

THOMAS HOEREN

# Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf

## Ansätze zu einer neuen Vertragstypologie im Bereich der Standardsoftware

Die folgenden Überlegungen sollen gerade in kritischer Auseinandersetzung mit dem Urteil des *BGH* vom 4. November 1987 herauskristallisieren, daß und warum die Überlassung von Standardsoftware vertragsrechtlich als Sachkauf eingestuft werden kann: Standardsoftware ist ein körperlicher Gegenstand im Sinne des § 90 BGB, an dem der Anwender Eigentum erwerben kann. Die vielfälti-

gen Konsequenzen, die sich aus diesem neuen Zuordnungsvorschlag ergeben, sollen schließlich am Beispiel des internationalen Kaufrechts (Haager Kaufgesetze; UN-Kaufrecht) sowie der steuerrechtlichen Diskussion um Software als „materielles Wirtschaftsgut“ aufgezeigt werden.

### I. Einführung

Wie ein undurchdringbarer und sich ständig ausbreitender Dschungel – so erscheint einem unbedarften Leser das Gewirr unterschiedlichster Stellungnahmen zur Frage nach der Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrags. Rechtspacht,<sup>1</sup> Miete,<sup>2</sup> Lizenzvertrag,<sup>3</sup> Vertrag *sui generis*<sup>4</sup> – wer sich darüber informieren will, was für einen Vertrag er nun eigentlich mit seinem Softwarelieferanten oder -kunden geschlossen hat, muß sich bei näherer Lektüre der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung vor den Kopf gestoßen fühlen.<sup>5</sup>

Dr. Thomas Hoeren ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kirchenrecht der Universität Münster tätig.

- 1) So etwa *BGH*, Urt. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86 = CR 1987, 358 ff., 360 = DB 1987, 1290 ff., 1291; *BGH*, Urt. v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80 = NJW 1981, 2684 f., 2685. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Juni 1988 berücksichtigt; deshalb war es leider nicht mehr möglich, das interessante Buch von *Abbo Junker*, Computerrecht, Baden-Baden 1988, einzubeziehen.
- 2) So u. a. *F. A. Koch*, Computer-Vertragsrecht, 2. Aufl., Freiburg 1986, RdNr. 544 – „mietrechtsähnlich“.
- 3) So z. B. *LG Köln*, Urt. v. 2.10.1984 – 90 O 51/84 = CR 1986, 23; *M. Kindermann*, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, in: GRUR 1983, 150 ff., 156; *B. Heussen*, Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware, zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen, in: GRUR 1987, 779 ff., 789.
- 4) *J. Lauer*, Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, in: BB 1982, 1758 ff., 1759; *M. Brandt-Dohrn*, Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrages, in: CR 1986, 65 ff., 68 ff. mwN.
- 5) Inzwischen scheint sich allerdings die Tendenz zu entwickeln, rechtsdogmatisch zwischen Lizenzverträgen über die Überlassung

Überträgt man diese Überlegungen auf den Softwareüberlassungsvertrag, so stellen sich zwei Fragen:

- 1) Ist Standardsoftware überhaupt eine Sache im Sinne des § 90 Abs. 1 BGB, d. h. ein körperlicher Gegenstand?<sup>15</sup>
- 2) Bekommt der Softwareanwender Eigentum am Programm, auch wenn dies urheberrechtlich oder über die Know-how-Regeln geschützt ist?

### III. Die herrschende Meinung: Kein Sachkauf

Die bislang herrschende Meinung ging davon aus, daß beide Fragen zu verneinen seien: Software sei aufgrund ihres immateriellen Charakters keine Sache (1.); der Anwender soll im Rahmen eines Softwareüberlassungsvertrags auch kein Eigentum, sondern allenfalls ein einfaches Nutzungsrecht am Programm erlangen (2).

#### 1. Software als Sache

Bisher galt es in Rechtsprechung und Literatur als nicht hinterfragbare »*opinio communis*«, daß ein Softwareüberlassungsvertrag nicht den Erwerb einer Sache zum Gegenstand haben kann.<sup>16</sup> Als typischen Vertreter dieser Auffassung sei hier nur auf *Heussen* verwiesen, der darauf verweist, daß Software als »gefrorene Idee«<sup>17</sup> zu verstehen sei: Computerprogramme seien »aus dem Wunsch geboren, ein bestimmtes Problem zu lösen«;<sup>18</sup> aufgrund der ihnen deshalb innewohnenden »Ideenhaftigkeit«<sup>19</sup> seien sie als geistige Güter einzustufen. Der Tatsache, daß der Vertrieb von Software einer Fixierung des Programms auf einem Datenträger (Diskette; Magnetband etc.) bedarf, komme demgegenüber keine Bedeutung zu, zumal der Datenträger selbst für sich genommen kaum einen wirtschaftlichen Wert habe und de facto nur als Verpackung des Programms fungiere.<sup>20</sup> Der Anwender wolle schließlich nur die im Programm selbst enthaltene Problemlösung erwerben.<sup>21</sup>

#### 2. Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts

Weiterhin geht die noch herrschende Meinung<sup>22</sup> davon aus, daß bei Softwareüberlassungsverträgen die Übertragung eines einfachen Nutzungsrechts (§§ 31 Abs. 2; 32 UrhG) im Vordergrund stehe. Eine solche Übertragung ist urheberrechtlich aber nur mit Bezug auf die Verwertungsrechte der §§ 15–23 UrhG möglich;<sup>23</sup> von daher kommt die Annahme eines Lizenzvertrages nur dann in Betracht, wenn sich nachweisen läßt, daß der Anwender mit dem Gebrauch des Programms auch zwangsläufig eine dem Urheber vorbehaltenen Verwertungshandlung im Sinne des UrhG vornimmt.

Die hM hilft sich über diese Klippe hinweg, indem sie davon ausgeht, daß jeder Programmlauf bzw. jedes Laden des Programms in den Arbeitsspeicher eines Computers eine Vervielfältigung iSd § 16 Abs. 1 UrhG dar-

stelle, die ein Anwender nur bei Einräumung eines Nutzungsrechts durch den Urheber rechtmäßig durchführen kann.<sup>24</sup> Begründet wird diese These damit, daß durch die vorübergehende Speicherung des Programms in den Arbeitsspeicher »ein körperliches Festlegungsexemplar, das Computergerät, geschaffen« werde, das unabhängig von seinem Verwendungszweck ein Vervielfältigungsstück darstelle.<sup>25</sup> Darüber hinaus müsse sich das Urheberrecht den Eigentümlichkeiten der EDV flexibel anpassen können und deshalb auch die wichtigste Form der Programmnutzung umfassen. Schließlich werde ja auch die Einspeicherung urheberrechtlich geschützter Werke in eine Datenbank als Vervielfältigung beurteilt.<sup>26</sup>

Im Ergebnis kommt diese Ansicht dahingehend überein, daß es bei Softwareüberlassungsverträgen nicht um die Übertragung von Eigentum an einer Sache geht: Im Vordergrund solcher Verträge stehe nur die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts mit Blick auf die Erstellung von Vervielfältigungsstücken des Programms im Arbeitsspeicher gem. §§ 31 Abs. 2, 32 iVm § 16 Abs. 1 UrhG.

15) Prot. III, 1 f. Ebenso BGB-RGRK/Mezger § 433 Rz. 12 ff.; *Erman/Weinauer* § 433 Rz. 25; *Soergel/Huber* Vor § 433 RdNr. 155. Anderer Ansicht aber *St. Neumann*, Haftungsprobleme bei primären Vermögensschäden infolge unzutreffender erworbener Druckwerke, Diss. Bochum 1984, 52 ff. mwN.

16) *J. Mehrings*, Computersoftware und Mängelhaftung – Ein Problemaufriß, in: GRUR 1985, 189 ff., 192; *Chr. Zahmt*, Gewährleistung bei der Überlassung von Standardprogrammen, in: IuR 1986, 252 ff., 252 f. u. v. a.

17) *Heussen* (FN 3), GRUR 1987, 781.

18) *Heussen* (FN 3), GRUR 1987, 780.

19) *Heussen* (FN 3), GRUR 1987, 780.

20) *J. Mehrings*, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, in: NJW 1986, 1904 ff., 1905; *W. Klinter*, Software-Vermarktung – eine Urheberrechtsfrage, in: Online 3/78, 174 ff., 175; *F. W. Engel* (FN 8), BB 1985, 1160 und 1162. *A. Maier* schreibt in seinem Aufsatz »Zur Kaufmannseigenschaft von Software-Entwicklern«, NJW 1986, 1909 ff., 1911 Anm. 26 zu Recht: »Die Diskette beispielsweise kostet ca. 3 DM, das fertige Programm hingegen wird je nach Programminhalt für 60 DM bis 10 000 DM und mehr verkauft.« Auffällig und verräterisch ist an dieser Äußerung aber der Gebrauch des Terminus »verkauft«.

21) So *Maier* (FN 20), NJW 1986, 1911.

22) *E. Ulmer/G. Kollé*, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, in: GRUR Int. 1982, 489 ff., 499; *G. Kollé*, Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, in: GRUR 1982, 447 f., 455; *M. Lehmann*, Anm. zu BGH, Urt. v. 25.3.1987 (FN 1), in: CR 1987, 422 f.; ähnlich *Kindermann* (FN 3), GRUR 1983, 156; *Fromm-Nordemann/Hertin*, Urheberrecht, 7. Aufl., Stuttgart 1988, Vor § 31 RdNr. 34 f.; *Moritz/Tybussek* (FN 6), RdNr. 342.

23) *O. F. Frhr. v. Gamm*, Urheberrechtsgesetz, München 1968, § 31 RdNr. 2; vgl. *Fromm-Nordemann/Hertin* (FN 22), Vor § 31 RdNr. 3, *E. Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. Berlin 1980, 358.

24) So ausführlich *H. Haberstumpf*, Der Ablauf eines Computerprogramms im System der urheberrechtlichen Verwertungsrechte, in: CR 1987, 409 ff., 410 ff. mwN; *ders.*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: *M. Lehmann* (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1988, II RdNr. 113; *Kindermann* (FN 3), GRUR 1983, 156; *Kollé* (FN 22), GRUR 1982, 455; *Ulmer/Kollé* (FN 22), GRUR Int. 1982, 499; Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware, GRUR 1979, 300 ff., 305; *R. Köhler*, Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme, München 1968, 26, 37, 69.

25) *Haberstumpf* (FN 24), CR 1987, 411; ähnlich *ders.* (FN 24), in: *Lehmann* (Hg.), Rechtsschutz, II RdNr. 110.

26) So *Kollé* (FN 22), GRUR 1982, 455, mit Verweis auf *Ulmer*, Elektronische Datenbanken und Urheberrecht, München 1971, 45 ff.

## IV. Softwareüberlassung als Sachkauf

Die ablehnende Haltung der herrschenden Meinung gegenüber der Sachkauflösung wird von einem zunehmenden Teil der Literatur und Rechtsprechung vor allem aus zwei Gründen in Zweifel gezogen.

### 1. Software als untrennbare Einheit von Datenträger und Programm

Inzwischen lehnt ein wachsender Teil der Literatur und Rechtsprechung die Annahme eines immateriellen Charakters von Standardsoftware ab.

#### a) Die Rechtsprechung des BGH

So hat etwa der BGH in zwei Entscheidungen<sup>27</sup> die Sachqualität von Standardsoftware sehr deutlich herausgehoben. Schon in seinem von der Literatur kaum berücksichtigten Beschluß vom 2. Mai 1985 hatte der BGH darüber zu befinden, ob die Bezeichnung »Datenverarbeitungsprogramme« ohne erklärende Zusätze eine Ware iSd § 2 Abs. 1 Satz 2 WZG hinreichend bestimmt bezeichnen kann.<sup>28</sup> In seinem Beschluß betonte der Senat, daß Programme zumindest dann als »Ware« zu bezeichnen seien, wenn es sich um »zu beliebiger Vervielfältigung« und Anwendung bestimmte und zu diesem Zweck auf standardisierte Datenträger fixierte Erzeugnisse« handele.<sup>29</sup> Angesichts dieses Beschlusses kann es nicht verwundern, daß der BGH auch in seinem jüngsten softwarerechtlichen Urteil betonte, daß nur »ein Datenträger mit dem darin verkörperten Programm, insofern also eine körperliche Sache« als Kaufgegenstand jedes Softwareüberlassungsvertrages in Betracht kommt.<sup>30</sup>

27) BGH, Beschl. v. 2.5.1985 – 1 ZB 8/84 = CR 1986, 130 = GRUR 1985, 1055 m. krit. Anm. Betten; BGH, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86 = DB 1988, 105 = BB 1988, 20 = CR 1988, 124.

28) Zum zeichenrechtlichen Warenbegriff vgl. etwa R. Busse, Warenzeichengesetz, 5. Aufl., Berlin 1976, § 1 Rdnr. 18: »Waren sind körperliche, bewegliche Sachen, die aus einem mit Gewinn abzieldenden Unternehmen in der Wirtschaftsverkehr gebracht werden.« Ähnlich BPatGE 13, 229, 232; O. F. Frhr. v. Gamm, Warenzeichengesetz, München 1965, § 1 Rdnr. 34 u. a.

29) BGH, FN 27; GRUR 1985, 1056 = CR 1986, 131.

30) BGH, FN 27; BB 1988, 22 = DB 1988, 106 = CR 1988, 125.

31) Vgl. zum folgenden auch Hoeren, Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht: Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit Heussen, GRUR 1987, 779 ff., in: GRUR 1988, 233 ff.

32) So OLG Stuttgart, Urt. v. 23.6.1986 – 2 U 252/85 = CR 1987, 172 ff., 172.

33) Ähnlich auch Soergel/Huber, Vor § 433 RdNr. 153.

34) Ähnlich auch der BGH, FN 27; DB 1988, 105 = BB 1988, 20 = CR 1988, 124.

35) Ähnlich auch Kindermann, FN 3., GRUR 1983, 159.

36) BGH, Urt. v. 14.3.1973 – VIII ZR 137/71 = NJW 1973, 843. Ähnlich der Börseninformationsdienstfall BGH, Urt. v. 8.2.1978 – VIII ZR 20/77 = BGHZ 70, 356 = BB 1978, 980 m. Anm. Roll = JZ 1978, 398, m. Aufsatz von Köndgen = WM 1978, 306 = NJW 1978, 997. In der Literatur wird diese Ansicht auch vertreten von K. F. Röhl, Fehler in Druckwerken, in: JZ 1979, 369 ff., 374; Palandt/Putzo, § 433 Anm. 1 a. Bei Videos geht die ganz hM ebenfalls vom Vorliegen eines Sachkaufes aus; so etwa H. v. Hartlieb, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 2. Aufl., München 1984, 422.

37) So auch Soergel/Huber, Vor § 433 RdNr. 153; Hoeren (FN 31), GRUR 1988, 240.

38) Brandi-Dohm (FN 4), CR 1986, 66.

#### b) Argumentation

Gerade auch gegen Heussen<sup>31</sup> ist der zunehmenden Bejahung der Sachqualität von Standardsoftware aus zwei Gründen beizupflichten.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Datenträgers Standardsoftware bildet eine wirtschaftlich untrennbare Einheit von Datenträger und Programm: Aus der Sicht des Softwarelieferanten muß das Programm auf einem Datenträger verkörpert sein; denn anders ist ein wirtschaftlich sinnvoller Vertrieb der »konfektionierten«<sup>32</sup> Standardprogramme z. Zt. nicht möglich. Aber auch dem Erwerber kommt es auf die konkrete Form der Materialisierung an: Die Tatsache der Materialisierung auf einem Datenträger birgt für ihn ja erst die Möglichkeit, Sicherheitskopien zu erstellen oder das Programm überhaupt in seinen Arbeitsspeicher zu laden und laufen zu lassen; das Programm ist für ihn ohne die Speicherung auf einem Datenträger überhaupt nicht erhältlich und sinnvoll nutzbar.<sup>33</sup> Das Interesse des Erwerbers läßt sich deshalb nicht in ein solches an dem Programm oder an dem Datenträger aufspalten, sondern stellt sich als »einheitliches Interesse an der betreffenden Information in der jeweiligen Speicherungsform« dar.<sup>34</sup>

#### Der Vergleich mit Videokassetten und Büchern

Insofern bestehen auch deutliche Parallelen zum Erwerb einer Videokassette oder eines Buches.<sup>35</sup> Die Weitergabe des auf einem Video oder in einem Buch enthaltenen geistigen Gehalts ist wirtschaftlich ohne einen entsprechenden Datenträger nicht möglich; gerade deshalb ging der BGH etwa in seinem Nottestamentsmappenfall<sup>36</sup> zu Recht davon aus, daß der Erwerb von Druckwerken grundsätzlich im Wege eines Sachkaufes erfolgen kann.

#### c) Ergebnis und Konsequenzen

Insgesamt spricht alles dafür, alle Standardprogramme wegen ihrer Datenträgergebundenheit als Sache iSd § 90 BGB zu behandeln.<sup>37</sup> Dabei darf es im Gegensatz zu den Ausführungen Brandi-Dohrns keinen Unterschied machen, ob und inwieweit »die individuellen Anwenderbedürfnisse eine Rolle spielen«.<sup>38</sup> Solche Bedürfnisse spielen bei allen Überlassungsverträgen eine mehr oder weniger große Rolle, selbst wenn es sich um »Massenware« handelt. Für die Frage nach der Sachqualität eines Programms sind die Überlegungen Brandi-Dohrns demnach irrelevant.

## 2. Eigentum an der Software

Nachdem nun die Sachqualität von Standardsoftware thesenartig herausgestellt worden ist, gilt es nun als nächstes zu klären, ob Softwareüberlassung tatsächlich – wie von der herrschenden Meinung angenommen (s. o.) – die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts am Programm beinhaltet (a) oder auf die Übertragung des Eigentums an der Programmkopie abzielt (b).

a) *Einräumung eines Nutzungsrechts?*

Der *BGH* hat in seinem neuen Urteil vom 4. November 1987 zwar versucht, diese Ansicht zu falsifizieren; wie aber als erstes zu zeigen sein wird, ist dessen Argumentation jedoch enttäuschend. Dennoch lassen sich gute Gründe gegen die Nutzungsrechtsthese – vor allem mit Blick auf die Funktion und Bauweise eines Arbeitsspeichers – finden.

*Kein Gegenargument: Die typenprägende Hauptpflicht*

Der *BGH*<sup>39</sup> verweist mit einem kleinen Teil der Literatur<sup>40</sup> darauf, daß die Annahme eines Lizenzvertrages über die Überlassung von Standardsoftware sich auch den Blick für den wesentlichen Inhalt des zwischen Lieferanten und Anwender geschlossenen Vertragsverhältnisses verbaue: Das UrhG gebe »keine Antwort darauf ... welche schuldrechtlichen Rechtsvorschriften auf den Softwareerwerb und auf mögliche Gewährleistungsansprüche anzuwenden sind.«<sup>41</sup> Selbst wenn man nämlich das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher als eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG werte, brauche dies den Softwareüberlassungsvertrag noch lange nicht zu charakterisieren.<sup>42</sup>

Dieser Versuch, sich durch Verweis auf die typenprägende Hauptpflicht der Diskussion um den Vervielfältigungsbegriff zu entziehen, greift nicht durch: Die erworbene Programmkopie ist für den Anwender ohne das Einladen in den RAM-Speicher wertlos; dieser Ladevorgang ist das EDV-technische Synonym für Nutzung des Programms.<sup>43</sup> Gerade deshalb heißt es z. B. im Lizenzvertrag für IBM-Programme: »Nutzung ist jedes ganze oder teilweise Kopieren (Einspeichern) von maschinenlesbarem Lizenzmaterial in die bestimmte Maschine zum Zweck der Verarbeitung der darin enthaltenen Instruktionen oder Daten.«<sup>44</sup> Wenn man aber dieses Einladen als Vervielfältigung im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG einstuft, stellt der Anwender bei jeder Nutzung des Programms jeweils eine zweite Kopie des Programms her, was aus der Sicht der hM einige Risiken für den Softwarehersteller mit sich bringen kann.<sup>45</sup> Dann kann aber nicht mehr davon gesprochen werden, daß das Einladen nur »von völlig ungeordneter Bedeutung«<sup>46</sup> sei.

Stattdessen ist davon auszugehen, daß Überlassungsverträge zwei zumindest gleichrangige Aspekte beinhalten: Einmal erwirbt der Anwender die »nackte« Programmkopie, darüber hinaus benötigt er die Zustimmung des Herstellers zur Nutzung dieser Kopie über Arbeitsspeicher.<sup>47</sup>

*Die Funktion des Arbeitsspeichers*

Die Annahme einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung durch bloßes Laden des Programms wirft bereits aufgrund der Funktion und Architektur des Arbeitsspeichers Zweifel auf.<sup>48</sup> Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG bezeichnet die Herstellung von Vervielfältigungsstücken des Werkes, d. h. »von körperlichen Festlegungen, die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen (Bücher, Noten,

Schallplatten und dergl.).«<sup>49</sup> Demgegenüber erzeugt das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher immer nur eine vorübergehende »Kopie«, die aber in dem Augenblick, in dem der Benutzer ein neues Programm benutzt oder seinen PC abschaltet, gelöscht wird.<sup>50</sup> Eine solche nur vorübergehende und flüchtige Speicherungsform stellt aber gerade im Gegensatz zu den Möglichkeiten einer Festspeicherung (z. B. auf Festplatte oder Magnetband) keine »körperliche Festlegung« im Sinne des § 16 Abs. UrhG dar.<sup>51</sup>

Diese Konsequenz kann man auch nicht dadurch umgehen, daß man das Computergerät selbst als Vervielfältigungsstück sieht (s. o.). Denn dieses »Gerät« wird doch nicht durch das Laden in den Arbeitsspeicher neu »geschaffen« – wie sollte man sich diesen Vorgang DV-technisch vorstellen? Auch die Formulierung, das Computergerät sei »als verbreitungsfähiges Werkstück für darin verkörperte Programme«<sup>52</sup> zu betrachten, zeigt eine recht eigenwillige und simplifizierende Sicht der in einem Computersystem enthaltenen Rechnerarchitektur: Zwar ist ein Computer sicherlich ein körperlicher Gegenstand; damit steht aber noch lange nicht fest, daß alles, was man in ihn hineingespeichert, auch in ihm und durch ihn »verkörperlicht« wird. Vielmehr besitzen die Speicher in einem Computer unterschiedlichste Funktionen und Speichereigenschaften;

39: *BGH* (FN 27), DB 1988, 106 = BB 1988, 22 = CR 1988, 124.

40: *H. Dörner/R. Jersch*, Die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge, in: *IuR* 1988, 137 ff., 140; *Hoeren* (FN 31), *GRUR* 1988, 240.

41: *BGH* (FN 27), DB 1988, 106 = BB 1988, 22 = CR 1988, 124.

42: So bereits der *österreichische VwGH*, Erk. v. 19.12.1986 – Zlen 85/15/0249-0253 = *EDV & Recht* 1/1987, 8, der für die gebührenrechtliche Charakterisierung eines Softwareüberlassungsvertrags jeden Bezug auf die Vervielfältigungsproblematik ablehnt; denn es sei »gleichgültig ..., auf welche Weise aus der übergebenen Sache Nutzen gezogen wird«. Ähnlich auch *Chr. Zahrt*, Die Vertragsgestaltung im EDV-Bereich (Seminarunterlagen FO-RUM 5-82), München 1987, Kap. 5, 12; *Dörner/Jersch* (FN 40), *IuR* 1988, 140.

43: So auch *J. Betten*, Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen?, in: *Mitt.* 1984, 204; *Kindermann* (FN 3), *GRUR* 1983, 158; *Ulmer/Kolle* (FN 22), *GRUR Int.* 1982, 499.

44: Lizenzvertrag für IBM-Programme (IBM Form 30 675-3), RdNr. 2.

45: Vgl. auch *Haberstumpf* (FN 24), in: *Lehmann* (Hg.), *Rechtsschutz*, II RdNr. 112.

46: *Dörner/Jersch* (FN 40), *IuR* 1988, 140.

47: So auch *Ulmer/Kolle* (FN 40), *GRUR Int.* 1982, 499.

48: Vgl. hierzu auch *J. P. Hayes*, *Computer architecture and organization*, 6. Aufl., Auckland 1985, 320 ff., insbes. 361.

49: So die Begründung des RegE 1962 zum UrhG, BT-DrS IV/270, 47; ähnlich *BGH*, Urte. v. 18.5.1955 – I ZR 8/54 = *BGHZ* 17, 266, 269 = *GRUR* 1955, 492; *BGH*, Urte. v. 3.7.1981 – I ZR 106/79 = *GRUR* 1982, 102.

50: *H. Haberstumpf*, Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, in: *GRUR* 1982, 142 ff., 150, geht davon aus, daß es für die Frage nach einer Vervielfältigung auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Nutzungsart des Arbeitsspeichers, ankommen soll. Diese Ansicht ist aber insofern fragwürdig, als der Arbeitsspeicher immer nur zur vorübergehenden Speicherung des Programms dient und diesbezüglich auch nie eine Vervielfältigung iSd § 16 I UrhG vorliegen kann.

51: Interessant ist hier auch das von *Ulmer* (FN 26., Datenbanken, 46. verwendete Zitat aus Sec. 101 der Copyright Revision Bill der Vereinigten Staaten: Danach ist ein Werk nur dann als »fixed« anzusehen, wenn »its embodiment in a copy or phonorecord is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced or otherwise communicated for a period of more than transitory duration«.

52: *Haberstumpf* (FN 24), *DR* 1987, 412.

der Arbeitsspeicher selbst fungiert dabei nur als temporäres Durchgangslager.<sup>53</sup>

#### Falscher Vergleich mit Datenbanken

Wie bereits an anderer Stelle gezeigt<sup>54</sup> ist auch der Vergleich mit Datenbanken verfehlt, da hier regelmäßig eine Festspeicherung auf Dauer erfolgt. Zu Recht lehnt *Ulmer* – ansonsten gerade ein Hauptvertreter der „Lizenztheorie“ – bei einer internen Datenbankspeicherung eine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts ab, „wenn es sich nur um eine vorübergehende Festlegung im Gedächtnis des Computers ... handelt“.<sup>55</sup> Treffender kann man aber Sinn und Zweck des Arbeitsspeichers nicht umschreiben.

#### Die Anpassungsfähigkeit des Urheberrechts

Schließlich geht auch der Verweis auf die Anpassungsfähigkeit des Urheberrechts fehl: Natürlich setzt jede wichtige technische Neuerung das ganze Rechtssystem unter Anpassungs- bzw. Veränderungszwang. Dennoch ist dies noch kein Grund, eine Auslegung praeter bzw. contra legem zu vertreten, wenn sich zeigen ließe, daß eine Auslegung secundum legem ebenso effektiv möglich wäre. Letztere Möglichkeit haben die Vertreter der obigen Ansicht aber überhaupt nicht erwogen; dabei läßt sich ohne große Mühe eine solche gesetzeskonforme Auslegung des UrhG herauskristallisieren, wie sich unten noch zeigen wird.

Insgesamt zeigt sich somit, daß der Erwerber von Standardsoftware kein einfaches Nutzungsrecht im Sinne der §§ 31 Abs. 2, 32 UrhG innehaben kann.<sup>56</sup>

#### b) Eigentum am Vervielfältigungsstück

Gem. § 903 ist die Stellung des Eigentümers einer Sache dadurch charakterisiert, daß er mit der Sache nach Belieben verfahren und gleichzeitig andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Dieses umfassende Herrschaftsrecht ist allerdings beschränkt durch besondere Gesetze und Rechte Dritter. Soll nun der Anwender in diesem Sinne Eigentum an der Software erhalten haben, so müßte er jene gem. § 929 S. 1 vom

Eigentümer erhalten haben und sich mit ihm über den Eigentumsübergang geeinigt haben.

#### Das neue Urteil des BGH vom 4. November 1987

Fraglich ist, ob sich mit dem jüngsten Urteil des BGH in Sachen Softwareüberlassung die Frage nach der Eigentümerstellung des Softwareerwerbers nicht erledigt hat. Nach diesem Urteil ist bei Überlassung von Standardsoftware »gegen einmaliges Entgelt auf Dauer zur freien Verfügung«<sup>57</sup> von einem Sachkauf und damit auch von einem Eigentumsübergang in bezug auf die Software auszugehen.

Dieses Urteil wirft aber insgesamt aus vielen Gründen mehr Fragen auf, als es zufriedenstellende Antworten gibt:

□ Sehr fraglich ist zunächst, warum die Richter des BGH hier auf einmal der Mut verlassen hat und sie trotz unstreitigen Vorliegens eines Sachkaufs von einer »zumindest entsprechenden Anwendung der §§ 459 ff. BGB« auszugehen. Wenn man einen bestimmten Vertrag als Sachkauf einstufen kann, sind die §§ 459 ff. direkt anwendbar.

□ Offensichtlich ging es dem BGH nur darum, irgendwie die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. zu begründen: die genaue vertragstypologische Einordnung ist nicht das für den BGH entscheidende Problem. Diese Haltung entspricht einer in der gesamten Rechtsprechung auftretenden und aus der Sicht eines Praktikers durchaus verständlichen Tendenz,<sup>58</sup> die Frage nach der Rechtsnatur eines Überlassungsvertrags auf das Problem der Gewährleistung zu reduzieren; zu Recht verweist deshalb *Zahrnt* in einer Urteilsanmerkung darauf, daß »man das schon fast gefestigte Rechtsprechung nennen« könne: »Verträge über die Überlassung von Standardprogrammen unterliegen dem Kautrecht – soweit es um die Gewährleistung geht.«<sup>59</sup> Der BGH verweist deshalb auch darauf, daß ihm an der Einstufung eines Überlassungsvertrags als Kaufrecht nicht viel liegt; vielmehr sei es durchaus denkbar, daß »man den Besonderheiten des teilweise immateriellen Charakters von Softwareleistungen durch Annahme eines gesetzlich näher geregelten Vertrages eigener Art wie eines Know-how- oder Lizenzvertrages Rechnung tragen« könne.<sup>60</sup> Entscheidend ist für den BGH nur, daß die Anwendung der §§ 459 ff. im zu entscheidenden Fall sach- und interessengerecht ist.

□ Die Idee des BGH, für die vertragstypologische Zuordnung auf die Dauer und vor allem die freie Verfügbarkeit eines Softwarepakets abzustellen, ist nicht neu, sondern wurde von *Engel*<sup>61</sup> übernommen, ohne dies besonders kenntlich zu machen. Gegen das von *Engel* und dem BGH vorgeschlagene Kriterium der freien Verfügbarkeit spricht aber, daß die meisten Softwareprodukte dem Anwender eben nicht zur freien Verfügung überlassen werden. Vielmehr finden sich in den AGBs der Softwarelieferanten zahlreiche Nutzungsbeschränkungen.<sup>62</sup> So erhält der Anwender meistens nur ein nicht ausschließliches, nicht übertragbares und persönliches Recht zur Nutzung des Programms auf einer einzigen Zentraleinheit eingeräumt. Änderungen des

53) Vgl. auch *Hoeren* (FN 31), GRUR 1988, 240.

54) Vgl. *Hoeren* (FN 31), GRUR 1988, 240.

55) *Ulmer* (FN 26), Datenbanken, 46, mit Verweis auf Sec. 101 der Copyright Revision Bill der Vereinigten Staaten.

56) Zu weiteren Argumenten für und gegen die Annahme einer Vervielfältigung vgl. die Ausführungen in meiner Dissertation (FN 5) sowie *Hoeren* (FN 31), GRUR 1988, 240.

57) Vgl. den ersten Leitsatz des Urteils BGH (FN 27), DB 1988, 105 = BB 1988, 20 = CR 1988, 124.

58) Vgl. auch BGH, Ur. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86 = DB 1987, 1291 = CR 1985, 358 m. Anm. *Köhler*, CR 1987, 829 f.; LG München, Ur. v. 23.1.1985 – 8 HKO 785/83 = CR 1987, 364; AG Karlsruhe, Ur. v. 25.1.1982 – 8 C 794/80 (unveröff.) u. v. a.

59) *Zahrnt*, Anmerkung zu LG München, Ur. v. 23.1.1985 – 8 HKO 785/83, JuR 1986, 72 f. (73) = CR 1986, 364.

60) BGH (FN 27), DB 1988, 106 = BB 1988, 22 = CR 1988, 124.

61) *Engel* (FN 8), BB 1985, 1162 f. mwN. Inzwischen neigt auch *Köhler*, Rechtsfragen zum Softwarevertrag, zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 25. März 1987, in: CR 1987, 827 ff., 830, zu der Ansicht von *Engel*, wobei er allerdings offenläßt, ob hier der Kauf eines immateriellen Gegenstandes oder ein kaufähnlicher Vertrag vorliegt.

62) Vgl. hierzu auch *BFH*, Ur. v. 3.12.1982 – III R 132/81 = DB 1983, 1183, 1184.

Programms und dessen Weitergabe an Dritte sind regelmäßig nur mit Zustimmung des Softwareherstellers erlaubt. Nach Beendigung des Vertrags soll der Anwender verpflichtet sein, die Kopien des überlassenen Programms sowie die Programmunterlagen zu vernichten.<sup>63</sup> Spitzfindige Softwarehersteller könnten angesichts dieser sehr weitreichenden Nutzungsbeschränkungen durchaus darauf verweisen, daß der Anwender im Normalfall über ein Softwarepaket nicht frei verfügen kann und insofern die neue Linie des BGH in den meisten Fällen einer Softwareüberlassung gerade nicht einschlägig sei.<sup>64</sup>

Entscheidend ist schließlich, daß dem Urteil eine für den Softwarebereich völlig untypische Fallkonstellation zugrunde lag: Die Streitparteien waren nämlich von vornherein vom Vorliegen eines Kaufvertrages ausgegangen; insbesondere sollte »nach dem Parteiwillen ... die Beklagte das Eigentum an den Programmkopien (Compiler, Interpreter) ebenso erwerben wie an der Hardware.«<sup>65</sup> Streitig war nur, inwieweit eine Anwendung der Gewährleistungsvorschriften interessengerecht ist. Im Normalfall will der Softwarelieferant aber gerade keinen Kaufvertrag mit dem Anwender schließen. Er schließt gerade deshalb regelmäßig einen Übergang des Eigentums am Programm in seinen AGB aus (s. u.) und betitelt den Softwareüberlassungsvertrag als Lizenzvertrag.

Insofern stellt das neue Urteil des BGH zur Rechtsnatur von Softwareüberlassungsverträgen trotz einiger recht begrüßenswerter Einzelargumente (s. u.) kein »binding precedent« für eine typologische Einordnung des »normalen« Software-Lizenzvertrags dar.

#### Auslegung der Softwareüberlassungsverträge

Damit stellt sich aber für die Prüfung der Frage, welche Rechtsstellung der Anwender nach dem Willen der Vertragsparteien überhaupt haben soll, eine prekäre Lage. Wie bereits an anderer Stelle gezeigt wurde,<sup>66</sup> soll dem Anwender laut der vom Softwarelieferanten verwendeten AGB nur ein einfaches Nutzungsrecht an der Software zukommen, das aber urheberrechtlich gar nicht existiert.

Nach den Grundsätzen des Allgemeinen Teils des BGB ist eine solche Vereinbarung gem. §§ 133, 157 nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf den wirklichen Willen der Vertragsparteien hin auszulegen.<sup>67</sup> Eine derartige Auslegung der von Softwarelieferanten benutzten AGB-Klauseln wird sich zunächst und primär daran zu orientieren haben, was nach der Verkehrssitte als Liefergegenstand zu betrachten ist.

Dabei gilt es zunächst zu berücksichtigen, daß nach dem Vertragszweck dem Anwender ein mit einem bestimmten Standardprogramm »bespielter« Datenträger überlassen werden soll. Eine solche Programmkopie stellt ebenso wie eine Schallplatte oder eine Videokassette ein Vervielfältigungsstück, d. h. eine körperliche Festlegung des vom Softwareentwickler erstellten Quellenprogramms, dar. Ein solches Vervielfältigungsstück soll der Anwender bei der hier zu analysierenden

Vertragsform auf Dauer nutzen können; ein anderer darf über diese Sache gegen seinen Willen nicht verfügen. Solange der Anwender sich nicht rechtsgeschäftlich gegenüber seinem Lieferanten in seinen Nutzungsmöglichkeiten beschränkt und sich aus dem UrhG nichts anderes ergibt (s. u.), kann er mit der von ihm erworbenen Software machen, was er will; er kann sie auf verschiedenen DV-Systemen einsetzen, weiterveräußern, verschenken oder gar zerstören. Insofern kann man durchaus davon ausgehen, daß der Anwender gem. § 903 auch Eigentümer der von ihm erworbenen Standardsoftware ist.

Zu beachten ist aber auch, daß die AGB der Softwarelieferanten wesentlich durch eine starke Betonung der schutzrechtlichen Komponente gekennzeichnet sind: Der Softwarehersteller hat gerade angesichts der z. T. eminent hohen Kosten für die Erstellung von Software ein legitimes Interesse, sich möglichst effektiv gegen unberechtigte Verwertungshandlungen seines Vertragspartners bzw. eines Dritten zu schützen; auch der Software(zwischen)handel verzweifelt oft gerade angesichts der hohen Lizenzgebühren, die an die Hersteller von Software für die Einräumung von Vertriebsrechten zu entrichten sind, an der Flut von Softwarediebstählen. Gerade deshalb ist es durchaus verständlich, warum beide Gruppen der Annahme eines Eigentümerwerts an Standardsoftware sehr skeptisch, wenn nicht ablehnend gegenüberstehen. Sie gehen davon aus, daß diese »der Mißbrauchsgefahr in erheblichem Maße Vorschub leisten« würde, »da dann gegen nichtautorisierte Nutzung sowohl des Originalprogramms als auch von Bearbeitungen desselben aus dem Urheberrecht nicht vorgegangen werden könnte«.<sup>68</sup>

Diese Furcht ist aber insofern unbegründet, als sich der Vorschlag, eine Eigentümerstellung des Erwerbers von Standardsoftware zu bejahen, durchaus mit einer effektiven Berücksichtigung der Schutzinteressen der Softwarelieferanten vereinbaren läßt. Denn auch der Eigentümer von Software hat gem. § 903 die Gesetze, hier insbesondere das UrhG und die dort verankerten Rechte des Softwarelieferanten, zu beachten und zu respektieren. Das Sacheigentum an der Software berechtigt den Anwender deshalb gerade nicht zu deren unbeschränkter Benutzung und Verwertung; insbesondere das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht stehen im Regelfall immer noch dem Softwarehersteller zu. Die-

63 Vgl. hierzu auch die Hinweise des BGH auf weitere Nutzungsbeschränkungen in dessen Urteil vom 3.12.1982 - III R 132/81 = DB 1983, 1183, 1184.

64 Genau so argumentieren z. B. Allen Fuchs, Der Erwerb von Computern, Diss. Zürich 1978, 131 ff. und Moritz Tybussek (FN 6), RdNr. 340 f. und 353. Insbesondere Tybussek verweist darauf, daß solche Verträge grundsätzlich als Lizenzverträge (Verträge sui generis) seien. Nur dann, wenn das Programm »in vollem Umfang - also auch frei von Rechten Dritter - (340) zur freien Verfügung« (353) überlassen wird, sei »die Vertragsgestaltung ähnlich einem Kaufvertrag grundsätzlich möglich« (353).

65 BGH (FN 27), BB 1988, 21 = DB 1988, 106 = CR 1988, 125.

66 Hoeren (FN 31), GRUR 1988, 240.

67 So auch BGH, Urte. v. 23.2.1956 - II ZR 207/54 = BGHZ 20, 109, 110 = NJW 1956, 665; Münchener Kommentar Mayer-Maly § 133 RdNr. 45.

68 Kindermann (FN 3), GRUR 1983, 158.

ser kann weiterhin über §§ 97 ff.; §§ 106 ff. UrhG gegen den Eigentümer bei Erstellung eines weiteren Vervielfältigungsstücks – etwa bei der Herstellung einer Raubkopie oder einer Programmspeicherung auf einem anderen Datenträger – vorgehen.<sup>69</sup> Darüber hinaus kann er kraft des Grundsatzes der Vertragsfreiheit mit dem Eigentümer auch schuldrechtliche Zusatzvereinbarungen jeder Art treffen. So enthalten zahlreiche AGB Klauseln, wonach der Anwender die erworbene Software nur auf einer bestimmten Zentraleinheit nutzen darf und für den Einsatz auf anderen Systemen eine besondere Vergütung zu zahlen hat. Auch wenn solche Vereinbarungen mangels Vervielfältigung (§ 16 Abs. 1 UrhG; s. o.) keine urheberrechtliche Wirkung im Sinne des § 32 UrhG mehr entfalten, bleiben sie schuldrechtlich wirksam und sind gerade bei der Sanktionierung mit einer hohen Vertragsstrafe<sup>70</sup> überaus wirkungsvoll.

Insgesamt ist es also durchaus möglich und begründbar, dem Erwerber von Standardsoftware die Stellung eines Eigentümers gem. § 903 zuzubilligen, wobei dieser aber die kraft Vertrag oder Gesetz gegebenen Nutzungsbeschränkungen zu beachten hat. Damit steht aber gleichzeitig fest, daß der Softwareüberlassungsvertrag dem Leitbild eines Sachkaufs entspricht.

## V. Konsequenzen der Sachkauflösung

Die Einordnung der Software als Sachkauf birgt zahlreiche Konsequenzen, die von der handelsrechtlichen Einstufung des Softwarevertriebs bis zur Anwendbarkeit des neuen Produkthaftungsgesetzes reichen. Aus Platzgründen können hier nicht alle Konsequenzen dargestellt werden;<sup>71</sup> nur zwei Themenkomplexe sollen hier exemplarisch erörtert werden.

### 1. Das internationale Softwarehandelsrecht

Ausländischen Händlern kommt gerade auf dem Softwaremarkt eine besondere Bedeutung zu, da viele Computerprogramme im Ausland, insbesondere in den USA, entwickelt und vertrieben werden. Sehr häufig wenden sich deshalb auch bundesdeutsche Anwender direkt an US-amerikanische Softwareunternehmen, um von dort Programme zu erwerben. Angesichts der starken Internationalisierung des Softwaremarkts stellt

sich die bisher in der Literatur erstaunlicherweise noch nicht erörterte Frage, welche vertraglichen Regeln eigentlich bei Softwareüberlassungsverträgen zwischen Parteien unterschiedlicher Nationalität Geltung haben.

#### a) Die Einheitlichen Kaufgesetze

Denkbar ist hier zunächst eine Anwendbarkeit der Einheitlichen Kaufgesetze.<sup>72</sup> Gem. Art. 1 Abs. 1 EKG bzw. Art. 1 EAG setzt das voraus, daß Softwareüberlassungsverträge als »Kaufverträge über bewegliche Sachen« eingestuft werden können; unkörperliche Gegenstände wie Nutzungsrechte oder Know-how fallen nicht unter das Einheitliche Kaufrecht.<sup>73</sup> Geht man mit der bisher herrschenden Meinung davon aus, daß im Vordergrund der Softwareüberlassung die Einräumung eines Nutzungsrechts steht, so ist diese Voraussetzung nicht gegeben; eine Anwendbarkeit des EKG bzw. EAG scheidet sofort aus. – Die oben begründete Annahme eines Sachkaufes hingegen führt dazu, daß das EKG und EAG grundsätzlich Anwendung findet und damit die Softwareüberlassung im internationalen Raum in geregelten und vereinheitlichten Bahnen abläuft. Zwar können die Parteien gem. Art. 3 EKG die Anwendung des EKG ganz oder teilweise ausschließen; dennoch ist gerade bei Softwareüberlassungsverträgen davon abzuraten.

□ Gegenüber dem komplizierten und gerade für ausländische Vertragsparteien verwirrenden Recht der Leistungsstörungen im deutschen Recht stellt das Einheitliche Kaufrecht ein einheitliches und überschaubares Anspruchssystem bei Vertragsverletzung zur Verfügung (vgl. Art. 18, 19 i. V. m. Art. 33 ff. EKG).

□ Das deutsche Recht kennt eine Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Sache auf Fehler nur beim zweiseitigen Handelskauf (§§ 377, 378 HGB).<sup>74</sup> Im EKG unterliegt jeder Käufer dieser Pflicht und verliert alle Gewährleistungsrechte, soweit er erkennbare Fehler nicht innerhalb kurzer Frist anzeigt (Art. 38, 39 EKG).

□ Diese verkäuferfreundliche Vorschrift wird zugunsten des Käufers durch Art. 39 Abs. 1 Satz 3 EKG ausgeglichen: Gilt im deutschen Recht die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 477 HGB zu Recht gerade bei Softwarefehlern als zu kurz,<sup>75</sup> so ist nach dem EKG die Berufung auf eine Vertragswidrigkeit der Sache erst nach zwei Jahren ab Aushändigung ausgeschlossen.<sup>76</sup>

Im Ergebnis bietet das Einheitliche Kaufrecht alle Grundlagen für die Statuierung eines übersichtlichen und klar strukturierten internationalen Softwarehandelsrechts – bis auf einen Punkt: EKG und EAG traten bisher nur in neun Staaten (Großbritannien, San Marino, Belgien, Israel, Niederlande, Italien, BRD, Gambia und Luxemburg) in Kraft und gelten damit nicht für wichtige »Software-Staaten« wie z. B. die Vereinigten Staaten oder Japan.

#### b) Das Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge

Gerade aufgrund der Tatsache, daß der Geltungsbe-

69) Vgl. dazu auch J. Mehrings, Juristische und ökonomische Aspekte eines Rechtsschutzes für Computersoftware, in: DB 1987, 1405 ff., 1407.

70) Zur Bedeutung von Vertragsstrafen beim Abschluß von Softwareüberlassungsverträgen vgl. Mehrings (FN 69), DB 1987, 1409.

71) Vgl. hierzu Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 4. November 1987, in: RDV 1988, 115.

72) »Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EAG)« vom 17. Juli 1973, BGBl I 868 und »Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG)« vom 17. Juli 1973, BGBl I 856.

73) Vgl. Firsching, Internationales Privatrecht, Band 1b: Internationales Schuldrecht I, Berlin 1978, 504 RdNr. 457.

74) Zur Anwendbarkeit dieser Vorschriften bei Softwareüberlassungsverträgen vgl. Hoeren (FN 71), RDV 1988, 118 f.

75) Vgl. Brandt-Dohren (FN 4), CR 1986, 72.

76) Vgl. hierzu auch BGH, Urf. v. 2.6.1980, NJW 1980, 1950.

reich der Einheitlichen Kaufgesetze »zu klein und zu europäisch«<sup>77</sup> galt, wurde am 11. April 1980 in Wien das UNCITRAL-Übereinkommen über Internationale Warenkaufverträge verabschiedet. Da die USA dieses Übereinkommen Ende 1986 ratifiziert hat und dieses am 1. Januar 1988 in Kraft getreten ist,<sup>78</sup> könnte dieses Übereinkommen eine gute Basis für ein internationales Softwarehandelsrecht bilden. Für die Anwendbarkeit des Übereinkommens kommt es auch wieder darauf an, ob man Softwareüberlassungsverträge als Warenkäufe einstuft. Für die bislang herrschende Meinung kam eine Einordnung dieser Verträge als »contracts of sale of goods« im Sinne des Art. 1 I des UNCITRAL-Übereinkommens per se nicht in Betracht.<sup>79</sup> Mit der oben vorgeschlagenen Sachkauflösung ist es nun auch möglich, das UNCITRAL-Übereinkommen im Softwarebereich anzuwenden.

Daraus ergeben sich für die Parteien eines Softwareüberlassungsvertrags gerade gegenüber den Einheitlichen Kaufgesetzen u. a. folgende zusätzliche Vorteile:<sup>80</sup>

□ Das UN-Kaufrecht wird – im Gegensatz zu den Einheitlichen Kaufgesetzen auch vom Ostblock, einem neuerdings wichtigen Handelspartner im Softwarebereich, als sach- und interessengerecht akzeptiert.<sup>81</sup>

□ Die Rechtsfolgen bei Nicht- bzw. Schlechterfüllung sind in den Haager Gesetzen sehr kompliziert und verworren geregelt worden. Das UN-Kaufrecht ersetzt dieses »allzu perfektionistische und differenzierte System«<sup>82</sup> durch zwei einfache und für alle Vertragsparteien leicht überschaubare Tatbestandsblöcke: die Vertragsverletzung durch den Käufer (Art. 45 ff.) und durch den Verkäufer (Art. 61 ff.). Dadurch wird auch für die Parteien eines grenzüberschreitenden Softwareüberlassungsvertrags sehr schnell erkennbar, welche Rechtsbehelfe ihnen zustehen.

Auch wenn das UN-Kaufrecht gem. Art. 2 lit. a) nicht bei Softwareüberlassungsverträgen mit privaten Anwendern Anwendung findet, so könnte es dennoch insgesamt als Grundlage eines sach- und interessengerechtmäßig strukturierten internationalen Softwarehandelsrechts fungieren.

## 2. Steuerrechtliche Beurteilung von Standardsoftware

Dem Streit um die Sachqualität von Standardsoftware kommt auch im Steuerrecht entscheidende Bedeutung zu; denn die Anwendbarkeit zahlreicher steuerrechtlicher Vorschriften hängt davon ab, inwieweit Software als materielles (körperliches) Wirtschaftsgut eingestuft werden kann.<sup>83</sup>

Schon in den siebziger Jahren wurde in den USA darüber gestritten, ob Computerprogramme als »tangible property« unter die »state and local taxes« fallen.<sup>84</sup> Die ersten Entscheidungen der Finanzgerichte u. a. in Alabama,<sup>85</sup> Colorado<sup>86</sup> und Texas<sup>87</sup> gingen davon aus, daß Software nur als »intangible knowledge«, nicht aber als »tangible personal property« zu betrachten sei. Diese Linie ist in den letzten Jahren aber immer wieder

durchbrochen worden; seit einigen Jahren geht die Rechtsprechung deshalb von der Besteuerung der Software als Ware aus.<sup>88</sup> Die amerikanische Diskussion »schwappte« sehr schnell über den Atlantik. So brach kürzlich in der Schweiz ein Streit darüber aus, inwieweit beim Vertrieb von Computerprogrammen Warenumsatzsteuer zu entrichten ist.<sup>89</sup> Auch hier hängt die Steuerpflicht (in Höhe bis zu 10 %) davon ab, inwieweit Software tatsächlich als Ware, d. h. als körperlicher Gegenstand, eingestuft werden kann. Ähnliche Diskussionen entstanden auch in Österreich: Nach § 33 TP 5 Abs. 1 Gebührengesetz (GebG) unterliegen schriftliche Verträge, in denen jemandem der Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache eingeräumt wird, einer Rechtsgeschäftsgebühr von 1 %. In zwei Entscheidungen hat der österreichische VwGH Software als Sache eingestuft und festgestellt, daß Softwareüberlassungsverträge deshalb der Rechtsge-

77) R. Herber, Einführung zum Wiener UNCITRAL-Kaufrecht, in: Bundesstelle für Außenhandelsinformation (Hg.), Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980, 2. Aufl. Köln 1983, 2.

78) Vgl. hierzu auch R. Herber, Gedanken zum Inkrafttreten des UN-Kaufrechtsübereinkommens, in: RiW 1987, 340–342; U. Magnus, Das UN-Kaufrecht tritt in Kraft!, in: RabelsZ 51 (1987), 123–129. Zwar hat die Bundesrepublik dieses Übereinkommen bisher nur unterzeichnet, nicht aber ratifiziert; meines Wissens sind aber Ratifizierungsvorbereitungen bereits im Gange. Ansonsten haben folgende Staaten das Übereinkommen ratifiziert: Ägypten, Argentinien, VR China, Frankreich, Italien, Jugoslawien, Lesotho, Sambia, Syrien und Ungarn; vgl. China, Italy and United States Ratify Convention for International Sale of Goods, Convention to enter into force on 1 January 1988, Preserverlautbarung der Vereinten Nationen v. 11.12.1986, in: Journal of World Trade Law 21 (1987), 121.

79) Vgl. H.-J. Moecke, Zur Ausarbeitung von Vertragsbedingungen auf der Basis des UNCITRAL-Kaufrechts. Gewährleistungsbedingungen im ausländischen und im UNCITRAL-Kaufrecht, in: Bundesstelle für Außenhandelsinformation (Hg.), Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980, 2. Aufl. Köln 1983, 58 ff., 60.

80) Eine ausführliche Analyse der Implikationen des UN-Kaufrechts für den internationalen Softwarehandel fehlt leider bisher. Auch hier können aus Platzgründen nur einige wenige Konsequenzen aufgereiht werden.

81) Vgl. F. Enderlein/D. Maskow/M. Stargardt, Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, Berlin (Ost) 1985, 27 f.; A. Ushakov, Vereinheitlichung des Kaufrechts im Ost-West-Verhältnis, Köln 1985, 38.

82) U. Huber, Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, in: RabelsZ 43 (1979), 413–521, 417.

83) Vgl. hierzu allgemein J.-P. Voß, Die ertragssteuerrechtliche Behandlung von Software, Bonn 1987, 18 ff. mwN. Albert Beer-mann, Finanzrechtsprechung zur Software, in: CR 1986, 709–712.

84) Vgl. hierzu Kostenbauder, Taxation of Computer Software, in: Jurimetrics 25 (1985), 387 ff.

85) State of Alabama v. Central Computer Services, Inc., 349 So. 2d 1160 (1977) (use Tax).

86) Honeywell Informations Systems v. Board of Assessment Appeals, 7 Comp. L.-Serv. Rep. 486, (Colo. Dist. Ct. 1975) (property tax).

87) First National Bank of Ft. Worth v. Bullock, 584 S. W. 2d 548 (Tex. 1979) (sales tax).

88) So z. B. die amerikanischen Finanzgerichte z. B. Central Trust Co. v. Edgar L. Lindley, Tax. Com. of Ohio, No. 78-C-244; Citizens and Southern Svcs. v. So. Carolina Tax Com'n., No. 78 CP 40-0466 (S. Car. Richland Co. Cv. Aug. 20, 1980); Comptroller of the Treas. v. Equitable Trust Co., No. 82-147, slip. op. (Md. Ct. App. Aug. 11, 1983); Maccabees Mutual Life Ins. Co. v. State Dept. of Treas., 122 Mich. App. 660, 332 N. W. 2d 561 (1983); Chittenden Trust Co. v. Harnet A. King, Com. of Tax., State of Vt., No. 82-294, slip. op. (Vt. Sup. Ct. Aug. 12, 1983).

89) Vgl. N. N., Frust um WvST bei Hart- und Weichware, in: CW v. 11.9.1987, 70 f.

schäftsgebühr unterliegen.<sup>90</sup> Beide Entscheidungen wurden von der Literatur als unsachgemäß abgelehnt.<sup>91</sup>

Auch in der Bundesrepublik Deutschland kam die steuerrechtliche Diskussion um die Natur von Software inzwischen ins Rollen. So kann Software in der Bundesrepublik nur dann geleast werden, wenn es als bewegliches Wirtschaftsgut im Sinne des Leasingerlasses<sup>92</sup> betrachtet werden kann.<sup>93</sup> Ähnlich ist für die ertragssteuerrechtliche Behandlung von Standardsoftware entscheidend, ob sie als materielles Wirtschaftsgut im Sinne des § 5 Abs. 2 EStG betrachtet werden kann.<sup>94</sup> Auch für die umsatzsteuerrechtliche Einstufung gem. § 1 Abs. 1 UStG muß die Frage nach der Materialisierung von Software geklärt werden.<sup>95</sup>

Als erstes Finanzgericht hatte das *FG Berlin* über die steuerrechtliche Einstufung von Software zu entscheiden. Zu Recht führte es in mehreren Urteilen<sup>96</sup> aus, daß ein Computerprogramm dann ein materielles Wirtschaftsgut sei, »wenn es serienmäßig hergestellt und vertrieben wird.«<sup>97</sup> Auch der *BFH* neigte nach anfänglichem Zögern<sup>98</sup> dazu, datenträgergebundene Stan-

dardprogramme als materielle Wirtschaftsgüter anzuerkennen.<sup>99</sup> Erst in seiner jüngsten Entscheidung vom 3. Juli 1987<sup>100</sup> fiel der *BFH* unglücklicherweise wieder in den alten Trott zurück, indem er angesichts der für ihn beängstigenden Komplexität des Softwaremarkts schlichtweg alle Computerprogramme als immaterielle Wirtschaftsgüter einstuft.

Dieses Urteil läßt sich angesichts der zunehmenden Tendenz zur Bejahung der Sachqualität von Standardsoftware, insbesondere nach dem Urteil des *BGH* vom 4. November 1987, nicht mehr rechtfertigen. Kein Steuerrechtler würde je auf die Idee kommen, Schallplatten oder Bücher als immaterielle Wirtschaftsgüter einzustufen; deshalb sollte auch Standardsoftware als ganz normale Handelsware behandelt werden.

## VI. Ergebnis

Somit zeichnet sich der Softwareüberlassungsvertrag im Endergebnis durch die Übertragung des Eigentums an einer Sache, der Standardsoftware, aus und entspricht von seinem Gesamtbild her einem Sachkauf im Sinne des § 433 Abs. 1 Satz 1. Diese neue Zuordnung des Softwareüberlassungsvertrags führt u. a. zur Konsequenz, daß die Einheitlichen Kaufgesetze bzw. das UN-Kaufrecht auf grenzüberschreitende Softwareüberlassung anwendbar ist und eine steuerrechtliche Neubewertung von Standardsoftware als materielles Wirtschaftsgut vorzunehmen ist.

Damit zeigt sich gleichzeitig, daß eine nüchterne und realistischere Charakterisierung von Standardsoftware geboten ist: Vorbei sind die Zeiten, in denen man die Softwarebranche volkswirtschaftlich dem Dienstleistungssektor zuordnen konnte.<sup>101</sup> In dem Maße, wie Software nicht mehr individuell für einen einzigen Anwender programmiert wird, sondern als kompaktes Programmpaket auf den Markt geworfen wird, wird sie zum industriellen Massen-Produkt, zum Konsumgut. Vorbei sind bald auch die Zeiten, in denen Juristen so tun können, als sei mit dem neuen Computerzeitalter auch eine neue Ära der Jurisprudenz angebrochen. Als um 1900 der damals als sensationelle Errungenschaft gefeierte Warenautomat seinen Siegeszug durch die Großstädte antrat, sprachen Juristen von einer Erfindung, die alle bisherigen juristischen Kategorien ad absurdum führe und »den Scharfsinn der Juristen auf eine förmliche Probe« stelle.<sup>102</sup> Der Rummel um den Warenautomaten gehört längst zum juristischen Schatz humorig-skurrieler Anekdoten; der Rummel um das Novum »Computer« hält an und verstärkt sich zur Zeit sogar noch: Softwareverträge sollen nicht mehr den Vertragstypen des BGB zugeordnet werden können.<sup>103</sup> Für den Rechtsschutz von Software soll das Urheberrechtsgesetz um neue Vorschriften ergänzt werden müssen.<sup>104</sup> Mikrochips werden gleich mit einem neuen Schutzgesetz bedacht.<sup>105</sup>

Wenn sich die erste Euphorie und Hektik unter EDV-begeisterten Juristen gelegt hat, bleibt zu hoffen, daß diese sich wieder auf ihr traditionelles Handwerkzeug besinnen und seine Bedeutung für die Bewältigung EDV-rechtlicher Probleme neu schätzen lernen.

90) Erk. v. 27.11.1980 = ÖBl 1981, 165 = AnwBl 1981, 464; Erk. v. 19.12.1986, EDV & Recht 1/87, 7.

91) Vgl. A. Wolff, Der Urheberrechtsschutz von Computer-Software-Steuer- und abgabenrechtliche Aspekte, in: EDV & Recht 2/86, 14 ff.; Arnold, Anmerkung zu VwGH, Erk. v. 27.11.1980, in: AnwBl 1981, 467 f.

92) BdF v. 19.4.1971, IV B/2 - S 2170 - 31/71, BStBl II 264.

93) Vgl. hierzu M. Feldhahn, Die Anwendung des Leasing-Erlasses bei der Überlassung von Software, in: DStR 1985, 336-338.

94) Vgl. hierzu J. Sontheimer, Die Besteuerung von Software, in: DStR 1983, 350, 351 ff.

95) Vgl. BMF-Schreiben vom 4.6.1981, IV A 2 - S 7117 - 32/81, II 7 Abs. 9, BStBl 1981 I, 481.

96) *FG Berlin* Ur. v. 26.2.1975 = EFG 1975, 402; Ur. v. 12.3.1975 = EFG 1975, 403; Ur. v. 8.7.1981 - II 154/80 (unveröff.); Ur. v. 17.3.1982 - II 273/80 = EFG 1982, 59; Ur. v. 27.10.1982 - II 138/80 = EFG 1983, 438; Ur. v. 18.9.1985 - II 292/82 = CR 1986, 719 mit Anm. Kahlen. Ebenso jetzt auch die sehr erfreuliche Argumentation des *FG Münster* Ur. v. 3.7.1986 - IV 2925/85 F = CR 1987, 174 m. krit. Anm. Kahlen. Anders aber als der obige II. Senat entschied der IV. Senat des *FG Berlin* in seinem Urteil vom 29.4.1982 - IV 340/80 (unveröff.).

97) *FG Berlin* (FN 96), CR 1986, 719 (Leits. I).

98) *BFH*, Ur. v. 5.10.1979 - III R 40/76 = BStBl II 1980, 17 = DB 1980, 143.

99) *BFH*, Ur. v. 3.12.1982 - III R 132/81 = BStBl 1983 II, 647-749 = DB 1983, 1183, 1184; ähnlich auch W. Freericks, Sind EDV-Programme körperliche Wirtschaftsgüter?, in: DStR 1969, 691 ff., 693 f.; N. Walter, Ertragssteuerrechtliche Behandlung von Software (Computerprogrammen), in: DB 1980, 176 ff. und 1813 ff. mwN.

100) *BFH*, Ur. v. 3.7.1987 - III R 7/86 = CR 1987, 576 ff.

101) Vgl. U. Neugebauer, Das Software-Unternehmen - Empirische Untersuchung des Unternehmensverhaltens und der Faktoren des Unternehmenserfolgs. Diss. München 1985, 40 ff. mwN.

102) F. Mehl, Strafrechtliche Handlungen an Automaten, in: DJZ 1898, 382 f., 382.

103) M. Ellenberger C. Müller, Zweckmäßige Gestaltung von Hardware-, Software- und Projektverträgen. 2. Aufl., Köln 1984, 20 f.; C. Müller-Hengstenberg, Bemerkungen zum Software-Gewährleistungsrecht - Eine Erweiterung auf Brandt-Dohrn und Kiltan, in: CR 1986, 441, 442 f. u. a.

104) Vgl. I. Preuß, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen - unter besonderer Berücksichtigung der Systematik des Immaterialgüterrechts. Diss. Erlangen-Nürnberg 1987, 327 ff. mwN.

105) »Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (Halbleiterschutz)« vom 1.11.1987, BGBl I 2294; vgl. hierzu ausführlich E. Steup/I. Koch, Der Halbleiterschutz nach nationalem und europäischem Recht, in: M. Lehmann (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1988, 183 ff.