks. 18/6281.
V. IT-Outsourcing und Change Request

Literatur:

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).\(^\text{1782}\)

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-

gebühren dafür, dass der Dienstleister Betriebswissen erhält. Dies birgt auch das Sicherheits-
risiko, dass Dritte Zugang zu Betriebsinterna bekommen. Mit Outsourcing ist aufgrund der festen Vertragslaufzeiten, die in diesem Bereich üblich sind, regelmäßig auch ein Flexibilitä-
tätsverlust verbunden. Langfristig kann es im Übrigen zu Kostensteigerungen kommen, ger-
de im Vergleich zu den Kosten einer internen IT-Nutzung. Auf die Probleme des Arbeits-
platzabbaus 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 Outsour-
cinggeber wird vor allem an der Servicequalität, der Kostenkontrolle und der Flexibilität ge-
legen sein. Im Bereich der Servicequalität geht es ihm um die Festlegungen der Anforderun-
gen bei Vertragsabschluss; hier sind die genauen Modalitäten der gewünschten Dienste genau
to spezifizieren. Kommt es während der Vertragslaufzeit zu Innovationsfortschritten, möchte
der Dienstegeber beteiligt werden. Im Übrigen wird die Service-Qualität auch durch Haf-
tungs- und Kündigungsregeln bei Schlechtleistung abgesichert. Im Bereich der Kostenkon-
trolle richtet sich das Interesse des Outsourcinggebers auf die Erzielung eines günstigen Preis-
es, sowohl bei Vertragsabschluss als auch während der Vertragslaufzeit. Insbesondere wird
er vermeiden wollen, zusätzliche Kosten übernehmen zu müssen. Hinsichtlich der Flexibilität
gehen das Interesse des Dienstegebers dahin, ein entsprechendes Änderungs- und Ausstiegs-
recht vorzusehen.

Der Outsourcingnehmer seinerseits hat vor allem ein Gewinninteresse. Ihm geht es um die
Sicherung einer ausreichenden Gewinnmarge. Lange Laufzeiten sollen die Anfangsinvestitio-
nen 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. Typischer-
weise ist der Outsourcingnehmer nicht nur für einen Kunden tätig, sondern übernimmt den
Auftrag für eine Reihe ähnlicher Fälle. Neben dem Gewinninteresse will sich der
Outsourcingnehmer auch hinsichtlich der Risiken absichern, etwa durch die Ablehnung von
Qualitätssicherungen und die Reduzierung der Haftung bei Schlechtleistung.

Die verschiedenen Interessen abzuwägen und in ein vernünftiges Vertragskorsett zu bringen,
is 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 Ver-
tragsgestaltung 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.


Die Softwareverträge sind daraufhin zu kontrollieren, ob sie übertragbar und/oder kündbar sind. Hier gilt es insbesondere die bestehenden Übertragungsverbote zu berücksichtigen. Die-

\[1784\] 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).


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. Im **Hauptvertrag** gilt es dann, eine Reihe immaterialgüterrechtlicher Fragen zu klären. Insbesondere die Frage der Abtretungsmöglichkeit von bestehenden Nutzungsrechten ist schwierig zu klären.


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 angehänten 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

1789 Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 641c.
wiederholtem Verstoß kann zusätzlich ein außerordentliches Kündigungsrecht vorgesehen werden.


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. Neben einem solchen Verfahren ist ein Mehraufwand allenfalls im Rahmen eines sogenannten Anpassungsverfahrens im Wege des § 313 BGB (gegebenenfalls gerichtlich) geltend zu machen. 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 Leistungsver- und -nachteile für den Outsourcinggeber. Vorzusehen ist eine Annahmepflicht des Outsourcingge-

1791 OLG Koblenz, Urt. v. 12.11.2015 - 1 U 1331/13.
1792 OLG Koblenz, Urt. v. 12.11.2015 - 1 U 1331/13.


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 vorrangigen Belange des Betroffenen entgegenstehen. Als Sonderproblem bleibt der § 203 StGB, der ein echtes Outsourcing nahezu unmöglich macht, wenn es um Kreditinstitute, Arzt- und Anwaltspraxen sowie Lebensversiche-

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 Outsourcinggeber 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 Prüfungs-pflichten 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. Umstritten ist dabei, ob jeder Übertragungsprozess zwischen Auftraggeber und Dienstleister künftig einzeln legitimiert werden muss. 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.

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-

\[1793\] Siehe dazu Seffer/Horter, ITRB 2004, 165.
\[1796\] Schmidt/Freund, Perspektiven der Auftragsverarbeitung – Wegfall der Privilegierung mit der DS-GVO?, ZD 2017, 17, 18
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


---

\(^{1797}\) So etwa für den Bereich des OEM-Vertriebs Bachhofer, CR 1988, 1, 2.
In der Praxis existieren drei Lösungsansätze:


a) Gewerbe und Kaufmann

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.

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.


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.\(^\text{1799}\) 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).

---


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 Konkurrenzitätigkeit des Handelsvertreters, Rückgang im Gesamtumsatz oder die Sogwirkung der berühmten Marke (bis zu 25 % Abzug).


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.\(^\text{1801}\)

Die Beweislast trägt grundsätzlich der Handelsvertreter. Für das Herbeiführen des Kundengeschäfts nach § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB. genügt der vom Handelsvertreter zu führende


\(^{1801}\) 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


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. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Verpflichtung erst bei Vertragsbeendigung oder – wie hier – schon während der Vertragszeit durch laufende Übermittlung der Kundendaten an den Hersteller zu erfüllen ist; entscheidend ist, dass der Hersteller dadurch tatsächlich in die

Lage kommt, sich den Kundenstamm auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter nutzbar zu machen.

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. 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


1808 Streitig ist, ob der Regress auch im Falle der Nachbesserung gilt; siehe Maultzsch, JuS 2002, 1171, 1172; Böhle, WM 2004, 1616, 1618.

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. 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. 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. 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

\[1810\text Vgl. Lorenz, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 478 Rn. 43. \\
1811\text Lorenz, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 478 Rn. 38. \\
1812\text Lorenz, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 478 Rn. 44; Weidenkaff, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 478 Rn. 20 ff. mit weiteren Bsp. \\
1813\text Lorenz, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 478 Rn. 45. \\
1815\text BGH, Urt. v. 8.11.1979 – II ZR 115/78, NJW 1980, 782 = BB 1980, 384. \\
1816\text Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht (2003), § 5 Rn. 164.\]
können. Eine weitere Ansicht widerspricht dieser weiten Auslegung, ein einziger gründlicher Test- und Probedurchlauf sei nach vorheriger Einweisung bereits ausreichend.


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.


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 Händler 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-

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 Heran- bringung des Werkstückes an das Publikum dienen. Er soll schon vom Verbreiter eine Vergü- tung in Form von Schadensersatz verlangen können, die der Verbreiter natürlich auf den Verbraucher abwälzen kann. Zudem gelingt es dem Rechteinhaber fast nie, schon die erste Verbreitungshandlung zu erfassen und mittels Unterlassungsanspruch zu unterbinden, was- halb er auch bei den folgenden noch zugreifen können soll. Es haftet also grundsätzlich jeder, der die Urheberrechtsverletzung adäquat kausal (mit)verursacht hat.

Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts innerhalb der Europäischen Union gem. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG kommt nicht in Frage, da es bei dem Verbreitern von Fälschungen von Computerprogrammen an der Zustimmung des Rechteinhabers fehlt. Bei einem Anspruch auf Unterlassen haftet der Zwischenhändler verschuldensunabhängig. Es genügt also die rechtswidrige Verwirklichung des Verletzungstatbestands, 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 fahrlässig, wer die im Verkehr

1829 Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Aufl., Tübingen 2013, Rn. 682.
erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Fraglich ist, welcher **Maßstab an die Sorgfaltspflicht** im Rahmen einer Fahrlässigkeitshaftung zu stellen ist.


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

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

---

der Einzelhandelsversion, sondern der Vergleichspreis einer legalen OEM-Version maßgeblich ist.¹⁸³⁶

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.¹⁸³⁷

4. Kartellrecht und IT-Vertriebsverträge


hängige Marktstrategie verfolgen kann.\textsuperscript{1839} 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.\textsuperscript{1840} 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.\textsuperscript{1841} 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).


\begin{itemize}
\item \textsuperscript{1839} So etwa \textit{EuGH}, Urt. v. 13.2.1979 – Rs 85/76, NJW 1979, 2460 f. (m. Anm. Meier) = Slg. 1979, I-461, 462;
\item \textsuperscript{1843} \textit{Berger}, K&R 2005, 15, 16.
\item \textsuperscript{1844} \textit{Ulmer}, ITRB 2006, 211.
\end{itemize}


\[1846\] Zu den Freistellungsvoraussetzungen gehört gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV eine Verbesserung der Warenerezeugung oder -verteilung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn (z.B. durch Preissenkungen).

\[1847\] ABl. Nr. L 001 v. 4.1.2003, S. 1–25.


\[1849\] VO Nr. 330/2010 v. 20.4.2010.


---

1859 EG 3 zur GVO-VV.
Art. 2 Abs. 3 GVO gesperrt wäre.\textsuperscript{1862} 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.\textsuperscript{1863} Dies gilt auch für den Vertrieb von vorinstallierter Software mit entsprechender Hardware.\textsuperscript{1864} 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.\textsuperscript{1865} 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.\textsuperscript{1866} 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.


\textsuperscript{1862} Grützmacher, ITRB 2005, 205, 206.
\textsuperscript{1864} 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).
\textsuperscript{1867} 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.

453
Diese Freistellung gilt wiederum nicht für besonders gravierende Wettbewerbsverstöße, wie etwa die Festlegung verbindlicher Mindest- oder Festpreise.


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.


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

\[1872\] Art. 1 Buchst. d GVO-VV Vertriebssysteme.
\[1873\] Art. 4 Buchst. d GVO-VV.
\[1874\] 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 Industri- und Handelskammer […] öffentliche 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.\textsuperscript{1875}

\textsuperscript{1875} 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 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 Programmcode 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.
Das Recht zur Nutzung der Produkte geht mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises auf den Kunden über.

§ 3 Gewährleistung und Haftung


(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 unmöglich ist, wenn sie vom Lieferanten verweigert oder unzumutbar verzögert wird, wenn begründete Zweifel hinsichtlich der Erfolgsaussichten bestehen oder wenn eine Unzumutbarkeit aus sonstigen Gründen vorliegt.

(3) Der Käufer ist, sofern es sich nicht um einen Verbraucher handelt, verpflichtet, die gelieferte Ware auf offensichtliche Mängel, die einem durchschnittlichen Kunden ohne weiteres auffallen, zu untersuchen. Zu den offensichtlichen Mängeln zählen auch das Fehlen von Handbüchern sowie erhebliche, leicht sichtbare Beschädigungen der Ware. Ferner fallen Fälle darunter, in denen eine andere Sache oder eine zu geringe Menge geliefert werden. Solche offensichtlichen Mängel sind beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach Lieferung schriftlich zu rügen.

Mängel, die erst später offensichtlich werden, müssen beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach dem Erkennen durch den Anwender gerügt werden.

Bei Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht gilt die Ware in Ansehung des betreffenden Mangels als genehmigt.

§ 4 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

§ 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 aufrechterhalten und zu sichern. Hierzu wird F für T die im Pflichtenheft und etwaigen Service Level Agreements, die insgesamt Vertragsbestandteil sind, aufgeführten Funktionen der Software

(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.


§ 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

(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.


(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.


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


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


(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.


(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


(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.1876

1876 Siehe §§ 4 und 5 ArbNEG.
(4) Soweit Arbeitsergebnisse gem. Abs. (1) und (2) urheberrechtlich geschützte Werke sind, räumt Herr Y der X hieran ausschließlich, 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).


§ 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, Problem analysen, 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, Problem analysen, 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.


§ 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

(2) Die Verpflichtung aus Abs. (1) bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.


§ 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 unbeauftragte Weitergeben von Informationen aus dem XXX-Umfeld kann zu schwerwiegenden Schädigungen des Unternehmens führen. Dabei ist auch zu beachten, dass die XXX ein international tätiges Unternehmen ist, dessen Kundschaft und Partner sich aus allen Teilen der
Welt rekrutieren. XXX muss aus diesen Gründen darauf bestehen, dass sich der Arbeitnehmer bei allen Aktivitäten zur strikten Vertraulichkeit im Rahmen der weiteren Bestimmungen verpflichtet.

§ 1 Der Arbeitnehmer verpflichtet sich aus diesen Gründen zur strikten und unbedingten Geheimhaltung sämtlicher Tatsachen, Informationen und Unterlagen (in mündlicher, gedruckter oder maschinenlesbarer Form), welche den in der Präambel bezeichneten Geschäftsbetrieb der XXX betreffen (im Weiteren als „vertrauliche Informationen“ bezeichnet). Zu den vertraulichen Informationen zählen insbesondere

- die von der XXX-Gruppe entwickelten Technologien und Datenmodelle zur computer-gestützten Analyse von Finanzmärkten,
- die von der XXX-Gruppe zur Analyse entwickelte Software, einschließlich des Source Codes, Object Codes, der Programmdokumentation, der Datenflusspläne, der 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.


§ 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.


V. Muster einer Vereinbarung zum Change Request

Präambel


§ 1 Vertragsmanagement

470
(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.


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.


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.


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.


Das Change-Management ist dabei an das nachfolgende Verfahren gebunden:

- 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 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.


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


§ 1 Hauptleistungspflichten

(1) XXX bietet als Softwarepflege folgende Leistungen an:

- Dem Kunden werden jene neuen Programmstände (z.B. Updates) der vertragsgegeneständlichen 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


(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


§ 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. A "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.


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.


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 posses-
sion 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 un-
der 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 con-
tinue to provide support service, warranty, or updates for a work that has been modified or in-
stalled 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 af-
facts 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 availa-
ble to the public in source code form), and must require no special password or key for un-
packing, reading or copying.
7. Additional Terms.
"Additional permissions“ are terms that supplement the terms of this License by making ex-
ceptions 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 Pro-
gram, that part may be used separately under those permissions, but the entire Program re-
mains 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.


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 prop-
agate 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 con-
veying the work, and under which the third party grants, to any of the parties who would re-
ceive the covered work from you, a discriminatory patent license (a) in connection with cop-
ies 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 oth-
er defenses to infringement that may otherwise be available to you under applicable patent
law.

If conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that con-
tradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this Li-
cense. 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 oblige 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 Li-
cense will continue to apply to the part which is the covered work, but the special require-
ments of the GNU Affero General Public License, section 13, concerning interaction through
a network will apply to the combination as such.
14. Revised Versions of this License.
The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the GNU General
Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present
version, but may differ in detail to address new problems or concerns.
Each version is given a distinguishing version number. If the Program specifies that a certain
numbered version of the GNU General Public License "or any later version" applies to it, you
have the option of following the terms and conditions either of that numbered version or of
any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify
a version number of the GNU General Public License, you may choose any version ever pub-
lished 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 perma-
nently authorizes you to choose that version for the Program.
Later license versions may give you additional or different permissions. However, no addi-
tional 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 COP-
YRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM "AS IS"
WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, IN-
CLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTA-
BILITY 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 NECES-
SARY 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 MODI-
FIES 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 BE-
ING 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 Programmalgorithmien der Software auf einem gemeinsamen Entwicklungscomputer 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 Programmalgorithmien vergleichen.

b) Zum Sachverständigen wird Herr Dipl.-Informatiker XX ernannt, hilfsweise ein vom Gericht zu bestimmender Sachverständiger.

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 beschlagnehmen, damit der Sachverständige vor Ort eine sofortige Besichtigung eines gemeinsamen Entwicklungservers 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 Entwicklungs server 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 Entwicklungs server 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 Entwicklungs server 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.


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) genann-ten 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 selbständigen 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 (Ge-

schäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenle-

gung

(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 intellektueller 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 Entwicklungsaktivitäten
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 Patentrechten, Geschmack-

musterrechten oder Urheberrechten. Ein weiteres Mittel, um sich die Ergebnisse der Inno-
vation 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 ge-

nau so wichtig wie Patente und andere Formen von Rechten des geistigen Eigentums ein.
Sie nutzen Vertraulichkeit als Managementinstrument für unternehmerische Wettbewerbs-

fähigkeit und Forschungsinnovationen; dabei geht es um ein breites Spektrum von Informa-

tionen, 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 Geschäftsge-
heimnisse in besonderem Maße und sind stärker auf sie angewiesen. Durch den Schutz
eines derart breiten Spektrums von Know-how und Geschäftsinformationen, die eine Er-

gänzung 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.


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 erworbenen oder genutzten 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 angeblicher rechtswidriger 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.

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 Forschung 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.

Darüber hinaus besteht in Mitgliedstaaten mit einem vergleichsweise geringen Schutzniveau ein höheres Geschäftstrisiko, da es leichter ist, Geschäftsgeheimnisse zu stehlen oder auf andere unrechtmäßige Weise zu erwerben. Das führt zu einer ineffizienten Kapitalallo-

(10) Es ist angezeigt, auf Unionsebene Vorschriften zur Annäherung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten vorzusehen, damit im gesamten Binnenmarkt ein ausreichender und kohärender 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 Regeln zum Schutz der Interessen anderer Parteien eingehalten werden.


(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.


(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.


(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-
die 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.


(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 Grund- 
satz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden müssen und die Umstände des Einzelfalls 
zu berücksichtigen sind. In bestimmten Fällen sollte es zulässig sein, es dem mutmaßli- 
chen Rechtsverletzer vorbehaltlich der Hinterlegung einer oder mehrerer Sicherheiten zu 
gestatten, das Geschäftsgeheimnis insbesondere dann weiterhin zu nutzen, wenn nur ge- 
ringe Gefahr besteht, dass es in die Öffentlichkeit gelangt. Es sollte außerdem möglich 
sein, Sicherheiten in ausreichender Höhe zu verlangen, um die dem Antragsgegner durch 
den 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 
werden könnte. 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 Ge- 
schäftsgeheimnisses gezogen hat. Maßnahmen dieser Art sollten in keinem Fall voll- 
streckbar werden, wenn die ursprünglich dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Infor- 
mationen aus Gründen, die nicht der Antragsgegner zu vertreten hat, allgemein zugäng- 
lich 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 Innenmarkt Verbreitung finden könnten; dadurch 
würde den geschäftlichen Interessen des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses und dem 
Funktionieren des Innenmarkts geschadet. In diesen Fällen ebenso wie in Fällen, in de- 
en 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 
odem geschäftlichen Interessen zurückzugehen, ist es wichtig, die Gerichte zu ermächti- 
gen, 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 Na- 
tur des Handels ist es auch erforderlich, dass diese Maßnahmen ein Verbot der Einfuhr 
der Produkte in die Union oder ihrer Lagerung zum Zwecke einer Vermarktung bein- 
halten. 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 rechtswidrigen 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 entspre- 
chenden 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 Anor- 
nungen der betreffenden Person keinen unverhältnismäßig großen Schaden zufügen, soll- 
ten die Mitgliedstaaten für entsprechende Fälle als alternative Maßnahme die Möglichkeit 
einer finanziellen Entschädigung für die geschädigte Partei vorsehen. Diese Entschädi- 
gung sollte jedoch nicht den Betrag der Lizenzgebühren übersteigen, die bei einer geneh- 
migten Nutzung des betreffenden Geschäftsgeheimnisses für den Zeitraum angefallen 
waren, für den der ursprüngliche Inhaber des Geschäftsgeheimnisses dessen Nutzung hät-
te verhindern können. Würde die rechtswidrige Nutzung des Geschäftsgeheimnisses je-
doch einen Verstoß gegen andere Rechtsvorschriften als die in dieser Richtlinie enthalte-
nen 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 geschä-
digten Inhaber des Geschäftsgeheimnisses so weit wie möglich die Situation wiederher-
gestellt 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 Geschäftsgeheim-
nissen schwierig wäre, die Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens zu bestimmen, käme
als Alternative in Betracht, die Schadenshöhe aus Größen herzuleiten wie etwa den Li-
zenzgebühren, die angefallen wären, wenn der Rechtsverletzer um eine Genehmigung
der Nutzung des betreffenden Geschäftsgeheimnisses ersucht hätte. Bezweckt wird mit
der alternativen Methode nicht die Einführung einer Verpflichtung zu einem als Strafe
angelegten Schadensersatz, sondern die Gewährleistung einer Entschädigung für den In-
haber des Geschäftsgeheimnisses auf objektiver Grundlage unter Berücksichtigung der
ihm entstandenen Kosten, z. B. im Zusammenhang mit der Feststellung der Rechtsverlet-
zung und den Nachforschungen. Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten jedoch nicht
daran hindern, in ihrem nationalen Recht vorzusehen, dass die Schadenshaftung von Ar-
beitnehmern 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 Ge-
schäftsgeheimnissen geht, gegebenenfalls durch öffentlichkeitswirksame Anzeigen zu
veröffentlichen, sofern die Veröffentlichung weder mit einer Offenlegung des Geschäft-
gemeimisses verbunden ist noch der Privatsphäre und der Reputation natürlicher Perso-
nen 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 Zu-
 sammenarbeit und einen Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten einerseits
und zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission andererseits vorzusehen, insbe-
sondere durch die Schaffung eines Netzes von Korrespondenzstellen, die von den Mit-
gliedstaaten 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 Char-
ta 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.


(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.


HABEN FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN:

KAPITEL I

Gegenstand und Anwendungsbereich

Artikel 1

Gegenstand und Anwendungsbereich


(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 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;


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 Ge pflogenheiten 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 Tätig-
keit, sofern der Antragsgegner in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Inter-
esse 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 erforder-
den sind, um einen zivilrechtlichen Schutz vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidri-
ger 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) 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 An-
tragsgegners — im nationalen Recht vorgesehene angemessene Maßnahmen anwenden kön-
nen, falls eine Klage wegen rechtswidrigen Erwerbs oder rechtswidriger Nutzung oder Offen-
legung eines Geschäftsgeheimnisses offensichtlich unbegründet ist und der Antragsteller das
Gerichtsverfahren missbräuchlich oder in unredlicher Absicht eingeleitet hat. Diese Maßnah-
men 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


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 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 enthaltenen Passagen gelöscht oder geschwärtz 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-
(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 angemessenem 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.

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 ergeben 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 ge eignete 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 rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses durch den Rechtsverletzer.


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


Artikel 18

Berichte


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


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.


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.**


