

### Anmerkung

Seit dem 18. 10. 1989 muß der Softwarehandel vorsichtig sein, hat doch der Bundesgerichtshof an diesem Tag ein Urteil getroffen<sup>1</sup>, das weite Bereiche des EDV-Markts unmittelbar betrifft: Wer Software auf der Grundlage einer Ratenzahlungsvereinbarung vertreibt, ist nach Ansicht des *BGH* an die Verbraucherschutzvorschriften des Abzahlungsgesetzes gebunden. Das heißt im Klartext: Der Händler muß damit rechnen, daß sein Kunde unter Berufung auf § 1 b AbzG die Zustimmung zum Vertrag binnen einer Woche widerruft. Darüber hinaus muß er seinen Vertragspartner sogar schriftlich über dieses Widerrufsrecht belehren und dafür Sorge tragen, daß der Kunde diese Belehrung gesondert unterschreibt; ansonsten kann die Vertragserklärung auch nach Ablauf der Wochenfrist widerrufen werden.

Wie kam der *BGH* zu diesem Urteil? Ausgangspunkt der Entscheidung war – wie häufig – ein Streit zwischen einem Ingenieurbüro, das mit Standardsoftware handelte, und einem unzufriedenen Kunden, der ein Softwarepaket für den Preis von 18 000,- DM, zahlbar in 36 Monatsraten zu 500 DM, erworben hatte. Dieses Softwarepaket war in der Weise geliefert worden, daß der Händler das auf einer Festplatte befindliche Programm durch Kabelverbindung auf eine im Computer des Kunden befindliche andere Festplatte überspielte. Bald nach dem ersten Einsatz des Programms erklärte der Anwender aus Unzufriedenheit seinen Rücktritt vom Vertrag. Der Händler klagte daraufhin auf Zahlung der offenen Raten und erhielt zunächst in erster Instanz Recht. Vor dem Oberlandesgericht<sup>2</sup> und dem *BGH* verlor der Händler dann aber seinen Prozeß.

In der Urteilsbegründung stellen die Richter des *BGH* zu Recht darauf ab, daß der Anwender wirksam vom Vertrag zurückgetreten sei, da das Abzahlungsgesetz hier Anwendung finde. Nun haben in früherer Zeit einige Juristen darauf hingewiesen, daß das Abzahlungsgesetz nur für den Ratenkauf beweglicher Sachen gelte; Software sei aber im wesentlichen ein immaterielles, unkörperliches Gut und insofern keine „Sache“<sup>3</sup>.

Die besondere Bedeutung der neuen *BGH*-Entscheidung liegt nun darin, daß die Richter dieser Rechtsansicht eine klare Abfuhr erteilt haben: Datenträger mit dem darin verkörpertem

<sup>1</sup> *BGH*, UrI. v. 18. 10. 1989 – VIII ZR 325/88 = NJW 1989, 320 = CR 1990, 4 m. Anm. *Heymann* = WM 1989, 1890 = DB 1989, 2596 m. Anm. *König*.

<sup>2</sup> Das Urteil ist veröffentlicht in der NJW 1989, 2635 f. m. Anm. *König* sowie *Computer und Recht* 1989, 692 mit Anm. *Bartsch*.

<sup>3</sup> So etwa *OLG Stuttgart*, Urteil v. 3. 1. 1986 – 2 U 70/85 = *Computer und Recht* 1986, 539; *Zabrat Informatik und Recht* 1986, 252 f.; *Schneider*, *Softwarevertragsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht*, München 1988, 66 f. mit weit. Nachw.

In seiner Grundsatzentscheidung vom 3. 7. 1987<sup>23</sup> hat sich der *BFH* jedoch unglücklicherweise von seiner bisherigen Rechtsprechung distanziert: Angesichts der für ihn beängstigenden Komplexität des Softwaremarkts stuften die Richter schlichtweg alle Computerprogramme als immaterielle Wirtschaftsgüter ein. Dabei verwiesen sie 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 ...“.

Wenn nun der *BGH* davon ausgeht, daß Standardsoftware als körperliche Sache einzustufen sei, so müssen sich daraus auch Konsequenzen für die steuerrechtliche Qualifizierung von Software ergeben. Zwar hat der *BGH* in seiner Entscheidung ausdrücklich betont, daß der *BFH* „mit anders gelagerten Fragestellungen“ zu tun und ihre Argumentation daher keinerlei Einfluß auf das Steuerrecht habe. Es kann m. E. aber nicht mehr angehen, daß Computerprogramme steuerrechtlich als immateriell, zivilrechtlich dagegen als materiell angesehen werden. Insofern sollte sich der *BFH* auf Dauer nicht den Argumenten des *BGH* verschließen und einer einheitlichen Einstufung von Standardsoftware als materielles Wirtschaftsgut zustimmen.

Dr. Thomas Hoeren, Münster

<sup>23</sup> *BFH*, Urt. v. 3. 7. 1987 - III R 7/86 = Computer und Recht 1987, 576 ff. = Informatik und Recht 1987, 371 ff. Vgl. hierzu auch die Entscheidung des *BFH* vom 5. 2. 1988 - III R 49/83 = Computer und Recht 1989, 199 f. = NJW 1988, 2504.

<sup>24</sup> *BFH* Informatik und Recht 1987, 373 = Computer und Recht 1987, 578.

## Insolvenzrecht

VerglO § 42; KO § 1. +

Hat der Vergleichsverwalter mit Zustimmung des Vergleichsschuldners zur Fortführung des Geschäfts mit dessen Abnehmern einerseits und den nach Vergleichseröffnung beauftragten Lieferanten andererseits vereinbart, daß die Zahlungen der Abnehmer auf ein Anderkonto des Vergleichsverwalters geleistet werden, um die Forderungen dieser Lieferanten aus dem Konto zu befriedigen, so kann dies im Fall des Anschlußkonkurses an einem Guthaben in Höhe dieser Forderungen entweder ein Aus- oder ein Absonderungsrecht begründen.

*BGH*, Urteil v. 12. 10. 1989 - IX ZR 184/88 (*OLG Stuttgart*).

Der Kläger ist Verwalter in dem am 6. 10. 1986 eröffneten Anschlußkonkurs über das Vermögen der K.GmbH B + Be KG in F (im folgenden: KG oder Gemeinschuldnerin). Sie befaßte sich im wesentlichen mit der schlüsselfertigen Erstellung von Industrie- und Wohnbauten. Die KG und die K GmbH beantragten am 23. 12. 1985 die Eröffnung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses. Durch Gerichtsbeschluß vom selben Tage wurde der Beklagte, ein Rechtsanwalt, zum vorläufigen Vergleichsverwalter bestellt. Ihm wurden die Kassenführung und die Mitwirkung bei der Eingehung von Verbindlichkeiten übertragen (§ 57 VerglO). Zugleich wurde gegen die Antragstellerinnen ein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen und bestimmt, daß sie über Vermögensstücke nur mit Zustimmung des Beklagten verfügen und Verbindlichkeiten nur mit seiner Zustimmung eingehen und daß ihre Schuldner Zahlungen nicht mehr an sie leisten dürften. Am 26. 3. 1986 wurde das Vergleichsverfahren über das Vermögen der KG eröffnet; der Beklagte wurde zum Vergleichsverwalter bestellt. Am 2. 6. 1986 wurde der Vergleichsvorschlag angenommen; die Gläubiger stimmten der Fortführung des Unternehmens in der vorgesehenen Form zu. Am 18. 12. 1985 - kurz vor der Stellung des Vergleichsantrags - hatte die KG als Generalbau-

unternehmerin mit der B + Wo Grundstücksverwertungsges. mbH in W. als Bauherrin (fortan: Bauherr) einen „Generalunternehmer-Vertrag“ geschlossen, in dem sie sich für einen Pauschalpreis von 2,3 Mio DM, der nach Baufortschritt zu zahlen war, zur schlüsselfertigen Erstellung des zwölf Stadthäuser umfassenden Bauvorhabens P.-Straße 170 in W. verpflichtete. Die KG war berechtigt, Teilleistungen für das Bauvorhaben in eigenem Namen und für eigene Rechnung an Subunternehmer weiterzugeben. Der Beklagte genehmigte die Durchführung des Generalunternehmervertrages und erteilte die Zustimmung zum Abschluß von Werkverträgen der KG mit Subunternehmern. Er erklärte sich bereit, Sofortkasse zu leisten, und bat die Subunternehmer, ihre Konditionen auf ein Zahlungsziel von zehn Tagen einzurichten, „damit ein reibungsloser kaufmännischer Ablauf mit Eingangsprüfung, Rechnungsprüfung und Zahlungsabwicklung gewährleistet werden kann.“ Ferner gab er gegenüber den Subunternehmern folgende Erklärung ab:

„Der Vergleichsverwalter ... bestätigt dem Auftragnehmer, daß alle berechtigten Forderungen des Auftragnehmers nach dem 23. 12. 1985 (Tag des Vergleichsantrags) aus diesem Vertrag gegenüber K sichergestellt sind und die Zahlungen entsprechend den vereinbarten Zahlungsbedingungen geleistet werden.“

Der Auftragnehmer seinerseits anerkennt, daß alle geleisteten Zahlungen ausschließlich für den vorgesehenen Zweck, nämlich für diesen Auftrag zur Verrechnung kommen.

Aufrechnungen gegenüber Altforderungen sind ausgeschlossen.

Am 12. 8. 1986 eröffnete der Beklagte zur weiteren Abwicklung absprachegemäß bei der D Bank AG F. ein Anderkonto, das unter der Bezeichnung „Rechtsanwalt I. Sonderkonto Objekt P.-Straße“ geführt wurde. Es diente dem Zweck, Zahlungen des Bauherrn aufzunehmen und die berechtigten Forderungen der Subunternehmer zu bedienen. Entsprechend den Absprachen mit den Beteiligten wurde danach der gesamte das Objekt P.-Straße betreffende Zahlungsverkehr über dieses Konto abgewickelt. Bei Eröffnung des Anschlußkonkurses wies das Konto ein ausschließlich aus Zahlungen des Bauherrn resultierendes Guthaben von 282511,46 DM auf. In der Folgezeit leitete der Beklagte den überwiegenden Betrag an Subunternehmer des Bauvorhabens P.-Straße weiter.

Der Kläger nimmt das bei Konkursöffnung vorhandene Guthaben für die Masse in Anspruch und verlangt vom Beklagten Zahlung des Guthabens nebst Zinsen. Dieser hat geltend gemacht, das Guthaben sei aufgrund treuhänderischer Gebundenheit für Ansprüche der Subunternehmer zu verwenden. Hilfsweise hat er sich auf ein Einbehaltungsrecht berufen. Das *LG* hat der Klage stattgegeben (*LG Stuttgart* ZIP 1988, 45; *EWiR* § 117 KO 1/87, 1229 [Balz]). Das *OLG* hat sie abgewiesen (*OLG Stuttgart* ZIP 1988, 1344; *EWiR* § 106 VerglO 1/88, 1131 [J. Mohrbutter]).

Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

I. Das Berufungsgericht nimmt an, der Bauherr habe wegen des eingeleiteten Vergleichsverfahrens ein erhebliches Interesse daran gehabt, daß die von ihm zu leistenden Zahlungen nicht zu anderen Zwecken verwendet würden als zur fortlaufenden Bezahlung der berechtigten Forderungen der Subunternehmer, die andernfalls die Fortführung der Arbeiten einstellen würden mit der für den Bauherrn erheblichen Gefahr, daß eine Weiterführung des Bauvorhabens unmöglich oder mit ganz erheblichen zusätzlichen Aufwendungen verbunden wäre. So sei es verständlich, wenn der Bauherr sich nicht mit der Kassenführung durch den Beklagten begnügt habe, sondern zu seiner weiteren Absicherung nach einer entsprechenden Regelung mit dem Beklagten seine Zahlungen auf ein von diesem eingerichtetes Anderkonto habe leisten wollen. Ebenso verständlich sei es, wenn die nach Vergleichseröffnung beauftragten Subunternehmer zu ihrer Absicherung nicht nur auf einen Ausgleich ihrer Forderungen gegen die KG durch den Beklagten hätten vertrauen wollen, sondern die Zusage, ihre vertragsgemäßen Ansprüche aus dem Anderkonto befriedigt zu erhalten, angenommen hätten. Die Zusage sei in der Bestätigung des Beklagten zu sehen, ihre berechtig-

Programm stellen körperliche Sachen dar<sup>4</sup>; bei der Überlassung einer Programmdiskette liegt insofern auf jeden Fall ein Sachkauf vor, so daß in diesem Fall das Abzahlungsgesetz unmittelbar anwendbar ist. Verzichtet der Händler auf den Einsatz von Datenträgern (etwa – wie hier durch Überspielen des Programms via Datenfernübertragung), so schließt auch das nicht die Geltung des AbzG aus: Nach Ansicht der Richter „rechtfertigt diese nur auf den fortgeschrittenen technischen Möglichkeiten beruhende unmittelbare Installation der gekauften Standard-Software im Computer des Käufers als Endanwender bei gleichem wirtschaftlichem Endzweck des Geschäfts die entsprechende Anwendung der Vorschriften“ des AbzG<sup>5</sup>.

Diese Argumentation des BGH hat aber wiederum Konsequenzen, die weit über die Frage der Anwendbarkeit des AbzG hinaus reichen. Da der Begriff der beweglichen Sache ein zentraler Anknüpfungspunkt für die Geltung vieler Gesetze ist, bedeutet die Annahme einer Sachqualität von Software gleichzeitig auch, daß der gesamte EDV-Markt von nun an einer Fülle rechtlicher Bindungen unterliegt<sup>6</sup>.

– Ein zuerst von *Adolf Maier*<sup>7</sup> ins Spiel gebrachte softwarerechtliches Problem betrifft die Frage der Kaufmannseigenschaft von Softwareunternehmen. So geht *Maier* zwar mit Recht davon aus, daß Software-Anbieter ein Gewerbe betreiben; allerdings sei dies kein Grundhandelsgewerbe im Sinne des Handelsgesetzbuches. Denn bei Standardsoftware fehle es angesichts ihres immateriellen Charakters an der Wareneigenschaft im Sinne der § 1 II Nr. 1 HGB.

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 auch ohne Eintragung ins Handelsregister als Mußkaufleute tätig – mit allen Rechten und Pflichten, die sich aus dieser Stellung ergeben<sup>8</sup>.

– Mit der Produkthaftpflichtlinie der EG vom 25. 7. 1985<sup>9</sup> und deren Umsetzung in das kürzlich verabschiedete Produkthaftungsgesetz<sup>10</sup> wurde in der Bundesrepublik eine neue Epoche des Produkthaftrechts eingeläutet.

Fraglich war bisher aber immer, inwieweit die Regeln zur Produzentenhaftung auch für die Hersteller von Standardsoftware gelten<sup>11</sup>. Probleme ergeben sich hier wieder daraus, daß etwa bei § 2 des oben erwähnten Gesetzes der Begriff des Produkts mittels des Sachbegriffs des BGB und damit auch über die Körperlichkeit des Gegenstands definiert wurde:

<sup>4</sup> So bereits BGH, Urteil v. 4. 11. 1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135 = JZ 1988, 460 (*Junker*); vgl. hierzu auch ausführlich *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, München (Beck) 1989, RdNr. 71 ff. mit weit. Nachw.

<sup>5</sup> Der BGH verweist als weitere Vertreter dieser Ansicht u. a. auf *Dörner/Jersch Informatik und Recht* 1988, 137, 142. Vgl. hierzu jetzt auch *Hoeren* (Fußn. 4), Softwareüberlassung, RdNr. 346 ff. mit weit. Nachw.

<sup>6</sup> Die folgenden Ausführungen zeigen nur einige wenige Konsequenzen der neuen BGH-Entscheidung; wegen der weiteren Konsequenzen siehe *Hoeren* (Fußn. 4), Softwareüberlassung, RdNr. 144 ff. und *ders.* Recht der Datenverarbeitung 1988, 115 ff.

<sup>7</sup> *Adolf Maier*, Zur Kaufmannseigenschaft von Software-Entwicklern, in: NJW 1986, 1909–1913.

<sup>8</sup> 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 Gewährleistungsfragen führt.

<sup>9</sup> ABl. EG Nr. L v. 7. 8. 1985, 29, abgedruckt in *Schmidt-Salzer/Hollmann*, Kommentar. EG-Richtlinie. Produkthaftung, Band 1: Deutschland, Heidelberg 1986, S. 2 ff.

<sup>10</sup> BT-DrS 11/2447; 11/5520; BR-DrS 636/89. Vgl. hierzu auch *Friedrich Graf v. Westphalen*, Das neue Produkthaftungsgesetz, in: NJW 1990, 83 ff.

<sup>11</sup> Für den EG-Bereich ist diese Frage bereits durch eine Stellungnahme der EG-Kommission geklärt; vgl. Amtsblatt der EG vom 8. 5. 1989, Nr. C 114/42. Vgl. hierzu auch *Hoeren*, EEC computer law, in: *Chris Reed*, Computer law, London 1990 (erscheint im Frühjahr 1990).

„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>12</sup>.

Da aber Standardsoftware bisher immer als immaterielles Gut betrachtet wurde, wußte sich die wenige EDV-rechtliche Literatur zu diesem Thema<sup>13</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“ behandelte<sup>14</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 und Vertrieb den gleichen Produkthaftungsregeln wie Bücher, Schallplatten oder Videokassetten auch<sup>15</sup>.

– Als letztes Beispiel für die Konsequenzen der neuen BGH-Entscheidung sei hier der schwierige Bereich der steuerrechtlichen Einordnung von Software erwähnt. Eine große Anzahl steuerlicher Vergünstigungen setzen das Vorliegen eines materiellen Wirtschaftsgutes voraus<sup>16</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>17</sup>. Zu Recht hat das FG Berlin in mehreren Urteilen<sup>18</sup> ausgeführt, daß ein Computerprogramm dann ein materielles Wirtschaftsgut sei, „wenn es serienmäßig hergestellt und vertrieben wird“<sup>19</sup>.

Nach anfänglichem Zögern<sup>20</sup> neigte auch der BFH zeitweilig dazu, datenträgergebundene Standardprogramme unter bestimmten Voraussetzungen als materielle Wirtschaftsgüter anzuerkennen<sup>21</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>22</sup>.

<sup>12</sup> Ähnlich auch Art. 2 der EG-Richtlinie.

<sup>13</sup> *Friedrich-Wilhelm Engel*, Produzentenhaftung für Software, in: CR 1986, 702–707; *M. Hackemann*, Die Produzentenhaftung des Software-Herstellers – ein Problem für die Praxis?, in: *Gorny/Kilian* (Hg.), Computersoftware und Sachmängelgewährleistung, Stuttgart 1985, 191–206.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen von *Axel Bauer*, Produkthaftung für Software nach geltendem und künftigem deutschem Recht, in: *Produkthaftung International* 2/1989, 38 ff. und 3/1989, 98 ff. *Bauer* will den Anwendungsbereich des Produkthaftungsrechts im Softwarebereich – mit z. T. zweifelhaften Argumenten – möglichst begrenzen; vgl. *Hoeren*, Produkthaftung für Software, in: *Produkthaftung International* 4/1989, 138 ff.

<sup>15</sup> *Engel* CR 1986, 707.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu den demnächst in der Computerwoche erscheinenden Beitrag von *Heymann* zur Geltung des neuen Produkthaftungsgesetzes im Softwarebereich.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu allgemein *Jörg-Peter Voß*, Die ertragssteuerrechtliche Behandlung von Software, Bonn 1987, 18 ff. m. w. N.; *Albert Beermann*, Finanzrechtsprechung zur Software, in: *Computer und Recht* 1986, 709–712.

<sup>18</sup> Ein sehr guter Überblick über die Problematik und die verschiedenen in der finanzrechtlichen Rechtsprechung vertretenen Lösungsansätze findet sich in der Urteilsbegründung der BFH, Ur. v. 3. 7. 1987 – III R 7/86 = CR 9/1987, 576 ff. m. w. N.

<sup>19</sup> *FG Berlin*, Ur. v. 12. 3. 1975 = EFG 1975, 403; 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 = *Computer und Recht* 1986, 719 mit Anm. *Kahle* u. a.

<sup>20</sup> *FG Berlin* (Fußn. 17), *Computer und Recht* 1986, 719 (Leits. 1).

<sup>21</sup> *BFH*, Ur. v. 5. 10. 1979 – III R 40/76 = BFHE 129, 110 = BStBl II 1980, 17 = DB 1980, 143; *BFH*, Ur. v. 5. 10. 1979 – III R 78/75 = BFHE 128, 575 = BStBl II 1980, 16.

<sup>22</sup> *BFH* v. 3. 12. 1982 – III R 132/81 = BStBl 1983, II, 647/749 = DB 1983, 1183, 1184. In der Literatur wird diese Ansicht auch vertreten von *W. Freericks*, Sind EDV-Programme körperliche Wirtschaftsgüter?, in: *Deutsches Steuerrecht* 1969, 691 ff., 693 f.; *Walter*, Ertragssteuerrechtliche Behandlung von Software (Computerprogrammen), in: *Der Betrieb* 1980, 1766 ff. und 1815 ff. m. w. N.

<sup>23</sup> *BFH* Der Betrieb 1983, 1184.