

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXV
Literaturübersicht .....	XXXI

### Teil A. Technische, terminologische und vertragsrechtliche Grundlagen

#### I. Definition der Computersoftware

1. Die Computerhardware .....	1
2. Die Computersoftware .....	3
3. Juristische und informationswissenschaftliche Definition der Computersoftware .....	4
4. Die verschiedenen Formen der Computerprogramme .....	7
a) Befehle und Programme .....	7
b) Die für das Programm verwendeten Programmiersprachen .....	7
aa) Maschinorientierte Programmiersprachen .....	7
bb) Problemorientierte Programmiersprachen .....	8
5. Die Abgrenzung der Computerprogramme von reinen Daten .....	9
6. Computerprogramm und Algorithmus .....	10

#### II. Die Rechtsnatur der Softwareüberlassungsverträge

1. Die Interessen der Vertragsparteien und der Zweck der Softwareüberlassung .....	15
2. Die bisherigen Untergliederungen der Überlassungsverträge in selbständige Kategorien .....	18
a) Die Einteilung nach dem Kreis der Anwender .....	19
b) Die Einteilung nach der Überlassungszeit .....	20
c) Die Einordnungen bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	21
aa) Individualsoftware .....	21
(1) Die Bestimmung des Vertragstyps nach altem Recht .....	21
(2) Die Bestimmung des Vertragstyps nach neuem Recht .....	26
(3) Das Sonderproblem der Quellcodeherausgabe .....	32
(4) Die weitere Programmverwertung .....	34
bb) Standardsoftware .....	34
(1) Die die Sachqualität befürwortenden Stellungnahmen .....	34
(2) Mischformen .....	36
(3) Die die Sachqualität verneinenden Stellungnahmen.....	37
(a) Die Überlassung im Rahmen eines Lizenzvertrags .....	38
(b) Exkurs: Inhalt, Rechtsnatur und anwendbare gesetzliche Regelungen bei Lizenzverträgen .....	39
(c) Standardsoftware und Lizenzvertrag .....	40

(d) Die Einordnung als Know-how-Lizenzvertrag .....	40
(e) Die Einordnung als Lizenzvertrag über eine „gestaltete Idee“ mit wechselndem gewährleistungsrechtlichen Kern .....	44
(f) Die Einordnung als Vertrag sui generis .....	45
3. Ausgewählte Vorfragen zur vertragstypologischen Einordnung der Softwareüberlassungsverträge .....	45
a) Computerprogramme als Sache gem. § 90 BGB .....	46
aa) Gedruckte Programm listings .....	46
bb) Computerprogramme auf Disketten, Magnetplatten, Magnetbändern, CDs, DVDs und anderen körperlichen Gegenständen .....	48
cc) „Unkörperliche“ Programmüberlassungen .....	52
dd) Software als „sonstiger Gegenstand“ .....	55
ee) Ergebnis .....	57
b) Die Unbeachtlichkeit der Urheberrechtsfähigkeit von Computersoftware für die vertragstypologische Einordnung .....	57
c) Die Auswirkungen der Urheberrechtsfähigkeit auf die Ausgestaltung der Softwareüberlassungsverträge .....	59
d) Exkurs I: Wann ist Software urheberrechtlich geschützt? .....	60
aa) Die Entwicklung des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme im historischen Abriß .....	63
bb) Beurteilungskriterien zur Urheberrechtsschutzfähigkeit eines Computerprogramms .....	65
cc) Geschützte und ungeschützte Elemente .....	70
e) Exkurs II: Wann ist Software patentrechtlich schützbar? .....	72
f) Softwarekopien im Blickwinkel urheberrechtlicher Vielfältigkeiten .....	78
aa) Das Laden in den Arbeitsspeicher .....	81
bb) Der eigentliche Programmlauf .....	92
4. Konsequenzen der gefundenen Ergebnisse für die vertragstypologische Einordnung bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	94
5. Die Einordnungen bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	98
6. Softwareüberlassung und die Vorschriften über Finanzierungshilfen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher .....	99

## Teil B. Sondererscheinungen der Softwareüberlassung

### I. Besonderheiten beim Softwareleasing

1. Die verschiedenen Erscheinungsformen des Softwareleasings .....	102
a) Finanzierungsleasing .....	102
b) Operating-Leasing .....	103
c) Mietkauf .....	104
2. Softwareleasing und die Vorschriften über Finanzierungshilfen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher .....	105
3. Die Zurechnung des Lieferantenverhaltens .....	106
a) Das Verhalten während der Vertragsverhandlungen .....	106
b) Das Verhalten während der Vertragserfüllung .....	107
4. Die Überwälzung der Sach- und Preisgefahr .....	109
5. Probleme mit der Übernahmebestätigung .....	110

6. Mängelhaftung beim Softwareleasing .....	112
a) Mängelhaftung beim Finanzierungsleasing .....	112
b) Mängelhaftung beim Operating-Leasing .....	115
7. Das Ende des Vertragsverhältnisses .....	116
a) Die Kündigung .....	116
b) Die Vereinbarung einer Verfallklausel .....	117
c) Abschlußzahlungen bei Teilamortisationsverträgen .....	118
d) Rückgabe und/oder Lösungsvereinbarungen .....	120
8. Die Koppelung von Hard- und Software beim Leasing .....	121

## II. Softwareüberlassung mittels Telekommunikation, insbesondere das Internet

1. Die verschiedenen Wege der Softwareüberlassung mittels Telekommunikation .....	123
a) Vertragsschluß ohne Einsatz von Telekommunikationsmitteln .....	124
b) Vertragsschluß unter Einsatz von Telekommunikationsmitteln .....	124
2. Der Vertragsschluß im elektronischen Geschäftsverkehr .....	125
3. Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	127
a) Der ausdrückliche Hinweis gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	128
b) Die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	129
4. Die Einhaltung von Formvorschriften .....	132
5. Die Sonderregelungen über besondere Vertriebsformen gem. §§ 312 ff. BGB .....	133
a) Die Informationspflichten .....	134
b) Das Widerrufs- und Rückgaberecht und sein Ausschluß .....	137

## III. Gekoppelte Hard- und Softwareverträge

1. Unterscheidung zwischen Koppelungen zur Absatzförderung und mangelhaftungsrechtlichen Koppelungen .....	139
2. Kartellrechtliche und wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Koppelung zur Absatzförderung .....	140
a) Das Koppelungsverbot nach Art. 81 EGV .....	141
b) Koppelungsverbote nach deutschem Recht .....	141
3. Hard- und Software als einheitlicher Vertragsgegenstand .....	142
a) Ein einheitlicher Vertrag über Hard- und Software .....	143
aa) Einheitlichkeit des Vertragsgegenstandes nach § 93 BGB .....	146
bb) Als zusammengehörend gelieferte Hard- und Software .....	147
cc) Das Sonderproblem der abweichenden Verjährungen .....	152
b) Getrennte Verträge über Hard- und Software bei identischem Lieferanten .....	154
aa) Einheitliches Rechtsgeschäft trotz getrennter Vertragsurkunden .....	154
bb) Selbständige Rechtsgeschäfte .....	154
c) Verträge mit unterschiedlichen Vertragspartnern .....	155

## IV. Verträge über Freeware und Shareware

1. Terminologie dieser Sonderformen der Softwareüberlassung .....	158
2. Freeware .....	158
a) Gründe des Freeware-Herstellers (Public Domain-Softwareherstellers) für den Verzicht auf ein Nutzungsentgelt .....	159

b) Freeware und Urheberrecht .....	161
c) Der Vertrag zwischen Freeware-Händler und Anwender .....	164
aa) Die Rechtsnatur der „klassischen“ Freeware-Verträge .....	165
bb) Nebenpflichten dieses Vertragstyps .....	168
cc) Das Sonderproblem der Virenverseuchung .....	168
dd) Transportschäden .....	170
d) Der Bezug von Freeware via Internet .....	170
e) Die Weitergabe der Freeware durch Private.....	173
3. Shareware .....	174
a) Zielsetzung des Shareware-Konzepts .....	174
b) Vertragstypologische Einordnung .....	177
aa) Die Einordnung als Kauf auf Probe zugunsten Dritter gem. §§ 454 Abs. 1 S. 1 i. V. m. 328 Abs. 1 BGB .....	177
bb) Schwächen der oben dargestellten Einordnung .....	179
cc) Die Einordnung als reiner Kaufvertrag i. S. d. § 433 BGB .....	181
dd) Getrennte Verträge zwischen Anwender, Händler und Programm- autor .....	182
c) Auswirkungen der vertragstypologischen Einordnung auf den Bezug von Shareware mittels Telekommunikation und von privaten Anwen- dern .....	183
d) Shareware und Urheberrecht .....	183
e) Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sharewareautoren.....	185

## V. Verträge über Open Source Software

1. Terminologie und tatsächlicher Hintergrund .....	186
2. Open Source Software und Urheberrecht .....	190
a) Die Anwendbarkeit des deutschen UrhG .....	190
b) Die Urheberschaft/Rechtsinhaberschaft an der Open Source Soft- ware .....	191
aa) Exkurs: Die Urheberschaft/Rechtsinhaberschaft bei proprietärer Software .....	191
(1) Programmschöpfungen in Arbeits- und Dienstverhältnissen .....	191
(2) Programmerstellung durch freie Mitarbeiter .....	192
(3) Programmerstellung im Team .....	192
(4) Die Implementierung fremder Programmteile .....	193
bb) Die Besonderheiten bei Open Source Software .....	193
(1) Das Bearbeiterurheberrecht gem. § 3 UrhG .....	194
(2) Die Miturheberschaft gem. § 8 UrhG .....	195
(3) Die Werkverbindungen gem. § 9 UrhG .....	196
c) Die Einräumung von Nutzungsrechten und deren Beschränkungen .....	196
3. Der Vertrag zwischen Überlassendem und Anwender .....	198
4. Der Vertrag zwischen Programmautor und Anwender .....	199
5. Einzelne Vorschriften der GPL .....	201
a) Urheberrechtsrelevante Vorschriften .....	201
aa) Das Vervielfältigungsrecht .....	201
bb) Das Recht zur Umarbeitung .....	201
cc) Das Recht zur Verbreitung .....	202
b) Haftungs- und Mängelhaftungsklauseln .....	205

**VI. Das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F.**

1. Anwendungsbereich und tatbestandliche Voraussetzungen .....	207
2. Die Voraussetzungen des § 18 GWB a. F. ....	208
3. Beschränkungen nach §§ 16, 20 und 21 GWB a. F. ....	210
4. Weitere Voraussetzung und Rechtsfolgen des § 34 GWB a. F. ....	211

**VII. Schutzhüllenverträge und sonstige Sonderformen des Vertragsschlusses**

1. Die verschiedenen Erscheinungsformen .....	214
2. Sonderfall: Überlassungsvertrag zwischen Softwarehersteller und Anwender .....	217
3. Vertragsverhältnisse bei Zwischenschaltung eines Softwarehändlers .....	218
a) Vertragsschluß durch schlüssiges Verhalten bei Schutzhüllen und Gebrauchsverträgen .....	221
b) Rechtsfolgen beim Scheitern direkter Vertragsbeziehungen .....	225

**VIII. Grenzüberschreitende Softwareüberlassungen**

1. Grenzüberschreitende Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht .....	230
a) Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen .....	230
b) Vertragsschluß .....	232
c) Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbeziehungen .....	233
d) Primärpflichten der Vertragsparteien .....	233
e) Rechte der Vertragsparteien .....	234
f) Der Schadensersatzanspruch .....	236
2. Grenzüberschreitende Softwareüberlassung ohne Anwendung des UN-Kaufrechts .....	236

**IX. Verträge über die Pflege von Computersoftware**

1. Leistungsgegenstand und terminologische Abgrenzung .....	238
2. Vertragsrechtliche Einordnung .....	241
3. Die Verpflichtung zum Abschluß eines Pflegevertrags .....	244
a) Vertraglicher Abschlußzwang .....	244
b) Außervertraglicher Abschlußzwang .....	245
4. Kollision eines Pflegevertrags mit Mängelhaftungsvorschriften .....	246
5. Vertragsbeendigung und Vertragsübernahme .....	247
a) Die Vertragslaufzeit .....	248
b) Die Kündigung .....	249
c) Die Vertragsübernahme durch Dritte .....	250
6. Weitere Einzelfragen .....	251

**X. Vertriebsverträge**

1. Erscheinungsformen und Rechtsnatur eines Vertriebsvertrags .....	252
2. Besondere zu berücksichtigende Vorschriften .....	254
a) Anwendbarkeit der Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	254
b) Die Anwendbarkeit des GWB sowie der Art. 81, 82 EGV .....	254

c) Urheberrechtliche Aspekte insbesondere bei OEM-Verträgen und vergleichbaren Verträgen .....	255
3. Probleme der Vereinbarung einer Mindestabnahmepflicht .....	258
a) Die Begründung einer Mindestabnahmepflicht .....	258
b) Die Nichterfüllung der Mindestabnahmepflicht .....	258
4. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses .....	260

### **XI. Application Service Providing**

1. Erscheinungsformen und tatsächlicher Hintergrund .....	262
2. ASP und Urheberrecht .....	263
a) Die Programmnutzung durch den Anwender .....	264
b) Die Programmverwertung durch den Anbieter .....	265
aa) Die Vervielfältigung .....	265
bb) Die Vermietung .....	265
cc) Die öffentliche Zugänglichmachung .....	265
3. Der Vertrag zwischen Anbieter und Anwender .....	267
4. Die Beteiligung Dritter .....	269
5. Datenschutzrechtliche Probleme .....	269
6. Besondere Formen der Streitschlichtung .....	270

### **Teil C. Das Recht der Leistungsstörungen**

#### **I. Allgemeines zu Leistungsstörungen bei Computersoftware**

1. Die Frage nach dem anwendbaren Mängelhaftungsrecht .....	274
2. Anpassung des Mängelrechts an die Besonderheiten der Computersoftware? .....	275
a) Die Forderung nach einer Anpassung des kaufvertraglichen Mängelrechts .....	275
b) Die Forderung nach einer Anpassung des mietvertraglichen Mängelrechts .....	278
c) Stellungnahme .....	278

#### **II. Leistungsstörungen bei der Softwareüberlassung auf Dauer**

1. Vorvertragliche Pflichtverletzungen .....	280
a) Das Verhältnis zwischen culpa in contrahendo und Mängelhaftungsansprüchen .....	281
b) Der Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflichten des Softwarelieferanten .....	284
aa) Die Pflicht des Verkäufers zu eigeninitiativer Aufklärung .....	285
bb) Die Pflicht zur erbetenen Beratung .....	287
(1) Der Abschluß eines selbständigen Beratungsvertrages .....	287
(2) Die aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis herzuleitenden Beratungspflichten .....	289
cc) Einzelfälle aus der Rechtsprechung .....	290
c) Rechtsfolgen einer Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht ...	300
aa) Haftungsumfang .....	300
bb) Verjährung .....	301
cc) Fragen zur Beweislast .....	301

2. Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit .....	302
a) Das Recht der Unmöglichkeit vor der Schuldrechtsreform .....	302
b) Das neue Unmöglichkeitsrecht .....	304
aa) Die Formen der Unmöglichkeit .....	304
bb) Die Rechtsfolgen einer Unmöglichkeit .....	306
(1) Die primäre Leistungspflicht .....	306
(2) Die Sekundärrechte des Gläubigers .....	307
3. Verzug .....	309
a) Der Verzug des Softwarelieferanten .....	309
b) Der Verzug des Anwenders .....	313
4. Sonstige Pflichtverletzungen .....	314
a) Allgemeines .....	314
b) Die Pflichtverletzung durch Schlechtleistung .....	316
c) Die Verletzung von Nebenpflichten .....	318
aa) Leistungstreuepflichten .....	319
bb) Schutzpflichten .....	319
cc) Mitwirkungspflichten .....	320
dd) Auskunft- und Beratungs- sowie Schulungspflichten .....	321
ee) Weitere Nebenpflichten .....	322
d) Rechtsfolgen einer sonstigen Pflichtverletzung .....	323
e) Verjährung der Ansprüche wegen einer sonstigen Pflichtverletzung .....	324
5. Kaufvertragliche Mängelhaftung .....	324
a) Die Mängelrechte des Käufers im Überblick .....	325
b) Der Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 439, 437 Nr. 1 BGB .....	326
c) Das Recht zum Rücktritt gem. §§ 440, 437 Nr. 2 1. Alt. BGB .....	328
d) Das Recht zur Minderung gem. §§ 441, 437 Nr. 2 2. Alt. BGB .....	330
e) Das Recht auf Schadensersatz gem. §§ 440, 280, 281, 283, 311 a, 437 Nr. 3 1. Alt. BGB .....	331
f) Das Recht auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. §§ 284, 437 Nr. 3 2. Alt. BGB .....	332
g) Der Ausschluß der Mängelhaftung gem. § 442 BGB .....	332
h) Die Verjährung der Mängelansprüche gem. § 438 BGB .....	333
i) Die Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufs gem. §§ 474 ff. BGB .....	335
aa) Allgemeines .....	335
bb) Die Gefahrtragung .....	336
cc) Die Einschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit gem. § 475 BGB .....	336
dd) Die Beweislastumkehr gem. § 476 BGB .....	337
ee) Die Sonderbestimmungen für Garantien in § 477 BGB .....	337
ff) Der Regreß des Verkäufers gem. §§ 478, 479 BGB .....	337

### III. Leistungsstörungen bei der Softwareüberlassung auf Zeit

1. Die Pflichten aus dem Mietverhältnis .....	340
a) Die Pflichten des Softwarevermieters .....	340
b) Die Pflichten des Softwaremieters .....	341
2. Inhalt und Grenzen des mieterlichen Gebrauchsrechts .....	344
3. Die Rechte des Mieters bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Vermieter- pflichten .....	344
a) Die Vorenthaltung oder der Entzug des Gebrauchs .....	344

b) Mängel der Mietsache .....	345
c) Die Verletzung von Nebenpflichten .....	347
4. Die Rechte des Vermieters bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Mieterpflichten .....	348
a) Die Zahlungspflichtverletzung .....	348
b) Überschreitungen des vertragsgemäßen Gebrauchs .....	348
c) Die Verletzung der Rückgabe- oder Löschungspflicht .....	349
d) Die Verletzung sonstiger Nebenpflichten, insbesondere der Obhutspflicht .....	350

#### IV. Leistungsstörungen bei der Herstellung und Überlassung von Individualsoftware

1. Vertragsrechtliche Einordnung und grundsätzliche Probleme .....	352
a) Allgemeines .....	352
b) Probleme infolge unzulänglicher Softwarespezifikation .....	352
2. Vorvertragliche Pflichtverletzungen .....	355
3. Die Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Softwarehersteller .....	357
a) Rechtsmängel .....	357
b) Sachmängel .....	357
aa) Die Pflicht zur mangelfreien Herstellung .....	357
(1) Der Erfüllungsanspruch bis zur Abnahme .....	358
(2) Der Nacherfüllungsanspruch nach der Abnahme .....	358
bb) Rücktritt und Minderung .....	360
cc) Schadensersatz .....	361
(1) Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs .....	361
(2) Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs .....	362
4. Die Verjährung der Mängelansprüche .....	363
5. Die verspätete Herstellung des Werkes .....	364
6. Ansprüche wegen sonstigen Pflichtverletzungen des Softwareherstellers .....	366
7. Pflichtverletzungen des Anwenders .....	367
a) Die Nichterfüllung der Abnahmepflicht .....	367
b) Die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten .....	370
8. Vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses .....	371
a) Die Kündigung des Bestellers .....	371
b) Die Kündigung des Softwareherstellers .....	372
9. Änderungen der vereinbarten Leistungen .....	372

#### V. Mängel der Computersoftware

1. Die Diskussion über den Einfluß des Fehlerbegriffs der Informatik auf das Sachmängelrecht .....	375
2. Die Bedeutung der nicht zu verhindernden Fehlerhaftigkeit von Computersoftware .....	376
3. Der kauf- und werkvertragliche Softwaremangel .....	378
a) Die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit .....	379
b) Die Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung .....	380
c) Die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und die übliche Beschaffenheit .....	380
d) Aussagen in der Werbung .....	382



e) Die unsachgemäße Montage gem. § 434 Abs. 2 S. 1 BGB .....	382
f) Die mangelhafte Montageanleitung nach § 434 Abs. 2 S. 2 BGB .....	382
g) Die Falschlieferrung und die Lieferung einer Mindermenge gem. §§ 434 Abs. 3, 633 Abs. 2 S. 3 BGB .....	383
4. Der mietvertragliche Sachmangel .....	383
a) Die Abweichung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch gem. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB .....	384
b) Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gem. § 536 Abs. 2 BGB .....	384
aa) Die Zusicherungserklärung .....	384
bb) Die Abgrenzung von der bloßen Beschaffenheitsangabe .....	386
(1) Werbung und Zusicherung von Eigenschaften .....	386
(2) Die Verwendung von Güte- und sonstigen qualitätsbezogenen Kennzeichen .....	387
5. Rechtsmängel .....	388
6. Unerhebliche Mängel .....	388
7. Fragen der Beweislast .....	390

**VI. Typische Softwaremängel**

1. Funktionsmängel .....	393
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	393
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	394
2. Funktionsdefizite .....	397
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	397
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	397
3. Inkompatibilität .....	400
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	400
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	400
4. Kapazitätsmängel .....	402
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	402
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	402
5. Geringe Rechengeschwindigkeit .....	403
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	403
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	404
6. Virenverseuchte Software .....	405
a) Beschreibung der Computerviren und ähnlicher Sabotageprogramme ..	405
b) Sabotageprogramme und Sachmängelhaftung .....	406
c) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	407
7. Vorkehrungen zur Verhinderung unberechtigter Programmnutzung .....	407
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	407
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	410
8. Fehlende Bedienerfreundlichkeit .....	411
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	411
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	412
9. Unzureichende Dokumentation .....	413
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	414
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	419
10. Fehlende Robustheit gegenüber Bedienungsfehlern .....	421
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	421
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	422

11. Fehlende Pflege- und Migrationsfreundlichkeit .....	423
12. Fehler beim Entwurf der Software .....	423
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	423
b) Einzelbeispiel aus der Rechtsprechung .....	423
13. Sonstige Mängel .....	424

## Teil D. Softwarespezifische Vertragsbestandteile

### I. Die Vervielfältigungsverbote

1. Der Begriff der Vervielfältigung und das Erfordernis der Zustimmung gem. §§ 69c Nr. 1, 69d Abs. 1 UrhG .....	430
2. Das Zustimmungserfordernis als Problemlösungsansatz .....	430
3. Die Herstellung der verschiedenartigen Vervielfältigungen von Computer- software und die jeweilige Zustimmung des Urheberrechtinhabers .....	431
a) Notwendige Vervielfältigungen in den Arbeitsspeicher und auf Mas- senspeicher .....	431
b) Nicht notwendige, sondern lediglich gebotene Vervielfältigungen .....	435
aa) Das Vorhandensein einer ausdrücklichen vertraglichen Kopierer- laubnis .....	435
bb) Das Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung .....	436
cc) Vertragliches Kopierverbot und Kopierschutz .....	438
4. Die Anfertigung überzähliger Vervielfältigungsstücke .....	442
5. Kopierverbote bei urheberrechtlich nicht geschützter Computersoftware ...	443
6. Kopierverbote für Benutzerhandbücher .....	444
a) Urheberrechtliche Aspekte .....	444
b) Vertragsrechtliche Aspekte .....	445

### II. Die Weitergabeverbote

1. Weiterveräußerungsverbote .....	446
a) Verfügungsunterlassungsregelungen und das UrhG .....	449
b) Vertraglich vereinbarte Weiterveräußerungsverbote .....	451
aa) Weiterveräußerungsverbote und § 305c Abs. 1 BGB .....	453
bb) Die Kontrollfähigkeit nach § 307 Abs. 3 BGB .....	454
cc) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	455
dd) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	457
ee) Die Rechtfertigung der grundsätzlich unwirksamen Weiterveräuße- rungsverbote durch besondere Interessen des Softwareherstellers ....	459
ff) Bedingte Weiterveräußerungsverbote .....	461
2. Weitervermietungsverbote .....	464
a) Weitervermietungsregelungen und das UrhG .....	466
b) Vertraglich vereinbarte Weitervermietungsverbote .....	469
aa) Das Verbot der Erwerbszwecken dienenden Vermietung .....	469
bb) Das Verbot der keinen Erwerbszwecken dienenden Vermietung .....	469
cc) Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB .....	469
c) Weitervermietungsverbote in zeitlich befristeten Softwareüberlassungs- verträgen .....	471
3. Verleihverbote .....	472
4. Sonstige Gebrauchsüberlassungsverbote .....	474

**III. Das Verbot der Nutzung auf verschiedenen Computern**

1. Systemvereinbarungen und das UrhG .....	477
a) Die bisher vertretenen Auffassungen .....	477
b) Kritik .....	478
c) Typenbezogene Systemvereinbarungen .....	481
2. Die schuldrechtliche Wirkung der Systemvereinbarungen .....	482
a) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB .....	483
b) Die Rechtfertigung der grundsätzlich unwirksamen Systemvereinbarungen durch besondere Interessen des Softwareherstellers .....	483
c) Systemvereinbarungen bei zeitlich befristeten Softwareüberlassungsverträgen .....	486

**IV. Das Verbot der Nutzung im Netzwerk und der Mehrfachnutzung**

1. Technischer Hintergrund dieses Klauseltyps .....	489
a) Die verschiedenen Mehrplatzsysteme .....	490
b) Die Netzwerkfähigkeit von Computersoftware .....	491
2. Die Interessen der Softwarehersteller .....	492
3. Der Einsatz von Software im Netzwerk und das UrhG .....	493
a) Die beim Netzwerkeinsatz anfallenden Vervielfältigungen unter technischen Gesichtspunkten .....	493
b) Der urheberrechtliche Vervielfältigungsbegriff und das Erfordernis der Zustimmung gem. § 69 c Nr. 1 UrhG .....	494
aa) Das Vorhandensein einer ausdrücklichen Netzwerkerlaubnis .....	495
bb) Das Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung .....	496
cc) Vertragliche Netzwerkverbote und technische Schutzmechanismen ..	498
4. Netzwerkverbote bei urheberrechtlich nicht geschützter Software .....	499
5. Preisgebundene Netzwerkklauseln .....	500

**V. Die verschiedenen Programmänderungsverbote**

1. Technischer Hintergrund .....	503
a) Die einzelnen Phasen der Softwareherstellung .....	504
b) Die Möglichkeiten der Rückwärtsentwicklung von Computersoftware ..	504
c) Die Interessen der Softwarehersteller .....	506
d) Die Interessen der Softwareanwender .....	507
2. Die urheberrechtliche Beurteilung .....	508
a) Die Dekompilierungsvorschrift des § 69 e UrhG .....	509
b) Programmänderungen ohne Dekompilierung .....	512
aa) Die Regelung des § 69 c Nr. 2 UrhG .....	513
bb) Die von § 69 c Nr. 2 UrhG erfaßten Handlungen .....	515
(1) Die Übersetzungen .....	515
(2) Die Bearbeitungen .....	516
cc) Die Bearbeiterurheberrechte .....	516
c) Die Regelung des § 69 d Abs. 1 UrhG .....	516
aa) Das Fehlen besonderer vertraglicher Bestimmungen .....	517
(1) Bearbeitungen und Umgestaltungen gem. § 23 UrhG .....	518
(2) Änderungen des Werkes gem. § 39 UrhG .....	519
bb) Die vertragliche Festlegung der bestimmungsgemäßen Programm-nutzung .....	519

3. Die Wirksamkeit vertraglicher Programmänderungsverbote .....	521
a) Die Vereinbarkeit mit den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	521
b) Die Vereinbarkeit der Programmänderungsverbote mit dem EG-Vertrag .....	526
aa) Das Verbot wettbewerbshindernder Vereinbarungen und Beschlüsse nach Art. 81 EGV .....	526
bb) Das Mißbrauchsverbot einer den Markt beherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV .....	527
4. Die Entfernung von Urhebervermerken .....	527

#### VI. Aktivierungs- und Registrierungspflichten

1. Tatsächlicher Hintergrund .....	528
a) Die Interessen der Softwarehersteller .....	528
b) Die Technik der Softwareaktivierung .....	529
2. Urheberrechtliche Probleme der Softwareaktivierung .....	531
3. Vertragsrechtliche Probleme der Softwareaktivierung .....	533
a) AGB-rechtliche Probleme .....	533
b) Rechtsfolgen des Aktivierungserfordernisses .....	536
aa) Die Zwangsaktivierung als Mangel .....	536
bb) Die Selbstvornahme der Sperrenbeseitigung .....	537
4. Deliktische Verantwortlichkeit des Herstellers .....	537
5. Weitere rechtliche Probleme .....	538

VII. Schutzrechtsklauseln .....	539
---------------------------------	-----

VIII. Kontroll- und Besichtigungsrechte .....	541
---	-----

IX. Die Vereinbarung von Informationspflichten .....	543
--	-----

#### X. Konkurrenzverbote

1. Erscheinung und wirtschaftliche Relevanz .....	546
2. Vertragsrechtliche Zulässigkeit .....	547
3. Kartellrechtliche Schranken .....	549

XI. Hinterlegungsvereinbarungen .....	549
---------------------------------------	-----

### Teil E. Nicht speziell softwarespezifische, aber häufig auftretende Probleme und vielfach verwendete vertragliche Regelungen

#### I. Mängelhaftungsklauseln

1. Die Inhaltskontrolle bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	559
a) Der Verbraucherverkehr .....	559
b) Der Unternehmensverkehr .....	562
2. Die Inhaltskontrolle bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	563
a) Der Verbraucherverkehr .....	563
b) Der Unternehmensverkehr .....	564
3. Kostenklauseln .....	564

**II. Schadensersatzklauseln**

1. Einführung .....	568
2. Exkurs: Abriß über die außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme .....	569
a) Die Haftung nach dem ProdHG .....	571
aa) Computerprogramme als Produkt gem. § 2 ProdHG .....	571
bb) Fehler eines Produkts gem. § 3 ProdHG .....	572
cc) Die Rechtsfolgen nach dem ProdHG .....	574
b) Die Haftung nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung .....	575
c) Die wichtigsten Abweichungen zwischen Produkt- und Produzentenhaftung im Überblick .....	577
3. Besondere Anforderungen an die transparente Vertragsgestaltung .....	577
4. Schadensersatzklauseln bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	579
a) Klauseln zur verschuldensunabhängigen Haftung .....	579
aa) Schadensersatzklauseln und das Fehlen der garantierten Beschaffenheit .....	579
(1) Der Verbraucherverkehr .....	579
(2) Der Unternehmensverkehr .....	580
bb) Schadensersatzklauseln zur Produkthaftung .....	580
b) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung .....	580
aa) Der Verbraucherverkehr .....	581
(1) Das Klauselverbot gem. § 309 Nr. 7 a) BGB .....	581
(2) Das Klauselverbot gem. § 309 Nr. 7 b) BGB .....	582
(3) Haftungsklauseln für leichte Fahrlässigkeit .....	583
bb) Der Unternehmensverkehr .....	587
5. Schadensersatzklauseln bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	588
a) Klauseln zur verschuldensunabhängigen Haftung .....	588
aa) Der Verbraucherverkehr .....	588
bb) Der Unternehmensverkehr .....	589
b) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung .....	589
6. Sonderprobleme bei pauschalisierten Schadensersatzansprüchen des Softwarelieferanten .....	590
a) Allgemeines .....	590
b) Das Verbot überhöhter Pauschalen gem. § 309 Nr. 5 a) BGB .....	591
c) Das Verbot des Abschneidens des Gegenbeweises gem. § 309 Nr. 5 b) BGB. ....	592
d) Besonderheiten im Unternehmensverkehr .....	592
7. Die Folgen der Unwirksamkeit von Haftungsklauseln .....	593

**III. Mängelrügepflichten und Ausschlußfristen für Mängelanzeigen**

1. Vertraglicher Anwendungsbereich und Zweck derartiger Regelungen .....	595
2. Mängelrügepflichten bei beidseitigem Handelsgeschäft .....	597
3. Vertragliche Mängelanzeigepflichten unter Kaufleuten .....	600
a) Verschärfungen gegenüber § 377 HGB .....	600
b) Erleichterungen gegenüber § 377 HGB bei Einkaufsbedingungen .....	602
4. Ausschlußfristen für Mängelanzeigen im Verbraucherverkehr .....	603
5. Sonderproblem: Rügepflichten beim Softwareleasing .....	606
a) Die Abtretung der Mängelhaftungsansprüche im Dreiecksverhältnis zwischen Leasinggeber, Leasingnehmer und Lieferanten .....	606

b) Das Problem der Einbeziehung in den Vertrag .....	608
aa) Die Einbeziehung im Unternehmensverkehr .....	608
bb) Die Einbeziehung im Verbraucherverkehr .....	608
c) Die Rügeobliegenheiten des Leasingnehmers .....	609
<b>IV. Abnahme- und Mängelfreiheitsbestätigungen sowie andere Tatsachenbestätigungen</b>	
1. Tatsachenbestätigungen im Verbraucherverkehr .....	611
2. Tatsachenbestätigungen im Unternehmensverkehr .....	613
<b>V. Das Sprachenproblem und die Verwendung von Fachtermini bei Softwareüberlassungsverträgen</b>	
1. Der Hinweis nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	615
2. Die zumutbare Kenntnisnahme gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	616
3. Besonderheiten im Unternehmensverkehr .....	617
<b>VI. Hinweis-, Kenntnisnahme- und Einverständnisklauseln</b>	
1. Zielsetzung dieses Klauseltyps .....	619
2. Die Verwendung im Verbraucherverkehr .....	620
a) Hinweisklauseln .....	621
aa) Das Hinweiserfordernis nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	621
bb) Hinweisbestätigungen und § 309 Nr. 12 b) BGB .....	622
b) Kenntnisnahmeklauseln .....	623
aa) Die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	623
bb) Bestätigungen zumutbarer Kenntnisnahme .....	626
c) Das Einverständnis des Kunden .....	627
3. Die Verwendung im Unternehmensverkehr .....	628
a) Die Nichtanwendbarkeit des § 305 Abs. 2 BGB .....	628
b) Die Voraussetzungen für eine rechtsgeschäftliche Einbeziehung .....	629
c) Besonderheiten beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben .....	630
aa) Allgemeines zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben .....	630
bb) Die nachträgliche Aufnahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben .....	631
4. Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	632
a) Das Zustandekommen des Vertrages .....	632
b) Der jeweilige Vertragsinhalt .....	633
aa) Übereinstimmende Klauseln .....	634
bb) Sich widersprechende Klauseln .....	634
cc) Einseitige Regelungen .....	634
dd) Der Sonderfall der Eigentumsvorbehaltsklauseln .....	635
<b>VII. Schriftformklauseln</b>	
1. Der Inhalt der einzelnen Klauseltypen .....	637
2. Die Wirksamkeit der individualvertraglich vereinbarten Schriftform .....	637
3. Schriftformklauseln in Formularverträgen .....	638

**VIII. Geheimhaltungsklauseln**

1. Die Interessen der Vertragsparteien .....	641
2. Die zu regelnden Fragen .....	641
3. Rechtliche Probleme .....	642

**IX. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe**

1. Allgemeines .....	643
a) Der Zweck von Vertragsstrafen .....	644
b) Abgrenzung zu ähnlichen Erscheinungen .....	645
2. Vertragsstrafen im Verbraucherverkehr .....	645
a) Fallgruppen unzulässiger Vertragsstrafen .....	645
b) Vertragsstrafen des Klauselverwenders .....	647
3. Vertragsstrafen im Unternehmensverkehr .....	647

**X. Rechtswahlklauseln**

1. Die Vereinbarung deutschen Rechts .....	650
2. Die Vereinbarung ausländischen Rechts .....	650
3. Die Anwendung der Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB trotz der Vereinbarung ausländischen Rechts .....	651

**XI. Gerichtsstandsklauseln**

1. Zivilprozessuale Prorogationsverbote .....	655
a) Gerichtsstandsvereinbarungen vor Klageerhebung .....	655
b) Gerichtsstandsvereinbarungen nach Klageerhebung .....	657
2. Gerichtsstandsvereinbarungen und die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen nach den §§ 305 ff. BGB .....	657
a) Der Vorrang der EuGV-VO vor den §§ 305 ff. BGB .....	657
b) Die Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB .....	658

**XII. Schiedsgericht- und Schiedsgutachterklauseln**

1. Terminologie und praktische Notwendigkeit .....	660
2. Zivilprozessuale Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Schiedsvereinbarung .....	662
3. Wirksamkeitsvoraussetzungen nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. §§ 305 ff. BGB .....	662
a) Schiedsgerichtsvereinbarungen .....	662
b) Schiedsgutachterklauseln .....	663

**XIII. Salvatorische und vergleichbare Klauseln**

1. Vertragswirksamkeitsklauseln .....	664
2. Teilwirksamkeitsklauseln .....	665
3. Relativierende Klauselzusätze .....	668
4. Salvatorische Klauseln mit Ersetzungsbefugnis des Verwenders .....	672
5. Salvatorische Klauseln mit konkreten Ersatzregelungen .....	674

6. Salvatorische Klauseln mit Verpflichtung zur Vereinbarung einer Ersatzregelung oder Ersatzregelungsfiktion .....	675
---	-----

#### Teil F. Musterverträge

I. Softwareüberlassung auf Dauer im Verbraucherverkehr .....	677
II. Softwareüberlassung auf Dauer im Unternehmensverkehr .....	682
III. Softwareüberlassung auf Dauer bei Massensoftware mit Registrierkarte	
Teil I. Software-Kaufvertrag zwischen Händler und Anwender .....	689
Teil II. Benutzungsvertrag zwischen Hersteller und Anwender .....	691
1. Registrierkarte .....	691
2. Vertragsbedingungen .....	692
IV. Softwareüberlassung auf Dauer im Verbraucherverkehr bei Massensoftware mit Kopierschutz .....	695
V. Softwareüberlassung auf Dauer im Verbraucherverkehr bei Dongle-geschützter Massensoftware .....	700
VI. Die Überlassung von Individualsoftware auf Dauer im Verbraucherverkehr ohne Quellcodeüberlassung .....	702
VII. Überlassung von Individualsoftware im Unternehmensverkehr mit Quellcodeüberlassung .....	708
VIII. Softwareüberlassung auf Zeit im Verbraucherverkehr (ohne Systembindung) .....	715
IX. Softwareüberlassung auf Zeit im Unternehmensverkehr (mit Systembindung) .....	719
X. Softwarepflegevertrag mit Unternehmern .....	725
XI. Softwareüberlassung an eine Leasinggesellschaft .....	729
XII. Softwarevertrieb bei verkaufsfertig gelieferten Softwareexemplaren .....	734
XIII. Softwarevertrieb bei nicht verkaufsfertig gelieferten Softwareexemplaren .....	739
XIV. Application Service Providing .....	742
XV. GNU General Public Licence (Englische Fassung) .....	748
XVI. Deutsche Übersetzung der GNU General Public Licence .....	754



Inhaltsverzeichnis	XXIII
XVII. GNU Free Documentation License (Englische Fassung) .....	762
XVIII. GNU Free Documentation License (Deutsche Übersetzung) ..	768

#### **Anhang**

Rechtsprechungsübersicht .....	775
Stichwortverzeichnis .....	819

