

US-amerikanisches Softwarevertrags- und IT-Recht

Lejeune

2021

ISBN 978-3-406-75423-4

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Diese Fälle sind unter der Bezeichnung *Browsewrap*-Verträge bekannt geworden. Wie sich aus der Entscheidung des Southern District of New York in Sachen *Specht v. Netscape Communications Corp.*⁵¹¹ ergibt, ist ein Vertragsschluss online dann unproblematisch, wenn die AGB des Händlers dem Nutzer automatisch auf dem Bildschirm präsentiert werden und der Nutzer durch affirmative Handlung sein Einverständnis erklärt. Dagegen reicht es für einen Online-Vertragsschluss nicht aus, wenn der Nutzer die Software von einer Webseite herunterlädt, ohne dass die vorgenannten Erfordernisse gegeben und die AGB des Anbieters nur durch einen Link auf eine andere Webseite einsehbar waren. Das Gericht war im Falle *Specht v. Netscape* der Auffassung, dass der Download allein keinen sicheren Rückschluss auf ein Einverständnis mit den AGB des Anbieters zulasse, wenn der Nutzer nicht vorher ausdrücklich seine Zustimmung per Mausclick erklärt habe.

Anders ist die rechtliche Beurteilung aber dann, wenn der Nutzer sich zwar nicht per Mausclick mit den AGB des Anbieters einverstanden erklären muss, der Nutzer aber auf andere Weise Kenntnis von den Vertragsbedingungen genommen hat, zB wenn die Internetseite klar und deutlich zum Ausdruck bringt, dass derjenige, der Daten herunterlädt, damit automatisch die Geschäftsbedingungen akzeptiert⁵¹² oder wenn auf der Webseite ein deutlicher Hinweis angebracht ist, demzufolge die weitere Nutzung der Webseite bzw. deren Inhalt als Manifestation des Einverständnisses des Nutzers mit den Geschäftsbedingungen zu verstehen ist.⁵¹³ Es kommt insofern nicht darauf an, ob der Nutzer die Geschäftsbedingungen gelesen hatte.⁵¹⁴ Im Ergebnis kommt es bei den *Browsewrap*-Verträgen sehr auf die Umstände des Einzelfalls an.⁵¹⁵

⁵¹¹ *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 150 F. Supp. 2d 585; ähnlich *Cvent Inc. v. Eventbride Inc.*, 96 U.S.P.Q. 2d 1798 (E. D. Va. 2010) und *Sgouros v. TransUnion Corp.*, 817 F. 3d 1029 (7th Cir. 2016).

⁵¹² Vgl. *Register.com v. Verio Inc.*, 356 F. 3d 393 (2nd Cir. 2004) und *Nimmer Computer Technology* § 13:27.

⁵¹³ Vgl. *Nguyen v. Barnes & Noble Inc.*, 763 F. 3d 1171 (9th Cir. 2014); *Gutierrez v. Friendfinder Networks Inc.*, N.D. Cal. 3.5.2019, Case No. 18-cv-05918-BLF.

⁵¹⁴ Vgl. *Vernon v. Drexel Burnham & Co.*, 52 Cal. App. 3d 706 (1975).

⁵¹⁵ In der Entscheidung *Anand v. Heath* wurde auf einer Internetseite ein Hinweis auf einen link zu den terms and conditions, der direkt über einer Schaltfläche „Continue“ befindlich war („I understand and agree to the Terms and Conditions, which include mandatory arbitration and Privacy Policy“), nicht als ausreichend angesehen, vgl. N. D. Ill, 28.6.2019, Case No. 19-cv-00016; *Wilson v. Huuuge Inc.*, No. 18-36017, 2019 U. S. App. LEXIS 37952 (9th Cir. 20.12.2019): the arbitration agreement was so deeply buried that „the user would need Sherlock Holmes’s instincts to discover the terms“; anders wurde entschieden unter ähnlichen Umständen in *Healthplan CRM LLC v. Avmed Inc.*, No. 2:2019CV01357 (W. D. Pa. 28.4.2020).

Im UCITA hatte man versucht, das Konzept der *Shrinkwrap*-, *Click-wrap*- und *Browsewrap*-Verträge gesetzlich zu regeln und für das B2C-Geschäft grundsätzlich zuzulassen.⁵¹⁶ Wie bereits ausgeführt, ist der UCITA aber nur in Virginia und Maryland geltendes Recht.

- 172 Im Ergebnis lässt sich zusammenfassen, dass die amerikanischen Gerichte Vertragsbedingungen, insbesondere die *End User License Agreements* (EULAs) als wirksam in den Vertrag einbezogen ansehen, wenn diese auf eine Weise dargestellt und verfügbar gemacht wurden, dass durch objektive Erklärungen zB durch entsprechendes Verhalten oder andere geeignete Mittel eine Zustimmung nachgewiesen werden kann.

E. Performance, Acceptance and Revocation of Acceptance

- 173 Wie bereits⁵¹⁷ dargestellt wurde, gilt im Bereich des *common law* der Grundsatz der *substantial performance*, dh die Gegenleistung kann bereits dann gefordert werden, wenn die andere Partei ihre Leistungen im Wesentlichen, wenn auch nicht vollumfänglich erbracht hat.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Im UCITA wurden sog. *mass-market licenses* für das B2C-Geschäft gesetzlich definiert. Sec. 209 regelt den Vertragsschluss und lautet wie folgt: „209 (a): A party adopts the terms of a mass-market license for purpose of Section 208 only, if the party agrees to the license, such as by manifesting assent, before or during the party’s initial performance or use of or access to the information. A term is not part of the license if: (1) the term is unconscionable or is unenforceable under Section 105-(a) or (b); or (2) subject to Section 301, the term conflicts with a term to which the parties to the license have expressly agreed. (b) if a mass-market license or copy of the license is not available in a manner permitting an opportunity to review by the licensee before the licensee becomes obligated to pay and the licensee does not agree, such as by manifesting assent, to the license after having an opportunity to review, the licensee is entitled to a return under Section 112 and in addition to: (1) reimbursement of any reasonable expenses incurred in complying with the licensor’s instructions for returning or destroying the computer information or, in the absense of instructions, expenses incurred for return postage or similar expense in returning the computer information; and (2) compensation for any reasonable and foreseeable costs of restoring the licensee’s information processing system to reverse changes in the system caused by the installation, if: (A) the installation occurs because information must be installed to enable review of the license, and (B) the installation alters the system or information in it but does not restore the system or information after removal of the installed information because the licensee rejected the license. (c) In a mass-market transaction, if the licensor does not have an opportunity to review a record containing proposed terms from the licensee before the licensor delivers or becomes obligated to deliver the information, and if the licensor does not agree, such as by manifesting assent, to those terms after having that opportunity, the licensor is entitled to a return“.

⁵¹⁷ → Rn. 153.

⁵¹⁸ *Hay* US-R Rn. 324; *Perillo* p. 398.

Dagegen gilt im Anwendungsbereich des Art. 2 UCC der Grundsatz der vollständigen Vertragserfüllung (*perfect tender rule*), dh der Verkäufer muss die verkauften Waren frei von jeglichen Mängeln liefern.⁵¹⁹ *Nimmer* ist jedoch der Auffassung, dass die Gerichte die vertraglichen Vereinbarungen an den Anforderungen der IT-Industrie, den Expertenmeinungen und der allgemeinen Leistungsfähigkeit vergleichbarer auf dem Markt verfügbarer Produkte messen müssten, so dass nicht jeder noch so geringfügige Fehler oder Mangel Bedeutung haben darf.⁵²⁰ Außerdem seien die vertraglichen Absprachen maßgebend und nicht in erster Linie die technologischen Konzepte. Die Beweislast für einen Mangel trifft den Käufer. 174

Nach § 2-508 UCC hat der Verkäufer unter bestimmten Umständen das Recht, etwaige Mängel noch zu beheben. Dies gilt aber grundsätzlich nur solange, als die Zeit für die Vertragserfüllung noch nicht abgelaufen ist. Außerdem muss der Verkäufer den oder die Mängel endgültig beheben, so dass die Ware dann abnahmefähig ist.⁵²¹ Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer hierzu eine angemessene Zeit einzuräumen. Wie lange diese Zeit sein muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls und der Natur bzw. Schwere des Mangels ab.⁵²² Der Käufer hat das Recht, die gelieferten Waren als nicht vertragskonform zurückzuweisen, sofern er den Verkäufer hierüber innerhalb angemessener Zeit nach der Lieferung informiert, vgl. § 2-602 UCC. Dies setzt aber voraus, dass der Käufer die Waren nicht bereits durch ein entsprechendes Verhalten oder auf andere Weise als vertragskonform akzeptiert dh abgenommen hatte. Sofern der Käufer den Verkäufer nicht rechtzeitig informiert, kann dieses Versäumnis dazu führen, dass die Waren als abgenommen gelten⁵²³ bzw. der Käufer dann keine Ansprüche hinsichtlich etwaiger Mängel mehr geltend machen kann.⁵²⁴ 175

⁵¹⁹ S. § 2-601 UCC: „...unless otherwise agreed...if the goods or the tender of delivery fail in any respect to conform to the contract the buyer may (a) reject the whole or (b) accept the whole or (c) accept any commercial unit or units and reject the rest“.

⁵²⁰ Vgl. *Nimmer Computer Technology* § 6:51; *Fargo Mach & Tool Co. v. Kearney & Trecker Corp.*, 428 F. Supp. 364 (E. D. Mich. 1977): „Not every mechanical failure in a new and complex machine constitutes a breach of warranty“.

⁵²¹ *Allied Semi-Conductors Int'l Ltd. v. Pulsar Components Int'l*, 842 F. Supp. 653 (E.D.N.Y. 1993): „There was insufficient offer to cure where the seller of computer chips that allegedly experienced an excessive defect rate offered to retest and replace defective chips but did not propose to pay the cost of testing“.

⁵²² Vgl. *Nimmer Computer Technology* § 6:54.

⁵²³ *BDI Distributors Inc. v. Beaver Computer Corp.*, Ga App. 316 S. E. 2d 839 (1998); *Computerized Radiological Serv. v. Syntex*, 595 F. Supp. 1495, rev'd on other ground (2nd Cir. 1986).

⁵²⁴ *Christian v. Sony Corp. of America*, 152 F. Supp. 2d 1184 (D. Minn. 2001): „Failure to give notice of breach of warranty bars action for allegedly

176 Die Abnahme kann auf verschiedene Weise erfolgen, insbesondere, wenn der Käufer die Möglichkeit einer Überprüfung (*inspection*) der Waren hatte und diese dann behält.⁵²⁵ Dagegen soll allein in der Bezahlung der Waren keine Abnahme liegen, sofern der Käufer keine vorherige Möglichkeit der Überprüfung hatte.⁵²⁶

177 Ein Widerruf der Abnahme ist nach §2-608 UCC nur unter bestimmten Umständen zulässig. Es muss zunächst eine wesentliche Beeinträchtigung des Wertes der Waren gegeben sein. In *Iten Leasing Co. v. Burroughs Corp.*⁵²⁷ war das verkaufte Accounting System zwar mit Mängeln behaftet. Der Erwerber hatte es aber in Betrieb genommen und bei Auftreten der Mängel weiter benutzt, weil die Mängel nicht die wesentlichen Funktionen des Systems beeinträchtigten. Der Widerruf der Abnahme wurde unter diesen Umständen vom Gericht nicht zugelassen.

Für einen möglichen Widerruf muss die Abnahme ferner im Vertrauen darauf erfolgt sein, dass bestehende Mängel noch behoben werden oder wenn der Mangel vor der Abnahme nicht festgestellt werden konnte und die Abnahme dadurch veranlasst oder im Vertrauen auf Zusicherungen des Verkäufers erfolgte, §2-608 (1) UCC. Der Widerruf wird erst mit Mitteilung an den Verkäufer wirksam und muss innerhalb einer angemessenen Zeit⁵²⁸ nach Entdeckung des Mangels oder der Zeit, in der der Mangel ggf. hätte erkannt werden müssen, erfolgen, jedenfalls aber bevor sich der Zustand der Waren aus Gründen, die nicht mit dem Mangel zusammenhängen, wesentlich verschlechtert hat, §2-608 (2) UCC. In *Novacore Technologies Inc. v. GST Communications Corp.*⁵²⁹ war ein Vertrag zwischen einem Softwareentwickler und einem Telekommunikationsunternehmen Gegenstand des Rechtsstreits. Der Kunde hatte die speziell für seine Bedürfnisse entwickelte Software aufgrund der Zusicherungen des Entwicklers Mängel rechtzeitig beheben zu können durch Ingebrauchnahme akzeptiert und sogar bezahlt, konnte aber die

defective floppy disk controller that causes data loss in some cases“; *Microsoft Corp. v. Logical Choice Computers Inc.*, 42 U. C. C. Rep. Serv. 2d 727 (N. D. Ill. 2000): „Claim for breach of warranty of infringement barred by failure to give notice for over nine months“.

⁵²⁵ *Softa Group v. Scarsdale Dev.*, 632 N.E. 2d 13 (Ill. App. Ct. 1993): „Nineteen-month use of complex system constituted acceptance“.

⁵²⁶ *Hay* US-R Rn. 327

⁵²⁷ *Iten Leasing Co. v. Burroughs Corp.*, 684 F. 2d 573 (8th Cir. 1982).

⁵²⁸ Ein Verzug mit der Erklärung des Widerrufs der Abnahme ist aber dann unschädlich, wenn der Verzug darin begründet ist, dass der Verkäufer Maßnahmen zur Fehlerbehebung zugesagt und unternommen hatte, in *North American Lightning Inc. v. Hopkins Manufacturing Corp.*, 37 F. 3d 1253 (7th Cir. 1994) wurde daher der Widerruf noch zehn Monate nach Lieferung des Systems zugelassen.

⁵²⁹ *Novacore Technologies Inc. v. GST Communications Corp.*, 220 F. Supp. 2d 169 (D. Mass. 1998).

Abnahme widerrufen, weil die Software trotz entsprechender Versuche des Entwicklers die Mängel zu beheben, zu keinem Zeitpunkt ordnungsgemäß funktioniert hatte.

Sofern im Vertrag als einziger und ausschließlicher Anspruch bei Mängeln eine Reparatur oder der Austausch der mangelbehafteten Ware vereinbart wurde, ist der Widerruf der Abnahme ausgeschlossen, bis/ soweit sich dieser ausschließliche Rechtsbehelf nicht als fehlgeschlagen erweisen sollte.⁵³⁰ 178

Im Fall eines Widerrufs darf der Erwerber die verkauften Waren nicht weiter benutzen, es sei denn, dies sei aus besonderen Umständen notwendig zB in besonderen Härtefällen.⁵³¹ Nach einem Widerruf verliert der Erwerber die Rechte aus dem Vertrag, so dass eine eingeräumte Lizenz entfällt. Eine Weiternutzung einer Software stellt dann uU eine Urheberrechtsverletzung dar.

Nach § 2-607 UCC ist der Käufer erst nach der Abnahme zur Zahlung verpflichtet. Eine Zahlungspflicht besteht im Fall des Widerrufs der Abnahme ebenfalls nicht.⁵³²

F. Das Erfordernis einer Gegenleistung (*consideration*)

Nach US-amerikanischem Recht muss der Anbietende eine Gegenleistung (*consideration*) erhalten, damit ein Vertrag zustande kommen kann.⁵³³ Andernfalls kommt kein bindender Vertrag zustande. Nach modernem Verständnis kommen alle möglichen Leistungen der anderen Partei als Gegenleistung in Betracht.⁵³⁴ Es muss insbesondere keine ökonomische Äquivalenz zwischen der Leistung und der Gegenleistung bestehen.⁵³⁵ Allerdings kann das Erfordernis einer Gegenleistung uU durch eine schriftliche Abfassung eines Vertrages ersetzt werden.⁵³⁶ Sowohl 179

⁵³⁰ Vgl. § 2-719 (2) UCC und → Rn. 199; s. aus der Rspr. hierzu *Christian v. Sony Corp. of America*, 152 F. Supp. 2d 1184 (D. Minn. 2001).

⁵³¹ *LS Heath & Sons Inc. v. AT&T Information Systems Inc.*, 9 F. 3d 561 (7th Cir. 1993): „The continued use of goods after a purported revocation is inconsistent with and invalidates the supposed revocation unless such use was necessary to avoid substantial hardship“.

⁵³² *Hay* US-R Rn. 328

⁵³³ § 71 Restatement (Second) of Contracts.

⁵³⁴ Vgl. die diesbezügliche Diskussion oben bei den *Open Source*-Lizenzen → Rn. 127 ff.; dazu speziell *Hillman* p. 29.

⁵³⁵ So ausdrücklich *Hay* US-R Rn. 300 und *Perillo* p. 162; *Hillman* p. 29 unter Bezugnahme auf § 79 Restatement (Second) of Contracts.

⁵³⁶ § 95 (1) Restatement (Second) of Contracts: „In the absence of statute a promise is binding without consideration if (a) it is in writing and sealed; and (b) the document containing the promise is delivered; and (c) the promisor and promisee are named in the document or so described as to be capable of iden-

im Patent- als auch im Urheberrecht ist zu beachten, dass eine Pflicht zur Zahlung von Lizenzgebühren nach Ablauf der jeweiligen Schutzfrist missbräuchlich ist. Wegen der langen Schutzfrist im Urheberrecht ist diese Frage in der Praxis wohl nur im Patentrecht von praktischer Relevanz.⁵³⁷

Typische Vertragsformulierungen für Lizenzgebühren:

1. Einfache Royalty-Klauseln:

“In consideration of the licenses granted herein, Licensee shall pay to Licensor 2 percent of Licensee’s Gross Sales Revenues according to the Payment and Reporting schedule set forth in Appendix A to this Agreement”

“Subject to the terms of this Agreement, Licensee shall pay to Licensor a royalty of 42 per unit sold of the Licensee Product”

2. Einmalzahlungs-Klausel:

“In consideration of the licenses granted herein, Licensee shall pay to Licensor a lump sum in the amount of \$...upon execution of this Agreement.”⁵³⁸

- 180 Anders als in Deutschland gibt es im Art.2 UCC oder in anderen Gesetzen keine Regelungen zu Zahlungsfristen, dh es steht im Belieben der Vertragsparteien ein Zahlungsziel für fällige Zahlungen, zB Lizenzgebühren festzulegen. Dagegen sehen viele Bundesstaaten Regelungen über Zinssätze vor, die bei überfälligen Zahlungen fällig werden.

DIE FACHBUCHHANDLUNG

G. Die sog. *parol evidence rule*

- 181 Im Anwendungsbereich des Art.2 UCC dh für Kaufverträge müssen Verträge mit einem Wert von 500 USD oder mehr gem. § 2-201 (1) UCC vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen in den Abs. (2) und (3) schriftlich abgeschlossen werden. Die *parol evidence rule* betrifft die Frage, inwieweit mündliche Absprachen den Inhalt eines schriftlichen Vertrages ergänzen oder abändern können. Grundsätzlich gilt, dass dann,

tification when it is delivered“. S. dazu *Hay* US-R Rn. 301; an dem Erfordernis einer *consideration* wird im Schrifttum Kritik geübt. Insbesondere durch die nach heutigem Verständnis auch im US-Recht gegebene Verpflichtung Verträge in *good faith* durchzuführen, sei bereits eine Gegenleistung zu erbringen, so dass damit dem diesbezüglichen Erfordernis bereits Genüge getan sei, vgl. *Perillo* p. 201 und *Hay* US-R Rn. 301.

⁵³⁷ Vgl. *Menell/Lemley/Merges* Vol. 1 p. 105 unter Bezugnahme auf *Meehan v. PPG Indus.*, 802 F. 2d 881 (7th Cir. 1986) und *Boggild v. Kenner Prods.*, 776 F. 2d 15 (6th Cir. 1985).

⁵³⁸ Oder „within 30 days following the execution of this Agreement to the account of Licensor to be specified to Licensee“.

wenn die Parteien einen endgültigen schriftlichen Vertrag abgeschlossen haben, der den Vertragsinhalt vollumfänglich wiedergibt, zusätzliche mündliche Absprachen keine Geltung bekommen können.⁵³⁹ Mündliche Absprachen können nur ausnahmsweise Bedeutung bekommen, wenn (i) der schriftliche Vertrag nicht die endgültige Einigung der Parteien darstellt⁵⁴⁰ oder (ii) diese Absprachen aufgrund der Umstände des Einzelfalls üblicherweise nicht in den schriftlichen Vertrag einbezogen wurden oder werden konnten.⁵⁴¹ Nach § 2-202 UCC werden frühere oder zeitlich gleichlaufende mündliche Absprachen, die den endgültigen schriftlichen Vereinbarungen der Parteien widersprechen, nicht Gegenstand des Vertrages, es sei denn (i) diese Absprachen entstehen im Rahmen der Vertragsausführung, des Geschäftsablaufs oder durch einen Handelsbrauch und (ii) diese können als zusätzliche Vertragsbedingungen nachgewiesen werden, es sei denn das Gericht kommt zu dem Schluss, dass die schriftliche Vereinbarung als vollumfänglich und abschließend zu verstehen ist.⁵⁴²

Die auch in IT-Verträgen typischen sog. *merger-Klauseln*, denen zufolge der schriftliche Vertrag sämtliche Vereinbarungen der Parteien enthält und Vorrang vor allen anderen uU auch mündlichen Absprachen haben soll, werden laut *Nimmer*⁵⁴³ von den meisten Gerichten als bindend angesehen. Ausnahmen sollen nur in Fällen betrügerischen Verhaltens (*fraud claims*)⁵⁴⁴ anerkannt sein.⁵⁴⁵ Sofern die *merger*-Klausel aber

182

⁵³⁹ Das ist anders, wenn sich aus dem Vertrag oder der Vertragsklausel keine vollumfängliche Regelung des jeweiligen Sachverhalts ergibt; vgl. *Perillo* p. 114.

⁵⁴⁰ Vgl. *Computerized Radiological Services Inc. v. Syntex Corp.*, 595 F. Supp. 1495 (E.D.N.Y. 1984).

⁵⁴¹ *Hay* US-R Rn. 314.

⁵⁴² Der Originalwortlaut des § 2-202 UCC lautet: „Terms with respect to which the confirmatory memoranda of the parties agree or which are otherwise set forth in a writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement but may be explained or supplemented (a) by course of performance, course of dealing, or usage of trade (Section 1-303) and (b) by evidence of consistent additional terms unless the court finds the writing to have been intended also as a complete and exclusive statement of the terms of the agreement“.

⁵⁴³ Vgl. *Nimmer* Computer Technology § 7:60; *ePresence Inc. v. Evolve Software Inc.*, 190 F. Supp. 2d 159 (D. Mass.2002); *Harper Tax Servs. Inc. v. Quick Tax Ltd.*, 686 F. Supp. 109 (D. Md. 1988); *Tibco Software Inc. v. Gordon Food Service Inc.*, 2003 WL 21683850 (W. D. Mich. 2003); *Foundation Software Laboratories Inc. v. Digital Equipment Corp.*, 807 F. Supp. 1195 (D. Md. 1992); *Jaskey Fin. & Leasing v. Display Data Corp.*, 564 F. Supp. 160 (E.D. Pa. 1983).

⁵⁴⁴ Zu *fraud* generell s. *American Computer v. Jack Farrel Implement Co.*, 763 F. Supp. 1473 (D. Min. 1991).

⁵⁴⁵ *Invacare Corp. v. Sperry Corp.*, 612 F. Supp. 448 (N.D. Ohio 1984) und *M. Block & Sons Inc. v. International Business Machines Corp.*, 2004 WL 1557631 (N. D. Ill. 2004); bei nur fahrlässigen oder falschen Zusicherungen, die

ihrem Wortlaut folgend gerade bestimmte Zusicherungen ausschließen will, soll die Klausel dennoch auch bei betrügerischem Verhalten Vorrang haben (siehe unten das zweite Vertragsbeispiel).⁵⁴⁶ Davon zu trennen sind sog. NOM (*non oral modification*) clauses.⁵⁴⁷

Vertragsbeispiele für eine typische Merger-Klausel:

“This writing is the sole and exclusive statement of the agreement of the parties and supplants any and all representations, promises or commitments not expressly stated herein.”

oder

“This Agreement is an integrated agreement and constitutes the entire agreement and understanding between the parties with regard to the matters set forth herein and shall be binding upon and inure to the benefit of the administrators, agents, personal representatives, successors and assigns of each. There are no representations, promises or agreements pertaining to the terms or subject matter of this Agreement, whether express or implied, that are not set forth in this Agreement. All prior and contemporaneous conversations, negotiations, possible and alleged agreements, representations and covenants concerning the subject matter hereof, are merged herein and shall be of no further force or effect.”

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

ohne ein Verschulden gemacht wurden, hat die *merger*-Klausel aber Vorrang, vgl. *Rosenstein v. Standard & Poor's Corp.*, 264 Ill. App. 3d 818 (1993); s. auch *Rio Grande Jewelers Supply Inc. v. Data General Corp.*, 101 NM 789 (1984) zu der gleichen Thematik bei einem Gewährleistungsausschluss (*warranty disclaimer*), die *merger*-Klausel hat Vorrang vor einem fahrlässigen *misrepresentation claim*; s. zu *fraud* bei *merger*-Klauseln auch *Perillo* p. 129; sofern die Parteien mehrere Verträge nacheinander abgeschlossen haben, die unterschiedliche Lizenzen und jeweils eine *merger*-Klausel beinhalten, legen die Gerichte die *merger*-Klauseln bisweilen eng am Wortlaut orientiert aus, mit der Folge, dass die *merger* Klausel im späteren Vertrag uU nicht den Inhalt des früheren Vertrages mitumfasst, vgl. *Molon Motor and Coil Corp. v. Nidec Motor Corp.*, No. 2019-1071 (Fed. Cir. 10.1.2020) zu Patentlizenzen.

⁵⁴⁶ Vgl. *Nimmer Computer Technology* §12:5; s. zu der Problematik von *merger*-Klauseln bei betrügerischen Zusicherungen auch *Perillo* p. 131.

⁵⁴⁷ Nach § 2-209 UCC kann ein schriftlicher Vertrag, der Änderungen nur schriftlich zulässt, nach Abs. (4) auch auf andere Weise, dh uU mündlich geändert werden, wenn das Verhalten der Parteien als Verzicht auf die Schriftform beurteilt werden kann. Ein derartiger Verzicht muss aber freiwillig erfolgen und eine entsprechende Absicht beinhalten, vgl. *Hillman* p. 153; s. auch *Estate of Mark Buller v. Montague* S18C-11-007 RFS (Del. Super. 3.2.2020).