

# Softwareüberlassungs- verträge

Erscheinungsformen · Leistungsstörungen  
Vertragsgestaltung · Allgemeine  
Geschäftsbedingungen  
Musterverträge  
Textdiskette

von

**Dr. Jochen Marly**

Professor an der Universität  
Heidelberg

3., vollständig überarbeitete  
und erweiterte Auflage



C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG  
MÜNCHEN 2000

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIII
Literaturübersicht .....	XXIX

## 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) Maschinenorientierte 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 .....	18
b) Die Einteilung nach der Überlassungszeit .....	19
c) Die Einordnungen bei Softwareüberlassung auf Dauer .....	20
aa) Individualsoftware .....	20
(1) Die Bestimmung des Vertragstyps .....	20
(2) Das Sonderproblem der Quellcodeherausgabe .....	26
(3) Die weitere Programmverwertung .....	27
bb) Standardsoftware .....	27
(1) Die die Sachqualität befürwortenden Stellungnahmen .....	28
(2) Mischformen .....	29
(3) Die die Sachqualität verneinenden Stellungnahmen .....	30
(a) Die Überlassung im Rahmen eines Lizenzvertrags .....	31
(b) Exkurs: Inhalt, Rechtsnatur und anwendbare gesetzliche Regelungen bei Lizenzverträgen .....	32
(c) Standardsoftware und Lizenzvertrag .....	33

(d) Die Einordnung als Know-how-Lizenzvertrag .....	33
(e) Die Einordnung als Lizenzvertrag über eine „gestaltete Idee“ mit wechselndem gewährleistungsrechtlichen Kern .....	36
(f) Die Einordnung als Vertrag sui generis .....	37
3. Ausgewählte Vorfragen zur vertragstypologischen Einordnung der Softwareüberlassungsverträge .....	38
a) Computerprogramme als Sache gem. § 90 BGB .....	38
aa) Gedruckte Programmlistings .....	39
bb) Computerprogramme auf Disketten, Magnetplatten, Magnetbändern, CDs und anderen körperlichen Gegenständen .....	41
cc) „Unkörperliche“ Programmüberlassungen .....	44
dd) Ergebnis .....	47
b) Die Unbeachtlichkeit der Urheberrechtsfähigkeit von Computersoftware für die vertragstypologische Einordnung .....	48
c) Die Auswirkungen der Urheberrechtsfähigkeit auf die Ausgestaltung der Softwareüberlassungsverträge .....	49
d) Exkurs: Wann ist Software urheberrechtlich geschützt? .....	50
aa) Die Entwicklung des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme im historischen Abriss .....	53
bb) Beurteilungskriterien zur Urheberrechtsschutzfähigkeit eines Computerprogramms .....	55
e) Softwarekopien im Blickwinkel urheberrechtlicher Vervielfältigungen ..	59
aa) Das Laden in den Arbeitsspeicher .....	62
bb) Der eigentliche Programmlauf .....	72
4. Konsequenzen der gefundenen Ergebnisse für die vertragstypologische Einordnung bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	74
5. Die Einordnungen bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	78
6. Softwareüberlassung und das Gesetz über Verbraucherkredite .....	80

## Teil B. Sondererscheinungen der Softwareüberlassung

### I. Besonderheiten beim Softwareleasing

1. Die verschiedenen Erscheinungsformen des Softwareleasings .....	81
a) Finanzierungsleasing .....	82
b) Operating-Leasing .....	83
c) Mietkauf .....	84
2. Softwareleasing und das VerbrKrG .....	85
3. Die Zurechnung des Lieferantenverhaltens .....	85
a) Das Verhalten während der Vertragsverhandlungen .....	85
b) Das Verhalten während der Vertragserfüllung .....	86
4. Die Überwälzung der Sach- und Preisgefahr .....	88
5. Probleme mit der Übernahmebestätigung .....	89
6. Gewährleistung beim Softwareleasing .....	91
a) Gewährleistung beim Finanzierungsleasing .....	91
b) Gewährleistung beim Operating-Leasing .....	94
7. Das Ende des Vertragsverhältnisses .....	94
a) Die Kündigung .....	94
b) Die Vereinbarung einer Verfallklausel .....	95

c) Abschlußzahlungen bei Teilamortisationsverträgen .....	97
d) Rückgabe und/oder Löschungsvereinbarungen .....	98
8. Die Koppelung von Hard- und Software beim Leasing .....	99

## II. Softwareüberlassung mittels Telekommunikation, insbesondere das Internet

1. Die verschiedenen Wege der Softwareüberlassung mittels Telekommunikation .....	101
a) Vertragsschluß ohne Einsatz von Telekommunikationsmitteln .....	102
b) Vertragsschluß unter Einsatz von Telekommunikationsmitteln .....	102
2. Der Vertragsschluß im elektronischen Geschäftsverkehr .....	103
3. Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	104
4. Die Einhaltung von Formvorschriften .....	108
5. Die Anwendbarkeit des HaustürWG .....	109

## III. Gekoppelte Hard- und Softwareverträge

1. Unterscheidung zwischen Koppelungen zur Absatzförderung und gewährleistungsrechtlichen Koppelungen .....	110
2. Kartellrechtliche und wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Koppelung zur Absatzförderung .....	111
a) Das Koppelungsverbot nach Art. 81 EGV .....	112
b) Koppelungsverbote nach deutschem Recht .....	112
3. Hard- und Software als einheitlicher Vertragsgegenstand .....	113
a) Ein einheitlicher Vertrag über Hard- und Software .....	114
aa) Einheitlichkeit des Vertragsgegenstands nach § 93 BGB .....	117
bb) Als zusammengehörig gelieferte Hard- und Software .....	118
cc) Das Sonderproblem der abweichenden Verjährungen .....	121
b) Getrennte Verträge über Hard- und Software bei identischem Lieferanten .....	123
aa) Einheitliches Rechtsgeschäft trotz getrennter Vertragsurkunden .....	123
bb) Selbständige Rechtsgeschäfte .....	124
c) Verträge mit unterschiedlichen Vertragspartnern .....	125

## IV. Verträge über Freeware und Shareware

1. Terminologie dieser Sonderformen der Softwareüberlassung .....	127
2. Freeware .....	128
a) Gründe des Freeware-Herstellers (Public Domain-Softwareherstellers) für den Verzicht auf ein Nutzungsentgelt .....	129
b) Freeware und Urheberrecht .....	130
c) Der Vertrag zwischen Freeware-Händler und Anwender .....	133
aa) Die Rechtsnatur der „klassischen“ Freeware-Verträge .....	134
bb) Nebenpflichten dieses Vertragstyps .....	137
cc) Das Sonderproblem der Virenverseuchung .....	138
dd) Transportschäden .....	139
d) Der Bezug von Freeware via Internet .....	140
e) Die Weitergabe der Freeware durch Private .....	143
3. Shareware .....	144
a) Zielsetzung des Shareware-Konzepts .....	144
b) Vertragstypologische Einordnung .....	147

aa) Die Einordnung als Kauf auf Probe zugunsten Dritter gem. §§ 495 Abs. 1 S. 1 i. V. m. 328 Abs. 1 BGB .....	147
bb) Schwächen der oben dargestellten Einordnung .....	148
cc) Die Einordnung als reiner Kaufvertrag i. S. d. § 433 BGB .....	151
dd) Getrennte Verträge zwischen Anwender, Händler und Programm- autor .....	151
c) Auswirkungen der vertragstypologischen Einordnung auf den Bezug von Shareware mittels Telekommunikation und von privaten Anwendern ...	153
d) Shareware und Urheberrecht .....	153
e) Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sharewareautoren .....	154
 <b>V. Das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F. bei Softwareverträgen</b>	
1. Anwendungsbereich und tatbestandliche Voraussetzungen .....	155
2. Die Voraussetzungen des § 18 GWB a. F. ....	156
3. Beschränkungen nach §§ 16, 20 und 21 GWB a. F. ....	159
4. Weitere Voraussetzung und Rechtsfolgen des § 34 GWB a. F. ....	160
 <b>VI. Schutzhüllenverträge und sonstige Sonderformen des Vertragsschlusses</b>	
1. Die verschiedenen Erscheinungsformen .....	163
2. Sonderfall: Überlassungsvertrag zwischen Softwarehersteller und An- wender .....	165
3. Vertragsverhältnisse bei Zwischenschaltung eines Softwarehändlers .....	166
a) Vertragsschluß durch schlüssiges Verhalten bei Schutzhüllen- und Ge- brauchsverträgen .....	169
b) Rechtsfolgen beim Scheitern direkter Vertragsbeziehungen .....	173
 <b>VII. Grenzüberschreitende Softwareüberlassungen</b>	
1. Grenzüberschreitende Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht .....	177
a) Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen .....	178
b) Vertragsschluß .....	180
c) Primärpflichten der Vertragsparteien .....	181
d) Rechte der Vertragsparteien .....	181
e) Der Schadensersatzanspruch .....	183
2. Grenzüberschreitende Softwareüberlassung ohne Anwendung des UN- Kaufrechts .....	183
 <b>VIII. Verträge über die Pflege von Computersoftware</b>	
1. Leistungsgegenstand und terminologische Abgrenzung .....	185
2. Vertragsrechtliche Einordnung .....	187
3. Die Verpflichtung zum Abschluß eines Pflegevertrags .....	188
a) Vertraglicher Abschlußzwang .....	189
b) Außervertraglicher Abschlußzwang .....	190
4. Kollision eines Pflegevertrags mit Gewährleistungsvorschriften .....	190
5. Vertragsbeendigung und Vertragsübernahme .....	192
a) Die Vertragslaufzeit .....	192
b) Die Kündigung .....	193
c) Die Vertragsübernahme durch Dritte .....	194
6. Weitere Einzelfragen .....	195

**IX. Vertriebsverträge**

1. Erscheinungsformen und Rechtsnatur eines Vertriebsvertrags .....	196
2. Besondere zu berücksichtigende Vorschriften .....	197
a) Anwendbarkeit des AGBG .....	197
b) Die Anwendbarkeit des GWB sowie der Art. 81, 82 EGV .....	197
c) Urheberrechtliche Aspekte insbesondere bei OEM-Verträgen und vergleichbaren Verträgen .....	198
3. Probleme der Vereinbarung einer Mindestabnahmepflicht .....	200
a) Die Begründung einer Mindestabnahmepflicht .....	200
b) Die Nichterfüllung der Mindestabnahmepflicht .....	201
4. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses .....	202

**Teil C. Das Recht der Leistungsstörungen****I. Allgemeines zu Leistungsstörungen bei Computersoftware**

1. Die Frage nach dem anwendbaren Gewährleistungsrecht .....	205
2. Anpassung des Gewährleistungsrechts an die Besonderheiten der Computersoftware? .....	207
a) Die verschiedenen für eine Anpassung kaufrechtlicher Gewährleistungsvorschriften vorgetragenen Argumente .....	207
b) Stellungnahme zur Forderung nach Anpassung des kaufvertraglichen Gewährleistungsrechts .....	209
aa) Das Argument des problematischen Rückgewährschuldverhältnisses .....	210
bb) Das Argument des Druckmittels durch die Möglichkeit der Ersatzvornahme .....	212
cc) Die vermeintlich vorzugswürdigere Verjährungsvorschrift des § 638 BGB .....	213
dd) Das Argument, die Rechtsstellung des Anwenders nicht unangemessen zu verschlechtern .....	215
(1) Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung als gesetzlich geregelter Spezialfall .....	215
(2) Der Vergleich mit anderen Vorschriften des BGB .....	216
(3) Die gesetzgeberischen Wertungen des AGBG .....	216
(4) Ergebnis und Würdigung der Entscheidung des OLG Düsseldorf .....	217
c) Die Forderung nach einer Anpassung des mietvertraglichen Gewährleistungsrechts .....	218
d) Stellungnahme .....	218

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

1. Vorvertragliche Pflichtverletzungen .....	220
a) Das Verhältnis zwischen culpa in contrahendo und Gewährleistungsansprüchen .....	221
b) Der Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflichten des Softwarelieferanten .....	223
aa) Die Pflicht des Verkäufers zu eigeninitiativer Aufklärung .....	223

bb) Die Pflicht zur erbetenen Beratung .....	226
(1) Der Abschluß eines selbständigen Beratungsvertrags .....	226
(2) Die aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis herzulei- tenden Beratungspflichten .....	228
cc) Einzelfälle aus der Rechtsprechung .....	229
c) Rechtsfolgen einer Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht ..	238
aa) Haftungsumfang .....	238
bb) Verjährung .....	239
cc) Fragen zur Beweislast .....	239
2. Unmöglichkeit und Unvermögen .....	240
a) Anfängliche Unmöglichkeit der Leistung .....	240
b) Anfängliche subjektive Unmöglichkeit .....	241
c) Nachträgliche Unmöglichkeit .....	242
3. Verzug .....	243
a) Der Verzug des Softwarelieferanten .....	244
b) Der Verzug des Anwenders .....	247
4. Positive Forderungsverletzung .....	247
a) Allgemeines zur positiven Forderungsverletzung und Abgrenzung zum gesetzlich geregelten Leistungsstörungsrecht .....	247
b) Die Pflichtverletzung durch Schlechtleistung .....	248
c) Die Verletzung von Nebenpflichten .....	249
aa) Leistungstreuepflichten .....	249
bb) Schutzpflichten .....	250
cc) Mitwirkungspflichten .....	251
dd) Auskunfts- und Beratungs- sowie Schulungspflichten .....	251
ee) Sonstige Nebenpflichten .....	252
d) Rechtsfolgen einer positiven Forderungsverletzung .....	253
e) Verjährung der Ansprüche wegen positiver Forderungsverletzung .....	253
5. Kaufvertragliche Gewährleistung wegen Mängeln der Computersoft- ware .....	254
a) Sachmängelhaftung .....	254
aa) Allgemeines zur Sachmängelhaftung .....	254
bb) Voraussetzungen für Wandelung und Minderung .....	255
cc) Die Durchführung der Wandelung oder Minderung .....	256
(1) Wandelung .....	257
(2) Minderung .....	259
dd) Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 463 BGB .....	259
(1) Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft .....	260
(2) Arglistiges Verschweigen eines Fehlers .....	260
(3) Der Umfang des Schadensersatzanspruchs .....	261
ee) Verjährung .....	262
ff) Besonderheiten beim Gattungskauf .....	264
b) Rechtsmängelhaftung .....	266

### III. Leistungsstörungen bei der Softwareüberlassung auf Zeit

1. Die Pflichten aus dem Mietverhältnis .....	268
a) Die Pflichten des Softwarevermieters .....	268
b) Die Pflichten des Softwaremieters .....	269
2. Inhalt und Grenzen des mietlichen Gebrauchsrechts .....	271

3. Die Rechte des Mieters bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Vermieterpflichten .....	272
a) Die Vorenthaltung oder der Entzug des Gebrauchs .....	272
b) Mängel der Mietsache .....	273
c) Die Verletzung von Nebenpflichten .....	275
4. Die Rechte des Vermieters bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Mieterpflichten .....	275
a) Die Zahlungspflichtverletzung .....	275
b) Überschreitungen des vertragsgemäßen Gebrauchs .....	276
c) Die Verletzung der Rückgabe- oder Löschungspflicht .....	277
d) Die Verletzung sonstiger Nebenpflichten, insbesondere der Obhutspflicht .....	278

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

1. Vertragsrechtliche Einordnung und grundsätzliche Probleme .....	279
a) Allgemeines .....	279
b) Probleme infolge unzulänglicher Softwarespezifikation .....	280
2. Vorvertragliche Pflichtverletzungen .....	283
3. Die Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Softwarehersteller .....	284
a) Rechtsmängel .....	284
b) Sachmängel .....	285
aa) Der Mängelbeseitigungsanspruch .....	285
(1) Der Erfüllungsanspruch bis zur Abnahme .....	285
(2) Der Erfüllungsanspruch nach der Abnahme .....	286
bb) Wandelung und Minderung .....	287
cc) Schadensersatz wegen Nichterfüllung .....	288
(1) Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs .....	288
(2) Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs .....	289
4. Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche .....	291
5. Die verspätete Herstellung des Werks .....	291
6. Ansprüche wegen positiver Forderungsverletzung des Softwareherstellers ..	293
7. Pflichtverletzungen des Anwenders .....	294
a) Die Nichterfüllung der Abnahmepflicht .....	294
b) Die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten .....	296
8. Vorzeitige Beendigungen des Vertragsverhältnisses .....	297
a) Die Kündigung des Bestellers .....	297
b) Die Kündigung des Softwareherstellers .....	298
9. Änderungen der vereinbarten Leistungen .....	298

#### V. Mängel der Computersoftware

1. Der Softwarefehler .....	301
a) Die Kongruenz des Fehlerbegriffs im Miet-, Kauf- und Werkvertragsrecht .....	301
b) Die Definition des Fehlerbegriffs .....	302
aa) Der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch .....	303
bb) Der gewöhnliche Gebrauch .....	304
c) Die Diskussion über den Einfluß des Fehlerbegriffs der Informatik auf den juristischen Fehlerbegriff .....	305

d) Die Bedeutung der nicht zu verhindernden Fehlerhaftigkeit von Computersoftware .....	306
2. Das Fehlen zugesicherter Eigenschaften .....	308
a) Die Zusicherungserklärung .....	308
b) Die Abgrenzung von der bloßen Beschaffenheitsangabe .....	310
c) Zusicherungen auf Grund schlüssigen Verhaltens .....	311
aa) Werbung und Zusicherung von Eigenschaften .....	311
bb) Die Verwendung von Güte- und sonstigen qualitätsbezogenen Kennzeichen .....	312
cc) Der besondere Vertrauensschutz der Softwareanwender .....	313
3. Fragen der Beweislast .....	314

## VI. Typische Softwaremängel

1. Funktionsmängel .....	317
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	317
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	318
2. Funktionsdefizite .....	321
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	321
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	321
3. Inkompatibilität .....	324
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	324
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	324
4. Kapazitätsmängel .....	325
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	325
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	326
5. Geringe Rechengeschwindigkeit .....	327
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	327
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	327
6. Virenverseuchte Software .....	328
a) Beschreibung der Computerviren und ähnlicher Sabotageprogramme .....	328
b) Sabotageprogramme und Sachmängelgewährleistung .....	329
c) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	330
7. Vorkehrungen zur Verhinderung unberechtigter Programmnutzung .....	330
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	331
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	333
8. Fehlende Bedienerfreundlichkeit .....	334
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	334
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	335
9. Unzureichende Dokumentation .....	336
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	336
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	340
10. Fehlende Robustheit gegenüber Bedienungsfehlern .....	342
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	342
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	343
11. Fehlende Wartungs- und Migrationsfreundlichkeit .....	344
12. Fehler beim Entwurf der Software .....	344
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	344
b) Einzelbeispiel aus der Rechtsprechung .....	344
13. Sonstige Mängel .....	345

## VII. Software und das Jahr 2000

1. Einführung .....	348
2. Technischer Hintergrund .....	348
a) Entstehungsgeschichte .....	348
b) Folgen eines Jahr-2000-Fehlers .....	350
3. Vertragliche Ansprüche .....	351
a) Ansprüche bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	352
aa) Das Vorliegen eines Fehlers .....	352
bb) Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft .....	353
cc) Arglist .....	354
dd) Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche .....	354
b) Ansprüche bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	355
c) Ansprüche bei der Überlassung von Individualsoftware .....	356
d) Ansprüche bei Verträgen über die Pflege von Computersoftware .....	357
4. Außervertragliche Ansprüche .....	358
a) Die Produkthaftung nach dem ProdHG .....	358
b) Die Produzentenhaftung .....	360

## 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 .....	364
2. Das Zustimmungserfordernis als Problemlösungsansatz .....	365
3. Die Herstellung der verschiedenartigen Vervielfältigungen von Computersoftware und die jeweilige Zustimmung des Urheberrechtsinhabers .....	366
a) Notwendige Vervielfältigungen in den Arbeitsspeicher und auf Massenspeicher .....	366
b) Nicht notwendige, sondern lediglich gebotene Vervielfältigungen .....	369
aa) Das Vorhandensein einer ausdrücklichen vertraglichen Kopierlaubnis .....	370
bb) Das Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung .....	370
cc) Vertragliches Kopierverbot und Kopierschutz .....	372
4. Die Anfertigung überzähliger Vervielfältigungsstücke .....	375
5. Kopierverbote bei urheberrechtlich nicht geschützter Computersoftware ..	376

## II. Die Weitergabeverbote

1. Weiterveräußerungsverbote .....	378
a) Verfügungsunterlassungsregelungen und das UrhG .....	380
b) Vertraglich vereinbarte Weiterveräußerungsverbote .....	383
aa) Weiterveräußerungsverbote und § 3 AGBG .....	384
bb) Die Kontrollfähigkeit nach § 8 AGBG .....	384
cc) Die Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG .....	386
dd) Die Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG .....	388
ee) Die Rechtfertigung der grundsätzlich unwirksamen Weiterveräußerungsverbote durch besondere Interessen des Softwareherstellers ....	389
ff) Bedingte Weiterveräußerungsverbote .....	391

2. Weitervermietungsverbote .....	394
a) Weitervermietungsregelungen und das UrhG .....	395
b) Vertraglich vereinbarte Weitervermietungsverbote .....	397
aa) Das Verbot der Erwerbszwecken dienenden Vermietung .....	397
bb) Das Verbot der keinen Erwerbszwecken dienenden Vermietung .....	398
cc) Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG .....	398
c) Weitervermietungsverbote in zeitlich befristeten Softwareüberlassungs- verträgen .....	400
3. Verleihverbote .....	401
4. Sonstige Gebrauchsüberlassungsverbote .....	402

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

1. Systemvereinbarungen und das UrhG .....	405
a) Die bisher vertretenen Auffassungen .....	405
b) Kritik .....	406
c) Typenbezogene Systemvereinbarungen .....	409
2. Die schuldrechtliche Wirkung der Systemvereinbarungen .....	410
a) Die Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AGBG .....	410
b) Die Rechtfertigung der grundsätzlich unwirksamen Systemvereinba- rungen durch besondere Interessen des Softwareherstellers .....	411
c) Systemvereinbarungen bei zeitlich befristeten Softwareüberlassungsver- trägen .....	413

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

1. Technischer Hintergrund dieses Klauseltyps .....	416
a) Die verschiedenen Mehrplatzsysteme .....	416
b) Die Netzwerkfähigkeit von Computersoftware .....	418
2. Die Interessen der Softwarehersteller .....	419
3. Der Einsatz von Software im Netzwerk und das UrhG .....	419
a) Die beim Netzwerkeinsatz anfallenden Vervielfältigungen unter techni- schen Gesichtspunkten .....	419
b) Der urheberrechtliche Vervielfältigungsbegriff und das Erfordernis der Zustimmung gem. § 69c Nr. 1 UrhG .....	420
aa) Das Vorhandensein einer ausdrücklichen Netzwerkerlaubnis .....	422
bb) Das Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung .....	422
cc) Vertragliche Netzwerkverbote und technische Schutzmechanismen .	424
4. Netzwerkverbote bei urheberrechtlich nicht geschützter Software .....	425
5. Preisgebundene Netzwerkklauseln .....	426

### V. Die verschiedenen Programmänderungsverbote

1. Technischer Hintergrund .....	429
a) Die einzelnen Phasen der Softwareherstellung .....	430
b) Die Möglichkeiten der Rückwärtsentwicklung von Computersoftware ..	431
c) Die Interessen der Softwarehersteller .....	432
d) Die Interessen der Softwareanwender .....	433
2. Die urheberrechtliche Beurteilung .....	434
a) Die Dekompilierungsvorschrift des § 69e UrhG .....	435
b) Programmänderungen ohne Dekompilierung .....	438

aa) Die Regelung des § 69 c Nr. 2 UrhG .....	438
bb) Die von § 69 c Nr. 2 UrhG erfaßten Handlungen .....	441
(1) Die Übersetzungen .....	441
(2) Die Bearbeitungen .....	441
cc) Die Bearbeiterurheberrechte .....	442
c) Die Regelung des § 69 d Abs. 1 UrhG .....	442
aa) Bearbeitungen und Umgestaltungen gem. § 23 UrhG .....	443
bb) Änderungen des Werks gem. § 39 UrhG .....	444
d) Die vertragliche Festlegung der bestimmungsgemäßen Programm- nutzung .....	445
3. Die Wirksamkeit vertraglicher Programmänderungsverbote .....	446
a) Die Vereinbarkeit mit dem AGBG .....	446
b) Die Vereinbarkeit der Programmänderungsverbote mit dem EG- Vertrag .....	450
aa) Das Verbot wettbewerbshindernder Vereinbarungen und Beschlüsse nach Art. 81 EGV .....	451
bb) Das Mißbrauchsverbot einer den Markt beherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV .....	451
4. Die Entfernung von Urhebervermerken .....	452
<b>VI. Schutzrechtsklauseln</b> .....	452
<b>VII. Kontroll- und Besichtigungsrechte</b> .....	454
<b>VIII. Die Vereinbarung von Informationspflichten</b> .....	456
<b>IX. Konkurrenzverbote</b>	
1. Erscheinung und wirtschaftliche Relevanz .....	459
2. Vertragsrechtliche Zulässigkeit .....	460
3. Kartellrechtliche Schranken .....	462
<b>X. Hinterlegungsvereinbarungen</b> .....	462

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

### I. Gewährleistungsklauseln

1. Die Inhaltskontrolle bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	470
a) Der Verbraucherverkehr .....	470
b) Der Unternehmensverkehr .....	474
2. Die Inhaltskontrolle bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	475
a) Der Verbraucherverkehr .....	475
b) Der Unternehmensverkehr .....	476

### II. Schadensersatzklauseln

1. Einführung .....	479
2. Exkurs: Abriß über die außervertragliche Haftung für fehlerhafte Com- puterprogramme .....	479

a) Die Haftung nach dem ProdHG .....	481
aa) Computerprogramme als Produkt gem. § 2 ProdHG .....	481
bb) Fehler eines Produkts gem. § 3 ProdHG .....	482
cc) Die Rechtsfolgen nach dem ProdHG .....	483
b) Die Haftung nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung .....	484
c) Die wichtigsten Abweichungen zwischen Produkt- und Produzentenhaftung im Überblick .....	486
3. Besondere Anforderungen an die transparente Vertragsgestaltung .....	487
4. Schadensersatzklauseln bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	488
a) Klauseln zur verschuldensunabhängigen Haftung .....	488
aa) Schadensersatzklauseln und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften	488
(1) Der Verbraucherverkehr .....	488
(2) Der Unternehmensverkehr .....	489
bb) Schadensersatzklauseln hinsichtlich anfänglichen Unvermögens und Rechtsmängeln .....	489
b) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung .....	490
aa) Haftungsklauseln bezüglich Verzug und Unmöglichkeit .....	491
(1) Der Verbraucherverkehr .....	491
(2) Der Unternehmensverkehr .....	492
bb) Haftungsklauseln für andere Formen verschuldensabhängiger Haftung .....	492
(1) Der Verbraucherverkehr .....	493
(2) Der Unternehmensverkehr .....	496
5. Schadensersatzklauseln bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	497
a) Klauseln zur verschuldensunabhängigen Haftung .....	497
aa) Der Verbraucherverkehr .....	497
bb) Der Unternehmensverkehr .....	498
b) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung .....	498
6. Die Folgen der Unwirksamkeit von Haftungsklauseln .....	499

### III. Mängelrügepflichten und Ausschlussfristen für Mängelanzeigen

1. Vertraglicher Anwendungsbereich und Zweck derartiger Regelungen .....	501
2. Mängelrügepflichten bei beidseitigem Handelsgeschäft .....	503
3. Vertragliche Mängelanzeigepflichten unter Kaufleuten .....	506
a) Verschärfungen gegenüber § 377 HGB .....	506
b) Erleichterungen gegenüber § 377 HGB bei Einkaufsbedingungen .....	508
4. Ausschlussfristen für Mängelanzeigen im Verbraucherverkehr .....	508
5. Sonderproblem: Rügepflichten beim Softwareleasing .....	511
a) Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche im Dreiecksverhältnis zwischen Leasinggeber, Leasingnehmer und Lieferanten .....	512
b) Das Problem der Einbeziehung in den Vertrag .....	513
aa) Die Einbeziehung im Unternehmensverkehr .....	513
bb) Die Einbeziehung im Verbraucherverkehr .....	513
c) Die Rügeobliegenheiten des Leasingnehmers .....	514

### IV. Abnahme- und Mängelfreiheitsbestätigungen sowie andere Tatsachenbestätigungen

1. Tatsachenbestätigungen im Verbraucherverkehr .....	517
2. Tatsachenbestätigungen im Unternehmensverkehr .....	518

## V. Das Sprachenproblem und die Verwendung von Fachtermini bei Softwareüberlassungsverträgen

1. Der Hinweis nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGBG .....	520
2. Die zumutbare Kenntnisnahme gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG .....	521
3. Besonderheiten im Unternehmensverkehr .....	522

## VI. Hinweis-, Kenntnisnahme- und Einverständnisklauseln

1. Zielsetzung dieses Klauseltyps .....	524
2. Die Verwendung im Verbraucherverkehr .....	525
a) Hinweisklauseln .....	526
aa) Das Hinweiserfordernis nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGBG .....	526
bb) Hinweisbestätigungen und § 11 Nr. 15 b AGBG .....	527
b) Kenntnisnahmeklauseln .....	528
aa) Die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG .....	528
bb) Bestätigungen zumutbarer Kenntnisnahme .....	531
c) Das Einverständnis des Kunden .....	532
3. Die Verwendung im Unternehmensverkehr .....	533
a) Die Nichtanwendbarkeit des § 2 AGBG .....	533
b) Die Voraussetzungen für eine rechtsgeschäftliche Einbeziehung .....	534
c) Besonderheiten beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben .....	535
aa) Allgemeines zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben .....	535
bb) Die nachträgliche Aufnahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch kaufmännische Bestätigungsschreiben .....	536
4. Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	536
a) Das Zustandekommen des Vertrags .....	537
b) Der jeweilige Vertragsinhalt .....	538
aa) Übereinstimmende Klauseln .....	538
bb) Sich widersprechende Klauseln .....	539
cc) Einseitige Regelungen .....	539
dd) Der Sonderfall der Eigentumsvorbehaltsklauseln .....	539

## VII. Schriftformklauseln

1. Der Inhalt der einzelnen Klauseltypen .....	541
2. Die Wirksamkeit der individualvertraglich vereinbarten Schriftform .....	542
3. Schriftformklauseln in Formularverträgen .....	542

## VIII. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe

1. Allgemeines .....	544
a) Der Zweck von Vertragsstrafen .....	545
b) Abgrenzung zu ähnlichen Erscheinungen .....	545
2. Vertragsstrafen im Verbraucherverkehr .....	546
a) Fallgruppen unzulässiger Vertragsstrafen .....	546
b) Vertragsstrafen des Klauselverwenders .....	547
3. Vertragsstrafen im Unternehmensverkehr .....	547

**IX. Rechtswahlklauseln**

1. Die Vereinbarung deutschen Rechts .....	550
2. Die Vereinbarung ausländischen Rechts .....	550
3. Die Anwendung des AGBG trotz der Vereinbarung ausländischen Rechts. ....	551

**X. Gerichtsstandsklauseln**

1. Zivilprozessuale Prorogationsverbote .....	554
a) Gerichtsstandsvereinbarungen vor Klageerhebung .....	554
b) Gerichtsstandsvereinbarungen nach Klageerhebung .....	556
2. Gerichtsstandsvereinbarungen und das AGBG .....	556
a) Der Vorrang des EuGVÜ vor dem AGBG .....	556
b) Die Kontrolle nach dem AGBG .....	557

**XI. Salvatorische und vergleichbare Klauseln**

1. Vertragswirksamkeitsklauseln .....	559
2. Teilwirksamkeitsklauseln .....	560
3. Relativierende Klauselzusätze .....	563
4. Salvatorische Klauseln mit Ersetzungsbefugnis des Verwenders .....	567
5. Salvatorische Klauseln mit konkreten Ersatzregelungen .....	569
6. Salvatorische Klauseln mit Verpflichtung zur Vereinbarung einer Ersatzregelung oder Ersatzregelungsfiktion .....	570

**Teil F. Musterverträge**

I. Softwareüberlassung auf Dauer im Verbraucherverkehr .....	572
II. Softwareüberlassung auf Dauer im Unternehmensverkehr .....	578
III. Softwareüberlassung auf Dauer bei Massensoftware mit Registrierte Karte	
Teil I. Software-Kaufvertrag zwischen Händler und Anwender .....	585
Teil II. Benutzungsvertrag zwischen Hersteller und Anwender .....	587
1. Registrierte Karte .....	587
2. Vertragsbedingungen .....	588
IV. Softwareüberlassung auf Dauer im Verbraucherverkehr bei Massensoftware mit Kopierschutz .....	591
V. Softwareüberlassung auf Dauer im Verbraucherverkehr bei Dongle-geschützter Massensoftware .....	596
VI. Die Überlassung von Individualsoftware auf Dauer im Verbraucherverkehr ohne Quellcodeüberlassung .....	598
VII. Überlassung von Individualsoftware im Unternehmensverkehr mit Quellcodeüberlassung .....	605

VIII. Softwareüberlassung auf Zeit im Verbraucherverkehr .....	611
IX. Softwareüberlassung auf Zeit im Unternehmensverkehr .....	615
X. Softwarepflegevertrag mit Unternehmern .....	621
XI. Softwareüberlassung an eine Leasinggesellschaft .....	625
XII. Softwarevertrieb bei verkaufsfertig gelieferten Softwareexemplaren .....	630
XIII. Softwarevertrieb bei nicht verkaufsfertig gelieferten Softwareexemplaren .....	635

### Anhang

Alphabetisches Gesamtverzeichnis der DIN-Begriffe .....	639
Rechtsprechungsübersicht .....	643
Stichwortverzeichnis .....	697