

Im Anschluß an den Abdruck in *jur-pc* 9/1993 folgt nunmehr Martineks Synthese zum computervertraglichen Gewährleistungsrecht und zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz für Software. Es handelt sich wiederum um einen Auszug aus Michael Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Bd. III, München 1993. Für die freundliche Genehmigung danken wir erneut dem Verlag C. H. Beck und dem Verfasser. Wer an weiteren Einzelheiten interessiert ist, sei auf die Buchreihe verwiesen, die zusätzlich noch in anderen Abschnitten (etwa zu den Leasingverträgen) Bedeutsames auch für die EDV-Vertragspraxis bietet. (red.)

## Computerverträge (Teil 2)

Michael Martinek

### III. Computervertragliches Gewährleistungsrecht

#### 1. Überblick

Differenzierungskriterien

Im Computervertragsrecht kommt neben den allgemeinen Leistungsstörungenregeln der §§ 275 ff. und 323 ff. BGB vor allem den gewährleistungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen und Regelungsprogrammen praktische Bedeutung zu. Sie unterscheiden sich einerseits danach, ob ein Hardware-, ein Standardsoftware- oder ein Individualsoftwarevertrag geschlossen wurde, andererseits danach, ob ein Rechts- oder ein Sachmangel geltend gemacht wird.

Rechtsmängelhaftung

*Rechtsmängel* werfen in den verschiedenen Computerverträgen keine Sonderprobleme auf. In der Praxis spielen sie lediglich bei Softwareüberlassungsverträgen eine Rolle, wenn der Softwaregeber aus leistungsschutzrechtlichen Gründen dem Softwarenehmer kein Nutzungsrecht einräumen kann, weil er selbst nicht Urheber oder lizenzierter Inhaber des Nutzungsrechtes ist. Findet auf den Computervertrag Kaufrecht Anwendung, ergeben sich die Rechtsfolgen für Rechtsmängel unmittelbar aus den §§ 434, 437 Abs. 1, 440, 320 ff BGB; wird auf den Leistungsaustausch Werkvertragsrecht angewandt, gelten diese Regeln analog.<sup>66</sup> Soweit eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung auf Zeit einschließlich des Operating-Leasing Gegenstand des Vertrags ist, steht nach den dann geltenden mietvertraglichen Vorschriften ein Rechtsmangel dem Sachmangel von den Rechtsfolgen her praktisch gleich, § 541 BGB.<sup>67</sup>

Sachmängelhaftung

Die computervertragliche Haftung für *Sachmängel* kann sich nach den Überlegungen zur Rechtsnatur der verschiedenen Vertragsarten gleichfalls nur nach den §§ 459 ff, den §§ 633 ff oder nach den §§ 537 ff BGB richten. Danach kommen Ansprüche auf Nachbesserung (§§ 476 a, 633 Abs. 2, 536 BGB), Minderung (§§ 462, 465, 634 Abs. 1, 537 Abs. 1 S.1, 541 BGB) und Wandelung (§§ 462, 465, 634 Abs. 1 BGB) bzw. eine fristlose Kündigung (§ 542 BGB) in Betracht. Das Sach- und Werkmängelgewährleistungsrecht ist bei *Softwareverträgen* nicht ohne Probleme. Dagegen werfen Sachmängel bei Verträgen, die auf die Überlassung von *Hardware* gerichtet sind, weder von den gesetzlichen Voraussetzungen her noch nach den Rechtsfolgen haftungsrechtliche Sonderprobleme auf. Je nach der Rechtsnatur des Hardware-Überlassungsvertrags (Kauf, Leasing, Miete) gelten die Vorschriften der §§ 459 ff BGB oder der §§ 537 ff BGB.

BVB der öffentlichen Hand

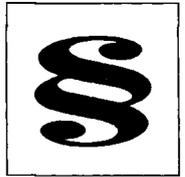
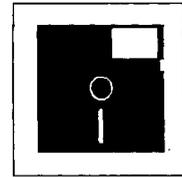
Ist bei Computerverträgen auf der Nehmerseite die Öffentliche Hand beteiligt, dann richtet sich deren gewährleistungsrechtliche Behandlung freilich nach den BVB, in denen sich das gesetzliche Regelungsprogramm der jeweiligen Vertragstypen mehr oder weniger modifiziert findet. Das gilt beispielsweise für die BVB-Überlassung<sup>68</sup>, nach deren § 9 Nr. 4 Abs. 2 der Softwarenehmer sofort vom Vertrag zurücktreten kann, wenn das hergestellte Programm von seiner Leistungsbeschreibung abweicht. Unabhängig vom Rücktrittszeitpunkt steht dem Softwarenehmer zudem ein pauschalierter Schadensersatz für einhundert Kalendertage zu, wenn sich bei einer Funktionsprüfung zeigt, daß das Programm nicht wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden kann und der Auftragnehmer kein fehlendes Verschulden nachzuweisen vermag. Diese Klausel hat der BGH jedoch wegen Verstoßes nach

Prof. Dr. iur. Dr. rer. publ. Michael Martinek, M.C.J. (New York) ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität des Saarlandes und leitet dort das Institut für Europäisches Recht.

<sup>66</sup> Soergel-Mühl (11. Aufl. 1980), § 633 Rdnr. 14.

<sup>67</sup> Zum Ganzen vgl. Junker, Computerrecht, Tz. 401 ff.

<sup>68</sup> BVB-Überlassung, Beilage Nr. 26/77 zum BAnz. Nr. 216 vom 19.11.1977, S. 3.



§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG für unwirksam erklärt, weil sie gleich in doppelter Hinsicht gegen den Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Vertragsrechts (§ 326 BGB) verstößt: einmal, weil der Softnehmer danach ohne Fristsetzung sofort zurücktreten könnte, und einmal, weil Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und Rücktrittsrecht miteinander kumuliert würden.<sup>69</sup> Desweiteren ist in den zum Hardwarekauf ergangenen BVB-Kauf<sup>70</sup> der Öffentlichen Hand eine für das Kaufvertragsrecht atypische *Abnahmepflicht* vorgesehen (§ 9), die nicht etwa werkvertragsanalog (§ 640 BGB), sondern eigenständig ausgestaltet ist. Danach wird die Kaufsache nur nach erfolgreicher Funktionsprüfung abgenommen, wenn die Ausfallzeit bei einer Nutzungsdauer von 100 Stunden höchstens 10% beträgt. Im übrigen gelten nach den BVB-Kauf auch Mängel der Betriebssystem-Software als Mängel der Hardware. Besondere Regelungen enthalten die BVB-Kauf auch insoweit, als der Hardwaregeber bei Mängeln der Anlage unter bestimmten Voraussetzungen zur Lieferung einer Ausweicheanlage verpflichtet sein kann. Kommt er innerhalb von dreißig Tagen seiner Nachbesserungspflicht nicht nach, kann der Hardwarenehmer vom Vertrag zurücktreten. Für Ausfalltage schuldet er dem Hardwarenehmer Schadensersatz in einer pauschalierten Höhe. Ähnliche BVB-Klauseln gelten bei der Hardwaremiete und bei der Softwareüberlassung.<sup>71</sup>

## 2. Sachmängel beim Softwarevertrag

Bei Softwareverträgen gewinnt für den Rechtsbegriff des Sachmangels i.S.d. der gewährleistungsrechtlichen Vorschriften der §§ 459 Abs. 1, 633 Abs. 1 und 537 Abs. 1 Satz 1 BGB der bereits im Rahmen der Rechtsnaturbestimmung dieser Verträge angesprochene Warencharakter von Software zentrale Bedeutung. Bezogen auf ihren Entstehungsprozeß beim Softwaregeber mag Software zunächst nur als immaterieller Gegenstand, als Geisteswerk und kalküliertes Problemlösungskonzept zu betrachten sein. Nach den weiteren Phasen der Programmentwicklung muß sich jedoch im Zeitpunkt des Leistungsaustauschs – Programmdiskette gegen Entgelt – die Perspektive verschieben. Das Geisteswerk hat sich nach der Verkehrsanschauung und auch aus Sicht der Vertragspartner zu einem Produkt mit Warencharakter vergegenständlicht. Für den Softwarenehmer besteht kein Unterschied zwischen Computerprogrammen auf Diskette und anderen körperlichen Arbeitsstoffen oder Betriebsmitteln. Diese wie jene erwirbt er als fertige Produkte, also in einer vom Vertragspartner vorgegebenen definitiven Formgestalt, mögen diese Gegenstände auch in erster Linie immaterielle Werte verkörpern. Diese wie jene sind für ihn technische Mittel zur Lösung eines in seinem Unternehmen auftretenden technischen oder organisatorischen Problems. Diese wie jene kauft, bestellt er *als* oder zumindest *wie* bewegliche Sachen. Dementsprechend erwartet der Softwarenehmer, daß das Computerprogramm ein zur Lösung des Problems notwendiges Funktionsspektrum abdeckt. Genügt das Programm diesen Anforderungen nicht, sieht er darin zu Recht einen Mangel.

Diese Vergegenständlichung in Richtung auf einen traditionellen Warencharakter führt zur Qualifikation des entgeltlichen Erwerbs von auf Datenträger gespeicherter Standardsoftware als Sachkauf<sup>72</sup> sowie zur vertragstypologischen Einordnung des Leistungsgegenstands eines Individualsoftwarevertrages als Herstellung eines körperlichen Werks.<sup>73</sup> Von diesem Standpunkt aus versteht sich die unmittelbare Anwendung des Sach- und Werkmängelrechts bei den einzelnen Vertragstypen, die auch vom BGH zugrundelegt wird<sup>74</sup>, von selbst. Aber auch solche Stimmen der Literatur, die sich gegen eine Einordnung von Softwareprogrammen als körperlicher Gegenstand bzw. körperliches Werk sperren, halten die unverkennbare Vergegenständlichung der Software in Richtung auf Wareneigenschaft für eine tragfähige Analogiebasis zur Anwendung der jeweiligen sach- und werkmängelrechtli-

*Der „Warencharakter von Software“*

*Kauf von Standardsoftware: Sachkauf*

<sup>69</sup> BGHZ 113, 55, 59 ff. = CR 1991, 273, 275 f. – BVB-Überlassung – mit Anm. *Schmidt/Müller-Hengstenberg*; zuvor schon OLG Köln, CR 1991, 17 mit Anm. *Müller-Hengstenberg*.

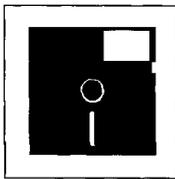
<sup>70</sup> Beilage Nr. 15/74 zum BAnz. Nr. 135 vom 25.7.1974, S. 3 ff.

<sup>71</sup> Vgl. *Junker*, Computerrecht, Tz. 293 ff. und 359 ff.

<sup>72</sup> Vgl. dazu oben, II 3.

<sup>73</sup> Vgl. dazu oben, II 4.

<sup>74</sup> BGHZ 109, 97, 99 ff. = CR 1990, 24, 26 f. = jur-pc 1990, 406–410 – „Software-Abzahlungskauf“; BGH, NJW 1985, 129 f. – „Quartalsabrechnung“; BGH, NJW 1984, 2938 = CR 1986, 79 = iur 1988, 133 m. Anm. *Zabrat* – „System 6600“; BGHZ 102, 135, 144 = CR 1988, 124, 127 = iur 1988, 16, 20 – „Basic-Übersetzungsprogramm“: „Dies rechtfertigt eine zumindest entsprechende Anwendung der §§ 459 ff. BGB ...“



Die Formel von der  
„Beschaffenheitsabweichung“

Zusicherung von Eigenschaften

chen Vorschriften.<sup>75</sup> Ein Softwarefehler hegt danach bei einer Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Software von ihrer Sollbeschaffenheit vor, die sich nach §§ 459 Abs. 1, 633 Abs. 1 oder § 537 Abs. 1 BGB nach dem vertraglich vorausgesetzten und/oder dem gewöhnlichen Gebrauch bestimmt.<sup>76</sup> Hervorzuheben ist dabei die vom Gesetz einschränkend verlangte *Erheblichkeit* einer solchen Abweichung, §§ 459 Abs. 1 S. 2, 537 Abs. 1 S. 2, 634 Abs. 3 BGB. Als hochkomplexes Gebilde läßt sich Software nie völlig frei von Fehlern herstellen, deshalb darf nicht schon jede marginale Einschränkung der Funktionalität bereits eine Fehlerhaftigkeit begründen.<sup>77</sup>

Anschaulichkeit gewinnt die Formel von der Beschaffenheitsabweichung erst durch die leading cases der umfangreichen Kasuistik zur fehlerhaften Computer-Software. Danach ist vor allem in der fehlenden „Kompatibilität“ eines Programmes ein Mangel zu sehen, insbesondere wenn eine Standardsoftware nicht mit dem verwendeten Betriebssystem harmoniert<sup>78</sup> oder ein Programm nicht mit der benutzten Hardware bzw. mit anderen installierten Programmen zusammenarbeitet.<sup>79</sup> Auch ist ein auf den Bedarf einer Arztpraxis zugeschnittenes Verwaltungsprogramm mangelhaft, wenn mit ihm nicht die erwarteten Quartalsabrechnungen angefertigt werden können.<sup>80</sup> Gleiches gilt für ein Lohnbuchhaltungsprogramm, mit dem sich der Durchschnittslohn und der Umlagebeitrag für das rentenpflichtige Bruttogehalt nicht ausrechnen lassen.<sup>81</sup> Umstritten ist, ob die Sicherung von Softwaredaten mittels eines Kopierschutzes mit der Folge eingeschränkter Verwendbarkeit der Software beim Nehmer einen Fehler darstellt, wenn keine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien über einen Kopierschutz getroffen wurde.<sup>82</sup> Fehlende Benutzerfreundlichkeit, insbesondere unzureichende Absicherung gegen folgenschwere Fehlbedienungen können ebenso einen Mangel begründen<sup>83</sup> wie fehlende Anpassungs-, Änderungs- und Wartungsfähigkeit eines Programmes.<sup>84</sup> Unterbleibt die Einweisung in die Bedienung des Programms oder wird eine falsche schriftliche Programmbeschreibung geliefert, kann darin ebenfalls einen Mangel liegen.<sup>85</sup> Fehlt hingegen eine Programmbeschreibung (Dokumentation) vollständig und ist die Software daher für den Softwarenehmer praktisch wertlos, dann ist sogar die Hauptleistungspflicht als nicht erbracht anzusehen.<sup>86</sup>

Natürlich können alle Eigenschaften, deren Abwesenheit einen Softwaremangel begründen würde, aber auch sonstige Merkmale und wertbildenden Faktoren, die einer Standard- oder Individualsoftware auf Dauer anhaften können, Gegenstand der *Zusicherung einer Eigenschaft* i. S. d. §§ 459 Abs. 2, 633 Abs. 1, 537 Abs. 1 Satz 1 BGB sein. Ohne weiteres ist etwa das Versprechen des Softwaregebers, das verkaufte Programm sei update-fähig, d. h. der Softwarenehmer könne künftige verbesserte Programmversionen zum ermäßigten Preis beziehen, als Zusicherung einer Eigenschaft auslegbar, wenn es von einem Garantie- und Einstandswillen getragen ist.<sup>87</sup> Dagegen liegt in einer dem Programm beigelegten Leistungsbeschreibung regelmäßig noch keine Eigenschaftszusicherung.<sup>88</sup> Auch bei der Bezugnahme des Softwaregebers auf ein ihm verliehenes *Software-Gütezeichen* ist Vorsicht mit der Annahme einer Eigenschaftszusicherung geboten.<sup>89</sup>

<sup>75</sup> Junker, Computerrecht, Tz. 407.

<sup>76</sup> Vgl. das OLG Stuttgart, CR 1986, 381, 382 – „Finanzbuchhaltung“, das die Möglichkeit eines gewöhnlichen Gebrauchs, wie er ebenfalls in § 459 BGB vorausgesetzt ist, ablehnt.

<sup>77</sup> Junker, Computerrecht, Tz. 412 ff.

<sup>78</sup> BGHZ 102, 135 = CR 1988, 124 = iur 1988, 16–23 – „Basic-Übersetzungsprogramm“.

<sup>79</sup> OLG Saarbrücken, CR 1990, 713.

<sup>80</sup> BGH, NJW 1985, 129, 130 – „Quartalsabrechnung“.

<sup>81</sup> OLG Schleswig, ZIP 1982, 457, 458 mit Anm. *Ellenberger*.

<sup>82</sup> Gegen einen Mangel BGH, NJW 1981, 2684, 2685 – „System 2000“; a. A. *Junker*, Computerrecht, Tz. 439 ff.

<sup>83</sup> OLG Hamm, CR 1990, 715, 716 f. = jur-pc 1993, 2205 (L); LG Heilbronn CR 1989, 603, 604 mit Anm. *Schnell*; vgl. auch OLG Karlsruhe, CR 1986, 549 mit Anm. *Seitz* – „Fehlerkontrolle“.

<sup>84</sup> LG Düsseldorf, CR 1987, 292, 294 f. – „Divisionszählanlage“.

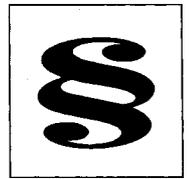
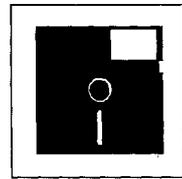
<sup>85</sup> Vgl. *Junker*, Computerrecht, Tz. 458 ff.

<sup>86</sup> Dazu und zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Miete, Kauf und Werkvertrag vgl. *Junker*, Computerrecht, Tz. 461 ff.

<sup>87</sup> OLG Hamm, CR 1991, 347, 348 = jur-pc 1993, 2207 (L).

<sup>88</sup> *Engel*, BB 1985, 1159, 1165; *Junker*, Computerrecht, Tz. 417 ff.

<sup>89</sup> *Junker*, Computerrecht, Tz. 421 f.



### 3. Gewährleistungsverlust durch Obliegenheitsverletzung

Bei der als Werkvertrag zu qualifizierenden entgeltlichen Erstellung und Überlassung von Individualsoftware, bei der die Vertragspartner zur Optimierung der Problemlösung auf eine enge Zusammenarbeit angewiesen sind, liegt der Gedanke nahe, daß der Besteller/Softwarenehmer seine Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer/Softwaregeber verliert, wenn die fehlende Gebrauchstauglichkeit der Software letztlich auf das Ausbleiben oder auf die Unzulänglichkeit von erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Bestellers zurückzuführen ist.<sup>90</sup> Individualsoftware wird teilweise für CIM- und CAM-Verfahren (Computer Integrated/Aided Manufacturing) und für andere hochspezialisierte Fertigungsprozessen im Unternehmen des Softwarenehmers eingesetzt, deren technische Hintergründe dem Softwaregeber oft nur mangelhaft vertraut sind. In solchen Fällen kann der Softwaregeber stark darauf angewiesen sein, daß ihm die zu lösende Aufgabe durch den Softwarenehmer möglichst präzise beschrieben wird (*Pflichtenheft*) und er sonstige Unterstützungsmaßnahmen von seinem Kooperationspartner erhält. Der Gedanke eines Gewährleistungsverlusts des Softwarenehmers bei fehlerhaften Individualsoftwareprogrammen infolge defizitärer Mitwirkungshandlungen ließe sich aus dem in Konkretisierung des § 242 BGB gewonnenen und etwa in § 154 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgrundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) ableiten. Bei unterbliebenen oder unzulänglichen Mitwirkungshandlungen des Softwarenehmers wäre ein Gewährleistungsverlust unter Umständen nicht einmal die einzige Konsequenz: Die Vorschrift des § 642 Abs. 1 BGB gewährt dem Unternehmer eine „angemessene Entschädigung“ (nach Maßgabe des Abs. 2), wenn der Besteller durch das Unterlassen einer erforderlichen Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug gerät; und § 645 Abs. 1 BGB begründet für den Unternehmer einen seiner bisher geleisteten Arbeit entsprechenden Teilanspruch auf Werklohn, wenn das Werk infolge einer für die Werkausführung erteilten Bestelleranweisung oder dafür gelieferten Ausgangsstoffe untergegangen ist. Die Rede ist hier nicht von solchen Mitwirkungshandlungen, die die Parteien einverständlich als Nebenleistungspflichten des Bestellers ausgestaltet haben und deren Ausbleiben oder Unzulänglichkeit sich demgemäß als Verletzung von Nebenleistungspflichten darstellt. Es geht vielmehr um bloße *Mitwirkungsobliegenheiten*, die für den Besteller schlichte Gebote eigenen Interesses und im Verletzungsfalle nur einen Rechtsverlust begründen.

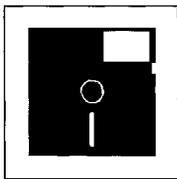
Bei näherer Betrachtung ist indes Vorsicht damit geboten, den Softwarenehmer mit Mitwirkungsobliegenheiten in einer Weise zu belasten, die bei Obliegenheitsverletzungen einen Gewährleistungsverlust nach sich zieht. Denn der Softwarenehmer ist bei der Bemessung der Inhalte und der Zwecke seiner Mitwirkungshandlungen weithin von dem Spezialwissen des beauftragten Softwaregebers abhängig. Seine Mitwirkungshandlungen sind nur mit Einschränkungen konkretisierbar, weil sie sich nach Maßgabe der Möglichkeiten und der Grenzen, der Schwierigkeiten und der Fortschritte der Programmentwicklung verändern und damit letztlich in der Sphäre des Softwaregebers gesteuert werden. Schon die zu lösende Aufgabe als technisches oder organisatorisches Problem läßt sich kaum je in völliger Abstraktion von ihrer programmtechnischen Realisierbarkeit beschreiben, so daß der Softwarenehmer schon bei der Leistungsbeschreibung in Verlegenheit und in Abhängigkeit gerät. Im Ergebnis bleiben für den Besteller die Hintergründe der programmtechnischen Verwirklichung und damit zugleich Sinnhaftigkeit und Tragweite seiner Mitwirkungshandlungen ebenso undurchsichtig wie umgekehrt für den Softwaregeber die einzelnen betrieblich-technischen Grundlagen der für das Besteller-Unternehmen zu lösenden Aufgabe. Bei der Konkretisierung der Mitwirkungslasten des Bestellers muß daher bedacht werden, wer die Gefahr des Mißverständnisses und des Scheiterns im Einzelfall tragen soll. Gewiß dürfen diese Risiken nicht von vornherein allein dem Softwaregeber aufgebürdet werden, zumal heute manche Besteller als professionelle Computer- und Softwareverwender bereits ihrerseits über beachtliche EDV-technische Spezialkenntnisse verfügen und als fachkundige Kooperationspartner des Softwaregebers auftreten.<sup>91</sup> Auch versteht sich, daß eine bewußte und flagrante Kooperationsunwilligkeit oder nachlässigkeit auf Seiten des Bestellers die Sanktion des Gewährleistungsverlusts nach sich ziehen kann. Im Grundsatz aber ist die Hauptverantwortlichkeit für die Koordination und Sinnhaftigkeit der dem Besteller oblie-

*Mitwirkungspflichten des Software-Nehmers*

*Zurückhaltung bei Bestimmung des Obliegenheits-"Niveaus"*

<sup>90</sup> Vgl. dazu *Malzer*, Der Softwarevertrag, S. 290 f.

<sup>91</sup> Vgl. dazu etwa OLG Oldenburg, CR 1986, 552, 553 mit Anm. *Mebrings* – „Klima-Paket“.



### Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Kaufmanns

genden Mitwirkungen dem Softwaregeber zuzuweisen. Vor allem sind an die kooperationsbezogenen Sorgfaltspflichten des Softwaregebers strenge Anforderungen zu stellen. Resultieren Sachmängel der Software letztlich aus Vorgaben des in die Programmerstellung einbezogenen Softwarenehmers, dann kann der Softwaregeber durchaus alleinverantwortlich bleiben, wenn er die Mängel mit den bei einem Fachmann seines Gebietes zu erwartenden Kenntnissen hätte erkennen können, eine Prüfung und Mitteilung aber unterlassen hat.<sup>92</sup> Vor allem an einen Laien dürfen nur geringe Mitwirkungsanforderungen gestellt werden, die sich oft auf die genaue Bedarfskennzeichnung und auf eine Überprüfung des Pflichtenhefts auf Übereinstimmung mit den erwarteten praktischen Programmanforderungen beschränken werden.<sup>93</sup> Genau besehen, können letztlich nur spektakuläre Fälle defizitärer Mitwirkungshandlungen nach § 242 BGB zu einem Gewährleistungsverlust führen. In den Problembereich des Gewährleistungsverlusts durch Obliegenheitsverletzung gehört freilich auch die handelsrechtliche Regelung der §§ 377, 378 HGB (Untersuchungs- und Rügeobliegenheit), die nach § 381 Abs. 2 HGB auf Werklieferungsverträge über unvertretbare bewegliche Sachen (§ 651 Abs. 1, S. 2, 2. Halbs. BGB) Anwendung findet. Auch dieser Problembereich ist in den Meinungsstreit über die Rechtsnatur von Computer-Software eingebettet.<sup>94</sup> Dementsprechend wird die Anwendbarkeit jener Vorschriften teilweise mit der physikalisch nachweisbaren Körperlichkeit von Computer-Software, teilweise mit der leistungsprägenden Bedeutung der Datenträger selbst begründet. Nach der hier vertretenen Auffassung erlaubt letztlich die Vergegenständlichung von Computer-Software in Richtung auf einen Warencharakter die analoge Anwendung von Vorschriften des Rechts der beweglichen Sachen. In der Konsequenz dieser Qualifikation ist der Besteller, sofern sich der Individualsoftwarevertrag als ein beiderseitiges Handelsgeschäft darstellt, auch zur Vornahme der Untersuchungs- und Rügebehandlungen bei Gefahr eines Verlustes seiner Gewährleistungsansprüche angehalten. Es versteht sich, daß auch auf einen Handelskauf, der die Lieferung von Hardware und nicht speziell für den Käufer hergestellte Anwenderprogramme zum Gegenstand hat, die Vorschriften der §§ 377, 378 HGB „zumindest entsprechend anwendbar“ sind.<sup>95</sup>

### „Paketlösungen“

#### 4. Die Rückabwicklung beim kombinierten Hard- und Software-Erwerb

In der Praxis werden Hard- und Software vom Computerbenutzer zwar nicht immer, aber doch sehr oft als gemeinsames System vom selben Vertragspartner gleichzeitig erworben.<sup>96</sup> Die Hard- und Softwareanbieter sind auf das Bedürfnis nach derartigen „Paketlösungen“ eingestellt und nehmen auf deren Vorteile für die Kunden in ihrer Werbung Bezug. Der Hauptvorteil für den Computerbetreiber liegt neben der oft erzielbaren Einsparung von Anschaffungskosten für die Gesamtausstattung darin, daß der Hard- und Softwaregeber das Risiko für ein reibungsloses Zusammenspiel der Einzelkomponenten des Systems übernimmt.<sup>97</sup> Bezieht der Hard- und Softwarenehmer demgegenüber die einzelnen Komponenten von unterschiedlichen Vertragspartnern, liegt die Verantwortung für deren harmonisch aufeinander abgestimmtes Funktionieren regelmäßig bei ihm selbst. Zeigen sich etwa beim Betrieb separat erworbener Komponenten Funktionsstörungen, muß er sich mit unterschiedlichen Vertragspartnern und mit möglicherweise gegeneinander konkurrierenden Hard- und Softwaregebern darüber auseinandersetzen, auf wessen Leistungsbeitrag die Fehlfunktion zurückzuführen ist. Die Nachteile und die geminderten Erfolgsaussichten dieser Vorgehensweise liegen auf der Hand. Beim kombinierten Erwerb („alles aus einer Hand“) ist bei nur einem Vertragspartner die Verantwortung dafür monopolisiert, daß die Datenverarbeitungsanlage insgesamt ihre Funktionen erfüllt. Hieran knüpft sich die Frage,

<sup>92</sup> Vgl. dazu die das Bauwerksvertragsrecht betreffenden, aber weithin auf Individualsoftwareverträge übertragbaren Abwägungen und Abgrenzungen in BGH, CR 1991, 467 – „Planungsmängel“ – mit Anm. Brandi-Dobrn, vgl. ferner OLG Celle, CR 1991, 610.

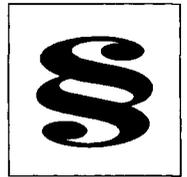
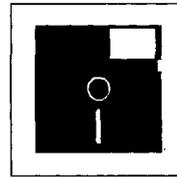
<sup>93</sup> Vgl. dazu OLG Celle, IuR 1986, 311 mit Anm. Zabrnt und LG Landau, IuR 1986, 456.

<sup>94</sup> Vgl. dazu oben, II 3.

<sup>95</sup> So BGHZ 110, 130 = CR 1990, 384 = JZ 1990, 972 mit Anm. Lieb – „Heimverwaltung“; vgl. auch Heussen, BB 1988, 1835; Graf v. Westphalen, BB 1990, 1, 3 f.

<sup>96</sup> Vgl. zur Praxis der Koppelung von Hardware und (Anwendungs-)Software, Pötzsch, Die rechtliche Einheit von Hardware und Software, S. 37 ff.; Zabrnt, BB 1984, 1007 ff.; ders., BB 1988, 1687 ff.

<sup>97</sup> Vgl. dazu Pötzsch, Die rechtliche Einheit von Hardware und Software, S. 41 ff.; Junker, Computerrecht, Tz. 377 f.; Malzer, Der Softwarevertrag, S. 334 ff.; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Tz. 39 ff.



Einzelwandelung und  
Gesamtwandelung

ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Hard- und Softwarenehmer bei einem Versagen auch nur einer Komponente vom gesamten Vertrag zu lösen vermag.

Im kaufvertraglichen Wandelungsrecht statuiert § 469 S. 1 BGB den Grundsatz der Einzelwandelung, wenn von mehreren zu einem Gesamtpreis verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft sind. Eine Gesamtwandelung ist nach § 469 S. 2 BGB auf solche Fälle beschränkt, in denen die Sachen „als zusammengehörend verkauft“ wurde und die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für den auf eine Gesamtwandelung bestehenden Vertragspartner von den übrigen Sachen getrennt werden könnte. Diese Regelung hat ausweislich leistungsstörungsrechtlicher Parallelvorschriften wie §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 S. 2 oder § 307 Abs. 2 BGB sowie ausweislich des § 139 BGB den Charakter eines allgemeinen Rechtsgedankens, der auch auf werkvertragliche Elemente (Individualsoftware) eines Erwerbsvertrags über Hard- und Software ohne weiteres Berücksichtigung reklamiert.

Im Computervertragsrecht müssen an das Vorliegen einer zur Gesamtwandelung berechtigenden *Vertragseinheit* jedoch restriktive Voraussetzungen gestellt werden. Wenn in einer wirtschaftlich verhältnismäßig unbedeutenden Leistungskomponente (Software-Anwendungsprogramm) Mängel auftreten, kann der Erwerber schwerlich zur Rückabwicklung des gesamten Vertrages mit wirtschaftlich wesentlich bedeutenderen, aber fehlerfrei arbeitenden Leistungsteilen (Hardware) berechtigt sein.<sup>98</sup> In der Praxis wird eine „notwendige“ Vertragseinheit immer dann angenommen, wenn die Leistung als solche nach objektiver Beurteilung technisch nicht teilbar ist. Dieser Fall dürfte bei einer Hard- und Softwarekombination kaum auftreten, denn die einzelnen Hardwaregeräte und Softwareprogramme sind auch beim Verkauf der Computeranlage als „Paket“ technisch meist problemlos als separate Einheiten erfassbar. Wichtiger sind deshalb die Fälle einer „vereinbarten“ Vertragseinheit, in denen die einzelnen Leistungskomponenten kraft Parteiabrede zu einer Einheit zusammengefaßt sind.<sup>99</sup> Eine solche Vereinbarung kann freilich auch konkludent geschlossen werden. Entscheidend ist für sie immer, daß sich den Gesamtumständen des Beschaffungsvorgangs im Lichte der wirtschaftlichen Zwecksetzung ein eindeutiger Wille der Parteien entnehmen läßt, wonach die über die technischen Einzelkomponenten der Anlage getroffenen Vereinbarungen – nach einer aus dem Problemkreis des § 139 BGB vertrauten Formulierung – „miteinander stehen und fallen“ sollen.<sup>100</sup> Der BGH hat als Kriterien für eine konkludent vereinbarte Vertragseinheit genannt: das erkennbare Interesse des Erwerbers an einem einheitlichen Ansprechpartner bei Funktionsstörungen der Anlage, die vertragliche Verpflichtung des Erwerbers zur Benutzung allein der mitgelieferten Software sowie Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit einer „Gesamtlösung“ für die in Rede stehende Aufgabenbewältigung.<sup>101</sup> Danach kann es keine letztentscheidende Rolle spielen, ob die Verständigungen über die Einzelkomponenten der Anlage in einer oder mehreren Vertragsurkunden niedergelegt sind; sind freilich alle Vereinbarungen in nur *einer* Urkunde enthalten, besteht die (widerlegliche) Vermutung, daß ein einheitlicher Vertrag im genannten Sinne von den Parteien gewollt war.<sup>102</sup> Der Gleichzeitigkeit mündlicher Abreden über die Einzelkomponenten kommt lediglich ein indizieller Wert zu. Nur indiziellen Charakter für eine Vertragseinheit haben ferner Klauselformulierungen wie „Gesamtsystem“, „Paketlösung“ usw.<sup>103</sup>, weil die Ausprägung fester Usancen und entsprechend eindeutiger Kurzformeln noch nicht hinreichend fortgeschritten ist, um aus derartigen Kennzeichnungen eine hinreichende Bedingung für eine Vertragseinheit abzuleiten. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann eine auslegungsmethodisch ermittelte Vertragseinheit kraft individueller Parteivereinbarung nicht aufgehoben werden; denn hier wie

Restriktiv zu bestimmen:  
Vertragseinheit im  
Computervertragsrecht

<sup>98</sup> Junker, Computerrecht, Tz. 379 ff.; ders., JZ 1988, 464, 465 f.; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Tz. 40 ff.

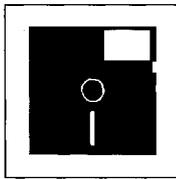
<sup>99</sup> Vgl. hier nur BGHZ 112, 264, 275 ff. = CR 1991, 80, 85 = jur-pc 1991, 888–896 – „Betriebssystem“; Malzer, Der Softwarevertrag, S. 348; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Tz. 79 ff.; Pöttsch, Die rechtliche Einheit von Hardware- und Software, S. 63 ff.

<sup>100</sup> BGH, NJW 1991, 2135 = CR 1991, 604 – „Laufzeitbeginn“; BGHZ 112, 264 = CR 1991, 80, 85 = jur-pc 1991, 888–896 – „Betriebssystem“; BGH, NJW 1990, 3011 = CR 1990, 707, 708 f. – „Geräteverwaltung“; OLG Karlsruhe, CR 1991, 280 mit Anm. Ruppelt; Malzer, Der Softwarevertrag, S. 349; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Tz. 79; Pöttsch, Die rechtliche Einheit von Hardware und Software, S. 65.

<sup>101</sup> BGH, NJW 1990, 3011 = CR 1990, 707, 709 – Geräteverwaltung.

<sup>102</sup> Vgl. dazu BGH, NJW 1991, 2135 = CR 1991, 604 – Laufzeitbeginn; Malzer, Der Softwarevertrag, S. 349; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Tz. 79.

<sup>103</sup> Vgl. dazu Malzer, Der Softwarevertrag, S. 349; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Tz. 81 ff.



sonst geht die Individualabrede über die Vertragseinheit dem vorformulierten Bedingungs-  
werk nach § 4 AGBG vor.<sup>104</sup> In der Praxis kommt es im übrigen auch vor, daß Hard- und  
Software von zwei verschiedenen Lieferanten verschafft wird, die aufgrund enger wirtschaftli-  
cher Verbindungen beim Kunden den Eindruck eines einheitlichen Vertragspartners hervorru-  
fen (z.B. durch Zusammenfassung der Angebote in derselben Angebotsmappe oder durch Ein-  
schaltung desselben Handelsvertreters) hervorrufen. In solchen Fällen kann sich die aus dem  
Problembereich der drittfinanzierten Teilzahlungsgeschäfte bekannte Frage eines Einwendungs-  
durchgriffs für den Kunden stellen.<sup>105</sup>

#### IV. Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz

##### 1. Wettbewerbsrechtliche „Leistungsschutzrechte“

Schutzbereich des UWG

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) begründet zwar keine Ausschließli-  
chkeitsrechte zu Gunsten desjenigen, der aus eigener Kraft eine verwertbare Leistung geschaffen  
hat, doch schützt es den Leistungserbringer nach § 1 i.V.m. § 13 Abs. 2 UWG davor, daß ein  
Dritter ihm gegenüber im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs eine gegen die  
guten Sitten verstößende Handlung vornimmt. Der normative Rechtsbegriff der guten Sitten in  
§ 1 UWG hat durch die Judikatur in zahlreichen Fallgruppen eine Konkretisierung erfahren,  
von denen die der *Ausbeutung fremder Leistung* auch für den Softwareentwickler bei uner-  
laubten Nachahmungen seines Programms durch Dritte höchst bedeutsam sein kann.<sup>106</sup>

Zurückhaltung beim  
spezialgesetzlichen  
Leistungsschutz

Freilich ist das damit verfügbare UWG-rechtliche Schutzinstrument von vornherein mit Zu-  
rückhaltung zu handhaben, weil die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht die in den einzel-  
nen Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts getroffenen  
Wertentscheidungen des Gesetzgeber unterlaufen darf. Nicht umsonst ist der spezialgesetzliche  
Leistungsschutz auf eine begrenzte Anzahl von Tatbeständen beschränkt und das Entstehen  
von Schutzrechten von hohen materiellen und formellen Anforderungen abhängig. Außerhalb  
dieser Schutzvoraussetzungen soll die fremde Leistung im Grundsatz frei rekonstruierbar und  
reproduzierbar, verfügbar und verwendbar, benutzbar und handelbar bleiben und eben nicht  
vor Gebrauch und auch Nachahmung durch Dritte geschützt sein. Diese allgemeine *Nachah-  
mungsfreiheit* rechtfertigt sich aus der Beobachtung, daß menschliche Leistung stets an den Er-  
rungenschaften von Vorgängern anknüpft, jeder Fortschritt aber ausgeschlossen erscheinen  
muß, wenn die Möglichkeit zur Auseinandersetzung mit fremder Leistung unterbunden ist.<sup>107</sup>  
Im Grundsatz begründet die Nachahmung einer nicht sonderrechtlich geschützten Leistung als  
solche auch lauterkeitsrechtlich keinen Sittenverstoß gem. § 1 UWG.<sup>108</sup>

„Sklavische Nachahmung“

Dieser Grundsatz erfährt jedoch Durchbrechungen. Namentlich kann das Sittenwidrigkeitsur-  
teil des § 1 UWG auf die besonderen Umstände und die *Art und Weise* gestützt werden, in der  
im Einzelfall eine Verwendung fremder Leistung erfolgt. Die höchstrichterliche Rechtspre-  
chung sieht etwa die *unmittelbarer Übernahme fremder Leistung*, die gleichsam als eine sklavi-  
sche Nachahmung erscheint, grundsätzlich als sittenwidrig an. Hiervon wird man immer dann  
sprechen müssen, wenn eine fremde Leistung unter Einsparung eigener Kosten auf techni-  
schem Wege schlicht vervielfältigt und anschließend selbst vertrieben wird.<sup>109</sup> Denn der Über-  
nehmer der fremden Leistung bringt buchstäblich „müheles“ den Schöpfer der Leistung um  
die Früchte seines mit Anstrengungen und Kosten errungenen Arbeitsergebnisses. Wer solche  
Praktiken zuläßt, nimmt dem Schöpfer jeden Anreiz, künftig eine ähnliche Leistung zu voll-  
bringen. Aus diesen Erwägungen leitet sich die Gerechtigkeitsforderung ab, demjenigen seinen  
*wettbewerbliehen Vorsprung* zu belassen, der eine Leistung mit eigenen, individualisierten, sich  
vom Massenangebot abhebenden Zügen erbringt (*wettbewerbliche Eigenart*).<sup>110</sup>

<sup>104</sup> Malzer, Der Softwarevertrag, S. 351; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Tz. 86.

<sup>105</sup> Vgl. dazu Pander, IuR 1987, 408 ff.; Zahrt, BB 1988, 1687 ff., 1690 ff.

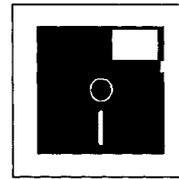
<sup>106</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (16. Aufl. 1990), § 1 UWG Rdnr. 438 ff.

<sup>107</sup> Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, (3. Auflage 1990), S. 146.

<sup>108</sup> RGZ 135, 385, 394; BGHZ 5, 1, 10; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (16. Aufl. 1990), § 1 UWG Rdnr. 439 ff. Für Software vgl. OLG Hamm, CR 1989, 592, 595.

<sup>109</sup> BGHZ 51, 41, 46; BGH, GRUR 1969, 618, 620 – „Kunststoffzähne“; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (16. Aufl. 1990), § 1 UWG Rdnr. 495 ff.

<sup>110</sup> OLG Hamburg, GRUR 1984, 139 – Garnierschneider; OLG Frankfurt, NJW 1985, 2138; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (16. Aufl. 1990), § 1 UWG Rdnr. 501.



„Raubkopieren“

Diese Grundsätze gewinnen in der Praxis zunehmend auch bei der Nachahmung und (Raub-) Kopie von Computersoftware Bedeutung.<sup>111</sup> Dabei ist die sittenwidrige unmittelbare Leistungsübernahme von der erlaubten *nachschaffenden Übernahme* abzugrenzen. Maßstab hierfür kann nur der Schutzzweck der Nachahmungsfreiheit sein, eine wirtschaftliche, technische oder kulturelle Weiterentwicklung durch Auseinandersetzung mit fremdem Kenntnisstand zu ermöglichen. Wird ein fremdes Leistungsergebnis zum ganz überwiegenden Teil ohne Veränderung kopiert, findet keine wirkliche inhaltliche Auseinandersetzung mit der fremden Leistung statt. Deshalb ist keine erlaubte nachschaffende Übernahme, sondern eine sittenwidrige unmittelbare Leistungsübernahme darin zu sehen, wenn bei einem Programm 5% einer kopierten Software im Wege der Fehlerkorrektur verbessert werden.<sup>112</sup> Der Leistungserbringer braucht angesichts einer sittenwidrigen unmittelbaren Übernahme seiner Leistung nicht etwa abzuwarten, bis ihm der Vorsprung durch den Dritte tatsächlich genommen ist; vielmehr kann er nach § 1 UWG einem Dritten den Vertrieb von Geräten untersagen, die eine unmittelbare Leistungsübernahme durch Beseitigung eines Kopierschutzes ermöglichen.<sup>113</sup> Mit Hilfe des Wettbewerbsrechts kann auch für die Gestaltung des auf dem Bildschirm sichtbaren Erscheinungsbilds eines Computerprogramms, die sogenannte Benutzeroberfläche (user interface), ein Schutz vor fremder Leistungsübernahme erreicht werden.<sup>114</sup>

Über die an die überkommene lauterkeitsrechtliche Dogmatik anknüpfenden Grundsätze zur unmittelbaren Leistungsübernahme hinausgehend leitet der BGH aus der Generalklausel des § 1 UWG aber auch *echte Leistungsschutzrechte* in Ergänzung der spezialgesetzlichen Rechtsinstitute ab: Ohne daß es auf die Art und Weise der Nachahmung ankomme, sollen etwa Modeneuheiten generell lauterkeitsrechtlich schutzfähig sein, weil für sie aus praktischen Gründen ein Geschmacksmusterschutz nicht rechtzeitig effektuiert werden könne.<sup>115</sup> Dieser Ansatz der richterrechtlichen Ausformung paralegaler Leistungsschutzrechte ist instanzgerichtlich vereinzelt auch auf den Schutz der ebenfalls kurzlebigen *Computerspiele* übertragen worden.<sup>116</sup> Demgegenüber sei jedoch eine warnende Stimme erhoben. So verständlich das Bemühen der Praxis um effektiven Rechtsschutz sein mag, so sehr gerät es doch in einen Konflikt mit der legislatorischen Kompetenz. Wird nämlich das Sittenwidrigkeitsurteil allein durch die Nachahmung als solche, nicht mehr – wie sonst – durch die besondere Art und Weise ihrer Durchführung begründet, dann gelangen außerhalb des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes de facto neue Ausschließlichkeitsrechte kraft Richterrechts zur Entstehung. Ausschließlichkeitsrechte begründen aber für alle Teilnehmer am Marktgeschehen erhebliche Beschränkungen in der Freiheit des Wettbewerbs<sup>117</sup>, weshalb sie außerhalb der vom Gesetzgeber vorgesehenen Tatbestände nicht – auch nicht von der Rechtsprechung – wirksam begründet werden können.<sup>118</sup>

Echte Leistungsschutzrechte aus § 1 UWG

## 2. Geheimnisschutz, Namens- und Zeichenschutz

Die Leistung des Softwareentwicklers läßt sich auch im Wege des wettbewerbsrechtlichen Geheimnisschutzes nach den Vorschriften der §§ 17 ff. UWG absichern, die den Verrat eines betrieblichen Geheimnisses strafrechtlich und zivilrechtlich sanktionieren. Eine Schlüsselfunktion kommt dabei dem Tatbestand des *Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses* zu. Er umfaßt alle Tatsachen, die im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehen, nicht

Schutz nach §§ 17 ff. UWG

<sup>111</sup> BGH, CR 1990, 188 = jur-pc 1990, 474–477 – „Programmübernahme“, mit Anm. Hoeren, CR 1990, 644; OLG Frankfurt, CR 1989, 905, 907 – „PAM-Crash“. Vgl. die Darstellung bei Junker, Computerrecht, Tz. 179 ff.

<sup>112</sup> BGH, CR 1990, 188 – „Programmübernahme“ mit Anm. Hoeren, CR 1990, 644.

<sup>113</sup> OLG Stuttgart, CR 1989, 685, 686 mit Anm. Lehmann; OLG Düsseldorf, CR 1991, 352; LG Düsseldorf, CR 1990, 46 mit Anm. v. Gravenreuth; Übersicht bei Junker, NJW 1991, 2117, 2121.

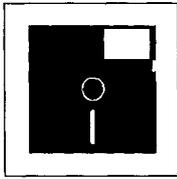
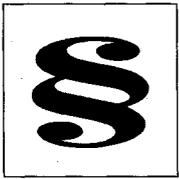
<sup>114</sup> LG Hamburg, CR 1989, 697, 698 f. mit Anm. Paefgen = jur-pc 1989, 184–188 (ungekürzt, Anm. d. Red.) – „Benutzeroberfläche“; vgl. auch Koch, GRUR 1991, 180; Taeger, CR 1991, 449 ff., 451; Wiebe, GRUR Int. 1990, 21; Kochinke/Ernestus, CR 1990, 753.

<sup>115</sup> BGH, GRUR 1973, 478 – „Modeneuheit“; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (16. Aufl. 1990), § 1 UWG Rdnr. 512.

<sup>116</sup> OLG Frankfurt, GRUR 1983, 757 – „Donkey Kong junior“; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (16. Auflage 1990), § 1 UWG Rdnr. 518.

<sup>117</sup> Dazu Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1983), Tz. 445 ff.

<sup>118</sup> Zur Kritik dieser Rechtsprechung vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht (16. Auflage 1990), § 1 UWG Rdnr. 515, 518; Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, (3. Auflage 1990), S. 152 f. m.w.N.



offenkundig sind und nach dem bekundeten oder erkennbaren Willen des Betriebsinhabers geheimgehalten werden sollen, sofern an deren Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse besteht.<sup>119</sup> Diese Formulierung läßt bereits erkennen, daß Software grundsätzlich als Betriebsgeheimnis in Frage kommt.<sup>120</sup> Allerdings muß der Inhaber eines Software-Unternehmens dafür sorgen, daß der Kreis der mit der Herstellung eines Programms vertrauten Personen tatsächlich geschlossen bleibt, was bei der professionellen Herstellung von Individual- und Standardsoftware nicht immer leicht erreichbar ist.<sup>121</sup> Übergibt freilich der Softwaregeber dem Softwarenehmer das Programm lediglich im Objektcode, läßt sich diesem Verhalten der Wille zu Geheimhaltung des Quelltextes und damit der dem Programm zugrundeliegenden Herstellungsverfahren entnehmen.<sup>122</sup>

Geheimnisschutz

Die Vorschrift des § 17 Abs. 1 UWG stellt die Mitteilung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses durch Arbeiter und Angestellte unter Strafe, wenn ihnen das Geheimnis vermöge ihres Dienstverhältnisses anvertraut oder zugänglich gemacht und die Tathandlung während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses begangen wurde. Daraus läßt sich im Umkehrschluß die gesetzgeberische Wertung ableiten, daß die Beschäftigten nach Beendigung des Dienstverhältnisses die Geheimnisse im eigenen geschäftlichen Interesse verwenden können. Weiter gesteckt ist demgegenüber der Täterkreis des § 17 Abs. 2 UWG, wonach das Ausspähen (Nr. 1) und die unbefugte Verwertung fremder Geheimnisse (Nr. 2) unabhängig von einer näheren Bindung des Täters an den Geschäftsbetrieb strafrechtlich verfolgt werden. Unter Strafe steht nach § 18 UWG auch die sogenannte *Vorlagenfreibeuterei*<sup>123</sup>; darunter fällt die unbefugte Verwertung oder Mitteilung von Schablonen, Schnitten, Rezepten usw., die dem Täter anvertraut wurden. Auch die §§ 19 und 20 UWG können für einen Softwareschutz Bedeutung erlangen. Im Ergebnis gewährleisten die Vorschriften der §§ 17 ff UWG, vor allem in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB, für den Entwickler von Computersoftware einen durchaus effektiven Geheimnisschutz.<sup>124</sup>

Namens- und Zeichenschutz

Daneben kann der Softwareproduzent möglicherweise auf den wettbewerbsrechtlichen Namens- und Zeichenschutz zurückgreifen, dessen Effektivität sich erst im komplexen Zusammenspiel unterschiedlicher Normkomplexe entfaltet.<sup>125</sup> *Name, Firma* und andere *Kennzeichen*, die einen bestimmten Geschäftsbetrieb von anderen mit Mitteln der Sprache unterscheiden, werden nach § 12 BGB und § 16 UWG vor Beeinträchtigung durch Dritte geschützt. Beeinträchtigungen treten im Geschäftsverkehr vor allem dadurch auf, daß Konkurrenten ähnliche Kennzeichnungen gebrauchen und dadurch bei den Verbrauchern die Gefahr von Verwechslungen begründen. Nach § 37 Abs. 2 HGB kann ein Firmenträger überdies die Verletzung seiner Rechte durch unbefugten Gebrauch Dritter geltend machen.

Firmenschutz vor Verwechslungsgefahr

Firmenschutz vor Verwechslungsgefahr gewähren schließlich auch die §§ 24, 31 des Warenzeichengesetzes (WZG). Geschützt sind auch die Geschäftsabzeichen, die ein bestimmtes Unternehmen durch nichtsprachliche Mittel kennzeichnen (§ 16 Abs. 2 UWG). Davon zu unterscheiden sind die *Warenzeichen* und *Dienstleistungsmarken*, die der Unterscheidung von Waren und gewerblichen Leistungen dienen. Auch sie sind vor Beeinträchtigung durch Verwechslungen geschützt (§§ 15, 24, 25 und 31 WZG). Software kann dabei grundsätzlich als Ware geschützt sein.<sup>126</sup> Schutzgegenstand der genannten Regelungen ist allerdings nicht die Leistung der Programmierers als solche. Vielmehr ist ein Software-Unternehmen (Hersteller) davor geschützt, daß sein durch den Softwarevertrieb in den Verkehrskreisen aufgebauter Goodwill durch Konkurrenten ausgebeutet wird, indem diese ihre Unternehmen unter gleichklingender Firma betreiben oder ihre Produkte mit Namen und Zeichen verbreiten, die denen seiner Produkte zum Verwechseln ähnlich sind. Voraussetzung einer solchen Verwechslungsgefahr (vgl. § 16 UWG, § 31 Warenzeichengesetz) ist die Unterscheidungs- und Kennzeichnungskraft der eigenen Firma bzw. des eigenen Warenzeichens.

<sup>119</sup> Vgl. *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, (3. Auflage 1990), S. 137.

<sup>120</sup> Vgl. dazu und zum folgenden: *Junker*, Computerrecht, Tz. 163 ff.; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Tz. 390 ff.

<sup>121</sup> Vgl. *Junker*, Computerrecht, Tz. 170.

<sup>122</sup> *Junker*, Computerrecht, Tz. 171; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Tz. 392.

<sup>123</sup> Vgl. *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl. (1990), S. 142.

<sup>124</sup> BGH, GRUR 1966, 152 – „Nitrolingual“; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Tz. 410 f.; *Taege*, CR 1991, 449 ff., 451 f.

<sup>125</sup> Vgl. zum ganzen *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl. (1990), S. 282; *Junker*, Computerrecht, Tz. 205 ff., 225 ff.; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Tz. 376 ff.

<sup>126</sup> BGH, CR 1986, 130, 132 – „Lignamat“; *Junker*, Computerrecht, Tz. 227.