

Nach einer Zeit stürmischer Entwicklung zeichnet sich für das Recht der Computerverträge die Möglichkeit ab, diesem Vertragstypus mit einem gewissen Anspruch auf Stabilität einen systematischen Ort zuzuweisen. Martinek legt in Bd. 3 der Reihe „Moderne Vertragstypen“ eine solche Synthese vor (Michael Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Bd. III, München 1993). Wir freuen uns, daß wir mit freundlicher Genehmigung des Verlages C. H. Beck und des Verfassers die wesentlichen Passagen daraus abdrucken können. Wer über die in diesem Auszug sichtbar werdenden großen Linien hinaus an weiteren Einzelheiten interessiert ist, sei auf die Buchreihe verwiesen, die zusätzlich noch in anderen Abschnitten (etwa zu den Leasingverträgen) Bedeutsames auch für die EDV-Vertragspraxis bietet. (red.)

Computerverträge (Teil 1)

Michael Martinek

I. Computerverträge als Herausforderung des Rechts

Hinter der zusammenfassenden Bezeichnung „Computerverträge“ verbirgt sich eine schwer systematisierbare Vielfalt von modernen Vertragstypen, die insbesondere nach Vertragsgegenstand und Ausgestaltung, wirtschaftlicher Zielsetzung und Bedeutung voneinander abweichen, jedoch durch den gemeinsamen Bezug zur elektronischen Datenverarbeitung gekennzeichnet sind. Computerverträge verschließen sich der unmittelbaren Anwendung kodifizierten Vertragsrechts aus anderen Gründen als die dem Rechtsanwender bereits recht vertrauten modernen Vertragstypen des Leasing, Factoring oder Franchising. Sie konfrontieren ihn weniger mit neuartigen Finanzierungsformen, veränderten Absatzstrukturen und fortentwickelter Arbeitsteilung; neu ist an den Computerverträgen vielmehr der Gegenstand des Leistungsaustausches selbst. Es bedarf angesichts der Allgegenwärtigkeit und Unentrinnbarkeit der EDV-Technik für den Zeitgenossen kaum breiter Erklärungen, um ihm die ungewöhnlichen Dimensionen der juristischen Herausforderung spontan einsehbar zu machen, die sich dem Rechtsanwender angesichts der schwer durchsichtigen und raschem Wandel unterworfenen Funktionalität und Hyperkomplexität der ausgetauschten Sachen und Leistungen im Bereich der Produktions-, Investitions- und Konsumgüter der Elektronischen Datenverarbeitung stellt. In der Welt der EDV im allgemeinen und bei der juristischen Bewältigung der Computerverträge im besonderen führen Subsumtionsversuche bei zentralen Rechtsbegriffen wie dem kaufrechtlichen „Sachmangel“ oder dem urheberrechtlichen „Werk“ jedenfalls ohne umfängliche Kenntnis komplizierter Tatsachenzusammenhänge schnell zu aporetischer Orientierungslosigkeit. Es ist kein Zufall, sondern ein Sachzwang, daß das juristische Schrifttum zum Computerrecht ausweislich der Standardwerke regelmäßig einen Anlaß zu umfangreichen Einführungen in die tatsächlichen Grundlagen der EDV sieht.¹

Gewiß finden sich auch bei anderen modernen Vertragstypen Leistungsgegenstände früher unbekannter Komplexität und Funktionalität. Die Darstellung des Leasing, Factoring und Franchising, der Know-how-Verträge, Management- und Consultingverträge im Rahmen dieser Einführung in das Recht der modernen Vertragstypen legt davon Zeugnis ab.² Die massenhafte Verbreitung der Computertechnologie unter den gewerblichen und privaten Endverbrauchern jedoch hat die Computerverträge zu einem eigenständigen Gegenstand rechtlicher Betrachtungen von schon jetzt besonders herausragender, in der Zukunft kaum übersehbarer Bedeutung werden lassen. Das Volumen des EDV-Marktes in der Bundesrepublik wuchs von über 13 Milliarden DM im Jahre 1983 auf 36,8 Milliarden DM im Jahre 1988 und wird für 1993 auf 63 Milliarden DM geschätzt.³

Die massenhafte Verbreitung der neuen Technik zog freilich auch Rechtsstreitigkeiten „in Massen“ nach sich. Ein neues Rechtsgebiet „Computerrecht“ mit allen Attributen des Spezialistentums von Spezialzeitschriften bis zu Lehrstuhlwidmungen hat sich zu entfalten

*Ohne Kenntnis der Technik:
Aporetische
Orientierungslosigkeit*

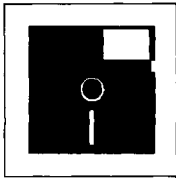
*Eigenständiger Gegenstand
rechtlicher Betrachtung*

Profi Dr. iur. Dr. ren. publ. Michael Martinek, M.C.J. (New York) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität des Saarlandes und leitet dort das Institut für Europäisches Recht.

¹ Vgl. insbes. *Junker*, Computerrecht, Tz. 16 ff.; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Tz. 1 ff.; *König*, Das Computerprogramm im Recht, Tz. 71 ff.; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Tz. 1 ff.; *Pötzsch*, Die rechtliche Einheit von Hardware und Software, S. 17 ff.

² Vgl. zum Leasing und Factoring: *Moderne Vertragstypen* Bd. I (1991); zu den anderen genannten Verträgen: *Moderne Vertragstypen* Bd. II (1992).

³ *König*, Das Computerprogramm im Recht, Tz. 1 m. w. N.



begonnen; für die Entwicklung der Kasuistik zum Computerrecht drängen sich, jedenfalls für nicht spezialisierte Juristen, Katastrophen-Metaphern wie „lawinenartig“, „ausufernd“ oder „explosionsartig“ auf, die auf eine drohende Unbeherrschbarkeit des Rechtsstoffs (und auf die Notwendigkeit EDV-gestützter Informationssysteme in der Rechtswissenschaft) hinweisen. Dies ruft zur Bescheidenheit für eine Einführung in das Recht der Computerverträge auf, in der lediglich die grundlegenden Fragestellungen angesprochen werden können, die die Übertragung und Konkretisierung des Gerechtigkeitsgehalts des positiven Vertragsrechts auf die bisher unbekannt Sachverhalte der EDV-Technik mit sich bringen. Neben dem Computervertragsrecht soll zudem auf den Leistungsschutz von EDV-Produkten eingegangen werden, der einen eigenständigen Schwerpunkt im Computerrecht bildet.

II. Grundbegriffe, Vertragsarten, Qualifikations- und Auslegungsprobleme

1. Formularverträge, Hardware, Standardsoftware und Individualsoftware

Allen Anzeichen nach hat sich das Computervertragsrecht auch kautelarjuristisch schnell zu einem bedeutenden selbständigen Betätigungsfeld entwickelt. Unter den in der Praxis verwendeten Mustervertragsentwürfen⁴ spielen die *BVB* (*Besonderen Vertragsbedingungen*) der Öffentlichen Hand eine zentrale Rolle, die den Bereich des Hard- und Softwareerwerbs in den verkehrstypischen Formen und mit den praktisch wichtigsten Einzelfragen abdecken: Neben *BVB* für Kauf, Miete und Wartung von Hardware⁵ finden sich *BVB* auch für die Erstellung, Überlassung und Pflege von Software⁶. Ursprünglich als öffentlich-rechtliche Verwaltungsvorschriften mit interner Bindungswirkung gegenüber den mit der Beschaffung betrauten Verwaltungsstellen konzipiert, werden sie regelmäßig beim Vertragsschluß mit Software- und Hardwaregebern als Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart (§ 2 AGBG)⁷.

Die verschiedenen *BVB* lassen ebenso wie andere, „private“ Musterverträge und vorformulierte Vertragsbedingungen der Praxis eine für das Computervertragsrecht grundlegende Systematisierung in Hardware- und Softwareverträge erkennen.

Soweit Computerverträge die Anschaffung von Software zum Leistungsgegenstand haben, hängt die Bestimmung ihrer Rechtsnatur und Rechtsfolgen entscheidend davon ab, inwieweit die Herstellung der Software im Wege der Computer-Programmerstellung (Programmierung) selbst zum Vertragsgegenstand erhoben wird. Bei einem Vertrag über *Individualsoftware* ist die Herstellung eines einzelnen Programmes nach mehr oder weniger präzisen Vorgaben des Vertragspartners (Pflichtenheft) geschuldet. Dabei wird das Programm für den Softwarenehmer nach dessen speziellen Bedürfnissen „maßgeschneidert“. Eher „konfektionierte Ware“ ist dagegen die *Standardsoftware*⁸, die sich aus den verbreiteten und ladengängigen Massenprodukten zusammensetzt, mit denen Standardanforderungen verschiedener, meist berufs- oder bereichstypischer Programmattungen des Durchschnittsbedarfs (Textverarbeitung, Adressenverwaltung, Lohnbuchhaltung, Lagerverwaltung, anwaltlicher oder notarieller Formularverkehr etc.) erfüllt werden.⁹ Auf die Herstellung von Standardsoftware hat der Erwerber keinen unmittelbaren Einfluß; er erwirbt sie als „fertige“ Ware, die einer schnellen Überalterung ausgesetzt ist und der bald herstellergeleitete Innovationsangebot (sogenannte *updates*) folgen. Gegenüber der Individualsoftware sind die Programme der Standardsoftware wirtschaftlich wohl die bedeutenderen, deren erfolgreiche Produktion und hart umkämpfte Vermarktung einen größeren Zuschnitt des herstellenden Unternehmens und ein möglichst globales Vertriebssystem voraussetzen.

Kautelarjurisprudenz und BVB

*Verträge über die Anschaffung
von Software:
Bestimmung der Rechtsnatur*

⁴ Eine Übersicht findet sich bei *Moritz/Tybusseck*, *Computersoftware*, Tz. 695 ff.; zuvor bereits *Tybusseck*, *Vertragsgestaltung für Computersoftware*, S. 18 ff.

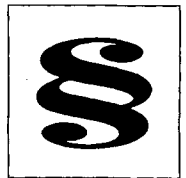
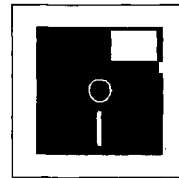
⁵ *BVB-Kauf*, Beilage Nr. 15/74 zum BAnz Nr. 135 vom 25.7.1974, S. 3 ff.; *BVB-Miete*, Beilage Nr. 2/73 zum BAnz Nr. 23 vom 2.2.1973, S. 2 ff.; *BVB-Wartung*, Beilage Nr. 15/74 zum BAnz Nr. 135 vom 25.7.1974, S. 27 ff.

⁶ *BVB-Erstellung*, Beilage Nr. 13a/86 zum BAnz Nr. 13 vom 21.1.1986, S. 3 ff.; *BVB-Überlassung*, Beilage Nr. 26/77 zum BAnz Nr. 216 vom 19.11.1977, S. 3 ff.; *BVB-Pflege*, Beilage Nr. 41/79 zum BAnz Nr. 239 vom 21.12.1979, S. 4 ff.

⁷ Vgl. *Junker*, *Computerrecht*, Tz. 289; *Müller-Hengstenberg*, CR 1987, 222, 223; *Weyer*, CR 1986, 625, 626.

⁸ *Hoeren*, *Softwareüberlassung als Sachkauf*, Tz. 6; *Junker*, *Computerrecht*, Tz. 313; *König*, *Das Computerprogramm im Recht*, Tz. 209 ff.; *Malzer*, *Der Softwarevertrag*, S. 6.

⁹ Darunter fallen bspw. im Bereich der Textverarbeitung Programme wie Word, Wordperfect oder Wordstar.



2. Hardwareverträge

Die vertragstypologische Einordnung von Computerverträgen, die auf den Erwerb von Hardware gerichtet sind, bereitet in der Praxis keine Probleme. Vereinbaren die Parteien den endgültigen Erwerb der Hardware gegen ein Entgelt, liegt ein *Kaufvertrag* nach §§ 433 ff. BGB vor.¹⁰ Vor allem gewerbliche Computerbenutzer greifen allerdings nicht selten zur Finanzierungsmethode des Leasing, die sich auch für langfristige Hardwarenutzung als Alternative zum Kauf anbietet. Der *Computer-Leasingvertrag* hat sich bereits zu einem Untertyp des Leasingvertrags ausgeformt.¹¹

Hardware allein funktioniert nicht. Ein Anwendungsprogramm wie etwa das Textverarbeitungssystem WORD „läuft“ auf der Hardware nicht unmittelbar. Der Hardwarenehmer braucht ein Betriebssystem, d. h. eine besondere Softwareart, die grundlegende, von allen anderen Programmen benötigte Funktionen bereitstellt (Ein- und Ausgabe von Daten, Verwaltung des Arbeitsspeichers usw.) und damit quasi als „Bindeglied“ zwischen der Hardware und den typischen Anwenderprogrammen (Textverarbeitung, Datenbank usw.) fungiert.

Der Käufer oder Leasingnehmer von Hardware wird oft auch den Erhalt eines geeigneten Betriebssystems zugleich mit dem Hardwarebezug erwarten und dessen Lieferung vielfach in einem „Paket“ mit der Hardware ausdrücklich vereinbaren, sofern er nicht bereits über ein installierbares Betriebssystem verfügt. Fraglich ist jedoch, ob er auch ohne eine ausdrückliche Vereinbarung einen Anspruch aus dem Hardwarevertrag auf *Überlassung eines Betriebssystems* erheben kann. Man könnte daran denken, zur Beantwortung der Frage der Zusammengehörigkeit von Hardware und Betriebssystem auf die begrifflichen Grundregeln des BGB über Sachen in den §§ 90 ff. BGB zurückzugreifen. Dieser Gedanke liegt ungeachtet des Streits über eine immaterielle oder eine materielle Qualität des Betriebssystems als solchem nahe, weil es als eine Form von Standardsoftware auf Computer-Disketten festgehalten ist, denen ihrerseits Sachqualität i. S. des § 90 BGB zukommt. Indes führt dieser Gedanke einer zumindest analogen Anwendung der §§ 90 ff. BGB kaum weiter: Wesentlicher (nicht sonderrechtsfähiger) Bestandteil der Hardware i. S. des § 93 BGB ist das Betriebssystem gewiß nicht. Eine Qualifikation als Zubehör nach § 97 Abs. 1 BGB bliebe folgenlos, denn für beweglichen Sachen fehlt eine dem § 926 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechende Regelung, wonach sich die Veräußerung eines Grundstücks im Zweifel auf das Zubehör erstreckt. Gleichfalls folgenlos bliebe eine Qualifikation als einfacher Bestandteil, die die Sonderrechtsfähigkeit von Hardware und Betriebssystem-Disketten nicht aufheben würde, arg. e contr. § 93 BGB. Allenfalls begründete die Bestandteileigenschaft in Zweifelsfällen ein wichtiges Indiz für die rechtsgeschäftliche (nicht sachenrechtliche) Zusammengehörigkeit beider Sachen. Darauf nimmt offenbar ein Teil der Literatur Bezug: Weil Hardware und Betriebssystem unverkennbar und unmittelbar in ihrer Funktionalität aufeinander bezogen und miteinander verschränkt seien, gehöre beim Computererwerb die Betriebssystem-Software als ein Bestandteil, nämlich Teil einer einheitlichen zusammengesetzten Sache „Hardware mit Betriebssystem“ zum Hardwareerwerb dazu.¹² In Wirklichkeit ist damit freilich der Weg einer (analogen) Heranziehung der §§ 90 ff. BGB für die Problemlösung verlassen und der allein erfolgversprechende Weg einer Auslegung des schuldrechtlichen Erwerbsvertrags beschritten.

Bei dieser Auslegung darf nicht (mehr) entscheidend darauf abgestellt werden, daß die Marktdurchsetzung von Betriebssystemen in der Vergangenheit weithin durch sogenanntes *Bundling*, d. h. durch *Koppelung* des Hardware-Erwerbs mit dem Erwerb eines bestimmten, meist vom Hardware-Hersteller entwickelten Betriebssystems erfolgte, das vielfach bereits vom Veräußerer auf die Hardware installiert wurde und in seinem Leistungspaket als „mitverkauft“ gesondert ausgewiesen wurde. Diese Praxis begegnet nämlich kartellrechtlichen Bedenken, die im deutschen GWB an die Vorschriften der §§ 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und 18 Abs. 1 Nr. 4 knüpfen, hier indes nicht vertieft werden können.¹³ In den USA wurden diese Koppelungspraktiken bereits Ende der sechziger Jahre untersagt.¹⁴ Auf dem amerikanischen wie auf dem deutschen Markt für Personal Computer werden inzwischen

„Hardware allein funktioniert nicht.“

Hardware und Betriebssystem

Zwischen „bundling“ und Hardware-Kauf ohne Betriebssystem

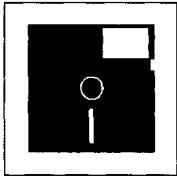
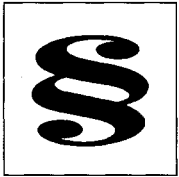
¹⁰ Vgl. nur *Junker*, Computerrecht, Tz. 261 ff.

¹¹ Zu Leasingverträgen allgemein vgl. Bd. 1, §§ 3 ff.

¹² *Brandi-Dobrn*, CR 1986, 63, 64 m. w. N.

¹³ Zur Problematik der Koppelungen vgl. etwa *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tz. 554.

¹⁴ Darstellungen bei *Junker*, Computerrecht, Tz. 56 ff.; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Tz. 50 ff.



zahlreiche Betriebssysteme angeboten, die als Konkurrenzprodukte zu MS-DOS unabhängig vom Hardware-Erwerb installiert werden können. Eine Verkehrssitte i. S. d. § 157 BGB, dergemäß die Überlassung von Betriebssystem-Software stets als „unselbständige“ Leistung zum Hardwareerwerb geschuldet ist und Hardware mit Betriebssystem-Disketten eine einheitliche zusammengesetzte Sache bilden, dürfte es daher auf dem Markt für Personal Computer kaum mehr geben¹⁵, auch wenn der gemeinsame Vertrieb von Hardware und Betriebssystem nach wie vor verbreitet ist. Letztlich muß, wo eine ausdrückliche Vereinbarung über ein Betriebssystem fehlt, der Hardwarevertrag nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ausgelegt werden, §§ 133, 157, 242 BGB. Danach kann der Kunde beim Kauf eines PCs im Kaufhaus gewiß nicht ohne weiteres auch die Überlassung eines Betriebssystems beanspruchen. Schuldet der Hardwaregeber demgegenüber die Bereitstellung und Installation eines Rechners in der Weise, daß ein vom Hardwarenehmer avisiertes Anwenderprogramm darauf betrieben werden kann, dürfte er im Einzelfall auch ohne nähere Vereinbarung zur Überlassung von Betriebssystem-Software verpflichtet sein.¹⁶ Die Öffentliche Hand hat ihre Musterverträge im Sinne des Bundling ausgestaltet: So gerät der Hardwaregeber nach §§ 7–9 BVB-Kauf¹⁷ dann mit seiner Hauptleistungspflicht in Verzug, wenn er bei einem Hardware-Überlassungsvertrag nicht innerhalb der Leistung auch die geeignete Betriebssystem-Software installiert hat. Mängel des Betriebssystems gelten als Mängel der Hardware i. S. d. § 9 BVB.

3. Standardsoftwareverträge

a) Gründe und Hintergründe der Qualifikationsprobleme

*Typisierung bei dauerhafter
Software-Überlassung*

Die Typisierung eines Computervertrages, der nicht auf zeitlich begrenzte, sondern auf dauerhafte Überlassung im Sinne endgültiger Verschaffung von Standardsoftware gerichtet ist, hat der Rechtswissenschaft bisher vor allem aufgrund der Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes Schwierigkeiten bereitet. Der Softwaregeber erfüllt seine Vertragspflichten aus einem solchen Vertrag, indem er dem Besteller ein auf einem Programmträger (Diskette) gespeichertes Programm, gegebenenfalls begleitet von einer in Buchform gefaßten Dokumentation (Programmbeschreibung), verschafft. Das Programm selbst ist ein bloßes „Gedankending“, ein Geisteswerk ohne Körperlichkeit. Aber die Speicherung des Programms erfolgt im Wege der physikalischen Magnetisierung des Programmträgers. Der Gegenstand der Leistung setzt sich mithin aus einem körperlichen Element (Programmträger, Dokumentation) und einem unkörperlichen Element (Programm) zusammen. In Literatur und Rechtsprechung entbehrt bislang die Frage einer allgemein konsentierten Antwort, wie dieses Leistungskonglomerat vertragsrechtlich zu qualifizieren ist, insbesondere ob das körperliche oder das unkörperliche Element den Schwerpunkt der Leistung ausmacht und dem Vertrag sein Gepräge gibt.

*Nicht nur eine Frage
akademischer Natur –
oder: Das Urheberrecht vor der
Zitadelle des Vertragsrechts*

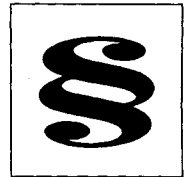
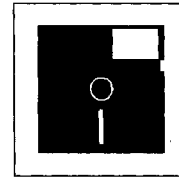
Die Frage ist keineswegs „rein akademischer Natur“; im Gegenteil sind mit ihr massive wirtschaftliche Interessen verknüpft. Aus der Interessenlage der Softwarenehmer heraus wird man eher zu einer Betonung der Körperlichkeit des Vertragsgegenstands neigen, weil sich damit das Übertragungsgeschäft eher als ein auf die Erlangung der umfassenden und abschließenden Verfügungsgewalt ausgerichtetes Erwerbsgeschäft erfassen läßt (schuldrechtlicher Kaufvertrag und sachenrechtliches Übereignungsgeschäft). Demgegenüber entspricht es der Interessenlage der Softwareproduzenten, den immateriellen Charakter eines Computerprogramms zu betonen, um unter Berufung auf das nur teilweise übertragene geistige Eigentum die Rechtsposition des Erwerbers begrenzen, kontrollieren und sich an der Software möglichst Rechte vorbehalten zu können. Liest man die von den Produzenten aufgesetzten Softwareüberlassungsverträge, dann wird das Bestreben deutlich, durch den Vertragstext eine kaufvertragliche Qualifizierung zu erschweren und statt dessen eine lizenzvertragliche als naheliegend erscheinen zu lassen.¹⁸ Juristisch zielt der urheberrechtlich-lizenzvertragliche Ansatz nach einer treffenden Ausdrucksweise von *Abbo Junker*

¹⁵ Anders das LG Bielefeld, CR 1986, 444 mit Anm. *Kindermann* – „Systemsoftware“ für ein Nixdorf-System, das nur mit einem von Nixdorf selbst entwickelten Betriebssystem betrieben werden konnte; vgl. auch LG Aachen, NJW-RR 1986, 1246 = iur 1987, 299 m. Anm. *Zahrnt*; zum ganzen *Pöttsch*, Die rechtliche Einheit von Hardware und Software, insbes. S. 37 ff.

¹⁶ So etwa das OLG Karlsruhe, CR 1991, 410 mit Anm. *Bartsch*; vgl. auch *Junker*, Computerrecht, Tz. 264 ff.

¹⁷ Beilage Nr. 15/74 zum BAnz. Nr. 135 vom 25.7.1974, S. 3 ff.

¹⁸ Vgl. *Pagenberg/Geissler*, Lizenzverträge, 1989, S. 588 ff.; *Groß*, Lizenzvertrag Standardsoftware, 1991.



darauf ab, daß „urheberrechtliche Zweckübertragungsgedanken – das Urheberrecht hat die Tendenz, möglichst weitgehend beim Urheber zu verbleiben (§ 31 V UrhG) – in die Zitate des Vertragsrechts einbrechen“.¹⁹

Das Qualifizierungsproblem stellt sich allein bei den auf die dauerhafte Überlassung von Programmen gerichteten Standardsoftwareverträgen. Demgegenüber haben die auf zeitlich begrenzte Überlassung von Software gerichteten Computerverträge keine nennenswerten Qualifikationsprobleme aufgeworfen. In Rechtsprechung und Literatur besteht weitgehende Übereinstimmung darüber, daß auf solche Verträge das *Pachtrecht* der §§ 581 ff. BGB Anwendung findet. Gemäß § 581 Abs.1 BGB können (körperliche und unkörperliche) *Gegenstände*, also nicht nur (bewegliche und unbewegliche) Sachen, sondern auch Forderungen, Rechte und sonstige nutzbare Vermögenswerte verpachtet werden, so daß die umstrittene Einordnung des Leistungsgegenstandes von Softwareverträgen bei nur zeitweiser Nutzungsüberlassung keine Rolle spielt.²⁰ In das vorgestellte Gesamtbild der Qualifizierung von Standardsoftware fügt sich bruchlos ein, daß sie auch Gegenstand eines *Leasingvertrages* sein kann.²¹ Nur bei Verträgen, die auf eine dauerhafte, endgültigen Softwareüberlassung gerichtet sind, kommt es zum Schwur.

Zeitlich begrenzte Software-Überlassung: Pachtrecht

b) Die Buchanalogie

Freilich begegnet man auch der Auffassung, die erwähnte Dichotomie zwischen körperlichen und unkörperlichen Leistungsteilen bestehe bei Verträgen über die endgültige Überlassung von Standardsoftware gar nicht, vielmehr sei das auf Datenträger gespeicherte Computerprogramm selbst als ein einheitlicher körperlicher Gegenstand und damit als eine Sache nach § 90 BGB anzusehen. Programme bzw. Steuerungsabläufe jeder Art bedürften im Gegensatz zu unkörperlichen Immaterialgütern der Verkörperung in unterschiedlichen Speichermedien. Von einem wertenden Standpunkt aus könne nicht sinnhaft zwischen einer „rein mechanischen“ Lochkarte, auf der ein Steuerungsablauf in unmittelbar körperlich wahrnehmbarer Weise festgehalten wird, und einer Diskette unterschieden werden, auf der im Wege der Magnetisierung ein Computerprogramm gespeichert ist.²² Bereits die Prämissen dieses Ansatzes begegnen indes Bedenken, denn im Immaterialgüterrecht ist der Gedanke vertraut, daß jede urheberrechtlich geschützte Werkform – nicht nur ein Steuerungsablauf – eine der Wahrnehmung durch menschliche Sinne zugängliche Form annehmen muß²³, ohne daß von der Notwendigkeit eines Trägermediums (Luft, Wasser, Magnetplatte) bereits auf eine Körperlichkeit des Geisteswerkes selbst geschlossen würde. Die *reductio ad absurdum* ist schnell formuliert: Andernfalls wäre auch ein Musikwerk als körperlicher Gegenstand zu begreifen, der sich aus in geordneten Mustern bewegten Luftmolekülen (Schall) bildete. Eine derart „atomistische“ Betrachtungsweise entzieht sich offenbar jeder Verkehrsanschauung, aus der heraus der Sachbegriff des § 90 BGB zu konkretisieren ist.²⁴ Im übrigen wirft sie schwer lösbare Folgeprobleme auf, die schon beim Speichern zweier Programme auf einer Diskette beginnen.

Programm und Datenträger ein einheitlicher körperlicher Gegenstand?

Auf der Suche nach einem adäquaten Qualifizierungsansatz für Verträge über die dauerhafte Überlassung (Verschaffung) von Standardsoftware erscheint ein systematischer Vergleich zu anderen Fallkonstellationen erfolgversprechender, in denen gleichfalls Information und Informationsträger gemeinsam erworben werden. Es kann ja bei der vertragstypologischen Einordnung eines modernen Vertragstyps nicht darum gehen, die Grundbegriffe der gesetzlichen *essentialia negotii* einzelner Vertragstypen einer Totalrevision mit dem Ziel neuer begrifflicher Grenzziehungen zu unterziehen; sinnvoll ist allein eine Einbindung der neuen Vertragstypen in die bestehenden kategorialen Begriffssysteme im Wege analogischwertender Gleichsetzungen oder Abgrenzungen der neuen und der alten Rechtsstoffe mit-

Andere Fälle des Erwerbs von Information samt Informationsträger

¹⁹ *Junker*, NJW 1992, 1733, 1736.

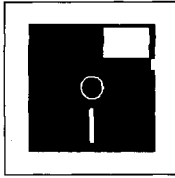
²⁰ Vgl. nur BGH, NJW 1981, 2684 – „System 2000“; *Malzer*, Der Softwarevertrag, S. 225 ff.; a. A. und für *Miete König*, Das Computerprogramm im Recht, Tz. 698, der jedoch die Abgrenzung zwischen *Miete* und *Pacht* verkennt.

²¹ BGH, NJW 1984, 2938 = CR 1986, 79 = iur 1988, 133 m. Anm. *Zahrnt* – „System 6600“. Vgl. nunmehr auch BGH, NJW 1989, 3222 = jur-pc 1989, 299–305 = CR 1990, 189 – „Benutzerhandbuch“; ausführlich zum *Software-Leasing Graf v. Westphalen*, Der Leasingvertrag, 4. Aufl. 1992, Rdnrn. 1082 ff.

²² *Hoeren*, Softwareüberlassung als *Sachkauf*, Tz. 70 ff.; *König*, Das Computerprogramm im Recht, Tz. 254 ff, 270 ff.; *Marly*, BB 1991, 432 ff. Gegen die Auffassungen von *König* und *Marly* jetzt *Redeker*, NJW 1992, 1739.

²³ *Loewenbeim*, in: *Schricker*, Urheberrecht, § 2 Rdnr. 9 m. w. N.

²⁴ *Münchener Kommentar-Holch* (2. Aufl. 1984), § 90 Rdnr. 6.



*Einwände gegen die
Vergleichbarkeit der
Computer-Diskette mit dem
Informationsträgermedium
Buch*

bzw. voneinander. In diesem Licht liegt es prima facie nahe, den Softwareerwerb mit dem Bucherwerb zu vergleichen²⁵, denn hier wie dort kann zwischen dem körperlichen Träger der Information (Papier, Druckschwärze, Karton, Leinen) und der Information selbst als geistigem Substrat (Gedanken, Sinnbeziehungen) unterschieden werden. Der Bundesgerichtshof hat den Erwerb von Büchern seit jeher als reinen Sacherwerb angesehen.²⁶ Lediglich eine in der Literatur vertretene Mindermeinung behauptet eine Doppelnatur des schuldrechtlichen Bucherwerbsvertrages und will hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen konstruktiv feinsinnig differenzieren: Mängel der körperlichen Beschaffenheit des Buches sollten unmittelbar zur Anwendung des kaufvertraglichen Sachmängelgewährleistungsrechts führen, während Mängel, die die verkörperte Information selbst betreffen, allenfalls nach einer vorsichtigen analogen Heranziehung dieser Vorschriften dieselben Rechtsfolgen auslösen dürften.²⁷

Gegen die Vergleichbarkeit der Computer-Diskette mit dem Informationsträgermedium Buch ist in der Literatur jedoch der Einwand erhoben worden, im Gegensatz zur Diskette sei das Buch als Informationsträger unmittelbar sinnlich wahrnehmbar, weshalb der Wert des Buches als Gesamtleistung auch durch seine äußerliche Gestaltung und nicht allein durch die vermittelte Information bestimmt werde. Ein „schönes Buch“ sei eben nicht zuletzt ein äußerlich ansprechend gestalteter Gegenstand. Schließlich stünde beim Softwarevertrag anders als beim Buch der Wert zwischen vermittelter Information und Informationsträger in einem wesentlich größeren Mißverhältnis.²⁸ Indes läßt sich das mit der Buchanalogie sympathisierende Judiz durch das disproportionale Wertverhältnis zwischen Trägermedium und Immaterialgut beim Softwareerwerb nicht nachhaltig irritieren. Bei näherer Überlegung bieten nämlich Wertverhältnisse zwischen Information und Informationsträger wie alle Quantifikatoren nur graduelle Abgrenzungsmöglichkeiten, die sich einer letzten Objektivierung entziehen; denn machte man mit dem Maßstab des Wertverhältnisses ernst, müßte für ein Sachbuch, in dem ein besonders gewinnträchtiges Fertigungsverfahren dargestellt wird, etwas anderes gelten als für den Abenteuerroman, der sich in einem flüchtigen Unterhaltungseffekt erschöpft. Die Irrelevanz des Wertverhältnisses zwischen Trägermedium und Immaterialgut wird zudem schnell deutlich, wenn man in die Betrachtung auch bespielte Bild- und Tonträger (Video-, Tonbandkassetten, Schallplatten, Compact Discs) einbezieht, deren Erwerb ebenfalls als Kaufvertrag über einen körperlichen Gegenstand eingeordnet wird.²⁹ Hier stellt sich das Wertverhältnis zwischen Informationsträger und gespeicherter Information regelmäßig als ebenso oder doch vergleichbar relationiert wie beim Softwareerwerb dar. Wird aber das Verpflichtungsgeschäft über die entgeltliche Verschaffung bespielter Bild- und Tonträger ebenso als Kaufvertrag wie der Bucherwerb behandelt, dann kann auch die Abhängigkeit einer sinnlichen Wahrnehmbarkeit des Computer-Disketteninhalts von der Zuhilfenahme technischen Geräts wertungsmäßig schwerlich eine unterschiedliche Qualifizierung rechtfertigen. Nicht anders als jene Bild- und Tonträger geben auch die magnetisierten Disketten erst bei Einsatz besonderer Lesegeräte die gespeicherte Information preis. Damit erledigt sich zugleich der Einwand, das Buch gebe über die bloße Transport- und Verkörperungsfunktion hinaus Raum für ästhetische Gestaltungen, denn Bild- und Tonträger lassen diese Dimension gleichfalls vermissen. Das Konsumentenurteil, es handle sich um eine „schöne Kassette“, wird in den Verkehrskreisen am Ende nur auf das aufgenommene Werk, nicht aber auf den Informationsträger selbst bezogen, auch wenn nach gängiger Auffassung die körperliche Kassette als solche und nicht die auf ihr gespeicherte visuelle oder akustische Information „gekauft“ wird. Das Speichermedium gibt bei Computer-Disketten nicht anders als bei Bild- und Tonträgern der Gesamtleistung das Gepräge, weil es als einziges unmittelbar sinnlich wahrnehmbar ist.

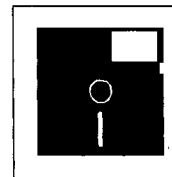
²⁵ *Ellenberger/Müller*, Zweckmäßige Gestaltung von Hardware-, Software- und Projektverträgen, S. 38; *Engel*, BB 1985, 1159, 1162 f.

²⁶ BGH, NJW 1958, 138 – „Geschichtsbuch“; BGH, NJW 1970, 1963 – „Kommafehler“; BGH, NJW 1973, 843 – „Nottestamentsmappe“.

²⁷ Vgl. nur *Lang*, Die Haftung für Fehler in Druckwerken (1982), S. 21 ff.

²⁸ *Junker*, Computerrecht, Tz. 320; *König*, Das Computerprogramm im Recht, Tz. 364 ff.

²⁹ BGHZ 102, 135, 142 = CR 1988, 124, 126 = iur 1988, 16–23 – „Basic-Übersetzungsprogramm“: „Insofern läge hier kein wesentlicher Unterschied gegenüber dem Verkauf von Büchern oder Schallplatten vor.“ Vgl. auch zum Kauf von Videokassetten BGH, GRUR 1989, 417, 419 – „Kauf mit Rückgaberecht“. *Malzer*, Der Softwarevertrag, S. 83; Münchener Kommentar-*Westermann*, Bürgerliches Gesetzbuch (2. Aufl. 1988), § 433 BGB, Rdnr. 4 m. w. N.



Gegenüber den Stimmen, die dem Bucherwerb – vielleicht unter dem Eindruck der kulturgeschichtlichen Aura des Buches – bei der vertragstypologischen Qualifikation eine Sonderrolle gegenüber den vermeintlich technizistischen Computer-Disketten einräumen wollen, drängt sich die im Ergebnis gleichartige Vergegenständlichung eines Immaterialgutes durch den Informationsträger als das konstante und entscheidende Moment im Vergleich von Büchern einerseits sowie Bild-, Ton- und Datenträgern andererseits auf. Diese natürliche Betrachtungsweise, dergegenüber die physikalischen Unterschiede der Informationsträgerschaft zurücktreten, findet eine schlagende Bestätigung darin, daß die vom Warenangebot angesprochenen Verkehrskreise die Information mit dem Informationsträger selbst gleichsetzen. Nichts hindert den Rechtsanwender daran, an diese natürliche Betrachtungsweise für die juristische Qualifizierung des auf die Verschaffung von Standardsoftware gerichteten Vertrags anzuknüpfen. Gerade *im und für den Erwerbsakt* erfährt bei Computer-Software auch der immaterielle Leistungsteil für die Vertragsparteien eine Vergegenständlichung in Richtung auf *traditionellen Warencharakter*. Gewiß erwirbt der Softwarenehmer zuerst ein Geisteswerk, dieses wird ihm jedoch in der vom Urheber vorgegebenen definitiven Formengestalt wie ein „Werkstück“ geliefert. Im Gegensatz zum typischen Lizenznehmer eines Immaterialgüterrechts setzt er das immaterielle Recht nicht in ein Endprodukt um, sondern verwendet seine Verkörperung wie ein Werkzeug oder eine Maschine im Produktionsprozeß. Dem Softwarenehmer geht es denn auch in seinem wirtschaftlichen Erwerbsinteresse ebenso wie dem Softwaregeber in seinem Verschaffungsinteresse nicht um die Originalität und den geistigen Aufwand, die bei der Erstellung des Programmes eine Rolle spielten, sondern nur noch um das Erzeugnis. Für den Softwaregeber erkennbar interessiert den Nehmer weniger die Nutzung einer Idee oder Technik als vielmehr (wenn nicht ausschließlich) der Erwerb einer ganz konkreten Gestaltungsform, eines „fertigen Produkts“. Ein Standardsoftwareprogramm deckt entweder ein bestimmtes Funktionsspektrum ab oder nicht, es *funktioniert* wie eine Sache oder es funktioniert nicht.³⁰ In diesem Licht ist es zu begrüßen, daß der Bundesgerichtshof, der die Frage der rechtlichen Einordnung des Erwerbs von Standardsoftware zunächst offengelassen hatte, nunmehr ebenso wie die herrschende Meinung in der Literatur das gesetzliche Regelungsprogramm des Sachkaufes der §§ 433 ff BGB anwendet.³¹ Inzwischen entspricht es „*der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, daß auf die Überlassung von Standardsoftware gegen einmaliges Entgelt Kaufrecht zumindest entsprechend anzuwenden ist*“.³²

Die gezogenen Parallelen büßen an Überzeugungskraft auch dann wenig ein, wenn sich die Softwareverschaffung in Ausnahmefällen ohne Zuhilfenahme eines körperlichen Speichermediums vollzieht, der Softwaregeber etwa seinem Kunden ein Programm im Wege der Datenfernübertragung überspielt. Zwar fehlt es in solchen Fällen unverkennbar an der äußerlichen Verkörperung der Software; dies vermag jedoch die inhaltliche Vergegenständlichung der Software in Richtung auf einen traditionellen Warencharakter nicht wesentlich zu beeinträchtigen. Wie bei einer Softwarelieferung mittels Diskette erscheint auch hier die Heranziehung der kaufvertraglichen Vorschriften, insbesondere des Sachmängelgewährleistungsrechts, gerechtfertigt.³³ Es darf nicht unerwähnt bleiben, daß bei aller Schärfe der Auseinandersetzung um die richtige Einordnung des Leistungsgegenstandes der Unterschied der divergierenden Ansichten im Hinblick auf die praktisch bedeutsamen Rechtsfolgen meist marginal ist. Die sich gegen eine unmittelbare Geltung des Sachkaufrechts aussprechenden Stimmen, plädieren meist im

Kulturgeschichtliche Aura des Buches vs. vermeintlich technizistische Computer-Disketten?

Software-Erwerb per DFÜ.

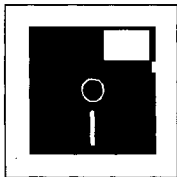
Rechtsfolgen des Streits um die Sach-Eigenschaft von Software meist marginal

³⁰ So zutreffend *Malzer*, Der Softwarevertrag, S. 144 ff. und 269. Dies konzedieren auch Autoren, die den Erwerb von Standardsoftware nicht als Sachkauf einordnen: *Junker*, Computerrecht, Tz. 407; *Köhler*, CR 1987, 827, 828 ff.

³¹ BGHZ 109, 97, 99 = CR 1990, 24, 26 = jur-pc 1990, 406–410 – „Software-Abzahlungskauf“; BGHZ 110, 130 = CR 1990, 384 – „Heimverwaltung“; BGHZ 112, 264 = CR 1991, 80 = jur-pc 1991, 888–896 – „Betriebssystem“; vgl. dazu *Mincke*, jur-pc 1991, 932; offen blieb die Entscheidung in: BGH, CR 1987, 358 – „Architekturprogramm“; BGHZ 102, 135 = CR 1988, 124 = iur 1988, 16–23 – „Basic-Übersetzungsprogramm“; vgl. im übrigen für die herrschende Literatur, welche ebenfalls von einem Sachkauf ausgeht, *König*, Das Computerprogramm im Recht, Tz. 259 Fn. 21; *Ruppelt*, Die Überlassung von Computerprogrammen, S. 26 und 33 f.; *v. Ohlen*, Die rechtliche Einordnung des Softwareüberlassungsvertrages, S. 137; *Hoeren*, CR 1988, 908; *ders.*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Tz. 143; *Soergel-Huber*, BGB-Komm. (12. Aufl. 1992), Rdnr. 267 vor § 433; *Mehrings*, NJW 1986, 1904; *Brandi-Dobrn*, Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln, 1988, S. 22; *Bartl*, CR 1985, 13 ff., 14: „Bei fertig ‚konfektionierter‘ Standardsoftware und zeitlich unbegrenzter Überlassung ist regelmäßig ein Kaufvertrag anzunehmen.“

³² So BGH, NJW 1990, 3011 = CR 1990, 707, 708 mit Anm. *Köhler* – „Geräteverwaltung“.

³³ So auch der BGHZ 109, 97, 100 = CR 1990, 24, 26 = jur-pc 1991, 888–896 – „Software-Abzahlungskauf“; BGHZ 110, 130, 137, 386 = CR 1990, 384 – „Heimverwaltung“; vgl. dazu *König*, NJW 1990, 1584; *Heymann*, CR 1990, 112; *Hoeren*, JZ 1990, 239; *Mincke*, jur-pc 1991, 932, 934; *Zabmt*, BB 1990, Beilage 24, 4.



Ergebnis für die Anwendung eben dieser Vorschriften per analogiam, weil dies jedenfalls eine rechtsfolgenorientierte Betrachtung nahelegt. Zudem neigen Literatur und Rechtsprechung bei Verträgen, die auf die Übertragung von Immaterialgüterpositionen wie Goodwill oder einen Kundenstamm gerichtet sind, ohnehin zur Anwendung des kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrechts.³⁴ Wer allerdings den Standardsoftwarevertrag als *Lizenzvertrag* („Rechtspacht“ am Programm) einordnet³⁵, muß den Softwareerwerber auf die allgemeinen Rechtsfolgen der §§ 323 ff BGB und der positiven Vertragsverletzung verweisen.³⁶ Keine größere Gefolgschaft finden demgegenüber Ansätze, die eine Einordnung des Standardsoftwarevertrags als *Know-How-Vertrag*³⁷ bzw. als *Vertrag sui generis*³⁸ favorisieren.

*Werkvertrag bzw.
Werklieferungsvertrag*

4. Individualsoftwareverträge

Vereinbaren die Vertragsparteien die Herstellung und Lieferung von Individualsoftware, liegt nach einhelliger Ansicht ein *Werkvertrag* gemäß §§ 631 ff BGB bzw. ein *Werklieferungsvertrag* über einen unvertretbaren Gegenstand gemäß § 651 Abs. 1 S. 2 BGB vor³⁹, bei dem der Softwaregeber als Unternehmer das Werk der Herstellung einer den Vorgaben des Softwarenehmers als des Bestellers folgenden Software schuldet. Umstritten ist freilich auch insoweit, ob Vertragsgegenstand ein körperliches oder ein immaterielles Werk ist, doch wirkt sich dieser Streit auf die werkvertraglichen Rechtsfolgen des Individualsoftwarevertrags praktisch nicht aus. Insbesondere kommt der Frage des körperlichen oder immateriellen Werkcharakters keine praktische Bedeutung für die in § 640 BGB geregelte Abnahmepflicht des Bestellers zu. Nach gängiger Definition wird unter der werkvertraglichen Abnahme die körperliche Entgegennahme des Werkes mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Billigung als im wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung verstanden.⁴⁰ Die Ungenauigkeit dieser Definition wird gerade bei Software evident. Wer die Softwareherstellung und Lieferung für einen immateriellen Leistungsgegenstand hält, muß zwar eine körperliche Entgegennahme ausschließen, kann aber dennoch den Leistungsgegenstand seiner Eigenart nach als abnahmefähig i. S. des § 640 I BGB ansehen, denn diese Vorschrift stellt mit keinem Wort auf die Körperlichkeit des Werks ab.⁴¹ Für einen Rekurs auf § 646 BGB besteht auch für die Befürworter eines immateriellen Werkcharakters von Computer-Software kein Anlaß.

*Zeitpunkt der stillschweigenden
Abnahme: Wann?*

Klärungsbedürftig bleibt jedoch, ab welchem Zeitpunkt der Unternehmer von einer stillschweigenden Abnahme durch den Besteller ausgehen darf. Die auf die Bedürfnisse eines bestimmten Bestellers zugeschnittene Individualsoftware muß häufig in Probeläufen innerhalb des Besteller-Unternehmens getestet werden.⁴² Wollte man bereits die Zulassung einer

³⁴ Junker, Computerrecht, Tz. 339 ff. m. w. N.

³⁵ Vgl. dazu Kindermann, GRUR 1983, 150, 152; Engel, BB 1985, 1159, 1163 f.; Kilian, Haftung für Mängel der Computersoftware, S. 35 f.; Heussen, GRUR 1987, 779, 788 f.; vgl. auch OLG Stuttgart, CR 1986, 639, 640 mit Anm. Etter = iur 1987, 57–60 – „Architekturprogramm“. Vgl. ferner die z.T. differenzierenden Ansätze von Müller-Hengstenberg, CR 1986, 441; Brandi-Dorn, CR 1986, 63; Ruppelt, Die Überlassung von Computerprogrammen, S. 21 ff.; ders., CR 1988, 994; Braun, BB 1992, 154; Borrmann/Borrmann, DB 1991, 2641. Umfangreicher Nachweis bei Malzer, Der Softwarevertrag, S. 37, Fn. 15.

³⁶ Auf den Lizenzvertrag finden nach wohl h. Verständnis die Regelungen der Rechtspacht (§ 581 BGB) und das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 323 ff. BGB Anwendung; vgl. aus Sicht der Software-Problematik ausführlich Malzer, Der Softwarevertrag, S. 52 ff.

³⁷ So ursprünglich der BGH, NJW 1981, 2684 – „System 2000“. Für einen Know-How-Software Lizenzvertrag auch Kilian, CR 1986, 187, 195. Zur Bestimmung von Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Know-How-Vertrages vgl. oben § 19 III.

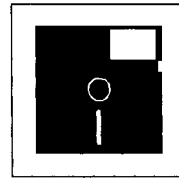
³⁸ Lauer, BB 1982, 1758, 1759, 1763, allerdings mit Nähe zum Know-How-Vertrag.

³⁹ BGH, NJW 1990, 3008 = CR 1991, 86, 87 – „Holz- und Baustoffsystem“ – mit Anm. Brandi-Dohrn; BGH, NJW 1991, 2135 = CR 1991, 604 – „Laufzeitbeginn“; BGHZ 102, 135, 141 = CR 1988, 124, 126 = iur 1988, 16–23 – „Basic-Übersetzungsprogramm“; BGH, CR 1986, 799, 800 – „S-Projekt“; BGH, WM 1971, 615, 616 – „Testauswertung“; OLG Celle, CR 1991, 219 mit Anm. Zeuner. Aus der umfangreichen Literatur vgl. nur Engel, BB 1985, 1159, 1161; Koch, Computer-Vertragsrecht, Tz. 555; Lutz, GRUR 1976, 331, 334; Bartl, CR 1985, 13 ff.; Mehrings, NJW 1986, 1904; Graf v. Westphalen/Seidel, Aktuelle Rechtsfragen der Software-Vertrags- und Rechtspraxis, S. 5 ff.

⁴⁰ BGHZ 48, 257, 262.

⁴¹ Vgl. etwa Junker, Computerrecht, Tz. 371 f.; ders., NJW 1990, 1575, 1579.

⁴² Vgl. insoweit OLG Hamburg, CR 1986, 83, 84 mit Anm. Unger = iur 1986, 264–265 – „Getränkemischanlage“; OLG Celle, CR 1988, 219 (Ls.) – „Auftragsbearbeitung“.



Testserie in seinem Betrieb als eine stillschweigende Abnahme der Software durch den Besteller auslegen, büßte er seinen primären allgemeinen Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB und seine allgemeinen Leistungsstörungsrechte nach §§ 323 ff BGB zu einem Zeitpunkt ein, zu dem die Lauffähigkeit des Programms und seine Eignung als vertraglich geschuldete Leistung noch nicht feststehen können; der Gefahrübergang nach §§ 644, 645 BGB träte ein, die Verjährungsfrist des § 638 BGB begönne zu laufen, die Vergütung würde nach § 641 BGB fällig. Dies erschiene evident unbillig, denn anerkanntermaßen ist die Herstellung von Spezialsoftware ein äußerst diffiziles und fehleranfälliges Verfahren. Nicht selten wird die definitive Gestalt des Programmes erst nach längerer praktischer Erprobung am Einsatzort gefunden, für deren Durchführung die Softwaregeber mit den Bestellern langfristige, unentgeltliche Wartungsvereinbarungen treffen.⁴³ Dadurch erhält der Besteller die Gelegenheit, den Unternehmer auf Fehlfunktionen hinzuweisen, die erst beim praktischen Betrieb auftreten, und ihn zu einer Verbesserung des Programmes anzuhalten. Der Softwaregeber spart dadurch Entwicklungszeit bis zur Fertigstellung der betriebsspezifisch einsetzbaren Programmversion, was wegen der beschleunigten Verfügbarkeit des Programms auch im Bestellerinteresse liegt. Angesichts dieser Sach- und Interessenlage ist zu überprüfen, ab welchem Zeitpunkt ein konkludentes Verhalten des Bestellers und Softwarenehmers als Abnahme i. S. des § 640 BGB angesehen werden kann. Es verbietet sich gewiß, hierfür erst auf jenen Zeitpunkt abzustellen, in dem die Software in seinem Betrieb nachweisbar völlig fehlerfrei läuft.⁴⁴ Sein Verhalten ist vielmehr schon dann als Abnahme des bestellten Werks auszulegen, wenn er die Software trotz vorhandener Mängel produktiv einsetzt und die Mängel nicht so stark wiegen, daß sie den produktiven Prozeß nachhaltig stören: Als ein Indiz dafür dient es dem Rechtsanwender, wenn der Softwarenehmer die Software weiterlaufen läßt, nachdem er die Mängel entdeckt hat.⁴⁵

5. Individualsoftware und Quelltext

Bei Individualsoftwareverträgen ist unter den Parteien die Frage streitträchtig, welchem der Vertragspartner das Weiterverwertungsrecht an der Software, insbesondere das Recht zu einer entgeltlichen Überlassung an Dritte zusteht. Es versteht sich, daß sich der Softwaregeber möglichst eine anderweitige Verwendung und Verwertung reservieren, daß aber auch der Besteller und Softwarenehmer künftige kommerzielle Verwendbarkeiten und Verwertbarkeiten „mitkaufen“ möchte. Mangels ausdrücklicher Vereinbarung zwischen den Parteien⁴⁶ hängt die Lösung ihres Interessenkonflikts davon ab, ob dem Besteller und Softwarenehmer gegenüber dem Softwaregeber regelmäßig auch ein vertraglicher Anspruch auf Überlassung auch des sogenannten Quelltextes zu der von ihm bestellten Software zuerkannt werden kann.

Vor dem Hintergrund der Bedeutung des Quelltextes ist es unschwer verständlich, daß es zwischen den Parteien des Individualsoftwarevertrags zu einem Interessenkonflikt kommt, wenn der Besteller vom Softwaregeber ohne ausdrückliche vorherige Vereinbarung die Herausgabe des Quelltextes verlangt. Dem Unternehmer und Softwaregeber ist an einer Geheimhaltung der im Quelltext dokumentierten Ideen und Algorithmen gelegen. Außerdem will er sich die Möglichkeit vorbehalten, durch Modifizierung und Fortentwicklung des Quelltextes neue Programme herzustellen, die sich anderweitig kommerziell verwerten lassen. Der Besteller hingegen hat zunächst ein unmittelbares, anwendungsbezogenes Interesse am Quelltext zu seinem Softwareprogramm, um notwendige Änderungen des Programms zur Verbesserung oder Fehlerbeseitigung vornehmen zu können.⁴⁷ Außerdem kann er ein ausgeprägtes Interesse daran haben, selbst die Software kommerziell durch Veräußerung oder Lizenzvergabe weiterzuverwerten.

Kann man künftige kommerzielle Verwendbarkeiten „mitkaufen“?

Quelltext-Herausgabeverlangen ohne explizite Vereinbarung

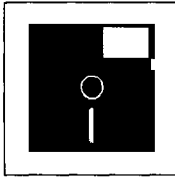
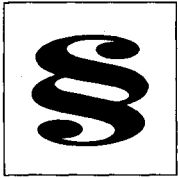
⁴³ Vgl. den Sachverhalt, der in BGH, NJW 1987, 1259 = CR 1986, 377 – „Datenfernübertragung“, zur Entscheidung anstand; Malzer, Der Softwarevertrag, S. 294 ff.

⁴⁴ So aber wohl OLG Düsseldorf, DB 1989, 520; OLG Düsseldorf, CR 1991, 538, 539 mit Anm. Feuerborn; OLG Hamburg, CR 1986, 83, 84 mit Anm. Unger = iur 1986, 264–265 – „Getränkeausmischanlage“; OLG Schleswig ZIP 1982, 457, 458 mit Anm. Ollenberger.

⁴⁵ OLG München, NJW 1991, 2158 = CR 1991, 19; ähnlich OLG Hamburg, CR 1986, 83, 84 mit Anm. Unger = iur 1986, 264–265 – „Getränkeausmischanlage“; OLG Saarbrücken, CR 1988, 470, 471 = iur 1988, 29–30; Feuerborn, CR 1991, 1, 4.

⁴⁶ Vgl. zur rechtlichen Bewertung der vertraglich vereinbarten Überlassung von Quellprogrammen/-codes König, NJW 1992, 1731; OLG Karlsruhe, CR 1991, 730 = NJW 1992, 1773.

⁴⁷ Junker, Computerrecht, Tz. 356; Malzer, Der Softwarevertrag, S. 293 f.; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Tz. 948.



Die Ansichten im Schrifttum

Abzulehnen:
Grundsätzlicher Anspruch des
Softwarenehmers auf
Herausgabe des Quelltextes

Lösungsansatz von der
„Zweckübertragungstheorie“ her

Die Ansichten im juristischen Schrifttum über eine angemessene Lösung dieses Konflikts driften weit auseinander. Nur vereinzelt wird dem Besteller ein Anspruch auf Überlassung des Quelltextes zugesprochen, weil die diesbezügliche *Wertschöpfung* nach Sinn und Zweck des Individualsoftwarevertrags regelmäßig in seinem Interesse erfolgt sei.⁴⁸ Aus entsprechenden Erwägungen beabsichtigte ursprünglich auch die Öffentliche Hand, in ihren BVB-Erstellung⁴⁹ die Software-Geber zur Übertragung aller Nutzungsrechte an der Software in dem Umfang zu verpflichten, in dem der jeweilige Besteller der Öffentlichen Hand an den Programmierstellungskosten beteiligt war.⁵⁰ Die jetzige Regelung des § 6 BVB-Erstellung trägt indes Kompromißcharakter. Danach ist der Beschaffungsverwaltung Ermessen eingeräumt, in welchem Umfang sie sich die Nutzungs- und insbesondere Weiterverwertungsrechte einräumen läßt; der Softwaregeber kann das erstellte Programm jedoch stets nur mit Zustimmung der Auftraggeberin weitergeben.

Auf Ablehnung muß zunächst ein grundsätzlicher Anspruch des Softwarenehmers auf Herausgabe des Quelltextes und auf sämtliche Verwertungsrechte daran stoßen. Denn die Vorstellung einer Totalwertschöpfung im Interesse allein des Softwarenehmers verbietet sich schon wegen der allein austauschvertraglichen Rechtsnatur des Individualsoftwarevertrags, dem ein geschäftsbesorgungsvertragliches Element der Interessenunterordnung des Softwaregebers mangelt. Keineswegs ist der Softwaregeber verpflichtet, etwa im Sinne der §§ 675, 667 BGB dem Vertragspartner „alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben“. Die Festlegung dessen, wem was gebührt, und die Verteilung der Äquivalenzen ist hier wie sonst Sache der Vertragsparteien. Aber auch die in der neuen Fassung der BVB-Erstellung angelegte Konzeption einer Aufteilung der Verwertungs-befugnisse nach den Äquivalenzverhältnissen hilft bei fehlender Parteivereinbarung nicht weiter. Denn der Rechtsanwender ist aus praktischen und rechtlichen Erwägungen daran gehindert, eine Relation zwischen der vom Softwarenehmer erbrachten Gegenleistung (Entgelt) und seiner Mitwirkung an der Programmerstellung einerseits und dem von ihm zu beanspruchenden Teil an den Gesamtnutzungsmöglichkeiten der Software andererseits herzustellen. Das zeigt schon die kaum nach Wertschöpfungsanteilen aufschlüsselbare Arbeitsteilung der Parteien, die bei der Programmerstellung und -erprobung eng zusammenwirken. Es ist auch schwierig „in Rechnung zu stellen“, daß der Softwaregeber in den Vorgang der Programmierung stets Vorwissen und Kenntnisse miteinbringt, die er als praktische Erfahrung bei der Erledigung früherer Aufträge gewonnen hat und die mit dem Werklohn des Softwarenehmers nicht unbedingt abgegolten sind. Das rechtliche Bedenken gegen die Vorstellung einer vom Rechtsanwender selbstherrlich dekretierten und in den Preisbildungsprozeß hineinregierenden Wertschöpfungsaufteilung zwischen den Parteien liegt auf der Hand.

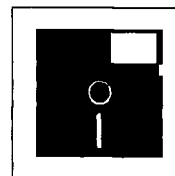
Ein systematisch eher überzeugender Ansatz zur Verteilung der Nutzungsrechte lehnt sich dagegen eng an die sogenannte *Zweckübertragungstheorie* an, die in § 31 Abs. 5 Urhebergesetz kodifiziert ist, aber als allgemeiner Rechtsgedanke über diese Vorschrift hinaus bei der Einräumung jedes Nutzungsrechts Geltung beanspruchen kann. Danach bestimmt sich der Umfang dessen, was der Besteller beanspruchen kann, nach dem mit der Einräumung des Nutzungsrechtes verfolgten Zweck.⁵¹ Einer Anwendung dieses allgemeinen Rechtsgedankens steht nicht im Wege, daß Gegenstand der Leistungspflicht – wie hier vertreten – letztlich die Herstellung eines körperlichen Werkes in Form der Softwareprogramm-Disketten bzw. der Festplatten-Installation ist, denn diese Körperlichkeit des Softwareprogramms resultiert allein aus der Vergegenständlichung des immateriellen Geisteswerks in Richtung auf einen traditionellen Warencharakter. Der Zweckübertragungsgedanke ist auf eine Ermittlung der vom Softwarenehmer beanspruchbaren Überlassungs- und Verwertungsrechte am Quelltext nach Maßgabe seines im Individualsoftwarevertrag zum Ausdruck gekommenen vernünftigen und redlichen Interesses angelegt. Dieser Ansatz führt im Ergebnis zu einer nur restriktiven Beteiligung des Softwarenehmers an den Quelltextrechten, weil er mit dem Vertrag in aller Regel allein auf eine EDV-gestützte Lösung seines eigenen konkreten betrieblichen Organisationsproblems abzielt.

⁴⁸ Malzer, Der Softwarevertrag, S. 297 ff. Ähnlich entschied das LG Mannheim, in: *Zabrnt*, DV-Rechtsprechung, Band 1, PE-8.

⁴⁹ Beilage Nr. 13 a/86 zum BAnz Nr. 13 vom 21.1.1986, S. 3 ff.

⁵⁰ Dazu *Junker*, Computerrecht, Tz. 358.

⁵¹ *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, 1. Aufl. 1986, Tz. 362 (in der 2. Aufl. 1992, Tz. 764 ff. fehlt allerdings die Bezugnahme auf § 31 Abs. 5 Urhebergesetz); *Junker*, Computerrecht, Tz. 375; ähnlich von *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Tz. 236 ff.



Die Tragfähigkeit des Zweckübertragungsgedankens und die Sachadäquanz der damit erzielbaren Ergebnisse werden durch die im Jahre 1986 ergangene BGH-Entscheidung „Datenfernübertragung“ verdeutlicht.⁵² Der BGH hat dem Besteller einen Anspruch auf Herausgabe des Quelltextes unter anderem deshalb versagt, weil mit dem Hersteller eine Vereinbarung über die kostenlose Wartung und die Fortentwicklung des Programms getroffen wurde. In der Tat erschöpft sich das schutzwürdige Interesse des Bestellers am Quelltext in der Regel darin, das lauffähige Programm warten, modifizieren und verbessern zu können. Die Übergabe des Quelltextes ist wegen der damit verbundenen Nachteile für den Softwaregeber das einschneidendste Mittel, diesem Interesse gerecht zu werden. Bietet der Softwaregeber daher die Wartung und Verbesserung des Programms unentgeltlich an, kann dem Bedürfnis des Bestellers zunächst ebensogut Rechnung getragen werden. Etwas anderes ergibt sich freilich dann, wenn die Wartungs- und Verbesserungsbemühungen des Softwaregebers ohne Erfolg bleiben bzw. verweigert werden; dann wird man dem Besteller das Recht zuerkennen müssen, die notwendigen Änderungen selbst durchzuführen.

Ein über das Wartungsinteresse hinausgehender Anspruch des Softwarenehmers auf Übergabe des Quelltextes und damit auf die Weiterverwertung des Programms besteht mithin nach der Zweckübertragungstheorie grundsätzlich nicht, weil beide Parteien mit dem Individualsoftwarevertrag nur den Zweck verfolgen, ein im Bereich des Bestellers auftretendes technisches Problem durch Einsatz von Software zu lösen. Ebenso wenig wie der Käufer einer Maschine vom Hersteller die Aufdeckung aller Betriebsgeheimnisse verlangen kann, die bei deren Fertigung zum Einsatz gekommen sind, darf ein Softwarenehmer die Zurverfügungstellung der im Quelltext dokumentierten Betriebsgeheimnisse vom Softwaregeber beanspruchen. Soweit die Funktionsweise als Arbeitsmittel bei einer Maschine oder bei Software nicht beeinträchtigt und für die Zukunft sichergestellt ist, kann ein schutzwürdiges Interesse auf Einblick in den Fertigungsprozeß schwerlich substantiiert werden. An dieser Vergleichbarkeit zeigt sich einmal mehr die Verdinglichung von Computer-Software in Richtung auf einen traditionellen Warencharakter. Durchaus erlaubt der Zweckübertragungsgedanke auch für ungewöhnliche Konstellationen sachadäquate Lösungen. Diente etwa die bestellte Software speziell dem Geheimnisschutz im Unternehmensbereich des Bestellers und Softwarenehmers, dann darf nach dem Zweck der Softwareüberlassung der Softwaregeber sein Programm nicht gegenüber Dritten unmodifiziert vermarkten. Selbst die modifizierte Weitergabe muß an ein Zustimmungsrecht des Softwarenehmers gebunden sein, wie es in § 6 BVB-Erstellung statuiert ist.

6. Software- und Hardwarewartungsverträge

Das Interesse des Erwerbers von Hardware und von Standard- oder Individualsoftware erschöpft sich kaum je im bloßen Empfang der auf seine Aufgabenstellungen zugeschnittenen Geräte und Programme. Zum einen will er sich gegen Ausfälle der von ihm selbst nicht beherrschbaren Anlage absichern und Vorsorge für eine reibungslose Beseitigung von Störfällen treffen. Zum andern erfordert in der Regel der langfristige Betrieb einer Datenverarbeitungsanlage die laufende Anpassung an Bedarfsänderungen und die ständige Verbesserung zur Erzielung erweiterter Funktionalität. Dieser Leistungsbedarf geht zumindest zu einem beachtlichen Teil über die selbständigen und unselbständigen Nebenleistungen des Hard- und Softwaregebers hinaus, die er seinem Vertragspartner nach § 242 BGB an Beratung, Aufklärung und sonstiger Hilfestellung schuldet. In der Praxis wird dieser Leistungsbedarf des Computerbenutzers durch Wartungsverträge befriedigt, für die sich zwei Grundformen unterschiedlicher Rechtsnatur ausgeformt haben.

Erteilt der Hard- und Softwarenehmer dem Geber einen *Einzelauftrag* zur Wartung seiner Anlage, soll einer Mindermeinung in der Literatur zufolge ein *Dienstvertrag* nach § 611 BGB zwischen den Parteien zustandekommen, weil lediglich die ordentliche Durchführung der wartenden Tätigkeit gegen Entgelt, nicht aber ein *Wartungserfolg* werkvertraglicher Art geschuldet sei.⁵³ Es ist jedoch leicht zu erkennen, daß diese Rechtsnaturbestimmung an der Interessenlage des Auftraggebers (Hard- und Softwarenehmers) vorbeizieht, dem ein bloßes Mühewalten des beauftragten Gebers wenig nützt, sondern der zumindest im Regelfall als Ergebnis der wartenden Tätigkeit den Eintritt oder die Wiederherstellung einer bestimmten Funktionsweise erwartet. Dieser Erwartungshaltung des Auftraggebers ist sich der wartungsverantwortliche Computerspezialist bewußt, der mit seinem

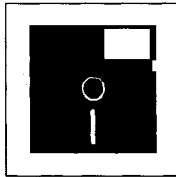
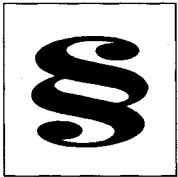
BGH: Kein Anspruch auf Quelltext bei Vereinbarung über kostenlose Wartung

Maßstab allein:
Das Wartungsinteresse

Einzel-Wartungsauftrag:
Werkvertrag

⁵² BGH, NJW 1987, 1259 = CR 1986, 377, 380 – „Datenfernübertragung“.

⁵³ Beise, DB 1979, 1214 f.; vgl. dazu auch Kühnel, BB 1985, 1227, 1231.



*Kann der
Wartungsunternehmer seine
vertraglichen Pflichten auf
Dritte übertragen?*

*Wartungs-Dauerauftrag:
Nicht Mietvertrag, sondern
Werkvertrag.*

*Anspruch auf Abschluß eines
Wartungsvertrags?*

after-sales-service wirbt und auf dessen Expertise der Auftraggeber schon bei der Anschaffung der Anlage vertraut. Das Risiko des Scheiterns der Wartungstätigkeit soll nach dem Willen der Parteien kaum beim meist sachunkundigen Hard- und Softwarenehmer liegen. Deshalb ist der herrschenden Meinung zuzustimmen, derzufolge beim Einzelauftrag ein *Werkvertrag* nach § 631 BGB zustandekommt.⁵⁴ In dieses Bild fügt sich bruchlos die BVB-Leistungsbeschreibung der Öffentliche Hand für den Vertragsgegenstand bei Softwarepflegeverträgen ein, wonach die Programme bei vertragsgemäßem Einsatz die im einzelnen genau festgelegten Funktionen erfüllen müssen (§§ 1, 4 Nr.1 der BVB-Pflege).⁵⁵

Mit dieser rechtlichen Einordnung der Einzelaufträge ist noch nicht darüber entschieden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Wartungsunternehmer seine vertraglichen Pflichten auf Dritte übertragen kann. Zwar ist der werkvertraglich verpflichtete Unternehmer anders als der Dienstleister nach § 613 S. 1 BGB keinem Substitutionsverbot ausgesetzt, weshalb auch ein Dritter gemäß § 267 Abs. 1 BGB die Leistung bewirken kann, ohne daß der Gläubiger/Besteller die Leistung ablehnen könnte. Jedenfalls aber bleibt der Werkunternehmer selbst zur Leistung bis zur Erfüllung verpflichtet. Eine *Übertragung der Wartungspflicht* unterliegt den strengen Voraussetzungen der Schuldübernahme. Insbesondere bedarf nach § 415 Abs. 1 BGB die Übernahme der Schuld durch einen Dritten durch Vertrag mit diesem der (vorherigen) Einwilligung) oder der (nachträglichen) Genehmigung des Gläubigers/Hard- oder Softwarenehmers. Der Ausschluß dieses Zustimmungserfordernisses in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Wartungsunternehmers ist als unangemessene Benachteiligung des Auftraggebers, dem nicht ohne seinen Willen ein anderer als der ausgewählte Vertragspartner aufgezwungen werden darf, nach § 9 AGBG unwirksam.⁵⁶

Vereinbaren die Parteien die Wartung von Hard- und Software über einen längeren Zeitraum hin (*Dauerauftrag*), soll nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht ein *Mietvertrag* nach § 535 BGB zustande kommen, da die Wartungspflicht des Hard- und Softwaregebers der Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 536 BGB entspreche.⁵⁷ Vorzugswürdig erscheint indes auch hier die vertragstypologische Einordnung als *Werkvertrag* nach § 631 BGB, denn zu einer interessengerechten und sachadäquaten Charakterisierung des Vertragsgegenstandes bedarf es der zweifelhaften Analogie zu den Vermieterpflichten nicht. Auch dem Werkvertrag ist ein Dauerschuldcharakter nicht fremd, wenn der geschuldete Erfolg erst nach Anstrengungen über einen längeren Zeitraum hinweg erreichbar ist. Den Werkunternehmer trifft wie den Mieter eine verschuldensunabhängige Mängelbeseitigungspflicht. Werkverträge, in denen eine Abnahme nach § 640 BGB „nach der Beschaffenheit des Werks ausgeschlossen ist“, bezieht § 646 BGB ausdrücklich in das werkvertragliche Regelungsprogramm ein. Die Vorschrift des § 649 BGB gewährt dem Besteller ein *außerordentliches Kündigungsrecht*, wenn auch in der gegenüber der vertrauten Regelung bei Dauerschuldverhältnissen modifizierten Form, daß es eines wichtigen Grundes nicht bedarf und der Unternehmer seinen Werklohnanspruch vorbehaltlich einer Vorteilsanrechnung behält; das ist eine dem Besteller willkommene Vorschrift, zu der das Mietrecht keine Parallele kennt. Daneben steht freilich bei einem Dauerschuldcharakter des Werkvertrags das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund unter Aufrechterhaltung des bisher angefallenen und unter Fortfall des künftigen Werklohnanspruchs.⁵⁸ Die praktisch wichtigen Rechtsfolgen des Dauerwerkvertrags werden der Interessenlage bei einem Computerwartungsvertrag mithin ohne weiteres gerecht. Es besteht daher entgegen manchen Literaturstimmen kein Grund, Einzel- und Dauerauftrag vertragstypologisch unterschiedlich zu qualifizieren.⁵⁹

Zur Wartung eines Hard- und Softwaresystems werden häufig nur hochspezialisierte Unternehmen in der Lage sein. So stellt sich die Frage, ob der Erwerber des Systems einen Anspruch gegen seinen Vertragspartner auch auf Abschluß eines Wartungsvertrags hat. Als mögliche Anspruchsgrundlage für einen derartigen „Kontrahierungszwang“ sind zuerst die

⁵⁴ OLG Karlsruhe, CR 1987, 232, 232 – Allensbach; OLG Frankfurt, DB 1983, 1482 – Austauschteile; OLG Stuttgart, BB 1977, 118, 119 – Büroorganisation; OLG München, CR 1990, 511; *Graf v. Westphalen/Seidel*, Aktuelle Rechtsfragen der Software-Vertrags- und Rechtspraxis, S. 1.

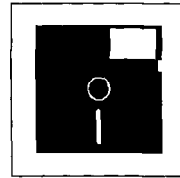
⁵⁵ Beilage Nr. 41/79 zum BAnz. Nr. 239 vom 21.12.1979, S. 4 ff.

⁵⁶ OLG Bamberg, CR 1987, 234 – „Konsensserfordernis“; *Junker*, Computerrecht, Tz. 284.

⁵⁷ *Löwe*, CR 1987, 219, 220; *Seitz*, CR 1988, 33.

⁵⁸ Vgl. etwa OLG Koblenz, CR 1987, 107 – „Plattenlaufwerke“; *Junker*, Computerrecht, Tz. 286, 279.

⁵⁹ OLG Düsseldorf, CR 1988, 31 mit Anm. *Seitz* – „Kopiergerät“; *Junker*, Computerrecht, Tz. 278 f.



kartellrechtlichen Vorschriften des § 35 i.V.m. § 26 Abs. 2 GWB zu erwägen⁶⁰, die in anderen Zusammenhängen als Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf Vertragsabschluß seit langem etabliert sind.⁶¹ Allerdings hilft diese Vorschrift ausweislich der durch die fünfte Kartellgesetznovelle von 1990 neugefaßten Vorschrift des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB von vornherein nur „kleinen und mittleren Unternehmen“.⁶² Auch ein großes Unternehmen kann aber auf Wartung durch den Spezialisten angewiesen sein. Der kartellrechtliche Anspruch auf Abschluß eines Wartungsvertrages hängt zudem von diffizilen und im Einzelfall schwer beweisbaren Voraussetzungen ab. Dazu gehört insbesondere die besondere Marktmacht oder doch Marktstärke des Normadressaten und Anspruchsgegners sowie die „Abhängigkeit“ des geschützten Anspruchstellers, dem anderweitige Ausweichmöglichkeiten verschlossen oder unzumutbar sein müssen. Vorrangig sollte sich der Rechtsanwender deshalb auf eine vertragsrechtliche Anspruchsbeurteilung besinnen.

Ein großer Teil der vom Computerbenutzer beanspruchten Wartungspflichten, wie etwa die Beseitigung von veritablen Funktionsstörungen, läßt sich in Form selbständiger Nebenpflichten (Nebenleistungspflichten) der Hard- und Softwareverträgen unmittelbar aus § 242 BGB ableiten. Ist der Hard- und Softwaregeber nicht zur eigenständigen Erfüllung dieser Pflichten in der Lage, muß er hierzu, gegebenenfalls mit Zustimmung des Hard- und Softwarenehmers (§ 415 BGB), einen Dritten verpflichten. Nur soweit der Hard- und Softwarenehmer über die bloße Störungsbeseitigung hinauslaufende Verbesserungen und Weiterentwicklungen seines Systems anstrebt, er also auf eine anlagenspezifische Fortschrittspartizipation oder eine bedarfsspezifische Innovationsmaximierung aus ist, stellt sich die Frage nach einem Anspruch auf Abschluß eines Wartungsvertrages in Ergänzung und Begleitung des Erwerbsvertrages. Sofern der Hard- und Softwarenehmer in besonderer Weise auf Wartung und Pflege des erworbenen Systems auch im Sinne einer fachkundig angeleiteten Weiterentwicklung angewiesen ist, läßt sich durchaus erwägen, ob eine Verpflichtung zum Abschluß eines ergänzenden und begleitenden Wartungsvertrages nicht aus § 242 BGB als Nebenpflicht des Hard- und Softwaregebers aus dem ursprünglichen Computervertrag abgeleitet werden kann; die grundsätzliche Eignung der Vorschrift des § 242 BGB zur Begründung von Schuldnerpflichten aufgrund von besonderen pflichtenbegründenden Vertrauensumständen ist, wenn auch in engen Grenzen, anerkannt.⁶³ Ansatzpunkt solcher Überlegungen kann dabei sein, daß sich der Geber oft gegenüber dem Nehmer im Computervertrag nach den Umständen des Einzelfalls zu einer Leistung verpflichtet hat, die nur bei einer fachmännischen Wartung, Betreuung und Weiterentwicklung wirtschaftlich langfristig sinnvoll genutzt werden kann. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit der Hard- und Softwaregeber durch seine Werbemaßnahmen einen entsprechenden Vertrauens- und Erwartungshorizont des Vertragspartners provoziert hat. In diesen eher auf Ausnahmen beschränkten Fällen setzt die Durchführung des Leistungsaustausches im Erstvertrag gleichsam voraus, daß auch ein begleitender und ergänzender Wartungsvertrag als Zweitvertrag zustande kommt.⁶⁴ Entscheidend für diesen nur mit Zurückhaltung einzuräumenden Anspruch auf einen Wartungsvertrag ist letztlich ein besonderer Grad der Angewiesenheit des Hard- und Software-Nehmers auf die Wartungsleistung des Gebers. Im Grundsatz trägt freilich der Nehmer wie jeder Erwerber das Risiko, die empfangene Leistung verwenden zu können (*Verwendungsrisiko*).⁶⁵ (*wird fortgesetzt.*)

Zahlreiche Wartungspflichten sind Nebenleistungspflichten.

Ansonsten:

Kontrahierungszwang aus § 242 BGB.

⁶⁰ *Uebel*, CR 1987, 273.

⁶¹ Vgl. BGH, WuW/E BGH 1391, 1395 – „Rossignol“; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Tz. 667.

⁶² Vgl. dazu *Martinek*, NJW 1990, 793, 797.

⁶³ Vgl. nur *Fikentscher*, Schuldrecht, 8. Aufl. 1992, Rdnr. 191.

⁶⁴ Bei Leasingverträgen über Hard- und Software werden in der Praxis gleichzeitig auch Wartungsverträge abgeschlossen. Vgl. insoweit *Junker*, Computerrecht, Tz. 273.

⁶⁵ OLG Oldenburg, CR 1986, 552, 553 mit Anm. *Mehrings* – „Klima-Paket“: „Wer sich darauf einläßt, einen Computer und die zugehörige Software zu erwerben, darf nicht bar jeglicher Kenntnis sein.“ Zum Verwendungsrisiko auch *Junker*, Computerrecht, Tz. 442 ff.