

Thomas Hoeren, Münster

## Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 4. November 1987<sup>1)</sup>

### I. Einleitung

Endlich ist es heraus: Die Überlassung von Standardsoftware auf Dauer<sup>2)</sup> ist Sachkauf. Jahrelang hatten Rechtsprechung und Literatur darüber gerungen, wie sich die Rechtsnatur von Softwareüberlassungsverträgen interessengerecht festlegen läßt. Die Bandbreite der dabei vertretenen Ansichten reichte von Rechtspacht<sup>3)</sup>, Miete<sup>4)</sup>, Lizenzvertrag<sup>5)</sup> bis hin zum Vertrag sui generis<sup>6)</sup>; nur die Annahme eines Sachkaufs war bisher aus zwei Gründen einhellig abgelehnt worden:

I. Standardsoftware sei keine Sache im Sinne des § 90 BGB, d. h. kein körperlicher Gegenstand; ein Softwareüberlassungsvertrag könne deshalb auch kein Sachkauf sein.

Vertragsgegenstand sei sowohl der Datenträger (Magnetband, Diskette) als auch das auf ihm enthaltene Programm. Allein der Datenträger sei als Sache i. S. d. § 90 BGB zu sehen; das Programm müsse demgegenüber als selbständiges geistiges Gut eingestuft werden. Diesem geistigen Gut komme aber in Beziehung zum Datenträger eine überragende wirtschaftliche Bedeutung zu.<sup>7)</sup>

Das Programm lasse sich nämlich ohne Probleme auf einen anderen Datenträger kopieren; außerdem habe der Datenträger selbst für sich genommen kaum einen wirtschaftlichen Wert.<sup>8)</sup> Der Anwender wolle deshalb auch nur die im Programm selbst enthaltene Problemlösung kaufen.<sup>9)</sup> Darüber hinaus könne der Lieferant auch ohne Übergabe eines Datenträgers das Programm direkt in die EDV-Anlage des Anwenders einspeisen.<sup>10)</sup> Schließlich verlange der Lieferant eines auf einem Datenträger abge-

speicherten Programms für den Fall, daß Programm und Datenträger versehentlich durch den Anwender zerstört worden sind und deshalb eine neue Programmkopie hergestellt werden muß, „nur eine unwesentliche Vergütung für den Datenträger und für das Kopieren“.<sup>11)</sup>

- 1) BGH, Urt. v. 4. 11. 1987 – VIII ZR 314/86 = DB 1988, S. 105ff. = BB 1988, S. 20ff. = RDV 1988, S. 80ff.
- 2) Standardsoftware bezeichnet im Gegensatz zur maßgeschneiderten Individualsoftware Computerprogramme, „die auf die Bedürfnisse einer Vielzahl von Kunden zugeschnitten sind und für ihren Einsatz keine oder nur geringe Anpassungen erfordern“, Kindermann, ZUM 1985, S. 1 (4).
- 3) So etwa BGH, Urt. v. 25. 3. 1987 – VIII ZR 43/86 = CR 1987, S. 358 (360) = DB 1987, S. 1290 (1291); RDV 1987, S. 243; BGH, Urt. v. 3. 6. 1981 – VIII ZR 153/80 = NJW 1981, S. 2684 (2685).
- 4) So u. a. Koch, Computer-Vertragsrecht, 2. Aufl. 1986, Rdn. 544 („mietrechtähnlich“).
- 5) So z. B. Kindermann, GRUR 1983, S. 150 (156); LG Köln, Urt. v. 2. 10. 1984 – 90 O 51/84 = CR 1986, S. 23 u. v. a.
- 6) Lauer, BB 1982, S. 1758 (1759); Brandt-Dohrn, CR 1986, S. 63 (68ff.) m. w. N.
- 7) Mehrings, GRUR 1985, S. 189 (192).
- 8) Mehrings, NJW 1986, S. 1904 (1905); Klinger, Online 3/78, S. 174 (175); Engel, BB 1985, S. 1159 (1160, 1162).
- 9) So Maier, NJW 1986, S. 1909 (1911) mit falschem Ausdruck „Kauf“.
- 10) So Zahrt, IuR 1986, S. 252.
- 11) Zahrt (Anm. 10), IuR 1986, S. 253.

2. Die inzwischen wohl ganz h. M.<sup>12)</sup> geht weiterhin davon aus, daß der Erwerber von Standardsoftware nie Eigentum daran erwerben kann. Dies ergebe sich bereits aus den im Softwarehandel üblichen AGB, wonach das Eigentum am Programm auf jeden Fall beim Hersteller bleiben soll.<sup>13)</sup> Deshalb könne hier kein Kaufvertrag, sondern allenfalls die Übertragung eines einfachen Nutzungsrechts (§§ 31 II; 32 UrhG) im Rahmen eines Lizenzvertrags vorliegen. Eine solche Übertragung ist urheberrechtlich aber nur mit Bezug auf die Verwertungsrechte der §§ 15-23 UrhG möglich<sup>14)</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 vorbehaltene Verwertungshandlung im Sinne des UrhG vornimmt.

Die h. M. 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 i. S. d. § 16 I UrhG darstelle, die ein Anwender nur bei Einräumung eines Nutzungsrechts durch den Urheber rechtmäßig durchführen kann.<sup>15)</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>16)</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>17)</sup>

Im Ergebnis kommt diese Ansicht dahingehend überein, daß bei Software-Überlassungsverträgen nur die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts mit Blick auf die Erstellung von Vervielfältigungsstücken des Programms im Arbeitsspeicher gem. §§ 31-II, 32 i. V. m. § 16 I UrhG im Vordergrund stehe.

## II. Das neue Urteil des BGH

Nachdem der BGH schon früher in einigen „obiter dicta“ seine Vorliebe für die kaufvertragliche Lösung betonte<sup>18)</sup>, verteidigt er nun erstmals in ausführlicher und sehr gründlicher Auseinandersetzung mit der Literatur die von mir bereits zuvor verfochtene These<sup>19)</sup> von der Softwareüberlassung als Sachkauf. Der BGH setzt dabei den beiden Einwänden der h. M. gegen die Sachkauflösung zu Recht zwei wichtige Thesen entgegen:

1. Software ist eine Sache im Sinne des § 90 BGB; denn „Kaufgegenstand ist hier ein Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm, insofern also eine körperliche Sache“.<sup>20)</sup>

Daß der BGH hier den richtigen Standpunkt einnimmt, zeigt die Tatsache, daß für Softwarelieferanten und -anwender Standardsoftware immer eine wirtschaftlich untrennbare Einheit von Datenträger und Programm bildet: aus der Sicht des Softwarelieferanten muß das Programm auf einem Datenträger verkörpert sein; denn anders ist ein wirtschaftlich sinnvoller Vertrieb der „konfektionierten“<sup>21)</sup> Standardprogramme z. Z. nicht möglich. Aber auch dem Erwerber kommt es auf die konkrete Form der Materialisierung an: Die Tatsache der Materia-

lisierung 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>22)</sup> Diese Tatsache mag ein kleines Beispiel aus dem Alltag einer PC-Zeitschrift illustrieren: In zahlreichen Softwarezeitschriften werden regelmäßig sog. Listings, d. h. Kopien des Quellcodes eines Programms, abgedruckt. Vielen Anwendern ist es nun zu mühselig, diesen Quellcode abzutippen, um ihn dann in ihren PC eingeben zu können. Aufgrund dieses Problems haben sich die PC-Zeitschriften entschlossen, ihren Lesern parallel zur Veröffentlichung eines Listings den Erwerb des fertigen Programms auf einer Diskette zu nicht unerheblichen Preisen anzubieten. Dem Erwerber einer solchen Diskette ist das Programm für sich genommen völlig egal und uninteressant; er bezahlt vielmehr für die Möglichkeit, die „bespielte“ Diskette sofort problemlos in den Arbeitsspeicher seines PC's einspeisen und erst dadurch das Programm schnell ausprobieren und nutzen zu können.

Insofern verweist der BGH zu Recht auf die Parallelen zum Erwerb eines Videos, einer Schallplatte oder eines

- 12) Ulmer/Kolle, GRUR-Int. 1982, S. 489 (499); Kolle, GRUR 1982, S. 447 (455); Lehmann, CR 1987, S. 422f.; ähnlich Kindermann (Anm. 5), GRUR 1983, S. 156; Fromm-Nordemann/Hertin, Urheberrecht, 6. Aufl. 1986, vor § 31 Rdn. 34f.
- 13) So etwa § 2 Nr. 1 S. 1 der „Allgemeinen Nutzungsbedingungen für Softwareprodukte“ des Bundesverbandes Deutscher Unternehmensberater; NIXDORF, Bedingungen für Überlassung von Standardsoftware, Ziff. 6.1; IBM-Lizenzvertrag (375-0), Ziff. 1 u. v. a.
- 14) V. Gamm, Urheberrechtsgesetz, 1968, § 31 Rdn. 2; vgl. Fromm-Nordemann/Hertin (Anm. 12), vor § 31, Rdn. 3; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, S. 358.
- 15) So ausführlich Haberstumpf, CR 1987, S. 409 (410ff.) m. w. N.; Kindermann (Anm. 5), GRUR 1983, S. 156; Kolle (Anm. 12), GRUR 1982, S. 455; Ulmer/Kolle (Anm. 12), GRUR-Int. 1982, S. 499; Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware, GRUR 1979, S. 300 (305); Köhler, Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme, München 1968, S. 26, 37, 69.
- 16) Haberstumpf (Anm. 15), CR 1987, S. 411.
- 17) So Kolle (Anm. 12), GRUR 1982, S. 455 mit Verweis auf Ulmer, Elektronische Datenbanken und Urheberrecht, München 1971, S. 45 ff.
- 18) So etwa BGH, Beschl. v. 2. 5. 1985 - I ZB 8/84 = GRUR 1985, S. 1055 m. krit. Anm. Betten; BGH, Urt. v. 25. 3. 1987 - VIII ZR 43/86 = DB 1987, S. 1290 = RDV 1987, S. 243.
- 19) Hoeren, Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf (erscheint Juli 1988 in Computer und Recht); ders., Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht, GRUR 1988, S. 340-349. Beide Aufsätze wurden vor Bekanntwerden des BGH-Urteils zur Veröffentlichung angenommen.
- 20) BGH DB 1988, S. 106 = BB 1988, S. 22 mit Verweis auf BGH, Beschl. vom 2. 5. 1985 - I ZB 8/84 = GRUR 1985, S. 1055 (1056).
- 21) OLG Stuttgart, Urt. v. 23. 6. 1986 - 2 U 252/85 = IuR 1987, S. 191.
- 22) Ähnlich auch Soerget/Huber, vor § 433 Rdn. 153 und Pearson, Computer Contracts - An International Guide to agreements and software protection, 1984, S. 137 für das angloamerikanische Recht.

Buches.<sup>23)</sup> Zwar geht ein kleiner Teil der Literatur davon aus, daß dort immer zwischen dem körperlichen Träger und dem geistigen Inhalt zu trennen sei, da der Informationsträger für sich genommen keinen übergeordneten Vermögenswert besitze und das geistige Gut einen auch bei Trennung vom körperlichen Träger bleibenden wirtschaftlichen Wert beinhalte.<sup>24)</sup>

Diese Ansicht hat sich aber nicht durchsetzen können: Die Weitergabe des auf einem Video oder in einem Buch enthaltenen geistigen Gehalts ist nämlich wirtschaftlich ohne einen entsprechenden Datenträger nicht möglich; gerade deshalb ging der BGH etwa in seinem Nottestamentsmappenfall<sup>25)</sup> zu Recht davon aus, daß der Erwerb von Druckwerken grundsätzlich im Wege eines Sachkaufes erfolgen kann.<sup>26)</sup>

Das Interesse des Erwerbers läßt sich somit gar 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>27)</sup>

2. Der BGH geht wie selbstverständlich davon aus, daß beim „Erwerb vorgefertigter, wenn auch komplexer Standardsoftware gegen einmaliges Entgelt zu freier Verfügung“<sup>28)</sup> immer auch Eigentum an der Programmkopie übergeht: „Nach dem Parteiwillen sollte die Beklagte das Eigentum an den Programmkopien (Compiler, Interpreter) ebenso erwerben wie an der Hardware.“<sup>29)</sup>

Gleichzeitig wehrt sie die von der h. M. vertretene Annahme ab, der Lauf eines Programms im Computer sei eine gem. § 16 I UrhG zustimmungspflichtige Handlung und bedürfe deshalb gem. §§ 31, 32 UrhG der Einräumung eines Nutzungsrechts (s. o.).<sup>30)</sup> Allerdings ist die Begründung des BGH leider schwach: Da nicht alle Standardprogramme gem. § 2 I 1 UrhG urheberrechtlich sind, würde die obige These zu unterschiedlichen zivilrechtlichen Regeln für geschützte und nicht geschützte Programme führen: „Die Haftung für Softwarefehler muß sich aber bei geschützten und ungeschützten Programmen nach denselben rechtlichen Regeln richten, weil sie mit urheberrechtlichen Fragen nicht in Zusammenhang steht.“<sup>31)</sup> Wünschenswert wäre hier eine Auseinandersetzung mit der EDV-technischen Frage gewesen, ob durch das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher eines Computers wirklich eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 I UrhG vorgenommen wird, insbesondere ob dadurch tatsächlich eine neue körperliche Festlegung des Programms geschaffen wird.<sup>32)</sup>

Im Endergebnis geht der BGH davon aus, daß Softwareüberlassung grundsätzlich als Sachkauf einzustufen ist. Eine erste Konsequenz aus dieser These zieht der BGH, indem er für den zu entscheidenden Fall davon ausgeht, daß „eine zumindest entsprechende Anwendung der §§ 459 ff. BGB auf Fälle der verkaufsweisen Überlassung von Programmkopien mit inhaltlich freiem Programm“ gerechtfertigt ist.<sup>33)</sup>

Dennoch soll im folgenden gezeigt werden, daß dieses Votum des BGH für das Sachkaufmodell noch sehr viel weitreichendere Konsequenzen hat und dieses Urteil insofern eine sicherlich epochenmachende Entscheidung im Softwarerecht darstellt.

### III. Konsequenzen im Urheberrecht

Gem. § 17 II UrhG kann ein Vervielfältigungsstück beliebig weiterverbreitet werden, wenn es zuvor mit Zustimmung

des zur Verbreitung Berechtigten im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden ist. Wäre § 17 II UrhG im Softwarebereich einschlägig, könnte der Käufer eines Softwarepakets dieses beliebig weiterverkaufen, verleihen oder vermieten.

Die h. M. lehnt eine solche Anwendung aber rigoros ab, wobei ihre ablehnende Haltung auf zwei Säulen ruht:

Erstens geht die h. M. davon aus, daß es trotz § 17 II UrhG seit der Heiligenhof-Entscheidung des BGH<sup>34)</sup> ausnahmsweise möglich sei, konkrete Absatzwege mit dinglicher Wirkung einzugrenzen. Diese Argumentation hat sich aber spätestens mit der Schallplattenentschei-

23) BGH DB 1988, S. 106 = BB 1988, S. 22: „Die Rechtslage ist insoweit ähnlich wie beim Verkauf eines inhaltlich unrichtigen Druckerzeugnisses, z. B. eines Anleitungsbuches ...“ Auf diese Parallele verweist zu Recht auch Kindermann (Anm. 5), GRUR 1983, S. 159: „Wie beim Kauf eines Buches im Buchhandel erwirbt der Käufer gegen Entrichtung des Kaufpreises ein Exemplar (Kopie) des Programms in Form einer beschriebenen Magnetbandkassette.“

24) So behauptet etwa Lang in ihrer Arbeit über „Die Haftung für Fehler in Druckwerken“, 1982, S. 14, daß ein „Druckwerk ... nicht als reine Sache, sondern als Objekt mit Doppelcharakter zu qualifizieren ist.“

25) BGH, Urt. v. 14. 3. 1973 - VIII ZR 137/71 = NJW 1973, S. 843. Ähnlich der Börseninformationsdienstfall BGH, Urt. v. 8. 2. 1978 - VIII ZR 20/77 = BGHZ 70, S. 356 = BB 1978, S. 980 m. Anm. Roll = JZ 1978, S. 398 mit Aufsatz von Köndgen = WM 1978, S. 306 = NJW 1978, S. 997. Auf beide Urteile verweist der BGH in seinem jetzigen Urteil auch; vgl. BGH, DB 1988, S. 106 = BB 1988, S. 22.

26) Bei Videos geht die ganz h. M. ebenfalls vom Vorliegen eines Sachkaufes aus; so etwa v. Hartlieb, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 2. Aufl. 1984, S. 422.

27) So FG Berlin, Urt. v. 18. 9. 1985 - II 292/82 = CR 1986, S. 719 (721). Dort finden sich auch weitere und sehr lesenswerte Begründungsansätze zur Sachqualität von Standardsoftware (s. u.).

Hier sei übrigens nur darauf hingewiesen, daß auch die strafrechtliche Literatur zu § 242 StGB diesen Aspekt verkennt.

So behauptet etwa v. Gravenreuth, Das Plagiat aus strafrechtlicher Sicht, 1986, S. 92, daß als Gegenstand eines Diebstahls stets nur der Datenträger, nicht aber die Computerprogramme in Betracht kommen. In obigem Sinne werden damit aber zusammengehörige Elemente künstlich auseinander dividiert. Wäre es hier nicht besser und sachgemäßer, bei der Entwendung eines mit einem Programm „bespielten“ Datenträgers vom Diebstahl der Software zu sprechen? Erste Ansätze für eine solche Verbesserung des Blickwinkels finden sich in der vorzüglichen Dissertation von Rupp, Computersoftware und Strafrecht, Diss. Tübingen 1985, S. 15f.

28) BGH DB 1988, S. 106 = BB 1988, S. 21 = RDV 1988 S. 82.

29) BGH DB 1988, S. 106 = BB 1988, S. 21 = RDV 1988 S. 82.

30) So BGH DB 1988, S. 106.

31) BGH DB 1988, S. 106 = BB 1988, S. 22 = RDV 1988 S. 82.

32) Vgl. hierzu meine ausführlichen Erörterungen in GRUR (Anm. 19), S. 344ff.

33) BGH DB 1988, S. 106 = BB 1988, S. 22. Fraglich ist aber, warum die Richter des BGH hier auf einmal der Mut verlassen hat und sie von einer „zumindest entsprechenden Anwendung der §§ 459 ff. BGB“ ausgehen. Wenn Softwareüberlassung als Sachkauf einzustufen ist, dann sind die §§ 459 ff. direkt anwendbar. Zu weiteren Argumentationschwächen in dem Urteil vgl. meine Ausführungen in „Computer und Recht“ (Anm. 19).

34) BGH, Urt. v. 21. 11. 1958 - I ZR 98/57 = GRUR 1959, S. 200 = UFITA 28 (1959), S. 201.

derung des BGH<sup>35</sup>) erledigt; denn danach sind Beschränkungen des Verbreitungsrechts nur in bezug auf die erste Verbreitungshandlung bzw. „auf die Art des Inverkehrbringens“ möglich.<sup>36</sup>) Jede folgende Verwertungshandlung ist dagegen „vorbehaltlos frei“.<sup>37</sup>)

Dementsprechend blieb der h. M. nichts anderes übrig, als sich allein auf ihr zweites Standbein zu stützen: Hier verweist sie darauf, daß Software nie „im Wege der Veräußerung“ in den Verkehr gebracht, sondern dem Anwender immer nur mittels Lizenzverträgen zur Nutzung überlassen wird. Da insofern eine wesentliche Voraussetzung des § 17 II UrhG nicht vorliege, könne sich im Rahmen eines solchen Lizenzvertrages das Verbreitungsrecht des Softwareherstellers nie erschöpfen. Vielmehr kann er der Weiterverbreitung der Software mit den Sanktionen des Urheberstrafrechts entgegengetreten.<sup>38</sup>)

Nach dem neuen Urteil des BGH liegt aber bei Überlassung von Standardsoftware ein Sachkauf und somit eine „Veräußerung“ im Sinne des § 17 II UrhG; insofern kann also eine Anwendung des § 17 II UrhG bei der Überlassung von Standardsoftware durchaus in Betracht kommen.<sup>39</sup>) Diese Konsequenz ist sachgerecht; denn genauso wie bei Schallplatten oder Videokassetten gehört es zu den wesentlichen Rechten des Eigentümers eines Softwarepakets, dies im freien Rechtsverkehr gem. §§ 929 ff. BGB weiterzuveräußern oder gem. § 868 BGB mittelbare Besitzverhältnisse (z. B. Miete) begründen zu können.

Mit dem neuen Urteil des BGH dürfte sich damit der Streit um die Reichweite des § 17 II UrhG erledigt haben; der Käufer einer Programmkopie darf dieses weiterveräußern und auch gewerblich weitervermieten, ohne daß ihm dies vom Urheber verboten werden könnte.

#### IV. AGB-rechtliche Konsequenzen

Nun können aber Weitergabeverbote auch dann, wenn sie urheberrechtlich unwirksam sind, mit schuldrechtlicher Wirkung gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner im Rahmen eines Softwareüberlassungsvertrags vereinbart werden.

Dabei fragt sich aber, inwieweit solche meist in den AGB der Softwarehersteller verankerten Weitergabeverbote überhaupt den Anforderungen des AGB-Gesetzes entsprechen. Problematisch ist vor allem, inwieweit die entsprechenden Klauseln in den Überlassungsverträgen gem. § 9 AGBG wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam sind.<sup>40</sup>)

In Betracht kommt vor allem ein Verstoß gegen § 9 II Nr. 1 AGBG, wonach eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Ein solcher Verstoß könnte sich hier daraus ergeben, daß der aus der neuen Sachkauftheorie des BGH resultierende Verstoß der Weitergabeverbote gegen § 17 II UrhG auch die AGB-rechtliche Unwirksamkeit gem. § 9 II Nr. 1 AGBG zur Folge hat.

Der in § 17 II UrhG verankerte Grundsatz der Erschöpfung des Weiterverbreitungsrechts bildet eines der zentralen Prinzipien des Urheberrechts.<sup>41</sup>) Die Weitergabeverbote sind mit diesem Grundsatz unvereinbar. Die Voraussetzungen des § 9 II Nr. 1 AGBG sind somit gegeben. Der Softwarehersteller kann sich auch nicht auf schutzwürdige Interessen berufen, die die Angemessen-

heit der gesetzlichen Regelwertung in Frage stellen könnten.<sup>42</sup>) Denn es ist nicht einzusehen, warum er beim Abschluß eines Kaufvertrages mit dem Anwender weiterhin Kontroll- und Verbotsbefugnisse haben soll.

Insofern verstoßen die Weitergabeverbote gegen § 9 I Nr. 1 AGBG und sind deshalb unwirksam.

Wie oben bereits dargestellt, schützt § 17 II UrhG die in §§ 929 ff.; § 868 BGB enthaltenen Regelungen de Eigentums- bzw. Besitzrechtsübertragung. Wer von wahren Eigentümer sein Recht zum Besitz bzw. Eigentum ableiten kann, soll von weiteren Ansprüchen des Urhebers auf das Werkstück verschont werden. Insofern widersprechen Weitergabeverbote auch der in §§ 929 ff. § 868 geschützten Freiheit des Warenverkehrs und sind auch aus diesem Grunde gem. § 9 II Nr. 1 AGBG unwirksam.

Da die Weitergabeverbote in Anwendung der von BGH vertretenen Sachkauftheorie gegen § 17 II UrhG verstoßen und dem Sinn und Zweck der §§ 929 ff.; § 868 BGB widersprechen, sind sie auch schuldrechtlich gem. § 9 II Nr. 1 AGBG unwirksam.

#### V. Handelsrechtliche Konsequenzen

Ein zuerst von Adolf Maier<sup>43</sup>) ins Spiel gebrachte softwarerechtliches Problem ergibt sich bei der Frage de

35) BGH, Ur. v. 6. 3. 1986 – I ZR 208/83 = CR 1986, S. 449. Einer etwas eigenmächtigen Interpretation fiel das Urteil des BGH vom 15. 5. 1986 – I ZR 22/84 = CR 1986, S. 45, zum Opfer. In der Urteilsbegründung heißt es ausdrücklich, daß es für die vom 1. Senat zu entscheidende Frage, ob eine Videofilmvorführung urheberrechtlich untersagt werden kann, überhaupt nicht auf § 17 II UrhG ankomme; s. BGH, CR 1986, S. 453.

Die Redaktion von „Computer und Recht“ betonte in den von ihr verfaßten Leitsatz aber, der BGH habe von einer „nach § 17 II UrhG mit der – mit der Zustimmung der Berechtigten erfolgten – Veräußerung eines Vervielfältigungsstücks (hier einer Videokassette) grundsätzlich einwirkende Erschöpfungswirkung“ gesprochen.

36) BGH (Anm. 35) CR 1986, S. 451.

37) BGH CR 1986, S. 451 mit zustimmender Anmerkung von Kindermann, CR 1986, 447f. Zu ähnlichen Ergebnissen kommen das LG München I, Ur. v. 9. 6. 1983 – 7 O 7701/83 und 7 O 8399/83 (unveröff.) und das OLG Hamm, Ur. v. 12. 5. 1981 – 4 U 15/81 = NJW 1982, S. 655 = GRUR 1981, S. 743 für die Vermietung von Videokassetten.

38) So etwa Kindermann, Anmerkung zu LG Bielefeld, Ur. v. 18. 4. 1986 – 20 O 412/84, CR 1986, S. 446 (447); ähnlich Ulmer/Kolle (Anm. 12), GRUR Int. 1982, S. 489 (499).

39) Entbehrlich ist damit auch der Versuch von Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware, Diss. 1986, S. 122 über die sehr umstrittene allgemeine Erschöpfungslehre des BGH zur Anwendbarkeit des § 17 II UrhG zu kommen. Ein großer Teil der Literatur geht mit guten Gründen davon aus, daß der Erschöpfungsgrundsatz vom BGH in eine sehr unkonkrete und schwammige Generalklausel verwandelt worden ist; vgl. Windisch, Festschr. f. Roeder, S. 489. Ulmer, GRUR Int. 1981, S. 375 ff.; Ungern-Sternberg UFITA 94 (1982), S. 96 ff.

40) § 9 AGBG ist auch insofern eine für den EDV-Bereich wichtige Vorschrift, als diese gem. § 24 AGBG auch für Kaufleute gilt.

41) Vgl. BGH, Ur. v. 18. 2. 1982 5 I ZR 81/80 = GRUR 1984, S. 45 (52).

42) Vgl. zu diesem zusätzlichen Prüfungsschritt Becker, Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetzes, 1986, S. 137.

43) Maier, NJW 1986, S. 1909–1913.

Kaufmannseigenschaft von Softwareunternehmen. Maier geht zwar zu Recht davon aus, daß Software-Anbieter ein Gewerbe betreibt<sup>44</sup>); allerdings sei dies kein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 II HGB. Denn bei Standardsoftware fehle es angesichts ihres immateriellen Charakters an der Wareneigenschaft im Sinne der § 1 II Nr. 1 HGB.<sup>45</sup>)

Schließt man sich aber der neuen Rechtsprechung des BGH an und stuft Softwareüberlassungsverträge als Sachkäufe ein, so handelt es sich bei Standardsoftware um Waren. Software-Anbieter betreiben demnach Umsatzgeschäfte im Sinne des § 1 II Nr. 1 HGB und sind somit grundsätzlich als Mußkaufmänner tätig.

Damit aber ist es auch möglich, den Vertrieb von Standardsoftware den Regeln des Handelskaufes zu unterwerfen, was z. B. angesichts der Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 HGB zu ganz neuen und bisher in der Literatur überhaupt nicht erörterten Gewährleistungspflichten führt.<sup>46</sup>)

### VI. Konsequenzen für die Produkthaftung des Software-Herstellers

Mit der Produkthaftungsrichtlinie der EG vom 25. 7. 1985<sup>47</sup>) und deren Umsetzung in dem vom Bundesjustizministerium entwickelten Entwurf eines Produkthaftungsgesetzes<sup>48</sup>) wurde in der Bundesrepublik eine neue Epoche des Produkthaftungsrechts eingeläutet.

Fraglich war bisher aber immer, inwieweit die Regeln zur Produzentenhaftung auch für die Hersteller von Standardsoftware gelten. Probleme ergeben sich hier wieder daraus, daß etwa bei § 2 des oben erwähnten Gesetzesentwurf der Begriff des Produkts mittels des Sachbegriffs des BGB und damit auch über die Körperlichkeit des Gegenstands definiert wurde: „Produkt im Sinne dieses Gesetzes ist jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder eine unbewegliche Sache bildet, sowie Elektrizität.“<sup>49</sup>) Da aber Standardsoftware bisher immer als immaterielles Gut betrachtet wurde, wußte sich die wenige EDV-rechtliche Literatur zu diesem Thema<sup>50</sup>) nur dadurch zu helfen, daß man auf die Parallele zur ebenfalls immateriellen und dennoch der Produkthaftung unterliegenden Elektrizität verwies und deshalb auch „Standardprogramme auch hinsichtlich ihrer immateriellen Eigenschaften als Waren im Sinne der Produkthaftung“ behandelt.<sup>51</sup>)

Auf solche Kunstgriffe ist man von nun an nicht mehr angewiesen. Da Standardsoftware eine Sache im Sinne des § 90 BGB darstellt, unterliegt deren Herstellung den gleichen Produkthaftungsregeln wie Bücher, Schallplatten oder Videokassetten auch.<sup>52</sup>)

### VII. Konsequenzen für das internationale Kaufrecht

Bisher von der Literatur übersehen wurde die Frage, inwieweit die Vorschriften der Einheitlichen Kaufgesetze bzw. des UN-Kaufrechtsübereinkommens auf Softwareüberlassungsverträge anwendbar sind. Diese Lücke erklärt sich daraus, daß für die h. M. eine Einordnung dieser Verträge z. B. als „contracts of sale of goods“ im Sinne des Art. 1 I des UN-Übereinkommens per se nicht in Betracht kam.

Mit der neuen Rechtsprechung des BGH ist es nun auch möglich, für grenzüberschreitende Softwareverträge angemessene Gewährleistungs- und Haftungsregeln zu

benennen. Dies ist vor allem deshalb wichtig, weil ein großer Teil des Softwarehandels direkt mit US-amerikanischen Softwareherstellern abgewickelt wird: Da die USA Ende 1986 das UN-Kaufrechtsübereinkommen ratifiziert hat und dieses am 1. 1. 1988 in Kraft getreten ist<sup>53</sup>), könnte dieses Übereinkommen eine gute Basis für ein internationales Softwarehandelsrecht bilden.<sup>54</sup>)

### VIII. Konkursrechtliche Konsequenzen

Geht man mit der h. M. von der Einordnung der Softwareüberlassung als Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts gem. §§ 31, 32 UrhG aus, so kommt beim Konkurs des Softwareanwenders in einige Schwierigkeiten<sup>55</sup>):

Gem. § 117 I KO müßte der Konkursverwalter das ganze im Sinne des § 1 KO zur Konkursmasse gehörende Vermögen verwerten; die Nutzungsrechte gem. §§ 31, 32 UrhG gehören aber nur nach Maßgabe der §§ 15 ff., 28 ff., 34 UrhG zur Konkursmasse.<sup>56</sup>) Gem. § 34 I UrhG darf der Nutzungsberechtigte – in unserem Fall der Anwender – sein Nutzungsrecht grundsätzlich nicht ohne Zustimmung des Urhebers weiterübertragen.<sup>57</sup>) Daraus ergeben sich zahlreiche, bisher in der Literatur kaum erörterte Probleme bei der konkreten Verwertung der Konkursmasse.

44) Maier, NJW 1986, S. 1909 ff.

45) Maier (Anm. 44), NJW 1986, S. 1911.

46) Eine ausführliche Darstellung der anstehenden Probleme findet sich in meiner in Arbeit befindlichen Dissertation „Der Softwareüberlassungsvertrag. Rechtsnatur und Probleme“ (Prof. Dr. H. Dörner/Münster).

47) ABl. EG Nr. L v. 7. 8. 1985, 29, abgedruckt in: Schmidt-Satzer/Hollmann, Kommentar, EG-Richtlinie Produkthaftung, Band 1: Deutschland, 1986, S. 2 ff.

48) Der Text findet sich in dem sehr lesenswerten Aufsatz von Schmidt-Räntsch, ZRP 1987, S. 437 ff. wiedergegeben und kommentiert.

49) Ähnlich auch Art. 2 der EG-Richtlinie.

50) Engel, CR 1986, S. 702–707; Hackemann, Die Produzentenhaftung des Software-Herstellers – ein Problem für die Praxis?, in: Gorny/Kilian (Hrsg.), Computersoftware und Sachmängelgewährleistung, 1985, S. 191–206.

51) Engel, CR 1986, S. 707; ähnlich Hackemann (Anm. 50) S. 184 Fußn. 2.

52) Leider ist hier nicht der Raum, die vielfältigen Konsequenzen dieser These darzustellen; vgl. hierzu meine Dissertation (Anm. 46).

53) Vgl. hierzu auch Herber, RIW 1987, S. 340–342. Zwar hat die Bundesrepublik dieses Übereinkommen bisher nur unterzeichnet, nicht aber ratifiziert; meines Wissens sind aber Ratifizierungsvorbereitungen bereits im Gange.

54) Leider ist auch nicht der Raum, um die Konsequenzen einer Anwendbarkeit des UN-Kaufrechtsübereinkommens und der Einheitlichen Kaufgesetze auf den Softwarehandel ausführlich darzustellen; vgl. hierzu meine Dissertation (Anm. 46) und meine Ausführungen in CR (Anm. 19).

55) Die ohnehin spärliche Literatur zur konkursrechtlichen Problematik des Softwarevertriebs hat sich bisher leider nur mit dem Konkurs des Softwareherstellers beschäftigt; siehe z. B. Paulus, CR 1987, S. 651–659; Wolf, Rechtsprobleme beim Konkurs des Softwareherstellers, in: W. Kilian/P. Gorny, (Hrsg.), Schutz von Computer-Software, Technische und rechtliche Aspekte, 1987, S. 81–95. In meiner Dissertation (Anm. 46) finden sich aber weitere Ausführungen zum Konkurs des Softwareanwenders und -herstellers.

56) Vgl. Kuhn/Uhlenbruck, Konkursordnung, § 1 Rdn. 65.

57) Vgl. Fromm-Nordemann/Vinck (Anm. 12), § 112 Rdn. 4.

Leichter hat es auf jeden Fall die vom BGH propagierte Sachkauftheorie. Denn stellt eine Programmkopie eine im Eigentum des Anwenders stehende Sache dar, gehört dieses ohne weiteres zur Konkursmasse und kann dementsprechend verwertet werden. Zu Recht verweist deshalb Wolf darauf, daß gerade die Konkursproblematik das Dilemma der h. M. deutlich aufzeigt: „An Hand des Konkurses des Softwareherstellers läßt sich die Fehlerhaftigkeit der Konstruktion der gängigen Softwareverträge mit der propagierten Rechtsnatur eines Nutzungsvertrages nachweisen...“<sup>58)</sup>

### IX. Steuerrechtliche Konsequenzen

Das große Problem bei der Besteuerung von Software ist die Frage, inwieweit Software als ein materielles oder immaterielles Wirtschaftsgut einzuordnen ist.<sup>59)</sup> So tauchte z. B. mit dem Berlinförderungsgesetz 1980 die von den Finanzgerichten zu entscheidende Frage auf, ob ein Standardprogramm ein materielles Wirtschaftsgut und der Erwerb eines solchen Programms deshalb förderungsfähig ist.<sup>60)</sup> Zu Recht hat das FG Berlin in mehreren Urteilen<sup>61)</sup> ausgeführt, daß ein Computerprogramm dann ein materielles Wirtschaftsgut sei, wenn es serienmäßig hergestellt und vertrieben wird.<sup>62)</sup>

Nach anfänglichem Zögern<sup>63)</sup> neigte auch der BFH zeitweilig dazu, datenträgergebundene Standardprogramme unter bestimmten Voraussetzungen als materielle Wirtschaftsgüter anzuerkennen.<sup>64)</sup> Entscheidend für die Einordnung seien die im Überlassungsvertrag getroffenen Regelungen; so spreche etwa die Vereinbarung zahlreicher Nutzungsbeschränkungen zu Lasten des Anwenders gegen die Annahme eines materiellen Wirtschaftsguts.<sup>65)</sup>

Erst in seiner jüngsten Entscheidung vom 3. Juli 1987<sup>66)</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 einstufte. Dabei verweist er insbesondere darauf, daß „nach inzwischen gewonnenen Erkenntnissen... sich das Vertragsrecht als keine sichere Beurteilungsgrundlage für die steuerliche Einordnung der Software“ erwiesen habe. „Denn das Vertragsrecht ist im Fluß...“<sup>67)</sup>

Wenn nun der BGH davon ausgeht, daß bei Standardsoftware auf den „Datenträger mit dem darin verkörperten Programm“<sup>68)</sup> abzustellen ist und insofern eine körperliche Sache vorliegt, so muß dies auch Rückwirkungen auf die Rechtsprechung des BFH haben. Es kann nun nicht mehr angehen, daß Computerprogramme steuerrechtlich als immateriell, zivilrechtlich dagegen als materiell angesehen werden. Insofern wird der BFH auf Dauer von der Einstufung von Standardsoftware als materielles Wirtschaftsgut ausgehen müssen.

### X. Schluß

Insgesamt dürfte somit klar geworden, daß der BGH mit seiner These von der Softwareüberlassung als Sachkauf unbewußt eine Lawine ausgelöst hat, deren Wucht die bisherige softwarerechtliche Landschaft auf Dauer grundlegend verändern wird.

Bewiesen ist mit dieser Entscheidung aber auch, daß des Kaisers neue Kleider nicht immer die besten sind: Sind die Vorschriften des BGB denn wirklich nur zugeschnitten „auf Kaufsachen, wie sie zur Zeit der Jahrhundertwende üblicherweise Gegenstand der Kaufverträge waren“<sup>69)</sup>

Anscheinend gerät die Verbeugung der Zivilrechtler vor der vermeintlichen Wunderlandschaft der EDV z. Z. zu tief. Mit dem Computer soll auf einmal alles anders geworden sein; nichts im BGB passe mehr richtig – die klassischen Lehren des bürgerlichen Rechts seien Schnee von gestern. Die neue Entscheidung des BGH zeigt aber wieder einmal deutlich, daß sich das akzeptable BGB durchaus als flexibel genug erweisen kann, um die in einer modernen Informationsgesellschaft auftretenden zivilrechtlichen Probleme adäquat und sachgerecht lösen zu können.

58) Wolf (Anm. 55), S. 94.

59) Vgl. hierzu allgemein Voß, Die ertragssteuerrechtliche Behandlung von Software, 1987, S. 18 ff. m. w. N.; Beer-mann, CR 1986, S. 709-712.

60) Ein sehr guter Überblick über die Problematik und die verschiedenen in der finanzrechtlichen Rechtsprechung vertretenen Lösungsansätze findet sich in der Urteilsbegründung des BFH, Ur. v. 3. Juli 1987 – III R 7/86 = CR 1987, S. 576 ff. m. w. N.

61) FG Berlin, Ur. v. 26. 2. 1975, 1975 EFG, S. 402; Ur. v. 12. 3. 1975, 1975 EFG, S. 403; Ur. v. 8. 7. 1981 – II 154/80 (unveröff.); Ur. v. 17. 3. 1982 – II 273/80, 1982 EFG, S. 59; Ur. v. 27. 10. 1982 – II 138/80, 1983 EFG, S. 438; Ur. v. 18. 9. 1985 – II 292/82 = CR 1986, S. 719 mit Anm. Kahlen. Ebenso jetzt auch die sehr erhellende Argumentation des FG Münster, Ur. v. 3. 7. 1986 – IV 2925/85 F = CR 1987, S. 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.).

62) FG Berlin (Anm. 44), CR 1986, S. 719 (Leits. 1).

63) BFH, Ur. v. 5. 10. 1979 – III R 40/76 = BFHE 129, S. 110 = BStBl II 1980, S. 17 = DB 1989, S. 143; BFH, Ur. v. 5. 10. 1979 – III R 78/75 = BFHE 128, S. 575 = BStBl II 1980, S. 16.

64) BFH v. 3. 12. 1982 – III R 132/81 = BStBl 1983 II, S. 647/749 = DB 1983, S. 1183, 1184. In der Literatur wird diese Ansicht auch vertreten von Fredericks, DStR 1969, S. 691 (693f.); Walter, DB 1980, S. 1766 ff. und 1815 ff. m. w. N.

65) BFH DB 1983, S. 1184.

66) BFH, Ur. v. 3. 7. 1987 – II R 7/86 = CR 1987, S. 576 ff. = JuR 1987, S. 371 ff.

67) BFH, JuR 1987, S. 373 = CR 1987, S. 578.

68) BGH DB 1988, S. 106 = BB 1988, S. 22.

69) So OLG Schleswig, Ur. v. 6. 1. 1981 – 11 U 117/80 = ZIP 1982, S. 457 (458).