

## IT-Recht Newsletter Herbst 2009

### Aktuelle Urteile

- **Software-Erstellung nur noch nach Kaufrecht ?**

Der BGH hat eine zentrale Entscheidung zur Frage gefällt, ob auf die Erstellung eines zu liefernden Werkes nur noch Kaufrecht anzuwenden ist.

BGH, Urt.v.23.7.2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877 = CR 2009, 637

<http://juris.bundesrecht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1024236bbdab0c>.

Der BGH kommt (für Bauleistungen) zu dem Ergebnis, dass Planungsleistungen, die eine Vorstufe für die Lieferung darstellen, nicht zur Anwendung von Werkvertragsrecht führen. Hieraus wurde abgeleitet, dass unter Anwendung des § 651 BGB die Erstellung und Lieferung von Software Kaufrecht folge. Dies ergibt sich aber nicht aus der BGH-Entscheidung. Der BGH stellt nämlich (unverändert) auf den Schwerpunkt der Vertragsleistungen ab. Wenn Planungsleistungen einen solchen Schwerpunkt bilden, sind sie weiter nach Werkvertragsrecht zu beurteilen (so der BGH ausdrücklich in Ziff. 25 der Entscheidung).

Zu dem Thema s. auch [www.itrecht.blogg.de](http://www.itrecht.blogg.de)

- **Haftung des Dienstleisters bei fahrlässiger Zerstörung von Datenbeständen des Kunden**

Zerstört ein Dienstleister versehentlich Datenbestände des Auftraggebers von wesentlichem wirtschaftlichem Wert, so muss er diese Datenbestände rekonstruieren (Naturalresitution, § 249 Abs. 1 BGB). Ist diese Rekonstruktion nicht möglich, hat der Dienstleister den Auftraggeber in Geld zu entschädigen (§ 251 Abs. 1 BGB).

Der Bundesgerichtshof stellt nun ergänzend zu diesen Grundsätzen fest, dass dieser Anspruch auf Wertersatz auch bestehe, wenn die (geschätzten

**IT-Recht Rechtsinformation Herbst 2009**

fiktiven) Wiederherstellungskosten unverhältnismäßig wären (BGH, Urt.v. 9.12.2008 – VI ZR 173/07, Computer und Recht (CR) 2009, 283). Die Unzumutbarkeit der Aufwendungen ist, dem VI. Senat zufolge, nur dann zu prüfen, wenn überhaupt eine Wiederherstellung möglich ist (§ 251 Abs. 2 BGB); hier will das Gesetz eine Obergrenze ziehen, wobei der Dienstleister für die Unverhältnismäßigkeit darlegungs- und beweispflichtig wäre. Ist die Wiederherstellung aber ohnehin nicht möglich, so kommt diese Obergrenze für den dann zu leistenden Wertersatz nicht in Betracht.

Bei der Bemessung des Wertersatzes sind, dem Gericht zufolge, auch Schäden aus Störung oder Unterbrechung der Betriebsabläufe zu berücksichtigen. Soweit tatsächlich vom Auftraggeber Datenrekonstruktionen unternommen oder jedenfalls versucht wurden, kann er außerdem die Kosten für Arbeitszeiten der Mitarbeiter ersetzt verlangen, auch wenn diese Arbeitszeiten nicht zusätzlich vergütet worden sind (zur Problematik s. auch Koch, Computer-Vertragsrecht 2009, Teil 5 Rdn. 216 ff).

Der zu entscheidende Fall weist freilich einige Besonderheiten auf. So war der Datenverlust auf dem Rechner des Auftraggebers eingetreten, weil der zwölfjährige Sohn des Dienstleisters auf dem Rechner des Auftraggebers ein Computerspiel installieren wollte. Der Auftraggeber machte daraufhin aus Datenverlust einen Schaden von rund DM 969.000 (also etwa Euro 484.500) geltend. Er hatte Pläne für industrielle Steuerungsanlagen auf dem betrieblich genutzten Rechner gespeichert. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt scheint der zerstörte Datenbestand in nur einer einzigen Kopie vorhanden war (also ohne Sicherungskopie !). Auch hat der Dienstleister wohl bei Arbeitsbeginn nicht vorsorglich eine Sicherungskopie erstellt (und wohl nicht einmal seinen Sohn ausreichend beaufsichtigt).

- **Kein Wertersatz bei Rückgabe einer mangelhaften Sache**

Gibt ein Verbraucher – entweder bei Rücktritt oder im Rahmen einer Nacherfüllung durch Lieferung eines mangelfreien Exemplars – eine mangelhafte Kaufsache zurück, kann der Verkäufer vom Kunden nicht Wertersatz für jene Vorteile oder Herausgabe der Nutzungen verlangen, die der Kunde bis zur Rückgabe aus der Sache gezogen hat. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) nach einer entsprechenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) für das deutsche Recht bestätigt (BGH, Urt.v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, CR 2009, 75; ausführlich s. Koch, Computer-Vertragsrecht 2009, Teil 7 Rdn. 199ff.).

In einer weiteren Entscheidung hat der EuGH (Urt.v. 3.9.2009 – C-489/07, BeckRS 2009, 70910 = JurPC Web-Dok. 194/2009

**IT-Recht Rechtsinformation Herbst 2009**

[<http://www.jurpc.de/rechtspr/20090194.htm>] – Messner) allerdings eine Regelung des nationalen Rechts als zulässig angesehen, die den Verbraucher zum Wertersatz verpflichtet, wenn er die Kaufsache auf eine Weise benutzt hat, die mit den Grundsätzen von Treu und Glauben und dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung nicht vereinbar ist. Der EuGH hält aber unverändert daran fest, dass es dem Verbraucher möglich sein müsse, die ihm rechtlich eingeräumte Bedenkzeit (Widerrufsfrist) „völlig frei und ohne jeden Druck zu nutzen“. Zu entscheiden war über den Wertersatz für die Nutzung eines Notebooks.

- **Keine Weiterübertragung von überzähligen Volumenlizenzen oder von Lizenzkeys**

Nach wie vor umstritten sind die Fragen, ob der Erwerber einer Anwendungssoftware, für die der Anbieter dem Kunden gebündelt Nutzungsrechte überträgt, nicht benötigte Nutzungsrechte online oder offline auf Dritte übertragen oder zu diesem Zweck Echtheitszertifikate übertragen darf.

Gegen Stimmen in der Literatur hat nun auch das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt (Beschl.v. 12.5.2009 – 11 W 15/09, CR 2009, 423) die Rechtsprechung des OLG München (Urteile v. 3.8.2006, CR 2006, 655 und v. 3.7.2008, CR 2008, 551) bestätigt. Während bei anbieterseitiger Veräußerung eines Programmexemplars auf Datenträger mit der Veräußerung (nur) an diesem Programmexemplar eine sog. „Erschöpfung“ des Verbreitungsrecht eintritt (der Anbieter also die Weiterveräußerung auf Datenträger nicht verbieten kann, da sein Verbreitungsrecht erloschen ist), bleibt dieses Verbreitungsrecht in vollem Umfang erhalten, wenn der Kunde das Programmexemplar selbst online durch Download erwirbt, also nicht auf Datenträger. Dann erhält nämlich der Kunde kein (auf Datenträger verkörpert) „Vervielfältigungsstück“; vielmehr erstellt er sich beim Downloading quasi selbst eine Programmkopie auf seinem Rechner im Wege des „Fernkopierens“. Die „Kopiervorlage“ verbleibt auf dem Serverrechner des Anbieters. Deshalb erschöpft sich das Verbreitungsrecht am beim Anbieter verbleibenden Programmexemplar nicht (zum Problemkreis Koch, Computer-Vertragsrecht, 7. Aufl. 2009, Teil 9 Rdn. 156ff; Koch, IT-Rechtsberater 2007, 140 und 2008, 209; Spindler, CR 2008, 69f).

Das OLG Frankfurt macht außerdem deutlich, dass selbst bei analoger Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-(Weiter-) Übertragung der Folgerwerber jedenfalls kein Vervielfältigungsrecht erwerben könne. Deshalb sei der Ersterwerber auch nicht berechtigt, einem Folgerwerber Nutzungsrechte aus einer Volumenlizenz abzutreten

**IT-Recht Rechtsinformation Herbst 2009**

oder den Folgerwerber zum Download zu ermächtigen.

Aus diesem Grund sieht das Gericht den Ersterwerber auch nicht als berechtigt an, Nutzungsrechte aus der Volumenlizenz in der Form einer Überlassung von Echtheitszertifikaten (*Certificates of Authenticity, CoA*) zu einzuräumen, auf denen Seriennummern eingetragen sind. Dieses Ergebnis folgt freilich bereits aus dem Umstand, dass die Übergabe solcher Zertifikate nicht die Übergabe des materiellen Vervielfältigungsstücks ersetzen kann.

Festzuhalten ist, dass die überwiegende OLG-Rechtsprechung nunmehr die Auffassung teilt, den Erschöpfungsgrundsatz nicht auf die Online-Überlassung anzuwenden.

Konsequenz ist damit, dass Ersterwerber bei Online-Überlassung die heruntergeladene Software nicht weiterveräußern dürfen, auch wenn sie die Software gegen Einmalvergütung zur zeitlich unbegrenzten Nutzung erworben haben. Wirtschaftlich stehen sie damit Mietern näher, ohne aber deren Mängelrechte für die gesamte Nutzungsdauer zu haben.

- **Nutzungsrechte an der Adobe Acrobat-Anwendungssoftware**

Das Landgericht (LG) Frankfurt (Urt.v. 19.11.2008 – 2-06 O 437/08) hat festgestellt, dass das Verbreitungsrecht sich jeweils nur auf die veräußerte Programmversion bezieht, nicht auf andere Programmversionen. Im zu entscheidenden Fall hatte der Kunde eine koreanische Sprachversion erworben, seinen Abnehmern aber (über eBay) die (technisch bestehende) Möglichkeit einräumen wollen, die deutsche Sprachversion zu installieren. Zutreffend stellt das Gericht fest, dass der Kunde für die deutsche Version kein Vervielfältigungsrecht eingeräumt erhalten hat. Das Gericht sah neben urheberrechtlichen auch markenrechtliche Abwehransprüche als gegeben an.

- **Weiterverbreitung kundenseits erstellter Programmkopien**

Eine andere Fallvariante behandelt das LG Düsseldorf (Urt.v.26.11.2008 – 12 O 431/08, CR 2009, 221). Das Gericht sah den Erschöpfungsgrundsatz auch auf eine „Diskettenkopie“ als anwendbar an, die der Ersterwerber im Einklang mit den Lizenzbedingungen gefertigt habe, um sie

**IT-Recht Rechtsinformation Herbst 2009**

weiterzuveräußern, vorausgesetzt, dass er das Programmexemplar auf seiner Festplatte lösche.

Diese Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes ist eher mit Zurückhaltung zu beurteilen. Das Gericht will nämlich den Begriff des „Vervielfältigungsstücks“ in den Fällen erweiternd auslegen, in denen der Kunde (Ersterwerber) „bewusst auf die Übergabe eines für sich genommen handelbaren Speichermediums verzichtet“. Ein solcher Verzicht kann aber nur in den Vertragsbeziehungen zwischen Ersterwerber und Kunden Bedeutung haben. Eine vom Kunden selbst erstellte Programmkopie ist zwar ohne Zweifel ein Vervielfältigungsstück, aber es ist (mangels Verkörperung) nicht vom Anbieter in den Verkehr gebracht worden, sondern erst auf dem Kundenrechner entstanden. Der Kunde mag also auf die Lieferung eines Datenträgers verzichten und stattdessen einen Download vornehmen. Dieser Download kann sogar zulässig erfolgen, wenn der Anbieter vereinbarungsgemäß die Download-Möglichkeit auf dem Serverrechner eröffnet. Dennoch handelt es sich hier mangels Verkörperung nicht um eine „Verbreitung“ im urheberrechtlichen Sinn (auch wenn die Vertragsparteien etwas anderes vereinbart haben sollten). Wenn aber keine Verbreitung vorliegt, kann sich das Verbreitungsrecht des Anbieters nicht erschöpfen. Mangels Erschöpfung darf der Ersterwerber jedoch das heruntergeladene Programmexemplar zwar nutzen, aber nicht auf Datenträger kopiert weiterveräußern und erst recht nicht seinerseits online zum Download anbieten. Weder dieses Vervielfältigen zu Veräußerungszwecken noch das öffentliche Zugänglichmachen sind Teil der bestimmungsgemäßen Benutzung.

Kostenlos verfügbar ist das **Skriptum**:

Koch, IT-Projektverträge rechtssicher gestalten

<http://anwaltskanzlei-koch.de>

© Koch 2009 Fassung 18.11.2009

Rechtsanwalt Dr. Frank A. Koch

Maximilianstr. 54, 80538 München, Tel. 089/ 221 330, 089/ 221 339, Fax: 089/ 227 673

[koch@anwaltskanzlei-koch.de](mailto:koch@anwaltskanzlei-koch.de)