Legislaturperiode in sehr hohem Tempo durch das *Parlament* gepeitscht hat, stellt wohl vor allem den Versuch dar, die dringend notwendige gesellschaftspolitische Diskussion dieses Themas, die gerade in vollem Gange war, abzuwürgen. Am Anfang dieser von der Netzgemeinde ausgehenden Diskussion stand eine Online-Petition zum *Deutschen Bundestag*, in der 134.000 Petenten die Parlamentarier aufgefordert hatten, dem Gesetzesvorhaben nicht zuzustimmen. Und die Kritiker haben alle Sachargumente auf ihrer Seite, was freilich in Wahlkampfzeiten nicht viel bedeuten muss.

Seitens der *Bundesregierung* ist stets betont worden, das Gesetz sei ein Beitrag dazu, die Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet erheblich einzudämmen. Mit den vom Gesetzgeber gewählten Mitteln ist dieses legitime Ziel allerdings nicht ansatzweise erreichbar. Vielmehr beinhaltet das Gesetz die erhebliche Gefahr, dass legale Inhalte in Mitleidenschaft gezogen werden. Zudem werden dem *BKA* Befugnisse eingeräumt, die keiner hinreichenden rechtsstaatlichen Kontrolle unterliegen.

Das Gesetz begründet eine Kultur des Wegschauens, weil die fraglichen Inhalte keineswegs aus dem Netz verbannt werden, sondern unverändert online bleiben und die deutschen Zugangsprovider nur die Aufgabe haben, diese Inhalte vor ihren Kunden zu verbergen. Die Grundannahme des Gesetzgebers besteht darin, dass man im Internet sehr leicht an Kinderpornographie gelangt und diese leichte Zugänglichkeit durch das Gesetz erschwert werden könne. Bereits diese Grundannahme ist falsch. In den 13 Jahren, die ich nun im World Wide Web unterwegs bin, bin ich noch nie auf kinderpornographische Inhalte gestoßen. Man stolpert nicht zufällig über solchen Content und man findet ihn auch nicht ohne weiteres an jeder Ecke des Netzes. Wer kinderpornographische Bilder und Filme finden will, muss vielmehr einen beträchtlichen Aufwand betreiben. Insoweit ist der eher geringfügige Mehraufwand, der darin besteht, im Browser einen anderen Domain-Name-Server einzutragen, zu vernachlässigen. Menschen mit pädophilen Neigungen sind keine unbedarften Nutzer, die man durch die Errichtung einer leicht zu überwindenden Hürde von einem Zugriff abhalten könnte.

Der Gesetzgeber hat sich auch nicht ausreichend mit der Möglichkeit befasst, dass das Gesetz einen gegenläufigen Effekt bewirken und die Verbreitung von Kinderpornographie sogar noch fördern könnte. Denn die vom *BKA* geführten und geheim zu haltenden Listen werden früher oder später im Netz über Plattformen wie Wikileaks publik werden. Hierzu bedarf es noch nicht einmal einer undichten Stelle. Vielmehr genügt es, bei den größten Providern die Stopp-Server zu ermitteln und zu recherchieren, welche Inhaltsangebote dorthin umgeleitet werden. Die Kenntnis der Sperrliste des *BKA* würde die Auffindbarkeit der gesuchten Inhalte sogar erleichtern und damit eine Art Navigationshilfe für Pädophile darstellen. Es besteht also die Gefahr, dem Anliegen des Kampfs gegen Kinderpornographie und damit dem Schutz missbrauchter Kinder einen Bärendienst zu erweisen.

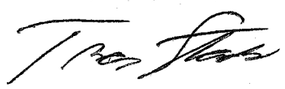
Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber dem Vorhaben sind durchgreifend. Das Zugangserschwerungsgesetz ist schon formell verfassungswidrig, weil es Maßnahmen der Gefahrenabwehr regelt, für die dem Bund die Gesetzgebungskompetenz fehlt. Auch die Verwaltung durch eine Bundesbehörde (*BKA*) sieht das Grundgesetz nicht vor. In materieller Hinsicht ist das Gesetz nicht geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Zudem kann eine zielgenaue Beschränkung auf kinderpornographische Inhalte nicht gewährleistet werden, was die Gefahr beinhaltet, dass legale Inhalte unbeteiligter Dritter einfach mitgesperrt werden. Fraglich ist auch, ob man solche Inhalte nicht besser vor Ort am Standort der Server bekämpft und tatsächlich löschen lässt, nachdem in praktisch allen Ländern der Welt, in denen eine Netzinfrastruktur existiert, auch die Verbreitung kinderpornographischer Inhalte unter Strafe steht.

Die im Netz geäußerte Kritik spitzt sich häufig auf einen Zensurvorwurf zu, weshalb Familienministerin *von der Leyen* im Internet auch den Beinamen „Zensursula" erhalten hat. Man ist als Jurist geneigt, diesen Kritikpunkt mit Hinweis darauf, dass eine Vorzensur im verfassungsrechtlichen Sinne nicht erkennbar ist, zügig vom Tisch zu wischen. Damit macht man es sich allerdings zu einfach. Ob die herkömmliche Unterscheidung zwischen Vor- und Nachzensur im Zeitalter des Internet weiterhin unverändert Bestand haben kann, bedarf einer eingehenden wissenschaftlichen Diskussion. Denn im Netz wird nicht wie beim Rundfunk ein einziges Mal ausgestrahlt. Die Inhalte sind vielmehr fortwährend online, sodass auch eine nachträgliche Inhaltskontrolle in viel stärkerem Maße die Gefahr beinhaltet, zensurähnlich zu wirken. Des Weiteren sollte nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die Kritik aus dem Netz gerade gegen den Aufbau einer (technischen) Infrastruktur richtet, die für eine Blockade beliebiger unerwünschter Inhalte eingesetzt werden könnte. Die Internet-Provider sollen – auf eigene Kosten wohlgemerkt – eine technische Struktur errichten, die vom *BKA* gesteuert wird und es der Behörde letztlich ermöglicht, innerhalb kürzester Zeit den Zugang zu beliebigen Internetinhalten zu blockieren. Die Provider werden hierfür einen technischen Prozess implementieren, der die Sperrvorgaben des *BKA* automatisiert umsetzt. Damit wird das *BKA* in die Lage versetzt, unmittelbar auf technische Abläufe einzuwirken.

Wer die öffentliche Diskussion verfolgt hat, weiß, dass es bereits verschiedene Wünsche und Begehrlichkeiten gibt, die Zugangserschwerung auszuweiten. Die Forderungen nach Sperrung sonstiger unerwünschter Inhalte reichen von einer Blockade von urheberrechtswidrigen Inhalten über ausländische Glücksspielangebote bis hin zur Sperrung von Hass-Seiten.

Bei alledem sollte man im Hinterkopf behalten, dass die Provider gesetzlich verpflichtet werden, anerkannte Regeln der Technik zu manipulieren, denn anders können diese künstlichen Access-Blockaden gar nicht umgesetzt werden. Es wäre interessant, den Aufschrei zu hören, den es gäbe, wenn in anderen Bereichen Werk- oder Dienstleister vom Gesetzgeber dazu gezwungen würden, beispielsweise gegen DIN-Normen zu verstoßen. Wer sich mit dem Thema intensiver beschäftigt, wird sich der Erkenntnis nicht verschließen können, dass dieses Gesetz nicht geeignet ist, Kinderpornographie zu bekämpfen und damit Kinder zu schützen. Die Verabschiedung des Gesetzes folgt stärker den Gesetzmäßigkeiten des Populismus als denen der Vernunft.

München, im September 2009



Thomas Stadler

BEITRÄGE

THOMAS HOEREN / JAN SPITTKA

Aktuelle Entwicklungen des IT-Vertragsrechts

ITIL, Third Party Maintainance, Cloud Computing und Open Source Hybrids

Im Themenkomplex des IT-Vertragsrechts werden vor allem Fragen der Vertragsgestaltung, der Durchführung und des Vertriebs, sowie Haftungsfragen bei Softwarelösungen und IT-Projekten behandelt. Hierbei können auf den verschiedensten Ebenen Probleme auftreten. Vor diesem Hintergrund werden neue Ansätze diskutiert, um Fehler bei der Projektgestaltung zu vermeiden, welche zum Scheitern und damit verbunden oft zu langjährigen Rechtsstreitigkeiten führen können. Außerdem sind in den letzten Jahren neue Formen des Vertriebs und der Nutzung von Software aufgekommen, welche zu juristischen Komplikationen führen. Zu denken ist hier an den Handel mit „gebrauchter" Software, das Cloud Computing und die kommerzielle Nutzung von Open Source Software. Auf diese mit aktuellen technischen Entwicklungen verbundenen neuen Fragen soll in Form eines Überblicks über Lösungsansätze in der Literatur und über jüngere Urteile eingegangen werden.

I. Einleitung

Laut der Studie einer Unternehmensberatung werden 20% aller großen IT-Projekte abgebrochen, jedes zweite dauert zudem länger oder wird weitaus teurer als geplant.[1] Aber auch bei kleineren Softwareverträgen kommt es immer wieder zum Streit um Vertragsinhalt und Leistungsfähigkeit der bestellten Lösung. Gerichtliche Verfahren im IT-Recht enden auf Grund ihrer Komplexität und der schwierigen Risikoabschätzung oft mit einem Vergleich zwischen den Parteien, folglich existieren nur wenige gerichtliche Entscheidungen zu dieser Materie. Allerdings äußerten sich auch einige Gerichte zu strittigen Haftungsfragen, die aus fehlgeschlagenen IT-Projekten resultierten. In der einschlägigen Literatur wird vor diesem Hintergrund diskutiert, wie Problemen bei der Durchführung von IT-Projekten schon i.R.d. Vertragsgestaltung antizipiert begegnet werden kann. Darüber hinaus befassten sich Gerichte und Literatur, neben Problemen neuer Vertriebs- und Nutzungsarten, in letzter Zeit immer häufiger mit der Frage, inwieweit es zulässig ist, einmal erworbene, sog. „gebrauchte" Software weiter zu veräußern. Schließlich stellt sich im Bereich des IT-Vertragsrechts immer mehr die Frage nach den Chancen und Risiken der Einbindung von Open Source Software (OSS) in kommerziellen Projekten bzw. der Kombination mit regulär geschütztem Code bei sog. Hybridlösungen.

II. Neue Ansätze für Vorbereitung, Vertragsgestaltung und Durchführung bei IT-Projekten

Bei der Gestaltung von Softwareverträgen und komplexen IT-Projekten kann eine Vielzahl von Problemen auftauchen. Daher stellen sich zwei Fragen. Wo liegen die entscheidenden Fehlerquellen und wie kann ihnen effektiv begegnet werden? Es geht also bei der Verhinderung von Fehlschlägen mittels vorausschauender Vertragsplanung und -gestaltung vor allem um die Ausgestaltung von Test- und Abnahmeverfahren unter Berücksichtigung von Standardisierung, um Vorteile und Problematiken des Lizenzaudits und um die Frage nach den Auswirkungen von Updates. Im Folgenden wird beleuchtet, welche neuen Ansätze in der Literatur diskutiert werden, um ein Fehlgehen oder sogar vollständiges Scheitern von IT-Projekten und die daraus in vielen Fällen resultierenden juristischen Auseinandersetzungen zu vermeiden.

1. Vertragsvorbereitung

Auch unter Juristen setzt sich immer mehr die Einsicht durch, dass es in vielen Fällen nicht mehr ausreicht, sich auf das juristische Kerngeschäft, das Aufsetzen des Projektvertrags, zu konzentrieren. Vielmehr wurde erkannt, dass es schon bei den Vertragsverhandlungen bzw. noch bei der Durchführung und sogar darüber hinaus auf die Vermeidung rechtlicher Pannen ankommt, welche das gesamte Projekt bedrohen können. Dabei werden von Juristen vor allem Fähigkeiten verlangt, die nicht zu ihrem klassischen Ausbildungsrepertoire gehören.

Dies beginnt bereits mit der Auswahl der richtigen Verhandlungsstrategie, mit der die Planung des Projekts in Angriff genommen wird.[2] Die Basis einer erfolgreichen Vertragsverhandlung liegt in einer soliden Sammlung aller relevanten Informationen bezüglich der eigenen Situation und über die Perspektive der anderen Partei. Neben Klarheit über eigene Stärken und Schwächen muss sich der geschickte Verhandlungsführer auch in die Situation des Verhandlungspartners hineinversetzen können, um dessen mögliche Argumente zu sammeln und zu untersuchen.[3] Aufbauend auf diesen Informationen muss die zielführendste Verhandlungsstrategie ausgewählt werden, wobei man sich immer darüber im Klaren sein muss, dass man selber zu Kompromissen bereit sein sollte und dass es u.U. besser sein kann, das Projekt nicht zu starten, falls bei den Verhandlungen unüberbrückbare Differenzen auftauchen

1) *Richter/Bender/Klinger/Herbolzheimer*, Keeping projects on the right track with launch management, S. 4.
2) *Lapp*, ITRB 2008, 67 ff.; *Deister*, ITRB 2009, 21 ff.
3) *Lapp* (o. Fußn. 2), S. 67; *Deister* (o. Fußn. 2), S. 21.

sollten. Ansonsten kann dieser „Geburtsfehler" schnell zu einer langwierigen und kostenintensiven rechtlichen Auseinandersetzung führen.

Zudem sollten Entscheidungen über den Abschluss wichtiger Verträge auch auf Seiten des Auftragnehmers nicht lediglich auf einem Bauchgefühl beruhen, sondern auf Grund einer rationalen Abwägung aller wirtschaftlichen, rechtlichen und technischen Chancen und Risiken.[4] Hierzu sollten innerhalb des Unternehmens i.R.e. „Best Practice" Richtlinien zur Risikoerfassung, Risikobewertung und zum Ergreifen geeigneter Gegenmaßnahmen aufgestellt und organisatorisch implementiert werden.[5] Ein vorschneller Vertragsabschluss unter grobem außer Acht lassen der unternehmerischen Sorgfalt, welcher dadurch zu finanziellen Belastungen des Unternehmens führt, kann u.U. sogar eine Haftung des Vorstands (§ 93 Abs. 2 AktG) bzw. der Geschäftsführer (§ 43 Abs. 2 GmbHG) auslösen[6] und sollte daher nicht unterschätzt werden.

2. Vertragsstrukturierung

Unter dem Gesichtspunkt der „Best Practice" wird in der Literatur diskutiert, wie die sog. „IT Infrastructure Library" (ITIL) für die juristische Vertragsgestaltung und Anspruchsdurchsetzung[7] bzw. für Änderungen der vertraglichen Vereinbarungen während der Vertragserfüllung[8] fruchtbar gemacht werden kann. Bei dieser handelt es sich um eine Sammlung von Best Practice-Ansätzen zur Frage, welche Prozesse eine IT-Organisation klar regeln sollte, um erfolgreich arbeiten zu können, die sich in den letzten Jahren zum de-facto-Standard im Bereich Management und Betrieb von IT-Dienstleistungen entwickelt hat. Die ISO/IEC 20000 liefert standardisierte Definitionen und Prozessanforderungen.[9] Allerdings werden sowohl in der ITIL als auch in der ISO/IEC 20000 lediglich Mindestanforderungen für Regelungen in IT-Projektverträgen definiert, jedoch keine konkreten Vertragsklauseln vorgegeben, sodass Vertragslücken nicht durch einen bloßen Verweis geschlossen werden können.[10] Allerdings erscheint es durchaus sinnvoll, beide Sammlungen bei der Ausarbeitung der Service Level Agreements (SLA), der Operational Level Agreements (OLA) für einheitliche Begriffsdefinitionen sowie Festlegung und Aufteilung der Prozessphasen[11] und i.R.d. Change-Management-Verfahrens zwecks einheitlicher Strukturierung[12] 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.[13] 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.[14] Rechtlich würde es sich anbieten, die Entwicklung nach Prototyping-Verfahren i.R.e. GbR zu regeln, um so zu einer interessengerechten Risikoverteilung zu kommen.[15]

3. Die Problematik des § 651 BGB

Weiterhin große Probleme bei der rechtlichen Bewertung von Verträgen über die Erstellung und Überlassung von individuell angepasster Software stellen der § 651 BGB und die damit verbundene Frage dar, ob Werkvertrags- oder Kaufrecht Anwendung findet.[16] Eine Umleitung über die Weiche des § 651 BGB in das Kaufrecht hätte für den Kunden gravierende Nachteile. Das Erfordernis der Abnahme würde entfallen, die Gewährleistungsfrist verkürzt, die Vergütung würde bereits bei Vertragsschluss fällig, der Kunde hätte kein Recht zur Selbstvornahme, könnte nicht jederzeit kündigen, einen Unternehmer würde die handelsrechtliche Rügeobligenheit treffen, außerdem würden Mängelrechte bereits bei grob fahrlässiger Unkenntnis entfallen.[17] Diese Nachteile können auch durch das Wegfallen von Abschlagszahlungen, das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung, die Haftung des Herstellers für Werbeaussagen und die fehlende Mitwirkungsobliegenheit nicht ausgeglichen werden.[18] Eine Umgehung der Problematik durch die Einordnung von Software als Immaterialgut und nicht als Sache würde der gefestigten Rechtsprechung des *BGH* widersprechen, welcher die dafür erforderliche Verkörperung auf einem Datenträger inzwischen sehr weit fasst.[19] Besser ist es, auf den Hauptzweck des Vertrags abzustellen. Besteht der Hauptzweck des Vertrags in der bloßen Lieferung von Sachen, wird man sicherlich Kaufvertragsrecht zur Anwendung bringen müssen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn ein individueller Erfolg geschuldet wird und die Lieferung der Sache dabei nicht zum Gegenstand des Vertrags gemacht wird. Ein solcher Zustand ist bei der Lieferung von Individualsoftware der Fall, bei der es nicht darum geht, bloß ein Computerprogramm auf einem Datenträger dem Anwender zu übergeben. Vielmehr richtet sich bei Individualsoftware das Interesse beider Parteien danach, eine auf die Bedürfnisse des Anwenders zugeschnittene Individuallösung in die Tat umzusetzen. Das Computerprogramm mit dem Datenträger ist dann nur eine Teilkomponente, die nicht das Gepräge des Softwareerstellungsvertrags ausmacht. Dies gilt noch deutlicher bei der Lieferung von Standardsoftware, wenn noch eine volle 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.[20] Zudem muss eine Anwendung des § 651 BGB schon vom Wortlaut her ausscheiden, wenn überhaupt keine neue Software programmiert wird, sondern ein bereits bestehendes Programm an Kundenwünsche angepasst wird.[21] Eine weitere Überlegung geht in die Richtung, im Falle der kundenspezifischen Anpassung von Standardsoftware zwei getrennte Verträge zu schließen, nämlich einen Kaufvertrag über die Lieferung der Standardsoftware und einen Dienstvertrag über das Customizing.[22] Diese Trennung birgt jedoch ein erhebliches Risiko für den Besteller, da eine Gesamtrückabwicklung grundsätzlich ausscheidet, wenn die Standardsoftware an sich mängelfrei ist, die Anpassung aber nicht vertragsgemäß erfolgt. Folglich muss vertraglich dafür gesorgt werden, dass beide Verträge miteinander verbunden werden, z.B. durch die Vereinbarung eines Sonderrücktrittsrechts bezüglich des Kaufvertrags bei Fehlgehen der Dienstleistung.[23]

4. Pflichtenheft und Change Request

Unabhängig davon, ob § 651 BGB bei individuell hergestellter Software Anwendung findet, wird dafür plädiert, detaillierte vertragliche Regelungen bezüglich Art und Dauer eines Abnahmeverfahrens zu treffen. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Software auch tatsächlich die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit aufweist, also nicht mangelhaft ist.[24]

Eine weitere Quelle für Fehlschläge bei IT-Projekten liegt in den unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäben der Wirtschaftsinformatik und der Rechtswissenschaft bezüglich der Test- und Abnahmeverfahren. Wirtschaftsinformatiker behandeln Testverfahren als unabdingbaren Bestandteil der Qualitätssicherung i.S.d. DIN EN ISO 9000 ff. Juristen haben dagegen ein verengtes Blickfeld und beziehen die Testverpflichtungen lediglich auf die Phase der Abnahme, um die vertragsgemäße Erfüllung bzw. Abnahme i.S.d. §§ 438 Abs. 2, 640 BGB und § 377 HGB festzustellen.[25] Es ist daher für das reibungslose Gelingen des Projekts erforderlich, dass das technische Vorgehensmodell und die dort festgelegten Entwicklungsphasen mit ihren Tests und den dazugehörigen Dokumentationen juristisch in den Projektvertrag implementiert sind, indem die jeweils notwendigen Testverfahren detailliert als echte Vertragspflichten gefasst werden. Nur so ist es möglich, mangelhafte oder verzögerte Leistung oder Mitwirkungsleistung, auch bei technischen Freigaben von Teilergebnissen als vertragliche Pflichtverletzung vor Abnahme anzumahnen.[26]

Ein weiterer, aber immer noch aktueller Klassiker des IT-Vertragsrechts ist die Frage nach der juristischen Beurteilung der zum Teil wesentlichen Mitwirkung des Auftraggebers bei der Erstellung bzw. Anpassung von Software. Oft resultiert aus einer fehlerhaften praktischen Umsetzung der rechtlichen Vorgaben sogar das Scheitern ganzer Anpassungsprojekte. Neben den herkömmlichen Mitwirkungshandlungen, wie z.B. der Lieferung von Testdaten, gibt es noch die Mitwirkungspflicht, die eigene Organisation auf die neue Software einzustellen.[27] Gegen die Aufnahme dieser Thematik im Projektvertrag als Geschäftsgrundlage oder Change Request spricht jedoch, dass der volle Umfang der Mitwirkung zu Beginn des Projekts noch gar nicht absehbar ist.[28] Hierbei muss zwischen „echten" Mitwirkungspflichten gem. §§ 642, 643 BGB, welche zur erfolgreichen Werkschaffung erforderlich sind, und dem sog. „Innenprojekt" beim Auftraggeber unterschieden werden, welches die Einstellung auf die Software beinhaltet.[29] Die vertragliche Ausgestaltung der Verbindung zwischen diesen beiden Projektbereichen kann durch eine entsprechende Ausgestaltung des Pflichtenhefts (V-Modell), einen Aktivitäten- und Fristenplan und eine gezielte Budgetierung in Form von Bonuspunkten für den Kunden geschehen.[30] Zudem besteht die Möglichkeit, die Mitwirkung gem. §§ 642, 643 BGB von einer Nebenpflicht durch vertragliche Ausgestaltung zu einer Hauptpflicht aufzuwerten.[31]

5. Änderungen im Projekt

Das Pflichtenheft kann zudem nicht nur als Planungsgrundlage für das Projekt dienen, sondern auch Bedeutung als Vertragsdokument erlangen, wenn es darum geht, Rechtssicherheit im Bezug auf den Funktionsumfang und die daraus resultierende Mängelhaftung zu erlangen.[32] Die Planung und Durchführung eines IT-Projekts ist allerdings nicht statisch, sondern ein sehr flexibler Prozess. Welche Möglichkeiten bestehen nun, auf Veränderungen zu reagieren, welche während des Projekts eintreten? Es ist daran zu denken, eine Vereinbarung zu treffen, welche es ermöglicht, das Pflichten- und Lastenheft i.R.e. Requirements Managements (RM) laufend fortzuschreiben, um sicherzustellen, dass die bestellte Lösung zum Zeitpunkt ihrer Implementierung immer noch up to date ist.[33] Die vertragliche Einbindung des RM kann durch Vereinbarung einer Kooperationspflicht des Kunden geschehen, sodass sichergestellt ist, dass auch der Besteller den Vertragszweck nicht gefährden darf.[34] Als weitere Möglichkeit auf Veränderungen im Projekt reagieren zu können, wird die Aufnahme sog. „Material Adverse Change-Klauseln" (MAC-Klauseln), wie sie bereits seit langem beim Unternehmenskauf verwendet werden, in den Vertrag diskutiert.[35] Die im BGB vorgesehen Instrumente, um auf Veränderungen bzw. von vornherein nicht berücksichtigte Bedingungen reagieren zu können, d.h. Regelungen zu Anfechtung, Dissens und Wegfall der Geschäftsgrundlage, reichen hierfür bei Weitem nicht aus, da entweder ihr Anwendungsbereich nicht greift oder sie bezüglich ihrer Rechtsfolgen nicht differenziert genug sind.[36] Die vertraglichen MAC-Klauseln stellen sozusagen einen modifizierten, auf das konkrete Projekt angepassten § 313 BGB dar.[37] Eine strukturierte, durchdachte und vorausschauende Regelung, wie auf Veränderungen im Projekt reagiert werden muss und darf, kann sich als elementar für das Überleben des Vorhabens erweisen. So muss unbedingt verhindert werden, dass es zu völlig desorganisierten Ad-hoc-Änderungen der Leistungsbeschreibungen kommt, was oftmals zu mehr Problemen führt, statt diese zu lösen.[38]

Wie wichtig eine fundierte juristische Nachsorge bei IT-Projekten ist, zeigt sich auch bei der Frage, wie man mit einem Vertrag nach der Unterzeichnung umgeht, da viele kostenintensive Fragen erst während der Laufzeit des Vertrags auftauchen, insbesondere bei Langzeitverträgen.[39] Durch Claim Management (CM), also durch Überwachung und Beurteilung von Abweichungen bzw. Änderungen und deren wirtschaftlichen Folgen zwecks Ermittlung und Durchsetzung von Ansprüchen, lässt sich, in einem vernünftigen Verhältnis, auf Seiten des Kunden mehr Leistung aus dem Vertrag holen, während auf der Sei-

4) *Becker*, ITRB 2009, 117.
5) *Becker* (o. Fußn. 4), S. 117, 118 f.
6) *Becker* (o. Fußn. 4), S. 117 unter Verweis auf *BGH*, U. v. 21.3.2005 – II ZR 54/03.
7) *Hoppen/Viktor*, CR 2008, 199 ff.
8) *Koch*, ITRB 2008, 61 ff.
9) *Hoppen/Viktor* (o. Fußn. 7), S. 199 f.
10) *Koch* (o. Fußn. 8), S. 62.
11) *Hoppen/Viktor* (o. Fußn. 7), S. 203.
12) *Koch* (o. Fußn. 8), S. 63.
13) *Söbbing*, ITRB 2008, 212 ff.
14) *Söbbing* (o. Fußn. 13), S. 213.
15) *Söbbing* (o. Fußn. 13), S. 214.
16) *Koch*, ITRB 2008, 233 ff.
17) *Koch* (o. Fußn. 16), S. 233.
18) *Koch* (o. Fußn. 16), S. 234.
19) *BGH* MMR 2007, 243 ff.
20) *Hoeren*, IT-Vertragsrecht, S. 67; *Koch* (o. Fußn. 16), S. 235; s.a. *LG Bonn*, U. v. 15.1.2008 – 10 O 383/06.
21) *Koch* (o. Fußn. 16), S. 235.
22) *Intveen*, ITRB 2008, 237, 238.
23) *Intveen* (o. Fußn. 22), S. 238 f.
24) *Witzel*, ITRB 2008, 160 ff.
25) *Müller-Hengstenberg/Kirn*, ITRB 2008, 755.
26) *Müller-Hengstenberg/Kirn* (o. Fußn. 25), S. 763.
27) *Schneider*, ITRB 2008, 261.
28) *Schneider* (o. Fußn. 27), S. 261.
29) *Schneider* (o. Fußn. 27), S. 262.
30) *Schneider* (o. Fußn. 27), S. 262.
31) *Schneider* (o. Fußn. 27), S. 263.
32) *Roth/Dorschel*, ITRB 2008, 189, 191.
33) *Koch*, ITRB 2009, 160.
34) *Koch* (o. Fußn. 33), S. 163.
35) *Söbbing*, ITRB 2008, 257.
36) *Söbbing* (o. Fußn. 35), S. 258 f.
37) *Söbbing* (o. Fußn. 35), S. 260.
38) *Karger*, ITRB 2009, 18.
39) *Söbbing*, ITRB 2009, 15.

te des Auftragnehmers mehr Umsatz durch das Projekt generiert wird. Es entsteht somit eine Win-Win-Situation.[40] Ein weiteres Problem beim Erwerb von Software ist die oft fehlende Dokumentation, welche laut Rechtsprechung des *BGH* eine vertragliche Hauptpflicht ist und somit zum Vorliegen einer Teilleistung führt.[41] In diesem Zusammenhang wird jedoch diskutiert, ob die Erforderlichkeit eines Benutzerhandbuchs, als einer Form technischer Dokumentation, vor dem Hintergrund weiter fortschreitender technischer Entwicklung, insbesondere im Bereich interaktiver Software, nicht eingeschränkt werden muss.[42] Auf Grund 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.[43]

6. Nachsorge

Nach der Durchführung des IT-Projekts stellt sich die Frage, wie und vor allem von wem Wartungsarbeiten und Verbesserungen durchgeführt werden dürfen. Ein Problem liegt hierbei im „Third Party Maintainance", d.h. des Supports durch eine dritte, also nicht mit dem Hersteller identische Partei.[44] Natürlich wird der Hersteller einer Softwarelösung oder Hardware durch Bundling versuchen, weiterhin kostenpflichtige Patches und andere Supportleistungen zu erbringen. Eine Wartung durch Dritte, vor allem durch Konkurrenten, ist ihm dabei gar nicht recht, da so Einnahmen verlorengehen 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 Standardpatches 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 i.V.m. 33 GWB, und wenn, dann in sehr engen Ausnahmefällen.[45] Seine Grenzen findet die Wartung durch Dritte da, wo das Urheberrecht des Herstellers verletzt wird, z.B. bei der Dekompilierung.[46] I.Ü. wird versucht, die Kundenbindung durch Abschluss von Rahmenverträgen über zukünftige Einzelprojekte zu stärken.[47] Diese sollten so detailliert abgefasst sein, dass im späteren Tagesgeschäft eigentlich nur noch die Leistungs- und Vergütungsseite und einige Details geregelt werden müssen.[48]

Der nächste kritische Punkt im nachvertraglichen Bereich ist die Softwareauditierung. Darunter ist die Vor-Ort-Prüfung der Softwarelizenzen bei Kunden durch das IT-Unternehmen zu verstehen.[49] Ziel ist es vor allem bei komplexen Lizenzmodellen, eine eventuelle Unterlizensierung festzustellen, die vorliegt, wenn mehr Software genutzt wird als die vertragliche Berechtigung vorsieht.[50] Da sich ein solcher Anspruch des IT-Unternehmens weder aus § 101 UrhG noch aus §§ 809 oder 242 BGB herleiten lässt,[51] werden Lizenzauditklauseln in die Softwareerstellungs- bzw. Überlassungsverträge als AGB eingefügt. Problematisch ist allerdings, ob dies nach den §§ 305 ff. BGB überhaupt zulässig ist. Hier wird regelmäßig ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegen, da gegen wesentliche Grundgedanken des Urheberrechts verstoßen wird. Das Urheberrecht geht vom Leitbild aus, dass für die Geltendmachung urheberrechtlicher Ansprüche eine Bucheinsicht nicht vorgesehen ist. Dies ist bewusst so geschehen, um Betriebsgeheimnisse des betroffenen Unternehmens zu schützen. Zudem würde der ehrliche Nutzer unter einen Generalverdacht gestellt werden.[52] Ratsamer ist daher eine Auditierung durch unabhängige Wirtschaftsprüfer[53] oder noch besser, eine Verpflichtung zur Selbstauditierung i.V.m. einer eidesstattlichen Versicherung.[54]

Da es trotz der besten Vorbereitungen bei IT-Projekten immer wieder zu Streitigkeiten kommt, sollte zudem überlegt werden, ob nicht neben der Vereinbarung von Schiedsgerichtsverfahren und Mediation eine Schiedsgutachtenklausel in den Vertrag aufgenommen wird.[55] Hierdurch können strittige tatsächliche und rechtliche Fragen, z.B. das Vorliegen eines Mangels, durch einen unabhängigen und unparteiischen Dritten schnell, kostengünstig und verbindlich entschieden werden.[56]

III. Haftungsfalle IT-Projekt

Trotz aller Ratschläge und Bemühungen, schon i.R.d. Vertragsgestaltung für einen reibungslosen Ablauf bei der Erstellung von Softwarelösungen zu sorgen, zeigt die Praxis, dass diese Bemühungen nicht immer zum Ziel führen. Es kommt auf Grund zu optimistisch eingeschätzter Projektbedingungen zu technischen Schwierigkeiten und zu eng gesetzten Zeitplänen. In letzter Zeit mussten sich daher wieder Gerichte mit Rechtsfragen um mangelhafte Software, unzulässige Vertragsklauseln und fehlgeschlagene IT-Projekte auseinandersetzen.

1. Fehlerhaftes Rechtemanagement

Wie wichtig eine gründliche Vertragsgestaltung bezüglich des Rechtemanagements bei Softwareprojekten ist, zeigen Urteile des *OLG Düsseldorf* und des *OLG Hamm*. Das *OLG Düsseldorf* stoppte die Vervielfältigung und den Vertrieb eines Computerspiels, da einer der Miturheber die Nutzungsrechte an einer von ihm vor Projektbeginn entwickelten und für das Projekt verwendeten Darstellungsengine nicht wirksam auf das Herstellerunternehmen übertragen hatte. Als Miturheber i.S.v. § 8 Abs. 2 Satz 1 UrhG sei der Programmierer zwar nicht aktivlegitimiert, Schadensersatz für sich allein zu fordern, sondern nur an alle Miturheber als Gesamthandsgemeinschaft, allerdings gelte dies nicht für den Unterlassungsanspruch. Vielmehr könne auch auf Grund der Verletzung der Rechte an einem kleinen Teil des Programms der komplette Vertrieb gestoppt werden.[57] 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

40) *Söbbing* (o. Fußn. 39), S. 16.
41) *BGH*, U. v. 16.12.2003 – X ZR 129/01, MMR 2004, 356 (Ls.); *BGH*, U. v. 20.2.2001 – X ZR 9/99; *BGH*, U. v. 3.11.1992 – X ZR 83/90; *Söbbing* (o. Fußn. 39), S. 17.
42) *Stiemerling*, ITRB 2009, 154.
43) *Stiemerling* (o. Fußn. 42), S. 158.
44) *Grapentin/Ströbl*, CR 2009, 137.
45) *Grapentin/Ströbl* (o. Fußn. 44), S. 138 f.; *Gabriel/Cornels*, ITRB 2008, 278 ff.
46) *Grapentin/Ströbl* (o. Fußn. 44), S. 140.
47) *Intveen*, ITRB 2009, 67.
48) *Intveen* (o. Fußn. 47), S. 68.
49) *Hoeren*, CR 2008, 409.
50) *Bierekoven*, ITRB 2008, 84, 86.
51) *Hoeren* (o. Fußn. 49), S. 409 f.
52) *Hoeren* (o. Fußn. 49), S. 410.
53) *Bierekoven* (o. Fußn. 50), S. 88.
54) *Hoeren* (o. Fußn. 49), S. 411.
55) *Hecht*, ITRB 2008, 184.
56) *Hecht* (o. Fußn. 55), S. 185.
57) *OLG Düsseldorf* MMR 2009, 215 ff.

UrhG erfolgt war.[58] Der Projektvertrag sah eine vollständige Übertragung der Nutzungsrechte für eine Hotelsoftware vor. Die Bekl. vertrieb das Resultat des Projekts unter eigenem Namen, ohne die Kl. zu erwähnen. Es wurde entschieden, dass selbst eine umfassende und ausschließliche Einräumung der Nutzungs- und Verwertungsrechte gem. § 31 Abs. 1 und 3 UrhG es nicht erlaubt, sich das Urheberpersönlichkeitsrecht anzumaßen und die Hinweise auf eine andere Urheberschaft wegzulassen. Trotz der Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit auf das Stammrecht sei zwar eine, auch konkludente, Vereinbarung über die Nichtausübung des Namensnennungsrechts grundsätzlich möglich, allerdings seien diesbezüglich zum Schutze des Urhebers strenge Anforderungen zu stellen. Hierbei müsse eine Interessenabwägung im Einzelfall vorgenommen werden, bei der vor allem die Intensität des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Urhebers, die Erforderlichkeit im Hinblick auf die i.R.d. vertragsgemäßen Ausübung der Verwertung, die Branchenüblichkeit und der Vertrags- bzw. Verwertungszweck zu berücksichtigen sei. Diese Anforderungen sah das *Gericht* als nicht erfüllt an und gab der Klage auf Unterlassen des Vertriebs, Schadensersatz und sogar Vernichtung aller bisher gefertigten Vervielfältigungsstücke nach.

Beide Entscheidungen zeigen, dass es sich als sehr gefährlich erweisen kann, 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.

2. Finanzierungsleasing

Immer mehr Software wird im heutigen geschäftlichen Verkehr nicht mehr aus eigenen Mitteln sofort bezahlt. Vielmehr wird, wie in vielen anderen Branchen auch, auf das Mittel des Finanzierungsleasing zurückgegriffen. Oft wird daher ein sog. „Bundle-Lease-Vertrag" geschlossen, welcher die Finanzierung der Überlassung, Anpassung und Implementierung einer Softwarelösung über ein Leasingunternehmen regelt.

Dem *OLG Hamm*[59] und später dem *BGH*[60] lag der Fall einer AGB-Kontrolle in einem Bundle-Lease-Vertrag vor. Im Vertrag war eine Klausel enthalten, durch die sich der Leasinggeber für den Fall des Scheiterns des Projekts bis zu einem von ihm selbst gesetzten spätesten Fertigstellungszeitpunkt das Recht vorbehielt, vom Leasingvertrag zurückzutreten und dem Leasingkunden die erbrachten Lieferungen und Leistungen anzudienen, und die den Leasingkunden verpflichtet, Vorfinanzierungsleistungen sowie an den Lieferanten erbrachte Zahlungen zu erstatten und wieder anstelle des Leasinggebers in die mit dem Lieferanten geschlossenen Verträge einzutreten. Das *OLG Hamm* erklärte die Klausel auf Grund eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB für nichtig. Der Kunde werde de facto rechtlos gestellt, was einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip darstelle. Zudem verstoße die Andienungspflicht gegen § 305c Abs. 1 BGB. Der *BGH* hat sich in der Revision dem Votum des *OLG Hamm* weitestgehend angeschlossen. Die Regelung sei mit wesentlichen Grundgedanken des für Finanzierungsleasingverträge geltenden Mietrechts unvereinbar. Besonders schwer falle ins Gewicht, dass allein auf das Scheitern des Projekts abgestellt werde, ohne dass es darauf ankomme, dass der Leasingkunde dieses zu vertreten habe. Zu § 305c Abs. 1 BGB äußerte sich der *BGH* nicht mehr.

Das *OLG Brandenburg* hatte i.R.e. auf Grund eingeschränkter Nutzbarkeit gescheiterten Softwareprojekts, welches ebenfalls über Leasing finanziert wurde, zu entscheiden, ob eine Abnahme in Kenntnis des Mangels erfolgt war.[61] Das *Gericht* ordnete den Vertrag als Werkvertrag ein, womit § 640 BGB Anwendung findet. In diesem Zusammenhang wurde eine Quittung i.S.d. § 368 BGB als Abnahme gewertet.

Es zeigt sich also, dass sehr gründlich auf eine angemessene Risikoverteilung zwischen allen am IT-Projekt beteiligten Parteien geachtet werden muss, damit es bei einem Fehlschlag nicht zu langwierigen rechtlichen Auseinandersetzungen kommt.

3. Mangelhafte Software

Wie sich gezeigt hat, kommt es häufiger vor, dass sich Software nach Lieferung und Implementierung als nur eingeschränkt oder überhaupt nicht nutzbar erweisen kann. Die Bandbreite der Softwaremängel ist dabei groß. Zeigt sich eine technische Fehlfunktion, gerät der Kunde in eine Zwickmühle. Zum einen muss er den Mangel umgehend rügen, um sich nicht selber seiner Gewährleistungsrechte zu berauben, zu denken wäre hier an § 377 HGB, andererseits geht er durch eine vorschnelle Mängelrüge das Risiko ein, sich wegen Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig zu machen, wenn ein Mangel tatsächlich nicht besteht und dem Vertragspartner dadurch Aufwendungen entstehen.[62] Gerade im Bereich Software ist es oft nicht einfach festzustellen, ob es sich bei einer technischen Fehlfunktion auch juristisch gesehen um einen Mangel handelt, denn die Fehlerbegriffe aus Informatik und Rechtswissenschaft sind nicht zwangsläufig deckungsgleich.[63] Es ist daher anzuraten, die Anforderungen an die Softwarelösung im Vertrag genau zu definieren und die Prozedur im Falle eines Fehlers strukturiert zu regeln.

Das *OLG Brandenburg* hatte sich in einem weiteren Fall mit der Fehlerhaftigkeit bzw. Unvollständigkeit eines Quellcodes und dessen fehlender Dokumentation zu befassen.[64] Das *Gericht* ordnete den geschlossenen Vertrag als Rechtskauf bezüglich der mit der Software verbundenen Nutzungsrechte und nicht als Lizenzvertrag ein und urteilte, dass nach der Übergabe i.S.d. Kaufrechts nur noch Gewährleistungsrecht, nicht aber ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich des Kaufpreises einschlägig sei. Einen Anspruch auf Überlassung der Entwicklungsdokumentation gab es nicht, weil dieser im Projektvertrag nicht vereinbart worden war.

Das *OLG Koblenz* entschied, dass eine in unregelmäßigen Abständen auftauchende, unzutreffende Fehlermeldung einen Mangel der Software darstellt, ohne dass es zu einem Datenverlust kommen muss.[65] Der Entscheidung lag die Erwägung zu Grunde, dass die Kl. infolge der Fehlermeldung gezwungen war, zu überprüfen, ob die Fehlermeldung zutreffend ist oder nicht. Dies koste Zeit und sei zudem fehlerträchtig, da die Protokolle der Systemsicherung manuell nachgeprüft werden mussten. Daher liege eine Fehlerhaftigkeit des Gesamtsystems vor.

58) *OLG Hamm*, U. v. 7.8.2007 – 4 U 14/07.
59) *OLG Hamm*, U. v. 3.8.2007 – 12 U 158/06.
60) *BGH* MMR 2009, 101 ff.
61) *OLG Brandenburg*, U. v. 4.6.2008 – 4 U 167/07.
62) *Hecht/Becker*, ITRB 2009, 59.
63) *Hoeren* (o. Fußn. 20), S. 87.
64) *OLG Brandenburg*, U. v. 7.11.2007 – 7 U 142/06.
65) *OLG Koblenz*, U. v. 19.9.2007 – 1 U 1614/05.

Laut *LG Freiburg* liegt kein Sachmangel vor, wenn eine zum Zeitpunkt der Auslieferung eines Druckers aktuelle Firmware nach einiger Zeit veraltet und der Drucker dadurch nicht mehr nutzbar wird, jedoch vom Hersteller in geeigneten Zeitabständen Updates für die Software zur Verfügung gestellt werden, die diesen Fehler beheben.[66] Zur Frage, inwieweit ein Schadensersatzanspruch aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (ehemals c.i.c.) wegen eines fehlenden Hinweises auf die Notwendigkeit der kostenfreien Updates besteht, äußerte sich das *Gericht* nicht, da die entstandenen Prozesskosten nicht durch den fehlenden Hinweis, sondern auf Grund der fälschlichen Annahme eines Mangels entstanden seien.

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 Mängelbeseitigungs-Updates neue Nacherfüllungsansprüche mit neuen Gewährleistungspflichten auslösen, wie sich Fehler im Update auf unveränderte Teile im ursprünglich ausgelieferten Programmexemplar auswirken und wie das Überlassen einer neuen Vollversion i.R.d. Nacherfüllung zu bewerten ist.[67]

Bei der Nachbesserung durch Updates handelt es sich um eine sog. kombinierte Nacherfüllung, sie sich aus der Nachlieferung, Lieferung eines neuen Programms aus der Serie und der Nachbesserung in Form der Mangelbeseitigung an dem neuen Programm zusammensetzt.[68] 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 Nachbesserung, kann der Kunde sogar gem. § 440 Satz 1 BGB vom Vertrag zurücktreten.[69] Treten durch das Update neue Fehler am ursprünglich gelieferten Programmexemplar auf, deren Ursachen nicht vor oder bei Gefahrübergang gem. § 446 BGB vorlagen, so findet kein Gewährleistungsrecht, sondern das allgemeine Leistungsstörungsrecht Anwendung. Haften neue Fehler dem nachgelieferten Programm an, so löst die neue Übergabe auch neue Gewährleistungsrechte aus. Fehlerauswirkungen im vom Update nicht erfassten und daher unveränderten Programmteil fallen als neue nachgelieferte Mängelursache ebenso unter das Mängelrecht wie der nachgelieferte Fehler selbst.[70]

Grundsätzlich kann auch eine neue Vollversion mit höherer, fehlerbereinigter Versionsnummer als Nachlieferung erbracht werden, wenn keine erheblichen Nachteile gegenüber der alten Version bestehen und die Nachlieferung völlig kostenfrei ist. Eine Art Abzug neu für alt findet nicht statt. Ist die neue Version selber wiederum mangelhaft, so liegt auch hier auf Grund der Übergabe Gewährleistungsrecht vor.[71]

IV. Neue Vertriebs- und Nutzungsmodelle für Softwarelösungen

Was den Vertrieb und die Art der Nutzung von Softwarelösungen betrifft, so haben sich die Zeiten geändert. Es wird inzwischen immer seltener, dass der Nutzer in einen Laden geht, das Programm auf einen Datenträger gebunden erwirbt und es auf seinem Rechner installiert. Immer mehr Software wird nicht mehr auf einem Datenträger bezogen, sondern direkt via Internet als Download. Auch muss sie nicht mehr zwangsläufig auf dem eigenen Rechner installiert sein, wie verschiedene Ansätze des Cloud Computing zeigen. So bequem und kostensparend diese Arten des Bezugs und der Nutzung von Programmen auch sind, so werden einige schwerwiegende rechtliche Fragen aufgeworfen.

Das Hauptproblem bei online bezogener Software ist die Frage, ob der Kunde diese „gebraucht" weiterveräußern darf. Wird das Programm auf herkömmliche Art auf einem Datenträger, z.B. einer CD-Rom erworben, so tritt unstreitig gem. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG Erschöpfung ein, sodass einem Weiterverkauf nichts mehr im Weg steht.[72] Beim reinen Onlinevertrieb bzw. beim Erwerb einer Volumenlizenz soll dagegen der Erschöpfungsgrundsatz auf Grund fehlender Körperlichkeit nicht greifen, sodass hier an eine analoge Anwendung zu denken ist.[73] Dies wurde jedoch vom *OLG Frankfurt/M.* in einem aktuellen Beschluss, bei dem es um den Weiterverkauf überzähliger, i.R.e. Volumenlizenz erworbener Nutzungsrechte an Windows XP Professional über *eBay* ging, abgelehnt.[74] Eine analoge Anwendung wurde mit der Begründung verneint, dass sich das Verbreitungsrecht nur an körperlichen Werkstücken, nicht aber an unkörperlichen Rechten erschöpfen kann und dass bei einem Erwerb via Download schon kein In-Verkehr-Bringen vorliege.

Von dieser Sachlage zu unterscheiden ist der Handel mit gebrauchter Software bei OEM-Versionen, welche zwar in körperlicher Form in Verkehr gebracht, aber ausschließlich i.V.m. einem Computer vertrieben werden. Hier hob das *OLG Düsseldorf*[75] ein Urteil des *LG Düsseldorf*[76] auf mit der Begründung, dass der Erschöpfungsgrundsatz beim Verkauf von OEM-Software nicht greife, da die Software nie zum isolierten Vertrieb in Verkehr gebracht wurde. Vielmehr liege es beim Rechteinhaber, zu entscheiden, ob er die Weiterverbreitung durch Verbreitung einzelner Werkstücke erleichtere oder erschwere, indem er eine Verkörperung wählt, welche nur schwer handelbar ist. Vor dem Hintergrund, dass der *BGH* schon vor Jahren die Zulässigkeit der Weiterveräußerung von allerdings noch auf CD ausgelieferter OEM-Software erklärt hat,[77] zeigt sich jedoch, dass die feste Vorinstallation lediglich ein Weg zur Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes ist und daher nicht einfach in das Belieben des Rechteinhabers gestellt werden kann. So würde der unabdingbare § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG auf technischer Ebene zur Disposition gestellt. Egal, ob Vertrieb als OEM-Version oder als Download – solange sichergestellt ist, dass es zu keiner Vermehrung von Vervielfältigungen der überlassenen Software kommt,[78] muss der Erschöpfungsgrundsatz anerkannt werden. Andernfalls würde es zu einer ähnlich absurden Situation kommen wie der Aushebelung des § 53 UrhG durch die von § 95a UrhG unter Schutz gestellten technischen Schutzmaßnahmen.

66) *LG Freiburg*, U. v. 14.6.2007 – 3 S 324/06.
67) *Koch*, ITRB 2008, 131.
68) *Koch* (o. Fußn. 67), S. 132.
69) *Koch* (o. Fußn. 67), S. 132.
70) *Koch* (o. Fußn. 67), S. 133.
71) *Koch* (o. Fußn. 67), S. 134.
72) *BGH* MMR 2000, 749 f.
73) *LG Hamburg* MMR 2006, 827 ff.
74) *OLG Frankfurt/M.* MMR 2009, 544 m. Anm. *Bräutigam*; so auch *LG München I* MMR 2007, 328 ff. und bestätigend *OLG München* MMR 2008, 601; ähnl. auch *LG Frankfurt/M.*, U. v. 19.11.2008 – 2-06 O 437/08 u.a., das einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht angenommen hat.
75) *OLG Düsseldorf* MMR 2009, 629 – in diesem Heft.
76) *LG Düsseldorf* MMR 2009, 216 f.
77) *BGH* MMR 2000, 749 f.
78) Vgl. *LG München I* MMR 2008, 563 ff.

Ein weiteres Problem neuer Arten der Softwarenutzung stellt die rechtliche Einordnung der neuen Geschäftsmodelle Cloud und Grid Computing als kommende IT-Strategien dar. Unter Grid Computing versteht man das Benutzen von Ressourcen entfernter Computer für die elektronische Datenverarbeitung. Hierbei findet der Datenaustausch zwischen den kommunizierenden Rechnern via Internetverbindungen statt. Mit dem Begriff Cloud Computing wird hingegen die Möglichkeit bezeichnet, Anwendungen und Dienste in der beschriebenen Infrastruktur zu nutzen, wobei nicht nur die Nutzungsberechtigung zur Verfügung gestellt wird, sondern auch Filespace und Datenbanken, Leistungen also, die über das herkömmliche ASP hinausgehen.[79] Dadurch, dass der Nutzer überhaupt nicht mehr nachvollziehen kann, auf welchem Server seine Daten gespeichert sind, nachdem er sie in die „Cloud" eingegeben hat, liegt, sobald es sich um personenbezogene Daten handelt, ein Datenschutzproblem vor.[80] Aber auch Fragen der zivilrechtlichen Haftung für Datenverlust und mangelnde Sicherheit sind noch weitgehend ungeklärt.[81]

V. Nutzung und Wirksamkeit von Open Source-Lizenzen

Neben dem Fakt, dass neue Vertriebs- und Nutzungsmodelle für Software entwickelt wurden, ist es heute auch nicht mehr selbstverständlich, dass Computerprogramme Geld kosten.

Die Open Source-Bewegung hat sich in den letzten Jahren enorm weiterentwickelt, sodass freie Software sich immer mehr zu einem Konkurrenzprodukt für kommerzielle Lösungen entwickelt. 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,[82] steigt die Attraktivität des Rückgriffs auf freie Software.

Die Vereinbarkeit der GPL mit dem deutschen Urheber- und Kartellrecht wurde inzwischen von diversen Gerichten bestätigt, es handelt sich hierbei um AGB.[83] Hinzu kommt die gestiegene Qualität der Open Source-Lösungen, was dazu führt, dass diese immer mehr in einem kommerziellen Kontext genutzt werden. Wird Open Source-Code mit einem kommerziellen Programm vermischt, spricht man von einem „Open Source Hybrid".[84] Hierbei taucht das Problem auf, dass sich die Bedingungen, zu denen die Nutzung der Open Source gestattet wird, als sog. „viraler Effekt" auf das kommerzielle Hybridprodukt übertragen und dieses insgesamt als Open Source einstufen,[85] gleichzeitig aber ein Verstoß gegen die GPLv3 zum Erlöschen der Nutzungsrechte führt. Werden die Open Source-Bedingungen nicht eingehalten, so führt dies dazu, dass u.U. das gesamte Produkt nicht mehr genutzt werden darf.

Das *LG Frankfurt/M.* hat einem Unterlassungsanspruch wegen Urheberrechtsverletzung auf Grund Verstoßes gegen die GNU GPL stattgegeben, sich jedoch um die kartellrechtliche Bewertung gedrückt, indem auf § 139 BGB und die daraus resultierende Gesamtnichtigkeit der Rechteeinräumung verwiesen wurde. Dem ist jedoch so nicht zu folgen: Dadurch, dass es sich bei der GPL um AGB handelt, geht § 306 BGB als lex specialis vor. Gem. § 306 Abs.1 BGB bleibt der Vertrag jedoch bei Unwirksamkeit der AGB i.Ü. wirksam. Die Ausnahmeregel des § 306 Abs. 3 BGB hat bislang noch keine praktische Bedeutung erlangt,[86] es hätte also weiter geprüft werden müssen.

Im Allgemeinen nimmt die Bedeutung von Open Source-Lizenzen auch außerhalb der Softwareerstellung weiter zu. Das *Bezirksgericht Amsterdam* hat die Wirksamkeit einer Creative Commons-Lizenz für Fotos bejaht und wegen Verstoßes dagegen Schadensersatz zugesprochen.[87] Ein amerikanisches Gericht hat wegen Verstoßes gegen Open Source-Bedingungen für Software ebenfalls einen Schadensersatzanspruch trotz Unentgeltlichkeit der Überlassung angenommen.[88] Diese Entwicklung führt dazu, dass sich immer mehr Probleme aus dem herkömmlichen IT-Recht nun auf Open Source-Lösungen übertragen, so müssen z.B. i.R.v. Escrow Agreements besondere Modifikationen vorgenommen werden.[89]

VI. Fazit

Insgesamt hat sich wieder einmal gezeigt, dass die fortschreitende technische Entwicklung alte Baustellen vergrößert und neue Probleme geschaffen hat. Durch gut strukturierte Vertragsgestaltung und gründliches Rechtsmanagement könnten sich jedoch viele der auftauchenden Probleme und die damit verbundenen oft langjährigen juristischen Auseinandersetzungen vermeiden lassen. Dabei steigen die Anforderungen an die Fähigkeiten der Juristen, sie müssen sich nicht mehr nur um die reine Ausgestaltung des Vertrags kümmern, sondern das IT-Projekt in all seinen Phasen umfassend betreuen, was auch dazu führt, dass immer mehr interdisziplinäre Kommunikation, v.a. mit (Wirtschafts-)Informatikern erforderlich wird.

79) *Söbbing*, MMR 5/2008, S. XII.
80) *Pohle/Ammann*, CR 2009, 273, 274; *Schultze-Melling*, CRi 2008, 142, 143.
81) *Pohle/Ammann* (o. Fußn. 80), S. 275.
82) *Koch*, ITRB 2008, 262.
83) *LG München I* MMR 2004, 693; *LG Berlin* CR 2006, 735; *LG München I*, U. v. 24.7.2007 – 7 O 5245/07 = Beck RS 2008 1944.
84) *Beardwood/Alleyne*, CRi 2008, 14.
85) *Funk/Zeifang*, CR 2007, 617, 618.
86) Bamberger/Roth/*Schmidt*, Beck'scher OK-BGB, § 306 Rdnr. 18 ff.
87) *Bezirksgericht Amsterdam*, U. v. 9.3.2006 – 334492/KG 06-172 SR.
88) *Court of Appeals for the Federal Circuit*, U. v. 13.8.2008 – Robert Jacobsen v. Matthew Katzer et al., CRi 2009, 15 ff.
89) *Auer-Reinsdorff*, ITRB 2009, 69, 70 f.

Thomas Hoeren

Professor Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der zivilrechtl. Abteilung des Instituts für Informations-Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) in Münster.

Jan Spittka

Jan Spittka ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), zivilrechtl. Abteilung, in Münster.