



Rechtsanwalt *Dr. Friedrich Graf von Westphalen*, Köln

## **Zivilrechtliche und steuerrechtliche Fragen beim Software-Leasing**

### INHALT

<b>I. Zivilrechtliche Bewertung</b> .....	2
1. Der Beschaffungsvorgang im Verhältnis Leasinggeber – Softwarehaus .....	2
a) Bei Bestehen eines Urheberrechtsschutzes gemäß § 2 Abs. 2 UrhG .....	2
b) Bei Beschaffung einer Individualsoftware .....	2
c) Bei Beschaffung einer Anwenderstandard-Software .....	4
d) Bei Beschaffung von Betriebssoftware .....	6
2. Der Vertrag zwischen Leasinggeber – Leasingnehmer .....	6
a) Betreffend die Hardware .....	6
b) Betreffend die Software .....	6
3. Rechtliche Einheit von Hardware- und Software-Verträgen? .....	6
a) Die BGH-Entscheidung vom 4. 11. 1987 .....	6
b) Die BGH-Entscheidung vom 11. 3. 1987 .....	7
c) Die BGH-Entscheidung vom 1. 7. 1987 .....	7
d) Die instanzgerichtliche Judikatur .....	7
e) Eigene Auffassung .....	8
4. Schlußfolgerungen für die Praxis .....	9
a) Für die Vertragsgestaltung .....	9
b) Der Lieferant der Hard- und der Lieferant der Software als Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers .....	9
5. Abnahme- und Gewährleistungsklauseln .....	11
a) Abnahmeklauseln .....	11
b) Gewährleistungsklauseln .....	11
<b>II. Steuerrechtliche Bewertung</b> .....	11
1. Der Tatbestand von § 39 Abs. 2 Ziff. 1 AO .....	11
2. Die Software als immaterielles Wirtschaftsgut .....	12
a) Die BFH-Entscheidung vom 3. 7. 1987 .....	12
b) Die Beurteilung der BFH-Entscheidung vom 3. 7. 1987 .....	12
3. Die steuerrechtliche Beurteilung des Erwerbvorgangs .....	13
a) Der Erwerbstatbestand gemäß § 5 Abs. 2 EStG .....	13
b) Die Voraussetzungen für die Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens .....	13
4. Die steuerrechtlichen Konsequenzen .....	13
a) Der Beschaffungsvorgang: Softwarehaus – Leasinggeber .....	13
b) Der Überlassungsvorgang: Leasinggeber – Leasingnehmer .....	14
<b>Zusammenfassung</b> .....	14

Eine Analyse der in der Leasingbranche praktizierten Software-Überlassungsverträge hat folgenden Regelfall herauskristallisiert: Zwischen dem Softwarehaus und dem Anwender wird ein Software-Überlassungsvertrag verhandelt, der ein zunächst auf einen Dritten weiter übertragbares, nicht ausschließliches und zeitlich unbegrenztes Recht zum Gegenstand hat, die überlassene Software zu nutzen. Anschließend wird vom Anwender ein Leasinggeber eingeschaltet. Das Softwarehaus räumt diesem ein nicht-ausschließliches, auf einen Dritten übertragbares Nutzungsrecht ein, das zeitlich unbegrenzt ist. Häufig ist hierbei die Konstellation, daß zwischen Softwarehaus und Leasinggeber vereinbart wird, daß das Recht der Weiterüberlassung nur zugunsten eines namentlich benannten Anwenders – Leasingnehmers – akkordiert wird. Parallel hierzu wird zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer ein Vertragsverhältnis begründet, bei dem die leasingspezifischen Besonderheiten Beachtung finden: Software-Leasing vollzieht sich dabei regelmäßig entweder in Form eines optionslosen Vollamortisationsvertrages oder im Rahmen eines kündbaren Teilamortisationsvertrages mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers.

Verschiedentlich erreicht auch der Leasinggeber, daß er berechtigt ist, nach Beendigung des Leasingvertrages die Nutzung der Software einem Dritten zu ermöglichen, praktisch in Form eines Verwertungsrechts. Solche Regelungen finden sich offenbar häufiger für den Fall einer vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrages, seltener generell.

Äußerst selten ist die Vertragsgestaltung, daß dem Anwender – Leasingnehmer – das Recht zur uneingeschränkten Weiterüberlassung zugestanden wird; regelmäßig schließt dies nämlich ein, daß dann das Softwarehaus die »Source Codes« dem Leasinggeber überläßt.

Abgesehen von diesen Fällen finden sich in der Praxis der Software-Überlassungsverträge auch Vertragsgestaltungen, wonach das Softwarehaus vorschreibt, daß die Software nur in Koppelung an eine bestimmte Hardware benutzt werden darf.

Gegenstand der in der Leasingbranche üblichen Software-Leasingverträge sind dabei in erster Linie die Systemsoftware und die Anwenderstandard-Software; überschlägigen Schätzungen zufolge machen diese Verträge ein Volumen von mindestens 90% aus. Fälle, in denen typische Individualsoftware Gegenstand des EDV-Leasingvertrages ist, sind selten. Die »Firmware« hingegen ist regelmäßig – auch im Rahmen der EDV-Leasingverträge – unmittelbarer Gegenstand des Hardware-Vertrages.

## I. Zivilrechtliche Bewertung

### 1. Der Beschaffungsvorgang im Verhältnis Leasinggeber – Softwarehaus

Unter Berücksichtigung der zuvor aufgezeigten tatbestandlichen Alternativen, die für das Software-Leasing typisch sind, stellt sich zunächst die Frage, wie der Beschaffungsvorgang im Verhältnis Leasinggeber – Softwarehaus unter Berücksichtigung der verschiedenen Kategorien der »Software« – Individualsoftware, Anwenderstandard-Software, Systemsoftware – rechtlich einzuordnen ist.

#### a) Bei Bestehen eines Urheberrechtsschutz gemäß § 2 Abs. 2 UrhG

In Anwendung der früher von der Judikatur entwickelten Grundsätze<sup>1)</sup> hat nunmehr der BGH den Standpunkt eingenommen, daß nur solche Computer-Software den Werkbegriff des § 2 Abs. 2 UrhG erfüllt, welche in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen deutlich über dasjenige hinausgeht, was bei der Erstellung von Computerprogrammen dem Durchschnittskönnen entspricht<sup>2)</sup>. Anders gewendet: Ob ein Computer-Softwareprogramm urheberrechtlich geschützt ist<sup>3)</sup>, entscheidet sich danach, ob das Programm und seine Vorstufen einen hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad aufweisen<sup>4)</sup>.

Dies setzt voraus, daß ein Gesamtvergleich mit bereits bestehenden Gestaltungen vorgenommen wird: Alle in der Nähe von vorbekannten Anordnungen, Systemen, Aufbau- und Einteilungsprinzipien bleibenden Gestaltungsformen besitzen – so der BGH – keinen hinreichend schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad. Nichts anderes gilt auch für die nur mechanisch-technische Fortführung und Entwicklung des bereits Bekannten<sup>5)</sup>.

Mehr noch: »Das Können eines Durchschnittsprogrammierers, das rein Handwerksmäßige, die mechanisch-technische Aneinanderreihung und

Zusammenfügung des Materials liegt außerhalb jeder Schutzzfähigkeit<sup>6)</sup>.« Diese Einschätzung des BGH ist darauf zurückzuführen, daß ein Gesamtvergleich zwischen dem jeweiligen Computer-Softwareprogramm und dem Vorbekanntem erforderlich ist, um etwaige schöpferische Eigenarten des Computer-Softwareprogramms zu ermitteln, welche dann dem Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers gegenüberzustellen sind. Erst dann, wenn ein erheblicher Abstand auszumachen ist, welcher durch ein deutliches Übertragen der Gestaltungstätigkeit in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen gekennzeichnet ist, ist die untere Schwelle der Urheberrechtsschutzfähigkeit erreicht<sup>7)</sup>.

Ist, was selten der Fall ist, ein Software-Computerprogramm nach diesen Grundsätzen – ohnehin nur von einem Sachverständigen festzustellen – urheberrechtlich geschützt<sup>8)</sup>, so entspricht es der allgemeinen Auffassung, daß dann der zugrunde liegende Überlassungsvertrag als Nutzungsüberlassung gemäß §§ 581, 535 ff. BGB (analog) zu beurteilen ist<sup>9)</sup>.

Ungeachtet der Tatsache, daß – auch bei Bestehen eines Urheberrechtsschutzes – anerkanntermaßen die Parteivereinbarung Maß gibt<sup>10)</sup>, ist – jedenfalls für den Bereich des Software-Leasings – an der mietrechtsähnlichen Qualifikation des Nutzungsüberlassungsvertrages zwischen Softwarehaus und Leasinggeber festzuhalten. Denn entscheidend ist, daß das Softwarehaus – wie zuvor kurz apostrophiert – dem Leasinggeber das Urheberrecht nicht überträgt (vgl. § 29 Satz 2 UrhG), sondern daß dem Leasinggeber lediglich das Nutzungsrecht mit der Maßgabe eingeräumt wird, daß ein Anwender – der Leasingnehmer – berechtigt ist, das Computer-Softwareprogramm zu nutzen<sup>11)</sup>.

#### b) Bei Beschaffung einer Individualsoftware

##### aa) Der Standpunkt der h. M.

Der Vertrag über die Herstellung von Individualsoftware wird üblicherweise unter Berücksichtigung eines vom Besteller/Leasingnehmer herührenden Pflichtenhefts erarbeitet<sup>12)</sup>. Es entspricht bislang gesicherter Erkenntnis, daß ein solcher Vertrag als Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB einzuordnen ist<sup>13)</sup>. Auch die Literatur teilt diese Auffassung<sup>14)</sup>.

Der Schwerpunkt eines solchen Vertrages liegt darin, eine auf die speziellen Bedürfnisse des Bestellers/Leasingnehmers zugeschnittene Software – einschließlich einer Dokumentation – zu erstellen<sup>15)</sup>. Unter dieser Voraussetzung ist es unerheblich, ob der Leasinggeber – was üblicher Vertragsgestaltung entspricht – ein Einmal-Entgelt zahlt oder ob er – entsprechend der Typizität eines Nutzungsvertrages – die geschuldeten Entgeltleistungen auf die Dauer des Vertrages erstreckt. Denn nicht die Entgeltleistung, sondern die Sachleistung gibt einem gegenseitigen Vertrag das Gepräge.

##### bb) Der eigene Standpunkt beim Software-Leasing

###### aaa) Die fehlende freie Verfügungsbefugnis des Bestellers

Doch es stellt sich die entscheidende Frage, ob die werkvertragliche Kategorisierung den beim Software-Leasing typischen Tatbestand hinreichend umschreibt, daß nämlich der Leasinggeber trotz Zahlung eines Einmal-Entgelts lediglich ein nicht-ausschließliches, *beschränktes* Nutzungsrecht mit der Maßgabe erhält, es einem Anwender – dem Leasingnehmer – zur Nutzung zu überlassen. Notwendigerweise fehlt nämlich einer solchen Vertragsgestaltung das Merkmal der freien Verfügungsbefugnis des Bestellers. Deshalb stellt sich die Frage, ob es mit

<sup>1)</sup> BGHZ 27 S. 351, 356 ff.; BGH, DB 1984 S. 2028 = GRUR 1984 S. 659, 661; vgl. auch *Erdmann*, RWS-Skript 152, S. 53 ff.

<sup>2)</sup> BGH, DB 1985 S. 2397, 2398 = BB 1985 S. 1747, 1750.

<sup>3)</sup> Vgl. auch *Loewenheim*, CR 1988 S. 799 ff.

<sup>4)</sup> Im einzelnen *Haberstumpf*, in: Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, II., Rdnr. 36 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. auch *Moritz/Tybusseck*, Computer-Software, Rdnr. 123 ff.

<sup>6)</sup> BGH, DB 1985 S. 2397, 2398 = BB 1985 S. 1747, 1750.

<sup>7)</sup> Vgl. *Erdmann*, CR 1986 S. 251 ff.; auch *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rdnrn. 532 ff.

<sup>8)</sup> Hierzu auch OLG München, CR 1988 S. 378; LG München, CR 1988 S. 379 – erlaubte, das Urheberrecht nicht verletzende Eingriffe bei Anpassung der Software.

<sup>9)</sup> *Brandt-Dohrn*, GRUR 1985 S. 183, 184; *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 341; im einzelnen *Haberstumpf*, a.a.O., Rdnr. 105 ff.

<sup>10)</sup> *Geissler/Pagenberg*, in: Lehmann, a.a.O., XIV., Rdnrn. 27 ff.; *Kindermann*, GRUR 1983 S. 150, 156 f.; *Becker/Horn*, DB 1985 S. 1274, 1278.

<sup>11)</sup> *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 341.

<sup>12)</sup> Im einzelnen *Nauroth*, CR 1987 S. 153 ff.

<sup>13)</sup> BGH, BB 1986 S. 1319; OLG Hamburg, CR 1986 S. 83; LG Hannover, BB 1985 S. 143.

<sup>14)</sup> *Köhler*, in: Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1988, XIII., Rdnr. 76; *Brandt-Dohrn*, Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln, S. 11; *Engel*, BB 1985 S. 1159, 1161; *Mehrings*, NJW 1986 S. 1904, 1907; *Kilian*, CR 1986 S. 187, 194.

<sup>15)</sup> *Köhler*, a.a.O., Rdnr. 70 ff.

der Systematik der §§ 631 ff. BGB vereinbar ist, den Typus eines Werkvertrages zu bejahen, obwohl dem Besteller lediglich ein eingeschränktes Nutzungsrecht überlassen wird.

Wäre der Vertrag über die Erstellung einer Individualsoftware als Werklieferungsvertrag gemäß § 651 BGB zu beurteilen, so wäre zwangsläufig – schon wegen des vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffes, aus dem das Werk hergestellt wird – eine Verpflichtung des Unternehmers zu bejahen, dem Besteller den Besitz und das Eigentum an dem aus dem angeschafften Stoff erstellten Werk zu übertragen<sup>16)</sup>. Diese Kategorisierung wäre indessen nur dann für die Erstellung einer Individualsoftware zutreffend, wenn man maßgebend auf den *Datenträger* abstellt und darauf abhebt, daß der Datenträger vom Softwarehaus im Sinn von § 651 BGB beschafft und dann mit der Maßgabe gestaltet wird, daß die zu programmierenden Daten auf dem Datenträger gespeichert werden<sup>17)</sup>. Diese Sicht läßt jedoch außer acht, daß gerade bei Herstellung einer Individualsoftware der schöpferische Akt im Vordergrund steht, während der Datenträger lediglich das Medium abgibt<sup>18)</sup>.

Ob die freie Verfügungsbefugnis des Bestellers über das in seinem Auftrag hergestellte Werk auch Wesensmerkmal des Werkvertrages gemäß §§ 631 ff. BGB ist, wird man indessen – schon wegen des Vorrangs der Parteivereinbarung – nur dann bejahen können, wenn und soweit der jeweilige Werkvertrag auf Besitz- und Eigentumsverschaffung gerichtet ist<sup>19)</sup>. Denn der Regelgehalt von § 631 Abs. 1 BGB erschöpft die Pflichten des Unternehmers in der Herstellung des versprochenen Werks, ohne daß es auf die freie Verfügungsbefugnis des Bestellers maßgebend ankommt. Konkretisiert wird diese Erkenntnis dadurch, daß die §§ 633 ff. BGB auf die vertragsgemäße, d. h. mangelfreie Herstellung des Werks abheben und darin Erfüllungspflichten sehen, die gemäß § 636 BGB vom Unternehmer rechtzeitig zu erbringen sind.

Daraus folgt: Das Fehlen einer freien Verfügungsbefugnis des Werkbestellers – hier: des Leasinggebers – hindert bei der Herstellung der Individualsoftware nicht, insoweit mit dem Standpunkt der h. M. einzugehen und einen Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB zu bejahen.

#### bbb) Die notwendige Differenzierung zwischen Herstell- und Überlassungspflichten

Gerade für den Bereich des Software-Leasing ist es jedoch typisch, daß die Individualsoftware nicht nach den Vorstellungen des Leasinggebers, sondern nach denen des Leasingnehmers entwickelt und erstellt wird; der Leasinggeber kontrahiert erst dann mit dem Softwarehaus, wenn und soweit klar ist, daß der Leasingnehmer bereit ist, über die zu erstellende Software einen Leasingvertrag abzuschließen<sup>20)</sup>. Anders gewendet: Die vom Softwarehaus erstellte Individualsoftware bezieht ihre werkvertragliche Kategorisierung aus den technischen Verhandlungen, wie sie zwischen Leasingnehmer und Softwarehaus ausgestaltet werden.

Mehr noch und ganz entscheidend: Im Vordergrund des Leasingvertrages steht notwendigerweise das Element der Nutzungsüberlassung<sup>21)</sup>. Dies gilt jedenfalls von dem Zeitpunkt an, in welchem der Leasingnehmer gegenüber dem Softwarehaus – und damit auch gegenüber dem Leasinggeber – die Abnahme der Software erklärt hat. Unter dieser Voraussetzung hat der Leasinggeber seine mit Hilfe des Softwarehauses (§ 278 BGB) zu erfüllende Verschaffungspflicht erfüllt, so daß von diesem Zeitpunkt an die Nutzungsüberlassungspflicht dem Vertrag das Gepräge gibt.

Diese Differenzierung zwischen dem Akt der Erstellung der Individualsoftware und ihrer Überlassung zwingt daher die Frage zu stellen, ob Beschaffungsvorgang sowie Überlassungs- und Nutzungsaspekt als zusammengesetzter oder als gemischter Vertrag zu begreifen sind. Von einem zusammengesetzten Vertrag ist immer dann die Rede, wenn mehrere Verträge aufgrund des Parteiwillens derart zu einem Gesamtvertrag zusammengefaßt sind, daß sie für die rechtliche Beurteilung eine Einheit bilden<sup>22)</sup>. Ob und inwieweit dies der Fall ist, ist gemäß §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln<sup>23)</sup>. Demgegenüber ist von einem gemischten Vertrag dann zu handeln, wenn Bestandteile verschiedener Vertragstypen derart miteinander verbunden sind, daß sie nur in ihrer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben<sup>24)</sup>. Praktisch häufigster Fall eines derartigen gemischten Vertrages ist der Kombinationsvertrag, der dadurch charakterisiert ist, daß eine Partei mehrere Hauptpflichten erfüllen muß, die ihrerseits – würde man sie getrennt betrachten – verschiedenen Vertragstypen entsprechen<sup>25)</sup>.

Die Grenzen zwischen einem zusammengesetzten Vertrag einerseits und einem gemischten Vertrag andererseits sind fließend<sup>26)</sup>. Dessen ungeachtet wird man unter strikter Beachtung der tatbestandlichen Vorgabe Beschaffung und Überlassung von Individualsoftware – bezogen auf das Vertragsverhältnis: Leasinggeber – Softwarehaus – dem Ty-

pus des Kombinationsvertrages den Vorrang einräumen müssen: Schließt ein Softwarehaus mit einem Leasinggeber einen Nutzungsvertrag ab, so ergibt sich zwingend aufgrund des typisierten Parteiwillens sowie aus dem Geschehensablauf selbst, daß – aus der Perspektive des Leasinggebers beleuchtet – gegenüber dem Akt der Erstellung der Individualsoftware die dem Leasingnehmer einzuräumende Nutzung mindestens gleichwertig ist. Der Leasinggeber hat an der ausschließlichen eigenen Nutzung der Individualsoftware kein Interesse; er hat auch weder die personellen noch die organisatorisch-sachlichen Ressourcen, um die Qualität der Software beurteilen zu können: Der Beschaffungsvorgang erhält sein wirtschaftlich-technisches Gepräge durch die Verhandlungen, die zwischen Leasingnehmer und Softwarehaus geführt wurden.

Anders gewendet: Schließt ein Softwarehaus mit einem Leasinggeber einen Nutzungsüberlassungsvertrag über Individualsoftware ab, so wird der Herstellvorgang durch das – beiden Parteien ohne weiteres erkennbare – Element der Nutzungsüberlassung ergänzt. Dies typisiert die Sachleistung des Softwarehauses gegenüber dem Leasinggeber.

#### ccc) Die Dominanz des Nutzungsvertrages?

Geht man also davon aus, daß zwischen der eigentlichen Erstellung der Individualsoftware und deren anschließenden Überlassung zu unterscheiden ist<sup>27)</sup>, so liegt ein Kombinationsvertrag vor, für den nunmehr die Frage beantwortet werden muß, ob die Absorptions- oder die Kombinationstheorie insoweit Maß gibt.

Würde man der Absorptionstheorie folgen<sup>28)</sup>, so müßte man einseitig die vom Softwarehaus gegenüber dem Leasinggeber geschuldete Hauptleistung in der Erstellung der Individualsoftware oder in deren Überlassung sehen. Die jeweils andere Pflicht wäre dann Nebenpflicht. Dies wäre jedoch nur dann zutreffend, wenn das Softwarehaus dem Leasinggeber die jeweiligen für die Erstellung der Individualsoftware notwendigen »Source Codes« zu Eigentum übertragen hätte. Dies ist praktisch selten.

Verbleibt aber die freie Verfügungsbefugnis über die »Source Codes« beim Softwarehaus, so ist der Beschaffungsvorgang im Verhältnis Leasinggeber – Softwarehaus, wie bereits angedeutet, durch zwei Hauptpflichten gekennzeichnet, die einander gleichrangig und gleichwertig gegenüberstehen, nämlich: die Erstellung der Individualsoftware und deren nicht-ausschließliche Überlassung zugunsten des Leasinggebers, dem gleichzeitig das Recht gegen Einmalzahlung gewährt wird, dem Leasingnehmer – als dem eigentlichen Nutzer der Individualsoftware – ein entsprechendes Nutzungsrecht zu gewähren.

Unter dieser Perspektive liegt es auf der Hand, daß lediglich die Kombinationstheorie das zutreffende Resultat liefert: Es sind daher für den jeweiligen Vertragsteil die maßgebenden Rechtsnormen kraft gleichgewichtiger Kumulation typenverschiedener Leistungen<sup>29)</sup> anzuwenden, die insoweit einschlägig sind. Dies bedeutet: Auf den Erstellungsakt der Individualsoftware finden die §§ 631 ff. BGB Anwendung; demgegenüber beurteilt sich das Nutzungsverhältnis auf der Ebene zwischen Leasinggeber und Softwarehaus nach eigenständig zu ermittelnden Vorschriften der §§ 581, 535 BGB.

Nach Auffassung des BGH kommt es freilich für die rechtliche Einordnung von Software-Überlassungsverträgen maßgebend darauf an, »ob die Überlassung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses oder im Wege eines einmaligen Erwerbsaktes gegen einmaliges Entgelt erfolgt«<sup>30)</sup>.

Zwar erwirbt der Leasinggeber vom Softwarehaus das Nutzungsrecht regelmäßig gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts. Doch ist unter Berücksichtigung der hier vertretenen Kombinationstheorie entscheidend, daß das vom Leasinggeber an das Softwarehaus gezahlte Einmal-Entgelt nicht nur den werkvertraglichen Erwerbsakt erfaßt, sondern auch das Nutzungsrecht zugunsten des Leasingnehmers als nicht-ausschließliches, zeitlich unbeschränktes Nutzungsrecht umschließt. Des-

<sup>16)</sup> Vgl. Palandt/Thomas, BGB, 14. Aufl., § 631 Anm. 2a.

<sup>17)</sup> So auch Köhler, a.a.O., Rdnr. 76.

<sup>18)</sup> BFH, DB 1987 S. 1970, 1972 = CR 1987 S. 576, 579; so auch Köhler, a.a.O.

<sup>19)</sup> So im Ergebnis Köhler, a.a.O., Rdnr. 76.

<sup>20)</sup> Vgl. BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818.

<sup>21)</sup> Vgl. BGH, DB 1985 S. 1981 = WM 1985 S. 573; BGH, DB 1985 S. 2553 = WM 1985 S. 1447.

<sup>22)</sup> BGHZ 76 S. 43, 49 = DB 1980 S. 825.

<sup>23)</sup> RGZ 103 S. 295, 297.

<sup>24)</sup> Palandt/Heinrichs, vor § 305 Anm. 5b.

<sup>25)</sup> Vgl. BGHZ 68 S. 372, 374 = DB 1977 S. 1742; BGHZ 74 S. 204, 207 = DB 1979 S. 1651.

<sup>26)</sup> Palandt/Heinrichs, vor § 305 Anm. 5b; Soergel/Wolf, § 305 Rdnr. 27 ff.

<sup>27)</sup> Vgl. auch Koch, a.a.O., Rdnr. 589.

<sup>28)</sup> Hierzu auch Soergel/Wolf, § 305 Rdnr. 28.

<sup>29)</sup> Hierzu Soergel/Wolf, § 305 Rdnr. 39.

<sup>30)</sup> BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492, 1493.

halb ist es verfehlt, für die Qualifikation des zugrundeliegenden Vertrages maßgeblich darauf abzustellen, ob das gezahlte Entgelt die Überlassungsleistung abgilt oder ob es sich um ein zeitbezogen zu entrichtendes, an der Nutzungsdauer orientiertes Entgelt handelt<sup>31)</sup>.

Berücksichtigt man vielmehr, daß die *Sachleistung* jedem gegenseitigen Vertrag das Gepräge gibt, so liegt im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Softwarehaus kein abschließender, einmaliger Erwerbsakt<sup>32)</sup> vor, sondern eine auf Dauer gerichtete Nutzungsüberlassung, der freilich ein Erstellungsvorgang im Hinblick auf die jeweils zu schaffende Individualsoftware vorangeht. Dies entspricht auch der leasing-typischen Einordnung, wie sie in der Rechtsprechung des BGH anzutreffen ist: Erst nachdem das Softwarehaus die Individualsoftware erstellt hat, ist der Leasinggeber in der Lage, gegenüber dem Leasingnehmer seine »Hauptpflicht«<sup>33)</sup> zu erfüllen, dem Leasingnehmer eine Individualsoftware zur Nutzung zu überlassen, die seinen technischen Vorstellungen entspricht. Kontrahiert ein Softwarehaus mit einem Leasinggeber, so ist dieser Tatbestand evident; würde das Softwarehaus der Auffassung sein, der Leasinggeber würde die Individualsoftware selbst nutzen wollen, hätte sie also für sich selbst angeschafft, so ginge dies an der Realität vorbei.

#### ddd) Abweichende Vertragsgestaltungen

Natürlich wäre dann anders zu entscheiden, wenn dem Leasinggeber die »Source Codes« überlassen worden wären. Unter dieser Voraussetzung wäre der Erwerbsakt geschlossen; der Leasinggeber hätte die freie Verfügungsbefugnis über die vom Softwarehaus erstellte Individualsoftware und könnte mit dieser nach Belieben verfahren. Ob er sie dann weiterveräußert oder Dritten zur Nutzung überläßt, ist für die rechtliche Einordnung des Beschaffungsvorgangs zwischen Softwarehaus und Leasinggeber irrelevant. Es liegt dann ein Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB vor; das Element der Nutzungsüberlassung ist nebensächlich, weil das vom Leasinggeber an das Softwarehaus gezahlte Einmal-Entgelt den werkvertraglichen Herstellvorgang abschließt.

Fraglich ist, ob die gleiche Kategorisierung auch dann gilt, wenn – was verschiedentlich vorkommt – dem Leasinggeber das Recht eingeräumt wird, die ihm überlassene Software nach Beendigung des Leasingvertrages generell, also nicht nur im Falle der Insolvenz, frei zu verwerten. Beurteilt man auch diesen Vorgang nach der Kombinationstheorie, so werden zunächst die wesentlichen Vertragspflichten im Verhältnis Leasinggeber – Softwarehaus zutreffend erfaßt: Der Beschaffungsvorgang hat werkvertraglichen Charakter im Sinne der §§ 631 ff. BGB, das Nutzungsrecht beurteilt sich nach den §§ 581, 535 BGB.

Doch man könnte daran denken, in diesem Zusammenhang deswegen die Absorptionstheorie eingreifen zu lassen, weil das dem Leasinggeber eingeräumte Verwertungsrecht darauf hindeutet, daß die Nutzungsüberlassung lediglich transitorischen Charakter hat und durch den dem Leasinggeber gestatteten – autonomen – Verwertungsvorgang begrenzt wird.

Für diese Kategorisierung sprechen in erster Linie wirtschaftliche Erwägungen. Die hier für den gewöhnlichen Fall vertretene Kombinationstheorie beruht darauf, daß die »Source Codes« beim Softwarehaus verbleiben, daß demzufolge der Leasinggeber keine eigene Verfügungsbefugnis über die erstellte Individualsoftware besitzt. Demzufolge hat der Leasinggeber nach Beendigung des Leasingvertrages – gleichgültig, aus welchem Grund diese erfolgt – kein eigenes Verwertungsrecht. Geprägt wird diese Konstellation auch durch die Erwägung, daß der Leasinggeber nur insoweit ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Individualsoftware hat, als sichergestellt ist, daß diese den technischen Bedürfnissen des Leasingnehmers entspricht.

Das dem Leasinggeber eingeräumte Verwertungsrecht zielt indessen auf die *Eigeninteressen* des Leasinggebers; es handelt sich hier um genuine Interessen des Leasinggebers, die nicht von den Interessen des Leasingnehmers abgeleitet sind. Demzufolge wird der Beschaffungsvorgang durch das dem Leasinggeber eingeräumte Verwertungsrecht entscheidend mitbestimmt. Zumindest im tatsächlichen Ergebnis steht daher dem Leasinggeber die freie Verfügungsbefugnis an der Individualsoftware zu, soweit ihm ein Verwertungsrecht eingeräumt ist. Daß gleichwohl die »Source Codes« beim Softwarehaus verbleiben, ist bei Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise kein zureichendes Gegenargument. So gesehen dominieren die werkvertraglichen Elemente der §§ 631 ff. BGB; das vom Leasinggeber an das Softwarehaus gezahlte Einmal-Entgelt erfaßt sowohl den Herstellungsakt als auch die dem Leasinggeber eingeräumte Verwertungsbezugnis. Deshalb liegt in diesen Fällen – unter Berücksichtigung der Absorptionstheorie – ein Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB vor.

Ist dem Leasinggeber – was teilweise ebenfalls Vertragspraxis ist – ein Verwertungsrecht nur und ausschließlich für den Fall der Insolvenz des Leasingnehmers, oder allgemeiner: für solche Fälle eingeräumt, in denen die Abwicklung des Software-Leasingvertrages nicht zur Vollamortisation führt, dann bleibt es bei den Ausführungen oben zu ccc).

#### eee) Zwischenergebnis

Unter Berücksichtigung der hier vertretenen Kombinationstheorie ist das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber – Softwarehaus im Hinblick auf Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als ein gemischter Vertrag einzuordnen: Sein Erstellungsvorgang richtet sich nach den §§ 631 ff. BGB; die Nutzungsüberlassung orientiert sich an den §§ 581, 535 ff. BGB. Damit ist ein leasingtypisches Ergebnis erreicht: Der Leasinggeber ist so in der Lage, seiner »Hauptpflicht«<sup>34)</sup> gegenüber dem Leasingnehmer nachzukommen, weil er verpflichtet ist, dem Leasingnehmer eine gebrauchstaugliche/funktionstüchtige Individualsoftware zur Verfügung zu stellen, wobei der Leasinggeber – entsprechend der leasingtypischen »Abtretungskonstruktion« – dem Leasingnehmer die werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 633 ff. BGB als Kompensation für die Abbedingung der §§ 536 ff. BGB abtritt.

Hat jedoch der Leasinggeber die »Source Codes« vom Softwarehaus erworben, so liegt unter Berücksichtigung der Absorptionstheorie ein reiner Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB vor. Dies gilt auch dann, wenn das Softwarehaus dem Leasinggeber das Recht eingeräumt hat, nach Beendigung des Leasingvertrages die überlassene Software frei zu verwerten.

#### c) Bei Beschaffung einer Anwenderstandard-Software

Zentrales Moment eines jeden Software-Nutzungsvertrages ist die Überlassung der in der Software verkörperten geistigen Schöpfung<sup>35)</sup> zur Nutzung<sup>37)</sup>. Ob dieser Vertrag als »Lizenzvertrag« oder als »Know-how-Vertrag« bezeichnet wird, ist unerheblich<sup>36)</sup>, weil – wie stets – die Bezeichnung eines Vertrages lediglich ein Indiz unter anderem für die Auslegung des rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien gemäß §§ 133, 157 BGB ist<sup>39)</sup>.

Unter Berücksichtigung des vorgegebenen Typenkatalogs des BGB ist deshalb daran zu denken, den Nutzungsvertrag über Anwenderstandard-Software als Miet- oder Pachtvertrag, als Kaufvertrag<sup>40)</sup> oder als Vertrag sui generis einzuordnen<sup>41)</sup>.

#### aa) Die Anwendung von Miet- oder Pachtrecht

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 3. 6. 1981<sup>42)</sup> einen Software-Nutzungsvertrag nach den Regeln des Know-how-Vertrages beurteilt. In der Sache ist auch das OLG Stuttgart in seinem Urteil vom 3. 1. 1986<sup>43)</sup> dieser Einordnung gefolgt. Demgegenüber hat der BGH am 4. 11. 1987<sup>44)</sup> entschieden, daß bei Mängeln der Software die Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts gemäß §§ 459 ff. BGB – zumindest analog – zur Anwendung berufen sind, sofern es sich um eine vorgefertigte Standardsoftware handelt, die dem Erwerber gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts auf Dauer zur freien Verfügung überlassen worden war. Dieses Urteil beruht auf der BGH-Entscheidung vom 23. 3. 1983<sup>44a)</sup>; Auch in diesem Urteil ging der BGH von einem einheitlichen Kaufvertrag im Fall des Erwerbs eines Computers nebst vorgefertigter Standardsoftware aus; allerdings kam der rechtlichen Einordnung der Softwareleistungen in diesem Fall keine entscheidende Bedeutung zu. Auch die Leasing-Entscheidung vom 20. 6. 1984<sup>45)</sup> ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, weil der BGH hier dem Leasingnehmer ein Wandelungsrecht wegen unzureichender Software – aufgrund der leasingvertragstypischen Abtretungskonstruktion – zugebilligt hat.

<sup>31)</sup> Köhler, a.a.O., Rdnr. 11; vgl. auch Brandt-Dohm, a.a.O., S. 20.

<sup>32)</sup> Vgl. BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492, 1493.

<sup>33)</sup> BGH, DB 1982 S. 40, 41 = WM 1981 S. 1219, 1221.

<sup>34)</sup> BGH, DB 1982 S. 40, 41 = WM 1981 S. 1219, 1221.

<sup>35)</sup> Vgl. BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1338, 1339.

<sup>36)</sup> BFH, DB 1987 S. 1970, 1972 = CR 1987 S. 576, 579.

<sup>37)</sup> Hierzu Hoeren, CR 1988 S. 908 ff., der für Sachkauf eintritt.

<sup>38)</sup> Köhler, a.a.O., Rdnr. 6; im einzelnen auch Geissler/Pagenberg, a.a.O., XIV., Rdnr. 9 ff.

<sup>39)</sup> Palandt/Heinrichs, § 133 Anm. 4d.

<sup>40)</sup> Hoeren, a.a.O.

<sup>41)</sup> Brandt-Dohm, a.a.O., S. 12 ff.; Köhler, a.a.O., Rdnr. 6 ff.; Kilian, CR 1986 S. 167 ff.; Engel, BB 1985 S. 1159 ff.

<sup>42)</sup> DB 1981 S. 1977 = ZIP 1981 S. 868.

<sup>43)</sup> OLG Stuttgart, CR 1986 S. 639.

<sup>44)</sup> DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492.

<sup>44a)</sup> WM 1983 S. 685.

<sup>45)</sup> DB 1984 S. 2131 = WM 1984 S. 1089.

Nach Auffassung des BGH kommt es für die rechtliche Einordnung von Standardsoftware-Überlassungsverträgen entscheidend darauf an, »ob die Überlassung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses oder im Wege eines einmaligen Erwerbsaktes gegen einmaliges Entgelt erfolgt«<sup>46)</sup>. Diese Meinung findet auch in der Literatur ihre Stütze<sup>47)</sup>. Folgt man dieser Ansicht, so ergibt sich: Der Erwerbsvorgang zwischen Leasinggeber – Softwarehaus unterliegt nur dann den miet- bzw. pachtvertraglichen Bestimmungen, wenn das vom Leasinggeber zu zahlende Entgelt dem Charakter des Dauerschuldverhältnisses entspricht<sup>48)</sup>.

Doch es ist zu prüfen, ob diese Kategorisierung unbesehen auf die besondere Fallkonstellation angewandt werden kann, die typischerweise beim Software-Leasing besteht: Danach wird zwischen Softwarehaus und Leasinggeber ein nicht-ausschließlicher, zeitlich unbeschränkter Nutzungsvertrag abgeschlossen, der das Recht des Leasinggebers einschließt, die Anwenderstandard-Software einem Dritten zur Nutzung zu überlassen.

## bb) Die Anwendung von Kaufrecht

### aaa) Der Standpunkt der h. M.

Ausgangspunkt für die rechtliche Bewertung der hiermit angeschnittenen Frage ist zunächst die Erkenntnis, daß im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB nicht nur Sachen und Rechte, sondern auch sonstige unkörperliche Gegenstände, d. h. alle »verkehrsfähigen Güter« Gegenstand eines Kaufvertrages sein können<sup>49)</sup>. Die Tatsache, daß es sich auch bei der Standardsoftware um eine geistige Schöpfung handelt, steht dieser Einordnung nicht entgegen<sup>50)</sup>.

Unterstützt wird diese Erwägung durch den Befund, daß der dem Leasinggeber zufließende Vermögenswert auch – körperlich betrachtet – den *Datenträger* einschließt. Dieser aber ist allemal eine körperliche Sache im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB<sup>51)</sup>. Zwar ist der Datenträger lediglich das Medium für die eine geistige Schöpfung darstellende Software; doch gehören Datenträger und Software notwendigerweise für die Ausübung des Nutzungsrechts zusammen<sup>52)</sup>.

Soweit freilich teilweise in der Literatur die Auffassung vertreten wird, die Überlassung von Standard-Softwareprogrammen sei als Rechtskauf einzuordnen<sup>53)</sup>, steht dem bereits der Einwand entgegen, daß Computerprogramme – in der Regel – nicht urheberrechtlich im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG sind<sup>54)</sup>. Wie der BGH<sup>55)</sup> mit Recht hervorhebt, gibt insbesondere das Urheberrechtsgesetz keine Antwort darauf, welche schuldrechtlichen Bestimmungen für die Einordnung des zugrundeliegenden Vertrages maßgebend sind<sup>56)</sup>. Mangels Urheberrechtsschutz für die jeweilige Software scheidet aber zwingend die Bestimmung von § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB aus, weil die in der Software liegende geistige Leistung – für sich allein genommen – nicht den Charakter eines Rechts besitzt<sup>57)</sup>.

Im Gegensatz zu dieser Meinung steht die BGH-Judikatur<sup>58)</sup> im Einklang mit der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung<sup>59)</sup> auf dem Standpunkt, daß auf die Überlassung von Standard-Software gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts Kaufrecht im Sinne der §§ 433 ff. BGB Anwendung findet.

### bbb) Die Berücksichtigung der leasingtypischen Besonderheiten

Unter Berücksichtigung der dargestellten Besonderheiten des Software-Leasing fragt es sich jedoch, ob diese kaufrechtliche Qualifikation auch der Tatsache gerecht wird, daß der Leasinggeber – üblicher Vertragsgestaltung entsprechend – berechtigt ist, dem Leasingnehmer ein nicht-ausschließliches, auf Dauer gerichtetes Nutzungsrecht für die Anwenderstandard-Software zu überlassen, ohne diese selbst zur freien Verfügung zu erhalten<sup>60)</sup>.

Fraglich ist hier zunächst, ob die Bejahung eines Kaufvertrages nicht schon daran scheitert, daß dem Leasinggeber kein unmittelbares Nutzungsrecht, sondern lediglich die Befugnis eingeräumt wird, dem Leasingnehmer ein Nutzungsrecht auf Basis einer nicht-ausschließlichen Lizenz auf Dauer einzuräumen<sup>61)</sup>. Daraus könnte man ableiten, daß die für den Kaufvertrag typische – endgültige – Übertragung eines Vermögensrechts vom Verkäufer auf den Käufer fehlt. Dem steht jedoch der Befund entgegen, daß dem Leasinggeber zumindest in Form des Nutzungsrecht ein *Vermögenswert* zufließt, der zugunsten des Leasinggebers auch die Rechtsmacht einschließt, aber auch darauf begrenzt ist, dem Leasingnehmer ein Nutzungsrecht einzuräumen.

Zu untersuchen bleibt jedoch, ob die *fehlende freie Verfügungsbefugnis* des Leasinggebers nicht die Annahme eines Kaufvertrages im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB sperrt, weil diese gesetzliche Bestimmung prototypisch davon ausgeht, daß der Erwerber Besitz und Eigentum erhält,

also zumindest insoweit eine freie Verfügungsbefugnis innehat. Diese wäre beim Erwerb von Anwenderstandard-Software nur dann zu bejahen, wenn dem Leasinggeber, was selten der Fall ist, die »Source Codes« zur freien Verfügung überlassen wären oder wenn doch zugunsten des Leasinggebers – für den Fall der Beendigung des Leasingvertrages – ein freies Verwertungsrecht eingeräumt würde. Davon ist jedoch, wie dargelegt, im Regelfall gerade nicht auszugehen: Die dem Leasinggeber eingeräumte Rechtsmacht geht über die Gewährung eines nicht-ausschließlichen, zeitlich unbegrenzten Nutzungsrechts zugunsten des Leasingnehmers nicht hinaus.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß der Erwerb des Leasinggebers im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB auf den Erwerb des Nutzungsrechts gerichtet ist<sup>62)</sup>, so stellt sich deshalb die weitere Frage, ob das dem Leasinggeber eingeräumte *Nutzungsrecht* für die Anwenderstandard-Software nicht – anders als bei der Individualsoftware – im Vordergrund der Vertragsbeziehungen steht, so daß hier für die rechtliche Beurteilung des gemischten Vertrages anstelle der Kombinationstheorie die Absorptionstheorie gilt<sup>63)</sup>. Ihre Anwendung setzt voraus, daß die mietrechtsähnliche Überlassungspflicht – trotz Zahlung eines Einmal-Entgelts – so sehr im Vordergrund steht, daß der auf den Erwerb des Nutzungsrechts gerichtete Akt entsprechend der typischen Interessenlage in den Hintergrund tritt. Daß man in diesem Zusammenhang nicht entscheidend darauf abstellen kann, ob ein Einmal-Entgelt oder ein an der Zeitdauer ausgerichtetes Entgelt gezahlt wird, ist evident. Denn gegenseitige Verträge erhalten durch die Sachleistung, nicht durch die Geldleistung, ihr Gepräge: Bei der Überlassung von Standard-Software repräsentieren Erwerb und Nutzungsübertragung zugunsten des Leasingnehmers unterschiedliche Pflichten des Softwarehauses gegenüber dem Leasinggeber, die beide durch die Entgeltzahlung abgegolten werden.

Stellt man demgegenüber auf die Interessenlage der Parteien ab, so ergibt sich: Anwenderstandard-Software ist im Gegensatz zur Individualsoftware ein *fungibles* Wirtschaftsgut. Es ist bereits auf dem Markt vorhanden, auch wenn in der Praxis immer wieder Adaptionen – unter Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse des jeweiligen Leasingnehmers – installiert werden. Für den Beschaffungsvorgang ist daher charakteristisch, daß dem Leasinggeber ein nicht-ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wird. Dabei ist für das Softwarehaus evident, daß eine Eigennutzung des Leasinggebers nicht in Betracht kommt. Nutzer der Anwenderstandard-Software ist – getragen vom übereinstimmenden Willen aller Parteien – nur der Leasingnehmer. Deshalb überzeugt es nicht, beim Erwerb von Anwenderstandard-Software den für § 433 Abs. 1 BGB typischen Erwerbssakt darin zu sehen, daß das Softwarehaus dem Leasinggeber ein Nutzungsrecht einräumt. Denn dieses steht ihm – wie aufgezeigt – nicht zur freien Verfügung; seine Rechtsmacht erschöpft sich vielmehr darin, dem Leasingnehmer als dem ausschließlichen Nutzer der Anwenderstandard-Software ein nicht-ausschließliches Nutzungsrecht einzuräumen.

Ziel und Zweck des Vertrages zwischen Softwarehaus und Leasinggeber ist also das dem Leasinggeber zugunsten des Leasingnehmers eingeräumte Nutzungsrecht. Nur mit Hilfe des ihm derart zur Verfügung stehenden Nutzungsrechts ist der Leasinggeber in der Lage, seine »Hauptpflicht«<sup>64)</sup> gegenüber dem Leasingnehmer zu erfüllen, ihm ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut auf Dauer zur Nutzung zu überlassen. Damit ist klar, daß der Beschaffungsvorgang im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB, sieht man von der damit zusammenhängenden Gewährleistung ab, in den Hintergrund tritt; im Vordergrund

<sup>46)</sup> BGH, 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492, 1493.

<sup>47)</sup> Köhler, a.a.O., Rdnr. 11; Brandt-Dohrn, a.a.O., S. 20; vgl. auch Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Rdnr. 334 ff.

<sup>48)</sup> Vgl. BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492, 1493.

<sup>49)</sup> Staudinger/Köhler, § 433 Rdnr. 20; Köhler, a.a.O., Rdnr. 12; Palandt/Putzo, § 433 Anm. 1 c cc; dd; Hoeren, CR 1988 S. 908 ff.

<sup>50)</sup> OLG Schleswig, ZIP 1982, S. 457; LG München, CR 1987 S. 364.

<sup>51)</sup> BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492, 1494.

<sup>52)</sup> Vgl. OLG Schleswig, ZIP 1982 S. 458.

<sup>53)</sup> Gorny/Kilian, Computer-Software und Sachmängelhaftung, 1985, S. 24.

<sup>54)</sup> BGH, WM 1985 S. 1235.

<sup>55)</sup> BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492, 1494.

<sup>56)</sup> Vgl. auch Mehrings, GRUR 1985 S. 189, 192.

<sup>57)</sup> Vgl. auch Palandt/Putzo, § 433 Anm. 3a.

<sup>58)</sup> BGH, DB 1983 S. 2354 = WM 1983 S. 685; BGH, DB 1984 S. 2132 = WM 1984 S. 1092; BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492.

<sup>59)</sup> Moritz/Tybusseck, a.a.O., Rdnr. 339; Engel, BB 1985 S. 1159, 1162; Kindermann, GRUR 1983 S. 152, 159; Palandt/Putzo, § 433 Anm. 1 c cc; Köhler, a.a.O., Rdnr. 14; Hoeren, CR 1988 S. 908, 914 f.; Junker, WM 1988 S. 1249, 1250 f.

<sup>60)</sup> Vgl. Moritz/Tybusseck, a.a.O., Rdnr. 339; Engel, BB 1985 S. 1159, 1162.

<sup>61)</sup> Vgl. Köhler, a.a.O., Rdnr. 13.

<sup>62)</sup> Vgl. BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492, 1494.

<sup>63)</sup> Vgl. Soergel/Wolf, § 305 Rdnr. 28.

<sup>64)</sup> BGH, DB 1982 S. 40, 41 = WM 1981 S. 1219, 1221.

steht im übrigen entsprechend dem Parteiwillen und der typischen Interessenlage beim Software-Leasing das dem Leasinggeber eingeräumte Nutzungsrecht.

#### cc) Abweichende Vertragsgestaltungen

Wie bereits bei der Individualsoftware erörtert, gelten auch bei der Anwenderstandard-Software andere Kriterien, sofern dem Leasinggeber die »Source Codes« überlassen oder ein freies, nicht nur auf den Verwertungsfall bei Insolvenz des Leasingnehmers beschränktes Verwertungsrecht nach Beendigung des Leasingvertrages eingeräumt ist. Unter diesen Voraussetzungen liegt ein Kaufvertrag im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB vor; das Moment der Nutzungsüberlassung gemäß §§ 581, 535 ff. BGB tritt dann in den Hintergrund: Der Erwerbsvorgang dominiert und gibt dem Vertrag in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht das Gepräge.

#### dd) Zwischenergebnis

Gerade weil der Leasinggeber die Anwenderstandard-Software nicht zur freien Verfügung erhält und weil das zwischen beiden Parteien vereinbarte Leistungsaustauschverhältnis nicht durch den Erwerb des Nutzungsrechts, sondern erst durch die Dauerschuld der Nutzungsüberlassung erfüllt wird, ist es zwingend, einen kauf- und mietrechtlich gemischten Vertrag anzunehmen. Dieser aber wird durch die mietvertraglichen Elemente dominiert, weil der Leasinggeber – und davon muß auch das Softwarehaus stets ausgehen – kein eigenes, unmittelbares Erwerbsinteresse, sondern lediglich ein Nutzungsinteresse zugunsten des Leasingnehmers an der jeweiligen Standard-Software hat. Deshalb gibt Mietrecht gemäß §§ 581, 535 ff. BGB Maß; der Aspekt des Kaufvertrages tritt als Nebenleistung in den Hintergrund.

Leasingtypisch ist diese Konstruktion ohnedies, weil auf diese Weise der Leasinggeber das Recht hat, als Kompensation für die abbedungene mietrechtliche Eigenhaftung seine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB<sup>65)</sup> an den Leasingnehmer abzutreten, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem jeweiligen Softwarehaus zustehen, während im übrigen der Leasingvertrag als atypischer Mietvertrag qualifiziert wird, auf den »in erster Linie« die mietrechtlichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden<sup>66)</sup>.

#### d) Bei Beschaffung von Betriebssoftware

Von dem hier gewählten Ansatzpunkt müssen beim Erwerb von Betriebssoftware die gleichen Grundsätze gelten, die zuvor für die Anwenderstandard-Software dargestellt worden sind. Auch hier überwiegt die Dominanz des Nutzungsüberlassungsvertrages. Erwerb und Einräumung eines Nutzungsrechts an Betriebssoftware sind ja stets die notwendigen Voraussetzungen für Erwerb und Nutzung der Anwenderstandard-Software einer EDV-Anlage.

## 2. Der Vertrag zwischen Leasinggeber – Leasingnehmer

### a) Betreffend die Hardware

Seit der Entscheidung des BGH vom 9. 10. 1985<sup>67)</sup> besteht kein Zweifel mehr daran: Der auf Gebrauchsüberlassung zielende Leasingvertrag ist als Mietvertrag einzuordnen, auf den »in erster Linie« die Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden<sup>68)</sup>. Danach trifft den Leasinggeber die »Hauptpflicht«, dem Leasingnehmer ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut auf Dauer zu überlassen<sup>69)</sup>. In der Gebrauchsüberlassung liegt der »zentrale Vertragsinhalt« des Leasingvertrages<sup>70)</sup>. Dieser Gesichtspunkt ist in der Entscheidung des BGH vom 30. 9. 1987<sup>71)</sup> noch verstärkt, weil darin festgestellt wird, daß für die Dauer des Leasingvertrages – wie allgemein im Mietrecht – die Verpflichtung des Leasinggebers besteht, dem Leasingnehmer das Leasinggut im Sinne von § 535 Satz 1 BGB zu belassen, insbesondere ihn nicht ohne rechtfertigenden Grund an der Nutzung zu hindern.

Angesichts dieser eindeutigen Auffassung des BGH erübrigt es sich, auf abweichende Ansichten in der Literatur einzugehen<sup>72)</sup>.

### b) Betreffend die Software

Das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber – Leasingnehmer richtet sich – mangels abweichender Parteivereinbarung – nach dem Inhalt des Vertrages, wie er zwischen Leasinggeber und Softwarehaus abgeschlossen wird. Dies bedeutet:

Soweit Individualsoftware in Rede steht, ist das Vertragsverhältnis – unter Berücksichtigung der Kombinationstheorie – ein gemischter Ver-

trag, der zum einen werkvertragliche, zum anderen mietvertragliche Elemente aufweist. Bezieht sich der Vertrag zwischen Leasinggeber – Softwarehaus auf Erwerb und Nutzung von Anwenderstandard-Software, so dominiert unter Berücksichtigung der Absorptionstheorie der mietvertragliche Nutzungsaspekt. Gleiches gilt für Erwerb und Nutzung von Betriebssoftware.

Für die Frage der Gewährleistung folgt aus der mit dem Erstellungsvorgang verknüpften werk- bzw. kaufrechtlichen Komponente des Nutzungsüberlassungsvertrages zwischen Leasinggeber und Hersteller der Software, daß dem Leasinggeber Ansprüche wegen Wandelung, Minderung, Nachbesserung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch nur nach werk- bzw. kaufvertragsrechtlichen Kriterien zustehen, nicht aber nach §§ 537 f. BGB, sofern die leasingtypische »Abtretungskonstruktion« in wirksamer Weise vereinbart worden ist.

Für das Vertragsverhältnis Leasinggeber – Leasingnehmer folgt hieraus, daß es dem Leasinggeber gestattet sein muß, seine mietvertragliche Eigenhaftung gemäß §§ 537 f. BGB gegenüber dem Leasingnehmer auszuschließen und den Leasingnehmer statt dessen auf die werk- bzw. kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüche zu verweisen, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts/Softwarehaus bezüglich der Mängel der Sache zustehen<sup>73)</sup>. Dies gilt sowohl für den Bereich der Individualsoftware als auch für den der Anwenderstandard-Software. Auch der BGH hat ungeachtet der rechtlichen Qualifikation des zugrundeliegenden Softwarevertrages letzten Endes die §§ 459 ff. BGB (analog) auf Mängel der Software angewandt<sup>74)</sup>. Unwirksam ist es demgegenüber, wenn sich der Leasinggeber von der mietrechtlichen Eigenhaftung freizeichnet, ohne seine kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer abzutreten oder diesen vorbehaltlos zur Geltendmachung zu ermächtigen<sup>75)</sup>.

Ausdrücklich hat der BGH in seiner Entscheidung vom 20. 6. 1984<sup>76)</sup> diesen Tatbestand im Rahmen eines Computer-Software-Leasingvertrages anerkannt, wobei anzumerken ist, daß auch andere BGH-Entscheidungen dem Bereich des Software-Leasing zuzuordnen sind<sup>77)</sup>.

## 3. Rechtliche Einheit von Hardware- und Software-Verträgen?

Es ist allgemein anerkannt, daß das Risiko von Software-Verträgen wesentlich schwerer wiegt als das von Hardware-Verträgen: Während die Funktionstüchtigkeit der Hardware für gewöhnlich, insbesondere für spezialisierte Leasinggesellschaften ziemlich genau eingeschätzt werden kann, entzieht sich die Beurteilung der Software – insbesondere von Individualsoftware – oft jeglicher Beurteilung außenstehender Dritter. Aus diesem Grund liegt die Erwägung nahe, ob das tendenzielle größere Risiko von Software-Verträgen nicht dadurch minimiert werden kann, daß im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer Hardware- und Software-Vertrag – sowohl gegenständlich als auch rechtlich – voneinander getrennt werden. Denn eine solche – erfolgreiche – Trennung hat notwendigerweise zur Konsequenz, daß Leistungsstörungen des Software-Vertrages den Bestand des Hardware-Vertrages unangetastet lassen<sup>78)</sup>.

### a) Die BGH-Entscheidung vom 4. 11. 1987<sup>79)</sup>

Das besondere Schwergewicht dieser Entscheidung liegt nicht nur darin, daß der BGH die Überlassung einer vorgefertigten Standard-Soft-

<sup>65)</sup> Vgl. BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492.

<sup>66)</sup> BGH, DB 1985 S. 2553 = WM 1985 S. 1447, 1448.

<sup>67)</sup> DB 1985 S. 2553 = WM 1985 S. 1447, 1448.

<sup>68)</sup> BGH, DB 1986 S. 904 = WM 1986 S. 591, 592.

<sup>69)</sup> BGH, DB 1982 S. 40, 41 = WM 1981 S. 1219, 1221; BGH, DB 1986 S. 904 = WM 1986 S. 591, 592.

<sup>70)</sup> BGH, DB 1985 S. 2553 = WM 1985 S. 1447, 1448.

<sup>71)</sup> DB 1987 S. 2451, 2452 = WM 1987 S. 1338, 1339.

<sup>72)</sup> Canaris, Bankvertragsrecht, RdNr. 1710 ff.; 1718 ff.; ders., NJW 1982 S. 305 ff.; Ulmer/Schmidt, DB 1983 S. 2558 f.; Klamroth, BB 1982 S. 1949, 1951 ff.; Lieb, DB 1988 S. 946 ff.; Papapostolou, Die Risikoverteilung beim Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen, 1987, passim; Lieb, DB 1988 S. 2495 ff.

<sup>73)</sup> BGH, DB 1982 S. 40, 41 = WM 1981 S. 1219, 1221; BGH, DB 1985 S. 1981 = WM 1985 S. 573, 574.

<sup>74)</sup> BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492.

<sup>75)</sup> BGH, DB 1987 S. 631 = WM 1987 S. 349.

<sup>76)</sup> DB 1984 S. 2131 = WM 1984 S. 1092.

<sup>77)</sup> BGH, DB 1984 S. 2131 = WM 1984 S. 1092; BGH, DB 1985 S. 1981 = WM 1985 S. 573; BGH, WM 1985 S. 860 = DB 1985 S. 1730; BGH, WM 1985 S. 906; BHG, WM 1986 S. 591; BGH, DB 1986 S. 1170 = WM 1986 S. 673; BGH, DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131; BGH, DB 1987 S. 2451 = NJW 1988 S. 198.

<sup>78)</sup> Insbesondere BGH, DB 1987 S. 2141 = WM 1987 S. 1131; BGH, DB 1988 S. 105 = WM 1987 S. 1492.

<sup>79)</sup> DB 1988 S. 105 = WM 1987 S. 1492.

ware gegen einmalige Entgeltzahlung dem Kaufrecht – und damit in der Sache dem Mängelgewährleistungsrecht gemäß §§ 459 ff. BGB (analog) – unterordnet. Noch entscheidender für das hier zu behandelnde Thema ist die Feststellung, daß der BGH wegen eines Fehlers der Software<sup>80)</sup> ein *Gesamtwandelungsrecht* im Rahmen eines einheitlichen Kaufvertrages betreffend Hard- und Software annahm<sup>81)</sup>. Der BGH konstatierte, daß der Annahme eines einheitlichen Vertrages der immaterielle Charakter der Software nicht entgegenstehe, daß vielmehr § 469 BGB »jedenfalls entsprechend anwendbar«<sup>82)</sup> sei.

Unter Berücksichtigung der Entscheidungen vom 23. 2. 1977<sup>83)</sup>, vom 23. 3. 1983<sup>84)</sup> und vom 20. 6. 1984<sup>85)</sup> grenzt der BGH allerdings – und dies ist von hoher Maßgeblichkeit – diese Entscheidung gegenüber dem Urteil vom 25. 3. 1987<sup>86)</sup> ab: Hatte der BGH in dem zuletzt erwähnten Urteil<sup>87)</sup>, wie noch zu zeigen sein wird, auf den erforderlichen »Einheitlichkeitswillen« zur Feststellung der Einheit eines Hardware- und Software-Vertrages abgestellt, wendet das Gericht nunmehr – vorbehaltlich der Prüfung der Tatsachen durch das Berufungsgericht, an das zurückverwiesen wurde – das wegen eines Softwarefehlers eingreifende Wandlungsrecht im Sinne von § 469 Satz 2 BGB auch auf den Hardware-Vertrag an, ohne daß auf den Parteiwillen abgestellt wird. Denn, so der BGH<sup>88)</sup>, § 469 BGB beurteilt die Einheitlichkeit einer Kaufsache oder die Zusammengehörigkeit mehrerer verkaufter Sachen ausschließlich nach der Verkehrsanschauung<sup>89)</sup>. Dabei erklärt das Gericht, es sei insoweit nicht ausreichend, daß eine Software nicht ohne Hardware benutzt werden könne; ebensowenig sei der nach der Verkehrsanschauung zu fordernden Einheitlichkeit im Sinne von § 469 BGB genügt, wenn man feststellt, der Benutzer einer EDV-Anlage sei am besten beraten, wenn er Software- und Hardware aus derselben Hand beziehe. Vor allem aber unterstreicht der BGH, das Berufungsgericht, an das die Sache zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen worden ist, müsse prüfen, ob sich Hardware- und Softwaremarkt nicht inzwischen selbstständig hätten<sup>90)</sup>; auch sei abschließend zu untersuchen, ob nicht sogar das für die Steuerung unerläßliche Betriebssystem – aufgrund geänderter Verkehrsanschauung – als selbstständiges Vertragsobjekt zu qualifizieren sei<sup>91)</sup>.

Im Ergebnis ist also hervorzuheben: Für den Bereich des Gewährleistungsrechts der §§ 459 ff. BGB ist unter besonderer Berücksichtigung von § 469 BGB nach Auffassung des BGH die Einheitlichkeit von Hardware- und Software-Vertrag *nicht* nach dem Parteiwillen, sondern nach der entsprechenden Verkehrsanschauung als zusammengehörend oder getrennt zu beurteilen. Zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts hat der BGH die hier angeschnittenen Fragen an das Berufungsgericht zurückverwiesen, was – im Hinblick auf voreilig gezogene Schlußfolgerungen – zu unterstreichen ist.

### b) Die BGH-Entscheidung vom 11. 3. 1987<sup>92)</sup>

Bereits der Leitsatz dieser Entscheidung weist unter Berücksichtigung von § 139 BGB in eine andere Richtung. Es heißt nämlich:

»Die Zusammenfassung zweier Vereinbarungen über den Kauf eines Computers (Hardware) und die zeitlich nicht begrenzte Überlassung von Software (als Lizenzvertrag) in ein und derselben Vertragsurkunde kann eine Vermutung dafür begründen, daß ein einheitlicher Vertrag mit gleichen Folgewirkungen bei Störungen in einem der Teilbereiche abgeschlossen werden sollte. Sie ist widerlegt, wenn sich der Vertrag auf den Kauf eines handelsüblichen Computers und auf die Überlassung von Standard-Software bezieht. Ist in einem solchen Fall der Software-Vertrag wegen positiver Vertragsverletzung rückgängig zu machen oder deswegen fristlos gekündigt, wird der Hardware-Vertrag davon nicht berührt.«<sup>93)</sup>

Zur Begründung führt das Gericht an, daß Hard- und Software »vielfach gemeinschaftlich, häufig aber auch in getrennten Verträgen angeboten und in Anspruch genommen«<sup>94)</sup> werden. Insbesondere stellt es fest: »Die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten dafür und die mit dem Erwerb verfolgten Ziele sind so vielfältig, daß auch dann nicht notwendig und ausnahmslos ein einheitliches Rechtsgeschäft mit völlig gleichen Rechtsfolgen vorliegt, wenn der Kauf der Hardware und die Überlassung der Software in ein und demselben Vertrag vereinbart werden«<sup>95)</sup>. Vielmehr hebt der BGH ganz entscheidend darauf ab, ob »nach den Vorstellungen der Vertragsschließenden die Vereinbarungen nicht für sich alleine gelten, sondern gemeinsam miteinander stehen und fallen«<sup>96)</sup>. Maßgebend ist dabei, daß der »Einheitlichkeitswille«<sup>97)</sup> als »Wille zur rechtlichen Einheit, nicht nur zur wirtschaftlichen Verknüpfung« in Erscheinung tritt<sup>98)</sup>. Anerkanntermaßen genügt es insoweit, daß der erforderliche »Einheitlichkeitswille«<sup>99)</sup> jedenfalls bei einer der beiden Parteien vorhanden ist, und daß dies der anderen Partei erkennbar war und von ihr vorbehaltlos hingenommen wird<sup>100)</sup>.

Obwohl der BGH zu dem Ergebnis gelangte, daß Hard- und Software-Vertrag in einer einheitlichen Vertragsurkunde enthalten waren, schei-

terte die Annahme eines »Einheitlichkeitswillens«<sup>101)</sup> an der Feststellung, daß »Hardware und Software nicht speziell aufeinander abgestimmt«<sup>102)</sup> waren, daß sie sich vielmehr »ohne größere Schwierigkeiten auch anderweitig verwenden« ließen<sup>103)</sup>.

### c) Die BGH-Entscheidung vom 1. 7. 1987<sup>104)</sup>

In diesem Fall war die Überlassung von Anwender-Software Bestandteil eines Leasingvertrages, obwohl dies im schriftlich niedergelegten Leasingvertrag nicht erkennbar war<sup>105)</sup>. Das Berufungsgericht war indessen – ohne Rüge der Revision – zu dem Ergebnis gelangt, daß Hard- und Software Gegenstand eines einheitlichen Vertrages waren und daß demzufolge wegen Nichtlieferung der Software nicht die Bestimmungen der §§ 537 f. BGB, sondern die Regeln über Teilleistung, einschließlich des Kündigungsrechts gemäß § 542 BGB zum Zuge gelangen. Diesem Ansatz ist der BGH in der Sache gefolgt<sup>106)</sup>.

### d) Die instanzgerichtliche Judikatur

Das OLG Köln hat in seiner Entscheidung vom 29. 11. 1981<sup>107)</sup> die rechtliche Einheit zwischen Hard- und Software-Vertrag damit begründet, daß in einem Bestätigungsschreiben das »Vertragswerk« mit einem zusammenfassenden Begriff<sup>108)</sup> bezeichnet wurde, und daß beide Parteien sich darüber einig waren, der erzielte, besonders günstige Preis sei auf alle miteinander verknüpften Einzelteile bezogen. So gesehen wurde der Parteiwille als maßgebend erachtet, nicht der formale Gesichtspunkt, daß Hardware- und Software-Vertrag voneinander getrennt waren. Diese Sicht der Dinge bestätigt auch eine Entscheidung des OLG Frankfurt vom 14. 7. 1981<sup>109)</sup>: Sind Hardware- und Software-Vertrag aufgrund einer vertraglichen Abrede zwischen beiden Parteien miteinander verknüpft, so muß sich dies auch der Leasinggeber entgegenhalten lassen – ein Gesichtspunkt, der nach Meinung des OLG Frankfurt jedenfalls dann zutrifft, wenn es sich um Hersteller-Leasing handelt, in dem ein Mitarbeiter des Lieferanten zugleich Mitarbeiter der Leasinggesellschaft war.

Ähnlich liegt die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 28. 4. 1981<sup>110)</sup>: Der Leasingnehmer war nicht berechtigt, Ansprüche gegenüber dem Leasinggeber im Hinblick auf die Hardware geltend zu machen, wenn und soweit ein Dritter (Wartungsfirma) die aus dem Software-Vertrag resultierenden Pflichten schuldhaft verletzt. Dies gilt ungeachtet der Feststellung, daß es dem Leasingnehmer auf eine EDV-technische Problemlösung durch Einsatz von Hard- und Software ankam. Denn – so das OLG Frankfurt – derartige wirtschaftliche Erwägungen sind nur dann maßgebend, wenn und soweit sie sich in der »Vertragsgestaltung« wiederfinden. In der Sache deckt sich dies mit dem Inhalt des Urteils des OLG Stuttgart vom 12. 9. 1985<sup>111)</sup>: Danach wird die Gewährleistungsfrist des Hardware-Vertrages nicht dadurch verlängert, daß zwischen beiden Parteien Einvernehmen besteht, die in einem getrennten, gleichzeitig abgeschlossenen Software-Vertrag zu erbringenden Leistungen erst später durchzuführen.

<sup>80)</sup> BGH, DB 1988 S. 105, 106 = WM 1987 S. 1492, 1494.

<sup>81)</sup> DB 1988 S. 105, 107 = WM 1988 S. 1495.

<sup>82)</sup> BGH, a.a.O.

<sup>83)</sup> BGH, DB 1977 S. 1136 = WM 1977 S. 390.

<sup>84)</sup> BGH, DB 1983 S. 2354 = WM 1983 S. 685.

<sup>85)</sup> BGH, DB 1984 S. 2131 = WM 1984 S. 1089.

<sup>86)</sup> BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818.

<sup>87)</sup> BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818.

<sup>88)</sup> BGH, DB 1988 S. 105, 107 = WM 1987 S. 1492, 1495.

<sup>89)</sup> BGH, DB 1988 S. 105, 107 = WM 1987 S. 1492, 1495.

<sup>90)</sup> Vgl. *Maritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 45 ff.

<sup>91)</sup> *Müller-Hengstenberg*, CR 1986 S. 441, 443.

<sup>92)</sup> DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818.

<sup>93)</sup> BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818.

<sup>94)</sup> BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818, 821.

<sup>95)</sup> BGH, a.a.O.

<sup>96)</sup> BGH, a.a.O.; BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>97)</sup> BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>98)</sup> BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818, 821.

<sup>99)</sup> BGH, a.a.O.

<sup>100)</sup> BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818, 822.

<sup>101)</sup> BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>102)</sup> BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818, 822.

<sup>103)</sup> BGH, a.a.O.

<sup>104)</sup> DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131.

<sup>105)</sup> BGH, DB 1987 S. 2142, 2143 = WM 1987 S. 1131, 1132.

<sup>106)</sup> BGH, DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131.

<sup>107)</sup> *K/M-11*, in: *Zahrnt, DV-Rechtsprechung*, 1983.

<sup>108)</sup> *Ebenda*.

<sup>109)</sup> *K-14*, in: *Zahrnt, DV-Rechtsprechung*, 1983.

<sup>110)</sup> *K/M-9*, in: *Zahrnt, DV-Rechtsprechung*, 1983.

<sup>111)</sup> OLG Stuttgart, CR 1986 S. 381.

In ähnlicher Weise liegt eine Koppelung zwischen Hardware- und Software-Vertrag in der Entscheidung des OLG Hamm vom 5.5.1982 vor<sup>112</sup>). Entscheidend war, daß in einer Zusatzvereinbarung vorgesehen war, eine rechtliche Bindung trete erst mit Unterzeichnung der Verträge »und aller Vertragsbestandteile (Mietvertrag, Full-Service-Vertrag, System-Software-Nutzungsvertrag) in Kraft«. Notwendigerweise waren alle Parteien der abgeschlossenen Verträge an diese Zusatzvereinbarung gebunden.

Diesem – nahezu einheitlichen – Trend in der OLG-Judikatur stehen freilich verschiedene Urteile entgegen. Insbesondere ist auf das Urteil des OLG Hamm vom 22.5.1986<sup>113</sup>) zu verweisen: Da eine einheitliche EDV-Problemlösung angestrebt war, wurde aufgrund der wirtschaftlich-technischen Gegebenheiten eine Vertragsaufspaltung als unzulässig verworfen. Dies deckt sich mit der Entscheidung der Instanzgerichte, die entweder aus dem Gedanken der Geschäftsgrundlage eine Einheit aus Hard- und Software folgern oder die Begründung der rechtlichen Einheit zwischen Hard- und Software-Vertrag darin finden, daß von einem einheitlichen EDV-System gesprochen wird, welches naturgemäß Hard- und Software einschließt<sup>114</sup>).

### e) Eigene Auffassung

Angesichts dieser divergierenden Auffassungen, wie sie insbesondere die BGH-Judikatur charakterisieren<sup>115</sup>), ist es erforderlich, den Versuch zu unternehmen, einen Leitfaden herauszufinden, der für die Leasingpraxis hilfreich sein kann: Die maßgebende Ausgangsfrage zielt dahin, ob Hardware- und Software-Vertrag – entsprechend dem Parteiwillen – als selbständige oder zusammengehörende Verträge zu qualifizieren sind, oder ob Hardware und Software entsprechend der Verkehrsanschauung als zusammengehörende Sachen einzuordnen sind. Anders gewendet: Die Frage muß beantwortet werden, ob man Verbindung oder Trennung von Hardware- und Software-Vertrag unter Berücksichtigung der Legaldefinition von § 93 BGB<sup>116</sup>) behandelt oder ob man davon abweichend der Parteiautonomie Raum gibt.

#### aa) Die Legaldefinition von § 93 BGB

Als wesentlich bezeichnet § 93 BGB nicht diejenigen Bestandteile, die für eine Sache besonders wichtig sind. Denn es kommt ausschließlich darauf an, ob durch die Trennung abgetrennte oder zurückbleibende Bestandteile zerstört oder in ihrem Wesen verändert werden<sup>117</sup>). Dabei ist allein darauf abzuheben, ob der eine oder der andere Bestandteil nach Vollzug der Trennung noch in der bisherigen Weise, sei es auch erst nach Verbindung mit einer anderen Sache, wirtschaftlich genutzt werden kann<sup>118</sup>). Maßgebend ist hierbei eine natürliche, wirtschaftliche Betrachtungsweise<sup>119</sup>); und es ist – wie bereits angedeutet – auch die Verkehrsanschauung von Maßgeblichkeit<sup>120</sup>).

Doch bestehen ernsthafte dogmatische Bedenken gegen diese Einordnung. Zutreffend hat der BGH<sup>121</sup>) die Gewährleistungsbestimmungen der §§ 459 ff. BGH lediglich als »entsprechend anwendbar«<sup>122</sup>) erklärt und dann – ungeachtet der Feststellung, daß ein einheitlicher Kaufvertrag bezüglich Hard- und Software vorlag<sup>123</sup>) – auf die Legaldefinition von § 93 BGB abgehoben, ob Hard- und Software in der Tat ein Gesamtsystem darstellen<sup>124</sup>). Denn im Anwendungsbereich von § 93 BGB hat der Parteiwille keine eigenständige, eine Abweichung von der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise und der Verkehrsanschauung rechtfertigende Funktion<sup>125</sup>). Vielmehr ist anerkanntermaßen ein entgegenstehender Wille der Parteien unbeachtlich.

Mehr noch: Der unmittelbare Rückgriff auf die Legaldefinition von § 93 BGB schließt zwingend – auch im Rahmen von § 469 BGB – die Schlußfolgerung ein, daß auch die Software – wirtschaftlich betrachtet – als »Sache«, zumindest aber als deren »Bestandteil« zu qualifizieren ist. Indessen sind als Bestandteile nur die Teile einer natürlichen Sacheinheit oder zusammengesetzte Sachen zu verstehen, soweit diese durch Verbindungen miteinander ihre Selbständigkeit verloren haben<sup>126</sup>). Als »Sache« oder als deren Bestandteil wird man indessen die Software in ihrem Verhältnis zur Hardware nicht bewerten können. Vielmehr ist die Software – und darin besteht Übereinstimmung – eine geistige Schöpfung<sup>127</sup>). Hierauf aber paßt die Legaldefinition des § 90 BGB nicht, weil die Software kein körperlicher Gegenstand ist. Dies gilt unabhängig davon, ob die Software urheberrechtsfähig<sup>128</sup>) ist oder nicht<sup>129</sup>).

Darüber hinaus wiegt in praktischer Hinsicht schwer, daß eine nach § 93 BGB vorzunehmende Abgrenzung zwischen Soft- und Hardware unsicher ist. Denn es geht ja keineswegs nur darum, den einfachen Tatbestand zu konstatieren, ob Soft- und Hardware jeweils einheitlich zusammengehören. Erforderlich ist vielmehr die Feststellung, ob das jeweilige

Gesamtsystem der EDV-Anlage – unter Berücksichtigung aller ihrer Einzelheiten – nicht in Soft- und Hardware-Vertrag getrennt werden kann, ohne daß eben durch diese Trennung das Gesamtsystem in seinem Wesen verändert oder zerstört wird<sup>130</sup>). Nimmt man hinzu, daß es – wie der BGH mit Recht andeutet –, eine zunehmende Verselbständigung auf dem Markt der Hard- und der Software gibt, so wird man schwerlich an der Feststellung vorbeikommen: Den Parteien ist es praktisch unmöglich, Zusammengehörigkeit oder Trennung von Software und Hardware unter Berücksichtigung dieser Kriterien abschließend für sich zu entscheiden. Notwendigerweise wird hier stets ein Sachverständigengutachten erforderlich sein – und dies auf einem Markt, der in ganz außergewöhnlichem Maße von innovativen Entwicklungen überschwemmt wird.

Der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit ist also keineswegs gedient, wenn man auf Basis der BGH-Judikatur vom 4.11.1987<sup>132</sup>). Zusammengehörigkeit oder Trennung von Soft- und Hardware – auch im Rahmen von § 469 BGB – nach den Kriterien des § 93 BGB beantwortet.

Gerade auch weil der Hard- und Software-Markt so stark in Bewegung sind, gibt man den Parteien daher Steine statt Brot, wenn man im Sinne von § 93 BGB Zusammengehörigkeit oder Trennung von Hard- und Software-Vertrag aufgrund einer natürlichen, wirtschaftlichen Betrachtungsweise beurteilen will<sup>133</sup>). Dieses Kriterium ist sicherlich für körperliche Sachen im Sinne von § 90 BGB geeignet: Denn § 90 BGB setzt voraus, daß die jeweiligen Sachen in irgendeiner Weise abgrenzbar sind, z. B. durch ihre eigene körperliche Begrenzung oder durch Behältnisse oder sonstige Mittel, wie z. B. Grenzsteine<sup>134</sup>). An solchen – solide nachvollziehbaren – Kriterien kann sich in der Tat eine wirtschaftliche Betrachtungsweise orientieren und eine entsprechende Verkehrsanschauung bilden. Für Software aber, die ohne Vorlage der entsprechenden »Source-Codes« praktisch kein Dritter mehr als nachvollziehbar versteht, kann und darf dies keineswegs als Ausgangsfragestellung gelten.

Darüber hinaus beruht die Judikatur zu § 93 BGB ersichtlich auf dem Begriff von Sachen bzw. Bestandteilen, die schon ihrem Wesen nach von gewisser Dauer sind. Auch dies trifft auf die Software – ausgenommen Trivial-Software – nicht zu; vielmehr ist sie aufgrund der üblicherweise abgeschlossenen Pflegeverträge ständig in der Entwicklung: Die Bedeutung von »Releases« beweist dies ebenso wie der Wunsch der Benutzer, ein »Upgrading« von Zeit zu Zeit zu seinen Gunsten vorzunehmen.

All dies spricht dagegen, Zusammengehörigkeit oder Trennung von Hard- und Software-Vertrag im Rahmen von § 469 Satz 2 BGB unter Berücksichtigung der Legaldefinition von § 93 BGB durchzuführen.

#### bb) Der erforderliche Einheitswille

Wenn man es aber ablehnt, Zusammengehörigkeit oder Trennung von Hard- und Software-Vertrag nach Maßgabe der Verkehrsanschauung zu beurteilen, so ist notwendigerweise auf den rechtsgeschäftlichen Willen der vertragsschließenden Parteien abzustellen. Unter Berücksichtigung von § 139 BGB kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob in rechtlicher, nicht aber in wirtschaftlicher Hinsicht Hard- und Software-Vertrag so miteinander verbunden sind, daß sie miteinander stehen oder fallen<sup>135</sup>). Dabei wird in der Regel präjudiziell sein, ob Hard- und Software-

<sup>112</sup>) L-12, in: Zahnrt, DV-Rechtsprechung, 1985.

<sup>113</sup>) BB 1987 S. 1975.

<sup>114</sup>) LG München, K/M-8, in: Zahnrt, DV-Rechtsprechung, 1983; LG Nürnberg/Fürth, BB 1986 S. 277 m. Anm. von Zahnrt; LG Oldenburg, K/M-10, in: Zahnrt, DV-Rechtsprechung, 1983; LG Siegen, K/M-1, in: Zahnrt, DV-Rechtsprechung 1983.

<sup>115</sup>) BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818 – einerseits; BGH, DB 1988 S. 105 = WM 1987 S. 1492 – andererseits.

<sup>116</sup>) So BGH, DB 1988 S. 105, 107 = WM 1987 S. 1492, 1495.

<sup>117</sup>) Palandt/Heinrichs, § 93 Anm. 3.

<sup>118</sup>) BGHZ 18 S. 229 = DB 1965 S. 1060; BGHZ 61 S. 81 = DB 1973 S. 1547.

<sup>119</sup>) BGHZ 61 S. 81 = DB 1973 S. 1547.

<sup>120</sup>) BGHZ 36 S. 50.

<sup>121</sup>) BGH, DB 1988 S. 105 = WM 1987 S. 1492.

<sup>122</sup>) BGH, a.a.O.

<sup>123</sup>) BGH, DB 1988 S. 105 = WM 1987 S. 1492, 1495.

<sup>124</sup>) BGH, a.a.O.; a. M. Soergel/Huber, § 469 Rdnr. 3; Westermann, in: MünchKomm., § 469 Rdnr. 3.

<sup>125</sup>) Palandt/Heinrichs, § 93 Anm. 4.

<sup>126</sup>) RGZ 63 S. 418; RGZ 87 S. 46.

<sup>127</sup>) BFH, DB 1987 S. 1970, 1972 = CR 1987 S. 576, 579; BGH DB 1987 S. 2397 = WM 1988 S. 1235.

<sup>128</sup>) BGH, DB 1985 S. 1747 = BB 1985 S. 1747.

<sup>129</sup>) BFH, a.a.O.

<sup>130</sup>) BGH, DB 1988 S. 105, 107 = WM 1987 S. 1492, 1495.

<sup>131</sup>) BGH, a.a.O.

<sup>132</sup>) BGH, DB 1988 S. 105 = WM 1987 S. 1492 ff.

<sup>133</sup>) Vgl. BGHZ 36 S. 50.

<sup>134</sup>) Palandt/Heinrichs, § 90 Anm. 1.

<sup>135</sup>) BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818, 821; BGH, NJW 1976 S. 1931.

Vertrag in einer Vertragsurkunde enthalten sind<sup>136</sup>). Doch auch diese Tatsache ist, obwohl ihr immerhin Indizfunktion zukommt, für sich allein genommen nicht geeignet, den erforderlichen »Einheitlichkeitswillen«<sup>137</sup>) notwendigerweise zu konstituieren<sup>138</sup>). Umgekehrt: Das Vorliegen von getrennten Urkunden, in denen Hard- und Software-Vertrag enthalten sind, bedeutet noch nicht notwendigerweise, daß insoweit eine Trennung beider Verträge auch tatsächlich gewollt ist. Vielmehr kommt es stets unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der in den Vertragsurkunden enthaltenen Erklärungen sowie aller mündlichen Äußerungen darauf an, ob der für § 139 BGB geforderte »Einheitlichkeitswille«<sup>139</sup>) aller vertragsschließenden Parteien tatsächlich gegeben ist. Anders gewendet: Der geforderte »Einheitlichkeitswille«<sup>140</sup>) muß Vertragsinhalt geworden sein<sup>141</sup>).

Daraus folgt: Bezieht sich der Leasingvertrag sowohl auf Hard- als auch auf Software, so spricht jedenfalls vieles dann für das Vorliegen eines erforderlichen »Einheitlichkeitswillens«<sup>142</sup>), wenn der Leasingvertrag einheitlich die Überlassung der Hardware sowie die Nutzung der Software umschließt. Gleiches gilt dann, wenn Hard- und Software eine Funktionseinheit aufgrund eines einheitlichen Vertrages bilden<sup>143</sup>).

Etwas anderes wird in der Regel dann gelten, wenn Hardware- und Software-Vertrag in getrennten Urkunden enthalten sind, insbesondere dann, wenn in diesen eindeutige Trennungsklauseln aufgeführt sind<sup>144</sup>). Denn stets sind die besonderen Umstände des Einzelfalls entscheidend, die gemäß §§ 133, 157 BGB zu bewerten sind.

#### 4. Schlußfolgerungen für die Praxis

##### a) Für die Vertragsgestaltung

*Moritz/Tybusseck*<sup>145</sup>) haben unter Berücksichtigung der BGH-Judikatur<sup>146</sup>) herausgearbeitet, daß trotz formaler Trennung von Hardware- und Software-Vertrag eine rechtliche Koppelung beider Verträge jedenfalls in den Fällen sorgfältig zu prüfen ist, wenn es sich um den Erwerb eines Datenverarbeitungssystems durch einen Erstanwender handelt<sup>147</sup>). Gleiches soll dann gelten, wenn die Neuorganisation der Datenverarbeitung eines Altanwenders – gleichgültig, ob dies zur Gänze oder nur in wesentlichen Teilen geschieht – Gegenstand der getrennten Verträge ist<sup>148</sup>). Schließlich meinen *Moritz/Tybusseck*, es komme auch im Hinblick auf eine rechtliche Koppelung von Hardware- und Software-Vertrag maßgebend darauf an, ob der Anbieter mit einer datenverarbeitungstechnischen »Lösung« eines Gesamtproblems gegenüber dem potentiellen Anwender erworben hat<sup>149</sup>).

Ob man diese Differenzierung für die Leasingbranche übernimmt<sup>150</sup>), ist durchaus fraglich, weil es ja hier um das typische Dreiecksverhältnis zwischen Leasinggeber – Leasingnehmer – Lieferant der Software/Hardware geht, nicht aber lediglich um eine Zwei-Parteien-Beziehung. Dennoch ergibt sich aufgrund der divergenten BGH-Entscheidungen<sup>151</sup>) die dringende Empfehlung für die Praxis:

Für Hard- und Softwareverträge sind getrennte Beschaffungs- und getrennte Leasingverträge abzuschließen. In den – getrennten – Leasingverträgen sollten ferner eindeutige *Trennungsklauseln* aufgenommen werden, wonach Hard- und Software-Vertrag keine rechtliche Einheit darstellen – mit der Folge, daß Leistungsstörungen des einen Vertrages nicht dazu führen, auch als Leistungsstörungen des anderen Vertrages qualifiziert zu werden<sup>152</sup>). Dabei gilt es freilich zu berücksichtigen, daß derartige Trennungsklauseln in Leasing-AGB grundsätzlich als AGB-Klauseln im Sinne von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz zu qualifizieren sind. Dies bedeutet: Liegen konkrete Umstände vor, aus denen sich – trotz der Trennung der Verträge – der erforderliche »Einheitlichkeitswille«<sup>153</sup>) zwischen Hard- und Software-Vertrag bezogen auf das Verhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer im Sinne von § 4 AGB-Gesetz ergibt, so ist es dem Leasinggeber verwehrt, sich auf das Vorliegen von Trennungsklauseln mit Erfolg zu berufen<sup>154</sup>).

Empfehlenswert ist es des weiteren, durch drucktechnische Hervorhebung der jeweiligen Trennungsklausel im Hard- und Software-Vertrag eine Aufklärungsfunktion zu begründen: Springt nämlich eine derartige Klausel – sowohl im Hard- als auch im Software-Vertrag – dem Leasingnehmer unmittelbar ins Auge, weil sie schlechterdings nicht zu übersehen ist, so kann sie durchaus als zusätzliches, gewichtiges Auslegungsinstrument Verwendung finden, um seinen »Einheitlichkeitswillen«<sup>155</sup>) in Frage zu stellen und einen angeblich individualvertraglich begründeten Rechtsschein – abhängig von dem Ergebnis der konkreten Auslegung – in die Schranken zu weisen.

##### b) Der Lieferant der Hard- und der Lieferant der Software als Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers

Gerade unter Berücksichtigung der Tatsache, daß es leasingtypischer Vertragspraxis entspricht, die technisch-kommerziellen Besonderheiten eines abzuschließenden Leasingvertrages im Verhältnis zwischen Leasingnehmer-Lieferant des Leasingguts direkt auszuhandeln, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Lieferant der Hardware sowie der Software-Hersteller Erfüllungsgehilfen des Leasinggebers im Sinne von § 278 BGB im Hinblick auf das jeweilige *Erklärungsverhalten* sind.

##### aa) Ausgangssituation

Aus der BGH-Judikatur<sup>156</sup>) folgt sowohl im Kauf<sup>157</sup>) als auch im Werkvertragsrecht<sup>158</sup>), daß die Vorschriften über die Sachmängelhaftung der §§ 459 ff., 633 ff. BGB Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsabschluß jedenfalls insoweit ausschließen, als das pflichtwidrige Verhalten des Verkäufers/Werkunternehmers mit der Beschaffenheit der Sache unmittelbar zu tun hatte<sup>159</sup>). Die gewährleistungsspezifischen Regeln der §§ 459 ff., 633 ff. BGB sind nämlich Sonderbestimmungen, die den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß vorgehen. Daraus ergibt sich: Die Rechtsregeln über das Verschulden bei Vertragsabschluß können auch bei einem EDV-Leasingvertrag nur insoweit bemüht werden, als die gewährleistungsspezifischen Sonderregeln der §§ 459 ff., 633 ff. BGB aufgrund der leasingvertragstypischen »Abtretungskonstruktion« keine unmittelbare Anwendung finden. Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß, welche dem Lieferanten der Hardware oder dem Software-Hersteller zuzurechnen sind, kommen also dann nicht zum Zuge, soweit Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem betreffenden Lieferanten der Hardware oder dem Lieferanten der Software eingreifen.

Unabhängig hiervon setzen Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß – bezogen auf das Verhalten des Lieferanten der Hardware und das des Software-Herstellers – zwingend voraus, daß im Verhältnis zum Leasinggeber Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB zu bejahen ist. Dabei ist anerkannt, daß bereits das Bestehen eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses ausreicht, um eine »Verbindlichkeit« des Schuldners zu bejahen, so daß die strikte Haftung des Schuldners für die von ihm eingeschalteten Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB eingreift<sup>160</sup>). Notwendige Tatbestandsvoraussetzung von § 278 BGB ist dabei, daß sich der Schuldner des Erfüllungsgehilfen in der Weise bedient, daß dieser mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit tätig wird<sup>161</sup>). Deshalb ist diejenige Person nicht als Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB zu qualifizieren, die lediglich eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Schuldner erfüllt, es sei denn, daß die Leistung dieser Person – zumindest objektiv betrachtet – zugleich Mitwirkung bei der Erfüllung der Schuldnerverbindlichkeit ist<sup>162</sup>).

##### bb) Der Grundtatbestand

Im Regelfall wird beim Leasing der Leasinggeber vom Leasingnehmer erst dann eingeschaltet, wenn dieser sich mit dem Lieferanten über das

<sup>136</sup>) BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818 ff.

<sup>137</sup>) BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>138</sup>) BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818, 822.

<sup>139</sup>) BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>140</sup>) BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>141</sup>) *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, 3. Aufl. 1987, Rdnr. 481.

<sup>142</sup>) BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>143</sup>) BGH, NJW 1981 S. 1358; BGH, DB 1984 S. 2131 = WM 1984 S. 1089; BGH, DB 1984 S. 2132 = WM 1984 S. 1092; BGH, WM 1985 S. 263.

<sup>144</sup>) Hierzu *Graf von Westphalen*, a.a.O., Rdnr. 492.

<sup>145</sup>) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 65 ff.

<sup>146</sup>) BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>147</sup>) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 69.

<sup>148</sup>) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O.

<sup>149</sup>) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O.

<sup>150</sup>) Vgl. *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fn. 141), Rdnr. 481 ff.

<sup>151</sup>) BGH, DB 1988 S. 106 = WM 1987 S. 1492 – Verkehrsanschauung gibt Maß; BGH, DB 1987 S. 1290 = WM 1987 S. 818 – Parteilichkeit entscheidet.

<sup>152</sup>) Hierzu insbesondere BGH, DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131 – Teilerfüllung, Kündigungsrecht gemäß § 542 BGB.

<sup>153</sup>) BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>154</sup>) *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fn. 141), Rdnr. 492.

<sup>155</sup>) BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>156</sup>) BGHZ 60 S. 319 = DB 1973 S. 1062; BGH, DB 1984 S. 2132 = WM 1984 S. 1092, 1094.

<sup>157</sup>) BGHZ 60 S. 319 DB 1973 S. 1062; *Palandt/Putzo*, vor § 459, Anm. 2c.

<sup>158</sup>) BGH, DB 1976 S. 958; *Palandt/Thomas*, vor § 633, Anm. 4d.

<sup>159</sup>) BGH, DB 1984 S. 2132 = WM 1984 S. 1092, 1094 f.

<sup>160</sup>) Statt aller *Palandt/Heinrichs*, § 278, Anm. 6 C d m.w.N.

<sup>161</sup>) Vgl. auch *Hanau*, in: MünchKomm., § 278 Rdnr. 17 ff.

<sup>162</sup>) *Erman/Battes*, § 278 Rdnr. 18.

Investitionsgut geeignet und den Liefervertrag ausgehandelt hat. Der Leasinggeber, mit dem der Leasingnehmer den Leasingvertrag abschließt, wird beauftragt, in das bereits ausgehandelte Liefergeschäft einzutreten.

Es versteht sich, daß in diesen typischen Fällen keine Ansätze für eine Erfüllungsgehilfenschaft des Lieferanten/Softwarehauses gegeben sind.

#### cc) Vertriebskooperationen

Etwas anders gilt in den Fällen, in denen der Leasinggeber den Lieferanten für Zwecke der Akquisition und des Vertragsabschlusses beauftragt<sup>163)</sup>.

Hier ist zunächst die BGH-Entscheidung vom 3. 7. 1985<sup>164)</sup> bedeutsam, weil in diesem Urteil der Lieferant des Leasingguts erstmals als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278 BGB eingeordnet wurde. Voraussetzung hierfür war nach Auffassung des BGH, daß der Lieferant des Leasingguts bei den Vertragsverhandlungen als Person des Leasinggebers eingeschaltet war und »die Pflichten gerade aus der übertragenen Aufgabe der Vertragsvorbereitungen verletzt«<sup>165)</sup> hatte. Im konkreten Fall hatte der Leasinggeber dem Lieferanten des Leasingguts Vertragsformulare überlassen und auch die Daten und Unterlagen zur Verfügung gestellt, welche zur Bemessung der Leasingraten notwendig waren. Auf diese Weise sollte dem Leasingnehmer die Stellung des Leasing-Antrags »erleichtert«<sup>166)</sup> werden. So gesehen waren die »vorbereitenden Gespräche und Verhandlungen erforderlich, um den Gegenstand des Leasingvertrages zu bestimmen und die Höhe der Leasingraten festzulegen«<sup>167)</sup>. Unter dieser Voraussetzung lag deshalb eine »den Leasingvertrag vorbereitende Tätigkeit« vor, welche ihrerseits dem Leasinggeber »eigenes Handeln ersparte«<sup>168)</sup>.

Diese Entwicklung bestätigt der BGH in seiner Entscheidung vom 4. 11. 1987<sup>169)</sup>. In diesem Urteil hatte der Lieferant des Leasingguts – einer Chemisch-Reinigungsanlage – dem Leasingnehmer mündlich erklärt, nach Vertragsbeendigung könne er diese für etwa 10% des Anschaffungswertes käuflich erwerben. Diese – bewiesene – Aussage stand jedoch im Gegensatz zum Inhalt des Leasingvertrages, wonach ein Anspruch auf Übereignung zugunsten des Leasingnehmers gerade nicht bestand.

Der BGH<sup>170)</sup> erklärte in dieser Entscheidung:

»Dem Abschluß eines Leasingvertrages gehen regelmäßige Vorgespräche voraus, die nicht nur die Auswahl, Beschaffenheit und Erwerbsbedingungen für den Leasinggegenstand betreffen, sondern auch den Inhalt des Leasingvertrages, insbesondere dessen Laufzeit, Kündbarkeit, Berechnung und Zahlung der Leasingraten usw. Bedient sich der Leasinggeber zu dieser notwendigen Vertragsvorbereitung der Hilfe des Lieferanten, so wird dieser in bezug auf die dabei entstehenden Hinweis- oder Aufklärungspflichten zu seinem Erfüllungsgehilfen, für den er nach § 278 BGB einzustehen hat.«

Es gilt demzufolge, daß ein mit der »notwendigen Vertragsvorbereitung«<sup>171)</sup> des Leasingvertrages mit Wissen und Willen des Leasinggebers betrauter Lieferant als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers eingeordnet wird, so daß in diesen Fällen die Haftung des Leasinggebers gemäß § 278 BGB eingefordert ist. Der Leasinggeber hat das Seriositätsrisiko, das er in diesen Fällen im Hinblick auf die Person des Lieferanten des Leasingguts trägt, mithin zu beachten<sup>172)</sup>.

Schließlich ist eine weitere BGH-Entscheidung zu erwähnen<sup>173)</sup>: Wenn der Lieferant des Leasingguts dem Leasingnehmer zusagt, er könne von ihm, dem Lieferanten, nach Ablauf der Grundmietzeit das Leasinggut käuflich erwerben, so findet § 6 AbzG Anwendung, falls der Leasinggeber dem Lieferanten ein Rückverwehrsrecht zugesagt hat. Denn dann erscheinen dem Leasingnehmer Lieferant und Leasinggeber als Einheit.

#### dd) Die Situation beim Software-Leasing

Gerade unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 6. 6. 1984<sup>174)</sup> ist es von entscheidender Bedeutung festzustellen, daß den Lieferanten der Software – im Ergebnis aber auch den Lieferanten der Hardware – eine besondere Aufklärungs- und Beratungspflicht trifft<sup>175)</sup>. Dabei ist die Erkenntnis von wegweisender Bedeutung, daß der Leasingnehmer ein »besonderes Interesse«<sup>176)</sup> daran hat, vollständig und richtig über den Einsatz einer EDV-Computeranlage aufgeklärt zu werden. Nur so ist auch sichergestellt, daß der Leasinggeber – und dies ist ebenfalls von Wichtigkeit – einen Leasingvertrag über ein Investitionsgut abschließen kann, das für den Leasingnehmer wirtschaftlich und technisch sinnvoll, gleichermaßen aber auch nützlich ist. In den Worten des BGH gilt deshalb:

»Die der Anschaffung einer EDV-Anlage vorausgehende Beratungstätigkeit begründet spezifische Sorgfaltspflichten des Herstellers/Lieferanten von Hardware

auf Software gegenüber dem an ihrer Einführung interessierten Kunden. Dazu tritt regelmäßig, wie auch im vorliegenden Falle von der Klägerin geltend gemacht worden ist, das Vertrauen des Laien in die Fachkunde des Herstellers«<sup>177)</sup>.

Unter welchen Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall derartige Aufklärungs- und Beratungspflichten im Verhältnis zwischen Lieferant der Hardware-/Software-Hersteller einerseits und dem Leasingnehmer andererseits entstehen, läßt sich nicht generell sagen. Sicherlich ist auch von Wichtigkeit, ob der Leasinggeber Vollkaufmann oder Nichtkaufmann ist, dem die Besonderheiten des Leasingvertrages nicht in allen Einzelheiten vertraut sind<sup>178)</sup>. Es entscheiden also stets die Umstände des Einzelfalles.

Was nun eine Erfüllungsgehilfenschaft des Lieferanten/Softwarehauses für den Leasinggeber betrifft, so wird man diese im Regelfall zu verneinen haben. Zwar findet – wie ausgeführt – typischerweise eine eingehende Beratung des Leasingnehmers durch den Lieferanten der Hardware sowie – insbesondere – durch den Software-Hersteller vor Abschluß des Leasingvertrages statt, die auf eine bestimmte EDV-technische Problemlösung zugunsten des Leasingnehmers zielt. In dieser Phase ist jedoch der Leasinggeber im Regelfall noch gar nicht involviert. Dieser tritt in die von ihm nicht beeinflussten, zwischen Leasingnehmer und Softwarehaus ausgehandelten Bedingungen nur ein, und zwar aufgrund des mit dem Leasingnehmer abgeschlossenen Leasingvertrages. Anders sieht es dagegen aus, wenn der Lieferant der Hardware/Software-Hersteller – bezogen auf den Abschluß des Leasingvertrages – nach näherer Maßgabe der BGH-Judikatur Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers im Sinne von § 278 BGB ist<sup>179)</sup>. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen zu cc) verwiesen werden.

#### ee) Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs

Unter dieser haftungsrechtlichen Perspektive erhält der Hinweis, eine Trennungsklausel sowohl im Hardware- als auch im Software-Vertrag vorzusehen und zwei Vertragsdokumente im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer zu vereinbaren, einen hohen Stellenwert. Es stellt sich nämlich die entscheidende Frage, ob die Schadensersatzhaftung des Leasinggebers gemäß § 249 BGB dann auf den Software-Vertrag gegenüber dem Leasingnehmer beschränkt bleibt, sofern der Software-Hersteller seine Aufklärungs- oder Hinweispflicht als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers – bei Vorbereitung oder Abschluß des Leasingvertrages – schuldhaft verletzt hat oder ob der vom Leasinggeber zu ersetzende Schaden auch die Freistellung des Leasingnehmers von den Verbindlichkeiten des Hardware-Vertrages umfaßt.

Bei Beachtung der schadensersatzrechtlichen Bedeutung der haftungsbegründenden Kausalität wird man dies verneinen müssen, sofern die Trennungsklausel im Hardware- und Software-Vertrag ihrerseits dem fehlenden »Einheitlichkeitswillen«<sup>180)</sup> der vertragschließenden Parteien entspricht. Auch ist dieses Ergebnis unter der Perspektive des § 278 BGB gerechtfertigt: Sofern z. B. der Software-Hersteller seine Aufklärungs- und Hinweispflichten gegenüber dem Leasingnehmer schuldhaft verletzt hat, ist nur er im Verhältnis zum Leasinggeber als dessen Erfüllungsgehilfe einzuordnen, falls diese, das ist notwendig, damit begründet ist, daß der Software-Hersteller gleichzeitig bei der Vorbereitung oder beim Abschluß des Leasingvertrages mit Wissen und Willen des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer tätig war<sup>181)</sup>.

Scheitern jedoch die Trennungsklauseln deswegen, weil ein »Einheitlichkeitswillen«<sup>182)</sup> – bezogen auf Hard- und Software-Vertrag – nachgewiesen ist, so umfaßt der Schadensersatzanspruch, den der Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber geltend machen kann, beide Vertragsverhältnisse als Einheit. Notwendigerweise steht dies jedoch wiederum unter der tatbestandlichen Voraussetzung, daß der entspre-

<sup>163)</sup> Vgl. hierzu auch Graf von Westphalen, a.a.O. (Fn. 141), Rdnr. 150 ff.

<sup>164)</sup> BGH, DB 1985 S. 2092 = WM 1985 S. 906.

<sup>165)</sup> BGH, DB 1985 S. 2092 = WM 1985 S. 906, 909.

<sup>166)</sup> BGH, a.a.O.

<sup>167)</sup> BGH, a.a.O.

<sup>168)</sup> BGH, a.a.O.

<sup>169)</sup> BGH, DB 1988 S. 108 = WM 1988 S. 84.

<sup>170)</sup> BGH, DB 1988 S. 108 = WM 1988 S. 84, 87.

<sup>171)</sup> BGH, DB 1988 S. 108 = WM 1988 S. 84, 87.

<sup>172)</sup> Vgl. Graf von Westphalen, ZIP 1985 S. 1436 ff.

<sup>173)</sup> BGH, DB 1988 S. 1848.

<sup>174)</sup> BGH, DB 1984 S. 2132 = WM 1984 S. 1092.

<sup>175)</sup> Vgl. auch Moritz/Tybussek, a.a.O., Rdnr. 83 ff.; Kilian, CR 1986 S. 187, 195; Mehrings, GRuR 1985 S. 189, 195; Engel, BB 1985 S. 1159, 1164.

<sup>176)</sup> BGH, DB 1984 S. 2132 = WM 1984 S. 1092, 1094.

<sup>177)</sup> BGH, DB 1984 S. 2132 = WM 1984 S. 1092, 1095.

<sup>178)</sup> Grundlegend BGH, DB 1988 S. 108 = WM 1988 S. 84, 88.

<sup>179)</sup> BGH, DB 1985 S. 2092 = WM 1985 S. 906; BGH, DB 1988 S. 108 = WM 1988 S. 84, 87.

<sup>180)</sup> BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>181)</sup> BGH, DB 1985 S. 2092 = WM 1985 S. 906; BGH, DB 1988 S. 108 = WM 1988 S. 84.

<sup>182)</sup> BGH, NJW 1976 S. 1931.

chende »Einheitlichkeitswille« zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer festgestellt wird, und daß die entsprechende Pflichtverletzung dem Lieferanten der Hardware oder dem Software-Hersteller – bezogen auf die Vorbereitung oder den Abschluß des Leasingvertrages<sup>183)</sup> – in seiner Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278 BGB zugerechnet wird.

Andererseits kann es sein, daß der Leasingnehmer – wegen der Wirksamkeit der Trennungsklausel im Hardware- und Software-Vertrag – seinerseits unmittelbare Schadensersatzansprüche gegenüber dem Software-Hersteller geltend machen kann<sup>184)</sup>. Dies setzt jedoch voraus, daß der Software-Hersteller kraft seiner Sachnähe auch unmittelbaren Einfluß auf die Vertragsverhandlungen zwischen dem Lieferanten der Hardware einerseits und dem Leasingnehmer andererseits hatte<sup>185)</sup>. Dies wird man z. B. dann bejahen können, wenn der Nachweis erbracht wird, daß der Software-Hersteller, ohne insoweit Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278 BGB zu sein, die Eignung der von ihm angebotenen Software-Lösung und der Hardware-Konfiguration schuldhaft falsch empfohlen oder zugesichert hat. Denn unter dieser Voraussetzung ist die Entscheidung des Leasingnehmers zum Abschluß des Leasingvertrages unmittelbar durch die Verletzung der Aufklärungs- und Hinweispflicht des Software-Herstellers verursacht. Deshalb hat in diesen Fällen der Leasingnehmer einen an § 249 BGB orientierten Schadensersatzanspruch gegenüber dem Software-Hersteller; dieser zielt darauf ab, den Leasingnehmer von den Verbindlichkeiten des Hardware- und des Software-Vertrages gegenüber dem Leasinggeber zu befreien. Auf etwaige Trennungsklauseln kann sich der Software-Hersteller nicht mit Erfolg berufen, weil diese – unter Berücksichtigung des dominanten Vertrauensprinzips – an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheitern.

## 5. Abnahme- und Gewährleistungsklauseln

### a) Abnahmeklauseln

Aus der Entscheidung des BGH vom 30. 9. 1987<sup>186)</sup> folgt zwingend: Der Leasinggeber bedient sich des Lieferanten des Leasingguts als Erfüllungsgehilfe, um seine »Hauptpflicht«<sup>187)</sup> ordnungsgemäß zu erfüllen, nämlich: dem Leasingnehmer ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut auf Dauer zur Nutzung zu überlassen<sup>188)</sup>.

Andererseits bedient sich der Leasinggeber, des Leasingnehmers als Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB, um gegenüber dem Lieferanten die Abnahme des Leasingguts auszusprechen<sup>189)</sup>.

Unter Berücksichtigung dieser beiden Parameter steht fest, daß – sofern nichts anderes ausdrücklich vereinbart ist – der Leasingvertrag erst nach vollständiger Gebrauchsunterlassung des funktionstüchtigen, nutzungsfähigen Leasingguts beginnt<sup>190)</sup>. Dies gilt auch für Software-Leasingverträge. Aus diesem Grund ist die üblicherweise in Leasing-AGB vorgesehene Übernahme- oder Abnahmebestätigung – im Ergebnis – nichts anderes als eine Quittung gemäß §§ 368, 363 BGB<sup>191)</sup>. Zur Folge hat dies, daß dem Leasingnehmer – trotz Abgabe einer Übernahme- oder Abnahmebestätigung – der Beweis vorbehalten bleibt, daß das Leasinggut nicht oder nicht vollständig geliefert wurde. Da jedoch die vom Leasingnehmer herrührende Übernahme- oder Abnahmebestätigung dazu führt, daß der Leasinggeber seinerseits das vertraglich geschuldete Entgelt an den Lieferanten des Leasingguts auszahlt, bewirkt eine unrichtige Übernahme- oder Abnahmebestätigung ein Mitverschulden des Leasingnehmers gemäß § 254 BGB, weil sich der Leasingnehmer in diesem Fall vorwerfen lassen muß, er habe die Interessen des Leasinggebers nicht ausreichend gewahrt<sup>192)</sup>. Freilich ist der Lieferant des Leasingguts im Hinblick auf die Lieferpflicht Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers, so daß sich der Leasinggeber seinerseits die schuldhaftige Nichtkenntnis des Lieferanten des Leasingguts von der Unrichtigkeit der Übernahme- oder Abnahmebestätigung zurechnen lassen muß<sup>193)</sup>.

Die Richtigkeit dieser Erwägung erweist sich unter Berücksichtigung folgender Konstellation:

Läßt sich der Nachweis erbringen, daß zwischen Hardware- und Software-Vertrag ein »Einheitlichkeitswille«<sup>194)</sup> besteht, so ist stets zu prüfen, ob der Leasingvertrag – durch Lieferung der Hard- oder Software – insgesamt ordnungsgemäß erfüllt ist, oder ob noch Teilleistungen offenstehen<sup>195)</sup>. Ist dies der Fall, weil z. B. das Bedienungshandbuch noch nicht vorliegt oder ein Teil der Software noch nicht geliefert wurde, ohne daß dies in der Übernahme- oder Abnahmebestätigung entsprechend vermerkt wurde, so liegt – vorbehaltlich eines Mitverschuldens des Leasingnehmers – der Tatbestand der Teilleistung, nicht aber ein Gewährleistungsmangel vor. Dieser aber berechtigt den Leasingnehmer,

gemäß § 542 BGB vorzugehen und den Leasingvertrag fristlos zu kündigen. Kündigungsadressat ist in diesen Fällen freilich der Leasinggeber<sup>196)</sup>, weil der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer die Erfüllung der »Hauptpflicht«<sup>197)</sup> schuldet, nämlich diesem ein gebrauchstaugliches/funktionstüchtiges Leasinggut auf Dauer entsprechend den Bestimmungen des Leasingvertrages zu überlassen.

Fehlt jedoch der erforderliche »Einheitlichkeitswille«<sup>198)</sup> zwischen Hardware- und Software-Vertrag, so richtet sich die Erfüllung bzw. Nichterfüllung nach dem jeweils hiervon betroffenen Vertrag; Ausstrahlungswirkungen auf den jeweils anderen Vertrag bestehen dann nicht. Der wirtschaftlich einheitliche Computer-Leasingvertrag ist dann in einen Software- und in einen Hardware-Vertrag aufgespalten: Ungeachtet der wirtschaftlichen und technischen Verknüpfung bestehen – in rechtlicher Hinsicht – beide Verträge selbständig.

### b) Gewährleistungsklauseln

Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich bereits, daß ein Gesamtwandlungsrecht im Sinne von § 469 Satz 2 BGB im Hinblick auf den Hardware- und den Software-Vertrag nur dann in Betracht kommt, wenn der für die Koppelung beider Verträge erforderliche »Einheitlichkeitswille«<sup>199)</sup> vorliegt. Im Gegensatz zu der BGH-Entscheidung vom 4. 11. 1987<sup>200)</sup> kommt es also ausschließlich auf den übereinstimmenden, die Koppelung konstituierenden Willen der vertragschließenden Parteien an, nicht aber im Sinne von § 93 BGB auf eine entsprechende Verkehrsanschauung<sup>201)</sup>.

Soweit zwischen Hardware- und Software-Vertrag ein »Einheitlichkeitswille«<sup>202)</sup> nicht festgestellt werden kann, begründet deshalb der Mangel der Software lediglich Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB<sup>203)</sup>, die jedoch auf den Bestand des Software-Vertrages beschränkt sind und den Hardware-Vertrag nicht erfassen. Umgekehrt: Gewährleistungspflichtige Mängel des Hardware-Vertrages führen nur zu Gewährleistungsansprüchen, die den Hardware-Vertrag unmittelbar zum Gegenstand haben, ohne Auswirkungen auf den Bestand des Software-Vertrages zu zeitigen. Anders ist selbstverständlich die Rechtslage, sofern zwischen Hardware- und Software-Vertrag – in rechtlicher, nicht nur in wirtschaftlicher Hinsicht – ein »Einheitlichkeitswille«<sup>204)</sup> konstatiert werden kann. Unter dieser Voraussetzung führt dann ein gewährleistungspflichtiger Mangel des Software-Vertrages unmittelbar zu Rechtskonsequenzen, die das gesamte Vertragsverhältnis betreffen; umgekehrt gilt bei Mängeln des Hardware-Vertrages Entsprechendes (§ 469 Satz 2 BGB).

Darüber hinaus bleibt es im Hinblick auf Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers, welche aufgrund der »Abtretungskonstruktion« gegenüber dem Lieferanten der Hard- oder der Software geltend gemacht werden, bei den etablierten Grundsätzen der BGH-Judikatur<sup>205)</sup>.

## II. Steuerrechtliche Bewertung

### 1. Der Tatbestand von § 39 Abs. 2 Ziff. 1 AO

Gemäß § 39 Abs. 1 AO sind Wirtschaftsgüter grundsätzlich dem bürgerlich-rechtlichen Eigentümer zuzurechnen. Doch ist gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO das Institut des wirtschaftlichen Eigentums anerkannt, sofern

<sup>183)</sup> BGH, DB 1985 S. 2092 = WM 1985 S. 906; BGH, DB 1988 S. 108 = WM 1988 S. 88.

<sup>184)</sup> Hierzu *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fn. 141), Rdnr. 156.

<sup>185)</sup> BGHZ 74 S. 103, 108 = DB 1979 S. 1219.

<sup>186)</sup> BGH, DB 1987 S. 2451 = WM 1987 S. 1338.

<sup>187)</sup> BGH, WM 1985 S. 1447, 1448.

<sup>188)</sup> BGH, WM 1987 S. 1338, 1339.

<sup>189)</sup> BGH, WM 1984 S. 691.

<sup>190)</sup> BGH, DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131.

<sup>191)</sup> BGH, DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131.

<sup>192)</sup> BGH, DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131.

<sup>193)</sup> BGH, DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131.

<sup>194)</sup> BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>195)</sup> BGH, DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131.

<sup>196)</sup> BGH, DB 1987 S. 2142 = WM 1987 S. 1131.

<sup>197)</sup> BGH, DB 1985 S. 2553 = WM 1985 S. 1447, 1448.

<sup>198)</sup> BGH, a.a.O.

<sup>199)</sup> BGH, NJW 1976 S. 1931; vgl. auch *Soergel/Huber*, § 469 Rdnr. 3; *Westermann*, in *Münch-Komm.*, § 469 Rdnr. 3: der Vertragszweck gibt Maß.

<sup>200)</sup> BGH, DB 1988 S. 105 = WM 1987 S. 1492.

<sup>201)</sup> So aber BGH, DB 1988 S. 105, 107 = WM 1987 S. 1492, 1495.

<sup>202)</sup> BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>203)</sup> So mit Recht BGH, DB 1988 S. 105 = WM 1987 S. 1492; hierzu neuestens *Lesshoff/Ulmer*, CR 1988 S. 813 ff.; *Heussen*, CR 1988 S. 894 ff.

<sup>204)</sup> BGH, NJW 1976 S. 1931.

<sup>205)</sup> Im einzelnen *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fn. 141), Rdnr. 269 ff. m.w.N.

ein anderer als der bürgerlich-rechtliche Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, daß er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Dies hat zur Konsequenz, daß unter diesen Voraussetzungen nicht dem bürgerlich-rechtlichen Eigentümer, sondern dem wirtschaftlichen Eigentümer das betreffende Wirtschaftsgut zuzurechnen ist.

Unter Berücksichtigung der näheren Konkretisierung dieses Begriffs, wie sie von Seeliger<sup>206)</sup> herausgearbeitet worden ist, liegt wirtschaftliches Eigentum im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO immer dann vor,

- wenn der bürgerlich-rechtliche Eigentümer keinen Herausgabeanspruch hat, wenn also ein anderer die wirtschaftliche Möglichkeit besitzt, den bürgerlich-rechtlichen Eigentümer von einer Einwirkung auf das (ihm gehörende) Wirtschaftsgut auf Dauer auszuschließen, sofern auch zu erwarten ist, daß dieser andere von dieser Möglichkeit - bei Beachtung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise - Gebrauch machen wird, oder
- wenn der bürgerlich-rechtliche Eigentümer zwar einen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB hat, dieser Herausgabeanspruch aber - bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise - für ihn wirtschaftlich bedeutungslos ist<sup>207)</sup>.

Diese Betrachtung gilt uneingeschränkt für Leasingverträge über Hardware. Für diese sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Vollamortisations-Erlasses vom 19. 4. 1971<sup>208)</sup> sowie die des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>209)</sup> einschlägig.

Für die Software - gleichgültig, ob Individualsoftware, Anwenderstandard-Software oder Betriebssoftware - gelten diese Erlasse jedoch nicht oder allenfalls entsprechend, soweit die Sachverhalte im einzelnen vergleichbar sind. Nach Ansicht des BFH<sup>210)</sup> ist jedoch zumindest die Anwenderstandard-Software ein immaterielles Wirtschaftsgut - ein Gesichtspunkt, der nunmehr weiter vertieft werden soll.

## 2. Die Software als immaterielles Wirtschaftsgut

### a) Die BFH-Entscheidung vom 3. 7. 1987<sup>211)</sup>

Der BFH hat - freilich bezogen auf die Problematik von § 19 BerlinFG - festgestellt, daß konkrete Programme in der Form der Anwenderstandard-Software als immaterielle Wirtschaftsgüter einzuordnen sind. Maßgeblich kommt es dabei nach Auffassung des BFH<sup>212)</sup> darauf an, daß bei einem Computer-Programm »sein geistiger Gehalt im Vordergrund« steht, weil das Programm für den Anwender einen betrieblichen Vorteil darstellt, befähigt es ihn doch, in seinem Betrieb oder Büro vielfältige Aufgaben unter Einsatz des entsprechenden Computerprogramms zu erledigen. Es ist also der Programminhalt, dem »die überragende wirtschaftliche Bedeutung«<sup>213)</sup> zuzuerkennen ist. Demgegenüber tritt - als materielles Wirtschaftsgut - der Datenträger in den Hintergrund. Er dient nämlich nur dazu, das Programm »unverlierbar zu machen und es als Gut im wirtschaftlichen Verkehr umsetzen zu können sowie als Eingabemedium für den Computer«<sup>214)</sup>.

Auch für den Fall, daß dem Anwender »nur ein befristetes Nutzungsrecht an dem Programm als geistiger Leistung und an dem dazugehörigen Datenträger als Sache«<sup>215)</sup> eingeräumt wird, ist nach Ansicht des BFH die rechtliche Qualifizierung als immaterielles Wirtschaftsgut »ohne weiteres einsichtig«<sup>216)</sup>. Dies gilt aber auch dann, wenn das Programm »käuflich« erworben ist<sup>217)</sup>. Demzufolge sind die Aufwendungen des Anwenders »keine Anschaffungskosten« für »bewegliche Wirtschaftsgüter« (Sachen), sondern Anschaffungskosten für immaterielle Wirtschaftsgüter, nämlich die »Programme«<sup>218)</sup>. Denn - so der BFH - auch der Käufer will »mit Abschluß des Software-Vertrags die rechtliche und wirtschaftliche Macht erlangen, das Programm als Werk mit geistigem Inhalt für seine betrieblichen Zwecke einsetzen zu können; das sachenrechtliche Eigentum am Datenträger ist für ihn bei weitem sekundär und nicht das eigentliche Kaufziel«<sup>219)</sup>. In der Sache hat also der BFH den Erwerb eines unbefristeten Nutzungsrechts an Computerprogrammen dem Erwerb eines befristeten Nutzungsrechts gleichgestellt; eine Differenzierung danach, daß in einem Fall - so der BFH<sup>220)</sup> - Kauf, im anderen Fall aber Pachtrecht maßgebend ist, wird nicht vorgenommen.

Ausdrücklich offen läßt der BFH die Frage, ob nicht möglicherweise - unter der Perspektive von § 19 BerlinFG - für den Erwerb von Trivialprogrammen andere Gesichtspunkte gelten. Einen Ausnahmefall behandelt das BFH-Urteil vom 5. 2. 1988<sup>221)</sup>, wonach Computerprogramme auf Beständen von Daten, die allgemein bekannt und jedermann zugänglich sind (z. B. mit Zahlen und Buchstaben), materielle Wirtschaftsgüter sein können.

### b) Die Beurteilung der BFH-Entscheidung vom 3. 7. 1987<sup>222)</sup>

Es ist von ganz entscheidender Bedeutung, daß *Hauter*<sup>223)</sup> feststellt, das Urteil des BFH vom 3. 7. 1987<sup>224)</sup> könne »als eine abschließende Beurteilung des Problems durch den BFH angesehen werden«<sup>225)</sup>. Daraus folgt: Anwenderprogramme sind für die steuerrechtliche Beurteilung »immaterielle Wirtschaftsgüter«<sup>226)</sup>. Nach Auffassung von *Hauter* gilt dies »gleichermaßen für Individualprogramme wie für Standardprogramme«; und es ist auch unerheblich, ob für ein bestimmtes Computerprogramm ein Urheberrecht besteht<sup>227)</sup>.

Da *Hauter* seine Anmerkung<sup>228)</sup> als amtierender Richter des BFH abgefaßt hat, ist für die weiteren Erwägungen davon auszugehen, daß jedenfalls im Hinblick auf Standard-Anwenderprogramme die Würfel gefallen sind<sup>229)</sup>: Hardware und Standard-Anwenderprogramme sind mithin verschiedene Wirtschaftsgüter; sie bilden steuerlich »keine Einheit«<sup>230)</sup>.

#### aa) Die steuerliche Einordnung von Individualsoftware

In der Literatur<sup>231)</sup> besteht Einigkeit darüber, daß Individualprogramme immaterielle Wirtschaftsgüter sind. Definitionsbedingt werden sie nämlich für die besonderen Bedürfnisse des individuellen Benutzers entwickelt<sup>232)</sup>. Ohne daß es dabei auf die urheberrechtliche Komponente entscheidend ankommt<sup>233)</sup>, verbleibt auch regelmäßig das Verfügungsrecht beim Hersteller des betreffenden Individualprogramms.

Dieser Auffassung ist mit einem typischen Erst-Recht-Argument zu folgen: Wenn nämlich nach Auffassung des BFH<sup>234)</sup> bereits standardisierte Anwenderprogramme als immaterielle Wirtschaftsgüter einzuordnen sind, so steht bei einem Individualprogramm der »geistige Gehalt«<sup>235)</sup> erst recht im Vordergrund; es ist gerade der Programminhalt, dem die »überragende wirtschaftliche Bedeutung«<sup>236)</sup> zuzuweisen ist. Entsprechend der Deduktion des BFH<sup>237)</sup> spielt dabei auch keine Rolle, aufgrund welcher Vertragsgestaltung die Individual-Software erworben wurde.

Unter Berücksichtigung der Parallelproblematik von § 19 BerlinFG deckt sich dieses Resultat auch mit einschlägigen Entscheidungen der Finanzgerichte<sup>238)</sup>.

#### bb) Die steuerrechtliche Beurteilung von Betriebssoftware

*Hauter*<sup>239)</sup> betont ausdrücklich, der BFH habe noch nicht abschließend die Frage entschieden, ob auch das Betriebssystem einer EDV-Anlage - also: die sogenannte System- oder Betriebssoftware - neben der Hardware ein selbständiges Wirtschaftsgut ist. Ohne daß *Hauter*<sup>240)</sup> hierfür eine Begründung gibt, erklärt er freilich, daß »viele dafür spricht«, »diese Frage zu bejahen«<sup>241)</sup>.

In der Literatur<sup>242)</sup> wird freilich auch die Meinung vertreten, Basissteuerprogramme im Rahmen der Systemsoftware seien keine selbständigen

<sup>206)</sup> Seeliger, Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht, S. 24 ff.; vgl. auch Bordenwin, Leasing im Steuerrecht, S. 68 ff.

<sup>207)</sup> Vgl. auch Runge/Bremser/Zöller, Leasing, S. 239 ff.

<sup>208)</sup> DB 1971 S. 795.

<sup>209)</sup> DB 1976 S. 172.

<sup>210)</sup> DB 1987 S. 1970.

<sup>211)</sup> BSIBl. II 1987 S. 728 = DB 1987 S. 1970.

<sup>212)</sup> DB 1987 S. 1970, 1972.

<sup>213)</sup> DB 1987 S. 1972.

<sup>214)</sup> DB 1987 S. 1972.

<sup>215)</sup> DB 1987 S. 1972.

<sup>216)</sup> DB 1987 S. 1972.

<sup>217)</sup> DB 1987 S. 1972.

<sup>218)</sup> DB 1987 S. 1972.

<sup>219)</sup> DB 1987 S. 1972.

<sup>220)</sup> DB 1987 S. 1972.

<sup>221)</sup> BSIBl. II 1988 S. 737 = DB 1988 S. 1678.

<sup>222)</sup> DB 1987 S. 1970.

<sup>223)</sup> CR 1987 S. 580, 581.

<sup>224)</sup> DB 1987 S. 1970.

<sup>225)</sup> A. M. Sauer, Bilanzierung von Software, S. 195 ff.

<sup>226)</sup> *Hauter*, a. a. O. (Fn. 223).

<sup>227)</sup> Hierzu BGH, DB 1985 S. 2397 = NJW 1986 S. 192 ff.

<sup>228)</sup> CR 1987 S. 580 f.

<sup>229)</sup> Vgl. auch BFH, BSIBl. II 1988 S. 737 = DB 1988 S. 1678.

<sup>230)</sup> *Hauter*, CR 1987 S. 580, 581; ebenso BFH vom 3. 7. 1987, DB 1987 S. 1970.

<sup>231)</sup> *Walter*, DB 1980 S. 1766 ff.; *Feldhahn*, DSIR 1985 S. 336 ff.; *Beermann*, CR 1986 S. 709 ff.

<sup>232)</sup> *Walter*, DB 1980 S. 766, 768.

<sup>233)</sup> Hierzu auch *Kröger*, NWB, Fach 17a S. 859, 861.

<sup>234)</sup> BFH, DB 1987 S. 1970 ff.

<sup>235)</sup> BFH, DB 1987 S. 1970, 1972.

<sup>236)</sup> BFH, a. a. O.

<sup>237)</sup> BFH, a. a. O.

<sup>238)</sup> FG Berlin, EFG 1975 S. 403; FG Berlin, EFG 1983 S. 105.

<sup>239)</sup> *Hauter*, CR 1987 S. 580, 581.

<sup>240)</sup> *Hauter*, a. a. O. (Fn. 223).

<sup>241)</sup> *Hauter*, a. a. O. (Fn. 223).

<sup>242)</sup> *Walter*, DB 1980 S. 815, 817.

Wirtschaftsgüter, weil ihnen das Kriterium der selbständigen Bewertbarkeit ermangele. Demgegenüber – so *Walter*<sup>243</sup> – sei die Systemsoftware als selbständiges bewertungsfähiges Wirtschaftsgut anzusehen, wenn es sich um eine Systemsoftware für interaktive Programmierung oder für eine Datenbankssoftware handelt. Unter Beachtung dieser Differenzierung gelangt *Walter*<sup>244</sup> zu dem Resultat, daß eine derart strukturierte Systemsoftware als immaterielles Wirtschaftsgut zu behandeln sei, weil sich auch in diesem Fall der Anwender »einzig und allein für das Programm, d. h. für die geistige Leistung«<sup>245</sup> interessiert. Berücksichtigt man jedoch, daß *Hauter* als amtierender Richter des BFH<sup>246</sup> der Systemsoftware den Charakter eines selbständigen Wirtschaftsguts zugesprochen hat, so spricht vieles dafür, auch die Systemsoftware als immaterielles Wirtschaftsgut zu qualifizieren. Denn auch auf die Systemsoftware trifft das maßgebende Kriterium des BFH<sup>247</sup> zu, daß nämlich der »geistige Gehalt« der Systemsoftware für Anwender »im Vordergrund steht«<sup>248</sup>.

### 3. Die steuerrechtliche Beurteilung des Erwerbsvorgangs

#### a) Der Erwerbstatbestand gemäß § 5 Abs. 2 EStG

Materielle Wirtschaftsgüter sind körperliche Gegenstände; so gesehen gibt die Definition gemäß §§ 90 ff. BGB Maß<sup>249</sup>. Daß danach die Hardware ein materielles Wirtschaftsgut ist, steht außer Streit. Es ist im Anlagevermögen des Leasinggebers zu aktivieren. Unter Berücksichtigung von § 247 Abs. 2 HGB sind freilich nur die Gegenstände im Anlagevermögen auszuweisen, die bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen, wobei der Gesetzesbegriff »dauernd« nicht als reiner Zeitbegriff im Sinne von »immer« oder »für alle Zeiten« zu verstehen ist<sup>250</sup>. Begreift man – wie hier geschehen – die Software als immaterielles Wirtschaftsgut, so ist für eine Aktivierung als Anlagevermögen sowohl für die Beurteilung nach § 248 Abs. 2 HGB als auch nach § 5 Abs. 2 EStG Voraussetzung, daß ein entgeltlicher Erwerbsvorgang zugrundeliegt<sup>251</sup>.

Ein entgeltlicher Erwerb eines immateriellen Wirtschaftsguts im Sinne von § 5 Abs. 2 EStG liegt immer dann vor, wenn es Gegenstand eines gegenseitigen Vertrages war oder ist, bei dem Leistung und Gegenleistung nach kaufmännischen Gesichtspunkten abgewogen sind und bei dem die Leistung der einen Vertragspartei in der Übertragung eines bereits bestehenden immateriellen Wirtschaftsguts oder in der Begründung, d. h. Einräumung eines solchen Wirtschaftsguts besteht<sup>252</sup>. Notwendigerweise ist dabei unter dem Begriffsmerkmal »Erwerb« ein abgeleiteter Erwerb, d. h. ein Erwerb gegen Entgelt zu verstehen, nicht aber ein originärer Erwerb eines Wirtschaftsguts<sup>253</sup>.

Der begriffliche Gegensatz zum entgeltlichen Erwerb ist der unentgeltliche Erwerb<sup>254</sup>. Liegt beim Erwerb eines immateriellen Wirtschaftsguts kein entgeltlicher Erwerbsvorgang vor, besteht sowohl gemäß § 248 Abs. 2 HGB als auch gemäß § 5 Abs. 2 EStG ein Aktivierungsverbot.

Liegt jedoch ein schwebender Vertrag vor, so besteht nach allgemeinen Bilanzierungsgrundsätzen für die aus ihm folgenden Rechte und Pflichten ein Bilanzierungsverbot, das dem Aktivierungsgebot von § 5 Abs. 2 EStG vorgeht<sup>255</sup>. Allerdings kann bei einem schwebenden Vertrag ein Rechnungsabgrenzungsposten gemäß § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG auf der Aktivseite anzusetzen sein, wenn Ausgaben vor dem Abschlußstichtag bewirkt wurden, soweit sie Aufwand für eine bestimmte Zeit nach diesem Tag darstellen.

#### b) Die Voraussetzungen für die Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens

Die in § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG niedergelegte Definition des Rechnungsabgrenzungspostens schließt ein, daß Ausgaben als Aufwand für eine bestimmte Zeit nach dem Bilanzstichtag angefallen sind. Ob dies der Fall ist, entscheidet sich im allgemeinen danach, ob der wirtschaftliche Grund der Ausgaben in der Vergangenheit oder in der Zukunft liegt, insbesondere, ob die Ausgaben durch im abgelaufenen Wirtschaftsjahr empfangene oder durch künftig zu erwartende Gegenleistungen wirtschaftlich verursacht sind<sup>256</sup>. Diese Voraussetzung ist nicht schon dann zu bejahen, wenn sich der Erfolg einer Ausgabe in einer bestimmten Zeit nach dem Abschlußstichtag auswirkt<sup>257</sup>. Vielmehr muß es sich regelmäßig um eine Vorleistung im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages handeln, der eine noch nicht erbrachte – zeitbezogene – Gegenleistung des anderen Vertragsteils gegenübersteht<sup>258</sup>. Dabei entscheiden die Umstände des einzelnen Vertragsverhältnisses<sup>259</sup>.

Die nach § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG erforderliche bestimmte Zeit ist nach herrschender Meinung rechnerisch zu ermitteln oder muß doch zumindest mathematisch ableitbar sein; eine Schätzung reicht nicht aus<sup>260</sup>.

Die Höhe bzw. die Auflösung des aktiven Rechnungsabgrenzungspostens gemäß § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG bestimmen sich nicht nach den Vorschriften über die Bewertung eines Wirtschaftsguts gemäß § 6 EStG, sondern ausschließlich nach dem rechtlichen Wertverhältnis der noch ausstehenden Gegenleistung zur gesamten Leistung<sup>261</sup>.

Als Rechnungsabgrenzungsposten sind u. a. Nutzungsentgelte aktivierbar<sup>262</sup>. Dies gilt auch dann, wenn eine Einmalzahlung zugrunde liegt<sup>263</sup>. Das entrichtete Einmalentgelt zählt nicht zu den Anschaffungskosten eines entgeltlich erworbenen Nutzungsrechts<sup>264</sup>.

### 4. Die steuerrechtlichen Konsequenzen

#### a) Der Beschaffungsvorgang: Softwarehaus – Leasinggeber

Die zivilrechtliche Bewertung hat zu dem Ergebnis geführt, daß bei der Beschaffung einer Individualsoftware der zugrundeliegende Vertrag als Kombination zwischen werkvertraglichen und mietvertraglichen Elementen einzuordnen ist. Soweit eine Anwenderstandard-Software dem Leasinggeber überlassen wird, überwiegt – unter Berücksichtigung der Absorptionstheorie, wie sie für gemischte Verträge entwickelt wurde – das Element der mietvertraglichen Nutzungsüberlassung gemäß §§ 581, 535 BGB; die kaufvertraglich vorhandenen Elemente treten in den Hintergrund, weil der Leasinggeber das Nutzungsrecht nicht zur Eigennutzung erwirbt, mithin keine freie Vermögensdisposition treffen kann. Das gleiche gilt bei der Beschaffung von Systemsoftware.

Eine andere zivilrechtliche Einordnung ist nur dann geboten, wenn das Softwarehaus dem Leasinggeber die »Source Codes« überläßt oder wenn der Leasinggeber auch für den Regelfall der Beendigung des Leasingvertrages mit dem Ergebnis der Vollamortisation das uneingeschränkte Verwertungsrecht an der Software erhält. Unter diesen Voraussetzungen dominieren bei der Beschaffung der Individualsoftware die werkvertraglichen Elemente gemäß §§ 631 ff. BGB; bei der Beschaffung von Anwenderstandard-Software steht die kaufrechtliche Komponente gemäß §§ 433 ff. BGB im Vordergrund.

#### aa) Bei der Beschaffung von Individualsoftware

Ungeachtet der Tatsache, daß im Verhältnis zwischen Softwarehaus und Leasinggeber werkvertragliche Elemente gemäß §§ 631 ff. BGB vorliegen, dominiert – in wirtschaftlicher Hinsicht – das Moment der Nutzungsüberlassung: Der Leasinggeber erhält kein freies Verfügungsrecht an der Individualsoftware; seine Rechtsstellung ist von vornherein begrenzt, dem Leasingnehmer ein nicht-ausschließliches und nicht übertragbares Nutzungsrecht einzuräumen. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, daß zwischen Softwarehaus und Leasinggeber von Anfang an Klarheit darüber besteht, daß der wirtschaftliche Vorteil des Nutzungsrechts ausschließlich dem Leasingnehmer zugutekommen soll. So gesehen hat der Leasinggeber über das Überlassungsverhältnis mit dem Leasingnehmer hinaus kein eigenes Nutzungsinteresse.

Das vom Leasinggeber gezahlte Einmalentgelt wird erst dann entrichtet, wenn der Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber die einwandfreie, ordnungsgemäße Übernahme der Software bestätigt hat. Mithin ist der Beschaffungsvorgang – wirtschaftlich betrachtet – abgeschlossen, bevor der Leasinggeber das Einmalentgelt dem Softwarehaus für das gewährte Nutzungsrecht bezahlt.

<sup>243</sup> *Walter*, a.a.O. (Fn. 242).

<sup>244</sup> *Walter*, a.a.O. (Fn. 242).

<sup>245</sup> *Walter*, a.a.O. (Fn. 242).

<sup>246</sup> *Hauter*, a.a.O. (Fn. 223).

<sup>247</sup> BFH, DB 1987 S. 1970, 1972.

<sup>248</sup> BFH, a.a.O. (Fn. 247); so auch *Walter*, a.a.O. (Fn. 242).

<sup>249</sup> *Sauer*, a.a.O. (Fn. 225), S. 78.

<sup>250</sup> BFH, BStBl. II 1987 S. 448 = DB 1987 S. 1125.

<sup>251</sup> Vgl. *Sauer*, a.a.O. (Fn. 225), S. 80.

<sup>252</sup> *Herrmann/Hauer/Raupach*, § 5 EStG Rdnr. 1730.

<sup>253</sup> *Herrmann/Hauer/Raupach*, § 5 EStG Rdnr. 1731; *Sauer*, a.a.O. (Fn. 225), S. 80; *Schmidt*, EStG, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 22a.

<sup>254</sup> *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 253), § 5 EStG Rdnr. 22b; im einzelnen *Sauer*, a.a.O. (Fn. 225), S. 81 f.

<sup>255</sup> *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 253), § 5 EStG Rdnr. 20a; 21b.

<sup>256</sup> BFH-Urteil vom 12. 8. 1982 IV R 184/79, BStBl. II 1982 S. 696 = DB 1982 S. 2383.

<sup>257</sup> BFH-Urteil vom 4. 3. 1976 IV R 87/72, BStBl. II 1977 S. 380 = DB 1977 S. 800; *Schmidt*,

a.a.O. (Fn. 253), § 5 EStG Rdnr. 25.

<sup>258</sup> BFH-Urteil vom 26. 6. 1979 VIII R 145/78, BStBl. II 1979 S. 625 = DB 1979 S. 1871.

<sup>259</sup> BFH-Urteil vom 7. 3. 1973 I R 48/69, BStBl. II 1973 S. 565 = DB 1973 S. 1283.

<sup>260</sup> BFH-Urteil vom 19. 1. 1978 IV R 153/72, BStBl. II 1978 S. 262 = DB 1978 S. 916; vom 3. 5. 1983 VIII R 100/81, BStBl. II S. 572 = DB 1983 S. 1902; a. M. *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 253), § 5 Rdnr. 25.

<sup>261</sup> *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 253), § 5 EStG Rdnr. 27.

<sup>262</sup> BFH-Urteil vom 11. 10. 1983 VIII R 61/81, BStBl. II 1984 S. 267 = DB 1984 S. 752.

<sup>263</sup> Ebenda.

<sup>264</sup> *Dollterer*, BB 1984 S. 2034 (2038); *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 253), § 5 EStG Rdnr. 24b.

Gerade weil das Einmalentgelt sowohl Beschaffungsvorgang als auch Nutzungsüberlassung abgibt, liegt kein Erwerbsvorgang im Sinne von § 5 Abs. 2 EStG vor: Allenfalls läßt sich argumentieren, daß die im Beschaffungsvorgang enthaltene Begründung des Nutzungsrechts entgeltlicher Erwerb eines immateriellen Wirtschaftsguts ist, was zur Konsequenz hätte, daß dann jedenfalls der Teil des Einmalentgelts, der dem Nutzungsentgelt entspricht, nicht als Teil der Anschaffungskosten im Sinne von § 5 Abs. 2 EStG zu aktivieren wäre; vielmehr wäre insoweit, aber nur insoweit, ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten gemäß § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG zu bilden<sup>265</sup>). Doch wird diese Betrachtung den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht gerecht: Entscheidend ist und bleibt der Tatbestand, daß der Leasinggeber – im Gegensatz zu einem Lizenznehmer – kein eigenes Nutzungsrecht erwirbt, das er selbst ausübt. Ziel und Zweck des vom Leasinggeber bewirkten Beschaffungsvorgangs ist es, dem Leasingnehmer ein Nutzungsrecht an der Individualsoftware einzuräumen, das seinen Interessen und Bedürfnissen entspricht.

Unter diesen Umständen ist die Annahme eines schwebenden Nutzungsüberlassungsverhältnisses mit Bildung eines aktiven Rechnungsabgrenzungspostens beim Leasinggeber die sachgerechte Lösung. Allein sie wird dem Grundsatz der Bilanzwahrheit gerecht; nur diese Betrachtungsweise entspricht der völlig unterschiedlichen Struktur und wirtschaftlichen Bedeutung des Erwerbs der Hardware und der Beschaffung eines nicht-ausschließlichen Nutzungsrechts an der Individualsoftware zugunsten des Leasingnehmers. Die Individualsoftware ist eben kein Wirtschaftsgut, das im Anlagevermögen des Leasinggebers für sich – unabhängig vom Leasingvertrag – Bedeutung hat, wie es bei der Hardware der Fall ist.

Mithin ist das vom Leasinggeber an das Softwarehaus gezahlte Einmalentgelt nach dem rechtlichen Wertverhältnis der noch ausstehenden Gegenleistung zur gesamten Leistung pro Rechnungsperiode zu verteilen. Für das darin liegende Element der bestimmten Zeit im Sinne von § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG gibt die jeweilige Dauer des Software-Leasingvertrages Maß. Entweder handelt es sich dabei, wie eingangs betont, um einen Vollamortisationsvertrag, dessen Dauer an die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer der entsprechenden Hardware gekoppelt ist, oder es liegt ein kündbarer Teilamortisationsvertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers vor. Während im ersten Fall eine unkündbare Grundmietzeit Aufschluß über die Dauer gibt, innerhalb derer der aktive Rechnungsabgrenzungsposten aufzulösen ist, entscheidet beim kündbaren Teilamortisationsvertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers die kalkulatorisch ermittelte Frist, innerhalb derer der Leasinggeber seinen Vollamortisationsanspruch<sup>266</sup>) realisiert. Auf die früher liegenden Kündigungsmöglichkeiten des Leasingnehmers kommt es nicht entscheidend an, weil ja der Leasinggeber nach Auffassung des BGH<sup>267</sup>) in jedem Fall einen leasingtypischen Vollamortisationsanspruch hat.

Auch aufgrund der zivilrechtlichen Wertung wird hingegen ein Erwerbsvorgang im Sinne von § 5 Abs. 2 EStG anzunehmen sein, wenn der Leasinggeber die »Source Codes« zur freien Verfügung erhalten hat; gleiches wird dann gelten, wenn die Beschaffung der Individualsoftware mit dem Recht des Leasinggebers gekoppelt wird, in jedem Fall, d. h. auch im »Regelfall« (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) der ordnungsgemäßen Abwicklung des Leasingvertrages, mit dem Ergebnis der Vollamortisation die Software frei zu verwerten. Denn unter dieser Voraussetzung steht die freie Dispositionsbefugnis des Leasinggebers, mithin sein genuines Erwerbsinteresse im Vordergrund. Hier hat der Leasinggeber – wirtschaftlich betrachtet – die gleiche Stellung wie ein Lizenznehmer, dem das Nutzungsrecht auf Dauer bis zum wirtschaftlichen Verbrauch eingeräumt ist. Ist dagegen die Verwertung auf den Ausnahmefall beschränkt, daß bei der Abwicklung des Leasingvertrages keine Vollamortisation erreicht wird, dann kann ein zur Aktivierung führender Vollrechtserwerb nicht angenommen werden. Vielmehr gilt insoweit ebenfalls das oben erörterte Bilanzierungsverbot für schwebende Verträge, das nur die Aktivierung eines Rechnungsabgrenzungspostens zuläßt.

#### bb) Bei der Beschaffung von Anwenderstandard-Software

Die Erwägungen, die im Vorstehenden unterbreitet worden sind, gelten erst recht für den Fall, daß sich der Beschaffungsvorgang auf eine Anwenderstandard-Software bezieht. Denn nach der zivilrechtlichen Kategorisierung dominiert hier unter Berücksichtigung der Absorptionstheorie der mietvertragliche Nutzungsaspekt gemäß §§ 535, 581 BGB. Demzufolge gilt das vom Leasinggeber entrichtete Einmalentgelt – wirtschaftlich betrachtet – dem Nutzungsrecht, das der Leasinggeber nicht für sich selbst, sondern deswegen erwirbt, um dem Leasingnehmer die Nutzung der Anwenderstandard-Software zu ermöglichen. Der kaufver-

tragliche Aspekt, der als Erwerb im Sinne von § 5 Abs. 2 EStG herangezogen werden könnte, tritt in den Hintergrund, weil der Leasinggeber keine freie Verfügungsbefugnis erhält, sondern lediglich das Recht, dem Leasingnehmer ein entsprechendes Nutzungsrecht an der Anwenderstandard-Software einzuräumen. Diese Vermögensposition ist deshalb für den Leasinggeber – wirtschaftlich betrachtet – kein Erwerbsvorgang. Demzufolge ist auch bei der Beschaffung einer Anwenderstandard-Software ein Rechnungsabgrenzungsposten im Sinne von § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG zu bilden; im übrigen gilt das Bilanzierungsverbot für schwebende Verträge.

Selbstverständlich gelten auch in diesem Zusammenhang wieder die Ausnahmen, die zuvor dargestellt worden sind: Erwirbt der Leasinggeber die »Source Codes« oder das freie Verwertungsrecht auch bei Abwicklung des Leasingvertrages mit dem Ergebnis der Vollamortisation, so liegt ein Erwerbsvorgang im Sinne von § 5 Abs. 2 EStG vor: Die Anschaffungskosten des in der Anwenderstandard-Software verkörperten immateriellen Wirtschaftsguts sind beim Leasinggeber zu aktivieren. Ist das Verwertungsrecht dagegen auf den Ausnahmefall beschränkt, daß die Abwicklung des Leasingvertrages nicht zur Vollamortisation führt, dann gilt auch insoweit das Bilanzierungsverbot für schwebende Verträge mit Aktivierung eines Rechnungsabgrenzungspostens.

#### cc) Bei der Beschaffung von Systemsoftware

Es gelten hier ungekürzt die gleichen Erwägungen, die zuvor für den Beschaffungsvorgang betreffend eine Anwenderstandard-Software dargestellt worden sind.

#### b) Der Überlassungsvorgang: Leasinggeber – Leasingnehmer

Unabhängig davon, ob der Leasinggeber das Bilanzierungsverbot für schwebende Verträge zu beachten oder vom aktivierungspflichtigen Erwerb eines immateriellen Wirtschaftsguts auszugehen hat, sind die vom Leasingnehmer geleisteten Leasingraten – genau wie die für die Nutzung der Hardware entrichteten Leasingraten – Betriebsausgaben im Sinne von § 4 Abs. 4 EStG und als solche sofort abzugsfähig. Beim Leasinggeber sind die Leasingraten Betriebseinnahmen.

### III. Zusammenfassung

Beim Software-Leasing ist das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Softwarehaus regelmäßig als Begründung eines Überlassungsvertrages zu qualifizieren, auf welches die mietrechtlichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB Anwendung finden. Soweit Individual-Software hergestellt wird, liegt ein Kombinationsvertrag vor, der im Hinblick auf den Herstellakt werkvertraglichen Charakter gemäß §§ 631 ff. BGB, in bezug auf den Nutzungsüberlassungsvertrag jedoch den mietrechtlichen Bestimmungen der §§ 581, 535 ff. BGB folgt. Bei der Überlassung von Anwenderstandard-Software dominiert dieser Aspekt; der Erwerbsakt tritt als Nebenleistung in den Hintergrund. Gleiches gilt bei der Überlassung der Betriebssoftware.

Diese Kategorisierung gilt freilich dann nicht, wenn, was nicht eben häufig der Fall ist, dem Leasinggeber die »Source Codes« überlassen worden sind oder wenn ihm ein eigenes Verwertungsrecht auch für den Fall der Abwicklung des Leasingvertrages mit dem Ergebnis der Vollamortisation eingeräumt wurde. Unter dieser Voraussetzung tritt – rechtlich wie wirtschaftlich betrachtet – der Nutzungsaspekt in den Hintergrund; es dominiert dann der Erwerbsakt. Dieser ist bei der Beschaffung von Individualsoftware werkvertraglich, bei dem Erwerb von Anwenderstandard-Software kaufvertraglich einzuordnen.

In allen Fällen ist der Leasinggeber berechtigt, die ihm gegenüber dem Softwarehaus zustehenden Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 633 ff., 459 ff. BGB an den Leasingnehmer abzutreten. So gesehen besteht zwischen Software und Hardware kein Unterschied.

Um die Risiken zu minimieren, die sich aus der Software ergeben, empfiehlt sich sowohl das Vertragsverhältnis zwischen Softwarehaus und Leasinggeber als auch das zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer in einen Software-Überlassungs- und in einen Hardware-Überlassungsvertrag zu trennen. Zweckmäßigerweise sollten sowohl im Software- als auch im Hardwarevertrag eindeutige Trennungsklauseln vorgesehen werden, so daß das Risiko eines Vertrages den anderen Vertrag unter Berücksichtigung von § 139 BGB unberührt läßt.

<sup>265</sup>) Vgl. BFH vom 11. 10. 1983, a.a.O. (Fn. 262).

<sup>266</sup>) BGH, DB 1985 S. 1730 = WM 1985 S. 860.

<sup>267</sup>) BGH, a.a.O.

Im übrigen ist für das Verhältnis zwischen Soft- und Hardware – auch im Rahmen von § 469 Satz 2 BGB – nicht an § 93 BGB, sondern an den jeweiligen Parteiwillen anzubinden; dieser entscheidet autonom – entsprechend der Interessenlage – darüber, ob eine Koppelung oder eine Trennung von Hard- und Softwarevertrag gewollt ist.

Unter diesen Prämissen bieten sich im übrigen für die EDV-spezifischen Probleme des Leasing keine Besonderheiten an; es gelten die etablierten Regeln, wie sie von der BGH-Judikatur für Finanzierungsleasingverträge in bezug auf Vertragsvorbereitung, Vertragsabschluß, Gewährleistung entwickelt worden sind.

Unter Berücksichtigung der neuen Judikatur des BFH ist die Individualsoftware, Anwenderstandardsoftware und Systemsoftware als immaterielles Wirtschaftsgut zu qualifizieren. Aufgrund der zivilrechtlichen Einordnung des Vertragsverhältnisses, wie es zwischen Leasinggeber und Softwarehaus beim Software-Leasing üblicherweise besteht, ist insoweit von einem schwebenden Nutzungsüberlassungsverhältnis auszu-

gehen, für das ein Bilanzierungsverbot besteht; das vom Leasinggeber für die Beschaffung der Software gezahlte Einmalentgelt ist als aktiver Rechnungsabgrenzungsposten im Sinne von § 5 Abs. 4 Nr. 1 EStG zu behandeln. Nur dies wird den wirtschaftlichen Gegebenheiten gerecht, weil der Leasinggeber kein eigenes Erwerbs- oder Nutzungsinteresse hat, welches für die Aktivierung eines entgeltlich erworbenen immateriellen Wirtschaftsguts im Sinne von § 5 Abs. 2 EStG herangezogen werden könnte. Für die Dauer, innerhalb derer ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten in der Bilanz des Leasinggebers zu bilden ist, ist die jeweilige Dauer des Software-Leasingvertrages entscheidend: Entweder gibt die Grundmietzeit des Vollamortisationsvertrages Maß oder es entscheidet die kalkulatorische Frist, die der Leasinggeber beim kündbaren Teilamortisationsvertrag mit Abschlußzahlung des Leasingnehmers zugrundelegt.

Für die handelsrechtliche Bilanzierung gelten die gleichen Grundsätze, was hier jedoch nicht weiter vertieft werden konnte und sollte.