

## Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware

-

### Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen **\*\*** -

Benno Heussen \*

#### Gliederung

1. Das Problem
2. Die Idee als Quelle der Software
  - 2.1. Die Entstehung von Software
  - 2.2. Die Eigenarten der Softwarestruktur
3. Die "Aggregatzustände" der Idee und ihr rechtlicher Schutz in den einzelnen Phasen
  - 3.1. Die Entstehungsphase: Software als Skizze
  - 3.2. Die Lösungsphase: Software als "gefrorene Idee"
    - 3.2.1. Wettbewerbsrechtlicher Schutz
    - 3.2.2. Know-how-Schutz
  - 3.3. Die Transportphase: Die Bewegung der Idee
  - 3.4. Die Nutzungsphase: Überlassung des Programms
    - 3.4.1. Patentrecht/Gebrauchsmusterrecht
    - 3.4.2. Urheberrecht
    - 3.4.3. Warenzeichenrecht
    - 3.4.4. Strafrecht
  - 3.5. Absoluter und relativer Schutz
4. Der Zusammenhang zwischen der Gewährleistung, dem Schutz und der Nutzung der Idee
  - 4.1. Der Zweckübertragungsgrundsatz (§ 31 Abs. 5 UrhG)
  - 4.2. Der Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 Abs. 2 UrhG)
  - 4.3. Der Langzeitaspekt
5. Vertragsgegenstand
  - 5.1. Technische Aspekte
  - 5.2. Notwendigkeit rechtlicher Trennung
  - 5.3. Systemverantwortung
6. Vertragsformen
  - 6.1. Entwicklung und Wartung von Software (Werkvertrag)
    - 6.1.1. Die Flexibilität des Werkvertrages
    - 6.1.2. Die Erfolgshaftung
    - 6.1.3. Der Schutz der Idee
    - 6.1.4. Die Nutzungstiefe

## 6.2. Verträge über die Nutzung von Software

### 6.2.1. Bedeutung von Vergütungsart und Zeitfaktor

### 6.2.2. Bedeutung von Wartung und Pflege

### 6.2.3. Überlassung auf Dauer ohne Wartung und Pflege (Kaufvertrag)

### 6.2.4. Überlassung auf Dauer mit Wartung/Pflege (Rechtspachtvertrag)

## 6.3. Verträge über den Vertrieb von Software

## 6.4. Einheitliche Elemente aller Softwareverträge 7. Softwareverträge: Lizenzverträge mit wechselndem gewährleistungsrechtlichen Kern

### 7.1. Bestandskraft des Vertrages bei anfänglichen Fehlern

### 7.2. Die gewährleistungsrechtlichen Module

### 7.3. Bedenken gegen die lizenzvertragliche Lösung 7.4. Notwendigkeit des lizenzvertraglichen Gerüsts

## 8. Zusammenfassung

### 1. Das Problem

Der Versuch, die gewährleistungsrechtlichen Probleme bei Verträgen über Computersoftware mit den begrifflichen Werkzeugen der zivilrechtlichen Systematik zu bewältigen, ist auf eine Reihe tiefer Probleme gestoßen. Computersoftware ist kein körperlicher Gegenstand 1 gleichwohl ist sie immer eng mit Sachen (§ 90 BGB) verbunden; sie ist keine technische Lehre, (§ 1 PatG 2 ), befindet sich aber immer im technischen Umfeld; sie hat keine künstlerisch-ästhetische Qualität, (§ 2 UrhG 3 ), ist aber ohne originelle wissenschaftliche Entwürfe nicht denkbar.

So einfach die negativen Abgrenzungen gelingen, so schwer ist es, für Software jene charakteristischen Eigenschaften zu definieren, die den Vergleich mit den für das System des BGB typischen Vertragsgegenständen ermöglichen. Zudem ist Software stets nur Teil einer von vielen anderen Leistungen bestimmten Gesamtleistung; auch deshalb werden Verträge über Softwareleistungen häufig rechtlich "gemischt" oder "koordiniert" sein 4, niemals aber das klare Profil gewinnen, das der zivilrechtlichen Systematik jedenfalls als Idee zugrunde liegt. Die hohe praktische Bedeutung des Gewährleistungsrechts hat Rechtsprechung und Literatur vorerst dazu gezwungen, einzelfallorientiert zu entscheiden, wobei man sich teils an die Vertragstypen des BGB, teils an die allgemeinen Grundsätze (§§ 325, 326 BGB) anlehnt 5. Die dabei verwendeten Kriterien schwanken vor allem in der untergerichtlichen Rechtsprechung, die das Problem zunächst einmal definieren

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)

780

muß 6. Bei Software, die nach Planvorgabe des Bestellers oder im Zusammenwirken mit ihm erstellt wird, ergeben sich zudem ganz neue Problemzonen der Mitverantwortung des Bestellers für das Endprodukt 7, die nicht identisch sind mit den bekannten Bestelleranweisungen (§ 645 BGB) 8, und die auch urheberrechtliche Bedeutung bekommen können (Miturheberschaft). All dies geschieht im Zentrum der zivilrechtlichen Systematik (Kauf-/Werkvertrags-/Mietrecht) und beansprucht sie in Grenzfällen bis zur Gefahr der Überdehnung.

Der Lösungsversuch muß die Charakteristik der Software so herausarbeiten, daß ihre Nähe oder Ferne zu den einzelnen Vertragstypen des BGB (deren systematischer Wert grundsätzlich zu unterstellen ist 9 im Gewährleistungsbereich erkennbar wird. Dabei zeigen sich überraschende

Querverbindungen zu den urheberrechtlichen Problemen der Software, daneben gewinnt der Begriff des Lizenzvertrages genauere Konturen.

## **2. Die Idee als Quelle der Software**

### **2.1. Die Entstehung von Software**

Software entsteht in einem mehr oder weniger geplanten Verfahren, das sich von der Ursprungsidee über verschiedene konzeptionelle Verfestigungen zunächst bis zum Test solcher Konzepte entwickelt. Diese werden dann im Stadium der Verfahrensrealisierung durch Programmierung umgesetzt, als Endprodukt erneut getestet und schließlich eingeführt 10.

An diesem Grundmodell ändert sich auch dann nichts, wenn sich einzelne Phasen - vor allem im konzeptionellen Bereich - mit modernen Softwarewerkzeugen von der stufenweisen Erstellung zu einem Verfahren hinentwickeln, bei dem schnell entworfene Grundmodelle später ausdetailliert werden (Rapid prototyping) 11.

Auf jeder der einzelnen Stufen gibt es typische Fehlerquellen, die später zu Fehlern der Gesamtleistung führen können.

Die Bereiche, in denen neuartige technische Verfahren angewendet werden, sind nicht so groß, wie man zunächst vermuten möchte. Fehler, die etwa in der Programmierphase vorkommen, können mit relativ geringem Aufwand behoben werden (wenn man sie diagnostizieren kann). Anders ist es mit Fehlern, die tief unten, etwa bei fehlerhafter Planvorgabe oder ungenauen Definitionen vorkommen: sie beeinflussen unwiderruflich die Statik der Gesamtlösung und sind gelegentlich überhaupt nicht zu beseitigen.

Daran zeigt sich, daß das eigentliche technische Problem der Software ihre mit wachsenden Aufgaben immer mehr ansteigende Komplexität ist, die das anschauliche Fassungsvermögen der Ersteller weit übersteigt.

### **2.2. Die Eigenarten der Softwarestruktur**

Software wird immer aus dem Wunsch geboren, ein bestimmtes Problem zu lösen - das ist ihr kreativer Kern. Die Berührungspunkte mit der Technik ergeben sich aus der Verwendung (teils neuer) technischer Mittel. Die Übergänge zur Welt der Ideen öffnen sich über die Ähnlichkeit der vielfachen planvollen Anweisungen mit vergleichbar ideenreichen Produkten, wie etwa den Büchern.

Die Neuartigkeit der technischen Umgebung, in der das stattfindet, verstellt den Blick für den Schwerpunkt, der zweifellos in der Ideenhaftigkeit der Software liegt. Ihre durch die Hardwaretechnik ermöglichte Besonderheit rührt daher, daß sie

- jeden noch so komplizierten Ideenzusammenhang auf zwei Informationen von großer Einfachheit zurückführt (positiv/negativ)
- trotz klarer Strukturen einen beliebigen Formenreichtum und unbegrenzte Vernetzung von Zusammenhängen ermöglicht
- sich trotz unendlich häufiger Abarbeitung immer gleicher Vorgänge nicht abnutzt
- ohne besonderen technischen Aufwand vom Benutzer selbst zu vervielfältigen ist
- in allen Formen transportiert werden kann, die elektrischen Signalen offenstehen
- jederzeit gestattet, in ihr erfaßte Daten abzufragen, und/oder zu koordinieren, ohne daß die dazu erforderlichen Kriterien zum Zeitpunkt der Programmerstellung oder Datenerfassung etwa bekannt sein müssen 12.

Mit naivem technischen Verständnis würde man den Unterschied zwischen Ideen, die in Büchern gedruckt und solchen, die auf Datenträgern erfaßt sind, lediglich darin erkennen, daß die "Botschaft" sich eines anderen "Mediums", bedient (Marshall McLuhan).

Das ist jedoch nur solange richtig, als die auf dem Datenträger gespeicherte Software sich verhält wie die toten Buchstaben des Buches, die nur in der Vorstellungskraft des Lesers zu bewegten Bildern werden. Computerprogramme hingegen beginnen, sobald sie gestartet sind, ein (wenn auch gesteuertes) eigenes Leben.

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)	781
---	-----

Das zeigt sich bei Batch-Verarbeitungen (das sind Abfragen von Informationen, die nur in einer zuvor genau festgelegten Reihenfolge durchgeführt werden können) nur rudimentär.

Dialogorientierte Systeme können schon ein Frage- und Antwortspiel inszenieren. Bei selbstlernenden Systemen im Bereich künstlicher Intelligenz wird man in naher Zukunft zu sehr handfesten Interaktionen zwischen Anwender und Software gelangen, die nicht nur scheindialogischen Charakter haben: Während jetzt der Computer noch aufs Wort folgt, wird er dann den Bediener zum Mittanzten zwingen.

Zu all dem sind Bücher, die vom Benutzer nicht beliebig verändert, zusammengesetzt oder gar zum Dialog gebracht werden können, nicht imstande 13.

Software ist demnach zwar im Kern "vergleichbar etwa den in Zeichnungen oder Plänen festgelegten Bauanweisungen eines Architekten" 14, damit ist sie aber nur "zweidimensional" charakterisiert. Software "lebt" in einer weiteren Dimension, wenn auch nur an der Nabelschnur der Hardware. Sie ist eine virtuelle Maschine, die nur nicht mit bloßem Auge wahrgenommen werden kann. Mit Marshall McLuhan's Begriffen ist sie gleichzeitig Medium und Botschaft: das Software"manuskript" (Quellenprogramm) ist das Rückgrat einer Gesamtleistung, die sich aus der Hardware, dem Einfluß der variablen Daten, den technischen Einflüssen der Peripherie und nicht zuletzt den schlechthin nicht planbaren Reaktionen des Benutzers auf die vorgegebenen Anweisungen zusammensetzt.

### **3. Die "Aggregatzustände" der Idee und ihr rechtlicher Schutz in den einzelnen Phasen 15**

Von dem Punkt ausgehend, an dem das Problembewußtsein entstanden ist bis zur Realisierung der Problemlösung und ihrer Einfügung in das vorgegebene Umfeld materialisiert sich die Idee in einzelnen Stufen. Innerhalb jeder Stufe gibt es verschiedene Formen des rechtlichen Schutzes von Ideen, die in der Literatur schon weitgehend in Analogie zu ähnlichen Problemstellungen behandelt worden sind.

#### **3.1. Die Entstehungsphase: Software als Skizze**

In der Entstehungsphase gibt es verbale Problemskizzen, Diagramme, Zusammenfassungen von Brainstormings, Ablaufskizzen, Marktanalysen, etc., die in aller Regel völlig unspezifisch sein werden. In dieser Phase hat Software ersichtlich einen flüchtigen Charakter, da nur Bruchstücke von Teilen der Gesamtlösung in unstrukturierter Form vorhanden sind. Gleichwohl wird sie schon hier über das Leistungsschutzrecht (§ 70 UrhG) geschützt 16.

Daneben gewährt das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen wenn auch begrenzten Schutz 17.

Sein Zentrum ist das Namensrecht 18. Daneben schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht aber auch andere durch § 823 BGB geschützte Rechtsgüter 19. Das gilt vor allem für die unbefugte

Benutzung der Persönlichkeit zu Werbezwecken 20, wobei gleichzeitig auch Bereicherungsansprüche entstehen können 21.

Im Bereich technischer Erfindungen schließen diese Rechte eng an den schon vorhandenen Know-how-Schutz an 22 und verdichten sich etwa im Anspruch auf Erfinderbenennung, der analog zu § 63 PatG entwickelt wird 23, im Einzelfall kann aus ihm der Anspruch auf Ausstellung einer Ehrenurkunde entstehen 24.

All diese Rechtsprechungslinien lassen sich ohne weiteres auf Software übertragen, da jede - wie immer schutzfähige - Idee auch Ausdruck der Persönlichkeit ihres Schöpfers ist. Das gilt auch dann, wenn der Schöpfer seine Software ungeschützt aus der Hand gibt: 25. Auf den Kern des Persönlichkeitsrechts kann man nämlich nicht verzichten.

### 3.2. Die Lösungsphas: Software als "gefrorene Idee"

Je mehr die Lösung sich entwickelt, um so strukturierter wird sie sich auch in schriftlichen Unterlagen verkörpern und vor allem an Umfang zunehmen. "Die erste Anforderungsanalyse umfaßt 5 Seiten Prosa, das Pflichtenheft 61 Seiten Prosa; die Dokumentation des Rohentwurfs mit 554 Funktionen nimmt bereits 2100 Seiten Prosa ein; der Feinentwurf der Programmbeschreibung mit 4335 Modulen, dargestellt durch Pseudocodes, Flußdiagramme und andere Mittel, hat 19 000 Seiten, das Quellenprogramm in der Programmiersprache schließlich 3 800 000 Zeilen" 26. Spätestens wenn die Konzepttests abgeschlossen sind und die Programmierarbeiten beginnen können, ist der Lösungsweg so verfestigt, daß man von Software als "gefrorener Idee" sprechen kann. Dieses Bild soll die weiterführenden Assoziationen anregen, die sich aus der "Lebendigkeit" der Software ergeben: der flüchtige Charakter der Software in der Entstehungsphase ändert sich mit fortschreitender Strukturierung immer mehr zum Starren hin, bis das Programm schließlich (ähnlich wie gefrorenes Wasser) festgebannt auf den Datenträger transportiert werden kann. Bis dahin kann man das gleiche auch von den Büchern sagen.

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)

782

#### 3.2.1. Wettbewerbsrechtlicher Schutz

In dieser Phase genießt Software den Schutz gegen gezielte Ausspähung im Rahmen des Wettbewerbsrechts nach allgemeinen Grundsätzen 27.

#### 3.2.2. Know-how-Schutz

Gleichzeitig wird das entstehende Know-how schon vor jeder urheberrechtlichen oder patentrechtlichen Verfestigung geschützt.

"Schutz von Know-how bedeutet allgemein die rechtlich begründete Befugnis dessen, der über Know-how verfügt, andere an der Benutzung des gleichen Knowhow zu hindern" 28. Er ist auch außerhalb wettbewerbsrechtlich relevanter Angriffe gegeben 29, ebenso ist er unabhängig davon, ob aus dem Know-how später patentierbare oder urheberrechtsfähige Gegenstände entstehen können 30, er soll vielmehr den künftig erhofften Schutz absichern, § 3 Abs. 4 PatG 31.

Know-how-Schutz entsteht auch unabhängig von technischen Problemstellungen. So erfaßt er etwa geheimhaltungsbedürftige Ideen wie "Werbungsmethoden" und "Finanzierungsmethoden" 32. Übertragen auf Software können das bestimmte Programmierstrukturen sein, die für die "Handschrift" des Programmierers typisch sind oder seine Arbeit besonders effektiv machen.

Der Schutz setzt zeitlich erst dann ein, wenn eine Idee soweit gediehen ist, daß sie die Grundlage für ein bestimmtes Verfahren werden kann. Bei Software ist das spätestens der Fall, wenn die Konzepte so ausdetailliert sind, daß ein Dritter auf ihrer Basis weiterarbeiten kann. Fraglich ist, ob die Inhaberschaft am Know-how als absolutes Recht betrachtet werden kann 33. Im Bereich der Enteignungsproblematik ist das angenommen worden 34, im übrigen geht man allgemein von nur relativem Schutz aus 35.

Schwierige und noch ungelöste Fragen wirft allerdings das Kartellrecht dann auf, wenn es darum geht, Rechte an "offenkundigem" Know-how zu schützen 36. Ein kartellrechtliches Verdikt solcher Verträge läßt sich regelmäßig nur auf eine Gesamtbetrachtung des Vertragsgefüges stützen, nicht dagegen auf eine isolierte Betrachtung einer einzelnen Vertragsbestimmung 37.

Will man sichergehen, so kann es sein, daß nur die Kombination mehrerer Schutzformen und eine zweckmäßige Vertragsgestaltung (Einmallizenz) zu einem angemessenen Äquivalent für die Überlassung der Idee führt.

Der Know-how-Schutz ist auch dann von Bedeutung, wenn Teile der Software patentiert oder urheberrechtsfähig sind: Schutzfähige Software bewegt sich immer in einem Umfeld von nichtschützbarer, geheimes und nicht geheimes Wissen fließen ebenfalls in den Berührungszonen übergangslos ineinander 38.

Soweit Topographien von Mikrochips nicht sonderrechtlich geschützt sind 39, unterfallen sie ebenfalls dem Know-how-Schutz.

### **3.3. Die Transportphase: die Bewegung der Idee**

Wenn Software fertiggestellt ist, zeigt sich der entscheidende Unterschied zwischen den in Büchern und in Software "eingefrorenen" Ideen:

die Möglichkeit zum schnellen Wechsel zwischen den verschiedenen "Aggregatzuständen" macht Software auf eine Art und Weise transportierbar, die bei herkömmlichen Technologien (insbesondere bei Büchern) ganz undenkbar wäre: Man kann Software-Programme auf transportablen Datenträgern (Disketten, Platten) verschicken, über Datenfernübertragungskabel versenden, über Fernmeldesatelliten ausstrahlen und mit allen denkbaren Techniken vervielfältigen.

Nun ist zu entscheiden, wann die Leistung offenkundig gemacht wird, wovon bei Software, die Teil eines Patents werden kann, Entscheidendes abhängt (§ 3 Abs. 2 PatG).

### **3.4. Die Nutzungsphase - Überlassung des Programms**

In diesem Bereich bewähren sich die starken Schutzformen (Patentrecht, Urheberrecht), die zwar schon in der Transportphase nach Offenlegung einsetzen mögen, sich aber erst in der Nutzungsphase im Detail entwickeln - nicht zuletzt gespeist vom UmgebungsKnow-how

In der Nutzungsphase, wenn Software vom Datenträger in den Arbeitsspeicher des Computers kopiert wird und auf die Abfragen des Benutzers mehr oder weniger intelligent reagiert, zeigen sich Neuheit und Werkhöhe in ihrer ganzen Stärke.

Dann "verflüssigt" sich die Idee, folgt den im Quellenprogramm nachgezeichneten Datenflußplänen, überwindet die in den Schnittstellen vorgesehenen Schleusen und kann schließlich in bestimmten Zuständen wieder "eingefroren" werden.

In dieser Phase steht der gesamte Katalog der Schutzformen einschließlich der in den vorangegangenen Phasen schon entwickelten zur Verfügung.

### 3.4.1. Patentrecht/Gebrauchsmusterrecht

Software, die "hart an der Hardware" entwickelt wird (so insbesondere bei Firmware (Hinweis): Fußnote 63), ist patent- und gebrauchsmusterfähig, sofern sie damit Teil der konkreten technischen Lehre wird 40.

### 3.4.2. Urheberrecht

Software ist bei genügender Werkhöhe urheberrechtsfähig 41. Wenn ein Programm bei fehlender Werkhöhe im Inland die inhaltlichen und formellen Anforderungen (Registrierung) ausländischer Urheberrechte erfüllt, so kommt für ein solches Programm trotz des Gefälles der Werkhöhe gleichwohl Inlandsschutz in Frage. Für den wichtigen Bereich der USA (Computersoftware Copyright Act [1980] ) mag das wegen des nach wie vor gültigen deutsch-amerikanischen Vertrages von 1892 (RGBl. 473) von Bedeutung sein 42.

Der Urheberrechtsschutz setzt spätestens dann ein, wenn die Werkhöhe zweifelsfrei feststellbar ist. Das wird in der Regel bei Vorliegen der Konzepttests der Fall sein.

### 3.4.3. Warenzeichenrecht

Soweit Software mit einem Warenzeichen versehen wird, ist sie auch insoweit nach allgemeinen Grundsätzen geschützt 43.

### 3.4.4. Strafrecht

Neben den Spezialvorschriften des StGB (etwa § 202a, 263a, 269, 270, 303a, 303b) ist Software im Bereich des Urheberstrafrechts (§§ 106 f. UrhG), des Patentstrafrechts (§ 142 PatG, Art. 64 Abs. 3 EPÜ, 79 GPÜ) und des Wettbewerbsstrafrechts (§§ 17 f. UWG) geschützt 44.

### 3.5. Absoluter und relativer Schutz

Der Vertragsgegenstand Software genießt demnach von der Stunde an, in der die Idee entsteht, bis zu seiner Vollendung und der Überlassung an Dritte einen seiner ideenhaften Charakteristik entsprechend abgestuften Schutz. Er wird in wenigen Fällen (Patent-/Urheberrecht) absolut sein, in den weitaus meisten Fällen (Know-how) wird der tatsächlich sorgfältige Umgang mit der Idee und ihrer Dokumentation relativen Schutz gewähren. Wenn es selbst daran fehlt und die Idee frei zugänglich ist, so wird sie wettbewerbsrechtlich von Anfang an gegenüber direkten Angriffen und unter allen Umständen im Bereich des persönlichkeitsrechtlichen Kerns geschützt. In vielen Fällen entstehen neue Überschneidungsfelder zwischen technisch und ästhetisch orientierten Schutzformen.

## 4. Der Zusammenhang zwischen der Gewährleistung, dem Schutz und der Nutzung der Ideen

Bei keinem der klassischen Vertragstypen des BGB (Kauf-/Werk-/Mietvertrag) ist die Gewährleistung für überlassene Ideen als Leistungsgegenstand prototypisch behandelt. Die Rechtsprechung hat - auch aus anderen Gründen - grundsätzliche Zweifel, ob sie sich überhaupt für solche Verträge eignen 45. Die Vertragstypen des BGB sind aus naheliegenden Gründen am Modell von Standardleistungen entwickelt, während Verträge über Patente, Urheberrechte oder gar Know-how in aller Regel nicht zu standardisieren sind.

Die Schwierigkeit bei der rechtlichen Einordnung der Softwareverträge rührt daher, daß es hier sowohl standardisierte Leistungen 46 als auch höchst individuell konzipierte gibt. Man kann das Typensystem des BGB deshalb nicht von vornherein verwerfen, wird es aber an denjenigen Stellen modifizieren müssen, wo der ideenhafte Charakter der Leistung es erfordert.

Es gibt drei Schnittstellen zwischen Gewährleistungsrecht und Ideenschutzrecht, an denen diese Übergänge deutlich werden.

#### 4.1. Der Zweckübertragungsgrundsatz (§ 31 Abs. 5 UrhG)

Der Zweckübertragungsgrundsatz gestattet es, nur diejenigen Nutzungen freizugeben, die im einzelnen im Vertrag festgelegt sind 47.

Er ist identisch mit dem "im Patentrecht geltende (n) Erfahrungssatz, daß niemand mehr Rechte überträgt, als notwendig" 48. Er gilt auch außerhalb des Kernbestands der Nutzungsrechte, §§ 31, 32 UrhG 49, ja sogar bei den eigentumsrechtlichen Aspekten 50. Als Grundidee ist er letztlich im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankert und gilt damit allgemein für die Immaterialgüterrechte 51, also vor allem auch dort, wo die Werkhöhe zweifelhaft sein kann 52. Der

Zweckübertragungsgrundsatz nötigt mithin bei jedem Vertrag zu der genauen Prüfung,

- in wieviel Nutzungsarten der Leistungsgegenstand insgesamt aufgeteilt werden kann,

und

- welche dieser Nutzungsarten die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend übertragen wollten

53.

Die Gewährleistungsvorschriften des BGB sind Teil eines differenzierten Systems von "Risikozuweisungen" 54. Der Umfang dieser Risiken hängt wesentlich davon ab, in welchem Umfang der Hersteller die Nutzung des Vertragsgegenstandes gestattet. Räumt er nur einem einzigen Vertragspartner ein zeitlich und räumlich

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)

784

beschränktes Nutzungsrecht ein, so wird etwa das Risiko von Mangelfolgeschäden relativ gut berechenbar bleiben; gestattet er jedoch die Nutzung ohne jegliche Beschränkung, umfaßt sie etwa auch nationale und internationale Vertriebsrechte, dann können sich die Regreßansprüche aus Softwarefehlern ins Ungemessene multiplizieren. Um das Gewährleistungsrisiko des Herstellers also quantifizieren zu können, bedarf es einer genauen Untersuchung, in welchem Umfang Nutzungsrechte an Software überlassen worden sind.

#### 4.2. Der Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 Abs. 2 UrhG)

Einen ähnlichen Zusammenhang gibt es im Bereich des Erschöpfungsgrundsatzes. Er besagt, daß der Urheber auf Art und Ausmaß der Nutzung um so weniger Einfluß nehmen darf, als er sich im Vertrag eines tatsächlichen Einflusses auf den Ideenschutz begeben hat; wer Rechte "verkauft", kann über das weitere Schicksal des Vertragsgegenstandes nicht mehr befinden 55. Die Rechtsprechung versteht den Erschöpfungsgrundsatz "als allgemeine Rechtsregel..., die im gesamten gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Anwendung findet... (Sie) besagt..., daß der Rechtsinhaber durch eigene Benutzungshandlungen das ihm vom Gesetz eingeräumte ausschließliche Verwertungsrecht ausgenutzt und damit verbraucht hat, so daß bestimmte weitere Verwertungshandlungen nicht mehr vom Schutzrecht erfaßt werden" 56. Dem korrespondiert im Gewährleistungsrecht die Idee, daß der Verkäufer nur eine zeitlich sehr kurze Spanne nach

Übergabe (6 Monate) noch gewährleisten muß (§ 477 BGB), während der Vermieter, während der gesamten Vertragsdauer haftet (§ 537, 538 BGB). Der Zusammenhang ist einfach: wer eine Idee "verkauft", dem kann ihr Schutz nur solange wichtig sein, als er auch für ihre Qualität haftet, wer hingegen Rechtsinhaber bleiben will, der muß den Ideenschutz schon deshalb aufrecht erhalten, weil bei dessen Zusammenbruch jede weitere wirtschaftliche Verwertung grundlegend gefährdet ist.

#### 4.3. Der Langzeitaspekt

Wenn also nicht "verkauft" wird, sondern der Ersteller der Software sein Produkt weiterhin begleiten will (oder muß), nehmen die Verträge den Charakter "komplexer Langzeitverträge" 57 an, wie die Literatur jetzt schrittweise entdeckt 58. Gerade dieser Aspekt zeichnet nicht nur Industrieanlagenverträge, sondern alle Verträge aus, bei denen Ideen überlassen werden 59, vor allem aber die urheberrechtlich geprägten Lizenzverträge 60.

Der Langzeitaspekt wirkt sich im Gewährleistungsrecht in zweierlei Hinsicht aus: Für den Ersteller schafft er größere Haftungsrisiken, der Erwerber wiederum wird, wenn er die Funktionsfähigkeit des Produkts sicherstellen will, mit seinem Vertragspartner, auf welcher Basis auch immer, kooperieren müssen 61. Im folgenden werden Vertragsgegenstand und Vertragsform der Softwareverträge daraufhin untersucht, wie nahe sie dem Typensystem des BGB stehen und wie die oben skizzierten Zusammenhänge sich in ihnen finden oder durch behutsame Modifizierungen mit ihnen vereinbaren lassen.

### 5. Vertragsgegenstand

#### 5.1. Technische Aspekte

Es ist gelegentlich nicht einfach, den Gegenstand von Softwareverträgen genau zu bestimmen. Überschneidungen mit der Hardware gibt es schon dort, wo Software (wie üblich) auf Datenträgern (Disketten, Platten, Bändern) durch körperliche Übergabe überlassen wird. In solchen Fällen kann Streit entstehen, ob die Datenträger vom Leistungsinhalt und den Gewährleistungsregeln mit umfaßt sind 62. Am deutlichsten ist die Überschneidung bei Firmware 63: Wird zum Beispiel eine Chipkarte zerstört, dann ist zwar der Datenträger zerrissen, nicht aber die auf ihr gespeicherte Idee, da sie sich identisch rekonstruieren läßt.

Ähnliche Abgrenzungsprobleme zeigen sich allerdings auch zwischen Software im engeren Sinn und der Dokumentation.

Die Dokumentation besteht nämlich aus Hardware (das Papier oder der Datenträger, auf denen die Dokumentation erfaßt ist) und aus Software, also aus den Ideen, die die Programmanweisung letztlich ausmachen. Definiert man Software technisch im weiteren Sinn, dann gehören dazu:

- die Programmkonzepte
- das Quellenprogramm (source code)
- das Maschinenprogramm (object code)
- die Anwenderdokumentation (Bedienerhandbuch)
- die Herstellerdokumentation (Datenflußpläne etc.)
- die Programmkopie, die dem Anwender überlassen wird: sie kann teilweise Elemente aus den anderen Bereichen enthalten, so vor allem Testwerkzeuge zum Auffinden von Fehlern, die in der Regel durch entsprechende Schutzmaßnahmen dem direkten Zugriff des Anwenders entzogen sind 64.

Welcher dieser einzelnen Gegenstände rechtlich zur Software und welcher zur Dokumentation gehört, kann sich nur danach bestimmen, welche Nutzungstiefe die Vertragsparteien vereinbart haben. Wenn der Anwender das Programm nur einfach nutzen soll, es also weder bearbeiten noch vertreiben noch vervielfältigen etc. darf, dann gehört zur vertraglichen Softwareleistung nur die ihm überlassene Programmkopie, wobei die Lieferung der Anwenderdokumentation eine typische Nebenpflicht ist 65.

Soll der Anwender das Programm selbst warten und pflegen, dann benötigt er dafür das Quellenprogramm. Im anderen Fall, nämlich solange der Hersteller wartet

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)	785
---	-----

und pflegt 66 hat er keinen Überlassungsanspruch. Letztlich entscheidet also die Zweckübertragungstheorie über die Ausdehnung des Vertragsgegenstandes und damit gleichzeitig auch über das Ausmaß der Gewährleistung: wenn etwa die Benutzerdokumentation mitgeliefert werden muß, dann haftet der Hersteller auch für Fehler, die in ihr enthalten sind, darf das Programm vervielfältigt werden, so erhöht sich das Haftungsrisiko numerisch um die Zahl der erstellten Kopien. Entsprechend den jeweiligen Erweiterungen oder Einschränkungen dieser Risikozonen ist zu erwarten, daß auch der Preis der Software sich nach dem Umfang des Vertragsgegenstandes und den damit wachsenden Risiken bestimmt.

## 5.2. Notwendigkeit rechtlicher Trennung

Die enge, fast organische Verbindung zwischen Hardware, Software und Dokumentation, wie sie besonders bei der Firmware und zwischen Hardware und Betriebssystem augenfällig ist, verleitet instinktiv dazu, sich gegen deren rechtliche Trennung aufzulehnen 67. Folgt man diesem Instinkt, so verfehlt man den wichtigsten Aspekt der juristischen Arbeit: die begriffliche Trennung einheitlicher Lebenssachverhalte mit dem Ziel der Zuordnung zu abstrakt definierten Rechtsfolgen.

## 5.3. Systemverantwortung

Die Notwendigkeit, die Vertragsgegenstände begrifflich in so viele Module aufzuteilen, als erforderlich sind, um den Konturen des Zweckübertragungsprinzips zu folgen, hindert gleichwohl nicht daran, im Einzelfall Fehler, die sich bei einer Teilleistung zeigen, auf eine andere durchgreifen zu lassen.

Eine derartige Systemverantwortung bedarf jedoch genau festgelegter Kriterien und kann nicht einfach fallweise nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten entschieden werden 68. Solche Kriterien sind:

- Gesellschaftsverträge (z.B. Arbeitsgemeinschaften § 705 BGB) 69
- Gesamtschuldverhältnisse (§ 426 BGB) 70 - Gesetzliche Verbindung über § 469 Abs. 2 BGB 71, der analog auch im Werk- und Mietvertragsrecht anzuwenden ist 72
- Vertragliche Verbindung über § 139 BGB 73
- Einwendungsdurchgriff, der sich letztlich darauf stützt, daß einheitliche Lebenssachverhalte nicht willkürlich getrennte rechtliche Schicksale erleiden sollen - typisch beim Leasingvertrag (§ 242 BGB) 74
- Zurechnungen über die Rechtsfiguren des Vertrages zugunsten Dritter, des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder der Drittschadensliquidation 75; in hohem Maße interessant

sind dabei die im Bereich der Lizenzverträge angedeuteten Rechtsprechungslinien für die Drittschadensliquidation 76 und die verschiedenen Formen der Herstellergarantie 77.

- Die Grundsätze der Produkthaftung vor allem im Bereich der "weiterfressenden Mängel" 78.

Über die relevanten Kriterien besteht noch weitgehend Unklarheit. Wenn die objektiven Kriterien (technische, wirtschaftliche, rechtliche Nähe der Teilleistungen) kein ausreichend klares Bild ergeben, wird letztlich das subjektive Wissen um die Nähe der eigenen Leistung zur Leistung Dritter und die damit erweiterten Haftungsgefahren von Bedeutung sein 79.

Zu berücksichtigen ist aber in jedem Fall, daß es nicht zur Disposition des Anspruchsberechtigten stehen kann, ob und gegebenenfalls welche Teile der Leistung er von dem Mangel als erfaßt ansieht 80.

## 6. Vertragsformen

Bei den Vertragsformen unterscheidet man

- Verträge über die Entwicklung und die Wartung von Software,
- Verträge über die Nutzung von Software,
- Verträge über den Vertrieb von Software.

### 6.1. Entwicklung und Wartung von Software (Werkvertrag)

Für diese Verträge bietet das Grundmuster des Werkvertragsrechts eine geeignete Basis, da

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)	786
---	-----

- bei Vertragsschluß das Werk oder der Erfolg erst zu erstellen bzw. zu bewirken sind (§ 631 Abs. 1 und Abs. 2 BGB).

- Die Identität des erbrachten mit dem vorgestellten Werk und seine Qualität erst im Zuge der Abnahme festgestellt werden.

- Der Unternehmer das Recht und die Pflicht zur Nachbesserung hat.

Rechtsprechung 81 und Literatur 82 ordnen diese Verträge deshalb einhellig dem Werkvertragsrecht zu.

#### 6.1.1. Die Flexibilität des Werkvertrages

Die große Flexibilität des Werkvertragsrechts, die ein breites Spektrum von unterschiedlichsten Verträgen zweckentsprechend gestaltet 83, ermöglicht eine differenzierte Angleichung der Rechtsfolgen an unterschiedliche Ausgangssituationen: Hat etwa der Vertrag erkennbaren Risikocharakter, weil man nicht weiß, ob der Erfolg eintreten wird, so kann man sich an Forschungs- und Entwicklungsverträge 84 anlehnen.

Soll dem Ersteller möglichst große Freiheit in der Gestaltung der Aufgabe gelassen werden, wird man Gesichtspunkte des Bestellvertrages (§ 47 VerlG) heranziehen können 85; ist der Vertrag in eine größere Gesamtleistung einbezogen und reicht damit über den "einfachen punktuellen Austauschvertrag" hinaus 86, dann wird man am Modell des Industrieanlagenvertrages 87 arbeiten.

Die Besonderheiten des Softwaremangels als "fehlerhafter Idee" lassen sich durch den Rückgriff auf Rechtsprechungslinien bewältigen, die sich zur Fehlerhaftigkeit der Druckwerke und Filme entwickelt haben 88. Wenn man Codierfehler als "Druckfehler", Fehler der Datenflußpläne als

"Inhaltsfehler", und Umständlichkeiten bei der Bildung des Algorithmus als "Stilfehler" zu interpretieren lernt, lassen sich diese Entscheidungen wohl nutzen. Dabei wird der objektive Fehlerbegriff vielleicht wieder eine gewisse Bedeutung erlangen 89. Endlich ist auch die Einbeziehung gesellschaftsrechtlicher Elemente in das Werkvertragsrecht möglich, wenn der Entwickler zusammen mit dem Erwerber an der Idee weiterarbeiten soll 90.

### 6.1.2. Die Erfolgshaftung

Allerdings hat der Unternehmer beim Werkvertrag für den Erfolg einzustehen 91, wenn er sich nicht ausdrücklich davon distanziert hat (was in der Regel den Vertragsschluß gefährden wird), da es noch sehr unklar ist, inwieweit Softwarefehler letztlich vermeidbar sind 92. Da die Rechtsprechung auch bei Pilotprojekten stillschweigende Haftungsbegrenzungen in der Regel nicht akzeptiert 93, ist ein ausdrücklicher Hinweis auf diese besonderen Risiken unumgänglich, wenn man der Gefahr stillschweigender Zusicherungen ausweichen will 94. Ein weiteres Problem ist die immer wieder kritisierte viel zu kurze Verjährungsfrist im Werkvertragsrecht 95. Dieses Problem wird zum Teil dadurch behoben, daß ein Großteil der namhaften Hersteller Fristen von einem Jahr anbietet und damit erweiterte Standards setzt.

Endlich ist vor allem der Beitrag des Bestellers im Zusammenhang mit allen Ideen, die er über das Pflichtenheft in das Gesamtprojekt einbringt, von den Leistungen des Werkunternehmers abzugrenzen. Fehlerhafte Planungsideen stellen nämlich die Qualität der Gesamtleistung am nachhaltigsten in Frage (Gewährleistungsaspekt), kreative Ideen hingegen ermöglichen oft erst das Gelingen (Urheberrechtsaspekt).

### 6.1.3. Der Schutz der Idee

Das Werkvertragsrecht sagt allerdings nichts darüber, wie der Schutz der Idee in der Entwicklungsphase zu verwirklichen ist, was (jedenfalls indirekt) wiederum in einen Zusammenhang mit der Qualität gebracht werden kann. Zur Lösung solcher Probleme kann man auf Vorschläge zurückgreifen, die bei Kooperationsverträgen entwickelt worden sind 96.

### 6.1.4. Die Nutzungstiefe

Nach der Abnahme, spätestens aber nach Ablauf der Gewährleistungsfrist (§ 638 BGB) endet der Nutzen des werkvertraglichen Modells: ab diesem Zeitpunkt bezieht sich das Werkvertragsrecht schlicht auf das Kaufrecht (§ 651 BGB) und sieht ohne besondere Absprachen keinen Einfluß des Herstellers auf das Schicksal des Werkes mehr vor.

Darüber hinaus sagt das Werkvertragsrecht nichts über das spätere Recht zur Nutzung des Werkes und eine dafür etwa angemessene Vergütung. Dazu der BGH: "Es trifft zwar zu, daß der Vertrag über die Erstellung der Studie in seinem wesentlichen Kern werkvertragliche Züge trägt. Allein die Zurverfügungstellung dabei sich ergebender Schutzrechte war keine werkvertragliche Verpflichtung des Verfassers der Studie, und die Parteien haben dies offensichtlich auch so gesehen, wie die gesonderte Einräumung eines Nutzungsrechts an Schutzrechten und das Versprechen einer besonderen Vergütung hierfür deutlich zeigen. Soweit die vertraglichen Vereinbarungen gewerbliche Schutzrechte betreffen, haben sie daher den Charakter einer entgeltlichen Benutzungserlaubnis, also den einer Lizenz." 97

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)

787

Ab diesem Zeitpunkt ist der Vertrag daher nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln, wie sie für fertiggestellte Software gelten (unten Ziff. 6.2.).

## 6.2. Verträge über die Nutzung von fertiggestellter Software

Derartige Verträge müssen sich nicht mehr mit den Risiken der Programmerstellung befassen. Da die Idee schon vollständig realisiert ist, kann dem Ersteller oder dem Vertreter der Schutz der Idee spätestens jetzt nicht mehr gleichgültig sein: in ihr verkörpert sich ein wesentlicher Teil des wirtschaftlichen Wertes der Software und mit der Erweiterung der Nutzungstiefe vergrößern sich auch die Haftungsrisiken.

Die wichtigsten Problemzonen solcher Verträge sind:

- die Vereinbarung des Ausmaßes der Nutzung
- die Verantwortung für den Schutz der Idee
- die Vereinbarung über Wartung und Pflege
- die zeitliche Begrenzung des Vertrages und gegebenenfalls der Gewährleistung
- Die Art der Nutzungsvergütung (Einmalzahlung/zeitorientierte Zahlung)

### 6.2.1. Bedeutung von Vergütungsart und Zeitfaktor

Bisher weisen Rechtsprechung 98 und Lehre 99 diese Verträge dann dem Kaufrecht zu, wenn sie gegen eine Einmalzahlung ("Kaufpreis") und ohne zeitliche Begrenzung überlassen wird. Ist hingegen eine zeitlich gestaffelte Vergütung ("Mietrate") vereinbart, und soll die Software nach einer bestimmten Zeit "zurückgegeben" werden, so wird der Vertrag dem Miet-/Pachtrecht zugewiesen 100.

Das sind brauchbare, aber nicht erschöpfende und vor allem nicht ausreichend kennzeichnende Elemente der jeweiligen Vertragstypen.

In dem praktisch bedeutsamen Feld des Abzahlungskaufs werden Kaufpreise ebenfalls in zeitlich gestaffelten Raten vereinbart, im Lizenzvertragsrecht wiederum gehört die Vereinbarung von "Einmallizenzen" zur täglichen Praxis, obgleich dort gerade kein "Kaufvertrag" gewollt ist: "Ein Lizenzvertrag ist - anders als ein Kaufvertrag - kein Austauschverhältnis, welches mit der Erbringung der beiderseitigen Leistungen in der Regel abgewickelt und erfüllt ist, sondern ein auf eine vereinbarte Zeit oder auf die Dauer des lizenzierten Schutzrechts angelegtes Dauerschuldverhältnis. " 101

Die Frage, ob eine Einmalzahlung oder eine Monatsrate vereinbart ist, wird in den meisten Fällen nur von Finanzierungsüberlegungen gesteuert, nicht aber von dem Willen, einen bestimmten Vertragstyp zugrundezulegen. Das Kriterium der zeitlichen Begrenzung ist zwar theoretisch für die Abgrenzung nützlich, wirkt aber praktisch nur dort, wo der Hersteller streng darauf achtet, daß nach Zeitablauf die Software tatsächlich nicht mehr benutzt und die Datenträger gelöscht werden etc. Meist wird auch noch danach abgegrenzt, ob es sich um Individualsoftware oder um Standardsoftware handelt 102; diese Unterscheidung ist für die Abgrenzung zum Werkvertragsrecht wichtig, hilft aber für die Unterscheidung zwischen Kauf- und Mietrecht nicht weiter: der Begriff sagt technisch lediglich, daß diese Software vom Hersteller für eine anonyme Zahl von Abnehmern bestimmt ist und individuelle Änderungen abgelehnt werden und trifft damit nicht die entscheidenden Fragen, die sich aus dem Nutzungsverhältnis ergeben.

### 6.2.2. Bedeutung von Wartung und Pflege

Die entscheidenden Kriterien dafür, ob ein Softwarevertrag für den Zeitraum nach der Überlassung kaufrechtlichen oder mietrechtlichen Charakter hat, können nur dort gefunden werden, wo das Gesetz selbst den bedeutenden Unterschied zwischen beiden Vertragstypen sieht: es ist der völlige Rückzug aus der Rechtsinhaberschaft beim Kaufvertrag im Gegensatz zu deren

Fortdauer beim Mietvertrag. Er drückt sich in erster Linie darin aus, daß die Pflichten des Verkäufers (wie auch des Werkunternehmers) mit der Übergabe der Kaufsache im wesentlichen (bis auf die zeitlich begrenzte Gewährleistungspflicht) erfüllt sind. Im Gegensatz dazu bleibt der Vermieter Rechtsinhaber der vermieteten Sache. Deutlichster Ausdruck dieser Position ist die (auch im eigenen Interesse übernommene [! ] ) Instandhaltungspflicht, die ihn trifft. Bei Softwareverträgen kommt dieser Aspekt im wesentlichen darin zum Ausdruck, daß im einen Fall das Programm gewartet und/oder gepflegt wird, in anderen Fällen nicht.

### 6.2.3. Überlassung auf Dauer ohne Wartung und Pflege (Kaufvertrag)

Wenn ein Programm auf Dauer überlassen wird, ohne daß dem Abnehmer Wartung und Pflege des Programms angeboten wird, so geschieht das in folgenden Fallgestaltungen:

- Der Hersteller veräußert direkt an den Endanwender und übergibt ihm gleichzeitig die gesamte Dokumentation einschließlich des Quellenprogramms. In diesem Fall kann der Anwender das Programm selbst pflegen, warten und weiterentwickeln, der Hersteller hat sich jeden Einflusses auf das Programm begeben.
- Der Hersteller behält das Quellenprogramm und andere Dokumentationsteile und gibt nur die Kopie weiter, bietet jedoch weder Wartung noch Pflege an, weil er eine Verantwortung für das Programm überhaupt ablehnt (Software "as is"): das dürfte über individuelle Abreden möglich sein.
- Der Hersteller und/oder Vertrieb bringen das Programm in den Handel, haben weder die Absicht der Wartung/Pflege noch der Weiterentwicklung, weil sie das Produkt für fehlerfrei und entwickelt halten. Hier soll die kurze Gewährleistung gelten.

In all diesen Fällen kann man das Modell des Kaufvertrages unproblematisch nutzen, denn dort ist der Gegenstand des Vertrages bei Vertragsabschluß in dem Zustand, in dem er sich befindet, voll identifizierbar und auf seine Qualität prüfbar. Diese wiederum kann je nach Art der Software (Massensoftware oder hochkomplexes Produkt) auch preisabhängig gestaltet werden:

Wer ein Softwareprodukt erwirbt, das nach seinem Leistungsinhalt und der Preisgestaltung nicht auf Standardanforderungen zugeschnitten ist oder ersichtlich

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)

788

einen kundigen Benutzer erfordert, wird sich mit geringerer Gewährleistung zufrieden geben müssen, als der Käufer eines hochpreisigen, jahrelang entwickelten Standardprodukts.

Bei solchen Verträgen bedarf es deshalb auch keiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Absprachen über Art und Ausmaß der Nutzung bzw. des Schutzes der Idee: Der Erwerber erhält die Idee in genau dem Zustand, in welchem sie ihm nach dem Vertrag überlassen wurde, und ist sodann bis auf die Gewährleistungsansprüche für das weitere Schicksal in jeder Hinsicht selbst voll verantwortlich.

Konsequent endet daher spätestens nach Ablauf der Gewährleistungsfrist jegliche Verantwortung des Verkäufers für das Programm. Tauchen Fehler erst später auf und hat der Erwerber die Software ohne Quellenprogramm erworben (typisch für Massensoftware), so weiß er schon bei Vertragsschluß, daß er später Fehler nicht wird beseitigen können. Auch das ist typisch für gekaufte Produkte in anderen Bereichen.

Hat er jedoch das Quellenprogramm erworben, so ist es seine Sache, es vor dem Zugriff Dritter oder deren Ausspähung zu schützen, Fehler zu beseitigen, es fortzuentwickeln etc. Die

verschiedenen Risikostufen, die sich dabei realisieren, werden in aller Regel über den Kaufpreis auch zum Ausdruck gebracht werden können.

#### **6.2.4. Überlassung auf Dauer mit Wartung/Pflege (Rechtspachtvertrag)**

Wird Software vom Hersteller/Vertrieb unter der gleichzeitigen Bereitschaft zu Wartung und Pflege während der Einsatzdauer überlassen, so zeigt das, daß die Rechtsinhaberschaft beim Hersteller/Vertrieb verbleiben soll. Die Funktionsfähigkeit des Programms soll nach vertraglicher Absprache (gegen zusätzliche Vergütung) erhalten bleiben, das Ausmaß der Nutzungstiefe (Eigennutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung) kann im einzelnen festgelegt werden.

Bei hochkomplizierten Programmen kann ein Kunde von angebotenen Wartungs-/Pflegeverträgen grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden, sofern er keine willkürlichen Eingriffe in das Produkt vornimmt 103.

Solche Verträge passen zwanglos auf das Modell der Rechtspacht, da sie die miet-/pachtrechtlichen Grundregeln in den wesentlichen Grundzügen enthalten:

- Gegenstand des Miet-/Pachtvertrages sind Sachen und Rechte (§ 581 BGB).
- Der Pachtvertrag berechtigt nicht nur zur Nutzung der Pachtsache selbst, sondern auch ihrer Früchte (§ 99 BGB).
- Der Vermieter/Verpächter bleibt Inhaber sämtlicher Rechte, schützt sie schon im eigenen Interesse und leistet Gewähr für die Funktionsfähigkeit des Gegenstandes während der gesamten Vertragsdauer.

Auch hier ist es nicht von Bedeutung, in welcher Form die Gegenleistung vereinbart wurde. Bei Betriebssystemen ist es oft üblich, die Vergütung für Wartung und Pflege in den Hardware-Preis miteinzuberechnen, weil die Wartung und Pflege dieser Programme eine zwingende Voraussetzung dafür ist, daß die Hardware im Markt gehalten werden kann. Werden monatliche Raten vereinbart, so entspricht das dem typischen Bild des Rechtspachtvertrages, wird eine Einmalzahlung vereinbart, so wird sie anhand der vereinbarten Nutzungsdauer kalkuliert. Endlich kommt es nicht darauf an, wann die Wartungs-/Pflegevereinbarung abgeschlossen wird: wenn die Software bei Vertragsabschluß noch zu erstellen ist, können die Parteien Verabredungen für die Zeit nach der Abnahme treffen. Problematisch ist es allerdings, wenn zunächst kein Wartungs-/Pflegevertrag bestand und erst längere Zeit nach Einsatz der Software ein solcher geschlossen werden soll.

In diesem Fall wird der Hersteller zunächst das Recht haben, sich zu vergewissern, daß das Programm nicht individuell verändert wurde, er wird ferner einen solchen Vertrag nur dann abschließen müssen (§ 1 GWB), wenn der Anwender die jeweils letzte Version des Programms ohne Abstriche akzeptiert 104.

Der entscheidende Wert des Rechtspachtmodells liegt jedoch darin, daß man nur hier die Möglichkeit findet, die Vereinbarungen über die Nutzungstiefe den individuellen Vorstellungen der Parteien anzupassen. Forkel 105 hat dafür den anschaulichen Begriff "gebundene Rechtsübertragung" geprägt.

Zu entscheiden bleibt schließlich die Frage, ob die harten Haftungsregeln des § 538 BGB nicht in irgendeiner Form eingeschränkt werden müssen.

Miete von hochkomplexen Gegenständen ist eine völlig neuartige Entwicklung, die der Gesetzgeber der vornehmlich am Modell der Wohnraummiete und dessen sozialen Aspekten gearbeitet hat - noch nicht berücksichtigen konnte 106. Die Literatur 107 schlägt verschiedene Lösungen vor, die vielleicht dann Konturen gewinnen, wenn man eine rechtspachtvertragliche

Regelung jedenfalls dann annimmt, wenn Wartung und Pflege tatsächlich vereinbart wurden. Dann verbleibt dem Hersteller nämlich der denkbar größte Einfluß auf die Qualität des Programms. Die Vorschläge der Literatur zur inhaltlichen Begrenzung der Mangelfolgeschäden <sup>108</sup> können dann auf die Fälle beschränkt werden, bei denen der Hersteller nachweist, daß er die (in der Regel stets anfänglich vorhandenen) Mängel trotz zumutbarer Testverfahren nicht hat entdecken können. In Ausnahmefällen wird man die mietrechtlichen Regeln auch ohne Wartungs- und Pflegeleistungen anwenden können, wenn andere genügend charakteristische Abreden für diesen Vertragstyp sprechen.

### 6.3. Verträge über den Vertrieb von Software

Von Vertriebsverträgen spricht man dann, wenn der Ersteller nicht direkt an den Endanwender liefert, sondern über ein- oder mehrstufige Vertriebswege in den Markt geht.

Die Art des Vertriebs kann verschiedene Formen annehmen.

Sie reicht von der einfachen Gestattung, die Software Dritten zu überlassen, über das zusätzliche Recht, die Software (etwa von Masterbändern zu Disketten) zu vervielfältigen, bis hin zur Überlassung des

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)	789
---	-----

Quellenprogramms mit dem Recht, für einzelne Kunden individuelle Veränderungen vorzunehmen.

Vertriebsverträge unterscheiden sich von den anderen Nutzungsverträgen also lediglich dadurch, daß Art und Tiefe der Nutzung durch die Besonderheiten der Hersteller/Händler-Beziehung charakterisiert werden. Diese Besonderheiten führen an keiner Stelle der oben skizzierten Systematik zur Notwendigkeit von Änderungen.

### 6.4. Einheitliche Elemente aller Softwareverträge

Ogleich die Vertragstypen des BGB mit ihrem charakteristischen Profil den gewährleistungsrechtlichen Kern aller einzelnen Formen von Softwareverträgen abdecken, fehlt es ihnen - vom Modell der Rechtspacht abgesehen - an geeigneten begrifflichen Instrumenten, um diejenigen Aspekte zu erfassen, die den Schutz der Idee und die Nutzungstiefe betreffen:

- Gegenstand aller Softwareverträge ist eine Idee, die in verschiedenen Formen absolut oder relativ geschützt ist
- die Nutzung der Idee kann auf ungewisse Dauer erfolgen, weil Software keiner Abnutzung unterliegt
- das Ausmaß der Nutzung kann beliebig festgelegt und gegebenenfalls mit technischen Mitteln abgesichert werden (Zurückbehaltung des Quellenprogramms; Programmsperren). Dabei geht die Bandbreite der Nutzungen von zeitlich und örtlich eng begrenzten Gestaltungen bis zur gänzlichen Überlassung der Gesamtidee einschließlich der zugehörigen Dokumentation und aller Vervielfältigungsrechte

Dem Ausmaß der Nutzung folgend, kann der Rechtsinhaber über die ihm höchstpersönlich zustehenden Rechtspositionen bis auf den unverzichtbaren persönlichkeitsrechtlichen Kern verfügen. Das gilt auch bei den Erstellungsverträgen, da der Ideenschutz von Beginn an Bedeutung hat: so formuliert etwa § 6 der BVB-Erstellung <sup>109</sup>: "Der Auftraggeber erhält mit der Entstehung oder Bearbeitung das unwiderrufliche, unbeschränkte und nach Maßgabe des Erstellungsscheines das ausschließliche oder nicht ausschließliche sowie das übertragbare oder

nicht übertragbare Recht, die im Rahmen dieses Vertrages erbrachten Erstellungsleistungen sowie sonstige Leistungen auf sämtliche Nutzungsarten zu nutzen..."

Auch die Nutzungstiefe kann von Bedeutung sein, noch bevor Software fertiggestellt ist: man kann die Verfahrensidee im ersten Stadium, in der Konzept- oder in der Testphase oder sogar mitten in der Programmierarbeit einem anderen zur weiteren Bearbeitung und/oder Nutzung überlassen.

Die Rechtsnatur eines Softwarevertrages bestimmt sich also niemals allein nach den Kriterien, die die Vertragstypen des BGB jeweils voneinander trennen, sondern ist entscheidend von der Frage mitgeprägt, wie die Vertragspartner den Schutz der Idee und die Nutzungstiefe gestalten wollten.

Das Kauf- und Werkvertragsrecht können daher immer nur einen Teilaspekt eines Softwarevertrages abdecken, denn ihr schlichter Austauschcharakter ist zu undifferenziert, um etwa die Frage zu lösen, ob "gekauft" Software auf beliebig vielen Systemen des Anwenders eingesetzt werden darf. Demgegenüber ist das Mietrecht erheblich geeigneter zur Beantwortung solcher Fragen. Es bedarf aber auch einzelner Anpassungen, da das Modell der Rechtspacht nur ein Randphänomen innerhalb des Gesamtmodells "Mietvertrag" darstellt.

Ideenschutz und Nutzungstiefe sind die gemeinschaftlichen Kriterien aller Software-Verträge. Im folgenden Teil wird untersucht, ob sich aus ihnen eine für alle Verträge einheitliche Basis bilden läßt.

## **7. Softwareverträge: Lizenzverträge mit wechselndem gewährleistungsrechtlichen Kern**

Stellt man, wie vorgeschlagen, die Idee in das Zentrum der Softwareleistung, so muß die Lösung beim Rechtspachtvertrag ansetzen, da er den Dauerschuldcharakter der Nutzungsgestattung am differenziertesten abbildet 110. Die verschiedenen Formen solcher Nutzungsverträge sind schon seit langem unter dem Begriff 111 "Lizenzvertrag" zusammengefaßt worden, der allerdings nicht nur die aus dem Rechtspachtmodell entwickelten Verträge umfaßt 112. Daß dieses Modell für Computerverträge nutzbar ist, hat die Rechtsprechung schon früh erkannt: "Mehr als einem Patent... gleicht das Computerprogramm einem Fertigungsverfahren. Deshalb kommt in Betracht, die Vereinbarung... als einen Know-how-Vertrag zu werten... Die Vertragsbedingungen, auf die die Parteien sich geeinigt haben, weisen dem Leitbild eines Pachtverhältnisses stark angenäherte Merkmale auf..." 113. Eine endgültige Festlegung ist bisher aber noch nicht erfolgt 114. Die Anwendung des lizenzvertraglichen Modells führt zu einer Reihe interessanter Lösungswege.

### **7.1. Bestandskraft des Vertrages bei anfänglichen Fehlern**

Verträge über anfänglich objektiv unmögliche Leistungen sind nichtig (§ 306 BGB), weil das Gesetz sinnleeren Verträgen keine Relevanz zumißt. Da es sich bei Softwarefehlern meist um anfängliche handeln wird, ist die Frage von Bedeutung, ob ein derartiger Fehler, wenn er unbehebbar ist, in den Vertragsbestand eingreifen kann. Die Rechtsprechung, die sich im Bereich der Patent- und Know-how-Lizenzen schon sehr früh vor diesem Problem gesehen hat 115, ist einer abstrakten Lösung auch in Extremfällen 116 mit unterschiedlichen Begründungen ausgewichen. Teils wird eine "typisierende Betrachtung" abgelehnt 117, teils wird auf die Garantieverantwortung für zugesicherte Eigenschaften verwiesen 118.

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)	790
---	-----

Bei Softwareverträgen dürfte es sich in aller Regel um vergleichbare Fallgestaltungen handeln, der Vertrag wird also auch durch anfängliche Fehler, die nicht zu beseitigen sind, nicht gefährdet.

## 7.2. Die gewährleistungsrechtlichen Module

Die oben näher dargestellten Gewährleistungsregeln des Kauf- und Werkvertrags können mit der lizenzvertraglichen Basis unschwer so verknüpft werden, wie die Rechtsprechung es im Bereich der Leasingverträge erstmals und mit erkennbarem Erfolg unternommen hat: die mietrechtlichen Gewährleistungsregeln wurden durch die des Kauf- oder Werkvertrags ausgetauscht 119. Der entscheidende Wert dieser Konstruktion lag darin, daß für alle Fragen außerhalb des Gewährleistungsrechts auf das für den Leasingvertrag aus vielen Gründen notwendige mietrechtliche Gerüst zurückgegriffen werden konnte. Der gleiche Vorteil zeigt sich bei den Softwareverträgen, wenn man als deren Basis den aus dem Rechtspachtvertrag entwickelten Lizenzvertrag anerkennt: den Ideenschutz und den Aspekt der Nutzungstiefe kann man für Softwareverträge auch dann als typisch ansehen, wenn lediglich know-how-schutzfähige Standardsoftware "über den Ladentisch verkauft" wird: in einem solchen Fall ist zwar gewährleistungsrechtlich gewiß ein punktuelles Austauschgeschäft gewollt, sowohl der Schutz der Idee wie auch etwa die Frage, ob der Erwerber das Programm vervielfältigen, damit Handel treiben etc. darf, sind typische Langzeitaspekte, die man nur mit dem begrifflichen Instrumentarium bewältigen kann, das sich im lizenzvertraglichen Bereich entwickelt hat.

## 7.3. Bedenken gegen die lizenzvertragliche Lösung

Allerdings hat die Rechtsprechung immer wieder 120 darauf hingewiesen, "daß die Vorschriften über die Sachmängelhaftung beim Kauf auf Überlegungen beruhen, die auf den Lizenzvertrag nicht zutreffen. Eine sachgerechte Wahrung der Interessen des Lizenznehmers ist nur durch die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge möglich..." 121. Die Sachverhalte beider Entscheidungen zeigen jedoch auf den ersten Blick, daß es sich um Fälle gehandelt hat, in denen es um ungeschützte Erfindungen ging, bei denen es offenkundig an technisch verbindlichen Leistungsdaten fehlte. Verbindliche Abreden über den Leistungsinhalt müssen jedoch vorhanden sein, wenn man von einem Kauf-, Werk- oder Mietvertrag ausgehen will: all diese Vertragstypen setzen voraus, daß der Vertragsgegenstand entweder schon funktionsfähig vorhanden ist oder daß eine Partei die Zusicherung gibt, daß sie ihn funktionsfähig herstellen wird. Sucht man nach derartigen Fallgestaltungen, dann findet man sie unschwer vom Beginn der reichsgerichtlichen Rechtsprechung an 122. Fehlt es an solchen Zusicherungen, ist aber andererseits auch kein typisches Entwicklungsrisiko erkennbar, das es im Einzelfall auch erlauben würde, eine Haftung für die technische Brauchbarkeit überhaupt auszuschließen 123, dann wird es im Zweifel richtig sein, auf solche Fälle die allgemeinen Regeln (§§ 325, 326 BGB) anzuwenden 124. Letztlich werden all diese Bedenken dadurch behoben, daß die starre Antinomie zwischen den BGB-Vertragstypen und dem Lizenzvertrag durch die vorgeschlagene modulare Konstruktion aufgehoben werden kann. Die Zulässigkeit dieses Weges deutet sich in einer Entscheidung an, der technisch eine Konstruktion zugrunde lag, die einem Softwareprogramm nicht unähnlich war 125: das Gericht weist dort deutlich darauf hin, daß die Rechtsfolgen von Verträgen über technisch unbrauchbare Leistungen sowohl nach § 326 BGB wie nach § 459 BGB wie auch nach § 242 BGB entschieden werden können 126.

## 7.4. Notwendigkeit des lizenzvertraglichen Gerüsts

Wenn man auf die "lizenzvertragliche Klammer" zwischen den einzelnen Softwareverträgen verzichtet, dann kann man zwar, wie die Rechtsprechung es bisher tut, die eindeutigen Fälle durchaus zweckmäßig nach Kauf-, Werkvertrags- oder Mietrecht lösen; bei Grenzfällen oder bei von Beginn an gemischten Verträgen bekommt man aber erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten,

denn die Möglichkeiten, auch nur die drei Vertragstypen jeweils mit wechselnden Schwerpunkten miteinander zu kombinieren, sind allzu vielfältig 127.

In anderen Rechtsgebieten hat die Rechtsprechung solche Schwerpunkte bisher sehr pragmatisch und ergebnisorientiert gesetzt: "Die in § 538 BGB formierte Garantiefhaftung des Vermieters für solche Mängel der Mietsache, die bereits bei Vertragsschluß vorhanden waren, ist daher gerade im Rahmen des Hotelaufnahmevertrages unentbehrlich. " 128 Das mag bei Vertragsgestaltungen wie dem Hotelaufnahmevertrag, dem Zahnarztvertrag 129 oder dem Belegarztvertrag 130 angehen. Die wirtschaftliche Bedeutung der Softwareverträge verlangt es, daß einfache, aber ebenso überzeugende Konstruktionen gefunden werden, wie der Bundesgerichtshof sie in der Leasing-Rechtsprechung 131 entwickelt hat.

Sieht man im Lizenzvertrag die einheitliche Basis für alle diese Vertragsgestaltungen, dann wird man in Fällen, bei denen die Schwerpunktbildung schwierig ist, viel einfacher zu nachvollziehbaren Begründungen kommen, als sie in der Rechtsprechung derzeit erkennbar sind.

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)	791
---	-----

Darüber hinaus können viele Begriffe, die sich im Umfeld des Lizenzvertrages entwickelt haben, für die Softwareverträge nutzbar gemacht werden, so etwa der Unterschied zwischen den "schuldrechtlich" und den "dinglichen" wirksamen Lizenzen 132.

## 8. Zusammenfassung

Verträge über Computersoftware haben gestaltete Ideen zum Gegenstand,

- die in vielfältigen Formen rechtlich und tatsächlich geschützt sind
- die anderen in unterschiedlicher Tiefe zur Nutzung überlassen werden können
- bei denen man Leistungen entweder punktuell begrenzt oder auf längere Zeit ausgedehnt austauschen kann.

Gemeinsame Basis all dieser Formen ist der Lizenzvertrag als Rechtspachtvertrag, gewährleistungsrechtlich hingegen sind je nach konkreter Fallgestaltung die allgemeinen schuldrechtlichen Regeln (§§ 325, 326 BGB), die vertragstypischen Gewährleistungsvorschriften von Kauf-, Werk- und Mietvertrag oder die Regeln des allgemeinen BGB (§ 242) gegen die für den Rechtspachtvertrag typische mietvertragliche Regelung (§ 537, 538 BGB) auszutauschen.

Aufgrund der lizenzvertraglichen Basis hängt die Entscheidung, welche dieser Regeln in Frage kommt, im Zweifel davon ab, ob die ausgewählte Regelung die Vorstellungen der Parteien über den Schutz der Idee und die vereinbarte Tiefe der Nutzung zutreffend charakterisiert.

## Literaturverzeichnis

Bappert/Maunz/Schricker, Verlagsrecht 2. Aufl. 1984.

Bartsch, Michael, Weitergabeverbote in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standard-Software, CR 1987, 8 - 13.

Baur, Jürgen F., Haftungsvoraussetzungen und Haftungsfolgen bei Tauglichkeitsmängeln der Erfindung, ZHR 129 (1967) S. 1 - 20.

Benkard, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 7. Aufl. 1981.

Bernhardt/Kraßer, Lehrbuch des Patentrechts, 14. Aufl. 1986. Betten, Patentschutz von Computerprogrammen, CR 1986, 311- 319.

Bohlig, Manfred, Warenzeichen: Eine alternative Schutzmöglichkeit für Computerprogramme? CR 1986, 126 - 130.

Brandi-Dohrn, Matthias, Der Schutz von Computersoftware in Rechtsprechung und Praxis, GRUR 1987, t - 6.

Brandi-Dohrn, Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrages, CR 1986, 63 - 73.

Brandi-Dohrn, Zur Reichweite und Durchsetzung urheberrechtlichen Software-Schutzes, GRUR 1985, 179 .

Dreiss, Die Anwendbarkeit von § 20 GWB auf Lizenzverträge über nicht geschütztes "Know-how". Mitarbeiterfestschrift Ulmer 1973, 399 - 411.

Dreyfus, H./Dreyfus, St., Mind over machine, New York 1986 (Bspr. Herberger, M. IuR 1987, 127; Drücker, IuR 1987, 165, 205).

Ebel, Kartellrechtlicher Anspruch auf Abschluß eines EDV-Wartungsvertrages?, CR 1987, 273 - 277.

Emmerich, Die Form wettbewerbsbeschränkender Verträge, NJW 1980, 1363. '

Engel, Friedrich-Wilhelm, Mängelansprüche bei Software-Verträgen, BB 1985, 1159 - 1165.

Erdmann, Willi, Möglichkeiten und Grenzen des Urheberrechts, CR 1986, 249 - 259.

Finger, Die Offenkundigkeit des mitgeteilten Fachwissens bei Knowhow-Verträgen, GRUR 1970, 3-9 .

Forkel, Hans, Zur Übertragbarkeit geheimer Kenntnisse, Festschrift Schnorr v. Carolsfeld, 1973, 105 - 123.

Forkel, Hans, Gebundene Rechtsübertragungen 1977. Forkel, Hans, Zur dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen, NJW 1983, 1764.

Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 6. Aufl. 1986.

von Gamm, Der verlagsrechtliche Beistellvertrag, GRUR 1980, 531 . Gorny/Kilian, Computersoftware und Sachmängelhaftung, ACM Workshop, Stuttgart 1985.

Graf v. Westphalen, Rechtsprobleme des Computer-Leasing, CR 1987, 477 - 489.

von Gravenreuth, Juristisch relevante technische Fragen zur Beurteilung von Computer-Programmen, GRUR 1986, 720-727 .

Haberstumpf, Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1982, 142-151 .

Harte-Bavendamm, Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Computerprogrammen, CR 1986, 615 - 621.

Heinrichs, Reform des Verjährungsrechts, NJW 1982, 2021,

Hesse, Hans Gerd, Die kartellrechtliche Behandlung von Verträgen über nicht geheimes technisches Know-how, GRUR 1985, 661-668 .

Hubmann, Ehrengabe für Eugen Ulmer, 1965.

Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 6. Aufl. 1987,

Kilian, Wolfgang, Haftung für Mängel der Computer-Software, Karlsruhe 1986.

Kilian, Wolfgang, Haftung für Softwaremängel, ACM -Bericht Bd. 20 S. 19 - 34, 1985.

Kilian, Wolfgang, Vertragsgestaltung und Mängelhaftung bei Computersoftware, CR 1986, 187 - 196.

Kilian, Wolfgang, Bemerkungen zum Software-Gewährleistungsrecht - Erwiderung auf Claus-Dieter Müller-Hengstenberg, CR 1986, 632.

Kindermann, Manfred, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150-161 .

Knap, Karel, Der Lizenzvertrag als besonderer Vertragstypus, GRUR Int. 1973, 225-229 .

Knöpfle, Robert, Zum Inhalt des Fehlers und der Zusicherung i.S.d, § 459 I, II BGB.

Koch, Frank A., Computervertragsrecht, 2. Aufl. 1986.

Koch, Ingwer, Rechtsschutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen, CR 1987, 77 - 80.

Kolle, Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 443-461 .

Kolle, Schutz der Computerprogramme, GRUR Int. 1985, 29-33 . Koller, Ingo, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen 1979.

Kraßer, Rudolf, Der Schutz des Know-how nach deutschem Recht, GRUR 1970, 587-597 .

Kraßer/Schmid, Der Lizenzvertrag über technische Schutzrechte aus der Sicht des deutschen Zivilrechts, GRUR Int. 1982, 324-341 . Kraßer, Rudolf, Die Wirkung der einfachen Patentlizenz, GRUR Int. 1983, 537-547 .

Lang, E., Die Haftung für Fehler in Druckwerken, 1982.

Lauer, Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1972, 1758 - 1763.

Lehmann, Der wettbewerbsrechtliche Titelschutz für Computerprogramme, CR 1986, 373 - 377.

Lichtenstein, Das technische Geheimnis "Know-how" als Vermögensrecht, NJW 1975, 1964 (Besprechung der Monographie von Pfister).

Lutz, Helmuth, Lizenzierung von Computerprogrammen, GRUR 1976, 331-337 .

McLuhan, Marshall, Die magischen Kanäle, 1970.

Mehring, Josef, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1904 - 1909.

Mehring, Josef, Computersoftware und Mängelhaftung, GRUR 1985, 189 .

Mehring, Josef, Juristische und ökonomische Aspekte eines Rechtsschutzes für Computersoftware, DB 1987, 1405 - 1409.

Moritz/Tybusseck, Computersoftware, 1986.

Müller-Hengstenberg, Claus-Dieter, Bemerkungen zum Software-Gewährleistungsrecht - Eine Erwiderung auf Brandi-Dohrn und Kilian, CR 1986, 441.

Nicklisch, Fritz, Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlageprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 85, 2361- 2370.

Nirk, Die Einordnung der Gewährleistungsansprüche und Leistungsstörungen bei Verträgen über Patente in das Bürgerliche Gesetzbuch, GRUR 1970, 329-340 .

Pfaff, Der Know-how-Vertrag im Bürgerlichen Recht, BB 1974, 565 - 570.

Pfaff, Technologietransfer und "das" Wesen "der" Lizenzverträge, RiW/AWD 1982, 381- 386.

Pfister, Das technische Geheimnis "Know-how" als Vermögensrecht, 1974.

Reukauf, Mögliche Regelung der Lizenzerteilung im Zusammenhang mit Kooperationen, GRUR 1986, 415-420 .

Heussen: Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware - - Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen -(GRUR 1987, 779)	792
---	-----

Röhl, Klaus, Fehler in Druckwerken, JZ 1979, 369 - 378. Röttinger, Moritz, Rechtsschutz von Computerprogrammen IuR 1986, 293 (Teil 1), 1987, 93 (Teil 2), 1987, 139 (Teil 3).

Rupp, Verstößt die unbefugte Benutzung eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms gegen §§ 97, 106 UrhG?. GRUR 1986, 147 .

Schwark, Eberhard, Zum Verhältnis von schuldrechtlichen Vertragstypen und Vertragswirklichkeit, insbesondere beim Werklieferungsvertrag, Rechtstheorie 1978, S. 73 - 106.

Schweyer, Die Zweckübertragungstheorie im Urheberrecht, 1982.

Stumpf, Der Know-how-Vertrag, 3. Aufl. 1977.

Stumpf/Hesse, Der Lizenzvertrag, 5. Aufl. 1984.

Troller, Der urheberrechtliche Schutz von Inhalt und Form der Computerprogramme, CR 1987, 213 - 218 (Teil 1), 278 - 284 (Teil 2), 352 - 358 (Teil 3).

Ulmer/Kolle, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1982, 489-500 .

Weck, Gerhard, Sicherheit von Rechensystemen, CR 1986, 839 - 850.

Weick, Die Idee des Lichtbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, 11.i

Weyer, Besondere Vertragsbedingungen für das Erstellen von DV-Programmen - BVB Erstellung, CR 1986, 625.

Weyers, Hans-Leo, Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht, AcP 182 (1982) S. 60 - 79.

Weyers, Hans-Leo, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. II 1981, S. 1115 - 1207.

WIPO-Mustervorschriften, GRUR 1979, 306 .

Zahrnt, Gewährleistung bei Überlassung von Standardprogrammen, IuR 1986, 252 - 256.

[G 1813]

---

\*\* Literaturverzeichnis am Ende dieses Beitrags (Stand: Okt. 1987).

\* Dr. Benno Heussen, Rechtsanwalt in München.

1 BGH in GRUR 1985, 1055 Lignamat mit Anm. von Betten.

2 BPatG in GRUR 1987, 31 .

3 OLG Frankfurt in BB 1985, 139, (140) - Baustatikprogramm; Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 489 (492).

4 Zu den Begriffen Staudinger-Löwisch, § 305 Rdn. 18 f. (33) und unten Fußn. 127 f.; zur praktischen Auswirkung: BGH in WM 1986, 1255 - S-Projekt; OLG Stuttgart in IuR 1987, 153.

5 BGH in WM 1971, 615 = BB 1971, 677 Steuerberaterprogramm; BGH in WM 1986, 1255 = CR 1986, 799 - S-Projekt mit Anm. von Etter; BGH in NJW 1981, 2684 = BB 1981, 1856 - Programmsperre; OLG Stuttgart in IuR 1987, 57 Architektenprogramm; OLG München in CR 1987, 675 Musikalienkatalog; Brandi-Dohrn, CR 1986, 63 f.; Engel, BB 1985, 1159 f.; Kilian, CR 1986, 187 f.; Koch, Rdn. 535 f.; Mehrings, NJW 1986, 1904 f.; Moritz/Tybusseck, Rdn. 331 f.; Zahrnt, IuR 1986, 252 f.

6 FG Berlin in CR 86, 719 Anwaltsprogramm; OLG Oldenburg in CR 1986, 552 - CTM-Rechner mit Anm. von Mehrings; OLG Hamm in IuR 1986, 396; OLG Stuttgart in CR 1987, 230 Feldlänge; LG Verden in CR 1986, 26 mit Anm. von Etter; LG Köln in CR 1986, 23 mit Anm. von Mehrings, LG Düsseldorf in IuR 1986, 458 - Divisionszählanlage; LG Augsburg in IuR 1986, 166 - Musikalienkatalog; LG Stuttgart in CR 1986, 203 - Kabelbrand - mit Anm. von Klaas; LG Köln in IuR 1987, 20.

7 BGH in CR 1.986, 799 - S-Projekt: Berücksichtigung der Organisationsstruktur; OLG Celle in IuR 1986, 311 Auftragsbearbeitung: Pflicht des Herstellers zu Kritik am Pflichtenheft; OLG Oldenburg in CR 1986, 552 - CTM-System mit Anm. von Mehrings: unterlassene Mitwirkung am Pflichtenheft löst Annahmeverzug des Bestellers aus; LG Landau in IuR 1986, 456: Definition der Leistungsanforderungen ist Sache des Bestellers; LG Düsseldorf in IuR 1986, 458 - Divisionszählanlage: "Art der betrieblichen Aufgabe" kann neben ausdrücklicher Beschreibung Leistungsinhalt festlegen.

8 LG Osnabrück in CR 1985, 32 (Ls); zur bisher bekannten Problematik Nicklisch, BB 1979, 533; BGH in NJW 1977, 1966 (1967) mit weiteren Nachw.; OLG Frankfurt in NJW 1983, 456 = BauR 1983, 156 - Blasbachtalbrücke (Revision nicht angenommen), krit. Jagenburg, NJW 1982, 2415.

9 Schwark, Rechtstheorie 1978, 73 (75).

10 Eine anschauliche Übersicht geben die BVB-Erstellung (BANz Nr. 13 a v. 21.1.1986), aber auch die Darstellung BGHZ 94, 276 = GRUR 1985, 1041 mit Anm. von Haberstumpf [GRUR 1986, 2221 = BB 1985, 1447 mit Anm. von Gravenreuth, BB 1985, 2002 = NJW 1986, 192 = WM 1985, 1235 = CR 1985, 22 = IuR 1986, 18 und der Vorentscheidung OLG Karlsruhe in GRUR 1983, 300 Inkassoprogramm; zu beiden Verfahren zusammenfassend Sieber, CR 1986, 699).

11 Weyer, CR 1986, 625 f.

12 Diese Eigenschaften treffen im Kern das, was gestaltete Ideen seit jeher geleistet haben: "Ein Werk, so dachte er, war etwas, bei dem das Material fast nichts war, das Gefüge fast alles; etwas, was im Stillstand ohne besonderes Schwungrad in Bewegung war, bei dem alle Elemente einander in Schwebelagen hielten, das offen war, jedermann zugänglich, durch Gebrauch nicht abnutzbar." (Peter Handke, Nachmittag eines Schriftstellers, 1987, S. 28/29).

13 Zu einzelnen technischen Aspekten Lutz, GRUR 1976, 331 mit weiteren Nachw. Fußn. 2, 4, 8; Haberstumpf, GRUR 1982, 142 (144 - 147); Ulmer-Kolle, GRUR Int. 1982, 489 (492 - 496); Kolle, GRUR 1982, 443 f.; Troller, CR 1987, 278 f.

14 BGH in DB 1985, 2603 (2604) - Lignamat.

15 Neueste Übersichten: Brandi-Dohrn, GRUR 1987, 1 f.; Röttinger IuR 1986, 293 (dort auch internationale Übersicht 294 f.)/1987, 93/1987, 139 (insgesamt auch zur Rechtslage in Österreich und der Schweiz); Troller, CR 1987, 213 f., 278 f.; 352 f.; Knorr, CR 1986, 52 (Frankreich); Fukuhara/Tsunoda, CR 1987, 262 (Japan); Betten, CR 1985, 120 (Großbritannien, Frankreich, Japan, Taiwan).

16 zum Begriff: Fromm/Nordemann-Hertin vor § 70 Rdn. 1.

17 Neueste Übersicht Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, S. 92 f.

18 BGHZ 32, 103 - Vogeler = GRUR 1960, 490 ; MünchKomm. - Schwerdtner § 12 Rdn. 282, 322 f.; Lehmann, CR 1986, 373.

19 BGHZ 50, 133 - Mephisto = GRUR 1968, 552 ; Staudinger-Schäfer vor § 823 Rdn. 45, § 823 Rdn, 211 (217).

20 BGHZ 35, 363 - Ginsengwurzel = GRUR 1962, 105 ; BGH in MDR 1984, 997.

21 Hubmann, (1965) 108 f., MünchKomm. - Lieb § 812 Rdn. 223.

22 Forkel, Übertragbarkeit, S. 110.

23 Benkard-Bruchhausen, § 6 Rdn. 16, 32, § 63 Rdn. 1.

24 BGH in GRUR 1961, 470 Mitarbeiterurkunde.

25 Zum neuartigen Phänomen der Public Domain Software Herberger, IuR 1987, 87.

- 26 Kindermann, zit. bei Harte-Bavendamm, WettbHdb § 42 Rdn. 181 Fußn. 353; nähere Darstellungen bei Kollé, GRUR 1982, 443 (444 f.); Haberstumpf, GRUR 1982, 142 (144); Kindermann, GRUR 1983, 150 f.; BGHZ 94, 276 = GRUR 1985, 1041 Inkassoprogramm (Konkordanzen oben Fußn. 10); technisch detailliert Koch, Computervertragsrecht, Rdn. 139 ff.
- 27 Umfassende Übersicht Harte-Bavendamm, WettBHdb § 42 Rdn. 1995; Harte-Bavendamm, CR 1986, 615 f.; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Rdn. 202; OLG Frankfurt in GRUR 1984, 509 Donkey Kong junior II; OLG Frankfurt in GRUR 1983, 753 Pengo); LG München I CR 1986, 332 - Visicalc; LG Düsseldorf in CR 1986, 133 - Sylo-Copy. Zu den allgemeinen Grundsätzen BGH in GRUR 1965, 152 (155) - Rotaprint; BGH in GRUR 1973, 483 mit Anm. von Malzer.
- 28 Kraßer, GRUR 1970, 587 (589); Pfaff, BB 1974, 565 f.; Stumpf, Know-how-Vertrag, S. 20 f.
- 29 BGH in WM 1985, 365 (366) - Fernthermometer.
- 30 BGHZ 16, 172 = GRUR 1955, 388 Dücko; BGH in GRUR 1976, 140 Polyurethan; BGH in GRUR 1978, 308 Speisekartenwerbung.
- 31 BGH in GRUR 1978, 297 (298) - hydraulischer Kettenbandantrieb; BGHZ 3, 365 = GRUR 1952, 562 = NJW 1952, 302 (303) - Gummisohle.
- 32 Stumpf, Know-how-Vertrag, Rdn. 18.
- 33 So Forkel, Übertragbarkeit, S. 107, 122.
- 34 BVerfG vom 15.1.1974 in BVerfGE 36, 281.
- 35 BGHZ 16, 172 (174) = GRUR 1955, 388 Dücko; Stumpf, Know-how-Vertrag, S. 29; Benkard/Ullmann, PatG § 15 Rdn. 129; Kraßer, GRUR 1970, 587 (588).
- 36 BGH in GRUR 1984, 753 Heizkessel-Nachbau; Hesse, GRUR 1985, 661 (664); Forkel, Übertragbarkeit, S. 106; Müller/Gießler/Scholz, GWB § 21, 22 Rdn. 91; Dreiss, Anwendbarkeit, S. 399 f.; Emmerich, NJW 1980, 1363; Finger, GRUR 1970, 3 ; Kraßer, GRUR 1970, 587 (595).
- 37 BGHZ 83, 251 = GRUR 1982, 411 = NJW 1983, 1790 Verankerungsteil.
- 38 Zur Lage bei Patenten Skaupy, GRUR 1964, 539 , (540); Hesse, GRUR 1981, 853 (858); Hesse, GRUR 1985, 661 (665).
- 39 Das Halbleiterschutzgesetz ist am 14. 5. 87 verabschiedet worden und seit 1. 11. i 87 in Kraft. Textabdruck in CR 1987, 398 f.; zum Stand im Ausland: Röttinger Kongreßbericht in IuR 1986, 50, zur EG-Richtlinie Ingwer Koch, CR 1987, 77 f.
- 40 Benkard-Bruchhausen, PatG § 1 Rdn. 104; Bernhard/Kraßer, PatR S. 93 f., 100 f.; Betten, CR 1986, 311 f.; neueste Übersichten Brandi-Dohrn, GRUR 1987, 1 (3); zum EPÜ: Gall, CR 1987, 523 f.; BGH v. 11.3.1986 in CR 1986, 325 Flugkostenminimierung; BPatG v. 20.8.1985 in CR 1986, 329 Signalverarbeitung; BPatG in GRUR 1986, 733 Elektronisches Übersetzungsgerät (auch abgedruckt in GRUR 1987, 31 ); Prüfungsrichtlinien des DPA in DB 1987, 423.
- 41 BGHZ 94, 276 = GRUR 1985, 1041 Inkassoprogramm (Konkordanzen oben Fußn. 10); Erdmann, CR 1986, 249 f.; Troller, CR 1987, 213 f.; frühere Literatur: Sieber, BB 1981, 1547; Nordemann, Festschrift für Roeber 1982, 297 ff.; Haberstumpf, GRUR 1982, 142 f.; Ulmer/Kollé, GRUR Int. 1982, 489 ; Brandi-Dohrn, GRUR 1985, 179 .
- 42 BGH in GRUR 1986, 454 Bob Dylan.
- 43 BGH in GRUR 1985, 1055 = DB 1985, 2603 = CR 1986, 130 Lignamat; Bohlig, CR 1986, 126.
- 44 Übersicht Röttinger, IuR 1987, 148.
- 45 BGH in GRUR 1979, 768 (769) - Mineralwolle; BGH in GRUR 1982, 481 = NJW 1982, 2861 (2863) Hartmetallkopfbohrer; OLG Stuttgart in IuR 1987, 57 Architekturkomplettpaket.
- 46 Dazu Tiling, CR 1987, 80.
- 47 Schweyer, Zweckübertragungstheorie, S. 72 f.; Fromm/Nordemann, §§ 31/32 Rdn. 6 f.
- 48 RG in GRUR 1943, 355 - Leitungsreiniger.
- 49 BGHZ 15, 249 = GRUR 1955, 201 Cosima Wagner.
- 50 OLG München in GRUR 1984, 516 (517) - Tierabbildungen.

51 Benkard-Ullmann, § 15 Rdn. 13.

52 BGH in GRUR 1986, 885 METAXA mit Anm. von Hertin.

53 . BGH in GRUR 1955, 286 (289) - Diplomat.

54 Koller, Risikozurechnung, S. 5 f.

55 BGH in GRUR 1986, 736 Schallplattenvermietung mit Anm. Hubmann.

56 BGHZ 79, 350 (357) = GRUR 1981, 413 = NJW 1981, 1042 (1043) - Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten - mit Nachw. zum Patent-, Urheber- und Warenzeichenrecht; krit. Fromm/Nordemann- Vinck, § 17 Rdn. 8; Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, S. 148.

57 Nicklisch, NJW 1985, 2361 (2362).

58 Tempel, Kolloquiumsbericht, NJW 1987, 234 (235).

59 BGH in GRUR 1982, 481 = NJW 1982, 2861 Hartmetallkopfbohrer.

60 Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, S. 208 f.; Fromm/Nordemann-Hertin, vor § 31 Rdn. 8 f.

61 Näher dazu unten Ziff. 6.2.4.

62 LG Köln in CR 1986, 23.

63 Das sind Datenträger, auf denen das Programm, wie es vor der Entwicklung der von-Neumann-Architektur üblich war, durch feste "Verdrahtung" mit dem Datenträger untrennbar verbunden ist.

64 Im einzelnen Kindermann, GRUR 1983, 150 .

65 OLG Frankfurt in NJW 1985, 2278; OLG Stuttgart in BB 1986, 1675 - Symphony; OLG München in IuR 1986, 11 3.

66 BGH vom 30. 1. 1986 in NJW 1987, 1259; BGH in CR 1986, 799 = WM 1986, 1255 - S-Projekt.

67 LG Bielefeld in CR 1986, 444 - Gebrauchtsystem - mit krit. Anm. von Kindermann,' der Grundfehler dieser Entscheidung ist es, aus dem unstreitigen Kauf der Hardware die Notwendigkeit abzuleiten, auch die Überlassung des Betriebssystems kaufrechtlich zu beurteilen, obgleich sie gewiß ein Lizenzvertrag ist, der nach rechtspacht- und damit mietrechtlichen Regeln abzuwickeln ist. Für die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes wäre dann von vornherein kein Raum gewesen (siehe oben Fn. 55). Allenfalls hätte die Frage entschieden werden sollen, ob - da alternative Betriebssysteme offenbar nicht zur Verfügung standen - eine endgültige Weigerung, das Betriebssystem dem Zweitkäufer zu überlassen, aus kartellrechtlichen oder wettbewerbsrechtlichen Gründen bedenklich sein kann. Eine endgültige Weigerung ist aus dem Sachverhalt nicht zu erkennen, wohl aber die (verständliche) Forderung, für eine ausgedehntere Überlassung eine zusätzliche Vergütung zu erhalten; zu dieser folgenreichen Entscheidung s. a. Bartsch in CR 1987, 8 f.

68 So deutlich die erste Entscheidung des BGH zu diesem Problemkreis v. 25. 3. 1987 (VIII ZR 43/86) Architekturkomplettpaket WM 1987, 818 = NJW 1987, 2004 = CR 1987, 358 gegen, OLG Stuttgart in CR 1986, 639.

69 Palandt-Thomas § 705 Anm. 9 c.

70 BGHZ 43, 227 = NJW 1965, 1175 - Architektenhaftung.

71 BGH in DB 1970, 341 - Steinbruchanlage; OLG Stuttgart in IuR 1987, 61 - Zeichensalat; OLG München in CR 1987, 506.

72 Staudinger-Honsell, § 469 Rdn. 9.

73 OLG Stuttgart in CR 1986, 381 - CTM-System; BGH in NJW 1976, 1931 - Baubetreuung.

74 Grundlegend zum Leasing-Vertrag BGHZ 68, 118 = NJW 1977, 848 - Ingenieursystem Graf v. Westphalen, CR 1987, 477 f.; zum Franchise-Vertrag: OLG Düsseldorf in WM 1987, 599 Kosmetikshop; zum finanzierten Werkvertrag BGH in NJW 1984, 2816 - Fertighaus; bei Computerverträgen: BGH vom 5.10.1981 in NJW 1982, 696 - Krankenscheinaufkleber; OLG Frankfurt in BB 1984, 300 - System 6000; OLG München in CR 1985, 138 - Lagerbuchhaltung; OLG Stuttgart in CR 1986, 639 - Architekturprogramm; OLG Stuttgart in BB 1986, 1675 - Symphony.

- 75 Zur Abgrenzung im einzelnen BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 - Hühnerpest.
- 76 BGH in NJW 1974, 502 - Tablettenröhrchen.
- 77 BGHZ 48, 118 - TREVIRA; BGHZ 75, 75 - Isolarglas; BGH in NJW 1981, 275 - Ford-Garantie.
- 78 Zuletzt BGH in NJW 1985, 2420 - Kompressor.
- 79 Zu diesen Aspekten allgemein BGH vom 20.11.86 in WM 1987, 401 - Privatschulkauf.
- 80 Dieses Problem ist bei der Wandelung schon ausdiskutiert (BGH in NJW 1972, 155 - Autowaschanlage mit Anm. von Rohlf in NJW 1972, 575 (Kaufvertrag); BGH in GRUR 1976, 323 = JZ 1972, 493 - Thermalquelle (Pachtvertrag).
- 81 Oben Fußn. 6.
- 82 Zusammenfassend Brandi-Dohrn, CR 1986, 63 f.; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Rdn. 320 f.; Koch, Computervertragsrecht, Rdn. 586 f.; Kilian, CR 1986, 187 f.; Mehrings, NJW 1986, 1904, Zahrnt, IuR 1986, 252.
- 83 Weyers, AcP 182 (1982), 61 f.
- 84 Als beispielhafte Vertragsgestaltung sei auf die "Bestimmungen für Forschungs- und Entwicklungsleistungen (BEFT 75) des Bundesforschungsministeriums verwiesen (unveröffentlicht).
- 85 Engel, BB 1985, 1159 (1161); von Gamm, GRUR 1980, 531 .
- 86 Nicklisch, NJW 1985, 2361 (2363).
- 87 Schwark, Rechtstheorie 1978, S. 73 (100).
- 88 Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Rdn. 393 f.; Röhl, JZ 1979, 369; Lang (1982); RGZ 74, 359 - Formelsammlung Maschinenbau; RGZ 161, 321 - Prater; BGHZ 70, 356 = NJW 1978, 997 - Börsentips; BGH in NJW 1970, 1963 - Carter-Robbins-Test; BGH in GRUR 1966, 390 Werbefilm; BGH in GRUR 1960, 642 Drogistenlexikon; OLG Karlsruhe in UFITA 92, 229 - Beltz-Bibliothek.
- 89 Knöpfe, NJW 1987, 801.
- 90 BGH in GRUR 1976, 140 Polyurethan; BGH in GRUR 1959, 125 Pansana; BGH in GRUR 1961, 494 Hubroller.
- 91 NJW 1977, 1966 - Flachdach II; BGH in NJW 1984, 2457 (2458) - Wärmeschutzfassade; BGH vom 10.10.1985 = BGHZ 96, 111 = NJW 1986, 711 = WM 1986, 43 = BB 1986, 154 = BauR 1986, 93 - Aluminiumrahmen; OLG Frankfurt oben Fußn. 8.
- 92 Dazu vor allem die technischen Beiträge von Gorny, Bons, Klatte, Belli bei Gorny/Kilian, Computersoftware und Sachmängelhaftung.
- 93 OLG München in BB 1984, 239 (gekürzt) = ZIP 1984, 76 Energiedach, a. A. Nirk, GRUR 1970, 329 f.
- 94 BGH in NJW 1972, 1706 - Fensterlack; Schack, AcP 185 (1985), 333 (346).
- 95 Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl. 1986, S. 218 f.; Brandi-Dohrn, CR 1986, 63 (72); Heinrichs, NJW 1982, 2021; Weyers, Gutachten, S. 1168 f.
- 96 Reukauf, GRUR 1986, 415 .
- 97 BGH vom 25.1.1983 in NJW 1984, 2943 (2944) Brückenlegepanzer; BGH in NJW 84, 2818 - Architektenplan; BGH in GRUR 1960, 609 Wägen und Wagen; BGH in GRUR 1986, 885 METAXA - mit Anm. v. Hertin).
- 98 OLG Schleswig in ZIP 1982, 457 und oben Fußn. 5.
- 99 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63 (70) und oben Fußn. 5.,
- 100 BGH in NJW 1984, 2938 - System 6600.
- 101 BGH in NJW 1982, 2861 (2863) - Hartmetallkopfbohrer.
- 102 Zahrnt, IuR 1986, 252 und oben Fußn. 5.
- 103 BGH v. 19.9.1974 in GRUR 1975, 326 mit Anm. von Hefermehl = NJW 1974, 2236 - Schreibautomat; Ebel, CR 1987, 273 f.

- 104 BGH oben Fußn. 103.
- 105 Rechtsübertragungen S. 37 f.; NJW 1983, 1764.
- 106 Larenz, Schuldrecht II/1, S. 236, arg.: Schutzzweck der Norm.
- 107 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63 (67) mit weiteren Nachw.
- 108 Staudinger/Emmerich, § 538 BGB Rdn. 28 mit weiteren Nachw
- 109 Beilage 13 a zum BAnz v. 21.1.1986.
- 110 Fromm/Nordemann-Hertin vor § 31 Rdn. 34 f.; Kindermann, GRUR 1983, 150 (156); Lutz, GRUR 1976, 331 ; Kilian, CR 1986, 187 (195); Brandi-Dohrn, CR 1986, 63 (69).
- 111 Rechtlicher Überblick: Kraßer/Schmid, GRUR Int. 1982, 324 f.; Bernhardt/Kraßer, Patentrecht, S. 685 ff.; Benkard-Ullmann, § 15 Rdn. 2 ff. (26); Fromm/Nordemann-Hertin vor § 31 Rdn. 8 f., Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, S. 206; Bappert/Maunz/Schricker, § 1 Rdn. 7 f.; Übersicht über die praktische Bedeutung dieses Vertragstyps: Stumpf, Lizenzvertrag S. 30; Pfaff, RiW/AWD 1982, 381; Reukauf, GRUR 1986, 415 .
- 112 Kraßer/Schmid, GRUR Int. 1982, 324 (328 f.) mit weiteren Nachw.
- 113 BGH vom 3.6. 1981 in NJW 1981, 2684 - Programmsperre.
- 114 Erneut offen gelassen in der jüngsten BGH-Entscheidung (oben Fußn. 68).
- 115 RGZ 163, 1 - Frutapekt.
- 116 BGH in GRUR 1961, 494 Hubroller.
- 117 BGH in GRUR 1963, 207 (209) - Kieselsäure.
- 118 BGH in GRUR 1960, 44 Uhrgehäuse; BGH in GRUR 1965, 298 Reaktionsmeßgerät; BGH in GRUR 1978, 308 Speisekartenwerbung.
- 119 BGHZ 68, 118 = NJW 1977, 848 - Computerleasing I.
- 120 Zuletzt BGH in NJW 1982, 2861 - Hartmetallkopfbohrer.
- 121 BGH in GRUR 1979, 768 (769) - Mineralwolle.
- 122 RGZ 82, 155 - Kunstfußboden; RG in GRUR 1938, 33 Schrittzähler; BGH in GRUR 1959, 616 Metallabsatz; BGH in GRUR 1960, 44 Uhrgehäuse; BGH in GRUR 1961, 466 Gewinderollkopf; BGH in GRUR 1965, 298 Reaktionsmeßgerät; BGH in GRUR 1970, 547 KleinfILTER.
- 123 Nirk, GRUR 1970, 329 (330): trotz der Absage des BGH an Nirks Vorschläge (BGH in GRUR 1979, 768 (769), wird man jedenfalls bei Forschungs- und Entwicklungsverträgen einen stillschweigenden Haftungsausschluß anerkennen können.)
- 124 BGH in GRUR 1978, 166 Banddüngerstreuer.
- 125 BGH in GRUR 1965, 298 , 301 Reaktionsmeßgerät.
- 126 Zu den Lehrmeinungen Kraßer/Schmidt, GRUR Int. 1982, 324 (335); Benkard-Ullmann, § 15 Rdn. 106 (zu Patentlizenzen), Rdn. 133 (zum Know-how); Baur, ZHR 129, 1.
- 127 So spricht etwa BGH in WM 1986, 1255 (1256) von Werkverträgen mit mietrechtlichen Komponenten, OLG Hamm (iur 1986, 396 [397] ) wählt als Basis für einen Vertrag über Standardsoftware das Werklieferungsrecht (§ 651 BGB); BGH in NJW 1981, 2684 nimmt das Pachtrecht als Basis; OLG Schleswig in ZIP 1982, 457 sieht bei einem Standardpaket trotz individueller Änderungen den Schwerpunkt im Kaufrecht.
- 128 BGH in NJW 1963, 1449 (petitio principii).
- 129 BGH in NJW 1975, 305.
- 130 BGH in LM § 305 Nr. 11.i
- 131 BGHZ 68, 118 - Computerleasing 1.
- 132 Dazu Forkel, NJW 1983, 1764; BGH in GRUR 1982, 411 = NJW 1983, 1790 - Verankerungsteil; zur Nutzungstiefe etwa BGH in GRUR 1984, 528 Bestellvertrag.