

# Praxishandbuch Softwarerecht

Urheberrecht, Patentrecht, Markenrecht, Wettbewerbsrecht, Erscheinungsformen der Softwareverträge, Pflichtverletzungen, Vertragsgestaltung, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Musterverträge

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Jochen Marly

7. Auflage 2018. Buch inkl. Online-Nutzung. XXXVI, 910 S. Mit Zugang zur Online-Version der Musterverträge in beck-online DIE DATENBANK für einen Nutzer. In Leinen

ISBN 978 3 406 71166 4

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Telekommunikationsrecht, Postrecht, IT-Recht > IT-Recht, Internetrecht, Informationsrecht](#)

Zu [Leseprobe](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Jochen Marly  
Praxishandbuch Softwarerecht

  
**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

# Praxishandbuch Softwarerecht

Rechtsschutz und Vertragsgestaltung

Urheberrecht · Patentrecht · Pflichtverletzungen  
Vertragsgestaltung  
Allgemeine Geschäftsbedingungen

Musterverträge zum  
Download

von

**Dr. Jochen Marly**

Professor an der Technischen Universität  
Darmstadt

beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

7., vollständig überarbeitete Auflage  
2018





**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 9783406711664

© 2018 Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Kösel GmbH & Co. KG,  
Am Buchweg 1, 87452 Altusried-Krugzell  
Satz und Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck, Nördlingen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Für Evelyn,  
die ich während der Ausarbeitung  
dieses Handbuchs sehr vermisste.

  
**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

## Vorwort

Das Softwarerecht ist ständig im Wandel. Nicht nur die technologische Weiterentwicklung, sondern auch die immer wieder neuen Rechtsfragen scheinen keinen Stillstand zu kennen. Dies machte es erforderlich, das vorliegende Handbuch nach drei Jahren umfassend zu überarbeiten und auf den neusten Stand zu bringen.

Nach wie vor ist das Softwarerecht eine Querschnittsmaterie, die mannigfaltige Gesetze berührt und nicht auf einen Teilaspekt reduziert werden kann. Rückblickend auf die vergangenen drei Jahre kann als Schwerpunkt der juristischen Diskussion das Urheberrecht auf der einen und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der anderen Seite benannt werden. Während die urheberrechtlichen Fragen vornehmlich entstanden sind, weil das Urheberrechtsgesetz den technologischen Herausforderungen nicht immer eine sofort einsichtige Antwort zu liefern vermag, gilt dies für das AGB-Recht nicht. Dort ist eher der klassische Konflikt zwischen einseitiger Interessenwahrnehmung eines Klauselverwenders und schutzbefürdigtem Kunden Auslöser mannigfaltiger Streitigkeiten. Insbesondere die sogenannten Global-Player US-amerikanischer Herkunft scheinen sich diesbezüglich besonders hervorzutun. Das Wort „Vertragspartner“ wird manchmal sehr einseitig ausgelegt und ist von einem partnerschaftlichen Interessenausgleich weit entfernt. Darüberhinaus führen unterschiedliche Sprachen des Herstellers und seiner Kunden mitunter dazu, dass Verträge an fremde Sprachen und fremde Rechtsordnungen angepasst werden müssten. Dass sich selbst wirtschaftlich starke Marktteilnehmer dieser Herausforderung mitunter verweigern, zeigen teils maschinelle Übersetzungen von Verträgen mit sinnlosen Wortkreationen wie „Gesetzsprechung“ und ähnlich Absurditäten. Die juristischen Probleme werden hierdurch jedenfalls nicht kleiner.

Wie immer wurde versucht, nicht nur der technologischen Weiterentwicklung Rechnung zu tragen, sondern auch den Stand von Rechtsprechung und Schrifttum umfassend wiederzugeben. Hervorzuheben ist an dieser Stelle erneut die große Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch im Softwarerecht. Mehrere Entscheidungen zum Urheberrecht bedurften umfassender Berücksichtigung. Auch die schon seit Jahren tobende Diskussion über den sogenannten Handel mit Gebrauchsoftware ging weiter und musste eingearbeitet werden. Gleiches gilt etwa für das Cloud Computing und insbesondere für die Apps für Smartphones und Tablet-Computer, deren wirtschaftliche Bedeutung dank unvorstellbarer Wachstumsraten beachtlich ist. Digitale Plattformen rücken immer mehr in das Zentrum der Marktstrukturen und verdrängen klassische einseitige Märkte.

In die Darstellung eingearbeitet wurde das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufvertraglichen Mängelhaftung“, das für alle ab dem 1.1.2018 geschlossenen Verträge gilt. Die neu ins BGB aufgenommenen Vorschriften strahlen auch ins Softwarevertragsrecht aus. Da die vor diesem Zeitpunkt geschlossenen Verträge noch nach altem Recht zu beurteilen sind, wurden jeweils beide Fassungen zitiert. Hierdurch leidet mitunter der Lesefluss etwas, aber zu vermeiden war dies nicht.

Um den Umfang der Darstellung nicht unnötig anwachsen zu lassen, wurden zahlreiche alte Passagen gekürzt und auch viele Fundstellenangaben von alten Angaben befreit, selbst wenn sie inhaltlich noch zutreffend waren.

Die Musterverträge finden sich nun nicht mehr auf einer beigefügten CD, sondern werden zum Download bereitgestellt. Die gesetzlichen Vorschriften und zahlreiche Urteile können mit Hilfe von „JLaw – Gesetze und Urteile“, einer vom Autoren dieses Handbuchs herausgegebenen App, auch mobil nachgelesen werden. JLaw kann unentgeltlich im Apple App Store sowie bei Google Play geladen werden.

Die Neubearbeitung des Werks wurde im Oktober 2017 abgeschlossen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zu diesem Stand berücksichtigt.

Die Veröffentlichung eines derart umfassenden Werks zum schnelllebigen Softwarerecht ist für einen Einzelautor eine große Herausforderung, die ohne Unterstützung nicht bewältigt werden kann. Dank für wochenlanges Lesen des Manuskripts schulde ich meinen Mitarbeitern, Frau Anna-Lena Wirz sowie Herrn RA Matthias Prinz. Besonderer Dank gilt aber wie immer meiner Sekretärin, Frau Vera Heine. Trotz außerordentlich schwieriger äußerer Umstände hat sie – souverän wie immer – das chaotische Manuskript in eine vorzeigbare Form gebracht. Aus der Sicht des Autors ist es eine Katastrophe, dass sie nach langjähriger Zusammenarbeit demnächst in den (wohlverdienten) Ruhestand geht. Alles Gute!

Mainhausen, im Oktober 2017

*Jochen Marly*



beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

## Inhaltsübersicht

### Teil 1: Technische, terminologische und ökonomische Grundlagen

#### Teil 2: Rechtsschutz für Computersoftware

I. Einführung .....	15
II. Urheberrechtsschutz .....	29
III. Patentrechtsschutz .....	198
IV. Wettbewerbsrechtlicher Schutz .....	237
V. Markenrecht .....	252
VI. Designschutz .....	275
VII. Halbleiterschutz .....	279

#### Teil 3: Allgemeines Softwarevertragsrecht

I. Die Interessen der Vertragsparteien und der Zweck der Softwareüberlassung .....	287
II. Die Rechtsnatur der Softwareüberlassungsverträge .....	289

#### Teil 4: Sondererscheinungen und Sonderprobleme der Softwareverträge

I. Besonderheiten beim Softwareleasing .....	325
II. Softwareüberlassung mittels Telekommunikation, insbesondere des Internets .....	344
III. Gekoppelte Hard- und Softwareverträge .....	365
IV. Verträge über Freeware und Shareware .....	378
V. Verträge über Open Source Software .....	388
VI. Schutzhüllenverträge und sonstige Sonderformen des Vertragsschlusses .....	425
VII. Grenzüberschreitende Softwareüberlassungen .....	438
VIII. Verträge über die Pflege von Computersoftware .....	446
IX. Vertriebsverträge (Distributorverträge) .....	462
X. Application Service Providing (ASP) und Software as a Service (SaaS) .....	472
XI. Outsourcing und Cloud Computing .....	487
XII. Apps für Smartphones und Tablet-Computer .....	497
XIII. Lizenzmetriken .....	517

#### Teil 5: Das Recht der Leistungsstörungen

I. Allgemeines zu Leistungsstörungen bei Computersoftware .....	523
II. Leistungsstörungen bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	526
III. Leistungsstörungen bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	572
IV. Leistungsstörungen bei der Herstellung und Überlassung von Individualsoftware ..	585
V. Mängel der Computersoftware .....	608
VI. Typische Softwaremängel .....	622

#### Teil 6: Softwarespezifische Vertragsbestandteile

I. Die Vervielfältigungsverbote .....	643
II. Die Weitergabeverbote .....	660
III. Das Verbot der Nutzung auf verschiedenen Computern .....	689
IV. Das Verbot der Nutzung im Netzwerk und der Mehrfachnutzung .....	700
V. Die verschiedenen Programmänderungsverbote .....	709

VI. Aktivierungs- und Registrierungspflichten .....	721
VII. Schutzrechtsklauseln .....	733
VIII. Kontroll- und Besichtigungsrechte, Softwareauditierung .....	735
IX. Die Vereinbarung von Informationspflichten .....	739
X. Konkurrenzverbote .....	741
XI. Hinterlegungsvereinbarungen .....	745

**Teil 7: Nicht softwarespezifische, aber häufig auftretende Probleme  
und vielfach verwendete vertragliche Regelungen**

I. Mängelhaftungsklauseln .....	753
II. Schadensersatzklauseln .....	766
III. Mängelrügepflichten und Ausschlussfristen für Mängelanzeigen .....	797
IV. Abnahme- und Mängelfreiheitsbestätigungen sowie andere Tatsachen- bestätigungen .....	812
V. Das Sprachenproblem und die Verwendung von Fachtermini bei Software- überlassungsverträgen .....	816
VI. Hinweis-, Kenntnisnahme- und Einverständnisklauseln .....	820
VII. Schriftformklauseln .....	834
VIII. Geheimhaltungsklauseln .....	838
IX. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe .....	841
X. Rechtswahlklauseln .....	849
XI. Gerichtsstandsklauseln .....	854
XII. Schiedsgerichts- und Schiedsgutachterklauseln .....	860
XIII. Salvatorische und vergleichbare Klauseln .....	867
Stichwortverzeichnis .....	881

Teil 8: Musterverträge zum Download

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XXIX
Literaturverzeichnis .....	XXXV

### Teil 1: Technische, terminologische und ökonomische Grundlagen

1. Die Computerhardware .....	2
2. Die Computersoftware .....	3
3. Juristische und informationswissenschaftliche Definition der Computersoftware ....	4
4. Die verschiedenen Formen der Computerprogramme .....	7
a) Befehle und Programme .....	7
b) Die für das Programm verwendeten Programmiersprachen .....	7
aa) Maschinenorientierte Programmiersprachen .....	8
bb) Problemorientierte Programmiersprachen .....	9
5. Die Abgrenzung der Computerprogramme von reinen Daten .....	10
6. Computerprogramm und Algorithmus .....	11

### Teil 2: Rechtsschutz für Computersoftware

#### I. Einführung

1. Die Notwendigkeit eines angemessenen Rechtsschutzes .....	15
2. Die grundlegenden Interessen eines Softwareherstellers .....	16
3. Weitere zu berücksichtigende Interessen .....	20
a) Das Allgemeininteresse .....	20
b) Die Interessen konkurrierender Softwarehersteller .....	22
c) Die Interessen der Anwender .....	23
d) Die Rechtssicherheit als Sonderkriterium .....	23
aa) Das Entstehen von Produktpiraterie bei fehlender Rechtssicherheit .....	24
bb) Die wettbewerbsverzerrende Wirkung der Rechtsunsicherheit .....	25
cc) Weitere negative Auswirkungen der Rechtsunsicherheit .....	26
4. Die historische Entwicklung des Rechtsschutzes für Computersoftware im Abriss .....	25

#### II. Urheberrechtsschutz

1. Die Entwicklung des Urheberrechtsschutzes für Computersoftware im Abriss .....	32
2. Die Systematik des urhebergesetzlichen Softwareschutzes .....	34
3. Der Schutzgegenstand (Was wird geschützt?) .....	36
a) Programme in jeder Gestalt gem. § 69a Abs. 1 UrhG .....	36
b) Die Ausdrucksformen eines Computerprogramms gem. § 69a Abs. 2 UrhG .....	42
aa) Der Schutz der Bildschirmoberfläche .....	44
bb) Der Schutz von Programmfunktionen .....	46
cc) Der Schutz der Programmiersprachen und Dateiformate .....	49
dd) Der Schutz der Benutzerhandbücher .....	50
ee) Der Schutz der Schnittstellen und der APIs .....	50
c) Die Abgrenzung vom Rechtsschutz für Datenbanken .....	51
4. Schutzvoraussetzungen (Wann greift der Schutz ein?) .....	52
a) Die allgemeinen Voraussetzungen .....	52
aa) Das Entstehen des Urheberrechtsschutzes .....	52
bb) Urhebervermerke und Parteivereinbarungen .....	52
b) Die softwarespezifischen Schutzvoraussetzungen, insbesondere die Individualität .....	53

5. Die Rechtsinhaberschaft (Wer wird geschützt?) .....	61
a) Der Alleinprogrammierer .....	61
b) Programmerstellung im Arbeits- und Dienstverhältnis .....	62
c) Programmerstellung durch freie Mitarbeiter .....	65
aa) Allgemeines .....	65
bb) Das Sonderproblem des Rückrufs wegen Nichtausübung gem. § 41 UrhG ....	66
d) Programmerstellung im Team .....	68
aa) Die Miturheberschaft gem. § 8 UrhG .....	68
bb) Die Werkverbindungen gem. § 9 UrhG .....	70
e) Die Vermutung der Urheberschaft .....	71
aa) Voraussetzungen .....	71
bb) Die Rechtsfolgen der Urhebervermutung .....	72
cc) Der Copyright-Vermerk (©) .....	73
f) Die Implementierung fremder Programmteile .....	74
g) Der Begriff der Rechtsinhaberschaft bei §§ 69a ff. UrhG .....	75
6. Die einzelnen Rechte des Rechtsinhabers .....	75
a) Die grundlegende Systematik der zustimmungsbedürftigen Handlungen .....	75
b) Die zustimmungsbedürftigen Handlungen gem. § 69c UrhG .....	76
aa) Das Vervielfältigungsrecht des § 69c Nr. 1 UrhG .....	76
bb) Das Bearbeitungsrecht des § 69c Nr. 2 UrhG .....	82
(1) Die von § 69c Nr. 2 UrhG erfassten Handlungen .....	85
(a) Die Übersetzungen .....	85
(b) Die Bearbeitungen .....	85
(2) Die Bearbeiterurheberrechte .....	86
cc) Das Verbreitungsrecht des § 69c Nr. 3 UrhG .....	86
(1) Allgemeines .....	86
(2) Die sog. Erschöpfung des Verbreitungsrechts gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG .....	88
(3) Die Beschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes durch das sog. Vermietrecht .....	94
(4) Die Erschöpfung bei der Online-Übertragung .....	97
(5) Der Handel mit sog. „Gebrauchsoftware“ .....	104
α) Die unterschiedlichen Varianten .....	107
β) Vorfrage: Weitergabe welcher Programmversion? .....	108
γ) Aktivitäten des Gesetzgebers und ökonomische Gesichtspunkte .....	108
δ) Dieses Vervielfältigungsstück“ oder Analogie .....	109
e) Besonderheiten und Lösungen .....	110
ζ) Ausblick .....	115
dd) Das Recht der öffentlichen Wiedergabe gem. § 69c Nr. 4 UrhG .....	116
c) Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen gem. § 69d UrhG ....	119
aa) § 69d Abs. 1 UrhG .....	119
bb) § 69d Abs. 2 UrhG .....	124
cc) § 69d Abs. 3 UrhG .....	125
d) Die Ausnahme des § 69e UrhG – Dekompilierung .....	126
aa) Grundlegendes und Entstehung des Gesetzes .....	126
bb) Technischer Hintergrund .....	127
cc) Die sich entgegenstehenden Interessen .....	128
dd) Zulässigkeitsvoraussetzungen .....	129
ee) Die Beschränkungen der Ergebnisverwertung .....	130
ff) Offene Fragen .....	131
(1) Dekompilierung auch zur Herstellung von Interoperabilität von Hardware? .....	131
(2) Zulässigkeit der unveränderten Übernahme von Schnittstellen? .....	131
gg) Die Bedeutung von § 69e Abs. 3 UrhG .....	132
hh) Generelle Kritik .....	132
7. Ansprüche bei Rechtsverletzungen .....	133
a) Der softwarespezifische Vernichtungsanspruch gem. § 69f UrhG .....	133
b) Die allgemeinen Vorschriften zu Rechtsverletzungen .....	135

aa) Der Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz gem. § 97 UrhG .....	135
(1) Aktiv- und Passivlegitimation .....	136
(2) Unterlassung gem. § 97 Abs. 1 UrhG .....	143
(3) Beseitigung gem. § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG .....	148
(4) Ersatz des materiellen Schadens gem. § 97 Abs. 2 S. 1 bis 3 UrhG .....	148
(5) Ersatz des immateriellen Schadens gem. § 97 Abs. 2 S. 4 UrhG .....	155
bb) Der Anspruch auf Vernichtung, Rückruf und Überlassung gem. § 98 UrhG .....	156
cc) Die Haftung des Unternehmensinhabers gem. § 99 UrhG .....	157
dd) Der Auskunftsanspruch gem. § 101 UrhG .....	158
ee) Der Anspruch auf Vorlage und Besichtigung gem. § 101a UrhG .....	163
ff) Die Durchsetzung der Ansprüche .....	167
(1) Die Abmahnung gem. § 97a UrhG .....	167
(2) Rechtsweg und Zuständigkeiten für Urheberrechtsstreitsachen, §§ 104, 104a, 105 UrhG .....	174
(3) Probleme mit dem Klageantrag gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO .....	176
(4) Die Wirksamkeit einer im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes durch Urteil erlassenen Verbotsverfügung .....	178
(5) Die Verjährungsregelung des § 102 UrhG .....	179
8. Die Schutzdauer .....	180
9. Der strafrechtliche Schutz der Computersoftware .....	180
10. Urheberrechtsverletzungen mit internationalem Bezug .....	182
a) Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Urheberrechtsstreitigkeiten mit Auslandsbezug .....	183
b) Das Internationale Privatrecht (IPR) des Urheberrechts .....	187
c) Die Anwendung des deutschen Urheberrechts auf deutsche und ausländische Urheber .....	190
aa) Deutsche Staatsangehörige und gleichgestellte Personen .....	190
bb) Miturheber .....	191
cc) Ausländische Staatsangehörige .....	192
(1) Das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS-Übereinkommen) .....	193
(2) Die Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ) .....	194
(3) Der WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) .....	195
(4) Das Welturheberrechtsabkommen (WUA) .....	197

### III. Patentrechtsschutz

1. Grundlegendes .....	200
2. Die Patentierbarkeit von Computersoftware .....	201
a) Die allgemeinen Erfordernisse .....	201
b) Die softwarespezifischen Probleme .....	202
c) Europäische Aktivitäten .....	206
3. Die Rechtsinhaberschaft (Wem steht das Recht zu?) .....	207
4. Der Schutzbereich des Patents .....	211
a) Zeitlicher Schutzbereich .....	211
b) Sachlicher Schutzbereich .....	211
5. Die Wirkungen des Patents .....	212
6. Ansprüche bei Rechtsverletzungen .....	214
7. Internationale Aspekte .....	217
8. Überblick über die grundlegenden Entscheidungen zur Patentfähigkeit von Computersoftware .....	218
a) Die Entscheidungen des BGH .....	218
b) Die Entscheidungen des BPatG seit dem Jahr 2000 .....	224
c) Die Entscheidungen des EPA seit dem Jahr 2000 .....	230
9. Richtlinien für die Prüfung der Patentfähigkeit von Computersoftware .....	232

a) Auszug aus den Richtlinien für die Prüfung von Patentanmeldungen (Prüfungsrichtlinien) beim Deutschen Patent- und Markenamt .....	232
b) Richtlinien für die Prüfung im Europäischen Patentamt .....	235

#### IV. Wettbewerbsrechtlicher Schutz

1. Grundlegendes .....	237
a) Schutzzweck des UWG und das Verhältnis zum Sonderrechtsschutz .....	239
b) Anspruchsberechtigte .....	240
c) Schuldner der Abwehrensprüche .....	241
2. Ergänzender Leistungsschutz .....	241
a) Die Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen .....	241
b) Die wettbewerbliche Eigenart .....	242
c) Die Unlauterkeit der Nachahmung begründende besondere Umstände .....	243
aa) Vermeidbare Herkunftstäuschung gem. § 4 Nr. 3 Buchst. a) UWG .....	243
bb) Unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung gem. § 4 Nr. 3 Buchst. b) UWG .....	244
cc) Unredliche Erlangung von Kenntnissen und Unterlagen gem. § 4 Nr. 3 Buchst. c) UWG .....	245
dd) Allgemeine Behinderung .....	245
d) Dauer des ergänzenden Leistungsschutzes .....	246
3. Geheimnisschutz gem. §§ 17 ff. UWG .....	247
4. Ansprüche bei Rechtsverletzungen .....	248
5. Internationaler Schutz .....	249

#### V. Markenrecht

1. Grundlegendes .....	252
2. Geschützte Kennzeichen (Was ist geschützt?) .....	254
a) Marken gem. § 3 Abs. 1 MarkenG .....	254
b) Geschäftliche Bezeichnungen gem. § 5 MarkenG .....	256
aa) Unternehmenskennzeichen gem. § 5 Abs. 2 MarkenG .....	256
bb) Werktitel gem. § 5 Abs. 3 MarkenG .....	256
3. Die Rechtsinhaberschaft (Wer wird geschützt?) .....	257
4. Rechtsentstehung (Wann greift der Schutz ein?) .....	257
a) Markenschutz .....	257
b) Geschäftliche Bezeichnungen .....	258
aa) Unternehmenskennzeichen gem. § 5 Abs. 2 MarkenG .....	258
bb) Werktitel gem. § 5 Abs. 3 MarkenG .....	258
5. Die einzelnen Rechte des Kennzeicheninhabers .....	260
6. Die Schutzdauer .....	265
7. Ansprüche bei Rechtsverletzungen .....	265
8. Internationaler Schutz .....	267
9. Einzelfälle aus der Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr .....	268
a) Entscheidungen des BGH .....	270
b) Entscheidungen anderer Gerichte .....	271

#### VI. Designschutz

1. Grundlegendes .....	275
2. Geschützte Designs (Was ist geschützt?) .....	276
3. Rechtsentstehung (Wann greift der Schutz ein?) .....	277
4. Die Rechtsinhaberschaft (Wer wird geschützt?) .....	278
5. Ansprüche bei Rechtsverletzungen .....	278
6. Internationaler Schutz .....	279

**VII. Halbleiterschutz**

1. Grundlegendes .....	280
2. Einzelne Besonderheiten des Halbleiterschutzes .....	281
3. Ansprüche bei Rechtsverletzungen .....	282

**Teil 3: Allgemeines Softwarevertragsrecht**

**I. Die Interessen der Vertragsparteien und der Zweck der Softwareüberlassung** 288

**II. Die Rechtsnatur der Softwareüberlassungsverträge**

1. Die Einteilung nach dem Kreis der Anwender .....	290
2. Die Einteilung nach der Überlassungszeit .....	291
3. Die Einordnungen bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	292
a) Individualsoftware .....	293
aa) Die Bestimmung des Vertragstyps vor der Schuldrechtsmodernisierung .....	293
bb) Die Bestimmung des Vertragstyps nach modernisiertem Schuldrecht .....	293
cc) Das Sonderproblem der Quellcodeherausgabe .....	299
dd) Die weitere Programmverwertung .....	300
b) Standardsoftware .....	300
aa) Die die Sachqualität befürwortenden Stellungnahmen .....	301
bb) Die die Sachqualität verneinenden Stellungnahmen .....	302
(1) Die Überlassung im Rahmen eines Lizenzvertrags .....	302
(2) Exkurs: Inhalt, Rechtsnatur und anwendbare gesetzliche Regelungen bei Lizenzverträgen .....	303
(3) Standardsoftware und Lizenzvertrag .....	304
(4) Die Einordnung als Know-how-Lizenzvertrag .....	304
(5) Die Einordnung als zusammengesetzter Sach- und Rechtskauf .....	305
(6) Die Rechtsprechung des EuGH .....	307
4. Ausgewählte Vorfragen zur vertragstypologischen Einordnung der Softwareüberlassungsverträge .....	308
a) Computerprogramme als Sache gem. § 90 BGB .....	309
aa) Gedruckte Programm listings .....	309
bb) Computerprogramme auf CDs, DVDs und anderen körperlichen Gegenständen .....	310
cc) „Unkörperliche“ Programmüberlassungen .....	312
dd) Software als „sonstiger Gegenstand“ .....	314
ee) Ergebnis .....	316
b) Die Unbeachtlichkeit der Urheberrechtsfähigkeit von Computersoftware für die vertragstypologische Einordnung .....	317
5. Konsequenzen der gefundenen Ergebnisse für die vertragstypologische Einordnung bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	318
6. Die Einordnungen bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	322
7. Softwareüberlassung und die Vorschriften über Finanzierungshilfen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher .....	323

**Teil 4: Sondererscheinungen und Sonderprobleme der Softwareverträge**

**I. Besonderheiten beim Softwareleasing**

1. Die verschiedenen Erscheinungsformen des Softwareleasings .....	325
a) Finanzierungsleasing .....	327
b) Operating-Leasing .....	328
c) Mietkauf .....	328
2. Softwareleasing und das Urheberrecht .....	329
3. Die Zurechnung des Lieferantenverhaltens .....	329
a) Das Verhalten während der Vertragsverhandlungen .....	330
b) Das Verhalten während der Vertragserfüllung .....	330

4. Die Überwälzung der Sach- und Preisgefahr .....	332
5. Probleme mit der Übernahmebestätigung .....	333
6. Mängelhaftung beim Softwareleasing .....	335
a) Mängelhaftung beim Finanzierungsleasing .....	335
b) Mängelhaftung beim Operating-Leasing .....	337
7. Das Ende des Vertragsverhältnisses .....	337
a) Die Kündigung .....	337
b) Die Vereinbarung einer Verfallklausel .....	339
c) Abschlusszahlungen bei Teilamortisationsverträgen .....	340
d) Rückgabe und/oder Lösungsvereinbarungen .....	342
8. Die Koppelung von Hard- und Software beim Leasing .....	342

## II. Softwareüberlassung mittels Telekommunikation, insbesondere des Internets

1. Die verschiedenen Wege der Softwareüberlassung mittels Telekommunikation .....	344
a) Vertragsschluss ohne Einsatz von Telekommunikationsmitteln .....	345
b) Vertragsschluss unter Einsatz von Telekommunikationsmitteln .....	345
2. Die vertragstypologische Einordnung des Softwaredownloads .....	346
3. Die urheberrechtlichen Fragen des Softwaredownloads .....	349
4. Der Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr .....	350
5. Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	352
a) Der ausdrückliche Hinweis gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	353
b) Die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	353
6. Die Einhaltung von Formvorschriften .....	356
7. Die Sonderregelungen über besondere Vertriebsformen gem. §§ 312 ff. BGB .....	357
a) Die Informationspflichten .....	358
b) Das Widerrufs- und Rückgaberecht und sein Ausschluss .....	362

## III. Gekoppelte Hard- und Softwareverträge

1. Die Unterscheidung zwischen Koppelungen zur Absatzförderung und mangelhaftungsrechtlichen Koppelungen .....	365
2. Kartellrechtliche und wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Koppelung zur Absatzförderung .....	366
a) Das Koppelungsverbot nach Art. 101 AEUV .....	367
b) Koppelungsverbote nach deutschem Recht .....	368
3. Hard- und Software als einheitlicher Vertragsgegenstand .....	369
a) Ein einheitlicher Vertrag über Hard- und Software .....	369
aa) Einheitlichkeit des Vertragsgegenstandes nach § 93 BGB .....	372
bb) Als zusammengehörend gelieferte Hard- und Software .....	373
cc) Das Sonderproblem der abweichenden Verjährungen .....	376
b) Getrennte Verträge über Hard- und Software bei identischem Lieferanten .....	377
aa) Einheitliches Rechtsgeschäft trotz getrennter Vertragsurkunden .....	377
bb) Selbstständige Rechtsgeschäfte .....	377
c) Verträge mit unterschiedlichen Vertragspartnern .....	377

## IV. Verträge über Freeware und Shareware

1. Terminologie dieser Sonderformen der Softwareüberlassung .....	379
2. Freeware .....	379
a) Gründe des Freeware-Herstellers (Public Domain-Softwareherstellers) für den Verzicht auf ein Nutzungsentgelt .....	380
b) Freeware und Urheberrecht .....	381
c) Die unterschiedlichen Formen des Freeware-Vertriebs .....	384
d) Der Bezug von Freeware via Internet .....	385
e) Die Weitergabe der Freeware durch Private .....	385

3. Shareware .....	385
a) Zielsetzung des Shareware-Konzepts .....	385
b) Vertragstypologische Einordnung .....	386
c) Shareware und Urheberrecht .....	387
d) Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sharewareautoren .....	388

#### V. Verträge über Open Source Software

1. Terminologie und tatsächlicher Hintergrund .....	390
2. Open Source Software und Urheberrecht .....	395
a) Die Anwendbarkeit des deutschen UrhG .....	395
b) Die Urheberschaft/Rechtsinhaberschaft an der Open Source Software .....	395
aa) Das Bearbeiterurheberrecht gem. § 3 UrhG .....	397
bb) Die Miturheberschaft gem. § 8 UrhG .....	397
cc) Die Werkverbindungen gem. § 9 UrhG .....	399
c) Die Einräumung von Nutzungsrechten und deren Beschränkungen .....	399
3. Der Vertrag zwischen Überlassendem und Anwender .....	402
4. Der Vertrag zwischen Programmautor und Anwender .....	403
5. Einige Einzelheiten zur GPL .....	408
a) Die Frage nach der jeweils einschlägigen GPL-Version .....	408
b) Folgen des fehlenden Einbezugs der GPL in den Vertrag mit dem Rechtsinhaber .....	409
6. Einzelne Vorschriften der GPL Vers. 2 .....	411
a) Urheberrechtsrelevante Vorschriften .....	411
aa) Das Vervielfältigungsrecht .....	411
bb) Das Recht zur Umarbeitung .....	412
cc) Das Recht zur Verbreitung .....	412
b) Haftungs- und Mängelhaftungsklauseln .....	417
7. Einzelne Vorschriften der GPL Vers. 3 .....	418
a) Urheberrechtsrelevante Vorschriften .....	418
b) Das Verhältnis zum Patentrecht .....	422
c) Die Kompatibilität zu anderen Open Source-Lizenzverträgen .....	423
d) Die Haftungs- und Mängelklauseln .....	423

#### VI. Schutzhüllenverträge und sonstige Sonderformen des Vertragsschlusses

1. Die verschiedenen Erscheinungsformen .....	427
2. Sonderfall: Überlassungsvertrag zwischen Softwarehersteller und Anwender .....	429
3. Vertragsverhältnisse bei Zwischenschaltung eines Softwarehändlers .....	430
a) Vertragsschluss durch schlüssiges Verhalten bei Schutzhüllen- und Gebrauchsverträgen .....	432
b) Rechtsfolgen beim Scheitern direkter Vertragsbeziehungen .....	436

#### VII. Grenzüberschreitende Softwareüberlassungen

1. Grenzüberschreitende Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht .....	439
a) Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen .....	439
b) Vertragsschluss .....	442
c) Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	442
d) Primärpflichten der Vertragsparteien .....	443
e) Rechte der Vertragsparteien .....	443
f) Der Schadensersatzanspruch .....	445
2. Grenzüberschreitende Softwareüberlassung ohne Anwendung des UN-Kaufrechts ..	445

#### VIII. Verträge über die Pflege von Computersoftware

1. Leistungsgegenstand und terminologische Abgrenzung .....	447
2. Vertragsrechtliche Einordnung .....	451

3. Die Verpflichtung zum Abschluss eines Pflegevertrags .....	453
a) Vertraglicher Abschlusszwang .....	453
b) Außervertraglicher Abschlusszwang .....	455
4. Kollision eines Pflegevertrags mit Mängelhaftungsvorschriften .....	455
5. Vertragsbeendigung und Vertragsübernahme .....	457
a) Die Vertragslaufzeit .....	457
b) Die Kündigung .....	458
c) Die Vertragsübernahme durch Dritte .....	460
6. Weitere Einzelfragen .....	461

#### IX. Vertriebsverträge (Distributorverträge)

1. Erscheinungsformen und Rechtsnatur eines Vertriebsvertrags (Distributorvertrags) .....	463
2. Besondere zu berücksichtigende Vorschriften .....	464
a) Anwendbarkeit der Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	464
b) Die Anwendbarkeit des GWB sowie der Art. 101, 102 AEUV .....	464
c) Urheberrechtliche Aspekte insbesondere bei OEM-Verträgen und vergleichbaren Verträgen .....	465
3. Probleme der Vereinbarung einer Mindestabnahmepflicht .....	469
a) Die Begründung einer Mindestabnahmepflicht .....	469
b) Die Nichterfüllung der Mindestabnahmepflicht .....	470
4. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses .....	471

#### X. Application Service Providing (ASP) und Software as a Service (SaaS)

1. Erscheinungsformen und tatsächlicher Hintergrund .....	473
2. ASP/SaaS und Urheberrecht .....	476
a) Die Programmnutzung durch den Anwender .....	477
b) Die Programmverwertung durch den Anbieter .....	478
aa) Die Vervielfältigung .....	478
bb) Die Vermietung .....	478
cc) Die öffentliche Zugänglichmachung .....	479
3. Der Vertrag zwischen Anbieter und Anwender .....	481
4. Die Beteiligung Dritter .....	484
5. Datenschutzrechtliche Probleme .....	485
6. Besondere Formen der Streitschlichtung .....	486

#### XI. Outsourcing und Cloud Computing

1. Erscheinungsformen und tatsächlicher Hintergrund .....	488
2. Abgrenzung gegenüber anderen Formen der Softwarenutzung .....	491
3. Spezielle rechtliche Fragen .....	493

#### XII. Apps für Smartphones und Tablet-Computer

1. Terminologie und tatsächlicher Hintergrund .....	498
2. Das Urheberrecht der Apps .....	504
3. Die Vertragsbeziehungen .....	505
a) Der Vertrag zwischen Plattformbetreiber und Anbieter .....	505
b) Der Vertrag zwischen Plattformbetreiber und Anwender .....	509
c) Der Vertrag zwischen Anbieter und Anwender .....	511
d) Der Vertrag zwischen Anbieter und Entwickler .....	512
e) Der Vertrag zwischen Anbieter und Content-Lieferant .....	512
f) Der Vertrag zwischen Anwender und dem Anbieter von realen oder virtuellen Zusätzen .....	513
4. Datenschutzrechtliche Probleme .....	515
5. Sonstige rechtliche Probleme .....	515

**XIII. Lizenzmetriken**

1. Terminologie und tatsächlicher Hintergrund .....	517
2. Die Kontrollfähigkeit von Preisabreden und Preisnebenabreden .....	518
3. Das Transparenzgebot .....	520

**Teil 5: Das Recht der Leistungsstörungen**

**I. Allgemeines zu Leistungsstörungen bei Computersoftware**

1. Die Frage nach dem anwendbaren Mängelhaftungsrecht .....	523
2. Anpassung des Mängelrechts an die Besonderheiten der Computersoftware? .....	524
a) Die Forderung nach einer Anpassung des kaufvertraglichen Mängelrechts .....	524
b) Die Forderung nach einer Anpassung des mietvertraglichen Mängelrechts .....	525
c) Stellungnahme .....	526

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

1. Vorvertragliche Pflichtverletzungen .....	527
a) Das Verhältnis zwischen culpa in contrahendo und Mängelhaftungsansprüchen .....	528
b) Der Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflichten des Softwarelieferanten .....	529
aa) Die Pflicht des Verkäufers zu eigeninitiativer Aufklärung .....	530
bb) Die Pflicht zur erbetenen Beratung .....	533
(1) Der Abschluss eines selbstständigen Beratungsvertrags .....	533
(2) Die aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis herzuleitenden Beratungspflichten .....	534
cc) Einzelfälle aus der Rechtsprechung .....	535
c) Rechtsfolgen einer Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht .....	538
aa) Haftungsumfang .....	538
bb) Verjährung .....	539
cc) Fragen zur Beweislast .....	539
2. Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit .....	540
a) Die Formen der Unmöglichkeit .....	540
b) Die Rechtsfolgen einer Unmöglichkeit .....	542
aa) Die primäre Leistungspflicht .....	542
bb) Die Sekundärrechte des Gläubigers .....	543
3. Verzug .....	545
a) Der Verzug des Softwarelieferanten .....	545
b) Der Verzug des Anwenders .....	549
4. Sonstige Pflichtverletzungen .....	550
a) Allgemeines .....	550
b) Die Pflichtverletzung durch Schlechtleistung .....	550
c) Die Verletzung von Nebenpflichten .....	552
aa) Leistungstreuepflichten .....	552
bb) Schutzpflichten .....	553
cc) Mitwirkungspflichten .....	554
dd) Auskunft- und Beratungs- sowie Schulungspflichten .....	554
ee) Weitere Nebenpflichten .....	555
d) Rechtsfolgen einer sonstigen Pflichtverletzung .....	556
e) Verjährung der Ansprüche wegen einer sonstigen Pflichtverletzung .....	556
5. Kaufvertragliche Mängelhaftung .....	556
a) Die Mängelrechte des Käufers im Überblick .....	557
b) Der Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 439, 437 Nr. 1 BGB .....	558
c) Das Recht zum Rücktritt gem. §§ 440, 437 Nr. 2 1. Alt. BGB .....	562
d) Das Recht zur Minderung gem. §§ 441, 437 Nr. 2 2. Alt. BGB .....	563
e) Das Recht auf Schadensersatz gem. §§ 440, 280, 281, 283, 311a, 437 Nr. 3 1. Alt. BGB .....	564

f) Das Recht auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. §§ 284, 437 Nr. 3 2. Alt. BGB .....	566
g) Der Ausschluss der Mängelhaftung gem. § 442 BGB .....	566
h) Die Verjährung der Mängelansprüche gem. § 438 BGB .....	567
i) Der Regress des Verkäufers gem. §§ 445a, 445b BGB (§§ 478, 479 BGB a.F.) .....	568
j) Die Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufs gem. §§ 474 ff. BGB .....	570
aa) Allgemeines .....	570
bb) Die Gefahrtragung .....	571
cc) Die Einschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit gem. § 478 BGB (= § 475 BGB a.F.) .....	571
dd) Die Beweislastumkehr § 477 BGB (= § 476 BGB a.F.) .....	571
ee) Die Sonderbestimmungen für Garantien in § 479 BGB (= § 477 BGB a.F.) ...	572

### III. Leistungsstörungen bei der Softwareüberlassung auf Zeit

1. Die Pflichten aus dem Mietverhältnis .....	573
a) Die Pflichten des Softwarevermieters .....	573
b) Die Pflichten des Softwaremieters .....	574
2. Inhalt und Grenzen des mietlichen Gebrauchsrechts .....	577
3. Die Rechte des Mieters bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Vermieterpflichten ....	578
a) Die Vorenthaltung oder der Entzug des Gebrauchs .....	578
b) Mängel der Mietsache .....	579
c) Die Verletzung von Nebenpflichten .....	581
4. Die Rechte des Vermieters bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Mieterpflichten ....	582
a) Die Zahlungsverpflichtungsverletzung .....	582
b) Überschreitungen des vertragsgemäßen Gebrauchs .....	582
c) Die Verletzung der Rückgabe- oder Löschungspflicht .....	583
d) Die Verletzung sonstiger Nebenpflichten, insbesondere der Obhutspflicht .....	584

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

1. Vertragsrechtliche Einordnung und grundsätzliche Probleme .....	585
a) Allgemeines .....	585
b) Probleme infolge unzulänglicher Softwarespezifikation .....	586
2. Vorvertragliche Pflichtverletzungen .....	589
3. Die Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Softwarehersteller .....	590
a) Rechtsmängel .....	590
b) Sachmängel .....	591
aa) Die Pflicht zur mangelfreien Herstellung .....	591
(1) Der Erfüllungsanspruch bis zur Abnahme .....	591
(2) Der Nacherfüllungsanspruch nach der Abnahme .....	592
bb) Rücktritt und Minderung .....	594
cc) Schadensersatz .....	595
(1) Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs .....	595
(2) Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs .....	596
4. Die Verjährung der Mängelansprüche .....	597
5. Die verspätete Herstellung des Werks .....	598
6. Ansprüche wegen sonstiger Pflichtverletzungen des Softwareherstellers .....	600
7. Pflichtverletzungen des Anwenders .....	601
a) Die Nichterfüllung der Abnahmepflicht .....	601
b) Die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten .....	604
8. Vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses .....	605
a) Die Kündigung des Bestellers .....	605
b) Die Kündigung des Softwareherstellers .....	606
9. Änderungen der vereinbarten Leistungen .....	606

## V. Mängel der Computersoftware

1. Die Diskussion über den Einfluss des Fehlerbegriffs der Informatik auf das Sachmängelrecht .....	609
2. Die Bedeutung der nicht zu verhindernden Fehlerhaftigkeit von Computersoftware .....	609
3. Der kauf- und werkvertragliche Softwaremangel .....	611
a) Die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit .....	612
b) Die Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung .....	613
c) Die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und die übliche Beschaffenheit .....	613
d) Aussagen in der Werbung .....	614
e) Die unsachgemäße Montage gem. § 434 Abs. 2 S. 1 BGB .....	615
f) Die mangelhafte Montageanleitung nach § 434 Abs. 2 S. 2 BGB .....	615
g) Die Falschlieferung und die Lieferung einer Mindermenge gem. §§ 434 Abs. 3, 633 Abs. 2 S. 3 BGB .....	615
4. Der mietvertragliche Sachmangel .....	616
a) Die Abweichung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch gem. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB .....	616
b) Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gem. § 536 Abs. 2 BGB .....	616
aa) Die Zusicherungserklärung .....	616
bb) Die Abgrenzung von der bloßen Beschaffenheitsangabe .....	617
(1) Werbung und Zusicherung von Eigenschaften .....	618
(2) Die Verwendung von güte- und sonstigen qualitätsbezogenen Kennzeichen .....	618
5. Rechtsmängel .....	619
6. Unerhebliche Mängel .....	619
7. Fragen der Beweislast .....	621

## VI. Typische Softwaremängel

1. Funktionsmängel .....	623
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	623
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	624
2. Funktionsdefizite .....	625
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	625
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	626
3. Fehlende Zukunftsfähigkeit .....	626
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	627
b) Einzelbeispiel aus der Rechtsprechung .....	628
4. Inkompatibilität .....	628
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	628
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	628
5. Kapazitätsmängel .....	629
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	629
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	629
6. Geringe Arbeitsgeschwindigkeit .....	630
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	630
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	630
7. Virenverseuchte Software .....	631
a) Beschreibung der Computerviren und ähnlicher Sabotageprogramme .....	631
b) Sabotageprogramme und Sachmängelhaftung .....	632
c) Einzelbeispiel aus der Rechtsprechung .....	632
8. Vorkehrungen zur Verhinderung unberechtigter Programmnutzung .....	633
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	633
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	634
9. Sicherheitslücken .....	635
10. Fehlende Bedienerfreundlichkeit .....	636
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	636
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	636

11. Unzureichende Dokumentation .....	637
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	637
b) Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung .....	639
12. Fehlende Robustheit gegenüber Bedienungsfehlern .....	640
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	640
b) Einzelbeispiel aus der Rechtsprechung .....	641
13. Fehlende Pflege- und Migrationsfreundlichkeit .....	641
14. Fehler beim Entwurf der Software .....	641
a) Umschreibung des Mangeltyps .....	641
b) Einzelbeispiel aus der Rechtsprechung .....	641
15. Sonstige Mängel .....	642

## Teil 6: Softwarespezifische Vertragsbestandteile

### I. Die Vervielfältigungsverbote

1. Der Begriff der Vervielfältigung und das Erfordernis der Zustimmung gem. §§ 69c Nr. 1, 69d Abs. 1 UrhG .....	646
2. Das Zustimmungserfordernis als Problemlösungsansatz .....	646
3. Die Herstellung der verschiedenartigen Vervielfältigungen von Computersoftware und die jeweilige Zustimmung des Urheberrechtsinhabers .....	647
a) Notwendige Vervielfältigungen in den Arbeitsspeicher und auf Massenspeicher ..	647
b) Nicht notwendige, sondern lediglich gebotene Vervielfältigungen .....	649
aa) Das Vorhandensein einer ausdrücklichen vertraglichen Kopiererlaubnis .....	650
bb) Das Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung .....	650
cc) Vertragliches Kopierverbot und Kopierschutz .....	652
4. Die Anfertigung überzähliger Vervielfältigungsstücke .....	657
5. Kopierverbote bei urheberrechtlich nicht geschützter Computersoftware .....	657
6. Kopierverbote für Benutzerhandbücher .....	658
a) Urheberrechtliche Aspekte .....	658
b) Vertragsrechtliche Aspekte .....	659

### II. Die Weitergabeverbote

1. Weiterveräußerungsverbote .....	661
a) Verfügungsunterlassungsregelungen und das UrhG .....	664
b) Vertraglich vereinbarte Weiterveräußerungsverbote .....	667
aa) Weiterveräußerungsverbote und § 305c Abs. 1 BGB .....	668
bb) Die Kontrollfähigkeit nach § 307 Abs. 3 BGB .....	669
cc) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	670
dd) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	672
ee) Die Rechtfertigung der grundsätzlich unwirksamen Weiterveräußerungsverbote durch besondere Interessen des Softwareherstellers .....	674
ff) Bedingte Weiterveräußerungsverbote .....	675
2. Weitervermietungsverbote .....	679
a) Weitervermietungsregelungen und das UrhG .....	681
b) Vertraglich vereinbarte Weitervermietungsverbote .....	683
aa) Das Verbot der Erwerbszwecken dienenden Vermietung .....	683
bb) Das Verbot der keinen Erwerbszwecken dienenden Vermietung .....	683
cc) Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB .....	684
c) Weitervermietungsverbote in zeitlich befristeten Softwareüberlassungsverträgen .....	686
3. Verleihverbote .....	687
4. Sonstige Gebrauchsüberlassungsverbote .....	688

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

1. Systemvereinbarungen und das UrhG .....	692
a) Die bisher vertretenen Auffassungen .....	692
b) Kritik .....	692
c) Typenbezogene Systemvereinbarungen .....	694

2. Die schuldrechtliche Wirkung der Systemvereinbarungen .....	695
a) Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB .....	696
b) Die Rechtfertigung der grundsätzlich unwirksamen Systemvereinbarungen durch besondere Interessen des Softwareherstellers .....	696
c) Systemvereinbarungen bei zeitlich befristeten Softwareüberlassungsverträgen .....	699

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

1. Technischer Hintergrund dieses Klauseltyps .....	701
2. Die Interessen der Softwarehersteller .....	702
3. Der Einsatz von Software im Netzwerk und das UrhG .....	702
a) Die beim Netzwerkeinsatz anfallenden Vervielfältigungen .....	702
b) Der urheberrechtliche Vervielfältigungsbegriff und das Erfordernis der Zustimmung gem. § 69c Nr. 1 UrhG .....	703
aa) Das Vorhandensein einer ausdrücklichen Netzwerkerlaubnis .....	703
bb) Das Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung .....	704
cc) Vertragliche Netzwerkverbote und technische Schutzmechanismen .....	706
4. Netzwerkverbote bei urheberrechtlich nicht geschützter Software .....	707
5. Preisgebundene Netzwerkklauseln .....	708

#### V. Die verschiedenen Programmänderungsverbote

1. Grundlegendes .....	711
2. Programmänderungen ohne Dekompilierung .....	711
a) Die Regelung des § 69d Abs. 1 UrhG im Hinblick auf Programmänderungen .....	711
aa) Das Fehlen besonderer vertraglicher Bestimmungen .....	712
bb) Bearbeitungen und Umgestaltungen gem. § 23 UrhG .....	713
cc) Änderungen des Werks gem. § 3a UrhG .....	714
b) Die vertragliche Festlegung der bestimmungsgemäßen Programmnutzung gem. § 69a Abs. 1 UrhG .....	715
3. Die Wirksamkeit vertraglicher Programmänderungsverbote .....	716
4. Die Entfernung von Urhebervermerken .....	720

#### VI. Aktivierungs- und Registrierungsspflichten

1. Tatsächlicher Hintergrund .....	722
a) Die Interessen der Softwarehersteller .....	722
b) Die Technik der Softwareaktivierung .....	723
2. Urheberrechtliche Probleme der Softwareaktivierung .....	725
3. Vertragsrechtliche Probleme der Softwareaktivierung .....	728
a) AGB-rechtliche Probleme .....	728
b) Rechtsfolgen des Aktivierungserfordernisses .....	730
aa) Die Zwangsaktivierung als Mangel .....	730
bb) Die Selbstvornahme der Sperrenbeseitigung .....	731
4. Deliktische Verantwortlichkeit des Herstellers .....	732
5. Weitere rechtliche Probleme .....	732

#### VII. Schutzrechtsklauseln .....

#### VIII. Kontroll- und Besichtigungsrechte, Softwareauditierung .....

#### IX. Die Vereinbarung von Informationspflichten .....

#### X. Konkurrenzverbote

1. Erscheinung und wirtschaftliche Relevanz .....	742
2. Vertragsrechtliche Zulässigkeit .....	743

#### XI. Hinterlegungsvereinbarungen .....

**Teil 7: Nicht softwarespezifische, aber häufig auftretende Probleme und vielfach verwendete vertragliche Regelungen**

**I. Mängelhaftungsklauseln**

1. Die Inhaltskontrolle bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	758
a) Der Verbraucherverkehr .....	758
b) Der Unternehmensverkehr .....	762
2. Die Inhaltskontrolle bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	763
a) Der Verbraucherverkehr .....	763
b) Der Unternehmensverkehr .....	764
3. Kostenklauseln .....	764

**II. Schadensersatzklauseln**

1. Einführung .....	772
2. Exkurs: Abriss über die außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme .....	772
a) Die Haftung nach dem ProdHG .....	774
aa) Computerprogramme als Produkt gem. § 2 ProdHG .....	775
bb) Fehler eines Produkts gem. § 3 ProdHG .....	775
cc) Die Rechtsfolgen nach dem ProdHG .....	778
b) Die Haftung nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung .....	779
c) Die wichtigsten Abweichungen zwischen Produkt- und Produzentenhaftung im Überblick .....	781
3. Besondere Anforderungen an die transparente Vertragsgestaltung .....	781
4. Schadensersatzklauseln bei der Softwareüberlassung auf Dauer .....	783
a) Klauseln zur verschuldensunabhängigen Haftung .....	783
aa) Schadensersatzklauseln und das Fehlen der garantierten Beschaffenheit .....	784
(1) Der Verbraucherverkehr .....	784
(2) Der Unternehmensverkehr .....	784
bb) Schadensersatzklauseln zur Produkthaftung .....	784
b) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung .....	785
aa) Der Verbraucherverkehr .....	785
(1) Das Klauselverbot gem. § 309 Nr. 7a) BGB .....	785
(2) Das Klauselverbot gem. § 309 Nr. 7b) BGB .....	786
(3) Haftungsklauseln für leichte Fahrlässigkeit .....	787
bb) Der Unternehmensverkehr .....	791
5. Schadensersatzklauseln bei der Softwareüberlassung auf Zeit .....	792
a) Klauseln zur verschuldensunabhängigen Haftung .....	792
aa) Der Verbraucherverkehr .....	792
bb) Der Unternehmensverkehr .....	793
b) Klauseln zur verschuldensabhängigen Haftung .....	793
6. Sonderprobleme bei pauschalierten Schadensersatzansprüchen des Softwarelieferanten .....	794
a) Allgemeines .....	794
b) Das Verbot überhöhter Pauschalen gem. § 309 Nr. 5a) BGB .....	795
c) Das Verbot des Abschneidens des Gegenbeweises gem. § 309 Nr. 5b) BGB .....	795
d) Besonderheiten im Unternehmensverkehr .....	795
7. Die Folgen der Unwirksamkeit von Haftungsklauseln .....	796

**III. Mängelruepflichten und Ausschlussfristen für Mängelanzeigen**

1. Vertraglicher Anwendungsbereich und Zweck derartiger Regelungen .....	798
2. Mängelruepflichten bei beidseitigem Handelsgeschäft .....	800
3. Vertragliche Mängelanzeigenpflichten unter Kaufleuten .....	803
a) Verschärfungen gegenüber § 377 HGB .....	803
b) Erleichterungen gegenüber § 377 HGB bei Einkaufsbedingungen .....	805
4. Ausschlussfristen für Mängelanzeigen im Verbraucherverkehr .....	805
5. Sonderproblem: Ruepflichten beim Softwareleasing .....	808

Inhaltsverzeichnis XXV

a) Die Abtretung der Mängelhaftungsansprüche im Dreiecksverhältnis zwischen Leasinggeber, Leasingnehmer und Lieferanten .....	809
b) Das Problem der Einbeziehung in den Vertrag .....	810
aa) Die Einbeziehung im Unternehmensverkehr .....	810
bb) Die Einbeziehung im Verbraucherverkehr .....	810
c) Die Rügeobliegenheiten des Leasingnehmers .....	811

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

1. Tatsachenbestätigungen im Verbraucherverkehr .....	813
2. Tatsachenbestätigungen im Unternehmensverkehr .....	815

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

1. Der Hinweis nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	817
2. Die zumutbare Kenntnisnahme gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	817
3. Besonderheiten im Unternehmensverkehr .....	819

**VI. Hinweis-, Kenntnisnahme- und Einverständnisklauseln**

1. Zielsetzung dieses Klauseltyps .....	821
2. Die Verwendung im Verbraucherverkehr .....	822
a) Hinweisklauseln .....	822
aa) Das Hinweiserfordernis nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	822
bb) Hinweisbestätigungen und § 309 Nr. 12b) BGB .....	824
b) Kenntnisnahmeklauseln .....	825
aa) Die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB ..	825
bb) Bestätigungen zumutbarer Kenntnisnahme .....	827
c) Das Einverständnis des Kunden .....	828
3. Die Verwendung im Unternehmensverkehr .....	829
a) Die Nichtanwendbarkeit des § 305 Abs. 2 BGB .....	829
b) Die Voraussetzungen für eine rechtsgeschäftliche Einbeziehung .....	830
4. Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	831
a) Das Zustandekommen des Vertrags .....	832
b) Der jeweilige Vertragsinhalt .....	832
aa) Übereinstimmende Klauseln .....	833
bb) Sich widersprechende Klauseln .....	833
cc) Einseitige Regelungen .....	833
dd) Der Sonderfall der Eigentumsvorbehaltsklauseln .....	834

**VII. Schriftformklauseln**

1. Der Inhalt der einzelnen Klauseltypen .....	836
2. Die Wirksamkeit der individualvertraglich vereinbarten Schriftform .....	836
3. Schriftformklauseln in Formularverträgen .....	837

**VIII. Geheimhaltungsklauseln**

1. Die Interessen der Vertragsparteien .....	839
2. Die zu regelnden Fragen .....	840
3. Probleme .....	841

**IX. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe**

1. Allgemeines .....	842
a) Der Zweck von Vertragsstrafen .....	843
b) Abgrenzung zu ähnlichen Erscheinungen .....	844
2. Vertragsstrafen im Verbraucherverkehr .....	845

a) Fallgruppen unzulässiger Vertragsstrafen .....	845
b) Vertragsstrafen des Klauselverwenders .....	846
3. Vertragsstrafen im Unternehmensverkehr .....	847
<b>X. Rechtswahlklauseln</b>	
1. Die Vereinbarung deutschen Rechts .....	851
2. Die Vereinbarung ausländischen Rechts .....	852
3. Die Anwendung der Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB trotz der Vereinbarung ausländischen Rechts .....	852
<b>XI. Gerichtsstandsklauseln</b>	
1. Zivilprozessuale Prorogationsverbote .....	855
a) Gerichtsstandsvereinbarungen vor Klageerhebung .....	855
b) Gerichtsstandsvereinbarungen nach Klageerhebung .....	858
2. Gerichtsstandsvereinbarungen und die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB .....	858
a) Der Vorrang der EuGV-VO vor §§ 305 ff. BGB .....	858
b) Die Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB .....	859
<b>XII. Schiedsgerichts- und Schiedsgutachterklauseln</b>	
1. Terminologie und praktische Notwendigkeit .....	862
2. Zivilprozessuale Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Schiedsvereinbarung .....	864
3. Wirksamkeitsvoraussetzungen nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. §§ 305 ff. BGB .....	865
a) Schiedsgerichtsvereinbarungen .....	865
b) Schiedsgutachterklauseln .....	866
<b>XIII. Salvatorische und vergleichbare Klauseln</b>	
1. Vertragswirksamkeitsklauseln .....	867
2. Teilwirksamkeitsklauseln .....	869
3. Relativierende Klauselzusätze .....	871
4. Salvatorische Klauseln mit Ersetzungsbefugnis des Verwenders .....	875
5. Salvatorische Klauseln mit konkreten Ersatzregelungen .....	876
6. Salvatorische Klauseln mit Verpflichtung zur Vereinbarung einer Ersatzregelung oder Ersatzregelungsfiktion .....	878
Stichwortverzeichnis .....	881

#### Teil 8: Musterverträge zum Download

**Muster I. Softwareüberlassung auf Dauer im Verbraucherverkehr**

**Muster II. Softwareüberlassung auf Dauer im Unternehmensverkehr**

**Muster III. Softwareüberlassung auf Dauer bei Massensoftware mit Online-Registrierungspflicht und Lizenzschlüssel**

Teil I. Software-Kaufvertrag zwischen Händler und Anwender

Teil II. Benutzungsvertrag zwischen Hersteller und Anwender bei der Online-Registrierung

**Muster IV. Softwareüberlassung auf Dauer mittels Download beim Hersteller**

**Muster V. Überlassung von Individualsoftware im Unternehmensverkehr mit Quellcodeüberlassung**

Muster VI. Softwareüberlassung auf Zeit im Verbraucherverkehr (ohne Systembindung)

Muster VII. Softwareüberlassung auf Zeit im Unternehmensverkehr (mit Systembindung)

Muster VIII. Softwarepflegeverträge mit Unternehmen

Muster IX. Softwareüberlassung an eine Leasinggesellschaft

Muster X. Softwarevertrieb bei nicht verkaufsfertig gelieferten Softwareexemplaren sowie Online-Vertrieb über eine Plattform

Muster XI. Software as a Service

Anhang zum Software as a Service Vertrag: Service Level Agreement

Muster XII. Nutzungsrechtsvereinbarung mit einem angestellten Programmierer

Muster XIII. Nutzungsrechtsvereinbarung mit einem freien Mitarbeiter

Muster XIV. Nutzungsrechtsvereinbarung mit einem Content-Lieferanten

Muster XV. Abmahnung

Muster XVI. Strafbewehrte Unterlassungserklärung



**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG