

Softwareverträge

Stand: Oktober 1996

Prof. Dr. *Jochen P. Marly*, Frankfurt

überarbeitet durch:

Prof. Dr. *Thomas Hoeren*, Düsseldorf

Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke

VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN

ISBN 3 406 37012 8

Softwareverträge

Übersicht

	RdNr.		RdNr.
I. Einführung		hh) Mangelhafte Bedienertreulichkeiten	29
1. Allgemeines Softwarevertragsrecht	1	ii) Unzureichende Dokumentation	30
a) Computersoftware als Sache i. S. d. § 90 BGB	2	jj) Fehlende Robustheit gegenüber Bedienungsfehlern	32
b) Die Notwendigkeit zur Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts	3	II. AGB-Probleme	
c) Die vertragstypologische Einordnung der Softwareverträge	4	1. Gewährleistungsklauseln	33
d) Das jeweilige Gewährleistungsrecht	6	a) Die Inhaltskontrolle bei kauf- und werkvertraglich typisierten Softwareverträgen	34
e) Das vermeintliche Bedürfnis nach software-spezifischen Anpassungen	11	b) Die Inhaltskontrolle bei Softwaremietverträgen	43
f) Softwarewartung und -pflege in der Gewährleistungszzeit	14	2. Freizeichnungsklauseln bei Kauf- und Werkverträgen	45
2. Mängel der Computersoftware	15	a) Freizeichnungsklauseln bei Kauf- und Werkverträgen	46
a) Allgemeines zum Begriff des Sachmangels	15	b) Freizeichnungsklauseln bei Mietverträgen	49
b) Systematikalischer Softwaremangel	20	c) Das software-spezifische Problem der Haftung für Datenverluste	51
aa) Funktionsmängel	20	d) Rechtsfolgen der Klauselwirksamkeit	54
bb) Funktionsdefizite	21	3. Aufklärungs- und Beratungspflichten	55
cc) Inkompatibilität	22	4. Nutzungsvereinbarungen	56
dd) Kapazitätsmängel	23	a) Vervielfältigungsvereinbarungen	57
ee) Geringe Rechengeschwindigkeiten	24	b) Weiterveräußerungsvereinbarungen	66
f) Virusverseuchte Software	25	c) Weitervermietungsvereinbarungen	72
gg) Vorkehrungen zur Verhinderung unberechtigter Programmnutzung	26		

I. Einführung

1. Allgemeines Softwarevertragsrecht

Die Frage nach der **vertragstypologischen Einordnung** der Softwareverträge haben 1 Rechtsprechung und Schrifttum sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene intensiv beschäftigt. Als Vorfragen haben sich die Einordnung der Computerprogramme als Sache sowie die Notwendigkeit der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts erwiesen.

a) Computersoftware als Sache i. S. d. § 90 BGB

Der langjährige Streit über die Sachqualität von Computersoftware kann jedenfalls für die Praxis als entschieden bezeichnet werden. Der überwiegende Teil des Schrifttums¹ behandelt Computersoftware zu Recht als Sache, wenngleich einzelne Stimmen dies immer noch bestreiten.² So wird die Lehre der Qualifizierung von Computerprogrammen als Sache als eine Theorie in Liquidation bezeichnet.³ Zwar sei der Verkauf eines Datenträgers ein klarer Fall des Sachkaufs, da aber der Datenträger weder das Ziel noch den eigentlichen Wert des Geschäftsvorganges darstelle, könne das Rechtsschicksal der darauf

¹ Hoeren, RdW 71ff.; König, RdW 254ff.; ders., NJW 1993, 3121, 3124; Marly, RdW 75ff.; Palandt/Henrichs § 90 Rdn. 2.

² Redeker, NJW 1992, 1739f.; Junker, NJW 1993, 824f.; Pres, CR 1994, 530.
³ Junker, NJW 1993, 824.

befindlichen Software nicht ohne weiteres mit dem des Datenträgers verbunden werden.⁴ Den Kritikern in der Sacheigenschaft von Computerprogrammen wird vorgeworfen, daß sie nicht zwischen dem immateriellen Werk und dem materiellen Substrat unterscheiden. Es gehe beim Verkauf von Software – wie bei Büchern – nicht um die geistige Schöpfung, sondern nur um eines von sehr vielen Exemplaren von deren Verkopierung.⁵

Die Rechtsprechung hat zu diesem Problem noch nicht abschließend Stellung bezogen. Der BGH hat jedoch, wenn *Standardsoftware* dem Anwender auf Dauer gegen Einmalentgelt überlassen wird, den Vertrag nach **Kaufrecht** beurteilt und die Gewährleistungsregelungen wegen **Sachmängeln** „zumindest analog“ angewendet.⁶ Diese Rechtsprechung wurde zweifelsfrei bestätigt⁷ und vom BGH selbst als ständige Rechtsprechung bezeichnet.⁸ Dabei kommt es auch nach Auffassung des BGH nicht darauf an, ob ein Datenträger übergeben wird oder ob das Programm direkt vom Computer des Händlers in den des Kunden übertragen wird. Für den BGH ist allein entscheidend, daß der Endzweck des Erwerbs von Standardsoftware, die er als Nutzbarmachung des Programms für den Erwerb durch Einspeicherung auf die Festplatte eines Computers begreift, in gleicher Weise erreicht wird. Ob über die Übergabe des Programms ohne Diskette oder andere Datenträger als Übergabe einer beweglichen Sache zu qualifizieren ist⁹ oder ob dieser Fall lediglich der datenträgergebundenen Übergabe so nahe steht, daß diese auf fortgeschrittenen technischen Möglichkeiten beruhende *Vorgehensweise* der althergebrachten Sachübergabe durch entsprechende Anwendung der einschlägigen Vorschriften gleichgestellt werden muß, ist für die Praxis irrelevant. Hierauf hat auch der BGH hingewiesen¹⁰ und diese Frage ausdrücklich offengelassen.

Aus Gründen der Vollständigkeit sei jedoch an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß ein Computerprogramm **notwendigerweise** in einer **verkörperten Form** vorliegen muß, um die bezweckte Steuerungsfunktion für eine *Informationsverarbeitende Maschine* ausführen zu können. Hierdurch unterscheiden sich Computerprogramme von geistigen Gütern, mit denen Computerprogramme oft gleichgesetzt werden, denn geistige Güter, etwa das *virtuelle Know-how*, bedürfen zu ihrer *Funktion* nicht der notwendigen Verkörperung. Sie können ihre Funktion auch dann ausführen, wenn sie nicht materialisiert werden.¹¹

3 **h) Die Notwendigkeit zur Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts**

Bei der Benutzung eines Computerprogramms werden auf Grund technischer Erfordernisse, zwecks Datensicherung oder zwecks Weitergabe des Programms, **Vervielfältigungshandlungen** vorgenommen. Das Kopieren des Computerprogramms auf einen selbständigen verkehrsfähigen Datenträger, auch soweit es aus Gründen der Datensicherung vorgenommen wird, das Ausdrucken des Programmecodes auf einem Drucker sowie das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher stellen eine Vervielfältigung im Sinne der §§ 69a Nr. 1, 16 UrhG dar. Die entsprechenden Vervielfältigungshandlungen sind damit grundsätzlich nur mit **Zustimmung des Rechtsinhabers** zulässig. Die somit erforderliche Einräumung eines **Nutzungsrechts**¹² in Form eines Vervielfältigungsrechts bei der Überlassung von Computersoftware ist jedoch nicht typenprägend,¹³ weshalb dieser Tatsache keine Folgen für die vertragsrechtliche Einordnung entnommen werden können. Teilweise wird die **Einräumung eines Nutzungsrechts** für nicht erforderlich gehalten, da bereits nach dem Wortlaut des § 69d UrhG die dort genannten Handlungen **zustimmungsfrei** erlaubt sind.¹⁴

⁴ Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3136, 3131.

⁵ Köber, NJW 1994, 3121ff.

⁶ BGH, NJW 1988, 406, 407f., für analoge Anwendung, obwohl es Sachbezug ablehnt. Pres. CR 94, 520, 522.

⁷ BGH, NJW 1990, 339, 321. BGH, NJW 1990, 1290, 1291, zustimmend zuletzt OLG Köln, Ju-PS 1992, 1710, 1712.

⁸ BGH, NJW 1990, 3011, 3012.

⁹ So Marly, BB 1991, 432, 434f.

¹⁰ BGH, NJW 1990, 326, 321.

¹¹ Marly, BB 1991, 442, 433f.; König/Roh, 322f.

¹² Pres. CR 1994, 520, 521 sieht hierzu eine

Hauptleistungspflicht.

¹³ Dömer/Jersch, JuR 1988, 137, 140.

¹⁴ Zahrt, CR 1994, 485, 486.

c) Die vertragstypologische Einordnung der Softwareverträge

aa) Einordnung als Kaufvertrag. Die Überlassung von **Standardsoftware** auf Dauer gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts ist ein kaufvertraglich einzuordnendes Rechtsgeschäft.¹⁵ Auch wenn das Programm durch den Lieferanten installiert wird und eine zusätzliche Schulung des Personals erfolgt, findet **Kaufvertragsrecht** Anwendung.¹⁶ Werden Standardkomponenten nach den Bedürfnissen des Anwenders zu einem DV-System zusammengestellt, ändert das nichts an der Anwendung von Kaufrecht.¹⁷ Wird die Software zwar vom Verkäufer erstellt, ist aber **standardisiert** und nicht **individuell** an die Bedürfnisse des Anwenders angepaßt, liegt auch ein Kaufvertrag vor.¹⁸ Der kaufrechtliche Charakter geht auch durch die vom Lieferanten vorgenommene Vernetzung nicht verloren, wenn diese von untergeordneter Bedeutung ist.¹⁹ Dies gilt auch für die **wertgetätigte** Installation eines Konvertierungsprogramms.²⁰ Es gibt auch eine grundsätzliche Ablehnung der Einordnung als Kaufvertrag wegen typprägender Verfügungsbeschränkungen bei der Überlassung von Software, die der weitreichenden Pflicht zur Eigentumsverschaffung beim Kaufvertrag entgegenstehen.²¹

bb) Einordnung als Werkvertrag. Wird die Software für einen speziellen Verwendungszweck eines konkreten Anwenders erstellt, findet **Werkvertragsrecht** Anwendung.²² Das gleiche gilt, wenn Standardsoftware auf die Bedürfnisse des Kunden umgearbeitet wird.²³ Es bestehen allerdings unterschiedliche Ansichten darüber, inwieweit die Anpassungsarbeiten gehen müssen, damit bereits ein Werkvertrag anzunehmen ist. Ausreichen soll bereits die Anpassung an die Besonderheiten des Betriebs und die Einweisung des Personals²⁴ und die Integration von Individual- in Standardsoftware.²⁵ Ebenfalls soll für die Einordnung als Werkvertrag sprechen, wenn der Verkäufer beim Kauf von Standardsoftware zur Installation und Einweisung des Personals verpflichtet ist.²⁶ Nach anderer Ansicht liegt nur dann ein Werkvertrag vor, wenn das Programm mit nicht unerheblichem Umfang/Aufwand an die Erfordernisse des Anwenders angepaßt wird oder eine fertige Problemlösung geschuldet wird.²⁷ Die Abgrenzung von Kauf- und Werkvertrag ist nicht nach finanziellen Gesichtspunkten vorzunehmen, sondern danach, ob zu erbringende Leistung von einer Vielzahl von Anwendern genutzt werden kann.²⁸ Es soll auch Werkvertragsrecht anwendbar sein, wenn die Parteien als wichtig vereinbart haben, daß Standardsoftware den Bedürfnissen des Anwenders anzupassen ist.²⁹

cc) Einordnung als Mietvertrag. Liegt eine Überlassung von Standardsoftware auf Zeit vor, so findet Mietvertragsrecht Anwendung.

d) Das jeweilige Gewährleistungsrecht

aa) Das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht bei mangelhafter Computersoftware. Auch bei Computervertrag muß im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung strikt zwischen **Rechts- und Sachmängeln** unterschieden werden. Nur bei Sachmängeln greifen die Sondervorschriften der §§ 459ff. BGB ein, während bei Rechtsmängeln über § 440 Abs. 1 BGB die Regelungen über die Nichterfüllung gem. §§ 320 bis 327 BGB zur Anwendung kommen.

Gem. § 434 BGB ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand **frei von Rechten** zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht

¹⁵ BGH, NJW 1990, 3011, 3012; OLG Stuttgart, CR 1988, 296.

¹⁶ OLG Karlsruhe, CR 1995, 399; LG Baden-Baden, CR 1995, 399.

¹⁷ OLG Koblenz, BB 1993, Beil. 13, S. 8.

¹⁸ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 328, 329.

¹⁹ OLG Köln, NJW-RR 1993, 1140.

²⁰ OLG Köln, NJW-RR 1993, 1140, 1141.

²¹ OLG Köln, NJW-RR 1992, 1327.

²² Völle, CR 1996, 139, 140.

²³ BGH, NJW 1990, 3011, 3012 m. w. N., OLG Köln, CR 1996, 20; OLG Köln, Ju-PS 1992, 1710, 1712.

²⁴ OLG Karlsruhe, CR 1995, 399.

²⁵ OLG Köln, CR 1989, 391; LG Köln, CR 1992, 342.

²⁶ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 955.

²⁷ Inacker, NJW 1993, 824, 827.

²⁸ König, NJW 1993, 3121, 3124.

²⁹ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 953, 954.

³⁰ OLG Köln, RR 1994, Beil. 13, S. 12.

wenden können. Solche Rechte können sich im Hinblick auf Computersoftware aus zahlreichen **Schutzgesetzen** ergeben, insbesondere aus dem **Urheberrecht** sowie bei technischen Programmen aus dem **Patentrecht**. Ein Rechtsmangel liegt daher etwa dann vor, wenn der **Verkäufer des Programms** dem kaufenden Anwender nicht das erforderliche **Nutzungsrecht in Form des Vervielfältigungsrechts** nach den §§ 69, Nr. 1, 16 UrhG mitzuteilen kann.³² Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Raubkopie verkauft wird,³³ aber auch dann, wenn eine zeitlich befristete Vertriebslaubnis abgelaufen ist oder ein **unüblich beschränktes Vertriebsrecht** nicht beachtet wird.³⁴ Ein **gutgläubiger Erwerb** des erforderlichen Nutzungsrechts greift nicht Platz, da ein gutgläubiger Erwerb gegenständliche Rechte vom Nichtberechtigten im Urheberrecht nach allgemeiner Auffassung ausgeschlossen ist.³⁵ Sofern es sich bei dem raubkopierten Programm um ein Standardprogramm handelt, besteht ein Schadensersatzanspruch aber nur in Höhe der **Anschaffungskosten** für ein Ersatzprogramm.³⁶ Gem. § 439 BGB scheidet der Schadensersatzanspruch des Käufers nur bei **Kenntnis des Rechtsmangels** aus, also etwa wenn der Käufer positiv weiß, daß es sich um eine Raubkopie handelt. Grob fahrlässige Unkenntnis genügt nach ständiger Rechtsprechung nicht.³⁷

Dem Käufer von Software stehen bei Sachmängeln die normalen kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche (Wandelung bzw. Minderung nach § 462 BGB, Nachlieferung beim Gattungskauf nach § 480 BGB sowie Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 463 BGB beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder beim arglistigen Verschweigen eines Fehlers) zu.

7 Die **Verjährung** der Gewährleistungsansprüche des Käufers beginnt mit der Ablieferung der Sache. Über den Ablieferungszeitpunkt besteht teilweise Uneinigkeit. Computersoftware ist grundsätzlich mit der Übergabe abgeliefert, sei es im Wege der Übergabe eines Datenträgers,³⁸ sei es im Wege der Datenfernübertragung, jedoch muß die sachrechtliche Übergabe nicht notwendigerweise bereits vollzogen sein, damit die Voraussetzungen der rein real zu bestimmenden Ablieferung vorliegen. Sofern ein **einheitliches Rechtsgeschäft** über Hard- und Software vorliegt, ist davon auszugehen, daß sich der Parteiville auch auf die **Einheitlichkeit des Verjährungsbeginns** erstreckt.³⁹ Der Beginn der Verjährungsfrist des § 477 Abs. 1 BGB gilt dann als bis zur vollständigen Lieferung der Hard- und Software hinausgeschoben,⁴⁰ sofern erst zu diesem Zeitpunkt eine in Erfüllung des Gesamtrechtsgeschäfts geschaffene Testmöglichkeit besteht. In diesen Fällen ist daher nicht auf den Zeitpunkt der bloßen Ablieferung abzustellen, sondern darauf, daß die Software derart in den Machtbereich des Käufers gelangt, daß dieser sie untersuchen kann.⁴¹ Teilweise wird auch eine zusätzliche Schulung des Personals gefordert⁴² oder die Einweisung und ein im wesentlichen störungsfreier Probelauf.⁴³ Allerdings wird beim Kauf von Standardsoftware ohne Hardware der Ablieferungszeitpunkt nicht bis zu einem erfolgreich durchgeführten Probelauf hinausgeschoben.⁴⁴ Vor der Lieferung eines Handbuchs beginnt die Gewährleistungsfrist nicht.⁴⁵ Für das Vorliegen der Ablieferung trägt der Verkäufer die Beweislast.⁴⁶ Teilweise wird eine Gleichbehandlung der Ablieferung

mit dem werkvertraglichen Abnahmebegriff gefordert, da § 477 BGB auf Sachen zugeschnitten ist und nach dieser Ansicht Computerprogramme keine Sachen sind.⁴⁵

8 *bb) Das werkvertragliche Gewährleistungsrecht.* Für die Rechte des Bestellers wegen bestehender Rechtsmängel ist auf die kaufrechtlichen Vorschriften der §§ 434 ff BGB zurückzugreifen. Für den Werklieferungsvertrag folgt dies bereits aus der Verweisung gem. § 651 BGB,⁴⁶ ansonsten wird dieses Ergebnis durch eine infolge einer Regelungslücke gerechtfertigten analogen Anwendung der genannten Vorschriften erreicht. Diese Überlegungen sind ohne weiteres auf den Bereich der Softwareüberlassungsverträge übertragbar.

9 Ein wesentlicher Unterschied des Werkvertragsrechts gegenüber dem Kaufvertragsrecht besteht darin, daß die **mangelfreie Herstellung des Werkes, also das Nichtvorhandensein von Fehlern** sowie das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften, zu den **Hauptleistungspflichten** des Werkunternehmers zählt.⁴⁷ Der Besteller einer Individualsoftware hat die normalen Gewährleistungsansprüche des Werkvertragsrechts: Mängelbeseitigung nach § 633 Abs. 2 BGB, Wandlungs- und Minderungsrecht nach § 634 BGB erst nach erfolgloser Nachbesserung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Verschulden des Unternehmers nach § 635 BGB.

Der Besteller kann die Mängelbeseitigung gem. § 633 Abs. 3 BGB auch im Wege der **Ersatzvornahme** selbst besorgen und sodann Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, sofern der Softwarehersteller mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist. Der Ersatzvornahme stehen auch die gegebenenfalls dem Softwarehersteller zustehenden Urheberrechte nicht entgegen. Die bei der Fehlerbeseitigung gegebenenfalls erforderlichen urheberrechtsrelevanten Vervielfältigungs- und Umarbeitungshandlungen zählen in Ermangelung besonderer vertraglicher Bestimmungen gem. § 69d Abs. 1 UrhG ausdrücklich zu den Handlungen, die nicht dem Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Rechtsinhabers unterfallen. Der Programmbesteller kann die Mängelbeseitigung auch von Dritten vornehmen lassen.

10 *cc) Das mietvertragliche Gewährleistungsrecht bei mangelhafter Computersoftware.* Sofern die mietweise überlassene Computersoftware einen Sach- oder Rechtsmangel aufweist, stehen dem Mieter die üblichen Gewährleistungsvorschriften nach §§ 537, 538 zur Verfügung: Mängelbeseitigung bzw. im Falle der durch einen Rechtsmangel hervorgerufenen Nichtgewährung oder Entziehung der Gebrauchsmöglichkeit Beseitigung des dem Gebrauch entgegenstehenden Rechts/Nichtzahlung oder Minderung des Mietzinses/Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Mängeln, die bereits bei Abschluß des Mietvertrages bestanden. Letzteres ist bei der mietweisen Überlassung von Standardsoftware in der Regel der Fall, da die Software meist vor Vertragsabschluß hergestellt wurde und der Mangel sämtlichen Programmexemplaren anhaftet, während Mängel nur des überlassenen Exemplars, etwa infolge einer nach Abschluß des Mietvertrags eingetretenen Beschädigung des Datenträgers, verhältnismäßig selten sind.

e) Das vermeintliche Bedürfnis nach softwarespezifischen Anpassungen

11 Die gewährleistungsrechtliche Behandlung der Softwareüberlassungsverträge steht wie nahezu alle rechtlichen Folgen einer Softwareüberlassung im Streit. Trotz der eindeutigen Entscheidungen des BGH zur Anwendung der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsvorschriften bei der Überlassung von Standardsoftware auf Dauer,⁴⁸ die der Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften bei der Herstellung von Individualsoftware⁴⁹ ausdrücklich gegenübergestellt wird, finden sich nicht nur im juristischen Schrifttum,⁵⁰ sondern auch in der Rechtsprechung⁵¹ Stellungnahmen, die eine zu-

³² Ohne ausdrückliche Nennung der Urheberrechtlichen Vorschriften BGH, NJW 1990, 3011, 3014.

³³ OLG Hamm, CR 1991, 15, 16.

³⁴ Hierzu ausführlich Voss, CR 1994, 449ff.

³⁵ Statt vieler BGHZ, S. 116, 119; Schrieker/Schucke von §§ 28 Rdn. 63.

³⁶ OLG Hamm, CR 1991, 15, 16.

³⁷ Siehe Bsp., von BGH, NJW 1960, 259, zuletzt BGH, NJW 1990, 1106, 1108.

³⁸ Anderer Ansicht OLG Hamm, CR 1992, 335, 336.

³⁹ Im Ergebnis wie hier LG Nürnberg-Luth, BB 1986, 277, 278.

⁴⁰ Im den Fall einer vom Verkäufer zu montierenden Maschine BGH, NJW 1961, 730.

⁴¹ OLG Hamm, CR 1992, 335, 336; OLG Bremen, NJW-RR 1992, 951 und CR 1991, 538, 539; OLG Köln CR 1991, 154, 156; OLG Düsseldorf, CR 1990, 689, 690.

⁴² OLG Köln, NJW-RR 1992, 1587; Schrieker, CR 1994, 385, 386 sieht diese Pflicht nur bei ausdrücklicher Vereinbarung.

⁴³ OLG Koblenz, BB 1993, Beil. 13, S. 8.

⁴⁴ LG Gießen, CR 1995, 540.

⁴⁵ BGH, MDR 1993, 121 = NJW 1993, 461.

⁴⁶ BGH, NJW 1985, 1333, 1335.

⁴⁷ Junker, NJW 1993, 824, 830.

⁴⁸ Von einer Einordnung als Werklieferungsvertrag geht Herr, CR 1992, 342 aus.

⁴⁹ Palandt/Thomas, § 631 Rdn. 12.

⁵⁰ Grundlegend BGH, NJW 1988, 406, 408.

⁵¹ Grundlegend BGH, BB 1971, 677.

⁵² Mehrens, NJW 1986, 1904, 1907, ders., NJW 1988, 2438, 2439f.; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128, 3132; Junker, NJW 1994, 824, 830.

⁵³ OLG Düsseldorf, CR 1990, 122, 125, 126; Nürnberg-Fürth, CR 1992, 336, 339.

mindest teilweise Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsregelungen fordern. Dies macht es erforderlich, die Sinnfälligkeit der propagierten Anpassung des Gewährleistungsrechts an die Besonderheiten der Computersoftware zu hinterfragen.

- 12 Der Ausgangspunkt für die hier diskutierte Frage einer Anpassung des Gewährleistungsrechts an die Besonderheiten der Computersoftware muß der Hinweis auf die grundlegende Systematik des BGB bilden, demzufolge die typologische Einordnung eines Vertrags unter eines der im BGB ausdrücklich geregelten Schuldverhältnisse zugleich über die einschlägigen Gewährleistungsvorschriften entscheidet. Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist zwar nicht von vornherein ausgeschlossen und auch vom BGH etwa im Bereich der Mängelhaftung bei der Veräußerung neu errichteter Bauwerke anerkannt. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Korrektur der gesetzlich vorgegebenen Rechtslage ist jedoch, daß die Anwendung der an sich einschlägigen Bestimmungen zu sachwidrigen und grob unbilligen Ergebnissen führen würde, während die statt dessen heranzuziehenden Bestimmungen einen angemessenen Interessenausgleich bewirken.⁵²

Sowohl im Hinblick auf die softwarespezifische Unbilligkeit der kaufvertraglichen Gewährleistungsvorschriften als auch hinsichtlich der Überlegenheit der entsprechenden werkvertraglichen Vorschriften sind die Befürworter der Abweichung von der Systematik des BGB eine überzeugende Erklärung für die behauptete Notwendigkeit bislang schuldig geblieben.⁵³ Dies gilt auch in bezug auf die vom BGH ausdrücklich offen gelassene Frage,⁵⁴ ob die bei der Überlassung von Standardsoftware auf Dauer anwendbaren Vorschriften der §§ 459ff BGB wenigstens insoweit einer Änderung unterworfen werden müssen, als dies das häufig in analoger Anwendung von § 633 Abs. 2 BGB geforderte Nachbesserungsrecht betrifft. Gegen die Forderung nach einem grundsätzlich eingreifenden Nachbesserungsrecht spricht bereits in rein tatsächlicher Hinsicht, daß Standardsoftware in der weit überwiegenden Zahl der Fälle nicht vom Programmhersteller bezogen wird, sondern von einem Softwarehändler, der eine Fehlerbeseitigung gar nicht vornehmen kann, weil ihm der hierfür in der Regel erforderliche Quellcode nicht vorliegt. Darüberhinaus ist das Argument, daß ohne vorgeschaltetes Nachbesserungsrecht eingreifende Wandlungs- oder Minderungsrecht sei ökonomisch unverträglich,⁵⁵ ja destruktiv,⁵⁶ auch für die wenigen Fälle nicht überzeugend, in denen der Überlassende zur Mängelbeseitigung willens und rechtlich und tatsächlich in der Lage ist.

- 13 Der Überlassende kann ein Nachbesserungsrecht durch vertragliche Vereinbarung, etwa in seinen AGB, vorsehen. Eine entsprechende Klausel ist nach § 11 Nr. 10b AGBG nicht zu beanstanden, solange dem Kunden das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlägen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach seiner Wahl Herabsetzung der Vergütung (Minderung) oder Rückgängigmachung des Vertrags (Wandlung) zu verlangen. Auch aus der Sicht des Anwenders besteht kein Grund, ein Nachbesserungsrecht nach § 633 Abs. 2 BGB einzuführen. Die Vertreter der Gegenmeinung übersehen, daß die Pflicht zur Überlassung von Standardsoftware grundsätzlich eine Gattungsschuld darstellt⁵⁷ und der Anwender dementsprechend gem. § 480 Abs. 1 BGB grundsätzlich verlangen kann, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird.

Selbst für die verbleibenden Fälle, in denen zwar keine nach Gattungsmerkmalen bestimmte Standardsoftware vorliegt, weil diese durch kundenspezifische Programm Anpassungen individualisiert wurde, wegen der Geringfügigkeit der Anpassungen aber trotzdem noch nicht von einem werkvertraglich einzuordnenden Softwarevertrag über die Herstellung und Überlassung von Individualsoftware gesprochen werden kann, verbleibt aus der Sicht des Anwenders kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 633 Abs. 2

BGB. Dem steht entgegen, daß selbst die Vertreter der Gegenmeinung eine solche nur für die Fälle fordern, in denen der Überlassende zur Nachbesserung willens und in der Lage ist. Wenn der Überlassende hierzu jedoch willens und in der Lage ist, so kann sich der Anwender natürlich auch mit dem Überlassenden auf eine Nachbesserung einigen. Eine Verpflichtung, nur das Wandlungs- oder Minderungsrecht auszuüben, besteht selbstverständlich nicht.

Festzuhalten ist nach alledem, daß eine Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsregelungen auf kaufvertraglich typisierte Softwareüberlassungsverträge nicht geboten ist. Dies betrifft auch ein der Wandlung oder Minderung vorgeschaltetes Nachbesserungsrecht. Unzulässig ist es daher auch, durch eine gezielte Überbetonung geringfügiger Programm Anpassungen oder sonstiger Nebenleistungen das Vorliegen eines Werkvertrags künstlich herbeizuführen, um der Anwendung des vermeintlich passenderen werkvertraglichen Gewährleistungsrechts den Schein rechtlicher Legitimation zu geben. Bedauerlicherweise beschreiten einige Oberlandesgerichte diesen Weg.⁵⁸

f) Softwarepflege in der Gewährleistungszeit

Häufig werden vom Softwareanwender sogenannte Programmpflegeverträge mit dem Hersteller abgeschlossen, durch die dieser zur Fehlerbeseitigung, Fehlerbearbeitung, Programmaktualisierung, Beratung oder sonstigen Leistungen verpflichtet wird. Probleme entstehen in diesen Fällen insbesondere dann, wenn eine Vergütung der durchgeführten Fehlerbeseitigungsarbeiten trotz gegebenenfalls bestehender Gewährleistungsansprüche gefordert wird. Eine gerichtliche Entscheidung liegt zu diesem Problem noch nicht vor. Die einzige Entscheidung, die das Problem wenigstens am Rande anspricht, stammt vom OLG Hamm.⁵⁹ Dort wird wohl ein doppelt begründetes Wartungsrecht sowohl aus dem Wartungsvertrag als auch aus Gewährleistungsansprüchen hergeleitet.

Man wird das Problem so lösen können, daß der Hersteller und Wartungsunternehmer die Fehlerbeseitigung auf jeden Fall schuldet. Hierbei ist zunächst gleichgültig, ob dies auf Grund von Gewährleistungsansprüchen oder des Wartungsvertrags geschieht. Der Kunde kann später das vom Hersteller geltend gemachte Entgelt kürzen bzw. dessen Zahlung ganz verweigern, soweit nur solche Arbeiten durchgeführt wurden, die unter die Gewährleistung fallen. Ein vollständiger Ausschluß der Gewährleistung würde bei gemieteter Software gegen § 9 Abs. 2 AGBG i. V. m. § 536 BGB, bei gekaufter Software im nicht-kaufmännischen Geschäftsverkehr gegen § 11 Nr. 10a und bei gekaufter Software im kaufmännischen Geschäftsverkehr gegen § 9 Abs. 2 verstoßen.

2. Mängel der Computersoftware

a) Allgemeines zum Begriff des Sachmangels

aa) Fehler einer Sache. Der Begriff des Sachfehlers, aber auch der Oberbegriff des Sachmangels ist im Miet-, Kauf- und Werkvertragsrecht deckungsgleich.⁶⁰ Allerdings bleiben im Kauf- und Mietrecht unerhebliche Minderungen des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit unberücksichtigt, während im Werkvertragsrecht gem. § 634 Abs. 2 BGB bei einer unerheblichen Wert- oder Gebrauchstauglichkeitsminderung nur die Wandlung ausgeschlossen ist. Die Frage, ob eine erhebliche oder unerhebliche Minderung der Wert- oder Gebrauchstauglichkeit vorliegt, ist anhand der für diese Beurteilung maßgebenden Verkehrsanschauung zu bestimmen.⁶¹ Grundsätzlich irrelevant ist die Anzahl der im Programm enthaltenen Fehler, da es allein auf die Auswirkung der Fehler auf den Wert bzw. die Gebrauchstauglichkeit ankommt. Die Gebrauchstauglichkeit kann durch einen

⁵² So bereits zum Problembereich der Mängelhaftung bei der Veräußerung neu errichteter Bauwerke Köhler, NJW 1984, 1321, 1322.

⁵³ Ausführlich Marly Rdn. 345ff.

⁵⁴ BGH, NJW 1988, 406, 408.

⁵⁵ LG Nürnberg-Fürth, CR 1992, 336, 339.

⁵⁶ Brand-Dohm, CR 1992, 340, 341.

⁵⁷ LL.M. vgl. Marly Rdn. 473; Hoeren, CR 1992, 533, 534; ders., NJW 1992, 1245; Köhn Rdn. 737; Malzer S. 95ff. und 153ff.; wohl auch Brand-Dohm CR 1992, 340, 341.

⁵⁸ Diese Vorgehensweise beschreibt Brand-Dohm, CR 1992, 340, 341 mit Hinweisen auf Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamm, Köln und München.

⁵⁹ OLG Hamm, BB 1987, 1975ff.

⁶⁰ MünchKommB/Voelckow § 537 Rdn. 3.

⁶¹ Palandt/Potz § 459 Rdn. 13.

einzelnen Fehler **vollig aufgehoben** sein, gleichwie selbst das Vorhandensein zahlreicher Fehler **nicht zwangsläufig** zu diesem Ergebnis führt.⁶⁷ Die unvollständige Lieferung eines Teils der insgesamt zu überlassenden Software kann nur dann als unerheblich angesehen werden, wenn der fehlende Teil mit ganz unerheblichem Aufwand hergestellt werden kann.⁶⁸ Ob dies der Fall ist, muß aus der Sicht des Anwenders beurteilt werden.⁶⁹ Es ist daher grundsätzlich unerheblich, ob der Lieferant den Mangel leicht beseitigen kann.

- 16 In der Regel sollte sich der **vertraglich vorausgesetzte Gebrauch** bei Individualsoftware aus dem **Pflichtenheft** ergeben, in dem die jeweiligen Programmspezifikationen zusammengefaßt sind, die das Computerprogramm erfüllen soll. Möglich ist auch, daß die Programmspezifikationen lediglich mündlich vereinbart wurden.⁷⁰ In einem solchen Fall trifft den Programmentwickler allerdings eine erweiterte Pflicht, die notwendigen Informationen einzuholen.⁷¹ Trifft den Verkaufsträger die Verpflichtung zur Erstellung eines Pflichtenheftes und kommt er dieser nicht nach, so ist er zur Zahlung des Werklohns verpflichtet, ohne sich auf Mängel berufen zu können.⁷² Das gleiche gilt bei ungenügenden oder unzureichenden Unterlagen.⁷³ Der Besteller muß grundsätzlich alle für die Erstellung von Individualsoftware erforderlichen Angaben machen; erachtet der Programmierer diese als nicht ausreichend, entlastet ihn dies nicht, wenn die Software Mängel aufweist.⁷⁴ Es kann auch vereinbart werden, daß der Hersteller der Individualsoftware das Pflichtenheft mit Realisierungsplan erstellt. Er wird dann von dieser Verpflichtung nicht frei, wenn der Besteller bei einer Besprechung neue Wünsche äußert.⁷⁵ Kommt der Werkunternehmer seiner Verpflichtung zur Lieferung des Pflichtenheftes nicht nach, hat der Besteller ein Rücktrittsrecht nach § 326 BGB.⁷⁶ Wurde die Erstellung eines Pflichtenheftes nicht vereinbart, dann schuldet der Auftragnehmer ein Computerprogramm, das dem technischen Entwicklungsstand entspricht.⁷⁷

Den Ansatzpunkt bei **Standardsoftware** bilden zunächst die Produkt- und Leistungsbeschreibungen des Lieferanten in Werbeprospekten oder sonstigen Informationsquellen. Wird ein Computerprogramm auf der Grundlage einer Kurzbeschreibung des Softwarelieferanten gekauft, so ist der Wortlaut dieser Kurzbeschreibung für den Leistungsumfang bzw. die Mangelhaftigkeit des Programms maßgeblich.⁷⁸

- 17 Auch die Feststellung des **gewöhnlichen Gebrauchs** zur Umschreibung der Sollbeschaffenheit wirft erhebliche Probleme auf, sobald ein gewisser Kernbereich des allgemein üblichen Gebrauchs verlassen wird. Entgegen der Auffassung des OLG Stuttgart⁷⁹ ist ein allgemeiner Qualitäts- und Leistungsstandard innerhalb der jeweiligen Klasse vergleichbarer Programme durchaus feststellbar.⁸⁰ Infolge der raschen technischen Weiterentwicklung ist der jeweilige klassenspezifische Qualitäts- und Leistungsstandard aber einem ständigen Wandel unterworfen und läßt sich mangels hinreichender Sachkunde der Gerichte von diesen kaum ohne detailliertes Sachverständigengutachten bestimmen. So wurde ein drei bis vier Jahre zurückliegendes Baujahr einzelner Komponenten einer aus Hard- und Software bestehenden EDV-Anlage nicht als Mangel im Sinne des § 459 BGB angesehen.⁸¹ Existieren unter derselben Bezeichnung mehrere Versionen eines Softwareproduktes, so gilt im Zweifel die neueste als bestellt. Die Lieferung einer älteren Version entspricht nicht dem gewöhnlichen Gebrauch.⁸²

bb) Das **Fehlen zugesicherter Eigenschaften**. Schwierigkeiten bereitet bei der Bestimmung der zugesicherten Eigenschaften die Einordnung von Werbeaussagen, sei es in Prospekten, Gebrauchsanweisungen oder ähnlichem oder im Rahmen mündlicher Verkaufsgespräche. Das KG Berlin hat in einer sich selbst widersprechenden Entscheidung in den vom Gericht abgefaßten Leitsätzen die Auffassung vertreten, Angaben in der dem Käufer einer EDV-Anlage anlässlich der Kaufverhandlungen ausgehändigten Leistungsbeschreibung würden als Zusicherung gehen, sofern nicht der Verkäufer vor Vertragsabschluß eindeutig auf die gegenüber der Leistungsbeschreibung eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Systems hinweist. In den Entscheidungsgründen wird jedoch ausgeführt, daß die Produktbeschreibung lediglich den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch bestimmt, es sich aber nicht um eine darüber hinausgehende Zusicherung von Eigenschaften des Kaufgegenstandes im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB handelt.⁸³ Dieser letztgenannten Feststellung ist im Grundsatz zuzustimmen. Sofern daher nur die in der Werbung regelmäßig verwendeten schlagwortartigen Umschreibungen benutzt werden, wird es sich meist um eine bloß unverbindliche Anpreisung handeln. Dieser Einordnung steht auch nicht entgegen, daß die Anpreisung durchaus ernsthaft gemeint sein kann.⁸⁴

cc) **Veragen der Beweislast und Gefahrübergang**. Die **Beweislast** richtet sich auch bei Softwaremängeln nach den für Gewährleistungsansprüche geltenden allgemeinen Regeln. Softwarespezifische Besonderheiten bestehen in soweit nicht.

Berücksichtigt werden muß im Hinblick auf den **Gefahrübergang** für den weit verbreiteten Bezug von Computersoftware über den Versandhandel, daß hier in der Regel kein Versandkauf im Sinne des § 447 BGB vorliegt. Wie beim gewöhnlichen Versandhausvertrag liegt vielmehr eine Bringschuld im Sinne von § 269 BGB vor, da der Wohnort des Bestellers im Zweifel als Erfüllungsort anzusehen ist.⁸⁵ Erfüllungsortsklauseln, die hiervon abweichen, sind nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.⁸⁶

b) Systematik typischer Softwaremängel

aa) **Funktionsmängel**. Funktionsmängel können dahingehend umschrieben werden, daß das einen solchen Mangel aufweisende Computerprogramm ein Leistungsdefizit im Hinblick auf die **Übereinstimmung des erwünschten und des tatsächlichen Ergebnisses** einer Programmabarbeitung aufweist. Kennzeichnend für diese Gruppe ist daher, daß das Computerprogramm ein bestimmtes Ergebnis erzielen soll und auch entsprechende Programmroutinen enthält, diese jedoch nicht den gewünschten Erfolg bringen.

Ein solches Leistungsdefizit liegt etwa dann vor, wenn bei einem Grafikprogramm unsinnige Schraffierungen vorgenommen werden, etwa bei einer nicht geschlossenen Fläche.⁸⁷ Ein der Abrechnung zahnärztlicher Leistungen dienendes Computerprogramm ist fehlerhaft, wenn die Funktion zum Ausdruck von Krankenschein-Aufklebern zwar vorhanden ist, diese Aufkleber aber unbrauchbar sind, weil die Arbeitsgemeinschaft der Krankenkassenverbände ihre Zustimmung zur Entgegennahme derartiger Krankenschein-Aufklebern verweigert.⁸⁸ Fehlerhaft ist ein Computerprogramm zur Verwaltung einer Arztpraxis auch dann, wenn das maschinelle Ankreuzen bzw. Ausfüllen wesentlicher Teile von Überweisungsformularen nicht möglich ist, Arbeitsfähigkeitsbescheinigungen nur teilweise und vertrauensärztliche Berichte gar nicht ausgedruckt werden können und die Leistungsbeschreibung des Programms den Satz enthält, alle nach der ärztlichen Behandlung benötigten Formulare könnten im Original ausgedruckt werden. Im konkreten Fall sah das KG Berlin⁸⁹ in der so gestalteten Leistungsbeschreibung ausweislich der gerichtlich verfaßten Leitsätze die Zusicherung einer Eigenschaft, jedoch wird es sich in der Regel lediglich um eine Beschreibung der nach dem Verträge vorausgesetzten

⁶⁷ LG Heidelberg, CR 1989, 197, 198.

⁶⁸ OLG Hamm, CR 1990, 520, 521.

⁶⁹ OLG Stuttgart, CR 1988, 296f.

⁷⁰ So im Fall LG Lüneburg, DV Rechtsprechung Bd. 1 S. 83.

⁷¹ LG Köln, CR 1994, 624.

⁷² LG Koblenz, CR 1994, 170.

⁷³ LG Koblenz, CR 1994, 470.

⁷⁴ OLG Köln, CR 1996, 20.

⁷⁵ OLG Köln, CR 1994, 229.

⁷⁶ OLG Köln, CR 1994, 229.

⁷⁷ LG Köln, CR 1994, 624.

⁷⁸ AG Plön, CR 1989, 916.

⁷⁹ OLG Stuttgart, CR 1986, 381, 382; völlig dagegen LG Oldenburg CR 1992, 26, 27.

⁸⁰ Vgl. hierzu die Beispiele bei Marly/Rdn. 555 und Köng/Rdn. 677 Fußn. 71c; im Ergebnis wie hier Redeker/Rdn. 179, Mehrings, NJW 1986, 1964, 1966; Kilian in: Weyers S. 77, 102.

⁸¹ OLG Düsseldorf, NJW 1993, 3142.

⁸² LG Köln, CR 1995, 154.

⁸³ KG, CR 1986, 643, 645.

⁸⁴ BGH, BB 1958, 284.

⁸⁵ Im einzelnen, Erfüllungsortvereinbarungen Rdn. 6; Wolf § 9 Rdn. V 12.

⁸⁶ Im einzelnen, Erfüllungsortvereinbarungen Rdn. 6.

⁸⁷ OLG Köln, NJW 1988, 2477, 2478.

⁸⁸ BGH, NJW 1982, 696f.

⁸⁹ KG Berlin CR 1986, 643.

Gebrauchsmaschinen **handelt**, weshalb das KG Berlin in den betreffenden Entscheidungswortlaut **seinem eigenen Einsatz** widerspricht.⁸³ Ein Programm zur Kundenverwaltung eines **La-werksbetriebs** ist fehlerhaft, wenn unzutreffende Mühungen ausgedruckt werden **und bei Preisverträgen kein gerundeter Barzahlungspreis** gedruckt wird.⁸⁴ Unabhängig vom Typus **der Computersoftware** stellt es bei einem deutschsprachigen Programm, bei dem **Namen, Adressen oder sonstige Texte** eingegeben werden, einen Fehler dar, wenn **statt aller Umlaute Laute** Zeichen gedruckt werden. Das Arbeitsergebnis ist für den **Anwender** wegen des großen Überprüfungsaufwandes sowie der nicht in allen Fällen **gewährleisteten Rekonstruierbarkeit** (Müller → Müller oder Möller oder Mäller) weitestgehend wertlos.⁸⁵ Auch liegt ein Mangel vor, wenn das „O“-Zeichen nicht auf dem **Bildschirm ausgegeben** wird und auch nicht gedruckt werden kann.⁸⁶ Insgesamt lassen sich die vorstehend genannten Entscheidungen dahingehend generalisieren, daß bei einem deutschsprachigen Computerprogramm die **gesamte automatische Zeichensatz** einschließlich gängiger Sonderzeichen wie „\$“, „%“ und „&“ verarbeitet werden können müssen. Ein **Fehler** oder eine Funktionsmangel liegt, wenn er Grafiken, die unter einem gängigen **Standardsystem** erstellt wurden, nicht **transportieren** kann.⁸⁷ Es liegt ebenfalls ein Mangel vor, wenn der **Softwareanbieter ungerichtet** ist.⁸⁸

21. **b) Funktionsdefizite.** Von einem Funktionsdefizit eines Computerprogrammes kann dann gesprochen werden, wenn das betreffende Programm **aus** *zu dem* gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch notwendige oder gar zugesicherte **Funktion nicht umfasst**. Das völlige Fehlen der Funktion unterscheidet die Fälle dieser Gruppe von denen der vorgenannten Gruppe. Dort ist eine **bestimmte Funktion** zwar grundsätzlich vorhanden, wird aber fehlerhaft ausgeführt.

Innerhalb der Gruppe der Funktionsdefizite muß das Beurteilungskriterium des **gewöhnlichen Gebrauchs** eine besondere Berücksichtigung finden. *Darmit wird* **no** Umblück auf das Vorhandensein von Programmfunktionen die Einhaltung gewisser **Minimalanforderungen** sichergestellt, denen auch dann Rechnung getragen werden muß, wenn sie nicht ausdrücklich in den Vertrag einbezogen wurden. Ein durch ein Funktionsdefizit begründeter **Programmfehler** liegt vor, wenn bei einem Lohnbuchhaltungsprogramm keine Möglichkeit besteht, den **Durchschnittslohn** sowie den hieraus zu berechnenden **Umlagebeitrag** für das **empfindliche Bruttogehalt** errechnen zu lassen.⁸⁹ Sofern das betreffende Lohnbuchhaltungsprogramm bei auch in **Nacht- und Sonntagsarbeit** tätigen Betrieben eingesetzt werden soll, stellt auch die fehlende Möglichkeit einen **Fehler** dar, die **steuerfreien Beträge** für **Nacht- und Sonntagsarbeit** ermitteln zu können.⁹⁰ **Fehlt** *einem* Programm eine Funktion, die das **Überladen** von Dateien verhindert oder den **Überlauf** zumindest deutlich macht, und kommt es infolge des **Datensüberlaufs** zu **Fehlangaben** auf **Lecterschirmen** und **Rechnungen**, die vom Programm erstellt werden, so liegt nach **Ansicht** des I. G. Duisburg⁹¹ in jedem Fall ein Fehler vor. Unbeachtlich ist nach Ansicht des I. G. Duisburg, ob eine solche Funktion bei der **Bestellung** des Programms berücksichtigt wurde, denn derartige **Mindestanforderungen** müssen vom Programmierer auch dann beachtet werden, wenn dies nicht **vertraglich vereinbart** würde. Ein für ein **mehrplatzfähiges UNIX-Betriebssystem** geliefertes Programm ist mangelhaft, wenn dieses keine **Vorkehrungen** zur **Verhinderung** **zeitgleicher** und deshalb **konkurrierender Zugriffe** enthält und deshalb nicht **mehrplatzfähig** ist. Infolge der Tatsache, daß es sich um **Software** für ein **mehrplatzfähiges UNIX-System** handelt, kann der Käufer auch ohne ausdrückliche Vereinbarung im **Softwareüberlassungsvertrag** die **Mehrplatzfähigkeit** erwarten. Die **Mehrplatzfähigkeit** von UNIX-Software zählt zum **Standard** derartiger Programme, insbesondere wenn es sich

um ein relativ teures Produkt handelt. Die Möglichkeit einer **Mehrplatznutzung** stellt keinen Ersatz für die nicht vorhandene **Mehrplatzfähigkeit** dar.⁹² Nach **Außlassung** des **BGH**⁹³ zählt es bei einem **Branchenprogramm** für eine **Speiditions- und Provisionsabrechnung** nicht zu den üblichen und ohne besondere **vertragliche Vereinbarung** geschuldeten **Leistungsmerkmalen**, daß das Programm einen **kompletten Textverarbeitungsteil umfasst**, mit dem auch **Textbausteine** in **individuelle Korrespondenz** eingearbeitet werden können. Vielmehr sei ein **kleines Textprogramm**, mit dem etwa **Werbebriefe** mehrfach **unverändert abgerufen** werden können, **ausreichend**. Allerdings stellen **systembedingte Eigenheiten** eines **Computerprogramms** keinen Mangel dar, da es für **Computerprogramme** **nahezu immer** **Verbesserungsmöglichkeiten** gibt.⁹⁴

c) **Inkompatibilität.** Kompatibilität im Bereich der EDV bezeichnet die Eigenschaft von **Datenverarbeitungssystemen** oder deren Bestandteilen, **untereinander kombinierbar** zu sein. Diese **Kombinationsmöglichkeit** kann sich sowohl auf **Hardware-** als auch auf **Softwareprodukte** beziehen. Infolge der **dominierenden Rolle**, die den **Produkten** der **Firma IBM** zukommt, wird der Begriff der **Kompatibilität** meist in **bezug** auf **Produkte** dieser **Firma** verwendet, insbesondere im Bereich der **Personal Computer**, wo verbreitet nur noch von **Kompatibilität** ohne **ausdrücklich** genannten **Bezugsobjekt** die **Rede** ist. Einen **Mangel** stellt **Inkompatibilität** zu einem anderen **Produkt** **grundsätzlich** nur dar, wenn **Kompatibilität** zu einem anderen **Produkt** **vertraglich vereinbart** oder **zugesichert** wurde. Fehlende **IBM-Kompatibilität** ist nur dann ein **Mangel**, wenn sie **ausdrücklich** **zugesagt** wurde.⁹⁵

Enthält das vom **Anwender** erstellte **Pflichtenheft** für die **Überlassung** eines **Datenverarbeitungssystems** den Vermerk „Die **Disketten** müssen dem **IBM-Mode** entsprechen“ und wird dieses in den **Vertrag** einbezogen, so liegt eine **Zusicherung** einer **Eigenschaft** vor.⁹⁶ Ein **Mangel** ist dementsprechend gegeben, wenn ein **Datenaustausch** mit der **IBM-Rechenanlage** der **Muttergesellschaft** nicht durchgeführt werden kann. **Erklärt** der **Lieferant**, die **Software** sei **kompatibel** zu einer von einem **Dritten** noch zu **liefernden Individualsoftware** (**Kompatibilität** zu **Fremdsoftware**), handelt es sich bei dem **Gegenstand** der **Erklärung** nicht lediglich um die **vertragsgemäße Beschaffenheit**, sondern darüberhinaus um die **Eignung** zu einem bestimmten, über den **Bereich** des **vertragsgemäßen Gebrauchs** hinausgehenden **Verwendungszweck**. Dies stellt die **Zusicherung** einer **Eigenschaft** dar.⁹⁷

d) **Kapazitätsmängel.** Von einem **Kapazitätsmangel** ist dann auszugehen, wenn der **Computerprogramm** für ein **ordnungsgemäßes Funktionieren** benötigte **Speicher** größer ist als der **vorgesehene** oder wenn der **neben dem Programm verbleibende Restspeicher** zu **klein** ist, um ihn **sinnvoll** zu nutzen, obwohl diese **Restspeichernutzung** nach der **Konzeption** des **Programms** notwendig wäre. Unbeachtlich ist dabei, ob es sich um **Kapazitätsprobleme** des **Massenspeichers**, des **Hauptspeichers** oder des **Speichers** einer **Peripherieinheit** handelt.

Ein Fehler eines **Computersystems** liegt nach **Ansicht** des **OIG Karlsruhe**⁹⁸ nicht vor, wenn ein **schon** bei **Lieferung** der **Hardware** **zugesagtes**, aber noch nicht **erstelltes Programm** nach seiner **Entwicklung** nicht ohne **Speichererweiterung** **ablauffähig** ist. Dies könne aber ein Fehler des später entwickelten **Programms** sein, der jedoch vom **Lieferanten** vor der **Übergabe** dadurch **beseitigt** werden könne, daß er die **erforderliche Speichererweiterung** **kostenlos** mitliefert. Dieser **Entscheidung** des **OIG Karlsruhe** ist nur unter der **Einschränkung** **zuzustimmen**, daß die **erforderliche Speichererweiterung** nicht nur **technisch möglich** sein muß, sondern den **Anwender** auch nicht im **Hinblick** auf die **Verwendungsmöglichkeit** seines **Computersystems** **einstränken** darf. **Speichererweiterungen** sind nicht immer **problemlos möglich** und **beanspruchen** häufig für **andere Zwecke**

⁸³ KG Berlin CR 1986, 613, 615.⁸⁴ I. G. Duisburg CR 1995, 222.⁸⁵ I. G. Kempten CR 1988, 738, 740.⁸⁶ OIG Schleswig UV-Rechtsprechung, Bd. 2 S. 245, 247.⁸⁷ OIG München CR 1990, 646, 648 in der Vor.⁸⁸ OIG Schleswig UV-Rechtsprechung, Bd. 2 S. 245, 247.⁸⁹ I. G. Augsburg CR 1989, 22, 24.⁹⁰ OIG Stuttgart CR 1987, 210.⁹¹ I. G. Duisburg, CR 1989, 494, 495.⁹² OIG Köln NJW 1996, 1683.⁹³ OIG Karlsruhe CR 1990, 266.⁹⁴ I. G. Stuttgart CR 1986, 382, 384.⁹⁵ BGH NJW 1990, 3008, 3010.⁹⁶ OIG Saarbrücken CR 1990, 713.⁹⁷ OIG Köln CR 1995, 16 – NJW-RR 95, 1160.⁹⁸ OIG Karlsruhe CR 1988, 921.⁹⁹ AG Ulm CR 95, 407.

Softwareverträge

ke benötigte Steckplätze. Sofern der Anwender daher infolge der Speichererweiterung andere Verwendungen mit seinem Hardwaresystem nicht mehr durchführen kann, etwa weil der geplante Einbau eines Modems daran scheitert, daß die Speichererweiterung den letzten freien Steckplatz für sich beansprucht, kann der Softwarelieferant den Fehler auch nicht durch die Lieferung einer kostenlosen Speichererweiterung beheben. Auch wird der Kapazitätsmangel nicht dadurch behoben, daß der Lieferant gegen zusätzliche Zahlung eine Speichererweiterung vornimmt und der Kunde das zusätzliche Entgelt nur wegen einer gleichzeitig vorgenommenen Einsatzverweigerung des Computersystems hinnimmt, die letztlich dazu führt, daß die Kapazität abermals nicht ausreicht.¹⁰⁷ Sofern die Parteien das Vorhandensein bestimmter Funktionen vereinbart haben, obliegt es grundsätzlich dem Lieferanten, den dazu erforderlichen Speicherbedarf zu ermitteln. Unterläßt er dies maßlos die Speicherkapazität des Computers daraufhin zu klein, liegt ein Mangel vor.¹⁰⁸

Nicht ausreichend ist es, wenn dem Anwender zur Vermeidung einer Überfüllung des Überlaufbereichs und der damit einhergehenden Gefahr des Datenverlustes nur die Möglichkeit belassen ist, diese Gefahr durch eine vorzuziehende Reorganisierung oder Umverteilung der Bereiche einzelner Dateien vorzubeugen. Vielmehr ist die rechtzeitige Anzeige der Überfüllung des Überlaufbereichs erforderlich.¹⁰⁹ Das Nichtvorhandensein einer solchen Anzeigefunktion kann auch als Funktionsdefizit bezeichnet und dieser Gruppe zugeordnet werden.

- 24 *ee) Geringe Rechengeschwindigkeit.* Ineffiziente Programmierung kann zu unnötig langen Laufzeiten eines Computerprogramms und im Einzelfall zu unzumutbar langsamem Arbeitsweise des Gesamtsystems führen. Betroffen kommen dabei entweder nur einzelne Funktionen eines Programms sein oder das gesamte Programm kann ein unzureichendes Laufzeitverhalten aufweisen. Bei der Bestimmung der Grenze zwischen noch hinreichender Geschwindigkeit und inakzeptablem Laufzeitverhalten, als der Grenze zwischen fehlerfreiem und fehlerhaftem Computerprogramm, sind die jeweilige **Preisklasse** des Produktes sowie die **Laufzeiten vergleichbarer Software** heranzuziehen. Berücksichtigt werden muß auch, ob das langsame Laufzeitverhalten hardwarebedingt ist oder durch vom Anwender zu vertretende Überlastungen des Systems hervorgerufen wird.

In Hinblick auf die Beseitigung von Verzögerungen im Antwortverhalten muß neben der Hardwareumgebung auch die jeweilige vom Programm geleistete Arbeit berücksichtigt werden. Deshalb sind bei einem Mehrplatzsystem gewisse Einbuchungs- bzw. *Programmaufrufen* nicht zu beanstanden. Die Grenze des Zulässigen ist aber überschritten, wenn im normalen Systembetrieb Einbuchungs- bzw. Programmaufrufen von ein bis zwei Minuten aufweten.¹¹⁰ Während der Arbeit mit einem Programm sind demgegenüber bereits Reaktionszeiten von mehr als zwei Sekunden zwischen der Eingabe eines Zeichens auf der Tastatur und der Ausgabe dieses Zeichens auf dem Bildschirm nicht akzeptabel. Überdies wird nicht nur die Arbeitsgeschwindigkeit stark beeinträchtigt, sondern insbesondere die Korrektur falsch eingegebener Zeichen über Gefahr erschwert, weil zunächst abgewartet werden muß, bis das Zeichen am Bildschirm erscheint, um nicht versehentlich andere oder zu viele Zeichen zu löschen.¹¹¹ Im übrigen dürfte die Grenze zumutbarer Antwortzeiten während des Programmlaufs auch bei einem Mehrplatzsystem bei etwa 10 Sekunden liegen. Antwortzeiten von 31 bzw. 48 Sekunden stellen nach Auffassung des LG Essen¹¹² auf jeden Fall einen Mangel dar, jedoch muß nochmals darauf hingewiesen werden, daß die je weils in Frage stehende Programmfunktion berücksichtigt werden muß. Schwierige Datenbankabfragen können naturgemäß erhebliche Zeit in Anspruch nehmen, ohne daß hierin ein Laufzeitproblem der entsprechenden Software zu

sehen ist. Der Angabe abstrakter Zahlen zur Umschreibung zumutbarer Antwortzeiten ist daher in jedem Fall mit Zurückhaltung gegenüberzutreten.

- ff) *Virenverseuchte Software.* Computerviren sind im Grunde gewöhnliche Computerprogramme. Kennzeichen der Computerviren ist, daß das betreffende Programm mit spezifischen Eigenschaften ausgestattet ist, die das Programm als Virenprogramm qualifizieren. Diese Eigenschaften gehen zunächst dahin, ablauffähige Vervielfältigungen des eigenen Programmecodes oder zumindest eines das Virenprogramm aufrufenden Programmteils¹¹³ in den Programmcode anderer Programme hineinzukopieren. Auf Grund dieser Programmfunktion wird häufig von der sogenannten Fähigkeit zur **Selbstreproduktion** gesprochen. Folge dieses auch als Infektion bezeichneten Vorgangs ist, daß die in den fremden Programmcode eingesetzte Kopie nunmehr ebenfalls und eigenständig den Infektionsvorgang ausführen kann. In der Regel umfaßt das Virenprogramm neben dem infizierenden Programmteil noch ein Kennbyte, das dem Virus ein bereits infiziertes Programm als solches kenntlich macht, sowie einen prüfenden und suchenden Programmteil, der potentiell zu infizierende Programme auf eine bereits vorhandene Infektion hin untersucht und eine Mehrfachinfizierung verhindert. Schließlich enthält ein Virenprogramm in der Regel noch einen **manipulierenden Programmteil**, der eine beliebig geartete Manipulationsaufgabe enthält, die von der harmlosen Anzeige verschiedener Zeichen auf dem Bildschirm bis hin zur Zerstörung der Hardware reichen kann.¹¹⁴ Wegen dieses manipulierenden Programmteils wird ein Computervirus auch der Gruppe der sogenannten **Sabotageprogramme** zugerechnet, der weitere Typen von Computerprogrammen angehören wie etwa Würmprogramme oder Trojanische Pferde. Die Ausführung der vom Computervirus ausgeübten Manipulation kann an bestimmte Bedingungen, etwa ein bestimmtes Datum, geknüpft werden.

Sofern die gelieferte Computersoftware ein Sabotageprogramm, insbesondere einen Computervirus enthält, ist diese fehlerhaft und begründet Gewährleistungsrechte des Anwenders. Darüberhinaus kommen Ansprüche wegen positiver Forderungsverletzung sowie deliktische Ansprüche nach §§ 823 Abs. 1 und 2 sowie 826 BGB in Betracht, wenn gleich nicht zu verkennen ist, daß der Beweis einer gezielt vorgenommenen Virenverseuchung nahezu unmöglich ist. Unerheblich ist aber, aus welchem Beweggrund der Softwarelieferant das Sabotageprogramm mitlieferte. Auch unter dem Gesichtspunkt des berechtigten Interesses an einem Schutz gegenüber Raubkopierern ist es nicht nur strafbar nach § 303b StGB, sondern auch sittenwidrig, den Schutz des eigenen Programms durch eine **eigenmächtige „Bestrafung“ eines Raubkopierers dadurch zu erreichen, daß Computerviren als Kopierschutz** eingesetzt werden.¹¹⁵ Sofern der Softwarelieferant die Virenverseuchung seines Programms kennt oder mit dieser rechnet, etwa weil er weiß, daß er virenverseuchte Hilfsprogramme bei der Softwareherstellung eingesetzt hat, liegt ein arglistiges Verschweigen eines Fehlers im Sinne des § 463 S. 2 BGB vor. Nicht ausreichend ist es bei § 463 S. 2 BGB jedoch, wenn der Softwarehersteller lediglich fahrlässig gehandelt hat.¹¹⁶

- gg) *Vorkehrungen zur Verhinderung unberechtigter Programmnutzung.* Eine weitere Gruppe von Softwaremängeln läßt sich aus den Fällen bilden, in denen das Computerprogramm programmtechnische **Schutzmechanismen zur Verhinderung unberechtigter Programmnutzung** enthält. Grundsätzlich stellen derartige Schutzmechanismen entgegen einer im britischen Schrifttum geäußerten Auffassung¹¹⁷ keinen Fehler der Computersoftware dar, jedoch ist die im deutschen Schrifttum geäußerte Ansicht, eine solche Kopiersperre könne keinen Mangel darstellen,¹¹⁸ ebenfalls nicht haltbar. Richtig ist, daß der

¹⁰⁷ Barga S. 122f.

¹⁰⁸ Die versprochenen Manipulationen beschreiben Barga S. 125ff.

¹⁰⁹ A. A. Roubach CR 1990, 101, 105, der eine zeitweilige Labilegung einer Computanlage für gerechtfertigt hält.

¹¹⁰ Grundsätzlich BGHZ 63, 382, 388; Palandt/Papio § 463 Rdn. 11.

¹¹¹ Stone, Copyright Law S. 79, der davon nur bei Computerspielen absiehten will.

¹¹² Schneider S. 338 Rdn. 520.

¹⁰⁷ OLG Köln CR 1991, 184f.

¹⁰⁸ OLG Karlsruhe CR 1995, 397; OLG Köln CR 1992, 697f.

¹⁰⁹ OLG Nürnberg CR 1986, 811, 812.

¹¹⁰ LG Ravensburg BB 1991, Beilage 7 S. 121.

¹¹¹ LG Ravensburg BB 1991, Beilage 7 S. 123.

¹¹² LG Essen CR 1987, 428, 431.

Hersteller eines Computerprogramms diese vor unbelegter Benutzung schützen und hierzu technische Mittel verwenden darf.¹¹⁷ Diese Einschätzung hat unmittelbar in § 611 Abs. 1 Urtb. einen gesetzlichen Niederschlag erfahren, denn gemäß der genannten Vorschrift kann der Rechteinhaber eines Computerprogramms, von dem Eigentümer oder Besitzer solcher Mittel, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Besichtigung oder Umgehung technischer Programmischutzmechanismen zu erleichtern, verlangen, daß diese Mittel vernichtet werden. Technische Mechanismen zur Verhinderung unberechtigter Programmnutzung sind daher **grundsätzlich zulässig**.

- 17 Damit ist jedoch keine Aussage über die Fehlerhaftigkeit des Programms getroffen, denn die **Gebrauchstauglichkeit** ist nur durch eine Schutzroutine erheblich gemindert oder gar aufgehoben sein. Beispielhaft für eine derartige Möglichkeit der Gebrauchstauglichkeitsbeeinträchtigung kann auf solche Programme hingewiesen werden, die mit einem sogenannten **Dongle** ausgestattet werden. Dies ist ein im Rechner oder etwa an der Drückerschaltstelle anzubringendes Hardwarebauteil, dessen Vorhandensein vor oder auch während des Laufs des entsprechenden Computerprogramms von diesem durch eine entsprechende Abfrage routine überprüft wird. Mit diesem Schutzmechanismus kann daher nicht die Verwertbarkeit des Programms auf andere Datenträger verhindert werden, wohl aber die Programmabnutzung auf mehr als einem Computer. Nicht ungewöhnlich ist aber, daß Computerprogramme, infolge des Vorhandenseins mehrerer Dongles verschiedener Hersteller nicht mehr fehlerfrei ablaufen und gelegentlich sogar Systemabstürze zu verursachen sind, die das Gesamtsystem zum Stillstand bringen. Sofern eine solche Unverfügbarkeit mit anderen Produkten auftritt, liegt ein Fehler des Programms vor. Der Anwender kann daher etwa den Softwareüberlassungsvertrag wechseln, denn es wäre nicht einzusehen, dem Anwender dieses Gewährleistungsrecht trotz der Fehlfunktion des Programms auf einem Computersystem zu nehmen.

Das Vorhandensein einer vom Hersteller eingebauten periodischen Sperre eines Computerprogramms (sogenannte **Programmsperre**), welche dem Schutz vor unbelegter Nutzung dient, stellt keinen Mangel des Programms dar, wenn der berechtigte Programmnutzer vom Hersteller mit einem Datenträger ausgestattet wird, durch dessen Einsatz er die Sperrwirkung aufheben und den ungestörten Programmablauf herbeiführen kann.¹¹⁸ Situationen der Programmnutzung durch Unzulänglichkeit in der Betriebsorganisation des Anwenders, die dazu führen, daß die Schlüsselkette dessen Mitarbeitern nicht immer zur Verfügung steht, gehen zu Lasten des Anwenders. Sie begründen daher keinen Mangel des Programms. Der Anwender muß geeignete Schutzmaßnahmen des Programmherstellers grundsätzlich dulden, solange diese Schutzmaßnahmen nicht den berechtigten Nutzungsinteressen des Anwenders in unzumutbarer Weise entgegenstehen.

- 28 Die oben zitierte Entscheidung hat der BGH später bestätigt und die Beurteilungskriterien für die Einordnung einer Programmsperre als Sachmangel dahingehend präzisiert, es komme auf die Umstände des Einzelfalles an, insbesondere auf die **Schutzbedürftigkeit des Programms** sowie die Möglichkeit des Benutzers zur **ungehinderten vertraglichen Verwendung**.¹¹⁹ In der Tat ist insbesondere das letztgenannte Kriterium entscheidend. Aus diesem Grunde ist eine Programmsperre nicht immer gewährleistungsrrechtlich irrelevant, wenn auch die Sperre vollständig Datenträger angeheftet wird, wie dies die Ausführungen des BGH in der Entscheidung aus dem Jahre 1981 vermuten lassen könnten. Möglich und infolge der immer weiter verbreiteten Multitasking durchaus üblich ist, daß mehrere Programme gleichzeitig ablaufen, so daß nicht immer und zu jeder Zeit der Kontrollatenträger eines jeden benutzten Programms im Rechner sein kann. In diesen Fällen muß die berechtigten Nutzungsinteressen des Anwenders in unzumutbarer Weise beeinträchtigt, sofern nicht das Einordnen eines Kontrollatenträgers vertraglich vereinbart wurde.

Auch bei einem Programm zur Verwaltung von Patientendaten eines Radiologen stellt der Einbau einer Programmsperre nach Ansicht des OLG Düsseldorf¹²⁰ eine **schwerwiegende Vertragsverletzung** dar, die den Anwender dazu berechtigt, den Programmnutzungsvertrag fristlos zu kündigen, selbst wenn die Programmsperre vor Kenntniserteilung von deren Vorhandensein seitens des Anwenders vom Programmhersteller wieder ausgebaut wurde. Wenngleich das OLG Düsseldorf keine Ausführungen hinsichtlich der Einordnung einer Programmsperre als Mangel macht, läßt sich die Erwägung, das für die Arbeit eines Radiologen notwendige unerschütterliche Vertrauen in die jederzeitige Abrufbarkeit der Patientendaten werde durch das Vorhandensein einer Programmsperre schwerwiegend beeinträchtigt, nur so verstehen, daß die entsprechende Software für mangelhaft gehalten wird.

Auch eine **datumsbezogene Programmsperre** stellt einen Mangel dar, wenn diese bei einer auf Dauer zu überlassenden Software eingebaut wird, um die Begleichung umstrittener Forderungen zu erzwingen.¹²¹ Andere Fehler des Programms, die auf Eingriffen des Anwenders beruhen, können den Softwarelieferanten nicht entlasten, wenn diese Eingriffe in dem Bemühen vorgenommen wurden, den eingebauten Datumschutz zu überwinden. *Programmsperren sind also nur dann kein Mangel, wenn sie die vertragsgemäße Nutzung des Programms nicht beeinträchtigen.*¹²²

123 **Mangelhafte Bedienertreue.** Verschiedene in ein Computerprogramm integrierte Hilfen zur Programmabnutzung wie etwa eine **Menüsteuerung**, **Hilfe-Funktionen** und die Ausgabe **kommentierter Fehlerhinweise** auf dem Bildschirm im Falle einer Fehlbedienung erleichtern nicht nur die Einarbeitung in die Programmnutzung, sondern gewährleisten auch für solche Anwender, die nicht den gesamten Funktionsumfang ständig ausnutzen, daß sie die verschiedenen Programmfunktionen im Bedarfsfall schnell aufrufen und ordnungsgemäß durchführen können. Der Umfang, aber auch die Methoden der Benutzerführung sind seit Jahren beständig ausgebaut und verfeinert worden. Allgemeingültige Kriterien lassen sich daher kaum angeben. Grundsätzlich kann aber von einem in Deutschland angebotenen Computerprogramm erwartet werden, daß dieses deutschsprachige Eingabe- und Fehlermeldungen umfaßt sowie eine deutschsprachige Tastaturbelegung und Drückeraussteuerung bereitstellt.

Auch in der Rechtsprechung ist die Notwendigkeit hinreichender Benutzertreue anerkannt. Nach Auffassung des LG Heilbronn¹²⁴ kommt dem Kriterium der Benutzertreue ein besonderes Gewicht zu, wenn mehrere verschiedene Personen von dem Programm arbeiten sollen und der Softwarelieferant von sich behauptet, Programme für EDV-Laien zu verkaufen. Deshalb ist es in einem solchen Fall als Fehler anzusehen, der sowohl der hier dargestellten Gruppe der mangelhaften Benutzertreue als auch der Gruppe der fehlenden Robustheit eines Computerprogramms zugeordnet werden kann, wenn bei einem Reservierungssystem für ein Hotel alphanumerische Zeichen in numerische Felder eingegeben werden können und die Falscheingabe programmintern in Zahlen umgewandelt werden, ohne daß der Benutzer dies wahrnimmt. Inwieweit er ein Auffügen von Bedienungsstichern sowie eine leicht verständliche Erläuterung des betreffenden Felders zu verlangen. Darüber hinaus muß das Programm dem Benutzer Orientierungshilfen in Form von Hilfsfunktionen bieten oder müssen solche Orientierungshilfen im Benutzerhandbuch enthalten sein.

Sofort das Programm bei Fehlbedienungen den Programmablauf abbricht oder einen Systemabsturz verursacht, ohne selbsterkennende Fehlertexte auszugeben und darüber hinaus keine ausreichenden Hinweise zur Fehlerbeseitigung im Benutzerhandbuch enthalten sind, liegt ebenfalls ein Mangel wegen fehlender Benutzertreue vor.¹²⁵ Es muß von einem Programm erwartet werden, daß es zumindest bei solchen Fehlbedienungen

¹¹⁷ BGH NJW 1981, 2684, 2685; OLG Stuttgart, C 10 1989, 681, 682.

¹¹⁸ LG Nürnberg 1984, 3084; OLG Nürnberg 1987, 2064, 2065.

¹¹⁹ OLG Düsseldorf, jur-pc 1992, 1580, 1584.

¹²⁰ LG Heilbronn C 10 1989, 603, 604.

¹²¹ LG Weiden C 10 1990, 651, 652.

¹²² OLG Hamm C 10 1990, 705, 710; OLG Köln C 10 1989, 574.

¹²³ OLG Celle C 10 1994, 317; NJW 1995, 452.

C 10 1989, 574.

eine erläuternde Fehlermeldung ausgibt, mit denen ein erfahrener Programmierer rechnen muß. Ein Programmfehler liegt auch vor, wenn das Abspeichern leerer Datensätze durch Festhalten einer Funktionstaste nicht programmtechnisch unterbunden ist.¹³¹ Eine fehlende Menüsteuerung begründet nach Auffassung des LG Oldenburg¹³² keinen Mangel. Da die Menüsteuerung von Computerprogrammen mittlerweile als ein wichtiger Bestandteil benutzerfreundlicher Programmbedienung bezeichnet werden kann, kann dem aber nur im den Fall zugestimmt werden, daß dem Anwender andere Hilfen zur Programmbedienung angeboten werden.

Wesentliche Mängel liegen auch vor, wenn weder ein Installationsverzeichnis über Hard- und Software noch ein Dateiverzeichnis erstellt wurde.¹³³ Wenn in der Benutzerdokumentation Tastenbezeichnungen aufgeführt sind, die keine Entsprechung auf der Tastatur besitzen und eine Fasturschablone nicht vorhanden ist, liegt ein Mangel vor.¹³⁴ Reine Komforterschänkungen sind allerdings nur dann Fehler, wenn sie nach den vertraglichen Vereinbarungen und dem Stand der Technik eine Abweichung von der Sollbeschaffenheit darstellen.¹³⁵

30. *ii) Unzureichende Dokumentation.* Eine besondere Bedeutung kommt der Gruppe der durch **unzureichende Programmdokumentation** begründeten Softwaremängel zu. Grundsätzlich ist eine Benutzung eines Computerprogramms ohne Programmdokumentation kaum sinnvoll, weil eine Einarbeitung in die Benutzungsmöglichkeiten ohne entsprechende Unterlagen mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand in der Regel nicht möglich ist. Sofern die Dokumentation fehlt oder unzureichend ist, besteht jedoch im Schrifttum sowie auch zwischen verschiedenen Oberlandesgerichten Streit darüber, ob hierin eine **teilweise Nichterfüllung**¹³⁶ oder das Vorliegen eines **Sachmangels**¹³⁷ zu sehen ist. Der BGH¹³⁸ hat in einer Entscheidung zum Leasing von Computerhardware die besondere Bedeutung einer Bedienungsanleitung hervorgehoben und die Lieferung einer solchen auch ohne Erwähnung im Vertragstext zu den Hauptpflichten des Leasinggebers gezählt. Ob die unterbliebene Lieferung eines Handbuchs als Mangel der Leasingsache aufzufassen ist oder als teilweise Nichterfüllung zu gelten hat, würde zunächst ausdrücklich offengelassen. Zwischenzeitlich kam es jedoch als ständige Rechtsprechung des BGH bezeichnet werden, daß die Lieferung eines Handbuchs als Hauptleistungspflicht anzusehen ist.¹³⁹ So wurde für den Kauf einer aus Hard- und Software bestehenden Computeranlage festgestellt, es fehle an der Ablieferung, solange die zur Hauptleistungspflicht des Verkäufers gehörende Lieferung der Hard- und Softwarehandbücher nicht erfolgt ist.¹⁴⁰ Das Fehlen eines Handbuchs steht nach Auffassung des BGH dem Fall des Fehlens von Einzelbestandteilen bei der Lieferung von Sachgesamtheiten gleich, bei dem ebenfalls die Vorschriften der teilweise Nichterfüllung und nicht die Gewährleistungsvorschriften zur Anwendung kommen.¹⁴¹ In einer weiteren Entscheidung zum Werkvertragsrecht hat der BGH ausgeführt, bei einer auf die Bedürfnisse des Vertragspartners zugeschnittenen EDV-Systemlösung sei das Werk ohne die Aushändigung des Benutzerhandbuchs noch nicht vollendet. Dementsprechend greife auch das werkvertragliche Gewährleistungsrecht nicht ein.¹⁴² Der Streit über die rechtliche Bewältigung fehlender Benutzerhandbücher kann daher verallgemeinernd als für alle Vertragstypen entschieden bezeichnet werden.

¹³¹ OLG Hamm CR 1993, 715, 716.

¹³² LG Oldenburg CR 1991, 36, 27.

¹³³ LG Köln BB 1993, Beil. 3, S. 10.

¹³⁴ LG Köln BB 1993, Beil. 3, S. 10.

¹³⁵ OLG Karlsruhe CR 1995, 397.

¹³⁶ So zuletzt OLG Hamm CR 1991, 335, 336.

OLG Düsseldorf CR 1991, 601, 630.

¹³⁷ OLG Frankfurt BB 93, Beil. 3, S. 12; OLG

Frankfurt DB 1992, 1332; OLG Frankfurt CR 1986,

190; Marly RdR 326.

¹³⁸ BGH NJW 1989, 3222f.

¹³⁹ BGH MDR 1993, 121; NJW 1993, 464; DB 1993, 424.

¹⁴⁰ BGH TM 11, 4/1993 § 477 BGB Nr. 57 in

Ann. Marly.

¹⁴¹ BGH TM 11, 2/1993 § 90 BGB Nr. 1 in

Ann. Marly.

¹⁴² BGH TM 11, 5/1993 § 640 BGB Nr. 11 in

Ann. Marly.

Die an den notwendigen **Umfang sowie den Inhalt** einer Programmdokumentation zu stellenden Anforderungen sind insbesondere unter Berücksichtigung des angesprochenen Benutzerkreises zu bestimmen. Dieser bestimmt auch die Anforderungen an die Verständlichkeit der EDV-spezifischen Fachsprache sowie das Voraussetzen von EDV-Kenntnissen. Das Handbuch eines für breite Anwenderkreise konzipierten Textverarbeitungssystems muß leichter verständlich sein und darf weit weniger Kenntnisse voraussetzen als ein Handbuch zu einem Programmiersystem für EDV-Profis.

Eine **schriftliche Programmdokumentation** kann grundsätzlich auch nicht dadurch ersetzt werden, daß dem Anwender die erforderlichen Anweisungen auf dem Bildschirm ausgegeben werden oder eine Benutzerschulung durchgeführt wird.¹⁴³ Letzteres gilt uneingeschränkt, da bei einer Benutzerschulung in der Regel nicht alle Details eines Computerprogramms durchgesprochen werden können, sondern lediglich eine Einführung in die grundsätzliche Funktionsweise erfolgt, die ein Nachschlagen weiterer Funktionsweisen im Handbuch nicht ersetzt und sei es nur, weil der geschulte Anwender Einzelheiten wieder vergessen hat.¹⁴⁴ Im Hinblick auf die Ausgabe von **Hilfsmeldungen auf dem Bildschirm** muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß hier der Fortschritt bei der Ausgestaltung der Benutzerschulung von Computerprogrammen beachtet werden muß. So erscheint es nicht mehr grundsätzlich ausgeschlossen, daß ein in das Computerprogramm integriertes umfangreiches Hilfesystem die Notwendigkeit einer gedruckten Programmdokumentation verringert oder im Einzelfall sogar beseitigt. Hier müssen auch künftige Entwicklungen berücksichtigt werden. Da programmintegrierte Hilfesysteme aber nur zur Verfügung stehen, wenn das Computerprogramm läuft, scheint es jedoch unabdingbar, daß dem Anwender wenigstens für den Fall eines Systemabsturzes gedruckte Anweisungen zur Sicherstellung des Programmstarts an die Hand gegeben werden.

Grundsätzlich genügt auch eine auf die **Festplatte** kopierte Programmbeschreibung ohne Inhaltsübersicht und ohne Inhaltsverzeichnis den an ein Benutzerhandbuch zu stellenden Anforderungen nicht.¹⁴⁵ Die Benutzerdokumentation muß zumindest dann ausgedruckt sein, wenn die Lieferung eines Handbuchs im Vertrag erwähnt ist.¹⁴⁶ Von diesem Grundsatz wird man jedoch einige Ausnahmen zulassen müssen, etwa bei Public Domain-Software und Shareware, bei denen eine auf dem Datenträger mitgelieferte Programmbeschreibung üblich ist.

Auch die Lieferung eines in **deutscher Sprache** abgefaßten Handbuchs kann nur für den Regelfall eines in Deutschland ausgelieferten Computerprogramms verlangt werden.¹⁴⁷ Dieses Erfordernis einer deutschsprachigen Anleitung kann aber etwa dann nicht eingreifen, wenn es sich bei der überlassenen Software vereinbarungsgemäß um eine englischsprachige Version handelt. Das Fehlen einer deutschsprachigen Version beinhaltet kein Rücktrittsrecht, wenn der Kunde eine englische „Technical Manual“ entgegengenommen und quittiert hat und das Fehlen der deutschen Version erst im Rechtsstreit rügt.¹⁴⁸

jj) **Fehlende Robustheit gegenüber Bedienungsfehlern.** Mit dem Begriff der Robustheit¹⁴⁹ wird im Bereich der EDV eine gewisse **Fehlertoleranz** eines Computerprogramms sowie die daran anknüpfende Forderung nach Unterstützung des Anwenders für den Fall belegt, daß ein Fehler beim Programmablauf auftritt. Die Anforderungen an die Robustheit eines Computerprogramms können dahingehend umschrieben werden, daß fehlerhafte Befehls- oder Dateneingaben vom Computerprogramm zumindest insoweit als solche erkannt und abgefangen werden, als sie weit verbreitet sind und ein verständiger und erfahrener Programmierer mit ihrem Auftreten rechnet. Von einem robusten Computerprogramm ist daher beispielsweise zu verlangen, daß unterschiedliche, aber gängige

¹⁴³ LG Mannheim BB 1985, 144.

¹⁴⁴ Das OLG Frankfurt NJW 1987, 3207 verweist

zu Recht auf das Erfordernis der ständigen Verfüg-

barkeit einer Bedienungsanleitung.

¹⁴⁵ LG Stuttgart CR 1992, 277, 278.

¹⁴⁶ LG München BB 1994, Beil. 14, S. 12.

¹⁴⁷ OLG Karlsruhe CR 1991, 410.

¹⁴⁸ OLG Köln MDR 1995, 244.

¹⁴⁹ Dvoratschek S. 365; Kilian in: Weyers S. 77.

80 versteht unter diesem Begriff die Eignung des

Programms in einer bestimmten Umgebung trotz

fehlerhafter Eingabe.

Schreibweisen des Datums (09. 01. 1993 = 9. 1. 1993) entweder als lediglich im Hinblick auf das Eingabeformat abweichende Daten erkannt und programmintern umgewandelt und weiterverarbeitet werden können oder aber der Anwender durch eine erläuternde Fehlermeldung auf die Notwendigkeit der Einhaltung einer bestimmten Form hingewiesen wird.

Ein Mangel wegen fehlender Robustheit liegt ferner dann vor, wenn ein Programm dem Benutzer nicht mitteilt, ob eine Diskette fehlt oder die eingelegte Diskette schreibgeschützt ist, sondern das Computersystem abstürzt und zu speichernde Daten verlorengelassen.¹⁴⁰ Es ist Aufgabe des Programms, solche Fehler zu erkennen und zu melden. Entsprechende Fehlermeldungen des Betriebssystems müssen dem Benutzer von der ablaufenden Anwendungssoftware in einer verständlichen Form weitergegeben werden.¹⁴¹

II. AGB-Probleme

1. Gewährleistungsklauseln

- 33 Bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Gewährleistungsklauseln ist insbesondere § 11 Nr. 10 zu beachten, der für Verträge über **Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen** im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr einige detaillierte Regelungen trifft. Die Regelung des § 11 Nr. 10 ist gem. § 24 Nr. 1 im kaufmännischen Geschäftsverkehr nicht anwendbar. Ihr kommt aber die Bedeutung einer gewissen gesetzlichen Wertungsvorgabe auch für Gewährleistungsklauseln im kaufmännischen Geschäftsverkehr zu, die bei der Inhaltskontrolle nach § 9 zu berücksichtigen ist und nicht selten dazu führt, daß die Beurteilung im Ergebnis gleich ausfällt.¹⁴²

Der Regelungsbereich von § 11 Nr. 10 erstreckt sich auf Verträge über Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen. Hierzu zählen zunächst die Verträge über die **dauerhafte Überlassung von Standardsoftware**. Die Vertreter der Auffassung, daß Computerprogramme keine Sachen im Sinne des § 90 BGB sind, wenden § 11 Nr. 10 auf diesen Typus der Softwareüberlassungsverträge an, weil dieses Vorgehen durch den Schutzzweck dieser Vorschrift gerechtfertigt sei.¹⁴³ Der Streit kann dementsprechend insoweit dahinstehen. Neben den Verträgen über die Überlassung von Standardsoftware auf Dauer werden von § 11 Nr. 10 auch die dem Werkvertragsrecht unterfallenden Verträge über die **Herstellung und Überlassung von Individualsoftware** erfaßt. Dem liegt die allgemein anerkannte Erkenntnis zugrunde, daß mit dem Tatbestandsmerkmal der Leistungen Werkleistungen im Sinne der §§ 631 ff. BGB angesprochen sind.¹⁴⁴ Nicht in den Regelungsbereich des § 11 Nr. 10 fallen jedoch Mietverträge¹⁴⁵ sowie Finanzierungsleasingverträge.¹⁴⁶

Grundsätzlich muß natürlich die wirksame Einbeziehung von AGB in den Vertrag nach § 2 AGBG beachtet werden. Hier gibt es keine software-spezifischen Besonderheiten. Die Möglichkeit AGBG über BTEX abzufragen, soll den Anforderungen von § 2 nicht genügen.¹⁴⁷ Ebenso ermöglichen Buchstaben von 4 mm Größe in AGB keine zumutbare Kenntnisnahme und führen zur Unwirksamkeit der AGB.¹⁴⁸

a) Die Inhaltskontrolle bei kauf- und werkvertraglich typisierten Softwareverträgen

aa) **Der nichtkaufmännische Geschäftsverkehr**. Nach der Vorschrift des § 11 Nr. 10a ist eine Klausel **im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr** unwirksam, mit der die Gewährleistungsansprüche des Kunden gegen den Verwender einschließlich etwaiger Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsansprüche insgesamt oder bezüglich einzelner Teile **aussgeschlossen**, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte **beschränkt** oder von der vorherigen **gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter** abhängig gemacht werden. Unzulässig ist daher vor allem der Ausschluß jeglicher Gewährleistung. Ein unzulässiger Gewährleistungsausschluß liegt aber auch dann vor, wenn die Gewährleistung auf einzelne Teile der vertraglichen Leistung beschränkt wird oder wenn sie nur für bestimmte Arten von Mängeln gewährt werden soll, etwa nur für versteckte oder wesentliche Mängel oder erhebliche Abweichungen von der Funktionsbeschreibung oder bestimmte Ursachen von Mängeln. Auch ein Ausschluß nicht zu vertretender Mängel von der Gewährleistung ist unwirksam.¹⁴⁹ Aus diesem Grunde ist es auch unzulässig, die Gewährleistung für angeblich unvermeidbare Fehler mit dem Hinweis auf die Unmöglichkeit fehlerfreier Softwareherstellung auszuschließen.¹⁵⁰ Schließlich verstößen Klauseln, die eine Gewährleistung nur im Hinblick auf die grundsätzliche Brauchbarkeit der Software einräumen wollen, ebenfalls gegen § 11 Nr. 10a.

Ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 10a unwirksam sind ferner solche Klauseln, die die Gewährleistungsansprüche für die Fälle ausschließen, in denen ein Eingriff in das Programm durch einen **nicht autorisierten Dritten** vorgenommen¹⁵¹ oder **eine sonstige Veränderung** am Programm vorgenommen wurde.¹⁵² Dabei spielt auch der Grund, aus welchem der Eingriff vorgenommen wurde, keine Rolle, weshalb auch ein Ausschluß der Gewährleistung wegen eines gescheiterten Versuchs zur Fehlerbeseitigung oder einer erfolgreichen Beseitigung eines anderen Fehlers nach § 11 Nr. 10a unwirksam ist.¹⁵³ Den Kunden trifft bereits nach den allgemeinen Regeln die Beweislast dafür, daß der Fehler nicht erst durch seine Eingriffe oder Veränderungen hervorgerufen wurde, wodurch dem Schutzbedürfnis des Verwenders bereits in hinreichendem Umfang Rechnung getragen ist.

Von der Vorschrift des § 11 Nr. 10a werden nur Gewährleistungsansprüche wegen **Sachmängeln erfaßt**, nicht jedoch solche wegen **Rechtsmängeln**. Zu letzteren zählt etwa das Fehlen eines urheberrechtlich notwendigen Rechts zur Programmervielfältigung. Klauseln zur Gewährleistung bei Rechtsmängeln sind dementsprechend einer Überprüfung nach § 9 zu unterziehen. Da die Vorschriften über Rechtsmängel nach §§ 434 ff. BGB wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung enthalten, sind dem entgegenstehende Klauseln wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 **grundsätzlich unwirksam**.¹⁵⁴

Wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 10b unwirksam ist eine Klausel, in der Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf **Nachbesserung oder Ersatzlieferung** beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung Herabsetzung der Vergütung oder nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrages zu verlangen. Unwirksam sind daher solche Klauseln, die allein ein Nachbesserungs- oder Ersatzlieferungsrecht des Kunden vorsehen.¹⁵⁵ Unwirksam sind aber auch solche Klauseln, in denen eine solche Ausschließlichkeit zwar nicht textiert ist, in denen aber die dem Kunden verbleibenden Rechte nicht ausdrücklich be-

¹⁴⁰ OLG Köln NJW 1988, 2477.

¹⁴¹ OLG Köln NJW 1988, 2477.

¹⁴² Ob eine generelle Indizierung der Klauselverträge des Inhalts anmerken ist, daß ihre Nichtbeachtung auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr zur Unwirksamkeit führt, sofern nicht berechtigte Gründe eine Ausnahme erlauben, ist umstritten. Für eine indirekte Wirkung BGH NJW 1988, 1785, 1786; BGHZ 90, 273, 278; Palandt/Henrichs § 9 Rdn. 34; dagegen Wolf Vor § 8 10, 11 Rdn. 14.

¹⁴³ Schmidt in: Lehmann S. 463 Rdn. 39.

¹⁴⁴ Wolf/Eml. § 11 Nr. 10 Rdn. 8; Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 46.

¹⁴⁵ OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 696; Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 49; für eine analoge Anwendung bei Mietverträgen LG Essen CR 1987, 428, 431.

¹⁴⁶ BGH NJW 1985, 1547, 1549f.; Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 49.

¹⁴⁷ AG Aachen CR 1995, 278.

¹⁴⁸ LG Bielefeld CR 1988, 922.

¹⁴⁹ OLG Karlsruhe ZIP 1983, 1091f.; Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 54; a. A. Schneider S. 933 Klausel 7.)

¹⁵⁰ Schmidt in: Lehmann S. 464 Rdn. 40; Bard CR 1985, 13, 19f.

¹⁵¹ Grundsätzlich BGH NJW 1980, 831, 832.

¹⁵² Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 50; offengelassen in BGH NJW 1980, 831, 832.

¹⁵³ OLG Karlsruhe ZIP 1983, 1091f.; Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 50; offengelassen in BGH NJW 1980, 831, 832.

¹⁵⁴ Wolf § 11 Nr. 10a Rdn. 3.

¹⁵⁵ OLG Stuttgart CR 88, 296.

nann werden. Ein solches Benennen ist es erforderlich, die Begriffe der Herabsetzung der Vergütung und der Rückgangsmachung des Vertrages zu verwenden. Wird hingegen nicht näher erläutert lediglich von **Minderung und Wandlung gesprochen**, fehlt es an der notwendigen Verständlichkeit für den Durchschnittskunden,¹⁵⁰ so daß die entsprechende Klausel unwirksam ist. Eine Klausel, die Wandlung und Minderung ausschließt ist auch dann unwirksam, wenn stattdessen die Lieferung eines Updates in den AGB des Lieferanten vorgesehen ist.¹⁵¹ Ein Ausschluß der Wandlung und eine Beschränkung auf Minderung und Nachbesserung ist dann unwirksam, wenn die Nachbesserung fehlschlägt.¹⁵² Wenn die in AGB ohne Verstoß gegen § 11 Nr. 10b vorgesehene Nachbesserung zweimal fehlschlägt, besteht ein Wandlungsrecht, auch dann wenn der Fehler später als beseitigt erscheint.¹⁵³

7 Ein Verstoß gegen § 11 Nr. 10c liegt vor, wenn der Klauselverwender von der Pflicht befreit wird, die Kosten der Nachbesserung zu tragen oder wenn diese Kostentragungspflicht eingeschränkt wird. Unwirksam ist daher auch eine anteilige Überwälzung der Pflicht zur Kostentragung. Zu den Kosten der Nachbesserung zählen insbesondere die in § 11 Nr. 10c ABGB ausdrücklich erwähnten **Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten**, aber auch sonstige Kosten wie Telefon- oder Postkosten.

Eine Gewährleistungsklausel ist gem. § 11 Nr. 10d dann unzulässig, wenn die Beseitigung eines Mangels oder die Ersatzlieferung einer mangelhaften Sache von der **vorherigen Zahlung** des vollständigen **Entgelts** oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unerhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig gemacht wird. Von dieser Regelung werden aber nur die Fälle erfaßt, in denen eine Vorleistungspflicht des Kunden hinsichtlich seiner Leistung vor der Mängelbeseitigung oder Ersatzlieferung durch den Klauselverwender geschaffen werden soll. Nach § 11 Nr. 10d nicht zu beanstanden ist daher, wenn der Klauselverwender andere hindern geltend macht, etwa die der Zug-um-Zug-Leistung nach §§ 320, 323 BGB. Vorleistungspflichten des Kunden sind dementsprechend in AGB nicht grundsätzlich unwirksam.

8 Klauseln, mit denen der Verwender der AGB dem anderen Vertragsteil eine Ausschlussfrist für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel setzt, die kürzer ist als die Verjährungsfrist für den gesetzlichen Gewährleistungsanspruch, sind gem. § 11 Nr. 10e unwirksam. Das entscheidende Kriterium für die Bewertung der Zulässigkeit von **Ausschlussfristen für Mängelanzeigen** ist daher die Abgrenzung der offensichtlichen Mängel von den sonstigen Mängeln. Offensichtliche Mängel liegen nach der überwiegend vertretenen Definition dann vor, wenn die entsprechenden Mängel auch dem durchschnittlichen nichtkaufmännischen, mit dem Vertragsgegenstand nicht besonders vertrauten Kunden ohne besonderen Prüfungsaufwand auffallen.¹⁵⁴ Diese Definition der Offensichtlichkeit verdeutlicht, daß allein objektive Merkmale berücksichtigt werden. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Kunde den Mangel wirklich erkannt hat, oder ob er ihn trotz Offensichtlichkeit nicht bemerkte. Ein offensichtlicher Mangel liegt deshalb etwa dann vor, wenn die Computersoftware auf mehreren durchnummerierten Disketten geliefert wird, eine der Disketten aber fehlt. Ein offensichtlicher Mangel liegt ferner dann vor, wenn das Programm wegen eines Defekts des Datenträgers überhaupt nicht in das Computersystem überspielt werden kann, oder wenn die Installation des Programms infolge eines Defekts der Installationsroutine scheitert.

Im Streit steht die Frage, ob die Vereinbarung einer Rügeobliegenheit bei nicht offensichtlichen Mängeln selbst in dem Fall unzulässig ist, wenn die Rüge erst nach dem **Erkennen des Mangels** durch den Kunden zu erfolgen hat. Die Rechtsprechung¹⁵⁵ und der

überwiegende Teil des Schrifttums¹⁵⁶ verneinen in konsequenter Fortsetzung der rein auf objektive Merkmale abstellenden Definition eine Gleichsetzung der erkannten Mängel mit den offensichtlichen Mängeln. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen, weil dieses Ergebnis weder durch die Gesetzesmaterialien, noch durch die Interessenlage, noch durch die in den gesetzlichen Regelungen des BGB angelegten Wertungen zu rechtfertigen ist.¹⁵⁷ Der Kunde ist bei tatsächlich von ihm erkannten Mängeln keinesfalls schutzbedürftiger als bei offensichtlichen Mängeln. Aus diesem Grunde sind auch solche formularvertraglichen Klauseln wirksam, die dem Kunden eine Rügepflicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Feststellung des Mangels auferlegen. Nicht zulässig ist aber eine **Anknüpfung an die bloße Feststellbarkeit oder Sichtbarkeit**.¹⁵⁸ Dem steht entgegen, daß solche Mängel weder offensichtlich noch vom Kunden notwendigerweise erkannt sein müssen. Wenn ein Rügeerfordernis nach § 11 Nr. 10e zulässig ist, ist auch in AGB hierfür vereinbarte Schriftform zulässig.¹⁵⁹

Klauseln, mit denen eine **Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen** herbeigeführt werden soll, sind gem. § 11 Nr. 10f unwirksam. Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Frist unmittelbar verkürzt wird, etwa von 6 auf 3 Monate, oder ob eine Fristverkürzung mittelbar zu erreichen versucht wird, indem der Lauf der Frist zu einem vor Übergabe bzw. Abnahme liegenden Zeitpunkt beginnen soll. So sind z. B. AGB, die die Gewährleistung auf einen Monat ab Lieferfrist beschränken, unwirksam.¹⁶⁰ Hingegen ist eine in AGB vereinbarte Nachbesserungsfrist von drei Monaten ab Abnahme nicht zu beanstanden, sofern nicht die Wandlung ausgeschlossen ist.¹⁶¹

bb) Der kaufmännische Geschäftsverkehr. Wie im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr ist auch im **kaufmännischen Geschäftsverkehr** ein völliger Ausschluß der Gewährleistung unzulässig. Es liegt insoweit ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 vor, da dem Käufer gezwungen werden kann, eine für ihn unbrauchbare Sache zu behalten.¹⁶² Demgegenüber ist es unter Kaufleuten nicht zu beanstanden, wenn der Kunde auf einen bestimmten Gewährleistungsanspruch beschränkt wird,¹⁶³ etwa den der Wandlung. Sollen die Gewährleistungsansprüche des Kunden nur bei vom Klauselverwender verschuldeten Mängeln eingreifen, so ist eine entsprechende Klausel auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr unwirksam. Gleiches gilt für solche Klauseln, die den vollständigen Ausschluß der eigenen Gewährleistungspflicht des Verwenders durch Abtretung von Ansprüchen gegen Dritte bewirken.¹⁶⁴ Sofern aber eine subsidiäre Einstandspflicht des Klauselverwenders vorgesehen ist, sind solche Dritthaftungsklauseln nicht zu beanstanden.¹⁶⁵ Auch ist es einem Kaufmann gegenüber unzulässig, das Bestehen der Gewährleistungsansprüche vom Abschluß eines technischen Dienstleistungsvertrages abhängig zu machen.¹⁶⁶

Auch dem kaufmännischen Kunden muß aber das Recht zur Wandelung oder Minderung zustehen, wenn die in der Gewährleistungsklausel zunächst vorgesehene Nachbesserung oder Ersatzlieferung fehlschlägt. Nach dem **Fehlschlagen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung** müssen die dem Kunden verbleibenden Rechte der Wandelung oder Minderung auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr diesem sofort zustehen und dürfen nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden.¹⁶⁷ Ein **Wandlungsausschluß** ist zumindest dann unwirksam, wenn die Nachbesserung fehlschlägt.¹⁶⁸ Insoweit gelten die Regelungen des § 11 Nr. 10b über § 9 Abs. 2 auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr.¹⁶⁹ Anders als im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr können jedoch

¹⁵⁰ Statt vieler Palandt/Henrichs, § 11 Rdn. 66; J.A. Marly NJW 1988, 1184ff.; diesem zustimmend Wolf § 11 Nr. 10c Rdn. 5.

¹⁵¹ Ausführlich Marly NJW 1988, 1184ff.

¹⁵² BGH NJW 1985, 855, 858.

¹⁵³ I G Köln CR 1994, 622.

¹⁵⁴ I G Saarbrücken CR 1995, 222.

¹⁵⁵ I G München CR 1992, 474.

¹⁵⁶ I G Karlsruhe CR 1996, 290.

¹⁵⁷ Wolf § 11 Nr. 10a Rdn. 33.

¹⁵⁸ BGH NJW 1984, 2573, 2574.

¹⁵⁹ Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 55.

¹⁶⁰ OLG Hamm CR 1991, 289.

¹⁶¹ Wolf § 11 Nr. 10b Rdn. 57.

¹⁶² I G München I CR 1987, 364.

¹⁶³ BGH NJW-RR 1986, 57, 53.

¹⁵⁰ BUEH NJW 1985, 2380; BGH NJW 1987, 331, 333.

¹⁵¹ I G Karlsruhe CR 1996, 290.

¹⁵² OLG Köln CR 89, 91.

¹⁵³ I G Saarbrücken CR 1995, 222.

¹⁵⁴ So bereits der Regierungsentwurf zum ABGB (BT-Drucks. 77/9319) S. 35; ferner OLG Stuttgart BB 1979, 908; Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 66.

¹⁵⁵ OLG Köln NJW 1986, 2579, 2581; zahlreiche weitere Nachweise bei Marly NJW 1988, 1184 f. Fußn. 5.

die Begriffe der Wandlung und Minderung unter Kaufleuten auch ohne Erläuterung verwendet werden.

Die vollständige Abwälzung der Nachbesserungskosten auf den Kunden ist auch unter Kaufleuten unzulässig.¹²⁶ Dem kaufmännischen Kunden kann aber die Tragung eines unwesentlichen Kostenanteils wirksam auferlegt werden, etwa für einen erforderlichen Versand. Auch § 11 Nr. 10d, der Regelung zur formularvertraglichen Vorenthaltung der Mängelbeseitigung, ist dem Grundsatz nach im kaufmännischen Geschäftsverkehr anzuwenden. Demgegenüber kommt eine grundsätzliche Anwendung des die Verkürzung von Gewährleistungsfristen betreffenden § 11 Nr. 10f nicht in Betracht. Entsprechende Klauseln sind daher nicht schon von vornherein unwirksam. Für eine Verkürzung der ohnehin schon allgemein als recht kurz empfundenen sechsmonatigen Gewährleistungsfrist müssen jedoch gute Gründe im betreffenden Einzelfall sprechen.¹²⁷ Andernfalls liegt ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 vor.

Auch im Hinblick auf § 11 Nr. 10e kommt eine grundsätzliche Anwendung dieser Vorschrift zum Problembereich der Mängelrügepflichten im kaufmännischen Geschäftsverkehr nicht in Betracht. Vielmehr muß bei der Inhaltskontrolle nach § 9 insbesondere die für den heutzutage geltende Regelung des § 377 HGB berücksichtigt werden, derzufolge der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, untersuchen muß und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen hat. Gegen eine Verschärfung dieser Rügepflicht bestehen im kaufmännischen Geschäftsverkehr keine Bedenken, auch wenn eine strengere Form als einfache Schriftform vorgesehen wird. Nicht zu beanstanden sind Klauseln, in denen etwa das Erfordernis des eingeschriebenen Briefs, die Verwendung bestimmter Formulare des Softwarelieferanten¹²⁸ oder andere Zugangserfordernisse aufgestellt werden. Zu letzteren kann beispielsweise eine Vereinbarung gezählt werden, derzufolge der Zugang der Mängelrüge bei einer bestimmten innerbetrieblichen Stelle gefordert wird, die zur Abwicklung von Reklamationen zuständig ist. Die Grenze des Zulässigen ist erst erreicht, wenn die verlangte Form weder den Gebräuchen und Gebräuchen des Handelsverkehrs entspricht, noch durch ein anerkanntes Interesse des Verwenders oder eines betroffenen Dritten gerechtfertigt wird. In diesen Fällen begründen entsprechende Klauseln für den Kunden lediglich unnötige Nachteile in Gestalt zusätzlichen Aufwands oder Kosten, weshalb eine Unwirksamkeit der Klausel wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 vorliegt.¹²⁹

2. Soweit die Regelung bestimmte Anforderungen inhaltlicher Art an die Mängelanzeige festlegt, richtet sich die Frage nach der Zulässigkeit einer derartigen Klausel ebenfalls nach § 9 Abs. 1, so daß eine Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden dann vorliegt, wenn sich die Erfordernisse nicht auf das sachlich Notwendige beschränken, sondern abermals eine unnötige Erschwerung vorliegt. Auch bei einem Kaufmann dürften die Anforderungen an die Beschreibung des Mangels nicht zu hoch angesetzt werden. Die Benennung der Mängelsache wird - anders als etwa eine detaillierte Beschreibung der Symptome - auch Kaufleute häufig überfordern und kann deshalb nicht formularvertraglich vereinbart werden.

Bei einer Klausel, die eine Fristenregelung für die Untersuchung der Software und die Rüge im Falle eines Mangels enthält, sind geringfügige Abweichungen vom Merkmal der Unverzüglichkeit nach § 377 HGB grundsätzlich zulässig. Unzulässig ist jedoch eine Klausel, mit der eine Ausschlussfrist gesetzt wird, die bei Ablieferung der Ware zu laufen beginnt und die nicht nur für die durch gehörige Untersuchung erkennbaren Mängel gilt, sondern darüberhinaus auch verdeckte Mängel erfaßt. Der Wirksamkeit einer solchen Klausel steht entgegen, daß sie zu einem Ausschluß der Gewährleistung führen würde, da

verdeckte Mängel innerhalb der in der Regel kurzen Ausschlussfrist meist nicht entdeckt werden können.¹³⁰ Im Ergebnis gleich zu behandeln sind solche Klauseln, deren zufolge sowohl erkennbare als auch verdeckte Mängel nur bei Ablieferung gerügt werden können. Auch durch solche Klauseln würde für die verdeckten Mängel ein völliger Gewährleistungsausschluß erreicht, der mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 377 HGB nicht vereinbar wäre. Entsprechende Klauseln verstoßen deshalb ebenfalls nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 und sind dementsprechend unwirksam.¹³¹

b) Die Inhaltskontrolle bei Softwaremiete

aa) Der nichtkaufmännische Geschäftsverkehr. Die Zulässigkeit von Gewährleistungsklauseln bei Softwareüberlassungsverträgen auf Zeit ist mangels Spezialvorschrift allein anhand von § 9 zu beurteilen. Hierbei ist insbesondere § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu berücksichtigen.

Ein Verstoß gegen § 9 liegt in jedem Falle dann vor, wenn jegliche Gewährleistung ausgeschlossen werden soll. Daneben ist es mit dem Grundgedanken des mietvertraglichen Gewährleistungsrechts aber gleichfalls nicht zu vereinbaren, wenn die Gewährleistung auf bestimmte Mängel begrenzt wird. Auch ein Ausschluß oder eine wesentliche Einschränkung des Minderungsrechts nach § 537 Abs. 1 S. 1 BGB kann in AGB nicht wirksam vereinbart werden. Gleiches gilt für den Fall, daß die Minderung erst ausgeübt werden darf, wenn Mängel nicht innerhalb einer bestimmten Frist beseitigt werden.¹³² Entsprechende Klauseln sind unwirksam.

Ein Ausschluß des Kündigungsrechts nach § 542 BGB kann nur dann wirksam vereinbart werden, wenn dem Mieter ein Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung eingeräumt wird. Selbst dann muß das Kündigungsrecht dem Mieter aber wenigstens für den Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung oder der Ersatzlieferung erhalten bleiben, worauf in der Gewährleistungsklausel ausdrücklich hingewiesen werden muß.¹³³ Eine Klausel, wonach eine Kündigung seitens des Mieters frühestens nach 72 Monaten mit sechsmonatiger Kündigungsfrist möglich ist, verstößt gegen § 9 Abs. 1 BGB, wenn eine räumlich davon entfernte Klausel die Rechte des Mieters auf Umrüstung oder technische Erneuerung mit dem Neubeginn der Vertragslaufzeit verbindet.¹³⁴ Die Kosten der Nachbesserung oder Ersatzlieferung können grundsätzlich nicht wirksam auf den Mieter abgewälzt werden.

Sofern nicht eine Regelung für Sach-, sondern für Rechtsmängel getroffen werden soll, müssen obige Überlegungen im Hinblick auf das Minderungs- als auch das Kündigungsrecht des Mieters entsprechend herangezogen werden. Ein Rechtsmangel liegt etwa dann vor, wenn dem Anwender das urheberrechtlich erforderliche Recht zur Vervielfältigung des Computerprogramms nicht im notwendigen Umfang übertragen wurde.

bb) Der kaufmännische Geschäftsverkehr

Auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr ist eine Inhaltskontrolle von Gewährleistungsklauseln bei der Softwareüberlassung auf Zeit anhand von § 9 vorzunehmen. Hierbei kann grundsätzlich auf die für den nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr dargelegten Ausführungen zurückgegriffen werden. Es besteht keine grundsätzlich abweichende Interessenlage. Der völlige Ausschluß jeglicher Gewährleistungsansprüche ist daher auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr unwirksam. Infolge der größeren Geschäftsgewandtheit von Kaufleuten ist es aber nicht notwendig, dem Mieter, dem ein Kündigungsrecht erst nach Fehlschlag einer Nachbesserung oder Ersatzlieferung zugestanden wird, einen ausdrücklichen Hinweis auf das Bestehen dieser Kündigungsmöglichkeit zu geben.

¹²⁶ Wolf § 11 Nr. 10c Rdn. 19.

¹²⁷ Wolf § 9 Rdn. 34-37.

¹²⁸ BGH NJW-RR 1986, 52, 53.

¹²⁹ OLG Köln NJW 1994, 1483 - CR 1994, 289.

¹³⁰ Wie hier wohl Schmidt in Lehmann S. 468 Rdn. 44.

¹³¹ BGH NJW 1981, 3510.

¹³² Wolf § 11 Nr. 10 Rdn. 16, Palandt/Henrichs

¹³³ Ähnlich Ulmer/Hensen § 11 Nr. 10c Rdn. 84.

§ 11 Rdn. 97, großzügiger Ulmer/Hensen § 11

¹³⁴ Schmidt in Lehmann S. 471 Rdn. 47.

Rdn. 11, demzufolge nur Auswüchse nach § 9 ABGB unwirksam sein sollen.

2. Freizeichnungsklauseln

45 In allen Vertragstypen, nicht nur den Softwareüberlassungsverträgen, haben Freizeichnungs-, Schadensersatz- oder auch Haftungsklauseln weite Verbreitung gefunden. Auch ist die Textierung vielgestaltig. Es bestehen aber diesbezüglich nahezu keine spezifischen Besonderheiten der Softwareüberlassungsverträge, so daß auch die Rechtslage grundsätzlich mit der bei anderen Vertragstypen übereinstimmt und dementsprechend auf die allgemeine Rechtsprechung bzw. das allgemeine Schrifttum zurückgegriffen werden kann.

Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln sind unter Berücksichtigung des Gebots einer eindeutigen und transparenten Vertragsgestaltung nur wirksam, wenn sie im Aufbau der AGB an systematisch maßgeblicher Stelle und in eindeutiger Weise, etwa durch eine entsprechende Überschrift gekennzeichnet, dem Kunden klar vor Augen führen, daß eine vom dispositiven Recht abweichende Risikoverlagerung vorgenommen wird.¹⁸⁵ Diese strengen Anforderungen an die Eindeutigkeit und Transparenz entsprechender Klauseln bringt für solche Haftungsklauseln, die aus dem Gewährleistungsrecht folgende Ansprüche betreffen, das Problem mit sich, daß eine Bestimmung der systematisch maßgeblichen Stelle schwierig erscheint. Grundsätzlich müßten die entsprechenden Klauseln etwa zur Haftung wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften bei den gegebenenfalls vorhandenen Gewährleistungsklauseln platziert werden. Andererseits handelt es sich um Schadensersatzansprüche, die auch nach den Vorstellungen der Kunden eher unter der Überschrift „Haftung“ geregelt zu werden pflegen. In Anlehnung an die Systematik des § 11 Nr. 10 und 11 wird jedoch eine Ausgliederung der nach der Systematik des BGB eigentlich zu den Gewährleistungsregelungen zählenden Haftungsklauseln auch unter dem Gesichtspunkt der Eindeutigkeit und Transparenz von AGB nicht zu beanstanden sein. Ratsam ist jedoch, wiederum in Anlehnung an § 11 Nr. 10 und 11, die entsprechenden Haftungsklauseln der Klausel zu den „normalen“ Gewährleistungsansprüchen¹⁸⁶ unmittelbar nachzustellen.

a) Freizeichnungsklauseln bei Kauf- und Werkverträgen

46 aa) *Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung.* Nach § 11 Nr. 11 sind Klauseln im nichtkaufmännischen Verkehr unwirksam, durch die bei einem Kauf-, Werk- oder Werklieferungvertrag Schadensersatzansprüche nach § § 463, 480 Abs. 2, 635 BGB wegen **Fehlens zugesicherter Eigenschaften** ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Hier- von erlaßt sind nicht nur die kaufvertraglich typisierten Verträge zur Überlassung von Standardsoftware auf Dauer, sondern auch die werkvertraglich einzuordnenden Verträge über die Herstellung von Individualsoftware. Das Vertrauen auf die Zusage von Eigenschaften ist von so großer Bedeutung, daß die Regelung des § 11 Nr. 11 über § 9 Abs. 2 auch für die Inhaltskontrolle von im kaufmännischen Geschäftsverkehr verwandten Klauseln heranzuziehen ist.¹⁸⁷

Von einem der Regelung des § 11 Nr. 11 unterfallenden und daher unwirksamen Ausschluß des Schadensersatzanspruchs wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft ist nicht nur dann auszugehen, wenn sämtliche Schäden von der Haftung ausgeschlossen werden sollen,¹⁸⁸ sondern auch dann, wenn lediglich **bestimmte Arten von Schäden** ausgeschlossen werden. Unwirksam ist daher etwa ein Haftungsausschluß für entgangenen Gewinn.¹⁸⁹ Kein unzulässiger Haftungsausschluß, sondern eine unzulässige Einschränkung des Schadensersatzanspruchs liegt dann vor, wenn eine Begrenzung auf eine

¹⁸⁵ So zuletzt BGH BB 1992, 1377, 1378 unter Hinweis auf BGH NJW 1979, 2148, 2149.

¹⁸⁶ Auch Wolf § 11 Nr. 11 Rdn. 1 unterscheidet zwischen der „normalen“ Gewährleistung nach § 11 Nr. 10 AGBG und den Ansprüchen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB.

¹⁸⁷ Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 75; wohl auch BGH NJW 1985, 1333.

¹⁸⁸ Ulmer/Hensen § 11 Nr. 11 Rdn. 13.

¹⁸⁹ Wolf § 11 Nr. 11 Rdn. 13.

bestimmte Schadenshöhe erfolgt. Gleiches gilt für den Fall, daß das anhand der allgemeinen Kriterien festzustellende Vorliegen einer Eigenschaftszusicherung an besondere Bedingungen geknüpft werden soll. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Eigenschaftszusicherung nur dann vorliegen soll, wenn vom Verwender eine schriftliche Zusicherungsbestätigung abgegeben wurde.¹⁹⁰

Die verschuldensabhängige Haftung für **anfängliches Unvermögen** kann weder im kaufmännischen noch im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr wirksam ausgeschlossen werden.¹⁹¹ Dies gilt auch für Rechtsmängel, bei denen ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG vorliegt.¹⁹² Eine Haftungsbeschränkung auf eine bestimmte Höchstsumme ist demgegenüber nicht zu beanstanden, solange letztere angemessen ist.

bb) *Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung.* Verschuldensabhängige Schadensersatz- 47 ansprüche des Anwenders gegen den Softwarelieferanten können insbesondere wegen culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung, Verzugs. Unmöglichkeit sowie einer unerlaubten Handlung bestehen. § 11 Nr. 7 enthält für den nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr eine Grundregel zu Haftungsklauseln für **alle Arten schuldhafter Vertragsverletzungen** sowie der bei Abwicklung eines Vertragsverhältnisses begangenen unerlaubten Handlungen.¹⁹³ Diese Grundregel wird durch § 11 Nr. 8 und 9 für die Fälle **des Verzugs** und der **Unmöglichkeit** bzw. des Teilverzugs und der Teilunmöglichkeit ergänzt.

Nach § 11 Nr. 8b sind im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr solche Bestimmungen unwirksam, durch die für den Fall des Leistungsverzuges des Klauselverwenders oder der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung der Schadensersatzanspruch des anderen Vertragsteils **ausgeschlossen oder** entgegen § 11 Nr. 7 **eingeschränkt** wird. Ein Leistungsverzug ist insbesondere bei der Herstellung von Individualsoftware oft zu verzeichnen.

Im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr sind Haftungsklauseln darüberhinaus an § 11 Nr. 7 zu messen. Dieser Vorschrift zufolge ist ein Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden unzulässig, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung des Klauselverwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungshelfen des Klauselverwenders beruht. Ein Haftungsausschluß für einen vom Klauselverwender vorsätzlich hervorgerufenen Schaden kann schon nach § 276 Abs. 2 BGB nicht im voraus vereinbart werden. Unwirksam nach § 11 Nr. 7 sind demzufolge Klauseln, die **jegliche Haftung**¹⁹⁴ oder **jede verschuldensabhängige Haftung**¹⁹⁵ ausschließen.

Bei Haftungsklauseln ist neben der oben dargestellten Regelung des § 11 Nr. 7 insbesondere auch § 9 Abs. 2 Nr. 2 zu berücksichtigen. Aus § 9 Abs. 2 Nr. 2 folgt ein Verbot des Haftungsausschlusses auch für leichte Fahrlässigkeit, soweit hierdurch wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben (**Kardinalpflichten**), so eingeschränkt werden, daß der Vertragszweck gefährdet wird.¹⁹⁶ Ein Schadensersatzanspruch für leicht fahrlässig verursachte Mangelfolgeschäden würde nicht als Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG gewertet.¹⁹⁷

Auch im **kaufmännischen Geschäftsverkehr** kann der Klauselverwender eine Haftung 48 nach § 276 Abs. 2 BGB für eigenes vorsätzliches und nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 für eigenes grob fahrlässiges Handeln nicht ausschließen. Gleiches wird für die Haftung für das Handeln anderer Personen zu gelten haben, jedoch ist dies nur für gesetzliche Vertreter sowie leitende Angestellte unbestritten, während die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses für

¹⁹⁰ OLG Hamburg DB 1986, 2428, 2429; OLG Hamm BB 1983, 21; Palandt/Henrichs § 11 Rdn. 74.

¹⁹¹ Freizeichnungsklauseln Rdn. 106.

¹⁹² Voss CR 1994, 449, 452.

¹⁹³ BGH NJW 1987, 1931, 1938; BGH NJW 1986, 1610, 1612.

¹⁹⁴ BGH NJW 1983, 1322.

¹⁹⁵ BGH NJW 1986, 1610, 1612.

¹⁹⁶ Zuletzt BGH I M. BGB § 823 (Ac) Nr. 55; BGH NJW-RR 1988, 359, 361 sowie ausführlich Freizeichnungsklauseln Rdn. 22ff.

¹⁹⁷ LG Aachen CR 1993, 703.

gewöhnliche Pflichtverletzungen einfacher Erfüllungsgeschäften im Streit steht. Der BGH hat diese Frage noch nicht entschieden. Unbestritten ist aber, daß auch bei einfachen Erfüllungsgeschäften die Haftung für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann, sofern eine **Kardinalpflicht** verletzt wird.¹⁹⁸

Ein vollständiger Ausschuß der Rechtsmangelhaftung verstößt sowohl im Kaufmanns- als auch im nichtkaufmännischen Verkehr gegen § 9 AGBG.¹⁹⁹ Eine Beschränkung wird hingegen als möglich angesehen, wenn durch die **Begrenzung** die Erreichung des Vertragszwecks nicht gefährdet ist, also wenn z. B. der vertragstypische Durchschnittsschaden abgedeckt ist.²⁰⁰

b) Freizeichnungsklauseln bei Mietverträgen

- 49 *aa) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung. Der verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch* nach § 538 Abs. 1 BGB kann ausgeschlossen werden, soweit er sich auf einen Fehler der Mietsache bezieht. Demgegenüber kann für das Fehlen von zugehörigen Eigenschaften die Haftung des Vermieters nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Streigig ist insoweit jedoch, ob dieses Ergebnis durch eine analoge Anwendung von § 11 Nr. 11 oder durch einen Rückgriff auf § 9 zu erzielen ist.
- 50 *bb) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung. Soweit sich Haftungsklauseln auf einen Ausschuß oder eine Einschränkung eines verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs beziehen, bestehen keine charakteristischen Wesensunterschiede zu entsprechenden Klauseln bei Softwareüberlassungsverträgen auf Dauer. Die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit kann nicht wirksam ausgeschlossen werden. Soweit eine Verletzung einer Kardinalpflicht betroffen ist, ist darüberhinaus nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 auch ein Haftungsausschuß für leichte Fahrlässigkeit unwirksam.*

c) Das softwarespezifische Problem der Haftung für Datenverluste

- 51 Es wurde bereits erwähnt, daß eine Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, sofern *beruflich wesentliche Rechte* oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, daß der Vertragszweck gefährdet wird. Wann im konkreten Fall eine solche **Kardinalpflicht** vorliegt, beurteilt sich danach, ob die *Erfüllung der in Frage stehenden Pflicht die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und der Vertragspartner daher auf diese Erfüllung vertraut und auch vertrauen darf.*²⁰¹ Berücksichtigt werden muß insbesondere auch der notwendige *Schutz des Kunden* gegenüber einer Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter und Interessen.
- Soweit ersichtlich liegt zur Zeit noch keine softwarespezifische Rechtsprechung hinsichtlich der *Verletzung von Kardinalpflichten* vor. Zu den Kardinalpflichten eines dem Werkvertragsrecht zuzuordnenden Vertrags zur **Herstellung von Individualsoftware** dürfte es jedoch zählen, daß der Lieferant die ihm zwecks Programminstallation bereitgestellte Hardware *nicht beschädigt und auf dem Massenspeicher befindliche Daten und Programme nicht löscht.*
- 52 Zu den Kardinalpflichten eines Softwareherstellers muß es aber auch gehören, die von ihm hergestellte und *Dritten überlassene Software* mit einem gängigen **Virens scanner** in jeweils aktueller Version auf einen Virenbefall zu überprüfen. Angesichts der unüberschaubaren Schäden, die bei einem Anwender durch die Benutzung virenverseuchter Computersoftware entstehen können, muß eine solche Verpflichtung des Programmherstellers im Hinblick auf den Ausschuß der Haftung freizeichnungstest bleiben. Die Kardinalpflicht zum Virentest umfaßt daher auch das Überprüfen der bei der Softwareherstellung verwendeten *Programmierertools auf Virenbefall* gleichwie diese Kardinalpflicht **unabhängig vom Typus des Softwarevertrages** anzuerkennen ist.

¹⁹⁸ BGHZ 47 (1988) 1783, 1786 i. V. N.

¹⁹⁹ Voss/GH 1991, 449, 453.

²⁰⁰ Voss/GH 1991, 449, 453.

²⁰¹ Zur Definition der Kardinalpflichten Freizeichnungsklauseln Rdn. 220.

Gegen den Einbezug auch der Haftung für Datenverlust in den freizeichnungstesten Bereich der Kardinalpflicht ist eingewandt worden, es sei dem Anwender zumutbar, sich durch Anfertigung von Sicherheitskopien selbst vor einem Datenverlust und den damit verbundenen Folgeschäden zu schützen gleichwie die Berücksichtigung einer **Möglichkeit zum Selbstschutz** der Rechtsprechung des BGH entspreche.²⁰² Diesen zutreffenden Hinweis auf die Möglichkeit zur Anfertigung von Sicherheitskopien widerspricht die hier vertretene Auffassung insoweit nicht, als zwischen **Haftungsfreizeichnung** und **Haftungsbegrenzung** unterschieden werden muß und vorliegend lediglich die Freizeichnung von der Haftung für Datenverlust als unwirksam bezeichnet wird. Demgegenüber wurde bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß eine Haftungsbegrenzung nicht zu beanstanden ist, solange diese angemessen ist und die typischerweise zu erwartenden Schäden sowohl der Art als auch der Höhe nach nicht ausschließt.²⁰³ Gegen den Ausschuß der Haftung für Datenverlust spricht, daß auch die sorgfältige Anfertigung von Sicherheitskopien nicht geeignet ist, jedweden Schadens Eintritt zu begegnen. So ist etwa das Kopieren der im CMOS-RAM enthaltenen Systemkonfigurationsdaten dem durchschnittlichen Benutzer eines Personal Computers nicht möglich. Es ist daher nicht angemessen, einen **unbegrenzten Haftungsausschuß** für Datenverlust zuzulassen. Vielmehr kann es dem AGB-Verwender nur gestattet werden, seine Haftung auf den vorhersehbaren Schaden zu begrenzen. Er ist aber berechtigt, die nicht vorhersehbaren Exzeßrisiken formularmäßig abzudecken.²⁰⁴

Im Rahmen der Bestimmung der nicht **vorhersehbaren Exzeßrisiken** muß berücksichtigt werden, daß die regelmäßige und gewissenhafte Anfertigung von Sicherheitskopien *nicht nur* zur allgemeinen Übung im Umgang mit Datenverarbeitungsanlagen zählt, sondern für die Gewährleistung der Sicherheit des Datenbestandes unerlässlich ist. Dementsprechend muß es als formularmäßig abdingbares Exzeßrisiko bezeichnet werden, wenn ein Anwender entgegen jeglicher Übung und Notwendigkeit keine Sicherheitskopien angefertigt hat und der durch Datenverlust entstandene Schaden höher ist als der **Wiederherstellungsaufwand bei Vorhandensein** entsprechender **Sicherheitskopien**. Dabei ist die **Beschränkung** auf solche Schäden, die auch bei ordnungsgemäßer Datensicherung angefallen wären, zumindest im Bereich der gewerblich verwendeten Computersoftware auch ohne ausdrücklichen Hinweis auf die Notwendigkeit der regelmäßigen Datensicherung **wirksam**, weil die Kenntnis dieser Notwendigkeit dort vorausgesetzt werden kann.²⁰⁵ Nur im Bereich der Personal Computer und Home Computer, in dem auch mit der Programmbenutzung durch EDV-unerfahrene Anwender gerechnet werden muß, kann ein entsprechender **Hinweis im Benutzungshandbuch** oder in einer **unüberschbar platzierten Vertragsklausel** als Wirksamkeitsvoraussetzung gefordert werden. Angesichts der Tatsache, daß auch gewerbliche Anwender den Geboten der Datensicherung nicht immer mit der **erforderlichen Sorgfalt** genügen, erscheint indes ein entsprechender Hinweis grundsätzlich angebracht.

d) Rechtsfolgen der Klauselunwirksamkeit

Ist ein zu weitreichender Haftungsausschuß unwirksam, wird die entsprechende Klausel nicht auf den noch wirksamen Inhalt zurückgeführt (**keine geltungserhaltende Reduktion**), etwa indem ein völliger Haftungsausschuß in einem solchen nur für leichte Fahrlässigkeit umgedeutet wird. Vielmehr greifen in einem solchen Fall über § 6 Abs. 2 die

²⁰² Schmidt ZHR 156 (1992) S. 366, 368 unter Hinweis auf Ulmer/Schmidt §§ 9, 11 Rdn. 276 sowie dem dortigen Verweis auf BGHZ 103, 316, 325f.

²⁰³ Marly Rdn. 876.

²⁰⁴ Grundsätzlich zur Haftungsbegrenzung auf den vorhersehbaren Schaden Freizeichnungsklauseln Rdn. 86ff.

²⁰⁵ Erwas zurückhaltender Ulmer/Schmidt Anh. §§ 9, 11 Rdn. 276.

gesetzlichen Vorschriften der §§ 276, 278 BGB ein, so daß der Klauselverwender nunmehr grundsätzlich auch für leichte Fahrlässigkeit haftet.³⁰

3. Aufklärungs- und Beratungspflichten

55 Eine unterlassene oder unrichtige Aufklärung oder Beratung des Anwenders durch den Softwarelieferanten kann eine vorvertragliche Pflichtverletzung darstellen und zu einer Haftung wegen culpa in contrahendo (c. i. c.) führen. Der Anwender von Computersoftware hat, wie auch der Erwerber komplizierter technischer Geräte, meist keine Möglichkeit, die Eignung des für den Vertragsabschluß ins Auge gefaßten Gegenstands für den angestrebten Verwendungszweck zu überprüfen. Für eine solche Überprüfung fehlt dem Anwender häufig nicht nur die erforderliche Sachkunde, sondern auch die notwendige Testzeit für eine ausgiebige Erprobung.

Um dem Softwareanwender eine Unterstützung bei der Möglichkeit zur Überprüfung der Eignung des jeweiligen Programms für den intendierten Nutzungszweck zu geben und dem Mangel an Markttransparenz zu begegnen, muß auf das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo zurückgegriffen werden. Dem liegt die grundsätzliche Erkenntnis zugrunde, daß infolge der Aufnahme von Vertragsverhandlungen ein **Vertrauensverhältnis** zwischen den Parteien entsteht, aus dem Pflichten zur gegenseitigen Loyalität, Fürsorge und Rücksichtnahme folgen. Diese Pflichten reichen infolge des sozialen Kontakts weiter als die dem Deliktsrecht zu entnehmenden grundsätzlichen Verhaltenspflichten gegenüber jedermann.

Probleme bereitet jedoch die **Abgrenzung** der vom Rechtsinstitut der culpa in contrahendo erfaßten Fälle, von denen die nach den Regelungen des **Gewährleistungsrechts** der §§ 459 ff. BGB zu behandeln sind. Nach herrschender³¹ Auffassung sind die Ansprüche aus culpa in contrahendo durch die Sonderregelungen der §§ 459 ff. BGB ausgeschlossen, sofern sich das Verschulden des Verkäufers auf Angaben über die Beschaffenheit des Kaufgegenstands bezieht. Ist dies der Fall, bezieht sich das Verschulden auf einen Fehler der Kaufsache im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB oder eine zusicherungsfähige Eigenschaft der Kaufsache im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB. Aus diesem Grunde darf der gesetzlich getroffene Interessenausgleich nicht durch die Anwendung des Rechtsinstituts der culpa in contrahendo unterlaufen werden.

Zur Bestimmung des Inhalts und des Umfangs der Verpflichtung zu Auskunfterteilung und Beratung ist wie bei anderen Rechtsgeschäften auf die **Fachkenntnisse der Beteiligten** abzustellen. Das Vertrauen des Anwenders in die Beratung des Lieferanten darf umso stärker sein, desto größer der jeweilige Abstand im Fachwissen ist.³² Der Umfang der Beratungspflichten hängt entscheidend von der erkennbaren Schutzbedürftigkeit des Käufers ab.³³ Auch nach Vertragsabschluß kann eine vertragliche Nebenpflicht zur Auskunfterteilung und Beratung verpflichten. Ein Verstoß hiergegen führt zu Schadensersatzansprüchen nach den Grundsätzen der **positiven Forderungsverletzung**.

In den letzten Jahren hat die Rechtsprechung die Pflichten des Softwareverkäufers näher konkretisiert. So besteht eine Pflicht des Lieferanten, den Speicherbedarf des Kunden zu ermitteln.³⁴ Auch muß der Anbieter von Software bei der Ermittlung der betrieblichen Bedürfnisse des Kunden mitwirken und u. a. auch auf das Vorhandensein von unterschiedlich ausgestatteten Versionen eines Programms mit unterschiedlichem Preisniveau in seinem Programm hinweisen.³⁵ Handelt es sich um einen EDV-unerfahrenen Kunden muß sich der Verkäufer einen Überblick über die mit der Anlage zu bewältigenden be-

trieblichen Angelegenheiten verschaffen und einen passenden Vorschlag unterbreiten. Andernfalls hat der Käufer ein **Wandlungsrecht**.³⁶ Auch muß der Softwarelieferant die Informationen des Kunden auf Eignung für das geplante Vorhaben überprüfen.³⁷ Allerdings darf ein Verstoß gegen die Beratungspflicht verneint, wenn eine überdimensionierte Anlage an einen EDV-unerfahrenen Kunden verkauft wurde, dieser aber bereits anderweitig beraten wurde und mit festen Vorstellungen auftritt.³⁸

Eine Beschränkung der Haftung für fehlerhafte Beratung auf leichte Fahrlässigkeit verstößt gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, da es eine wesentliche Verpflichtung des Anbieters von EDV-Anlagen ist, die Erwartungen von EDV-unerfahrenen Kunden zu ermitteln und diese bei der Auswahl zu beraten.³⁹

Eine solche Freizeichnung sollte aber im kaufmännischen Verkehr möglich sein.

4. Nutzungsvereinbarungen

In nahezu jedem Softwareüberlassungsvertrag finden sich umfassende Regelungen zur Frage, welche Nutzungshandlungen der Anwender vornehmen darf. Nachfolgend wird zwischen Vereinbarungen zur Regelung der **Vervielfältigung**, der Weitergabe, der Nutzung auf verschiedenen Computern, der Nutzung im Netzwerk sowie der Abänderung des überlassenen Programms durch den Anwender unterschieden und werden die entsprechenden Vereinbarungen einzeln dargestellt.

a) Vervielfältigungsvereinbarungen

57 Für die Anfertigung von Vervielfältigungsstücken eines Computerprogramms bedarf es lediglich eines geringen Zeit- und Kostenaufwands. Unter Berücksichtigung der in der Regel hohen Entwicklungskosten, der Leichtigkeit unberechtigter und vor allem ohne Qualitätsverlust vorzunehmender Vervielfältigung sowie den drohenden großen finanziellen Verlusten der Softwarehersteller ist eine erhöhte **Verletzlichkeit** von Computerprogrammen **gegenüber Piraterieakten** allgemein anerkannt.⁴⁰ Ein generelles Vervielfältigungsverbot findet sich nunmehr in § 69c Nr. 1 UrhG, demzufolge dem Rechtsinhaber eines Computerprogramms das ausschließliche Recht zusteht, die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung eines Computerprogramms, ganz oder teilweise, mit jedem Mittel und in jeder Form vorzunehmen oder zu gestalten. Bevor jedoch auf Einzelheiten der vertraglichen Vervielfältigungsverbote eingegangen wird, soll erneut in Erinnerung gebracht werden, daß eine Vervielfältigung i. S. d. §§ 69c Nr. 1, 16 UrhG beim Kopieren auf einen Datenträger sowie beim Laden in den Arbeitsspeicher vorliegt. Dem gegenüber stellt der bloße Programmauflauf keine urheberrechtsrelevante Vervielfältigung dar.

Im Abschluß eines Softwareüberlassungsvertrags liegt gleichzeitig die zumindest konkludente Vergabe einer Lizenz⁴¹ im Sinne einer Zustimmung zur Vervielfältigung des Computerprogramms in den Arbeitsspeicher bei bestimmungsgemäßer Benutzung begründet.⁴² Fraglich ist lediglich, wie weit diese Zustimmung reicht. Zur Beantwortung dieser Frage ist es sinnvoll, zwischen der Anfertigung notwendiger, gebotener sowie überzähliger Vervielfältigungsstücke zu unterscheiden.

aa) **Notwendige Vervielfältigungen.** Obwohl die Zuordnung der Softwareüberlassungsverträge zu einem bestimmten Vertragstyp für die Inhaltsbestimmung der einzelnen vertraglichen Rechte und Pflichten von weitreichender Bedeutung ist, entspricht es doch nahezu unbestrittener Auffassung, daß dem Anwender durch einen Softwareüberlassungsvertrag die **Nutzung der entsprechenden Software** erlaubt werden soll, daß also

³⁰ BGH NJW 1986, 1640, 1642, vgl. auch Frey, Zulassungsklauseln Rdn. 1470, salvatorische Klauseln.

³¹ Staudinger BGB 118 (1991), 496, 497, Palandt/Putz, Vorbem. vor § 459 Rdn. 7, zur Gegenmeinung etwa Knappe NJW 1991, 2497ff.

³² Zörnig NJW 95, 1785.

³³ Jönker NJW 1994, 897, 900.

³⁴ OLG Köln NJW-RR 92, 1377.

³⁵ OLG Köln NJW 94, 1355 = GR 94, 212.

³⁶ OLG Düsseldorf MDR 94, 448.

³⁷ OLG Celle GR 1995, 152.

³⁸ OLG Köln BB 93, Beil. 13, S. 9.

³⁹ LG Augsburg GR 89, 22.

⁴⁰ Hierzu bereits die Beschlüßempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 10:360 vom 17. 5. 1985 S. 19.

⁴¹ Rottger Jor 1986, 12, 16; Lehmann NJW 1988, 2419, 2420.

⁴² Schricken/Loewenheim § 53 Rdn. 40, Lehmann NJW 1988, 2419, 2420; Computerrechts-Handbuch/Harte Bayendamm GHNr. 54 Rdn. 61.

dem Anwender zumindest „nebenbei“²⁹⁷ noch diejenigen urheberrechtsrelevanten Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen, die er für die Benutzung des Programms benötigt.²⁹⁸ Aus diesem Grund kann im Rahmen der Darstellung von Vervielfältigungsvereinbarungen auch allein auf diesen nutzungsrechtlichen Vertragsteil abgestellt werden. Die jeweilige vertragsrechtliche Einordnung hat hierauf keinen Einfluß.

Im Hinblick auf die Einräumung der urheberrechtsrelevanten Nutzungsrechte ist von entscheidender Bedeutung, daß die Vervielfältigung in den Arbeitsspeicher einen **notwendigen Bestandteil der Benutzung** von Computersoftware darstellt²⁹⁹ und deshalb die Einräumung eines Anwendernutzungsrechts seitens des Berechtigten nicht nur regelmäßig, sondern notwendigerweise die diesbezügliche Zustimmung zur Vervielfältigung umfaßt. Nur wenn man zwar gesetzessystematisch korrekt, aber unter dem Gesichtspunkt der Softwareanwendung nicht praktikabel zwischen Nutzung der Computersoftware auf der einen Seite und Vervielfältigung der Computersoftware in den Arbeitsspeicher auf der anderen Seite eine künstliche Fremdbau zu ziehen versucht,³⁰⁰ können die im Rahmen eines Softwareüberlassungsvertrags angestrebte Gebrauchsgewährung und die Zustimmung zur Vervielfältigung des entsprechenden Computerprogramms auseinanderfallen.

59 Obige Ausführungen verdeutlichen, daß die gesetzessystematisch vorgegebene Unterscheidung von Nutzung und Vervielfältigung eines urheberrechtlich geschützten Werkes bei Computerprogrammen insoweit nicht durchgehalten werden kann. Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, daß die Vervielfältigung eines Computerprogramms in den Arbeitsspeicher eines Computersystems durch den Softwareanwender grundsätzlich zum **bestimmungsgemäßen Gebrauch** der Software zählt,³⁰¹ die ihm als Teil seines Gebrauchsrechts gem. §§ 69c Nr. 1, 69d Abs. 1, 31 Abs. 2 UrhG im Verbindung mit dem entsprechenden Softwareüberlassungsvertrag erlaubt ist.

Über das oben festgehaltene Zwischenergebnis hinaus folgt aus den angestellten Überlegungen aber auch, daß für den Programmablauf **erforderliche Kopien auf Massenspeicher** wie etwa eine Festplatte vom rechtmäßigen Benutzer angefertigt werden dürfen, weil es sich um notwendige Vervielfältigungen handelt. Auch die Zustimmung zur Anfertigung dieser in der Regel bei der Installation des Programms angefertigten Vervielfältigungsstücke ist daher notwendiger Bestandteil eines Softwareüberlassungsvertrags.

Im Hinblick auf die vertragsrechtliche Bewertung von Vervielfältigungsvereinbarungen führen die oben dargelegten Überlegungen, die Zustimmung zur Anfertigung notwendiger Vervielfältigungsstücke als in jedem Softwareüberlassungsvertrag enthalten anzusehen, dazu, daß die entsprechenden Handlungen nicht ausgeschlossen werden können. Vervielfältigungsvereinbarungen, die dem Anwender jede Anfertigung von Vervielfältigungssücken verbieten wollen, die sogenannten **generellen Vervielfältigungsverbote**, sind daher zumindest in dieser umfassenden Formulierung unwirksam. Dies gilt im Ergebnis **sowohl für individualvertragliche als auch für vorformulierte** Softwareüberlassungsverträge.

Die **dogmatische Begründung** der uneingeschränkten Unzulässigkeit genereller Vervielfältigungsverbote bereitet einige Schwierigkeiten. Denkbar wäre zunächst eine restriktive Auslegung der zu weit gefaßten Vereinbarung auf den zulässigen Kern. Für eine solche vertragsergänzende Restriktion kann in erster Linie auf § 242 BGB zurückgegriffen werden. Sie ist sowohl im individualvertraglichen als auch im formularvertraglichen Bereich zulässig, da sie auch nach Auffassung des BGH der Inhaltskontrolle vorgeht. Dies

²⁹⁷ Dürmer/Jeschke für 1988, 137, 140 sprechen insoweit von einer vertraglichen Nebenpflicht völlig unergänzelter Bedeutung.

²⁹⁸ Kindermann GRUR 1983, 150, 153 ff.

²⁹⁹ Eine eingehende Beschreibung der bei der Nutzung von Computerprogrammen ablaufenden Vorgänge s. Kindermann GRUR 1983, 150, 154 f.

³⁰⁰ Hier von kann sich auch der BGH CR 1991, 80, 86 nicht lossagen. Er möchte zwischen Vervielfältigung der Computersoftware und der „reinen Benutzung“ sowie der „Benutzung eines Werkes als solche“ unterscheiden.

³⁰¹ Kindermann GRUR 1983, 150, 157.

begründet sich durch die Überlegung, daß sich erst nach einer gegebenenfalls notwendigen Auslegung die bei der Inhaltskontrolle zu berücksichtigenden Auswirkungen einer Vereinbarung zuverlässig beurteilen lassen.³⁰⁴ Auch das grundsätzliche Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion steht einer solchen Vorgehensweise nicht entgegen, weil es sich bei diesem um ein Instrument der einer Auslegung nachgestellten Inhaltskontrolle handelt.³⁰⁵ Gegen eine solche vertragsergänzende Restriktion scheint jedoch in den Fällen genereller Vervielfältigungsverbote die **Eindeutigkeit der Formulierung** zu sprechen. Der dogmatisch vorzugswürdige Weg bei der Behandlung genereller Vervielfältigungsverbote liegt daher darin, bei Individualverträgen im Berufen des die Software Überlassenden auf die entsprechende Vereinbarung ein **venire contra factum proprium** und daher einen Verstoß gegen § 242 BGB zu sehen. Bei vorformulierten Softwareüberlassungsverträgen, bei denen eine Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz erfolgt, ist demgegenüber sowohl im kaufmännischen als auch im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr von einem **Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2** auszugehen, weil derartige Klauseln mit den wesentlichen Rechten und Pflichten von Softwareüberlassungsverträgen nicht zu vereinbaren sind und den Vertragszweck im Sinne der Gebrauchsgewährung gefährden.

60 *bb) Gebotene Vervielfältigungen.* Unter einer **gebotenen Vervielfältigung** wird eine Kopie des Computerprogramms verstanden, die für den Programmablauf zwar nicht unbedingt erforderlich ist, deren Anfertigung sich jedoch aus anderen Gründen rechtfertigt. Hauptanwendungsfall dieser Gruppe sind die **sogenannten Sicherheitskopien** oder Backups, die eine zusätzliche Sicherheit für den Fall bieten, daß eine Magnetplatte, eine Diskette bzw. ein Magnetband zerstört oder Daten versehentlich gelöscht oder überschrieben werden. Die im Hinblick auf die Herstellung von Sicherheitskopien mit der Urheberrechtsnovelle neu eingeführte urheberrechtliche Spezialvorschrift des § 69d Abs. 2 UrhG spricht von einer **Erforderlichkeit** für die Sicherung künftiger Benutzung. Für die vertragsrechtliche Bewertung von Vervielfältigungsvereinbarungen erscheint jedoch die hier vertretene sprachliche Unterscheidung von notwendigen und gebotenen Vervielfältigungshandlungen vorzugswürdig.

61 Aus Gründen der Datensicherung empfehlen viele Softwarehersteller ihren Kunden, das überlassene Programm auf sogenannte Arbeitsdisketten zu kopieren und die Originaldisketten an einem sicheren Ort gesondert aufzubewahren. In diesen Fällen zählt die Anfertigung einer entsprechenden Kopie nach dem Verständnis des Softwareherstellers ausdrücklich zum bestimmungsgemäßen und damit erlaubten Gebrauch. Es liegt dementsprechend eine **ausdrückliche Kopierlaubnis** vor. Dabei ist es nicht erforderlich, daß die entsprechende Empfehlung unmittelbar im Softwareüberlassungsvertrag ausgesprochen wird. Vielmehr ist es für die Bestimmung dessen, was nach dem Verständnis des die Software Überlassenden erlaubt sein soll, ausreichend, wenn der entsprechende Hinweis in der Programmdokumentation, auf der Verpackung, während der Vertragsverhandlungen oder sonstwie abgegeben wurde.

Vor der oben dargestellten Sachlage unterschieden werden muß der Fall, in dem **keine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung und auch sonst keine entsprechende Empfehlung** abgegeben wurde. Hier stellt sich die Frage, ob die Anfertigung gebotener Vervielfältigungsstücke zu der dem Anwender erlaubten Nutzung zählt oder ob derartige Vervielfältigungen in diesen Fällen mangels Zustimmung des Rechteinhabers vom Vervielfältigungsverbot des § 69c Nr. 1 UrhG erfasst werden.

Verkehrssitte bei der Verwendung von Computerprogrammen ist jedoch die allgemein für außerordentlich wichtig gehaltene Anfertigung von Sicherheitskopien zum Schutz vor den ansonsten unkalkulierbaren Gefahren der Zerstörung oder des versehentlichen Lösens der betreffenden Software.³⁰⁶ Entsprechend dieser Verkehrssitte kann beim Fehlen

³⁰⁴ BGH NJW 1985, 623, 626.

³⁰⁵ Wie hier Wolf § 9 Rdn. 30.

³⁰⁶ Zu Recht verweist Röttinger für 1986, 12, 16 auf die Übung der Software Industrie, Sicherheitskopien herzustellen.

einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung davon ausgegangen werden, daß für die hier diskutierte Anfertigung von gebotenen Vervielfältigungsstücken eine entsprechende Zustimmung des die Software überlassenden Rechtsinhabers vorliegt.²²⁷ Dieses Ergebnis läßt sich auch unter Rückgriff auf die ratio des § 69d Abs. 2 UrhG erzielen, demzufolge der Anfertigung von Sicherheitskopien eine große Bedeutung für den Anwender zuerkannt wird.

- 62 Eine gegenüber den oben dargestellten Fällen des Vorhandenseins sowie des Fehlens einer ausdrücklichen Kopierlaubnis wiederum veränderte Situation liegt dann vor, wenn die Anfertigung von lediglich gebotenen Vervielfältigungsstücken der Computersoftware **vertraglich** expressis verbis **verboten** wurde oder wenn zwar kein ausdrückliches Verbot vorliegt, die Vervielfältigung aber durch einen sogenannten **Kopierschutz** verhindert werden soll. Letzgenannter Fall ist dem erstgenannten deshalb gleichzustellen, weil dem Vorhandensein eines Kopierschutzes entnommen werden kann, daß die Anfertigung solcher Vervielfältigungsstücke nicht zum bestimmungsgemäßen Gebrauch des Computerprogramms zählen soll, die für den Programmaufbau unerlässlich sind. Der Verkäufer darf demnach alles untersagen, was nicht zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogramms gehört. Er darf also z. B. einen Kopierschutz einbauen, wenn eine Sicherheitskopie mitgegeben wird.²²⁸

Beachtet werden muß insoweit, daß § 69d Abs. 2 UrhG nunmehr ausdrücklich festlegt, daß die **Herstellung einer Sicherheitskopie** durch eine zur Benutzung des Programms berechtigte Person nicht vertraglich untersagt werden darf, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzung erforderlich ist. Ein entsprechendes vertragliches Verbot ist daher gem. § 69g Abs. 2 UrhG, demzufolge vertragliche Bestimmungen nichtig sind, wenn sie im Widerspruch zu § 69d Abs. 2 UrhG stehen, sogar bei **Individualverträgen** unzulässig. § 69g Abs. 2 UrhG gilt sowohl für Vereinbarungen in AGB als auch für Individualverträge.

- 63 Der neuen, durch die Urheberrechtsnovelle geschaffenen Rechtslage kann, jedenfalls soweit man allein auf die in der Gesetzesbegründung angestellten Erwägungen abstellt, seitens des Softwareherstellers auch so nachgekommen werden, daß er dem Anwender die Möglichkeit einräumt, eine gegebenenfalls benötigte **Zweitkopie** von ihm zu beziehen. Hierin liegt zwar für den Anwender eine gewisse zusätzliche Last, die darin besteht, daß er im Bedarfsfall zunächst mit dem Softwarehersteller Kontakt aufnehmen muß, um ein Ersatzstück zur Verfügung gestellt zu bekommen. Diese zusätzliche Last wird jedoch auch im Hinblick auf den mitunter bestehenden erheblichen Zeitdruck, dem sich der Anwender ausgesetzt sieht, durch die besonderen Interessen des Rechtsinhabers an Computersoftware gegenüber der Anfertigung von Raubkopien gerechtfertigt. Aus diesem Grunde stellt die zusätzliche Last eine zumutbare Belastung dar,²²⁹ die im Hinblick auf die Sicherung zukünftiger Benutzung des entsprechenden Computerprogramms nicht als unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG bezeichnet werden kann.

Daneben kann jedoch auch von einer Gefährdung des Vertragszwecks im Sinne der Einräumung einer ordnungsgemäßen Nutzungsmöglichkeit nicht gesprochen werden, denn der Anwender kann im Bedarfsfall auf ein vom Softwarehersteller angefertigtes Ersatzstück zurückgreifen. Das Argument, daß der Anwender in einem solchen Fall von der **Solvenz des Softwareherstellers** abhängig ist und unter Umständen keine Ersatzstücke mehr erhalten kann,²³⁰ ist zwar durchaus nicht unberechtigt, führt aber ebenfalls zu keiner abweichenden Beurteilung. Die Lieferanteninsolvenz zählt typischerweise zu den

Risiken, die der Kunde tragen muß. Hierdurch wird die ordnungsgemäße Nutzungsmöglichkeit nicht gefährdet.

Im Gleichklang zur oben dargestellten Interessenlage findet sich in den Fällen, in denen der Softwareüberlassungsvertrag ein ausdrückliches Kopierverbot enthält oder in dem die Software mit einem Kopierschutz versehen ist, innerhalb der Vertragsbedingungen fast ausnahmslos eine Regelung, die es dem Anwender gegen **Einsendung der beschädigten Originaldiskette** und eines gewissen Betrags zur Kostendeckung erlaubt, einen neuen Programmträger zu erhalten. Solange die vom Anwender zu zahlende Kostenpauschale betragsmäßig nicht auf einen abermals zu entrichtenden Überlassungspreis hinausläuft, sondern durch den beim Rechtsinhaber entstehenden Arbeitsaufwand gedeckt wird, kann hierin eine Vereinbarung gesehen werden, die sowohl den schützenswerten Interessen des Softwareherstellers als auch des Anwenders genügt, soweit diese Interessen vom Gesetzgeber berücksichtigt wurden.

Trotz der oben dargelegten urheberrechtlichen Zulässigkeit des Verbots der Anfertigung von Sicherheitskopien bei gleichzeitiger Einräumung eines Nachbezugsrechts, bestehen gegen die AGB-rechtliche Zulässigkeit entsprechender Klauseln nicht unerhebliche Bedenken. Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß der neue § 69d Abs. 2 UrhG allein auf die Sicherung künftiger Benutzung abstellt und hiermit allein die Benutzung des entsprechenden Computerprogramms gemeint ist. Das einseitige Abstellen auf die Benutzung dieses einen Computerprogramms wird jedoch den Anforderungen, die an eine Inhaltskontrolle von AGB zu stellen sind, insofern nicht gerecht, als **weitere Interessen des Anwenders betroffen** sein können.²³¹

Im gesamten Bereich der gewerblichen Nutzung von Computerprogrammen, insbesondere im Bereich der sogenannten mittleren Datentechnik sowie bei Großrechnern, ist es üblich, in regelmäßigen Abständen **Sicherungskopien vom gesamten Datenbestand** anzufertigen. Diese Sicherungskopien werden nicht sofort beim nächsten Sicherungstermin wiederverwertet, sondern werden einem Kreislauf mit unterschiedlich großer Zahl von Sicherungskopien verschiedenen Alters zugeführt. Ein solches Vorgehen ist aus Gründen der Datensicherheit häufig unerlässlich, führt jedoch dazu, daß mehrere Sicherungskopien eines jeden Programms angefertigt werden. Grundsätzlich wäre es zwar technisch möglich, nur den jeweiligen Datenbestand unter Aussparung ausführbarer Programmdateien zu sichern, jedoch genügt dies insofern den begründeten Interessen dieser Anwender nicht, als eine schnelle Reaktivierung des Computersystems nach einem Totalausfall nur auf dem Wege der vollständigen Sicherung des Massenspeichers gewährleistet werden kann, weil die Neuinstallation von Programmen mitunter erhebliche Zeit in Anspruch nimmt. In Anlehnung an das US-amerikanische Urheberrechtsgesetz²³² muß daher eine Ausdehnung des Wortlauts von § 69d Abs. 2 UrhG von der Sicherung künftiger Programmabnutzung zur Sicherung der künftigen Benutzung des Computersystems erfolgen. Denkbar wäre daher etwa eine Formulierung dahingehend, daß die Anfertigung von Sicherheitskopien zulässig ist, sofern sie **rein archivarisches Zwecke** im Sinne der Sicherstellung künftiger Benutzung des Computersystems dient.

(c) **Überzählige Vervielfältigungen.** Die oben angeführte Verkehrssitte zur Anfertigung von Sicherheitskopien erstreckt sich nicht auf eine Anfertigung überzähliger Vervielfältigungsstücke, wobei mit dem Begriff der überzähligen Vervielfältigungsstücke solche Programmkopien erfaßt werden, die weder für den Programmaufbau noch für eine Sicherstellung künftiger Benutzung des Computersystems erforderlich sind. In diesen Fällen liegt **grundsätzlich keine Zustimmung** des Softwareherstellers zur Herstellung entsprechender Vervielfältigungsstücke vor. Vertragliche Vereinbarungen, die ein Verbot der Anfertigung derartiger Vervielfältigungsstücke vorsehen, sind weder in Individualverträgen noch in vorformulierten Verträgen zu beanstanden, die dem AGBG unterfallen.

²²⁷ Die bei Marly Rdn. 673 vertretene Auffassung kann daher nicht uneingeschränkt aufreht erhalten werden.

²³² Vgl. 17 United States Code § 117 (2).

²²⁷ Haberstumpf CR 1987, 409, 415 unterstellt hinsichtlich der Anfertigung von Sicherheitskopien eine „zumindest stillschweigende“ Rechteinhabung, vorschlägt Kindermann GRUR 1983, 150, 159, der ausführt, eine Anfertigung von Sicherheitskopien „kann“ zum Vertragszweck zählen.

²²⁸ Michalski DZWR 1995, 265, 269.

²²⁹ Zum Kriterium zumutbare Belastung, Wolf § 9 Rdn. 85 f.

²³⁰ Diese Gefahr betont Koch NJW-Cor 1988, 32, 33.

b) Weiterveräußerungsvereinbarungen

Bei der Betrachtung der in Softwareüberlassungsverträgen häufig enthaltenen Weiterveräußerungsverbote muß der Blick zunächst auf § 137 S. 1 BGB gerichtet werden. Nach dieser Vorschrift wird im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs die Verfügungsfreiheit eines Rechtsinhabers dadurch geschützt, daß eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung für unwirksam erklärt, mit der ein dinglich wirkendes Veräußerungsverbot begründet werden soll. Partervereinbarungen, mit denen Veräußerungsverbote begründet werden sollen, entfalten daher keine Wirkung gegenüber Dritten. Dies gilt auch für Urheberrechte.²³³ Von der Unwirksamkeit eines Weiterveräußerungsverbots gegenüber Dritten streng zu unterscheiden ist jedoch die in § 137 S. 2 BGB ausdrücklich für zulässig erklärte schuldrechtliche Verpflichtung, Verfügungen über ein Recht zu unterlassen.

aa) *Urheberrechtliche Spezialvorschriften zur Weiterveräußerung*. Neben dem oben gegebenen Hinweis auf § 137 BGB muß bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Weiterveräußerungsvereinbarungen in Softwareüberlassungsverträgen insbesondere auf den sogenannten urheberrechtlichen **Erschöpfungsgrundsatz** hingewiesen werden. Zwecks Erläuterung desselben muß zunächst auf die in § 15 Abs. 1 UrhG festgeschriebene Regel hingewiesen werden, derzufolge der Urheber das ausschließliche Recht hat, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten. Hierzu zählt insbesondere auch das Verbreitungsrecht, das dem Urheber aber lediglich für die Erstverbreitung vorbehalten wird. Würde dem Urheber demgegenüber auch das Recht eingeräumt, auch die weitere Verbreitung seines Werkes zu kontrollieren, stünde eine übermäßige Belastung des Rechtsverkehrs zu befürchten.²³⁴ Es entspricht daher allgemeiner Auffassung, daß den Interessen des Urhebers dadurch hinreichend Rechnung getragen ist, daß er seine für die Erstverbreitung erforderliche Zustimmung von der **Entrichtung eines Entgelts** abhängig machen kann. Hierdurch wird auch die über Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich garantierte Möglichkeit angemessener Verwertung gewährleistet.²³⁵ Ist jedoch das Werk, sei es im Original oder in Form eines Vervielfältigungsstücks, mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden, so ist gem. § 17 Abs. 2 UrhG seine Weiterverbreitung zulässig.

Dieser sogenannte urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz ist Ausdruck des Gedankens, daß der Rechtsinhaber durch eigene Benutzungshandlungen das ihm vom Gesetz eingeräumte ausschließliche Verwertungsrecht ausgenutzt und damit verbraucht hat. Im Umfang der Nutzung werden weitere Verwertungshandlungen nicht mehr vom Urheberrechtsschutz erfaßt.²³⁶ Die für alle urheberrechtlich geschützten Werke geltende Regelung des § 17 Abs. 2 UrhG wurde nunmehr in § 69c Nr. 3 UrhG ausdrücklich für Computerprogramme übernommen, wobei eine Anpassung an software-spezifische Besonderheiten nur im Hinblick auf das Verwertungsrecht, nicht jedoch hinsichtlich der übrigen Formen der Weiterverbreitung vorgenommen wurde.

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz greift nur bei einer Veräußerung des Werkstücks ein. Eine solche liegt nach allgemeinem Verständnis nur dann vor, wenn das Eigentum an dem Werkstück in Erfüllung eines Kaufvertrags oder eines sonstigen auf die endgültige Entäußerung des Eigentums gerichteten Rechtsgeschäfts wie z.B. einem Tausch oder einer Schenkung übertragen wird. Aus diesem Grunde sind die Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 UrhG bzw. des § 69c Nr. 3 UrhG bei zeitlich befristeten Überlassungsverträgen nicht erfüllt.²³⁷ Gleiches gilt für den Fall, daß die Computersoftware vom Hersteller gekauft wird. Auch hier hat der Softwarehersteller in der Regel die Verfügungsmöglichkeit über das Werkstück noch nicht endgültig aufgegeben.

²³³ Generell für geistige und gewerbliche Schutzrechte Palandt/Hennrichs § 137 Rdn. 5.
²³⁴ BGHZ 80, 101, 109; Schrickel/Löwenheim § 17 Rdn. 16.

²³⁵ BVerfGE NJW 1990, 896, 897.

²³⁶ BGH NJW RR 1988, 829.

²³⁷ Schrickel/Löwenheim § 17 Rdn. 17f.

bb) *Unbedingte vertragliche Weiterveräußerungsverbote*. Sofern der Programmhersteller die weitere Verbreitung durch schuldrechtliche Vereinbarungen zu behindern versucht, läuft dies infolge der **mittelbaren Beeinträchtigungen** der Verfügungsfreiheit der gesetzlich angestrebten Freiheit weiterer Verbreitung entgegen. Eine entsprechende Vereinbarung hat das LG Nürnberg-Fürth²³⁸ zutreffend als Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes bezeichnet, weshalb Weiterveräußerungsverbotsklauseln bei der **Softwareüberlassung auf Dauer** gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 verstoßen.²³⁹ Darüberhinaus kann bei diesem kaufvertraglich einzuordnendem Typus von Softwareüberlassungsverträgen auch ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 festgestellt werden, weil derartige Vereinbarungen mit den wesentlichen Rechten und Pflichten eines Kaufvertrages nicht vereinbar sind und die Erreichung des Vertragszwecks gefährden.²⁴⁰ In Individualverträgen sind Weiterveräußerungsverbote aber zulässig. Vertragliche Weiterveräußerungsverbote unterfallen mangels Verweises auf § 69c Nr. 3 UrhG nicht dem Verbot des neuen § 69c Abs. 1 UrhG.

Abweichend von dem oben herausgearbeiteten Ergebnis fällt die Beurteilung in den Fällen aus, in denen die Computersoftware nicht auf Dauer überlassen werden soll, sondern etwa im Rahmen eines Miet- oder pachtvertraglichen Rechtsverhältnisses überlassen wird. Hier scheidet ein Rückgriff auf die gesetzgeberischen Wertungen der §§ 69c Nr. 3, 17 Abs. 2 UrhG schon deshalb aus, weil keine Veräußerung vorliegt und dementsprechend diese Vorschriften nicht eingreifen.²⁴¹ Auch steht ein Weiterveräußerungsverbot mit den wesentlichen Rechten und Pflichten eines Mietverhältnisses nicht in Widerspruch. Weiterveräußerungsverbote in **Softwareüberlassungsverträgen auf Zeit** sind daher weder bei Individual-, noch bei standardisierten Verträgen zu beanstanden. Es wird vorgeschlagen, daß der Rechtsinhaber die vorgesehene Benutzung auf dem Originaldatenträger oder einer dort verwiesenen Urkunde vermerkt, so daß auch ein Zweiterwerber daran gebunden wäre.²⁴² Somit ist sichergestellt, daß ein Zweiterwerber keine weitergehenden Benutzungsmöglichkeiten als der Ersterwerber erhält, so daß kein Bedürfnis mehr nach einem Weitergabeverbot besteht und andernfalls ein Verstoß gegen § 9 AGBG vorläge.²⁴³

cc) *Bedingte vertragliche Weiterveräußerungsverbote*. Nicht immer soll die Weiterveräußerung eines Computerprogramms durch eine vertragliche Vereinbarung uneingeschränkt verboten werden. Eine weite Verbreitung haben auch solche Vereinbarungen gefunden, die eine Weiterveräußerung **von der Einhaltung bestimmter Bedingungen** abhängig machen wollen. Im wesentlichen finden sich drei verschiedene Typen von Bedingungen.

Weit verbreitet sind solche Weiterveräußerungsklauseln, denzufolge der Anwender die Computersoftware nur weiterveräußern darf, wenn er hierfür vor der Veräußerung die **schriftliche Zustimmung** des Rechtsinhabers eingeholt hat. Diesbezüglich muß jedoch berücksichtigt werden, daß das ausschließliche Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers unter den oben ausführlich dargestellten Voraussetzungen gem. §§ 69c Nr. 3, 17 Abs. 2 UrhG nach der Erstveräußerung des Programms erschöpft ist. Dementsprechend widerspreche es der Zielsetzung dieses urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes, könnte der Rechtsinhaber durch ein formularvertraglich herbeigeführtes Zustimmungserfordernis Einfluß auf die Weiterveräußerung des Programms nehmen. Eine entsprechende Klausel verstieße entsprechend einer Parallelwertung zu den oben behandelten unbedingten Weiterveräußerungsverboten gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2. Unerheblich ist hierbei, um welchen Typ Computerprogramm es sich handelt,²⁴⁴ weil sich eine solche Unterscheidung der im Rahmen der Inhaltskontrolle entsprechender Klauseln zu berücksichtigenden urheberrechtlichen Vorschriften nicht entnehmen läßt. Auch kann bei den verschiedenen

²³⁸ LG Nürnberg-Fürth auszugsweise wiedergegeben in der Berufungsentscheidung des OLG Nürnberg CR 1990, 118, 119.

²³⁹ Haaren Rdn. 154; Lehmann NJW 193, 1823.

²⁴⁰ Zahrt CR 1994, 455, 458.

²⁴¹ Ausführlich Marly Rdn. 699ff.

²⁴² Im Hinblick auf § 17 Abs. 2 UrhG Schrickel/Löwenheim § 17 Rdn. 17.

²⁴³ Zahrt CR 1994, 455, 457.

²⁴⁴ Zahrt CR 1994, 455, 458.

²⁴⁵ A. A. Schmidt in: Lehmann S. 488 Rdn. 63.

Softwareverträge

Softwarertypen keine Abweichung zwischen den verschiedenen Interessen der beteiligten Personen festgestellt werden. Gegen ein individualvertraglich vereinbartes Zustimmungserfordernis bestehen demgegenüber keine Bedenken.

Die Zulässigkeit einer Weiterveräußerung wird häufig auch davon abhängig gemacht, daß der Anwender dem Softwarelieferanten den Namen und die Anschrift des neuen Anwenders bekanntgibt. Es handelt sich insoweit um ein durch **eine vertragliche Informationspflicht**⁷¹ bedingtes Weiterveräußerungsverbot.

Bedenken gegen die Wirksamkeit einer solchen Mitteilungspflicht bestehen im Rahmen eines kaufvertraglich einzuordnenden Softwareüberlassungsvertrags zunächst im Hinblick auf § 3, demzufolge solche Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner des Klauselverwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Übersteigt die Software aber einen gewissen Preis und hebt sich der Vertragsabschluß damit vom Verkauf geringwertiger Massenware (Bagatellfälle) ab, muß das ausgeprägte Interesse des Softwarelieferanten an einer wirksamen Bekämpfung der Softwarepiraterie auch auf die begründete Kundenerwartung i. S. d. § 3 durchschlagen. In diesen Fällen liegt daher keine Unwirksamkeit nach § 3 vor.

Darüberhinaus ist das begründete Interesse an der Bekämpfung der Softwarepiraterie aber auch bei der Prüfung der Angemessenheit nach § 9 zu berücksichtigen. Ab einem **Verkaufspreis von etwa 100 DM** erscheint die Auferlegung des mit einer Mitteilung verbundenen zeitlichen und finanziellen Aufwands nicht mehr unangemessen. Aus diesem Grunde ist bei entsprechend teuren Computerprogrammen eine Klausel nicht zu beanstanden, derzufolge die Zulässigkeit der Weiterveräußerung an die Bedingung geknüpft ist, daß der Anwender den Namen und die Anschrift des neuen Anwenders (Käufers) mitteilen muß.⁷² Das Recht des Anwenders zur Weiterveräußerung der von ihm gekauften Computersoftware wird durch eine solche Vereinbarung nicht unangemessen eingeschränkt.

- 71 Wird ein Weiterveräußerungsverbot mit der Bedingung verknüpft, daß der Anwender die Computersoftware nur an eine Person weiterveräußert, die sich mit den Vertragsbedingungen des Softwarelieferanten einverstanden erklärt, so kann eine entsprechende Klauselgestaltung mit dem **Terminus der Verpflichtung zur „Weitergabe von vertraglichen Beschränkungen“** belegt werden.⁷³ Derartige Klauseln werden im Schrifttum für grundsätzlich zulässig erklärt.⁷⁴ Dem kann jedoch abermals nur für solche Produkte zugestimmt werden, die nicht dem Bereich der geringwertigen Massenware (Bagatellfälle) unterfallen, wobei die Grenze erneut bei etwa 100 DM zu ziehen ist. In diesen Fällen muß, dies wurde oben bereits ausgeführt, der Anwender mit besonderen Regelungen zum Schutze des Softwarelieferanten vor Raubkopierern rechnen. Die Einbeziehung in den Vertrag scheidet daher nicht an § 3 AGBG. Darüberhinaus muß die dem Anwender auferlegte Pflicht zur Aufbewahrung der Vertragsbedingungen als durch das Interesse des Softwarelieferanten gerechtfertigt bezeichnet werden, auch den neuen Anwender an seine AGB zu binden. Aus diesem Grunde liegt auch kein Verstoß gegen § 9 vor.

c) **Weitervermietungsvereinbarungen**

- 72 Die Zulässigkeit vertraglicher Weitervermietungsverbote war bislang heftig umstritten.⁷⁵ Durch die Urheberrechtsnovelle wurde zumindest im Hinblick auf die urheberrechtliche Rechtslage Klarheit geschaffen. Gem. § 69c Nr. 3 UrhG erschöpft sich das ausschließliche Recht des Programmurhebers, die Weitervermietung dieser Programmkopie zu verbieten, durch den Erstverkauf der Programmkopie nicht. Dem Rechtsinhaber

steht daher ein **umfassendes Verbotensrecht der Weitervermietung** zu, das er natürlich auch in einer vertraglichen Vereinbarung ausüben kann, so daß hinsichtlich der Zulässigkeit entsprechender Klauseln keine Zweifel bestehen.

Berücksichtigt werden muß jedoch, daß der Begriff der Vermietung im Sinne des § 69c Nr. 3 UrhG nur die Überlassung eines Computerprogramms zur **zeitweiligen Verwendung** und zu **Erwerbszwecken** erfaßt. Nicht betroffen ist daher der Weiterverleih eines Computerprogramms, sofern er keinen Erwerbszwecken dient, etwa bei öffentlichen Bibliotheken. Hier greift der Erschöpfungsgrundsatz weiterhin ein, sofern die Computersoftware dem Verleihenden auf Dauer überlassen würde und dementsprechend zunächst ein Veräußerungsgeschäft vorlag. Klauseln, die den keinen Erwerbszwecken dienenden Verleih von Computerprogrammen ausschließen sollen, sind daher unwirksam. Gleiches gilt auch für solche Klauseln, die ein Verbot der keinen Erwerbszwecken dienenden Softwarevermietung enthalten. Auch insoweit greift der Erschöpfungsgrundsatz der §§ 69c Nr. 3, 17 Abs. 2 UrhG ein, weshalb bei auf Dauer angelegten Softwareüberlassungsverträgen eine entsprechende Klausel gleich einem unbedingten Weiterveräußerungsverbot gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 verstößt und folglich **unwirksam** ist. Klauseln, die ein Weitervermietungsverbot aussprechen, sind daher terminologisch auf die Erwerbszwecken dienende Vermietung zu beschränken.

⁷¹ Zur Vereinbarung von Informationspflichten Marly/Rdn. 842ff.

⁷² Hoeren Rdn. 170.

⁷³ Ohne preisabhängige Beschränkung Hoeren Rdn. 170; Ulmer/Schubert Aul. §§ 9-11 Rdn. 279.

⁷⁴ Hoeren Rdn. 170; Ulmer/Schubert §§ 9-11 Rdn. 279.

⁷⁵ Vgl. Inerz ausführlich Marly Rdn. 716ff.

Fundstellenverzeichnis der zitierten BGH-Entscheidungen

Datum	Aktenzeichen	NJW *NJW-RR	WM	IPB *IPB	MDR: Sonstige	BGHZ
12. 1. 1952	I ZR 115/51	52, 663		52, 708		5, 116
11. 1. 1958	VII ZR 85/57			58, 284	58, 509	
3. 1. 1960	VIII ZR 1/59	60, 720		60, 306	60, 966	
11. 1. 1960	VIII ZR 9/60	61, 730		61, 228	61, 325	
11. 1. 1971	VII ZR 120/69			71, 677	61, 315	
11. 1. 1975	VIII ZR 101/73	75, 642		75, 394	75, 750	63, 382
7. 1. 1979	VIII ZR 305/77	79, 2148	79, 434	79, 698	JZ 75, 227 79, 6657	
28. 11. 1979	VIII ZR 317/78	80, 831	80, 130	80, 338	JZ 79, 401	
12. 1. 1981	I ZR 186/78	81, 1906		81, 643	80, 486	80, 101
9. 4. 1981	VR ZR 194/80	81, 1519	81, 681	81, 945	81, 637	
1. 6. 1981	VIII ZR 153/80	81, 2684	81, 954	81, 1856	82, 232	
5. 04. 1981	VIII ZR 259/80	82, 696	81, 1358	81, 3930	82, 4002	
7. 10. 1981	VIII ZR 229/80	82, 331	82, 9	82, 446	JZ 82, 67	82, 21
30. 6. 1982	VIII ZR 258/81	82, 2380	82, 1028	82, 2072	83, 127	
30. 1. 1983	VII ZR 105/81	83, 1322		83, 527	83, 480	86, 284
8. 3. 1984	VII ZR 349/82	84, 1750	84, 870	84, 1417	84, 7497	90, 273
12. 7. 1984	VII ZR 368/83	84, 2573	84, 1337	84, 1830	JZ 84, 754 85, 457	92, 123
26. 11. 1984	VIII ZR 214/83	85, 623	85, 127	85, 218	JZ 85, 135	
6. 1. 1984	VII ZR 127/83	85, 855	85, 199	85, 483	85, 837	93, 29
10. 1. 1985	VIII ZR 238/83	85, 1333	85, 518	85, 546	85, 1013	93, 338
14. 4. 1985	VIII ZR 165/84	85, 1547	85, 638	85, 1067	85, 757	94, 180
3. 7. 1985	VIII ZR 157/84	*86, 52	85, 1145	85, 2071	86, 59	
14. 9. 1985	VI ZR 4/84	86, 1610	86, 229	86, 1186	86, 1357	96, 18
12. 3. 1987	VII ZR 1/86	87, 1931	87, 652	87, 1121	JZ 86, 342 87, 6617	100, 157 JZ 87, 767
25. 3. 1987	VIII ZR 43/86	87, 2004	87, 818	87, 1277	87, 926	
28. 10. 1987	I ZR 161/85	*88, 829			88, 558	
9. 11. 1987	VIII ZR 311/86	88, 406		88, 201	88, 923v	102, 135
21. 12. 1987	II ZR 177/87	*88, 559	88, 246	88, 647	88, 559	
3. 3. 1988	X ZR 54/86	88, 1785	88, 666	*88, 1155	88, 529	103, 316
13. 7. 1989	VII ZR 89/87	89, 1602	89, 914	89, 1159	89, 6277	107, 75
5. 7. 1989	VIII ZR 134/88	89, 3227	89, 1574	*2163	90, 146	
18. 10. 1989	VIII ZR 325/88	90, 330	89, 1890		90, 2367	109, 97
24. 1. 1990	VIII ZR 92/89	90, 1290	90, 510	90, 510	JZ 90, 236 90, 5377	110, 130
31. 1. 1990	VIII ZR 314/88	90, 1106	90, 684	*90, 679	JZ 90, 972	
7. 3. 1990	VIII ZR 56/89	90, 9011	90, 987	*90, 1123	90, 617	110, 196
15. 5. 1990	X ZR 176/88	90, 3068	90, 1628			
4. 10. 1990	I ZR 150/89	91, 153			CR 91, 89	112, 264
16. 1. 1991	VIII ZR 335/89	91, 1233	91, 589	91, 496	91, 689	
5. 5. 1992	VI ZR 188/91	92, 2016	92, 1413	92, 1377	92, 8507	
					LM § 823 (Ac) BGB Nr. 55	
1. 10. 1992	V ZR 56/91	92, 3224	92, 168	92, 2210	92, 1123v	
					LM § 90 BGB Nr. 1	
4. 11. 1992	VIII ZR 165/91	93, 461	93, 111	*93, 421	93, 121	

Literaturhinweise (nur Monographien)

Bartsch, Michael (Hg.), Softwareüberlassung und Zivilprozeß. Köln 1991; Bömer, Roland, Die Pflichten im Computersoftwarevertrag. Darstellung der Besonderheiten im Vergleich zu den Vertragstypen des allgemeinen Zivilrechts, München 1988; Bövert, Bernd, Nießbrauch an Computerprogrammen. Zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz durch Vertragsgestaltung, Köln 1992; Braun/Jöckel/Schade: Computer-Kaufverträge, Berlin u. a. 1989; Braun, Bernd/Schwab, Hans-Jürgen: BVB für die Miete von EDV-Anlagen und Geräten (BVB-Miete), Berlin u. a. 1975; Bernd Braun/Rainer M. Jöckel/Hans Schade, Computer-Kaufverträge, Berlin (Erich Schmidt Verlag) 1989; Ellenberger, Martin H./Müller, Claus-Dieter, Zweckmäßige Gestaltung von Hardware-, Software- und Projektverträgen, 2. Aufl. Köln 1984; Eschenmann, A./Korb, U.-G., Der Computer-System-Vertrag, Praktiker-Handbuch zum Erwerb von EDV-Systemen, Augsburg 1986; Groß, Michael, Know-How-Lizenzvertrag, Heidelberger Musterverträge, Heidelberg 1991; ders., Lizenzvertrag Individualsoftware, Heidelberger Musterverträge, Heidelberg 1991; Habel, Oliver, Nutzungsrechte an Standardanwenderprogrammen, München 1989; Heussen/Seidel, Juristisches Controlling, Systemverantwortung und Vertragsgestaltung bei DV-Projekten, Köln 1989; Hoeren, Thomas, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989; Koch, Frank A., Computervertragsrecht, 3. Aufl. Freiburg 1988; ders., Zivilprozeßpraxis im EDV-Sachen, Köln 1988; ders., Muster-Vertrag, Software-Überlassungsvertrag, München 1986; König, Mark Michael, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991; Kölsch/Schmid/Schweigger (Hrsg.): Wirtschaftsgut Software, Stuttgart 1985; Lehmann, Michael (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen 2. Aufl. Köln 1993; Malzer, Hans Michael, Der Softwarevertrag, Köln 1991; Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, Band III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München 1993; Marly, Jochen, Softwareüberlassungsverträge, München 1991; Moritz, Hans-Werner/Tybussek, Barbara, Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. Aufl. München 1992; Müller, Claus-Dieter, Einführung in das EDV-Vertragsrecht, 1985, Müller-Hengstenberg, Claus Dieter, BVB-Computersoftware, 2. Aufl. 1989; Nicklisch, Rudolf (Hg.), Verträge über Computertechnik in Forschung, Verwaltung, Wirtschaft und Technik, Heidelberg 1989; Ohlen, Jürgen von, Die rechtliche Einordnung der Softwareüberlassungsverträge, Göttingen 1990; Pres, Andreas, Gestaltungsformen urheberrechtliche Softwarelizenzverträge, Köln 1994; Redeker, Helmut, Der EDV-Prozeß, München 1992; Ruppelt, Martin, Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990; Schneider, Jochen, Praxis des EDV-Rechts, Köln 1990; Schneider, Jörg, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, München 1988; Schricker, Gerhard (Hg.), Urheberrecht, München 1987; Sickingler, Mirko, Vertrieb von Standardsoftware, Köln 1993; von Westphalen, Friedrich/Craff/Seidel, Ulrich, Aktuelle Rechtsfragen der Software-Vertrags- und Rechtspraxis, 2. Aufl. 1988; Weyers, H.-L. (Hg.), Datenverarbeitungsprogramme als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Baden-Baden 1992; Zahn, Christoph, Datenverarbeitungsverträge – aus der Praxis für die Praxis, 2. Aufl. München 1981; ders., DV-Verträge, Rechtsprobleme – Einführung in die Vertragsgestaltung, München 1985; ders., DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Halbergmoos 1987; ders., DV-Verträge: Gestaltung durch den Anwender, Halbergmoos 1987; ders., DV-Rechtsprechung, Bd. 1: München 1983, Bd. 2: Halbergmoos 1987; ders., Vertragsrecht für Datenverarbeiter, 3. Aufl. Heidelberg 1996.