



Thomas Hoeren

Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes

Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen

Mit der zunehmenden Verunsicherung der IT-Industrie ob des Sinns oder Unsinnns von Hinterlegungsvereinbarungen steigt das Interesse an der direkten Überlassung des Quellcodes. Neuere Entscheidungen machen dem Anwender Mut. Deshalb soll im Folgenden dargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen der Nutzer vom Softwarehersteller eine Überlassung des Sourcecodes verlangen kann.

I. Hintergrund

In Literatur und Rechtsprechung wird die Frage diskutiert, inwieweit den Lieferanten im Rahmen von Softwareüberlassungsverträgen eine Pflicht zur Überlassung oder Hinterlegung des Quellformats trifft.¹ Der Besitz des Quellformats beinhaltet die Möglichkeit zur Bearbeitung und Änderung eines Programms und dadurch das Risiko unkontrollierbarer Piraterie: Wer über das Quellformat eines Programms verfügt, kann alle Hinweise auf den Urheber, insbesondere Copyright-Vermerke und Seriennummern, beseitigen und umfangreiche Änderungen innerhalb der Programmstruktur vornehmen. Aus diesem Grund wird dem Anwender grundsätzlich nur das Programm im Objektformat überlassen; denn ansonsten würde er das im Programm enthaltene EDV-technische Know-how offen legen und einer unkontrollierbaren Weiterentwicklung anheim geben.

Dadurch treffen den Anwender aber wiederum besondere Risiken: Da Softwareunternehmen personell oft klein sind und über eine geringe Kapitaldecke verfügen, fallen in jüngster Zeit viele solcher Unternehmen in Insolvenz. Dies kann für den Anwender zur Folge haben, dass eine Wartung seiner Programme unmöglich wird, sofern er nicht selbst über das Quellformat verfügt. Gerade große Anwender (Banken etc.), die auf eine zügige Beseitigung von Softwarefehlern angewiesen sind, können ohne das Quellformat ihre Programme nicht mehr nutzen.

In dieser Situation fragt es sich, inwieweit den Lieferanten auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eine Pflicht zur Überlassung des Quellformats trifft.

II. Alternative: Hinterlegung?

Denkbar ist, dass der Lieferant das Quellformat bei einem Dritten hinterlegt und dadurch dem Anwender im Insolvenzfall die Möglichkeit gibt, darauf zurückzugreifen und eine eigenverantwortliche Pflege seiner Soft-

ware durchzuführen. Ausgehend von Überlegungen im US-Recht finden sich in jüngster Zeit zahlreiche Hinterlegungsvereinbarungen in Überlassungsverträgen.² Kernpunkt dieser Vereinbarungen stellt die treuhänderische Übergabe einer Kopie des Quellformats an einen Notar oder ein Hinterlegungsunternehmen dar. Fällt der Lieferant später in Insolvenz oder ist er aus sonstigen Gründen nicht mehr zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gewillt bzw. in der Lage, kann sich der Anwender an den Treuhänder wenden und von ihm die Herausgabe dieser Kopie verlangen. Unterschiedlich ist jeweils die Rechtsstellung des Treuhänders geregelt: Teilweise soll er das Eigentum an der Kopie des Quellformats erwerben; oft behält sich der Lieferant aber das Eigentum daran vor und ermächtigt den Treuhänder nur zur Herausgabe der Kopie im Insolvenzfall.

1. EDV-technische Probleme

Soll eine Hinterlegungsvereinbarung ihr Ziel erreichen, muss das hinterlegte Quellformat daraufhin überprüft werden, ob es wirklich dem vom Anwender benutzten Programm entspricht. Ansonsten könnte der Lieferant auch beliebige und für den Anwender wertlose Programmzeilen beim Treuhänder hinterlegen, umso eine Offenlegung der Programmstruktur zu verhindern. Anwälte empfehlen in diesen Fällen zwar immer, eine Verpflichtung des Lieferanten zur Hinterlegung des richtigen Quellformats vertraglich zu verankern, da der Lieferant bei Verletzung dieser Vereinbarung schadensersatzpflichtig sei. Allerdings fällt dieser Vertragsbruch erst mit Aushändigung des Quellformats in der Insolvenz auf; dann aber dürfte der Anwender größte Schwierigkeiten haben, Schadensersatz vom Softwarelieferanten zu erhalten.

a) Qualifikation der Treuhänder

Vor Eintritt des Insolvenzfalls fragt sich, inwieweit die Treuhänder in der Lage sind, das hinterlegte Quellformat auf seine Übereinstimmung mit dem Objektformat zu überprüfen. Notare dürften z.B. zu einer Prüfung des Quellformats auf seine ‚Echtheit‘ kaum in der Lage sein, da sie in der Regel nicht über die nötigen EDV-Kenntnisse für eine derartige Untersuchung verfügen. Auch die in der Praxis gängige Forderung des Notars nach einer eidesstaatlichen Versicherung über die Vollständigkeit und Richtigkeit dürften die Zweifel kaum beseitigen. Wichtig ist daher die Einschaltung von technisch erfahrenen Hinterlegungsstellen (Escrow Agents). Aber auch der Einsatz von EDV-Fachleuten in Hinterlegungsstellen führt hier nicht weiter: Komplizierte Programme bestehen oft aus Tausenden von Programmzeilen, deren Lektüre auch einen immensen zeitlichen und personellen Aufwand erfordert. So umfasst z.B. das Quellformat des Betriebssystems CP/M mehrere tausend Seiten, deren

▷ Prof. Dr. Thomas Hoeren, Universität Münster.

1 BGH v. 30.1.1986 - I ZR 242/83, CR 1986, 377 = MDR 1986, 910 = CR 1986, 337 = NJW 1987, 1259 f.; LG München I v. 18.11.1988 - 21 O 11130/88, CR 1989, 990 = NJW 1989, 2625 f. Zu den Literaturnachweisen siehe die Belege bei Joern Oberscheidt, Die Insolvenzfestigkeit der Softwarehinterlegung, Münster 2002, S. 7 ff.

2 Kastl/Meyer/Peters, CR 2004, 147 ff.; Siegel, CR 2003, 941 ff.

Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes

Durcharbeitung selbst bei einem großen Stab von EDV-Experten mehrere Monate dauern dürfte.

b) Software-Engineering uneinheitlich

Dies Problem wird noch dadurch verschärft, dass sich Software-Engineering, d.h. eine methodisch-übersichtliche Programmiermethodik, in der EDV-Branche noch nicht durchgesetzt hat: Programmieren gilt bis heute als Nährboden für Wagemutige, die sich schöpferisch-kreativ mit der Programmierung des Computers befassen. Bei diesem Programmier-„Stil“ bleibt aber gerade auf Grund der häufige Verwendung von Sprunganweisungen oder komplex verschachtelten Befehlsketten die Programmübersichtlichkeit auf der Strecke. Ein derart gestaltetes Programm stellt eine still vor sich hin tickende Zeitbombe dar: Niemand außer dem Programmierer selbst kann die unübersichtliche Struktur des Quellformats überblicken. Wenn z.B. der Programmierer den Arbeitgeber wechselt, kann niemand mehr das Programm warten und eine Fehlerbeseitigung vornehmen. Dementsprechend ist bei einem so gestalteten Programm eine Hinterlegung des Quellformats sinnlos.

Selbst wenn aber bestimmte Methoden der „Strukturierten Programmierung“ benutzt worden sind, werden viele Quellformate, die anfänglich noch übersichtlich sind, völlig unüberschaubar, wenn Programme bei Fehlern ‚geflickt‘ werden müssen. Die mit der Analyse betrauten Fachleute sind dann meist nicht mehr in der Lage, die Gedanken des ursprünglichen Programmierers nachzuvollziehen.

c) Kostenfaktor

Im Übrigen sind die hohen Kosten für die Hinterlegung zu bedenken. Zu zahlen ist regelmäßig eine einmalige Hinterlegungsgebühr, jährliche Lagergebühren sowie Sondervergütungen für die Hinterlegung von Updates oder die Verifizierung des Materials. Bei der Hinterlegung durch Notare wird sogar nach dem Wert des Materials die Kosten im Rahmen der KostO berechnet.

2. Insolvenzrechtliche Probleme

Hinterlegungsvereinbarungen sind sinnlos und ineffektiv, wenn die Kopie des Quellformats zur Insolvenzmasse im Sinne des § 35 InsO gehört und der Anwender deshalb im Insolvenzfall nicht dessen Aussonderung verlangen kann.³

Denkbar wäre eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Besteller der Software als „Hersteller“ im Sinne von § 950 BGB gilt. Dazu müsste der im Mobiliarsachenrecht angesiedelte § 950 BGB analog angewendet werden. In einem solchen Falle würde der Anwender jedoch sofort, ohne weitere Bedingung Eigentümer des Materials, was die Parteien in Hinterlegungsfällen regelmäßig nicht wollen.

Tatsächlich erfolgt eine Hinterlegung des Quellformats grundsätzlich in Form einer sog. uneigennütigen Treuhand, bei der die Hinterlegungsstelle im Interesse des Softwarelieferanten tätig wird. Ein solches Treuhandverhältnis kann aber in zwei verschiedenen Vertragsformen begründet werden:

a) Unechtes Treuhandverhältnis

Auf der einen Seite können Hinterlegungsstelle und Softwarelieferant im Rahmen eines sog. unechten Treuhand-

verhältnisses miteinander verbunden sein. So heißt es etwa in den Vertragsbedingungen des *National Computing Centre*, der bedeutendsten europäischen Hinterlegungsstelle:

„The Material and Modifications shall remain the confidential property of the owner“.

In diesem Fall soll das Eigentum an der Kopie beim Softwarelieferanten (Treugeber) verbleiben, während die Hinterlegungsstelle (Treuhand) nur zu deren Herausgabe an den Anwender berechtigt ist. In diesem Fall gehört das Exemplar des Quellformats auf jeden Fall zur Insolvenzmasse; ein Aussonderungsrecht des Anwenders kommt von vornherein nicht in Betracht. Der Insolvenzverwalter hat vielmehr die Pflicht, den Quellcode sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Die Hinterlegungsstelle ist als Treuhänder verpflichtet, dem Insolvenzverwalter anzuzeigen, dass sie die Kopie im Besitz hat; wenn sie die Anzeige unterlässt oder verzögert, haftet sie für alle daraus entstehenden Schäden.

b) Echtes Treuhandverhältnis

Auf der anderen Seite können Hinterlegungsstelle und Softwarelieferant ein sog. echtes Treuhandverhältnis vereinbaren, wobei die Hinterlegungsstelle als Treuhänder Eigentümer des Quellformats werden soll. Scheinbar gehört bei dieser Vertragsgestaltung das Quellformat mangels Eigentümerstellung des Gemeinschuldners nicht zur Insolvenzmasse, so dass ein Aussonderungsrecht zumindest der Hinterlegungsstelle in Betracht käme.

Literatur und Rechtsprechung gehen aber übereinstimmend davon aus, dass der Treuhänder bei solchen Treuhandverhältnissen nur ‚formell‘ Eigentümer des Treuguts geworden ist. ‚Materiell‘ ist der Treugeber Berechtigter geblieben, da dem Treuhänder mehr übertragen wurde, als nach dem wirtschaftlichen Zweck erforderlich gewesen wäre.⁴ Das Treugut gehört deshalb weiterhin zur Insolvenzmasse und kann vom Insolvenzverwalter herausverlangt werden.

c) Konsequenz für Aussonderungsrecht

Im Ergebnis hat der Anwender bei Hinterlegung des Quellformats kein Aussonderungsrecht; er kann deshalb im Insolvenzfall nicht auf das Quellformat zurückgreifen. Insgesamt sind somit Hinterlegungsvereinbarungen nicht insolvenzfest und verfehlen deshalb ihr Regelungsziel. Die Sicherungsübereignung der Datenträger und ein durch die Herausgabe aufschiebend bedingtes Nutzungsrecht allein reichen nicht aus, um gegenüber dem Insolvenzverwalter einen Herausgabeanspruch zu begründen.

III. Pflicht zur Überlassung des Quellformats

Damit stellt sich die für diesen Aufsatz zentrale Frage nach einer Pflicht des Softwareherstellers zur Überlassung des Quellcodes.⁵

³ Die komplexen insolvenzrechtlichen Fragen der Softwarehinterlegung – einschließlich der möglichen Insolvenzanfechtung – sollen hier nicht ausgebreitet werden; siehe dazu ausführlich *Oberscheidt*, Die Insolvenzfestigkeit der Softwarehinterlegung, Münster 2002.

⁴ BGH NJW 1959, 1223; OLG Köln MDR 1965, 1001.

⁵ Erste Ansätze zu dieser lange vernachlässigten Fragestellung finden sich bei *Schneider*, CR 2003, 1 ff., und *Burkhardt*, ITRB 2003, 53 ff., die allerdings die neue BGH-Rechtsprechung noch nicht berücksichtigen konnten.

Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes

1. Grundsätzlich keine Überlassungspflicht

Bislang ging die Rechtsprechung⁶ weitgehend davon aus, dass eine Überlassungspflicht grundsätzlich nicht besteht, da eine Mitlieferung des Quellformats nicht verkehrs- oder handelsüblich sei. Eine generelle Verpflichtung des Lieferanten zur Übergabe des Quellformats wäre auch nicht interessengerecht: Würde der Lieferant das Quellformat aus der Hand geben, hätte der Anwender die Möglichkeit zu umfangreichen Änderungen, insbesondere zur Verwertung des im Programm enthaltenen Know-how. Auf der anderen Seite kann der Lieferant im Normalfall die notwendigen Wartungs- und Fehlerbeseitigungsarbeiten selber vornehmen; der Anwender ist erst auf das Quellformat angewiesen, wenn der Lieferant tatsächlich in Insolvenz fällt. Deshalb ist eine Pflicht des Lieferanten zur Überlassung des Quellformats an den Anwender insbesondere bei Standardsoftware abzulehnen.⁷

Das LG Köln hat daraus die AGB-rechtlichen Konsequenzen gezogen: Wenn die Übergabe des Quellcodes weder bei der Standard- noch bei der Individualsoftware zu den Leistungspflichten des Herstellers gehöre, könne die Überlassung des Quellcodes der erstellten Software auch vom Hersteller wirksam durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden.⁸ Der Satz hat durchaus seine Tücken. Denn umgekehrt müsste man daraus schließen, dass bei ausnahmsweise bestehender Überlassungspflicht Versuche eines AGB-mäßigen Ausschlusses der Leistungspflicht zum Scheitern verurteilt wären. Entscheidender dürfte das Argument der fehlenden Kontrollfähigkeit sein. Hauptleistungspflichten sind vertraglich regelbar und unterliegen keiner AGB-Kontrolle. Die Überlassung des Quellcodes ist schon auf Grund seiner technischen Bedeutung stets Bestandteil einer Hauptleistungspflicht, so dass sein Schicksal auch AGB-mäßig frei geregelt werden kann.

2. Überlassungspflicht bei besonderen Umständen

Es häufen sich nun Fälle, in denen die Gerichte, ausnahmsweise, unter besonderen Umständen eine Pflicht zur Überlassung bejahen.

a) Kein langfristiger Wartungsvertrag

So hat das LG München I⁹ schon sehr früh eine solche Ausnahme bejaht, wenn der Ersteller mit dem Anwender keinen langfristigen Wartungsvertrag abgeschlossen hatte, die Gewährleistungsfrist abgelaufen war und eine Fehlerbeseitigung durch Dritte erforderlich wurde. Dies kann nur als überaltetes Fehlurteil angesehen werden. Der Softwarehersteller ist – abseits kartellrechtlicher

Sonderkonstellationen – nicht zum Abschluss von Wartungsverträgen verpflichtet. Die langfristige Sicherung der Nutzbarkeit der Software obliegt dem Anwender. Er muss sich um Third Party Maintenance – insbesondere nach Ablauf der Gewährleistungsfrist – kümmern. Es verstößt gegen die grundlegende Risikoverteilung bei Softwareverträgen, dem Hersteller noch eine nachvertragliche Verpflichtung zur Überlassung des Quellcodes aufzubürden.

b) Änderungsmöglichkeit statt Wartungsvertrag

Anders war die Situation in einem Fall, den das LG Köln¹⁰ zu entscheiden hatte. Hier war der Anwender nach Sinn und Zweck des Softwarevertrages berechtigt gewesen, Änderungen am Programm vorzunehmen. Eine Pflicht zur Überlassung des Quellcodes war allerdings nicht vertraglich verankert worden. Das LG Köln bejahte jedoch trotzdem die Überlassungspflicht. Bei der Erstellung von Individualsoftware sei zumindest in den Fällen, in denen nicht zugleich ein Wartungsvertrag geschlossen wird, die Herausgabe des Quellcodes an den Besteller der Software geschuldet, wenn nach Sinn und Zweck des Vertrages dem Besteller der Software die Vornahme von Änderungen selbst oder durch Dritte möglich sein sollte.

c) Dokumentationspflicht

Ähnlich sah das OLG Karlsruhe¹¹ in der vertraglichen Pflicht zur Überlassung einer Dokumentation implizit auch eine Pflicht zur Quellcodeübergabe mitgeschuldet. Verpflichtete sich der Hersteller einer Steuerungsanlage, eine komplette Dokumentation mit Schaltbildern und Beschreibungen zu erstellen, die eine sachgemäße Bedienung und Wartung ermöglichen, so liege ein wesentlicher Mangel vor, wenn der Quellcode nicht wenigstens insoweit zur Verfügung gestellt wird, wie dieser Voraussetzung für eine Anpassung der Steuerung an in der Praxis üblicherweise auftretende Veränderungen sei.

d) Vom Absatz an Kunden bis zur verweigerten Fehlerbeseitigung

Noch großzügiger argumentiert das LG Aschaffenburg, das bei der Erstellung von Individualsoftware für den weiteren Absatz an Kunden des Auftraggebers eine Ablieferungspflicht bejaht.¹² Das LG Frankfurt hat für jeden Programmierungsvertrag eine Auslieferung des Quellcodes, und das schon vor der Abnahme, verlangt.¹³ Die Literatur nahm z.T. einen Herausgabeanspruch bereits dann an, wenn der Hersteller die ihm zumutbare Fehlerbeseitigung nach Ablauf der Gewährleistungsfrist verweigert.¹⁴

3. Und was sagt der BGH?

Karlsruhe sprach zwei Mal:

a) Vertragszweck und vorausgesetzter Gebrauch der Software

Das erste – in der EDV-rechtlichen Literatur gerne vergessene – Urteil stammt bereits aus dem Jahr 1986.¹⁵ Hier sprach sich der BGH dafür aus, eine genaue Vertragsanalyse über die Reichweite der Überlassungspflichten entscheiden zu lassen. Entscheidend sei, „auf den Vertragszweck und den danach vorausgesetzten Gebrauch der Programme“ abzustellen. Zu fragen sei, ob der Anwender zur Nutzung der Programme der Überga-

6 OLG München v. 16.7.1991 – 25 U 2586/91, CR 1992, 208 (209); OLG Frankfurt, Zahnrt, Bd. 1, 207 ff.

7 OLG München v. 16.7.1991 – 25 U 2586/91, CR 1992, 208.

8 LG Köln v. 15.4.2003 – 85 O 15/03, CR 2003, 484.

9 LG München DB 1989, 973 = BB 1989, Beilage 8–9 = NJW 1989, 2625 = CR 1989, 990.

10 LG Köln v. 3.5.2000 – 20 S 21/99, CR 2000, 505 = NJW-RR 2001, 1711.

11 OLG Karlsruhe CR 1999, 11.

12 LG Aschaffenburg v. 16.12.1997 – 1 O 354/93, CR 1998, 203. Ähnlich bereits OLG Frankfurt BB 1993, Beil. 3, Nr. 2; LG München I BB 1989, Beil. 11, Nr. 8.

13 OLG Frankfurt v. 25.3.1992 – 23 U 208/89, BB Beilage 1993, Nr. 3, 4–5 = CR 1993, 693.

14 Moritz, CR 1999, 541 (545).

15 BGH, Urt. v. 30.1.1986 – I ZR 242/83, CR 1986, 377 = NJW 1987, 1259.

Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes

be der Sourcen bedürfe. Sofern der Anwender nicht zu Änderungen und Fehlerbeseitigungen berechtigt sei, bedürfe er auch des Quellcodes nicht. Im Gegenteil: Durch die Herausgabe könnten nunmehr Änderungen an ihren Programmen vorgenommen werden, die dem Softwarehersteller die Erfüllung seiner Änderungs- und Wartungspflicht zumindest erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen könnte.

b) Ausdrückliche Vereinbarung oder besondere Umstände

In der zweiten, neuen Entscheidung hat der BGH nun – relativ unerwartet – das Tor der Überlassung weit aufgestoßen. In seinem Urt. v. 16.12.2003¹⁶ hat er herausgestellt, dass entscheidend auf die ausdrückliche Vereinbarung der Parteien abzustellen sei. Fehle eine solche Vereinbarung, sei die Überlassungspflicht nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Neben der Höhe des vereinbarten Werklohns könne dabei insbesondere dem Umstand Bedeutung zukommen, ob das Programm zur Vermarktung durch den Besteller erstellt wird und dieser zur Wartung und Fortentwicklung des Programms des Zugriffs auf den Quellcode bedürfe.

Im konkreten Fall soll dem Umstand besondere Bedeutung zukommen, dass der Anwender beabsichtigte, die Software im genossenschaftlichen Bankenbereich weiter zu vermarkten, sowie seiner Darstellung, dass für Fehlerbeseitigungs-, Wartungs- und Änderungsarbeiten an der Software die Überlassung des Quellcodes erforderlich war. Diese Erwägungen sollen mangels anderer Anhaltspunkte schon für sich genommen dafür sprechen, dass die Herausgabe des Quellcodes an die Klägerin vereinbart war. Wesentliche Bedeutung soll andererseits der vereinbarten Vergütung zukommen. Dabei soll es nicht darauf ankommen, wie viele „Mannmonate“ der gerichtliche Sachverständige letztlich für den Entwicklungsaufwand für erforderlich gehalten hat, sondern auf die Kostenkalkulation des Herstellers. Diese soll für Rückschlüsse dazu maßgeblich sein, ob die Preisgestaltung dafür oder dagegen spricht, dass die Überlassung des Quellcodes vereinbart war.

c) Tauglichkeit der Indizien

Der BGH erweitert hier seinen bisherigen Indizienkatalog für die Annahme einer Überlassungspflicht. Für eine Überlassungspflicht soll nicht nur das Bestehen eines Bearbeitungsrechts des Anwenders sprechen. Hinzu kommen auch Preisfragen und die Frage der beabsichtigten Vermarktung. Dabei ist die Relation der Kriterien unklar: stehen diese nebeneinander oder ergänzen sie sich

zu einem Gesamtbild? Es fragt sich auch, wie man an einer Kostenkalkulation des Herstellers überhaupt etwas über die Quellcodefrage ablesen will? Das Kriterium der anderweitigen Vermarktung ist eigenartig. Denn Vermarktung ist nicht gleich Vermarktung. Die bloße Weitergabe von Software an Dritte setzt nicht den Besitz und die Kenntnis des Quellcodes voraus. Den Quellcode braucht der Anwender erst dann, wenn er die Software für den Weitervertrieb an die Bedürfnisse seiner Anwender anpassen will. Doch warum sollte er dann nicht mit dem Softwarehersteller über diese Vertriebsidee reden? Entscheidend bleibt auch in diesem Fall die Einräumung eines entsprechenden Änderungs- und Bearbeitungsrechts an den Anwender. Doch damit kommt man zum entscheidenden Punkt:

Der Anwender hat bereits kraft Gesetzes in gewissem Umfang ein Änderungsrecht. § 69d Abs. 1 UrhG gewährt ihm zur Gewährleistung der bestimmungsgemäßen Benutzung ein gesetzliches Umgestaltungsrecht, das nicht pauschal vertraglich ausgeschlossen werden kann. Auch räumt ihm § 69e UrhG ein gesetzliches Recht zur Dekompilierung des Objectcodes – allerdings unter sehr restriktiven Voraussetzungen – ein. Insofern greift auch das in der älteren Rechtsprechung genannte Indiz des Bearbeitungsrechts des Anwenders nicht mehr so, wie es früher der Fall war. Als Kriterium für eine vertragliche Überlassungspflicht wird man damit darauf abstellen müssen, dass dem Anwender ein umfassendes Recht zur Bearbeitung der Software eingeräumt worden ist. Dies wird regelmäßig bei Standardsoftware nicht der Fall sein. Insofern kommt ohnehin eine Überlassungspflicht nur bei Individualsoftware in Betracht.

IV. Fazit

Der BGH hat das Problem der Überlassungspflicht für Quellcode liberal gelöst und damit mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet. Wichtig ist es aus der Sicht des Softwareherstellers, dass er nach Möglichkeit die Überlassungspflicht vertraglich ausdrücklich ausschließen muss, wenn er den Quellcode definitiv nicht herausgeben will. Lässt er die Überlassungspflicht im Vertrag offen, fängt die Rechtsprechung zu Gunsten des Anwenders mit dem Grubeln an. Es werden dann umfassende Recherchen angestellt, und zwar vor allem zu den Änderungsrechten und ihrer vertraglichen Regelung, zur Kostenkalkulation und zu den Vermarktungsabsichten des Anwenders.

¹⁶ BGH v. 16.12.2003 – X ZR 129/01, NJW-RR 2004, 782 = WM 2004, 1246 = CR 2004, 490.