

## Münsteraner Ringvorlesung „EDV und Recht“

Heinrich Dörner/Ralf Jersch\*

# Die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge\*\*

### I. Einführung

Wissenschaftlich-technische Entwicklungen von eigenem Gewicht erzwingen erfahrungsgemäß über kurz oder lang Anpassungsleistungen des Rechtssystems. So gibt in der jüngeren Vergangenheit der Siegeszug der elektronischen Datenverarbeitung insbesondere auch dem Privatrechtler Probleme auf. Ein Zentralproblem ergibt sich aus der Vermarktung von Computern und Computersoftware: Wenn sie in den Verkehr gelangen sollen, müssen dafür die passenden rechtlichen Kategorien bereitstehen. Nur geringe Schwierigkeiten bereiten in diesem Punkt die sogenannten Hardware-Verträge, also solche, die nur die Überlassung des elektrotechnischen Geräts zum Gegenstand haben. Der Computer selbst unterscheidet sich juristisch nicht von einer Schreib- oder Nähmaschine. Auf die Lieferung von Computern können also ohne weiteres die Regeln über Kauf-, Miet- oder Leasingverträge Anwendung finden (1).

Nicht so einfach liegen die Dinge bei der sogenannten Software-Überlassung. Das hängt zum einen mit der Eigenart dieses Wirtschaftsgutes zusammen. Zwar weiß auch der nicht einschlägig Vorgebildete mittlerweile, daß man unter „Software“ Computerprogramme und die zu ihrem Einsatz erforderlichen Unterlagen zu verstehen hat, aber wenn Computerprogramme sodann definiert werden als „in einer beliebigen Sprache abgefaßte, in beliebiger Weise verkörperte, vollständige Anweisung(en)... zur Lösung einer Aufgabe mittels einer digitalen Rechenanlage“ (2), sind die Implikationen einer solchen Definition sicherlich nicht jedem Juristen ohne weiteres in vollem Umfang deutlich. Hinzu kommt zum andern, daß gerade bei der Überlassung solcher „Arbeitsanweisungen für Rechenanlagen“ spezifische Interessen von Anbietern und Anwendern der Programme hart aufeinanderstoßen und eines gerechten Ausgleichs bedürfen. Kann dieser Ausgleich mit Hilfe der vertrauten Vertragstypen des BGB bewerkstelligt oder müssen neue Vertragstypen entwickelt werden? Diese Frage steht im Mittelpunkt der nachstehenden Überlegungen.

Bevor eine Antwort versucht werden kann, sind jedoch noch einige Eingrenzungen des Themas vorzunehmen.

Erstens geht es im folgenden nur um die Überlassung von Computerprogrammen an den Endbenutzer zwecks Einsatzes auf einer EDV-Anlage und nicht etwa um die Einräumung von Vertriebsrechten an Programmen. Dazu werden im Verhältnis von Programm-

hersteller und Händler Lizenz- bzw. Vertriebsverträge geschlossen (3).

Zweitens sollen unter „Software“ im folgenden nur die Computerprogramme selbst und nicht die zu ihrer Verwendung erforderlichen Bedienungsanleitungen und Einsatzvorschriften verstanden werden. Die Lieferung solcher Gebrauchshilfen, etwa in Gestalt eines Handbuchs, ist Neben- oder gar Hauptpflicht (4) des jeweiligen Programmüberlassungsvertrages, dessen Rechtsnatur es eben zu ergründen gilt.

Schließlich sollen drittens die Besonderheiten der Überlassung von sogenannter Betriebssoftware ausgeklammert werden. Der Computer als „nicht zu Ende konstruierte“ (5) Maschine ist allein nicht in der Lage, irgendwelche Funktionen auszuführen. Dazu ist ein Betriebssystem erforderlich, d. h. ein Grundprogramm, das der Anlage erst ermöglicht, z. B. Eingaben von der Tastatur entgegenzunehmen oder Ausgaben auf dem Bildschirm oder Drucker sichtbar zu machen. Weil dieses Grundprogramm eine unabdingbare Voraussetzung für den Betrieb des Computers darstellt und daher in der Regel mit ihm zusammen erworben wird, könnte es sachgerecht sein, jedenfalls das mit der

\* Prof. Dr. jur. Heinrich Dörner, Wiss. Mitarbeiter Ass. Ralf Jersch, beide Rechtswissenschaftl. Fakultät der Westf. Wilhelms-Universität Münster.

\*\* Bei dem folgenden Text handelt es sich um die überarbeitete und mit Anmerkungen versehene Fassung des Vortrags, den der erstgenannte Verfasser am 12.11.1987 im Rahmen der Ringvorlesung gehalten hat. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum 1.1.1988 nachgetragen. — Nur mit dem Verfasser zitiert werden: Brandi-Dohrn, Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrages, CR 1986, 63 ff.; Engel, Mängelansprüche bei Software-Verträgen, BB 1985, 1159 ff.; Haberstumpf, Der Ablauf eines Computerprogramms im System der urheberrechtlichen Verwertungsrechte, CR 1987, 409 ff.; Kilian, Haftung für Mängel der Computer-Software (1986), hier zitiert = Vertragsgestaltung und Mängelhaftung bei Computersoftware, CR 1986, 187 ff.; Koch, Computer-Vertragsrecht, 2. Aufl. (1986); Köhler, Rechtsfragen zum Softwarevertrag, CR 1987, 827 ff.; Lauer, Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1758; Mehrings, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1904 ff.; Zahrnt, Gewährleistung bei der Überlassung von Standardprogrammen, IuR 1986, 252 ff.

(1) Vgl. etwa Bartl, CR 1985, 13 (14 m.w.N.).

(2) So Bernhardt/Kraßer, Patentrecht, 4. Aufl. (1986), S. 94; vgl. auch Engel 1160 m.w.N.

(3) Vgl. dazu den Überblick bei Kilian 19.

(4) So LG Mannheim, BB 85, 144 mit Anm. Zahrnt; Engel 1160.

(5) Gorny, in: Gorny/Kilian, Computersoftware und Sachmängelhaftung (1985), S. 7 (10).

Hardware zusammen gelieferte Betriebssystem den Regeln des Vertrages zu unterwerfen, der über die Hardware selbst geschlossen wurde (6).

Die folgenden Ausführungen befassen sich daher allein mit der vertraglichen Überlassung von sogenannten Anwenderprogrammen, die also — wie Datenbankverwaltungs-, Textverarbeitungs- oder Lohnabrechnungsprogramme — geschaffen wurden, um die speziellen Probleme des Benutzers einer EDV-Anlage zu lösen.

Die Frage nach der Rechtsnatur solcher Anwendersoftware-Überlassungsverträge ist von großer praktischer Bedeutung. Zwar bemühen sich die Hersteller und Vertreiber von Software, in ihren Verträgen mit den Anwendern die gegenseitigen Rechte und Pflichten möglichst umfassend und exakt festzulegen. Aber erstens möchte man gern wissen, auf die dispositiven Vorschriften welchen gesetzlichen Vertragstyps man zurückgreifen muß, um etwaige Vertragslücken zu schließen, und zweitens gilt es zu klären, an welchen Maßstäben sich die regelmäßig in AGB getroffenen Vereinbarungen im Rahmen des § 9 AGBG reessen lassen müssen.

Verträge über Anwenderprogramme sind in der Praxis in vielfältigen und variantenreichen Ausgestaltungen anzutreffen. In der bisherigen Rechtsprechung und Literatur lassen sich jedoch zwei Begriffspaare ausmachen, die immer wieder zur rechtlichen Qualifizierung von Software-Überlassungsverträgen herangezogen werden: Es wird unterschieden zwischen dauernder und zeitlich beschränkter Überlassung von Software einerseits, und zwischen der Überlassung von Individual- und Standardprogrammen (7) andererseits. Als Individual-Software bezeichnet man solche Programme, die im Auftrag des Kunden hergestellt werden und speziell auf seine Bedürfnisse zugeschnitten sind. Standard-Software dagegen soll unverändert oder allenfalls mit gewissen Anpassungen bzw. Modifikationen an möglichst viele Anwender geliefert werden (8). Beide Softwarearten unterscheiden sich vor allem in der wirtschaftlichen Kalkulation. Zwar ist der Programmieraufwand für Standardprogramme eher größer als bei Individualprogrammen, weil auf die Situation und die Bedürfnisse aller in Betracht zu ziehenden Benutzer Rücksicht genommen werden muß. Dennoch sind Standardprogramme billiger, weil der Entwicklungsaufwand durch den Vertrieb an eine größere Anzahl von Anwendern wieder hereingeholt werden kann, während der Erwerber von Individual-Software die gesamten Entwicklungskosten allein bezahlen muß.

Im folgenden soll zunächst auf die dauernde (II./III.) und im Anschluß daran auf die zeitlich beschränkte (IV.) Überlassung von Software eingegangen werden.

## **II. Dauernde Überlassung von Individual-Software**

Die dauernde Überlassung von Individual-Software wirft rechtlich keine großen Schwierigkeiten auf. Verpflichtet sich jemand, für den Anwender ein spezielles Programm zu erstellen, so schuldet er einen bestimm-

ten Erfolg: nämlich die Erschaffung, in der Regel auch Installation eines Softwareprodukts, das eine bestimmte EDV-Anlage in die Lage versetzt, bestimmte Funktionen zu erfüllen. Er schuldet — juristisch gewendet — die Herstellung eines bestimmten Werkes. Es wird also — da die §§ 631 ff. BGB nicht zwischen der Herstellung einer Sache und der Herstellung sogenannter „immaterieller Schöpfungen“ unterscheiden — ein Werkvertrag geschlossen. Über dies Ergebnis herrscht in Rechtsprechung (9) und Literatur (10) (vordergründige (11)) Einigkeit. Die Rechtsfolgen erscheinen auch angemessen: Der Software-Hersteller schuldet zunächst nur dann Schadensersatz, wenn er mit der Anfertigung des Programms in Verzug gerät oder ihm die versprochene Erstellung nicht möglich ist. Erweist sich das Programm als fehlerhaft, kann der Anwender in erster Linie Nachbesserung und erst nach fruchtloser Fristsetzung gegebenenfalls Wandlung, Minderung oder Ersatz des Mangelschadens verlangen. Am Ende einer Testphase steht die Werkabnahme durch den Besteller. Erst jetzt wird die Vergütung fällig; die Verjährungsfrist beginnt.

## **III. Dauernde Überlassung von Standard-Software**

Streit herrscht dagegen über die Rechtsnatur der Überlassung von Standard-Software.

Einige Gerichte (12) und ein Teil der Literatur (13) wollen auf entsprechende Überlassungsvereinbarungen (zumindest analog) Kaufrecht anwenden. Diese „Kaufvertragslösung“ liegt bei unbefangener Betrachtung

(6) So Brandi-Dohrn 64 m.w.N.; a.A. Kindermann, CR 1986, 446.

(7) Vgl. Kilian 20, 21; ders., in: Gorny/Kilian (Fn. 5) 19, 23; Bartl (Fn. 1) 14; Brandi-Dohrn 63; Mehrings 1905; Zahrnt 252; neuerdings BGH, WM 1987, 1492 (1493) = IuR 1988, 16 m. Anm. Zahrnt.

(8) Zahrnt 252.

(9) Vgl. BGH, WM 1971, 615; BGH, NJW 1983, 2439; BGH, NJW 1987, 1259 = IuR 1986, 304 (306) = CR 1986, 377; OLG Hamburg, CR 1986, 83 (84); OLG Celle, IuR 1986, 311; LG Köln, IuR 1986, 317.

(10) Engel 1161; Brandi-Dohrn 64; Kilian 38 ff.; Bartl (Fn. 1) 14 f.; Koch 243.

(11) Ausgeklammert wird nämlich regelmäßig die Frage, ob der Anwender im Rahmen der Werkleistung des Softwareherstellers Eigentum an dem Programm erwirbt. Bei der Überlassung von Standard-Software ist dies heftig umstritten, vgl. dazu unten im Text unter III/2a und 2c.

(12) OLG Schleswig, ZIP 1982, 457; OLG Stuttgart, IuR 1987, 191 = CR 1987, 172; OLG Stuttgart, IuR 1987, 61; neuerdings BGH (Fn. 7) IuR 1988, 18 ff. (zumindest entsprechende Anwendung der §§ 459 ff. BGB); für Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen OLG Hamm, IuR 1986, 396 = CR 1987, 363; LG München I, IuR 1987, 328; vgl. auch BGH, IuR 1986, 64 = CR 1986, 79 (80); OLG Karlsruhe, CR 1986, 549 f.; ferner BFH, IuR 1987, 371 (373) = CR 1987, 576 (578).

(13) Engel 1162; Mehrings 1905; Bartl (Fn. 1) 14; Köhler 829 f.; Soergel/Huber, BGB, 11. Aufl. (1986) Vor § 433 Rdnr. 153; Palandt/Heinrichs, BGB, 47. Aufl. (1988) § 433 Anm. 1c/cc; vgl. auch Lehmann, CR 1987, 422 (423); unklar Koch 223, der bei urheberrechtlich ungeschützten Programmen Kauf, bei geschützten Miete annimmt.

auch nahe, weil das zu überlassende Programm in aller Regel in einem Datenträger materialisiert ist und dieser Datenträger dem Anwender übergeben wird. Andere Entscheidungen (14) gehen vom Abschluß eines Lizenzvertrages aus, etwa mit der Begründung, daß der Erwerber nach dem Inhalt des Vertrages ein Entgelt lediglich „für die Lizenz zur Nutzung des Programms auf einem Rechner“ (15) zahlen sollte. In der Tat zeigt ein Blick in die von den Software-Anbietern verwandten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, daß dem Verwender regelmäßig nicht das Eigentum am Programm übertragen, sondern nur ein „nicht übertragbares und nicht ausschließliches“ Nutzungsrecht (16) an dem Programm eingeräumt werden soll. Auch der überwiegende Teil des speziell computerrechtlichen Schrifttums lehnt die unbesehene Anwendung kaufrechtlicher Regeln ab und schlägt stattdessen vor, die Überlassung von Standardprogrammen als Vertrag eigener Art (17), insbesondere als Lizenzvertrag (18) oder know-how-Lizenzvertrag (19) zu behandeln.

Wie stets bei der Wahl zwischen konkurrierenden juristischen Theorien wird auch die Entscheidung für oder gegen die „Kaufvertrags-“ bzw. die „Vertrag-sui-generis-Lösung“ davon abhängen, welcher Vorschlag erstens die auftretenden Sachprobleme am interessengerechtesten löst und zweitens das höchste Maß an Systemkonsistenz aufweist. Denn Übereinstimmung mit der überkommenen Dogmatik bedeutet: Verwendung vertrauter Kategorien, leichte Orientierung, kurzum: Rechtssicherheit.

### 1. Kritik der „Vertrag-sui-generis-Lösung“

Zunächst soll geprüft werden, ob eine Einordnung als Vertrag sui generis möglich ist. Dabei gehen — wie erwähnt — die Auffassungen darüber etwas auseinander, um was für einen Vertrag sui generis es sich handeln könnte. Hier ist die Rede von einem Lizenzvertrag, dort von einem know-how-Lizenzvertrag, an dritter Stelle schließlich von einem schlichten Vertrag eigener Art, der also offenbar noch keinem der bekannten und bereits ausdifferenzierten Untertypen soll zugeschlagen werden können.

a) Von einem Lizenzvertrag spricht man dann, wenn der Inhaber eines Immaterialgüterrechts einem anderen einen Ausschnitt aus seinem Recht zur Nutzung überläßt (20). So kann etwa der Urheber eines literarischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Werkes nach § 31 I UrhG durch einen solchen Vertrag einem andern das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen. Dem Lizenznehmer wird dann eine Verwertung des Werkes ermöglicht, die der Lizenzgeber ansonsten kraft seines Ausschließlichkeitsrechts verbieten könnte.

Eine Softwareüberlassungsvereinbarung kann daher zunächst nur dann als Lizenzvertrag begriffen werden, wenn es sich bei Computerprogrammen um geschützte Werke i.S. des UrhG handelt. Nun kann zwar an Computersoftware Urheberrechtsschutz bestehen. Das wird jetzt durch § 2 I Nr. 1 UrhG klargestellt. Allerdings sind durch die neuere Rechtsprechung des

BGH (21) die Anforderungen an die Werkqualität von Computerprogrammen außerordentlich hochgeschraubt worden. Danach muß davon ausgegangen werden, daß ein großer Teil der auf dem Markt angebotenen Programme keinen urheberrechtlichen Schutz genießt und dies bedeutet wiederum, daß von vornherein nur bei der Überlassung von bestimmter Software überhaupt die Möglichkeit eines solchen Lizenzvertrages in Betracht zu ziehen ist.

Wenn in der Überlassung eines urheberrechtlich geschützten Standardprogramms ein Lizenzvertrag zu sehen sein soll, müßte er auf die Einräumung eines Nutzungsrechts an urheberrechtlichen Verwertungsbefugnissen i.S. der §§ 15 ff. UrhG gerichtet sein. Praktisch kommt dabei nur die Einräumung eines Vervielfältigungsrechts nach § 16 UrhG in Betracht. Das würde voraussetzen, daß beim Ablauf eines Programms Vervielfältigungsstücke hergestellt werden, körperliche Festlegungen des ursprünglichen Programms also, die geeignet sind, das Werk dem menschlichen Sinn auf irgendeine unmittelbare oder mittelbare Weise wahrnehmbar zu machen (22).

Eine Vervielfältigung liegt sicher vor, wenn der Anwender das ihm auf einem Datenträger gelieferte Programm auf einen zweiten Datenträger kopiert, um eine Sicherungskopie zu erhalten und sich dadurch vor dem Verlust der Software bei Zerstörung eines Datenträgers oder versehentlicher Löschung des darauf befindlichen Programms zu schützen (23). Eine Vervielfältigung ist nach wohl noch h.M (24) auch dann anzunehmen, wenn der Anwender das Programm vor der Ausfüh-

(14) OLG Nürnberg, IuR 1986, 202 (203); OLG Stuttgart, IuR 1987, 57; wohl auch LG Köln, CR 1986, 23 (24). — Offengelassen vom BGH als Revisionsinstanz in NJW 1987, 2004 (2005) = IuR 1987, 291 (293) = CR 1987, 358 (360): Die Überlassung von Standardsoftware werde als Lizenzvertrag oder know-how-Vertrag bezeichnet, wobei Streit darüber bestehe, ob eine solche Vereinbarung einem gesetzlich geregelten Vertragstyp „zuzuordnen bzw. anzunähern“ oder als Vertrag eigener Art zu behandeln sei.

(15) So OLG Stuttgart, IuR 1987, 57.

(16) So etwa unter Nr. 1.1. der AGB (Nutzung von Softwareprodukten gegen einmaliges Entgelt) der Siemens AG oder Nr. 7.1. der AGB (Software-Vertrag) der Nixdorf Computer AG; vgl. auch Lauer 1759; Kilian 22.

(17) Lauer 1759 ff.; Brandi-Dohrn 68 f.; („Vertrag sui generis mit besonderer Nähe zum Kauf“).

(18) Vgl. etwa Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 489 (499); Kindermann, GRUR 1983, 150 (156); Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 6. Aufl. (1986), Vor § 31 Rdnr. 34.

(19) Kilian 42 ff. (der allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit im Hinblick auf die Gewährleistung auf die entsprechende Anwendung der §§ 459 ff. BGB zurückgreifen will); vgl. auch Zahrt 254.

(20) Zur Lizenz im Urheberrecht: E. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. (1980), S. 465; Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 6. Aufl. (1987), S. 213 ff.

(21) BGHZ 94, 279 = NJW 1986, 192 = IuR 1986, 18 = CR 1985, 22; dazu statt aller Haberstumpf, GRUR 1986, 222.

(22) Vgl. BGHZ 17, 266 (269 f.).

(23) Haberstumpf 411; vgl. auch Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware, Diss. Münster 1986, 119.

(24) Dafür etwa Rupp, GRUR 1986, 147 (148); v. Gravenreuth, GRUR 1986, 720 (722 f.); Röttinger, IuR 1987, 267 ff.; Haberstumpf 411 m.w.N.

rung in den Arbeitsspeicher des Computers lädt. Das ist allerdings bereits heftig umstritten. Einige Autoren meinen, daß eine Vervielfältigung i.S. des § 16 UrhG eine dauerhafte, der Vermittlung des Werkgenusses dienende, zur Weiterverbreitung geeignete Reproduktion voraussetze (25). Immerhin: Sieht man das Laden in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigung an, so werden durch die Überlassung von urheberrechtlich geschützter Software auch insoweit die Verwertungsrechte des Urhebers berührt.

Aber zunächst sind diese geschilderten Vervielfältigungshandlungen nicht unbedingt bei jedem Programmablauf zwingend. Dies ist für den Fall der Sicherungskopie evident. Ein Programmablauf ist ohne weiteres allein auch mit dem Originaldatenträger möglich. Bei manchen Softwareprodukten sind sogar Schutzmechanismen vorgesehen, welche die Erstellung einer Sicherungskopie verhindern sollen, um so der Softwarepiraterie zu begegnen. Aber auch das Laden in den Arbeitsspeicher kann im Einzelfall entbehrlich sein, und zwar dann, wenn sich das Programm auf residenten Speicherbausteinen befindet und von dort direkt vom Rechenwerk abgerufen wird (26). Hier findet also überhaupt keine Vervielfältigung statt. Denn die Ausführung eines geladenen Programms, der Programmablauf selber, berührt die Verwertungsbefugnisse des Software-Urhebers nicht (27). Durch den Programmablauf nämlich wird das geschützte Programm nicht in irgendeiner Weise wiedergegeben, sondern ausgeführt; am Ende des Programmablaufs steht dementsprechend keine Reproduktion des Programms, sondern etwas ganz anderes: eine Graphik, ein Mahnschreiben an einen säumigen Kunden oder die Veränderung einer Maschineneinstellung (28). Der Ablauf eines Computerprogramms ist daher zu vergleichen mit der Ausführung einer urheberrechtlich geschützten Arbeitsvorschrift durch einen Menschen, etwa dem Backen eines Kuchens nach einem geschützten Rezept oder dem Bau einer Maschine nach einer geschützten Konstruktionszeichnung (29). Falls es aber an einer Vervielfältigung und damit an einer urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlung fehlt, kann der Softwareanbieter auch insoweit keine Lizenz vergeben.

Wenn jedoch — und man muß zugeben: fast immer — eine Sicherungskopie erstellt oder wenn das Programm von der Lieferkopie zunächst in den Arbeitsspeicher eingelesen wird, dann sind zwar nach dem eben Gesagten dadurch — jedenfalls nach h.M. — die Verwertungsrechte des Urhebers berührt, so daß sich der Software-Anwender das Recht zur Vornahme dieser Handlungen durch den Urheber einräumen lassen muß. Dies geschieht auch regelmäßig ausdrücklich oder stillschweigend im Überlassungsvertrag (30). Die Gestattung dieser Vervielfältigungshandlungen stellt aber nicht den Hauptinhalt des Vertrages dar. Der Verwender zahlt nicht vier- oder fünfstelligen Beträge, um das Programm in den Arbeitsspeicher lesen und eine Sicherungskopie von ihm anfertigen zu dürfen. Er bezahlt dafür, daß das Programm die im Vertrag definierten Aufgaben zu erfüllen vermag. Die Hauptpflicht des Anbieters besteht demnach in der Überlassung von

Software, die den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch ermöglicht. Soweit dieser Vertragszweck durch Vervielfältigungshandlungen i.S. des § 15 UrhG ermöglicht oder gesichert wird, bestehen für den Anbieter Nebenpflichten zur Erteilung entsprechender Lizenzen. Diese Nebenpflichten sind von völlig untergeordneter Bedeutung. Prägenden Charakter für die Bestimmung des Vertragstyps haben sie nicht (31).

Zusammenfassend kann man also feststellen: Die Überlassung von Computersoftware ist nicht als urheberrechtlicher Lizenzvertrag anzusehen. Erstens ist ein großer Teil der auf dem Markt befindlichen Programme ohnehin ohne urheberrechtlichen Schutz. Zweitens berührt nicht jede Programmnutzung auch urheberrechtliche Befugnisse. Wo dies aber der Fall ist, weil ein gesicherter Programmablauf etwa Vervielfältigungshandlungen erfordert, ist eine Lizenzerteilung drittens nicht Gegenstand der typenprägenden Hauptpflicht des Überlassungsvertrages.

b) Nach anderer Auffassung soll es sich bei der Überlassung von Computersoftware um einen know-how-Lizenzvertrag handeln (32), und zwar unabhängig davon, ob für das jeweilige Programm Urheberrechtsschutz besteht oder nicht. Das ist vom Ansatz her unmittelbar einleuchtend: Auf diese Weise begibt man sich nämlich nicht in die babylonische Gefangenschaft des Urheberrechts, vermeidet also, daß für urheberrechtlich geschützte und urheberrechtlich nicht geschützte Software möglicherweise unterschiedliche Gewährleistungsregeln gelten (33). Es wäre nicht einzusehen, warum die Haftung des Herstellers für Programmdefekte von der Urheberrechtsfähigkeit seiner Software abhängig sein sollte, zumal die Frage der Urheberrechtsfähigkeit für Parteien und Gerichte regelmäßig nur schwer einzuschätzen sein dürfte.

Zweifelhaft ist aber, was unter einem know-how-Lizenzvertrag zu verstehen sein soll. Eine allgemein akzeptierte Begriffsbestimmung für know-how gibt es nicht (34). Der BGH geht offenbar davon aus, daß zu einem know-how-Vertrag die Vermittlung eines Betriebsgeheimnisses gehört (35). Die Literatur definiert unterschiedlich: Know how seien auch nicht geheime Erfahrungen (36), know-how sei der Oberbegriff für geheimes und nicht geheimes Erfahrungswissen auf tech-

(25) Vgl. Buchmüller (Fn. 23) 116 ff.; Brandi-Dohrn, GRUR 1985, 179 (185); Bartsch CR 1987, 10.

(26) Rupp (Fn. 24) 150; Haberstumpf 413.

(27) So vor allem Haberstumpf, GRUR 1982, 142 (149); ders., GRUR 1986, 222 (234 f.); ders. 409, 414 f. (mit umfangreichem Nachw. zum Streitstand); ebenso Buchmüller (Fn. 23) 114 ff.; a.A. z. B. Rupp, v. Gravenreuth (wie Fn. 24).

(28) Haberstumpf 410; ferner bereits ders., GRUR 1986, 234.

(29) Haberstumpf 410.

(30) Vgl. Kindermann, GRUR 1983, 159; Haberstumpf 415; ferner auch Engel 1160.

(31) Vgl. bereits Zahrt 254.

(32) Kilian 42 ff.; Zahrt 254.

(33) Vgl. Engel 1161; neuerdings auch BGH (Fn. 7) IuR 1988, 19.

(34) Vgl. die eingehende Darstellung bei Stumpf, Der Know-How-Vertrag, 3. Aufl. (1977), Rdnr. 4 ff.

(35) BGH, GRUR 1976, 140 (141 f.).

(36) Lüdecke/Fischer, Lizenzverträge (1957), Rdz. M 15.

nischem und betrieblichem Gebiet (37), know-how sei jedes (insbesondere auch kaufmännische) Wissen, das nicht durch gewerbliche Schutzrechte geschützt sei (38). Der Vielfalt der Definitionen läßt sich als gemeinsames Merkmal entnehmen, daß bei einem know-how-Vertrag offenbar Wissen vermittelt werden muß. Insofern bestehen beim Software-Überlassungsvertrag jedoch Zweifel. Welches Wissen wird dem Software-Anwender eigentlich vermittelt? Das in die Entwicklung des Programms investierte Wissen wird gerade bei Standardprogrammen jedenfalls nicht zugänglich gemacht (39). Das Programm liegt nur im Objektcode vor (40). Die Dokumentation beschreibt nur die äußeren Funktionen des Programms, nicht dagegen die Erfahrungen und Kniffe, mit deren Hilfe der Programmierer die ihm gestellte Aufgabe bewältigt hat. Der Anwender will dies auch regelmäßig gar nicht wissen; ihm kommt es allein darauf an, daß das Programm die äußeren Funktionen erfüllt. Der Anwender erhält also im Grunde kein Wissen, sondern lediglich ein Produkt, in das Wissen investiert wurde.

Abgesehen von diesen begrifflichen Bedenken fragt sich aber vor allem, was durch eine Qualifizierung des Software-Überlassungsvertrages als know-how-Lizenzvertrag überhaupt geleistet ist. Denn so unklar wie der Begriff des know-how sind die rechtlichen Konsequenzen einer solchen Einordnung. Im Grunde kann man sich nur darauf einigen, daß es sich bei einem know-how-Lizenzvertrag um einen gemischten Vertrag eigener Art handelt, auf den — je nach Interessenlage — die Gewährleistungsvorschriften der BGB-Vertragstypen bzw. die Normen des Allgemeinen Schuldrechts Anwendung finden sollen (41). Im Klartext heißt das: Über die Rechtsfolgen, insbesondere über die einschlägigen Gewährleistungsregeln, sagt die Einordnung als know-how-Lizenzvertrag nicht das Geringste aus. Dann jedoch erscheint es vorzugswürdig, auf dieses wohlklingende aber nichtssagende Etikett ganz zu verzichten und es — mit einer dritten Auffassung — schlicht bei der Klassifizierung als Vertrag eigener Art zu belassen.

c) Eine solche Einordnung mit allen daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten (42) wiederum ist jedoch nicht nur nicht erforderlich, sondern geradezu unzulässig, wenn bereits eine Subsumtion unter die gesetzlich geregelten Vertragstypen des BGB zu sachgerechten Ergebnissen führt (43). Denn in diesem Fall hat der Gesetzgeber ja schon eine Regelung getroffen und die Lösung etwaiger Interessenkonflikte verbindlich oder dispositiv vorgegeben. Für die Figur eines Vertrages sui generis bleibt demzufolge nur dann Raum, wenn die Software-Überlassung nicht etwa im Rahmen der Kauf- oder Werkvertragsregeln sachgerecht abgewickelt werden kann.

## 2. Kritik der „Kaufvertragslösung“

Damit gewinnt die Beantwortung der Frage Vorrang, welche Bedenken gegen eine Klassifizierung des Standard-Softwarevertrags als Kaufvertrag vorgebracht werden und ob diese Bedenken berechtigt sind.

a) Gegen die Anwendung der Kaufvertragsregeln könnte man zunächst den Wortlaut des § 433 I BGB ins Feld führen. Das Gesetz unterscheidet zwischen Sach- und Rechtskauf. Überlassung von Standardsoftware ist nun aber möglicherweise kein Sachkauf, weil es den Parteien entscheidend auf die Nutzung des geistigen Guts Software ankommt und die Übereignung des Datenträgers, auf welchem sich das Programm verkörpert, demgegenüber in den Hintergrund tritt (44). Andererseits will auch die Vorstellung eines Rechtskaufs — Kauf einer urheberrechtlichen Verwertungsbefugnis etwa — nicht behagen, weil dies die mißliche Konsequenz haben müßte, daß nur für den rechtlichen Bestand des Nutzungsrechts, nicht aber für inhaltliche Fehler des Programms gehaftet wird (45).

Die Annahme eines Rechtskaufs kommt in der Tat nicht in Betracht, weil — wie gezeigt (46) — die Übertragung eines urheberrechtlichen Verwertungsrechts auf keinen Fall den Hauptinhalt des Vertrages bildet. Aber warum schließt eigentlich das alleinige Interesse des Anwenders an dem materialisierten Geistesprodukt „Software“ die Annahme eines Sachkaufs aus? Daß der geistige Gehalt und nicht das Material eines Dinges seinen Wert bestimmt, begegnet uns allenthalben. Wer Bücher, Bilder oder Schallplatten erwirbt, will doch auch nicht bedrucktes Papier, bemalte Leinwand oder Kunststoff besitzen. Dennoch werden diese Objekte als Sachen i.S. des § 433 BGB angesehen, und es werden über sie Kaufverträge geschlossen. Bei Mängeln des Inhalts — wohlgemerkt: nicht nur des Materials — tritt die Gewährleistungshaftung ein. So etwa im „Schulbuch-“ (47) oder im „Nottestament-Mappe“-Fall (48): Dort wies ein für Berliner Schulen bestimmtes Geschichtswerk kommunistische Tendenzen auf, hier

(37) Gaul/Bartenbach, Handbuch des gewerblichen Rechtsschutzes (Loseblatt), Anm. A 110 u. Q 1.

(38) Stumpf (Fn. 34) Rdn. 10; ders., Der Lizenzvertrag, 5. Aufl. (1984) Rdn. 18; zustimmend Pfaff BB 74, 565.

(39) Anders offenbar Lauer 1759.

(40) Nach BGH, NJW 1987, 1259 = BB 1986, 1319 = IuR 1986, 304 ff. = CR 1986, 377 soll der Softwarehersteller nicht zur Überlassung des Quellenprogramms verpflichtet sein, und zwar u. U. selbst dann nicht, wenn die wirtschaftliche Verwertung des Programms durch Weiterveräußerung dem Anwender zusteht.

(41) Vgl. etwa Staudinger/Köhler, BGB, 12. Aufl. (1978), § 433 Rdnr. 23; Vor § 433 Rdnr. 41; Soergel/Huber (Fn. 13), Vor § 433 Rdnr. 57; Pfaff (Fn. 38) 565 ff.; im vorliegenden Zusammenhang Kilian 44; Zahrt 254.

(42) Vgl. nur die Überlegungen von Lauer 1759 ff.; Brandi-Dohrn 68 ff.

(43) Vgl. zu Recht Engel 1159.

(44) Vgl. Brandi-Dohrn 66; Mehrings 1905; vgl. auch ders., GRUR 1986, 189 (192); ferner Kilian 35; aus der Rechtsprechung: OLG Stuttgart, IuR 1987, 58.

(45) Vgl. Kilian 35; anders aber wohl noch in Gorny/Kilian (Fn. 5) 19 (24).

(46) Vgl. oben III/1a.

(47) BGH, NJW 1958, 138.

(48) BGH, NJW 1973, 843. — Dagegen ist der BGH in BGHZ 70, 356 („Börsendienst“-Fall — riskante Anlagetips eines periodisch erscheinenden Börsendienstes) von einem gemischttypischen Kauf- und Beratungsvertrag ausgegangen, vgl. zur Problematik im allgemeinen Röhl, JZ 1979, 369 ff.

enthielt eine Anleitung für Bürgermeister zur Beurkundung von Nottestamenten unrichtige Rechtsausführungen. In beiden Entscheidungen hat der BGH Kaufrecht angewandt und die unerwünschte inhaltliche Beschaffenheit der Kaufsachen anhand der §§ 459 ff. BGB überprüft. Als Kaufgegenstand läßt sich daher ohne weiteres der Datenträger mit dem darauf verkörpertem Programm ansehen (49).

Nun ist allerdings zuzugeben, daß Software nicht unbedingt auf einem Datenträger verkörpert sein muß. Denkbar ist auch, daß ein Programm durch eine Datenleitung oder mittels eines Modems über das Telefonnetz von einem Rechner zum nächsten überspielt wird. Die Übergabe einer Sache findet dann nicht statt. Auch dieser Umstand spricht aber nicht entscheidend gegen einen Kaufvertrag. Objekte von Kaufverträgen können alle — auch unkörperlichen — Wirtschaftsgüter sein, soweit sie nur auf einen anderen übertragen werden können: Unternehmen, Strom und Wärme, know-how, Informationen, Chancen und Ideen (50). Die Regeln über Sachkauf finden dann jedenfalls entsprechende Anwendung. Beim Software-Erwerb gilt nichts anderes. Ist das Programm nicht in einem Datenträger verkörpert, bleibt als Kaufgegenstand das immaterielle Gut Software, eben die „Arbeitsanweisung für eine EDV-Anlage“ (51).

Aus der Natur der Ware Software lassen sich also keine Einwände gegen die Annahme eines Kaufvertrages herleiten.

b) Die kaufrechtliche Einordnung der Software-Überlassung, heißt es weiter, stehe im Widerspruch zu den Parteiinteressen (52): Interessenwidrig sei es, daß das Kaufrecht — ohne ausdrückliche Vereinbarung jedenfalls — keine Möglichkeit zur Nachbesserung des Programms einräume. Gerade damit sei den Parteien aber angesichts der Fehlerhäufigkeit der Programme am ehesten gedient (53). Interessenwidrig sei es, daß die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB schon von der Ablieferung an zu laufen beginne; es erscheine sachgerechter, den Fristablauf erst nach einem formellen Abschluß der Prüfung auf Fehlerfreiheit, einer Abnahme also, beginnen zu lassen (54). Interessenwidrig sei schließlich das Minderungsrecht, weil ein mängelbehaftetes Programm nicht weniger, sondern gar nichts wert sei (55).

Um mit dem letzten Einwand zu beginnen: Er ist unzutreffend. Auch bei Standardprogrammen sind Fehler denkbar, die nicht zur völligen Unbrauchbarkeit, sondern lediglich zu Komforteinbußen führen. (Beispiel: Ein Programm für Gehaltsabrechnungen berechnet bestimmte steuerrechtliche Sonderfälle nicht, und diese müssen deshalb von Hand nachgetragen werden (56).) Die anderen Einwände — fehlende Abnahme und Nachbesserungsmöglichkeit — scheinen darauf hinzudeuten, daß auch bei Überlassung von Standardsoftware die Werkvertragsregeln passend erscheinen könnten. In der Tat müssen die einzelnen Situationen der Software-Überlassung etwas schärfer ins Auge gefaßt werden.

(1) Der einfachste Fall ist der Erwerb von sogenannten „Kaufhausprogrammen“. Im Home- und Personal-

computerbereich werden den Kunden fertige Software-Produkte für bestimmte Computertypen angeboten und wie jede andere Kaufhausware veräußert. Datenträger und Begleitmaterial sind abgepackt; der Kunde entnimmt die Packung dem Regal und bezahlt. Bei den Programmen handelt es sich um abgeschlossene Produkte. Sie werden daheim auf dem Computer entweder ohne jede Anpassung eingesetzt oder enthalten Hilfsprogramme, die mit einfachen Befehlen auch dem unerfahrenen Benutzer die notwendigen Einstellungen ermöglichen. Schon das Erscheinungsbild legt hier einen Kaufvertrag nahe. Auch die Rechtsfolgen der §§ 459 ff. BGB entsprechen den Parteiinteressen. Es handelt sich um Massenprodukte, die in großer Zahl verwendet werden und bereits umfassend ausgetestet sind. Etwa trotzdem vorhandene Fehler lassen sich schnell feststellen, weil die Programme sofort einsatzbereit sind. Einer besonderen Überprüfung des Programms im Rahmen einer Abnahme bedarf es daher nicht. Zwar ist denkbar, daß bestimmte Programmängel nur in ganz bestimmten Anwendungskonstellationen auftreten und deshalb erst nach Ablauf von 6 Monaten entdeckt werden. Dieses Problem ist aber auch aus anderen Zusammenhängen wohlbekannt: Es geht dabei um „versteckte Mängel“, die genauso bei jedem anderen technischen Gerät auftreten können. Ein Nachbesserungsanspruch des Anwenders ist weder erforderlich noch angebracht. Angesichts der Massenproduktion derartiger Programme ist der Verkäufer nämlich zu einer Nachbesserung, Anpassung, Änderung des Programms weder willens noch in der Lage. Fazit: Über „Kaufhausprogramme“ werden ganz einwandfrei Kaufverträge geschlossen (57).

(2) Die Rechtslage ändert sich, wenn der Anwender zwar für Standard-Software, also für ein vorgefertigtes, auf die Bedürfnisse einer Vielzahl von Kunden zugeschnittenes und vielleicht auch von mehreren Lieferanten angebotenes Programm Interesse zeigt, aber jetzt nicht nur die Software unter dem Arm nach Hause tragen will, sondern darüber hinaus die Einrichtung des Programms auf einer bestimmten (bereits vorhandenen oder ebenfalls neu erworbenen) EDV-Anlage oder die Anpassung einzelner Programmfunktionen an seine individuellen Bedürfnisse verlangt. (Beispiel: Jemand möchte ein Branchenpaket für seinen Handwerksbetrieb erwerben). Hier soll der Anbieter offensichtlich neben den Verkäuferpflichten aus § 433 I BGB zusätzlich Installationspflichten übernehmen.

(49) So richtig BGH (Fn. 7) IuR 1988, 20.

(50) Vgl. Palandt/Heinrichs (Fn. 13), § 433 Anm. 1c; Soergel/Huber (Fn. 13), Vor § 433 Rdnr. 153.

(51) Auch bei Verkörperung auf einem Datenträger wird als Gegenstand des Kaufvertrages das „geistige Gut“ Software angesehen von Engel 1162; Mehrings 1905; wohl auch von Köhler 828, 830.

(52) Allgemein Lauer 1758 f.

(53) Zahnrt 254; vgl. auch Brandi-Dohrn 69.

(54) Zahnrt 255; Kilian 38.

(55) Kilian 36.

(56) Vgl. den Sachverhalt bei OLG Schleswig, ZIP 1982, 457.

(57) So trotz grundsätzlich anderer Position (Vertrag sui generis) auch Brandi-Dohrn 66.

Diese Pflichtenverbindung ist der schuldrechtlichen Dogmatik in der Figur des Liefervertrages mit Montageverpflichtung wohlvertraut. Bei dessen rechtlicher Behandlung wird unterschieden (58): Ist beim Erwerb einer Sache die Montage nur von untergeordneter Bedeutung (Beispiel: Anschluß einer Waschmaschine), so bleibt es bei der grundsätzlichen Anwendung der Kaufvertragsregeln; lediglich die Montage ist werkvertragliche Nebenpflicht. Gewinnt die Montage dagegen im Gesamtrahmen des Vertrages größeres Gewicht (Beispiel: Einbau eines Heizkessels), so liegt ein gemischter Vertrag, eine Typenkombination aus Kauf- und Werkvertrag vor. Indizien für eine derart erhöhte Bedeutung des Montageelements sind etwa: Erforderlichkeit speziellen Fachwissens, hoher Zeitaufwand, hoher Anteil an den Gesamtkosten der Leistung, Veränderung des Kaufgegenstands selbst zwecks Anpassung an individuelle Bedürfnisse. In diesen Fällen gelten Kauf- und Werkvertragsregeln grundsätzlich nebeneinander. Möglicherweise finden aber die werkvertraglichen Bestimmungen über Abnahme, Gefahrtragung und Verjährung im Hinblick auf die Gesamtleistung Anwendung — dann nämlich, wenn die Montageleistung in ihrer Bedeutung der Verpflichtung zur Übereignung der Kaufsache gleichkommt oder sie sogar übersteigt.

Diese Überlegungen können ohne weiteres auf die mit einer Installationsverpflichtung gekoppelten Software-Überlassung übertragen werden (59). Im Ausgangspunkt liegt auch hier ein Kaufvertrag vor: Dem Verwender wird ein auf dem Markt verbreitetes fertiges Programm angeboten, das er in der Regel auch von anderen Anbietern hätte beziehen können. Hinsichtlich der Software selbst bleibt es daher bei den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. BGB. Eine werkvertragliche Nebenpflicht ist insoweit anzunehmen, als vom Anbieter lediglich Anpassungsarbeiten geschuldet sind, auf welche die Software bereits vorbereitet ist und die auch jeder andere Anbieter gleichermaßen problemlos hätte vornehmen können (60). (Beispiel: Einrichtung von Bildschirmmasken, Drucker-einstellungen). Ist nur eine solche Einstellung bereits vorhandener Optionen geschuldet, besteht eine Nachbesserungspflicht nur hinsichtlich der Anpassungsarbeiten, nicht dagegen im Hinblick auf das vorgefertigte und häufig auch vom Anbieter nicht selbst erstellte Programm. Eine mangelhafte Installation berechtigt dann nicht ohne weiteres zur Rückgängigmachung des gesamten Kaufvertrages. Eine am Ende einer Testphase stehende Abnahme ist nur bezüglich der Anpassungsarbeiten erforderlich. Der damit verbundene Rückgeverzicht für bekannte Mängel (§ 640 I BGB) tritt nur hinsichtlich der Installationsarbeiten ein. Allerdings wird man davon ausgehen müssen, daß der Kaufpreis für die Software auch erst bei Abnahme fällig wird und die für den Zahlungsanspruch maßgebliche Verjährungsfrist des § 477 BGB erst mit diesem Zeitpunkt beginnt.

Sollen dagegen Sonderwünsche realisiert werden, für die das fertige Programm keine Optionen bereithält, sind also vor allem Eingriffe in das ursprüngliche Pro-

gramm erforderlich, die insbesondere ein erhöhtes Maß an Computerwissen erfordern, so muß von einem Typenkombinationsvertrag ausgegangen werden. Hier tritt die Bearbeiterleistung sehr schnell gegenüber der Standardsoftware-Übertragung in den Vordergrund. Das schlägt sich regelmäßig auch in der Kalkulation der Software-Anbieter nieder. Ein gutes Beispiel dafür liefert der Personalcomputermarkt. Es gibt Versandanbieter, die kommerziell einsetzbare Standardprogramme extrem billig auf den Markt bringen. Hinsichtlich der Installation und Anpassung lassen sie den Anwender dann aber auch vollständig im Stich. Softwarehäuser, die diese Arbeiten übernehmen, kommen leicht auf den doppelten Preis. In solchen Fällen wird man die werkvertragliche Abnahme-, Gefahrtragungs- und Nachbesserungsregelung auf die gesamte Anbieterverpflichtung erstrecken (61). Das gilt insbesondere dann, wenn aufgrund von Eingriffen in das ursprüngliche Programm nachträglich nicht mehr ermittelt werden kann, ob etwaige Defekte im ursprünglichen Programm oder aber in den Anpassungsarbeiten ihre Ursache haben.

(3) Entscheidende Bedeutung für den Vertragscharakter gewinnen Einrichtungs- und Anpassungspflichten, wenn sich der Software-Anbieter nicht zur Übereignung und Installation bestimmter Standardsoftware, sondern vielmehr dazu verpflichtet, bestimmte vom späteren Programmnutzer festgelegte Aufgaben durch den Einsatz von Standardsoftware zu erfüllen, die Verpflichtung des Software-Anbieters im Vertrag also nicht produktbezogen, sondern bedürfnisbezogen definiert wird. Angenommen, ein EDV-Unternehmen bringt für eine bestimmte Hardware ein neues Programm „X“ auf den Markt, das in der Lage sein soll, in einem Betrieb mit bis zu 200 Benutzerplätzen sämtliche anfallenden Verwaltungsvorgänge zu bewältigen. Wenn sich das Unternehmen dann gegenüber den jeweiligen Erwerbern zur Überlassung und — im einzelnen spezifizierten — Installation dieses Programms „X“ verpflichtet, werden zwar nach herkömmlichem Begriffsverständnis Verträge über Standardsoftware geschlossen. Dies bedeutet aber noch nicht, daß auf solche Verträge ohne weiteres Kaufrecht anzuwenden wäre: Sieht man näher zu, so handelt es sich nämlich bei „X“ um ein aus verschiedenen Modulen — Auftragsverwaltung, Lagerverwaltung, Lohnbuchhaltung etc. — zusammengesetztes Programmsystem. Da jeder Betrieb eine eigene Struktur aufweist, wird das Programmsystem „X“ nur dann erfolgreich eingesetzt werden können, wenn die jeweiligen betrieblichen Besonderheiten bei der Installation berücksichtigt werden. Dazu sind erfahrungsgemäß beim jeweiligen Nutzer umfangreiche Programmanpassungsarbeiten erforder-

(58) Vgl. etwa — auch zum Folgenden — Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 12. Aufl. (1981) S. 426 f.; ferner etwa Soergel/Huber (Fn. 13), Vor § 322 Rdnr. 85.

(59) Vgl. bereits den kurzen Hinweis bei Brandi-Dohrn 64.

(60) So wohl in OLG Schleswig, ZIP 1982, 457.

(61) Für Werkliefervertrag über unvertretbare Sachen in einem wohl vergleichbaren Fall OLG Stuttgart, IuR 1987, 153; vgl. ferner LG Düsseldorf, IuR 1987, 428 (Werkvertrag).

lich, die ein tiefes Verständnis der Programmarchitektur voraussetzen und — da das EDV-Unternehmen selbstverständlich die Struktur des Programms soweit wie möglich geheimhält — praktisch nur vom Personal des Software-Anbieters selbst vorgenommen werden können. Ein fertiges, bei allen Nutzern gleichermaßen einsetzbares Programm „X“ existiert mithin überhaupt gar nicht — der Versuch etwa des Betriebes A, das Programm von dem bereits mit dem System ausgerüsteten Betrieb B zu erwerben, bliebe erfolglos, weil das Programm jedenfalls nicht ohne die Fachleute des Software-Anbieters auf eigene betriebliche Erfordernisse umgestellt werden könnte. Die Programmbezeichnung steht hier in Wirklichkeit nur für eine Zielvorgabe; sie bezeichnet ein funktionierendes System, das im jeweiligen Betrieb konkret definierte Aufgaben in bestimmter Weise lösen soll. Der Anbieter hat sich also bei Lichte besehen nicht bloß zur Lieferung (und Installation) eines bestimmten Produkts, sondern zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verpflichtet — es handelt sich demnach nicht um den Abschluß eines Kauf-, sondern um den Abschluß eines Werkvertrages.

Ähnliche Überlegungen sind auch in einem anderen Fall anzustellen. Angenommen, ein Individualprogramm wird als Auftragsarbeit für einen bestimmten Verwender konzipiert, der Programmhersteller entdeckt dann aber, daß die Software auch von anderen Interessenten in vergleichbarer Situation genutzt werden könnte. Ein Softwarehaus entwickelt etwa im Auftrag der Patentanwaltskanzlei A ein Kanzleiverwaltungsprogramm (62). Zwischen dem Softwarehaus und A wird nach dem oben (II.) Gesagten ein Werkvertrag geschlossen. Nun ist dieses Programm aber auch für die Patentanwaltskanzlei B tauglich. Ist — wenn das Softwarehaus auch dieser Kanzlei das Programm überläßt — aus der Individual- nun auf einmal Standard-Software geworden mit der Konsequenz, daß sich die rechtliche Klassifizierung ändert (63), im Verhältnis zu B also nicht mehr Werkvertrags-, sondern jedenfalls im Ausgangspunkt Kaufrecht Anwendung finden muß? Das wäre in der Tat bedenklich. Denn wenn das Programm in der zweiten Kanzlei seine Aufgaben nicht erfüllt, erscheint es sachgerecht, auch dem B einen Nachbesserungsanspruch zu gewähren bzw. dem Softwareanbieter ein Nachbesserungsrecht zuzugestehen. Gleichermäßen liegt es im Interesse des B, die Verjährungsfrist erst mit einer am Ende einer Testphase stehenden formellen Abnahme beginnen zu lassen. ...

Indessen sind solche Konsequenzen vom geltenden Recht in keiner Weise vorgegeben. Denn über die rechtliche Einordnung entscheidet — hier wie stets — der auf dem Parteiwillen beruhende Inhalt des Vertrages. Wenn der Software-Anbieter aber der Kanzlei B ein Programm zu liefern verspricht, das die in der Kanzlei anfallenden Verwaltungsarbeiten zu erledigen vermag, dann ist der Inhalt des Vertrages auch hier nicht produktbezogen definiert, sondern bedürfnisbezogen. Geschuldet wird nicht ein bestimmtes, namentlich bezeichnetes Programm „X“, sondern ein Programm, das die von B konkret gestellten Anforderun-

gen erfüllt — und damit ein Erfolg. Auch mit B ist daher ein Werkvertrag geschlossen. Daß das betreffende Programm schon vor Auftragserteilung erarbeitet war, spielt dabei keine Rolle.

Im Ergebnis zeigt sich also, daß die sogenannte „Kaufvertragslösung“ — wenn man sie auf die skizzierte Weise zu einer „Kauf- und Werkvertragslösung“ erweitert und im Einzelfall die zutreffenden Kategorien wählt — durchaus zu interessengerechten Ergebnissen führt. Die einzelnen Erscheinungsformen der Softwareüberlassung können dabei begriffen werden als Elemente einer Typenreihe mit fließenden Übergängen (64), die sich am Ausmaß des vom Software-Anbieters geschuldeten Programmieraufwands orientiert: Diese Reihe reicht von den Kaufhausverträgen, in denen keinerlei zusätzliche Programmierleistung versprochen wird, über verschiedene Zwischenstufen bis hin zur Entwicklung individueller Programme im Anwenderauftrag (wobei der Softwarehersteller freilich auch in diesem Fall in der Regel auf „Softwaretools“ und „Module“ (65), d.h. bereits ausgetestete und nach dem Baukastenprinzip zusammensetzbare Prozeduren und Funktionen zurückgreifen kann). Die methodologische Denkförm der „Typenreihe“ unterstreicht in diesem Zusammenhang nachdrücklich die Plausibilität der soeben vorgeschlagenen Kategorisierung: Wenn die Pole der Reihe durch Kauf- und Werkvertrag markiert werden, müssen sich wohl auch die Zwischentypen mit Hilfe kauf- und werkvertraglicher Regeln adäquat erfassen lassen.

c) Ein letztes Argument gegen die Anwendung des Kaufrechts wird aus der Vertragspraxis hergeleitet: Ein Kaufvertrag enthalte die Verpflichtung einer Partei, der anderen Eigentum, d.h. ein umfassendes Herrschaftsrecht einschließlich freier Verfügungsbefugnis zu verschaffen. Dies sei bei der Software-Überlassung aber regelmäßig nicht der Fall, weil in den Anbieter-AGB dem Anwender typischerweise nur ein Nutzungsrecht zudedacht sei und die Weitergabe an Dritte regelmäßig ausgeschlossen werde (66).

In der Tat dürfte in diesem Bemühen, eine Weitergabe des Programms an Dritte zu unterbinden, ein wesentlicher Grund dafür liegen, daß die Softwareanbieter in ihren Vertragsbedingungen die „Lizenzvertragslösung“ favorisieren und es vermeiden, von einem Softwarekauf zu sprechen. Könnte man nämlich — freilich nur unter Außerachtlassung der oben (III/1a) angemeldeten grundsätzlichen Bedenken — die Überlassung von Software als lizenzweise Übertragung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts ansehen, dann wäre der Anwender als Lizenznehmer zu einer Weiterübertragung dieses Rechts nach § 34 I UrhG nur mit Zustimmung des Anbieters in der Lage. Ohne diese Zustimmung erhielte ein — auch gutgläubiger — Dritter

(62) Beispiel von Brandi-Dohrn 63.

(63) So in der Tat Brandi-Dohrn 65.

(64) Larenz, Methodenlehre, 5. Aufl. (1983), 451 ff.

(65) Vgl. Link, GRUR 1986, 141 f.

(66) Lauer 1759; Brandi-Dohrn 66; vgl. auch OLG Stuttgart IuR 1987, 58 — keine Bedeutung wird diesem Argument offenbar beigemessen von Köhler 830.

keine Nutzungsrechte an dem Programm (67). Muß man dagegen davon ausgehen, daß der Anwender in Erfüllung eines Kaufvertrages Eigentum an der ihm überlassenen Programmkopie erwirbt, dann würde dieser urheberrechtliche Schutz versagen. Der nach § 17 I UrhG Verbreitungsberechtigte hätte ein einzelnes Vervielfältigungsstück seines Werkes willentlich in den Verkehr gebracht; nach dem „Erschöpfungsgrundsatz“ des Art. 17 II UrhG wäre das Verbreitungsrecht des Urhebers bezüglich dieses Werkstücks erschöpft, die Weiterverbreitung durch den Erwerber zulässig: Der Anwender könnte die rechtmäßig erlangte Programmkopie ungehindert auch Dritten zugänglich machen, sie veräußern oder vermieten, ohne das Urheberrecht des Anbieters zu verletzen (68).

Zu diesem Problemkomplex sind zwei Bemerkungen erforderlich. Erstens: Wenn der Erwerber an der ihm überlassenen Programmkopie Eigentum erhält, kann ihm in der Tat die Befugnis zur Weiterverbreitung nicht mit dinglicher Wirkung entzogen werden. Darin liegt aber keine unzumutbare Konsequenz für den Softwareanbieter. Sofern der Erwerber nämlich seine Lieferkopie kauf- oder mietweise auf einen Dritten überträgt, begibt er sich damit ja nur seiner eigenen Nutzungsmöglichkeit, für die er dem Anbieter bereits ein Entgelt entrichtet hatte. Tritt der Dritte auf diese Weise an die Stelle des Ersterwerbers, wird das Programm lediglich nacheinander von verschiedenen Personen benutzt (69). In der Regel dürfte wohl kein billigenwertes Interesse des Softwareanbieters daran bestehen, dies zu verhindern. Im übrigen bleibt es ihm grundsätzlich unbenommen, den Anwender schuldrechtlich zur Nichtweitergabe des Programms zu verpflichten und einen Vertragsbruch mit einer Vertragsstrafe zu sanktionieren. Eine solche (schuldrechtliche) Beschränkung der Eigentümerbefugnisse ist mit dem Charakter eines Kaufvertrages auch durchaus vereinbar (70). Die §§ 433 ff. BGB setzen nicht voraus, daß der Käufer mit der gekauften Sache als Eigentümer auch unbeschränkt verfahren darf. Obligatorische Eigentumsbeschränkungen sind in bestimmten Kaufverträgen auch gar nicht einmal ungewöhnlich. Beispielsweise werden Kunstwerke, Manuskripte oder Bibliotheken häufiger mit der Auflage verkauft, daß das Objekt an einem bestimmten Ort verbleiben muß oder nicht an Dritte weiterveräußert werden darf. Entsprechende Regelungen könnten daher auch beim Verkauf einer Programmkopie getroffen werden. Eine andere — hier nicht näher zu vertiefende — Frage ist freilich, ob eine solche schuldrechtliche Beschränkung im Lichte von § 9 AGBG auch — wie üblich — in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam getroffen werden kann oder eine unangemessene Benachteiligung des Softwareerwerbers darstellt. Im Hinblick auf die oben skizzierte Interessenlage erscheint die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung zweifelhaft (71). Hält man die Weitergabebeschränkung für unwirksam, wird man auch davon ausgehen müssen, daß der Urheber mit der Überlassung des einzelnen Programms an einen Anwender stillschweigend darin einwilligt, daß der Erwerber mit dem Eigentum am Programm auch die

ihm eingeräumten Rechte (72) zur Vervielfältigung durch Anfertigung einer Sicherungskopie bzw. durch Einlesen in den Arbeitsspeicher eines Computers weiterüberträgt (73). Zu einer darüber hinausgehenden Vervielfältigung durch Anfertigung weiterer Kopien ist natürlich weder der Ersterwerber des Programms noch ein Dritter befugt.

Zum zweiten: Daß der Erwerber an der ihm überlassenen Programmkopie Eigentum erhält, liegt in der Tat in der Konsequenz der „Kaufvertragslösung“. Es fragt sich, ob der Softwareanbieter dies verhindern kann, indem er sich gerade nicht zur Übertragung der vollen Rechtsmacht an der Software, sondern lediglich zur Verschaffung eines nicht oder nur mit Zustimmung des Anbieters übertragbaren Nutzungsrechts verpflichtet, ob die Rechtsordnung also davon Notiz nehmen muß, daß die Parteien offenbar gerade keinen Kauf-, sondern einen Vertrag sui generis schließen wollen. Diese Fragen rühren an das Grundverständnis einer auf dem Prinzip der Privatautonomie ruhenden Privatrechtsordnung.

Nach unserer Auffassung vermag eine entsprechende Vertragsgestaltung nicht unbedingt am Kaufvertragscharakter der Vereinbarung oder am Eigentumserwerb des Anwenders etwas zu ändern. Den Parteien steht es in den Grenzen der Privatautonomie zwar frei, die Rechtsfolgen ihres Tuns zu bestimmen. Welche Rechtsfolgen sie herbeiführen wollen, ist durch Auslegung ihrer Vereinbarungen zu ermitteln. Über die Einordnung dieser Rechtsfolgen entscheidet jedoch nicht der Parteiwille, sondern das Gesetz. An die gesetzlich vorgegebenen Kategorien sind die Parteien gebunden (74). Die Verpflichtung zum Austausch Sacheigentum gegen Geld bleibt z.B. auch dann ein Kaufvertrag, wenn die Parteien versichern, einen anderen Vertragstyp ins Auge gefaßt zu haben; ebenso überträgt die vereinbarte endgültige und vollständige Einräumung der Sachherrschaft i.S. des § 903 BGB Eigentum ungeachtet des Umstands, daß die Parteien den Vorgang als Einräumung eines bloßen Nutzungsrechts charakterisieren. Wenn die Software-Überlassung daher alle Kennzeichen einer Eigentumsverschaffung aufweist, der Anwender gegen Zahlung eines Entgelts die dauernde und (bis auf die Weiterveräußerungsbefugnis) unbeschränkte Herrschaft an der Programmkopie erhalten, insbesondere in Zukunft die Sachgefahr tragen soll, dann ist in Wirklichkeit auch

(67) Vgl. etwa Fromm/Nordemann (Fn. 18), Vor § 31 Rdnr. 6 m.w.N.

(68) Vgl. auch Haberstumpf 414 f.; Bartsch, CR 1987, 8; allgemein BGH, NJW-RR 1986, 1183 („Schallplattenvermietung“).

(69) Vgl. Haberstumpf 415.

(70) Ebenso Köhler 830.

(71) Ebenso Köhler 830; für Unwirksamkeit Bartsch (Fn. 68) 9.

(72) Vgl. oben III/1a.

(73) Vgl. Haberstumpf 415.

(74) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. (1979), S. 2 spricht in diesem Zusammenhang von einem „numerus clausus der Aktstypen“; vgl. aus neuerer Zeit auch Dörner, Dynamische Relativität (1985), S. 140.

die Übertragung von Eigentum gewollt. Der Terminus „nicht übertragbares und nicht ausschließliches Nutzungsrecht“ bezeichnet dann lediglich das Eigentum an der konkreten Programmkopie. Durch die bloße Umbenennung kann der Softwareanbieter sich aber nicht den gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Konsequenzen der §§ 137 S. 1 BGB bzw. 17 II UrhG entziehen. Wenn er das Eigentum an der Software behalten will, mag er sich der Vertragstypen Miete und Pacht bedienen (und dann freilich auch die für ihn nachteiligen Folgen einer solchen Vertragstypenwahl in Kauf nehmen.)

d) Als Ergebnis der in diesem Abschnitt angestellten Überlegungen läßt sich damit zweierlei festhalten: Erstens gehen die bisherigen Stellungnahmen zur Überlassung von Standard-Software verschiedentlich unzutreffenderweise davon aus, daß die Unterscheidung zwischen Individual- und Standardsoftware notwendig auch zur Heranziehung unterschiedlicher juristischer Kategorien führt. Von dieser aus der EDV-Branche stammenden Unterscheidung muß der Jurist sich jedoch emanzipieren. Über die Frage des jeweiligen Vertragstyps entscheidet nicht die Bandbreite wirtschaftlicher Verwendbarkeit eines Produkts, sondern — wie stets — der Vertragsinhalt. Je nachdem, was die Parteien im konkreten Fall vereinbart haben, kann Standard-Software im Rahmen eines Kauf-, gemischttypischen oder Werkvertrages dem Anwender überlassen werden.

Daraus folgt nun aber zweitens, daß die im BGB bereitgehaltenen Vertragstypen durchaus in der Lage sind, auch die Überlassung von Software sachgerecht abzuwickeln. Es ist nicht erforderlich, ja methodisch geradezu unzulässig, auf einen Vertrag sui generis auszuweichen. Über die gesetzlich vorgegebenen Kategorien vermögen sich auch die Parteien kraft ihrer Privatautonomie nicht hinwegzusetzen.

#### **IV. Zeitlich beschränkte Überlassung von Individual- und Standardsoftware**

Zum Abschluß bleibt noch zu klären, welche Rechtsnatur die Verträge über eine zeitlich beschränkte Software-Überlassung aufweisen. In der Praxis findet sich besonders bei aufwendigen Programmen für größere Anwender häufiger eine zeitliche Beschränkung der Nutzungsdauer. Ein Anwender erhält ein Programm von vornherein nur für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung gestellt, oder die Nutzungsdauer wird an die Zahlung eines laufenden Entgelts gebunden. Gegenstand solcher Verträge ist die Verschaffung einer nach Zeitabschnitten bemessenen Nutzungsmöglichkeit, so daß sich die Anwendung der miet- und pachtrechtlichen Vorschriften (§§ 535 ff., 581 ff. BGB) anbietet. In der computerrechtlichen Literatur und Rechtsprechung wird in der Tat in diesem Zusammenhang auf das Miet- bzw. Pachtrecht verwiesen (75) bzw. auch hier ein Lizenzvertrag (76) angenommen, der dann den Regeln des Miet- bzw. Pachtrechts zu unterstellen sei.

Gegen die Klassifizierung als Miete oder Pacht ist im Grundsatz nichts einzuwenden. Im Detail ist zu beachten, daß das Gesetz bei der zeitweiligen Gebrauchsüberlassung — anders als im Kaufrecht — zwischen der Überlassung von körperlichen Sachen einerseits und der Überlassung von Rechten bzw. unkörperlichen Gütern andererseits unterscheidet (77). Mietverträge beziehen sich nur auf Sachen iSd § 90 BGB. Dementsprechend sollte man von einer Software-Miete nur dann ausgehen, wenn das Programm materialisiert ist, d. h. der Anbieter dem Verwender einen Datenträger mit Programm zur zeitweiligen Nutzung überläßt. Wird dem Anbieter dagegen lediglich das Programm selbst überspielt, liegt eine Software-Pacht vor. Im Ergebnis ist diese Unterscheidung aber ohne Belang, weil nach § 581 II BGB auf den Pachtvertrag im wesentlichen die Vorschriften über den Mietvertrag Anwendung finden. Gegenstand eines etwaigen Pachtvertrages ist die Software als immaterielles Gut. Eine Rechtspacht, wie manche meinen (78), liegt dagegen nicht vor, weil die urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse — soweit das Programm urheberrechtlich überhaupt geschützt ist — bei der Programmnutzung — wie gezeigt (79) — nur am Rande berührt werden.

Die Interessenlage bei der Software-Miete bzw. Software-Pacht unterscheidet sich allerdings in einem Punkt von der Interessenlage bei normalen Miet- oder Pachtverträgen. Im Normalfall erfährt der Vermieter oder Verpächter durch die Gebrauchsüberlassung eine Einschränkung, weil er den Vertragsgegenstand während der Dauer des Vertrages nicht mehr selbst nutzen bzw. den Gebrauch einem Dritten überlassen kann. Zu Vertragsende erhält er den Gegenstand zurück. Bei Computerprogrammen ist das anders. Weil der Anbieter das Programm ohne nennenswerten Kostenaufwand kopieren kann, wird seine Nutzungsmöglichkeit durch die Überlassung einer Programmausfertigung an einen einzelnen Anwender in keiner Hinsicht eingeschränkt (80). Nach Ablauf des Vertrages muß der Anbieter dementsprechend nicht unbedingt auf einer Rückgabe des Datenträgers oder gar auf einer Rückübermittlung des Programms bestehen. Seine Interessen sind gewahrt, wenn der Vertragspartner das Programm nicht mehr weiternutzen kann und deswegen möglicherweise gezwungen ist, einen neuen Vertrag abzuschließen. Dazu muß der Anbieter aber lediglich sicherstellen, daß der überlassene Datenträger vernichtet bzw. das dem Anwender überspielte Programm ge-

(75) Brandi-Dohrn 65 f.; Kilian 41 ff. u. ders. in: Gorny/Kilian (Fn. 5) 23; Mehrings 1905 (pachtähnlich); Bartl (Fn. 1) 14; Köhler 830; vgl. auch BGH, NJW 1982, 696 (eihheitliche Hard- und Softwaremiete); Koch 225.

(76) Vgl. BGH, NJW 1981, 2684; Engel 1164.

(77) Vgl. etwa Staudinger/Emmerich (Fn. 41) Vor §§ 535, 536 Rdnr. 31 f.; Staudinger/Sonnenschein, ebda, Vor § 581 Rdnr. 45 f.

(78) Kilian 41; vgl. auch Brandi-Dohrn 67; Lehmann, CR 1987, 422 (423).

(79) Vgl. oben III/1a.

(80) Anders natürlich, wenn ein Anwender, der selbst kein eigenes Vervielfältigungsrecht besitzt, das Programm einem anderen für begrenzte Zeit überläßt, vgl. dazu oben unter III/2c.

löscht wird. Angesichts dieses mangelnden Rückgabeinteresses bringt der Software-Anbieter im Grunde bei der endgültigen — kauf- oder werkvertraglichen — Überlassung der Software kein größeres Vermögensopfer als bei einer Überlassung auf Zeit. Der Software-Anbieter könnte also ohne weiteres auch gleich einen Kauf- oder Werkvertrag schließen. Der Abschluß eines solchen Vertrages wäre im übrigen auch in anderer Hinsicht für ihn wesentlich vorteilhafter. Nach Kauf- oder Werkvertragsrecht haftet der Anbieter lediglich 6 Monate dafür, daß der Vertragsgegenstand zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs keinerlei Mängel aufweist. Bei Abschluß eines Miet- oder Pachtvertrages hat der Software-Anbieter dagegen nach § 536 BGB das Programm während der gesamten Vertragsdauer in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Programmdefekte muß er also beseitigen, ganz gleich, wann sie auftreten. Serviceleistungen, die sich der Software-Käufer durch Abschluß eines besonderen Wartungsvertrages verschaffen muß, gehören hier also zum Vertragsge-

genstand. Im übrigen haftet der Software-Anbieter nach § 538 Abs. 1 BGB für anfängliche Programmfehler auch dann auf Schadensersatz, wenn ihn keinerlei Verschulden trifft (81).

Angesichts dieser Interessenlage wird es zu Verträgen über die zeitlich begrenzte Überlassung von Software nur dann kommen, wenn der Anwender das Programm entweder nur vorübergehend benötigt oder einen Erwerb vermeiden will, um nach einiger Zeit kostengünstig auf eine neuere Programmvariante umsteigen zu können. Der Anbieter wird die dann inbegriffenen Wartungsleistungen bei der Bemessung des Entgelts berücksichtigen (82). Er wird im übrigen gut daran tun, die Schadensersatzhaftung nach § 538 BGB insoweit auszuschließen, als ihm dies insbesondere nach den Bestimmungen des AGBG möglich ist.

(81) Als zu streng wird diese Haltung angesehen von Kilian 41 und wohl auch von Brandi-Dohrn 67.

(82) Vgl. dazu auch Köhler 831.

## Wem stehen die Verwertungsrechte an Individualprogrammen zu?

**Zugleich eine Besprechung von OLG Karlsruhe. Beschluß vom 6. Oktober 1986 (6 U 160/86)**

**Christoph Zahrnt**

Die Frage, welcher Vertragspartner bei Verträgen über die Erstellung von Individualprogrammen das Arbeitsergebnis in welchem Umfang nutzen darf, ist bisher weitgehend offen. In Literatur und Rechtsprechung gibt es bisher erst wenige Ansätze zur Beantwortung dieser Frage.

### 1. Die Praxis

In der Praxis wird diese Frage hingegen tagtäglich durch „Abstimmung mit den Füßen“ entschieden, indem die Auftragnehmer häufig Programme anderweitig verwerten und die Auftraggeberseite das auch grundsätzlich akzeptiert.

Selbstverständlich können die wesentlichen Einflußfaktoren sehr unterschiedliche Ausprägungen annehmen:

(1) Die Auftragnehmerseite differenziert sehr stark danach, ob es sich um Dienstverträge oder um Werkverträge handelt.

Bei Dienstverträgen wird in der Regel nach Aufwand vergütet. Die Auftragnehmerseite sieht also im Ansatz eine faire Vergütung. Wenn dann noch hinzukommt, daß die eigenen Mitarbeiter mit solchen des Kunden zusammenarbeiten, dann wird weitgehend akzeptiert, daß alle Rechte an den Arbeitsergebnissen

beim Kunden liegen sollen. Man kann damit ohnehin wenig anfangen, eigentlich nur das Know-how selber noch anderweitig verwerten. Und das wird durch die Übertragung der Rechte nicht verboten.

Bei Werkverträgen sieht die Auftragnehmerseite hingegen viel stärker die eigene Leistung, die sie zwar dem Auftraggeber zur Nutzung überläßt, an der sie aber nicht alle Rechte abgeben will. Das gilt insb. dann, wenn ein Festpreis vereinbart worden ist. Bei einem Festpreis kann aus der Sicht der Branche oft nicht von einem fairen Preis gesprochen werden. Häufig erwartet die Auftraggeberseite, daß der Auftragnehmer in das Projekt investiert; dafür darf er dann die Ergebnisse auch anderweitig nutzen, so er das kann.

Das wird besonders deutlich dann, wenn es um Aufträge über die Ergänzung von Standardsoftware eines Auftragnehmers geht. Die Preise werden dann oft im Hinblick darauf vereinbart, was der Auftraggeber für die Ergänzung zu zahlen bereit ist. Im übrigen hofft der Auftragnehmer die Ergänzung sofort in seinen Standard übernehmen zu können oder wenigstens als Erfahrung bei der späteren Ergänzung verwenden zu können.

Es kommt sogar durchaus häufig vor, daß der Auftraggeber bereit ist, die Ergänzung voll zu bezahlen,