

---

Schriftenreihe **DER BETRIEB**

---

# **Vertrags- und schutz- rechtliche Behandlung von Computerprogrammen**

von

Univ. Prof. Dr. jur. Lutz Michalski  
Bayreuth

und

wiss. Ass. Bernd Bösert  
Bayreuth

B 53.643

Juristische Gesamtbibliothek  
Technische Hochschule Darmstadt

Schäffer-Poeschel-Verlag  
Stuttgart

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XI

Literaturverzeichnis XIII

Einleitung 1

## Teil 1:

**Die vertragsrechtliche Behandlung von Verträgen über die Erstellung, Überlassung und Pflege von Computerprogrammen 3**

## Kapitel 1:

**Die rechtliche Einordnung von Softwareverträgen unter die Vertragstypen des BGB 4**

1. Die prinzipielle Notwendigkeit der rechtlichen Einordnung von neuen Vertragsformen 4
2. Grundsätzliche Probleme der vertragsrechtlichen Zuordnung des Wirtschaftsgutes Software 5
  - 2.1 Software als Sache i. S. d. § 90 BGB? 5
  - 2.2 Die Einordnung als Lizenz- bzw. Know-How-Vertrag als hinreichender Lösungsansatz? 7
3. Die einzelnen Grundformen der Vertragsgestaltung 9
  - 3.1 Die Überlassung von (Standard-)Software an den Endanwender 11
  - 3.2 Die Erstellung von (Individual-)Software für den Endanwender 12
  - 3.3 Die Pflege der Software beim Endanwender 12
  - 3.4 Die Überlassung von Software an ein anderes Softwareunternehmen (Hersteller/Händler) zum Weitervertrieb oder zur sonstigen Weitervermarktung 13
4. Die rechtliche Einordnung der einzelnen Grundtypen 14
  - 4.1 Die Überlassung von (Standard-)Software an den Endanwender 15
    - 4.1.1 Überlassung auf Dauer 15
    - 4.1.2 Überlassung auf Zeit 17
    - 4.1.3 Unsicherheit über weitere Abgrenzungskriterien und die Abgrenzung im Einzelfall 19
      - 4.1.3.1 Nutzungszeit befristet oder „ordentlich“ befristbar 19
      - 4.1.3.2 Laufendes Entgelt für kaufrechtliche Einordnung schädlich? 20
      - 4.1.3.3 Abgrenzung Austauschvertrag/Dauerschuldverhältnis 21
      - 4.1.3.4 Erfordernis der „freien Verfügungsbefugnis“ für kaufrechtliche Einordnung? 22

- 4.1.3.5 Abgrenzung zwischen Überlassung auf Zeit/Überlassung auf Dauer im einzelnen 25
- 4.2 Die Erstellung von (Individual-)Software für den Endanwender 27
- 4.2.1 Grundsatz: Werkvertragsrecht 27
- 4.2.2 Softwareanpassung/Softwareinstallation 28
- 4.2.3 Nicht-werkvertragliche Überlassungsvereinbarung 30
- 4.3 Die Pflege der Software (bzw. die Pflege/Wartung von Hard- und Software) beim Endanwender 30
- 4.4 Ergebnis 33

## **Kapitel 2:**

### **Die sich aus dieser Einordnung ergebenden Rechte und Pflichten der Vertragspartner sowie die Konsequenzen für die Vertragsgestaltung 34**

- 1. Die Überlassung von Standardsoftware auf Dauer als kaufähnlicher Vertrag 34
- 1.1 Die beiderseitigen Haupt- und Nebenleistungspflichten und die sich daraus ergebende vertragliche Regelungsbedürftigkeit 34
- 1.1.1 Die Pflichten des Softwaregebers 34
- 1.1.1.1 Programmüberlassung 34
- 1.1.1.2 Dokumentation 39
- 1.1.1.3 Quellenprogramm 40
- 1.1.1.4 Einweisungspflicht des Anbieters 40
- 1.1.1.5 (Vorvertragliche) Aufklärungs- und Beratungspflichten 42
- 1.1.1.6 Programmpflege 43
- 1.1.2 Die Pflichten des Softwarenehmers 43
- 1.1.2.1 Vergütung 43
- 1.1.2.2 Kaufrechtliche Abnahme 43
- 1.1.2.3 Mitwirkungspflichten 45
- 1.1.2.4 Beachtung vertraglicher Verwendungsbeschränkungen 45
- 1.2 Die aus Leistungsstörungen sich ergebenden Rechte und Pflichten 45
- 1.2.1 Sachmängel des Programms, des Programmträgers und der Dokumentation: Das Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff BGB 45
- 1.2.1.1 Mängel i. S. d. § 459 BGB 45
- 1.2.1.2 Die Geltendmachung von Programmmängeln 50
- 1.2.1.3 Die kaufrechtlichen Folgen mangelhafter Software 51
- 1.2.2 Die Rechtsmängelgewährleistung 54
- 1.2.3 Sonstige Leistungsstörungen 55
- 1.2.3.1 Verspätete Lieferung der Software 55
- 1.2.3.2 Verspätete Abnahme der Software 55
- 1.2.3.3 Vorvertragliche Pflichtverletzung (c. i. c.) 56
- 1.2.3.4 Positive Vertragsverletzung (pVV) 57

- 2. Die Überlassung von (Standard-)Software auf Zeit als miet-/pachtähnlicher Vertrag 58
  - 2.1 Die beiderseitigen Haupt- und Nebenleistungspflichten und die sich daraus ergebende vertragliche Regelungsbedürftigkeit 58
    - 2.1.1 Die Pflichten des Softwaregebers 58
      - 2.1.1.1 Nutzungsgewährung auf Zeit 58
      - 2.1.1.2 Nebenpflichten 59
    - 2.1.2 Die Pflichten des Softwarenehmers 59
      - 2.1.2.1 Vergütung 59
      - 2.1.2.2 Miet-/pachtrechtliche Abnahme 59
      - 2.1.2.3 Speziell miet-/pachtvertragliche Pflichten 60
      - 2.1.2.4 Programmrückgabe 60
  - 2.2 Die aus Leistungsstörungen sich ergebenden Rechte und Pflichten 61
    - 2.2.1 Sachmängel des Programms, des Programmträgers und der Dokumentation: Das Gewährleistungsrecht der §§ 536 ff BGB 61
      - 2.2.1.1 Mängelbegriff 61
      - 2.2.1.2 Die Geltendmachung von Programmmängeln 61
      - 2.2.1.3 Die mietrechtlichen Folgen mangelhafter Software 62
    - 2.2.2 Die Rechtsmängelgewährleistung 65
    - 2.2.3 Sonstige Leistungsstörungen 65
      - 2.2.3.1 Annahmeverzug 65
      - 2.2.3.2 Vorvertragliche Pflichtverletzung (c. i. c.) 65
      - 2.2.3.3 Positive Vertragsverletzung (pVV) 65
      - 2.2.3.4 Haftung des Softwarenehmers analog § 545 II BGB 66
- 3. Die Erstellung von (Individual-)Software als Werkvertrag i. S. d. §§ 633 ff BGB 66
  - 3.1 Die beiderseitigen Haupt- und Nebenleistungspflichten und die sich daraus ergebende vertragliche Regelungsbedürftigkeit 66
    - 3.1.1 Die Pflichten des Softwareherstellers 66
      - 3.1.1.1 Hauptleistungspflicht des Werkunternehmers/Herstellers: Vertragsgemäße Erstellung der Software 66
      - 3.1.1.2 Anwenderdokumentation, Quellenprogramm, Herstellerdokumentation 69
      - 3.1.1.3 Nebenpflichten 71
    - 3.1.2 Die Pflichten des Softwarebestellers 71
      - 3.1.2.1 Vergütung 71
      - 3.1.2.2 Werkvertragliche Abnahme 72
      - 3.1.2.3 (Weitere) Mitwirkungspflichten 74
  - 3.2 Die aus Leistungsstörungen sich ergebenden Rechte und Pflichten 74
    - 3.2.1 Sachmängel des Programms, des Programmträgers und der Dokumentation: Das Gewährleistungsrecht der §§ 633 ff BGB 74
      - 3.2.1.1 Mängelbegriff 74

3.2.1.2	Die Geltendmachung von Programmmängeln	75
3.2.1.3	Die werkvertraglichen Folgen mangelhafter Software	77
3.2.2	Die Rechtsmängelgewährleistung	79
3.2.3	Sonstige Leistungsstörungen	79
3.2.3.1	Verspätete Herstellung der Software	79
3.2.3.2	Verspätete Abnahme der Software	79
3.2.3.3	Vorvertragliche Pflichtverletzung (c. i. c.)	80
3.2.3.4	Positive Vertragsverletzung (pVV)	80
3.2.3.5	Verletzung von Bestellerpflichten	81
4.	Die Pflege der Software als (i. d. R.) werkvertragliche Vereinbarung	81
4.1	Beiderseitige Hauptleistungspflichten	81
4.1.1	Vorrang der Parteiabrede	81
4.1.2	Häufiger Vertragsinhalt	82
4.2	Leistungsstörungen (insbesondere Schlechtleistung)	83
4.2.1	Bei werkvertraglichen Leistungspflichten	83
4.2.2	Bei dienstvertraglichen Leistungspflichten	84
4.3	Besondere Rechtsprobleme	84
4.3.1	Verpflichtung des Softwareüberlassers zum Abschluß eines Pflege-/Wartungsvertrages?	84
4.3.2	Abgrenzung zwischen der Gewährleistung im Rahmen des Softwareüberlassungs-/erstellungsvertrages und der Softwarepflege	87
4.3.3	Rechtliche Einheit von Überlassungs- und Pflegevertrag?	88

## **Teil 2:**

### **Der Rechtsschutz von Computerprogrammen 89**

#### **Kapitel 1:**

##### **Übersicht über die möglichen Arten des Rechtsschutzes 90**

#### **Kapitel 2:**

##### **Die Schutzmöglichkeiten im einzelnen 91**

1.	Urheberrechtsschutz	91
1.1	Prinzipielle Geeignetheit	91
1.2	Voraussetzungen (nach der Inkassoprogramm-Entscheidung des BGH vom 9. 5. 85)	92
1.3	Gegenwärtige Entwicklungen	94
1.3.1	Rechtsprechung	94
1.3.2	Bemühungen des Gesetzgebers	98
1.3.2.1	Nationaler Gesetzgeber: Eventuell zusätzliches Leistungsschutzrecht	98
1.3.2.2	EG-Richtlinie: Computerprogramme dem Urheberrecht unterwerfen	99

1.4	Inhalt des Urheberrechts	103
1.4.1	Urheberpersönlichkeitsrecht	103
1.4.2	Verwertungsrechte	103
1.4.3	Schranken des Urheberrechts	107
1.5	Rechtsverkehr im Urheberrecht	108
1.6	Durchsetzbarkeit des Urheberrechtsschutzes im Prozeß	109
2.	Patentschutz	110
2.1	Prinzipielle Geeignetheit	110
2.2	Hauptvoraussetzung: Erfindung mit technischem Charakter	111
2.2.1	BGH-Rechtsprechung	112
2.2.2	Gesetzesentwicklung	115
2.2.3	Prüfungsrichtlinien des Deutschen (DPA) und Europäischen Patentamtes (EPA)	116
2.2.4	Ansichten der Literatur	116
2.2.5	Neuere Rechtsprechung des BPatG und der Beschwerdekammern des EPA	118
2.2.5.1	Rechtsprechung des BPatG	117
2.2.5.2	Rechtsprechung der Beschwerdekammern des EPA	120
2.2.6	Ergebnis	121
2.3	Inhalt des Patentrechts	122
3.	Warenzeichenschutz	123
3.1	Prinzipielle Geeignetheit	123
3.2	Voraussetzungen	123
3.3	Inhalt des Warenzeichenschutzes	125
4.	Wettbewerbsschutz	127
4.1	Prinzipielle Geeignetheit	127
4.2	Die vorrangig in Betracht kommenden Schutztatbestände	128
4.3	Ergänzender Leistungsschutz gem. § 1 UWG im Falle der unmittelbaren und nachschaffenden Leistungsübernahme	129
4.3.1	Generelle Zulässigkeit eines „ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes“	129
4.3.2	Die Schutzvoraussetzungen im einzelnen	131
4.3.2.1	Besondere wettbewerbliche Eigenart des (mittelbar) zu schützenden Leistungsergebnisses	131
4.3.2.2	Handeln des Wettbewerbers im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs	133
4.3.2.3	Die Sittenwidrigkeit begründende unlautere Umstände	133
4.3.2.4	Höhere Anforderungen bei nachschaffender Leistungsübernahme	137
4.3.3	Schutzdauer	138
4.3.4	Schutzumfang	139
4.4	Weitere von der Rechtsprechung entschiedene Fallgruppen zu § 1 UWG	139
4.5	Geheimnisschutz	140

4.5.1	Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis	140
4.5.2	Die nach §§ 17 ff UrhG geschützten Fallgruppen	142
4.5.2.1	§§ 17 I, 19 UWG, 823 II BGB	142
4.5.2.2	§§ 17 II, 19 UWG, 823 II BGB	142
4.5.2.3	§§ 18, 19 UWG, 823 II BGB	143
5.	Vertraglicher Schutz	145
6.	Ergebnis zum zweiten Teil	147