

Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht

– Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit *Heussen*, GRUR 1987, 779 ff. –

Thomas Hoeren*)

Seit jeher haben sich Immaterialgüterrecht und Vertragsrecht wechselseitig beeinflusst und geprägt, werden doch die Rechte des Urhebers und Rechte des Anwenders wesentlich durch das Urhebergesetz und das Urhebervertragsrecht bestimmt. Im Bereich des EDV-Rechts bereitet gerade diese Schnittstelle zwischen Urheber- und Vertragsrecht erhebliche Schwierigkeiten, da die Grundstruktur des Urheberrechts nicht auf die spezifischen Anforderungen des EDV-Markts zugeschnitten ist und z.Z. gerade deshalb eine große Unklarheit über die Rechte und Pflichten der Parteien eines EDV-Vertrags herrscht.

Dies wird bereits bei einem kurzen Blick auf die Literatur zum Softwareüberlassungsvertrag deutlich. Wie ein undurchdringbarer und sich ständig ausbreitender Dschungel – so erscheint einem unbedarften Leser das Gewirr unterschiedlichster Stellungnahmen zur Frage nach der Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrags. Rechtspacht¹⁾, Miet²⁾, Lizenzvertrag³⁾, Vertrag sui generis⁴⁾ – wer sich darüber informieren will, was für einen Vertrag er nun eigentlich mit seinem Softwarelieferanten oder -kunden geschlossen hat, muß sich bei näherer Lektüre der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung vor den Kopf gestoßen fühlen⁵⁾. Im folgenden soll gerade angesichts dieser Problematik versucht werden, die urheberrechtlichen und vertragstypologischen Implikationen einer EDV-Vereinbarung aufzuzeigen und zu strukturieren, wobei als Beispiel für eine solche Vereinbarung die vertragliche Überlassung von Standardanwendersoftware auf Dauer dienen soll.

Zunächst sollen anhand des bisher wohl interessantesten Zuordnungsversuchs von *Heussen*⁶⁾ die Schwächen und Tücken der bisherigen Lehre zu Softwareüberlassungsverträgen exemplifiziert werden, um dann in einem zweiten Teil einen neuen und in seiner Einfachheit vielleicht verblüffenden Einordnungsversuch zu begründen: Alle Softwareüberlassung geschieht in Form eines Sachkaufes – mit der Implikation, daß für die Frage der Rechtsnatur dieses Vertragstyps urheberrechtliche Erwägungen keine Rolle mehr spielen.

A. Die vertragstypologische Zuordnung bei *Heussen*

1. Grundzüge

Heussen will zunächst einmal auf jede Unterscheidung zwischen Individual- und Standardsoftware oder zwischen zeitlich begrenzter und unbegrenzter Überlassung verzichten⁷⁾.

Im Vordergrund stehe „der Softwarevertrag“⁸⁾. Dieser ist immer als ein Lizenzvertrag einzustufen, da „Gegenstand aller Verträge ... eine Idee“ ist⁹⁾. Da allein der Rechtspachtvertrag „den Dauerschuldcharakter der Nutzungsgestattung am differenziertesten abbildet“¹⁰⁾, sei der Softwarevertrag den Vorschriften über die Rechtspacht zuzuordnen.

Heussen trennt dann zwischen der „lizenzvertraglichen Klammer“¹¹⁾ und der Frage nach den adäquaten Gewährleistungsvorschriften. In bezug auf die Gewährleistung will er eine „modulare Konstruktion“¹²⁾ einführen. Je nach vereinbarter Nutzungstiefe und nach Schutz der Idee sollen „die allgemein schuldrechtlichen Regeln (§§ 325, 326), die vertragstypischen Gewährleistungsvorschriften von Kauf-, Werk- und Mietvertrag oder die Regeln des allgemeinen BGB (§ 242) gegen die für den Rechtspachtvertrag typische mietvertragliche Regelung (§§ 537, 538 BGB)“¹³⁾ ausgetauscht werden dürfen.

So liege etwa „gewährleistungsrechtlich gewiß ein punktuelltes Austauschgeschäft“ vor, „wenn lediglich Know-how-Schutz-fähige Standardsoftware ‚über den Ladentisch verkauft‘ wird“¹⁴⁾. Dagegen sollen §§ 537, 538 anwendbar sein, wenn „Software vom Hersteller/Vertrieb unter der gleichzeitigen Bereitschaft zu Wartung und Pflege ... überlassen“ wird; denn dadurch sei deutlich, „daß die Rechtsinhaberschaft beim Hersteller/Vertrieb verbleiben soll“¹⁵⁾.

Diese modulare Auswahl der Gewährleistungsvorschriften „je nach konkreter Fallgestaltung“¹⁶⁾ ändere aber nichts an der grundlegenden Tatsache, daß allein mit dem Instrumentarium des Lizenzvertragsrechts „typische Langzeitaspekte“ – wie z.B. „die Frage, ob der Erwerber das Programm vervielfältigen, damit Handel treiben etc. darf“¹⁷⁾ – bewältigt werden können.

*) Lic. theol. Thomas Hoeren, Institut für Kirchenrecht, Münster.

1) So etwa BGH, Urt. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86 in CR 1987, 358 ff., 360 = DB 1987, 1290 ff., 1291; BGH, Urt. v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80 = NJW 1981, 2684 f., 2685.

2) So u.a. Koch, Computer-Vertragsrecht, 2. Aufl. Freiburg 1986, Rdn. 544 („mietrechtsähnlich“).

3) So z.B. Kindermann, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150 ff., 156; LG Köln, Urt. v. 2.10.1984 – 90 O 51/84 in CR 1986, 23 u.v.a.

4) Lauer, Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1758 ff., 1759; Brandt-Dohrn, Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrages, CR 1986, 63 ff., 68 ff. mit weiteren Nachw.

5) Zum Diskussionsstand in der Schweiz vgl. A. Fuchs, Der Erwerb von Computern. Vertragstypen und besondere Formen der Gewährleistung. Diss. Zurich 1978, 131 – 133.

6) *Heussen*, Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware, GRUR 1987, 779 – 792.

7) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 787.

8) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 789.

9) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 789; vgl. ebd.: „Stell man, wie vorgeschlagen, die Idee in das Zentrum der Softwareleistung ...“

10) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 789.

11) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 790.

12) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 790.

13) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 791; vgl. auch 789.

14) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 790 (Hervorhebung im Text).

15) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 788.

16) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 790.

17) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 790.

2. Kritik

Gegen den Zuordnungsvorschlag *Heussens* erheben sich m.E. schwerwiegende Bedenken:

a) Schon aus praktischen Gründen wird sich *Heussens* Ansatz nicht durchsetzen können. Er überläßt dem Richter mit dem Verweis auf den Einzelfall die Entscheidung darüber, welche der vielen denkbaren Gewährleistungsregeln anzuwenden sind. Die Frage, von welchen vertragsrechtlichen Grundlagen bei einem konkreten Softwareüberlassungsvertrag auszugehen ist, verweist er an die juristische Praxis zurück, ohne sie beantwortet zu haben.

b) *Heussen* macht die Bestimmung der Rechtsnatur eines Überlassungsvertrags davon abhängig, inwieweit das Programm den absoluten Schutz des Urhebergesetzes oder nur den relativen Schutz des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb genießt. Gerade die Frage nach dem Schutz von Softwareprodukten ist aber gerade seit der Inkassoprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹⁸⁾ sehr schwierig und umstritten.

Deshalb ist die von *Heussen* vorgeschlagene Koppelung der vertragstypologischen Einordnung mit der Frage nach der Schutzfähigkeit eines Softwarepakets aus der Sicht des Praktikers fatal. Soll etwa der Richter wirklich jedesmal die Frage nach der Urheberrechtsfähigkeit eines bestimmten Softwareproduktes klären müssen, wenn er über diesen Sachmangel zivilrechtlich zu urteilen hat?

c) Neben dem Praktikabilitätseinwand fallen aber die zivilrechtlichen Bedenken gegen die Auffassung *Heussens* noch stärker ins Gewicht. So macht er geltend, daß der Softwarehändler bei zusätzlicher Vereinbarung von Wartung und Pflege des überlassenen Programms davon ausgehe, daß die Rechtsinhaberschaft bei ihm verbleiben soll; gerade deshalb sei in diesem Fall nur die Annahme eines Rechtspachtvertrags, nicht aber eines Kaufes sachgemäß¹⁹⁾. Dieser These ist entgegenzusetzen, daß z.B. beim Verkauf komplizierter Maschinen sehr häufig zusätzliche Wartungsvereinbarungen getroffen werden; niemand würde in diesen Fällen aber am Vorliegen eines Kaufvertrages über die Maschinen zweifeln. Zu Recht geht deshalb *Waser* in seiner Dissertation über Computerwartungsverträge²⁰⁾ ganz selbstverständlich davon aus, daß der Kauf der Hardware und die Wartungsvereinbarung als zwei faktisch getrennte und deshalb juristisch unterschiedlichen Normkomplexen zuzuordnende Vertragstypen zu behandeln sind²¹⁾.

Auch im Softwarebereich werden bezüglich der Wartung entweder zusätzliche Nebenvereinbarungen getroffen, wonach der Anwender gegen ein gesondert zu entrichtendes laufendes Entgelt einen Wartungsservice vereinbaren kann²²⁾, oder eigene Wartungsverträge mit

dem Händler abgeschlossen²³⁾. Die Tatsache, daß der Anwender manchmal zusätzlich mit seinem Händler Wartung vereinbaren kann, hat also keinerlei Auswirkungen auf die Frage nach der Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrags; vor allem drückt der Händler durch den Abschluß solcher Nebenvereinbarungen nicht seinen Willen zum Erhalt der Rechtsinhaberschaft am Programm aus.

d) Weiterhin geht *Heussen* bei seinen Überlegungen davon aus, daß der schlichte Austauschcharakter des Kauf- und Werkvertragsrechts „zu undifferenziert“ sei, „um etwa die Frage zu lösen, ob ‚gekaufte‘ Software auf beliebig vielen Systemen des Anwenders eingesetzt werden darf“²⁴⁾ oder „ob der Erwerber das Programm vervielfältigen, damit Handel treiben etc. darf“²⁵⁾. Denn letztere Fragen „sind typische Langzeitaspekte, die man nur mit dem begrifflichen Instrumentarium bewältigen kann, das sich im lizenzvertraglichen Bereich entwickelt hat“²⁶⁾.

Auch diese Ausführungen *Heussens* sind bedenklich. Die von ihm angeführten ‚Langzeit‘-Probleme sind rein urheberrechtliche Fragen (§§ 16, 17, 31, 32 UrhG), die auch beim Kauf einer Videofilmkassette, eines Buches oder einer Schallplatte regelmäßig auftauchen. So ist auch dem Erwerber einer Schallplatte z.B. durch § 16 I UrhG untersagt, ohne Zustimmung des Urhebers Kopien davon anzufertigen; dennoch würde niemand auf die Idee kommen, hier deshalb vom Vorliegen eines Lizenzvertrages auszugehen. Zu Recht betont deshalb *Hartlieb* in bezug auf den Videohandel, daß Sacheigentum und Mietbesitz an einer Videokassette den Endverbraucher nicht zu deren unbeschränkter Benutzung berechtigen: „In der Videokassette als ihrem materiellen Substrat sind nämlich Videorechte (vor allem der Vervielfältigung und Verbreitung) verkörpert, die dem Endverbraucher nicht übertragen worden sind ...“²⁷⁾.

Insgesamt zeigt sich somit, daß auch der Zuordnungsvorschlag *Heussens* wie schon die anderen bisher diskutierten Lösungsansätze²⁸⁾ zahlreiche Schwachstellen aufweist und nicht überzeugend ist. Fraglich ist aber, ob diese Schwachstellen und Unstimmigkeiten nicht eine gemeinsame, bisher verborgene Quelle haben. *Heussens* Lösungsvorschlag geht nämlich mit der h.M. stillschweigend davon aus, daß im Rahmen von Überlassungsverträgen nie das Eigentum an einer Sache, sondern nur ein einfaches Nutzungsrecht an dem immateriellen Programm übertragen wird²⁹⁾. Die

18) BGH, Urt. v. 9.5.1985 – I ZR 52/83 in GRUR 1985, 1041 = CR 1985, 22–32 – Inkasso-Programm.

19) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 788.

20) *Waser*, Der Computerwartungsvertrag, Diss. Zürich 1980.

21) Vgl. z.B. *Waser* (Fußn. 20), 7.

22) So etwa NIXDORF Software-Vertrag Rdn. 3.1: „Nixdorf wird die nachfolgenden Leistungen ... auf Anforderung des Anwenders zu den jeweils gültigen Bedingungen erbringen: ... Beratung bei der Fehlerbeseitigung nach Ablauf der Gewährleistungsfrist ...“. Ähnlich auch COMPUTER ASSOCIATES in ihrem „Lizenz- und Wartungsvertrag über Computer-Software“.

23) Vgl. etwa STEEB Informationstechnik GmbH – Überlassungsvertrag Rdn. 9: „Der Auftragnehmer übernimmt auf Wunsch des Auftraggebers auf der Basis eines getrennten Wartungsvertrages die Wartung ...“. Ähnlich GAO-Softwarehaus (Münster), Allgemeine Geschäftsbedingungen, Rdn. 9: „Die GAO bietet den Kunden für einen Teil der Programme einen Software-Pflege- und Betreuungsvertrag an, den diese mit Wirkung ab Abnahme der Programme ... abschließen können.“ Leider ist hier nicht der Raum für eine ausführliche empirische Analyse der in der Bundesrepublik Deutschland üblichen AGB; vgl. hierzu ausführlich meine in Arbeit befindliche Dissertation über das Thema „Der Softwarevertrag, Rechtsnatur und Vertragsgestaltung“.

24) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 789.

25) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 790.

26) *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987, 790.

27) *von Hartlieb*, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 2. Aufl. München 1984, 422.

28) Auf eine ausführliche Auseinandersetzung mit anderen Zuordnungsvorschlägen muß hier leider aus Platzgründen verzichtet werden; hier kann wiederum nur auf die Ausführungen in meiner Dissertation verwiesen werden (vgl. Fußn. 23).

29) So schreibt *Heussen* (Fußn. 6), GRUR 1987 bereits zu Beginn seines Aufsatzes auf S. 779: „Computersoftware ist kein körperlicher Gegenstand ...“.

Oben dargestellten Mängel lassen aber die im folgenden zu überprüfende Vermutung zu, daß bereits dieses Vorurteil unzutreffend ist und jeder Softwareüberlassungsvertrag u. U. doch als Sachkauf eingestuft werden kann.

B. Softwareüberlassung als Sachkauf

1. Software als Sache

Der Begriff der Sache im § 433 I 1 verweist auf die Legaldefinition des § 90, wonach unter Sachen nur körperliche Gegenstände zu verstehen sind³⁰⁾.

a) Die herrschende Meinung

Die inzwischen ganz h. M.³¹⁾ geht davon aus, daß ein Software-Überlassungsvertrag nicht den Erwerb einer Sache zum Gegenstand hat³²⁾, Vertragsgegenstand sei sowohl der Datenträger (Magnetband, Diskette) als auch das auf ihm enthaltene Programm. Allein der Datenträger sei eine Sache im Sinne des § 90 BGB; das Programm müsse demgegenüber als selbständiges geistiges Gut eingestuft werden. Diesem geistigen Gut komme aber in Beziehung zum Datenträger eine übertragende wirtschaftliche Bedeutung zu³³⁾.

Das Programm lasse sich nämlich ohne Probleme auf einen anderen Datenträger kopieren; außerdem habe der Datenträger selbst für sich genommen kaum einen wirtschaftlichen Wert³⁴⁾. Der Anwender wolle deshalb auch nur die im Programm selbst enthaltene Problemlösung kaufen³⁵⁾. Darüber hinaus könne der

Lieferant auch ohne Übergabe eines Datenträgers das Programm direkt in die EDV-Anlage des Anwenders einspeisen³⁶⁾. Schließlich verlange der Lieferant eines auf einem Datenträger abgespeicherten Programms für den Fall, daß Programm und Datenträger versehentlich durch den Anwender zerstört worden sind und deshalb eine neue Programmkopie hergestellt werden muß, „nur eine unwesentliche Vergütung für den Datenträger und für das Kopieren“³⁷⁾.

b) Eigene Ansicht

Die von der h. M. vertretene Argumentation ist m. E. aus mehreren Gründen unzutreffend:

aa) Standardsoftware bildet eine wirtschaftlich untrennbare Einheit von Datenträger und Programm: Aus der Sicht des Softwarelieferanten muß das Programm auf einem Datenträger verkörpert sein; denn anders ist ein wirtschaftlich sinnvoller Vertrieb der „konfektionierten“³⁸⁾ Standardprogramme z. Z. nicht möglich. Aber auch dem Erwerber kommt es auf die konkrete Form der Materialisierung an: Die Tatsache der Materialisierung auf einem Datenträger birgt für ihn ja erst die Möglichkeit, Sicherheitskopien zu erstellen oder das Programm überhaupt in seinen Arbeitsspeicher zu laden und laufen zu lassen. Das Programm ist für ihn ohne die Speicherung auf einem Datenträger überhaupt nicht erhältlich und sinnvoll nutzbar³⁹⁾. Diese Tatsache mag ein kleines Beispiel aus dem Alltag einer PC-Zeitschrift illustrieren: In zahlreichen Softwarezeitschriften werden regelmäßig sog. Listings, d. h. Kopien des Quellcodes eines Programms, abgedruckt. Vielen Anwendern ist es nun zu mühselig, diesen Quellcode abzutippen, um ihn dann in ihren PC eingeben zu können. Aufgrund dieses Problems haben sich die PC-Zeitschriften entschlossen, ihren Lesern parallel zur Veröffentlichung eines Listings den Erwerb des fertigen Programms auf einer Diskette zu nicht unerheblichen Preisen anzubieten. Dem Erwerber einer solchen Diskette ist das Programm für sich genommen völlig egal und uninteressant; er bezahlt vielmehr für die Möglichkeit, die „bespielte“ Diskette sofort problemlos in den Arbeitsspeicher seines PC's einspeisen und erst dadurch das Programm schnell ausprobieren und nutzen zu können.

Insofern bestehen auch deutliche Parallelen zum Erwerb einer Videokassette oder eines Buches⁴⁰⁾. Zwar geht ein kleiner Teil der Literatur davon aus, daß dort immer zwischen dem körperlichen Träger und dem geistigen Inhalt zu trennen sei, da der Informationsträger für sich genommen keinen übergeordneten Vermögenswert besitze und das geistige Gut einen auch bei Trennung vom körperlichen Träger bleibenden wirtschaftlichen Wert beinhalte⁴¹⁾.

30) Prot. III, 1. f. Ebenso BGB-RGRK/Mezger § 433 Rdn. 12 ff.; Erman/Weinauer § 433 Rdn. 25; Soergel/Huber Vor § 433 Rdn. 153. Anderer Ansicht aber St. Neumann, Haftungsprobleme bei primären Vermögensschäden infolge unzutreffender erworbener Druckwerke, Diss. Bochum 1984, 52 ff. mit weiteren Nachw.

31) Vgl. dazu BGH, Urt. v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86 = DB 1987, 1290: „Weitgehende Einigkeit besteht nur insofern, als in der Überlassung auch von Standardsoftware ein Nutzungsvertrag im wesentlichen über ein geistiges Werk gesehen wird, ...“

32) Zu einer anderen Einschätzung des Meinungsstandes in der Rechtsprechung kommt allerdings Tybusseck in ihrer Dissertation über ‚Vertragsgestaltung bei Computersoftware‘ (Diss. Konstanz 1986), in der sie davon ausgeht, daß der BGH in seinen Urt. v. 6.6. und 20.6.1984 „bei fehlerhafter Software“ (28) die Sachmängelhaftung des Kaufrechts angewendet habe und dort dementsprechend vom Vorliegen eines Sachkaufes im Sinne des § 433 I ausgegangen sei. – Hier liegt m. E. ein Mißverständnis aufseiten Tybussecks vor. In beiden Fällen ging es um Streitigkeiten auf der Basis eines Leasing- bzw. Mietvertrags über eine DV-Anlage (Hardware). Im Rahmen dieser Verträge war auch die Mitlieferung von Standardprogrammen vereinbart worden. Die Anwender machten jeweils lediglich geltend, die ganze DV-Anlage sei incl. der Programme zum vertragsgemäßen Gebrauch nicht tauglich gewesen bzw. sie seien beim Erwerb der Anlage falsch beraten worden: allein darüber hatte der BGH auch nur zu befinden. Aussagen über die Rechtsnatur von Überlassungsverträgen sind diesen Urteilen deshalb überhaupt nicht zu entnehmen.

33) Mehrings, Computersoftware und Mängelhaftung – ein Problemaufriß. GRUR 1985, 189 ff., 192; ähnlich Zahn, Gewährleistung bei der Überlassung von Standardprogrammen, IuR 6/1986, 252 f.; Engel, Mängelansprüche bei Softwareverträgen in: BB 1985, 1159 ff., 1162.

34) Mehrings, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, in: NJW 1986, 1904 ff., 1905; Klinter, Software-Vermarktung – eine Urheberrechtsfrage. Online 3/78, 174 ff., 175; Engel (Fußn. 33), BB 1985, 1160 und 1162. Maier schreibt in seinem Aufsatz „Zur Kaufmannseigenschaft von Software-Entwicklern“, NJW 1986, 1909 ff., 1911 Anm. 26 zu Recht: „Die Diskette beispielsweise kostet ca. 3.– DM, das fertige Programm hingegen wird je nach Programminhalt für 60.– DM bis 10000.– DM und mehr verkauft.“

35) So Maier (Fußn. 34), NJW 1986, 1911 mit falschem Ausdruck „Kauf“.

36) So Zahn (Fußn. 33), IuR 1986, 252 f.

37) Zahn (Fußn. 33), IuR 1986, 253.

38) So OLG Stuttgart, Urt. v. 23.6.1986 – 2 U 252/85 in IuR 1987, 191 ff., 191.

39) Ähnlich auch Soergel/Huber, Vor § 433 Rdn. 153 und Pearson, Computer Contracts – An International Guide to agreements and software protection, London 1984, 137 für das angloamerikanische Recht.

40) Auf diese Parallele verweist zu Recht auch Kindermann (Fußn. 3), GRUR 1983, 159: „Wie beim Kauf eines Buches im Buchhandel erwirbt der Käufer gegen Entrichtung des Kaufpreises ein Exemplar (Kopie) des Programms in Form einer beschriebenen Magnetbandkassette ...“

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

Diese Ansicht hat sich aber zu Recht nicht durchsetzen können: Die Weitergabe des auf einer Videokassette oder in einem Buch enthaltenen geistigen Gehalts ist nämlich wirtschaftlich ohne einen entsprechenden Datenträger nicht möglich; gerade deshalb ging der Bundesgerichtshof etwa in seinem Nottestamentsmappenfall⁴²⁾ zu Recht davon aus, daß der Erwerb von Druckwerken grundsätzlich im Wege eines Sachkaufes erfolgen kann⁴³⁾.

Das Interesse des Erwerbers läßt sich somit gar nicht in ein solches an dem Programm oder an dem Datenträger aufspalten, sondern stellt sich als „einheitliches Interesse an der betreffenden Information in der jeweiligen Speicherungsform“ dar⁴⁴⁾.

bb) Inzwischen finden sich auch erste Urteile zu Fragen der Standardsoftware, die vom Vorliegen einer Sache ausgehen⁴⁵⁾.

(1) So tauchte mit dem Berlinförderungsgesetz 1980 die von den Finanzgerichten zu entscheidende Frage auf, ob ein Standardprogramm ein materielles Wirtschaftsgut und der Erwerb eines solchen Programms deshalb förderungsfähig ist⁴⁶⁾. Zu Recht hat das Finanzgericht Berlin in mehreren Urteilen⁴⁷⁾ ausgeführt, daß ein Computerprogramm dann ein materielles Wirtschaftsgut sei, „wenn es serienmäßig hergestellt und vertrieben wird“⁴⁸⁾.

Nach anfänglichem Zögern⁴⁹⁾ neigte auch der Bundesfinanzhof zeitweilig dazu, datenträgergebundene Standardprogramme unter bestimmten Voraussetzungen als materielle Wirtschaftsgüter anzuerkennen⁵⁰⁾. Erst in seiner jüngsten Entscheidung vom 3. Juli 1987⁵¹⁾ fiel der Bundesfinanzhof unglücklicherweise wieder in den alten Trott zurück, indem er angesichts der für ihn beängstigenden Komplexität des Softwaremarkts schlichtweg alle Computerprogramme als immaterielle Wirtschaftsgüter einstufte⁵²⁾.

(2) Darüber hinaus hat aber auch der Bundesgerichtshof⁵³⁾ in zwei Entscheidungen die Sachqualität von Standardsoftware sehr deutlich herausgehoben. Schon in seinem Beschluß vom 2. Mai 1985 hatte er darüber zu befinden, ob die Bezeichnung „Datenverarbeitungsprogramme“ ohne erklärende Zusätze eine Ware im Sinne des § 2 I 2 WZG hinreichend bestimmt bezeichnen kann⁵⁴⁾. In seinem Beschluß betont der Senat, daß Programme zumindest dann als „Ware“ zu bezeichnen seien, wenn es sich um „zu beliebiger Vervielfältigung und Anwendung bestimmte und zu diesem Zweck auf standardisierte Datenträger fixierte Erzeugnisse“ handele⁵⁵⁾. Angesichts dieser Entscheidung kann es nicht verwundern, daß der Bundesgerichtshof auch in seinem Urteil vom 4. November 1987 betonte, daß nur „ein Datenträger mit dem darin verkörperten Programm, insofern also eine körperliche Sache“^{55a)} als Gegenstand jedes Softwareüberlassungsvertrags in Betracht kommt. Auch in der Rechtsprechung zeichnet

42) BGH, Urte. v. 14.3.1973 – VIII ZR 137/71 in NJW 1973, 843. Ähnlich der Börseninformationsdienstfall BGH, Urte. v. 8.2.1978 – VIII ZR 20/77 in BGHZ 70, 356 = BB 1978, 980 mit Anm. von *Roll* = JZ 1978, 398 mit Aufsatz von *König* = WM 1978, 306 = NJW 1978, 997. In der Literatur wird diese Ansicht auch vertreten von *K.F. Röhl*, Fehler in Druckwerken, JZ 1979, 369 ff., 374; *Palandt/Putzo* § 433 Anm. 1 a).

43) Bei Videokassetten geht die ganz h.M. ebenfalls vom Vorliegen eines Sachkaufes aus; so etwa *Hartlieb* (Fußn. 27), Handbuch 422.

44) So FG Berlin, Urte. v. 18.9.1985 – II 292/82 = CR 1986, 710 ff., 721. Dort finden sich auch weitere und sehr lebenswerte Begründungsansätze zur Sachqualität von Standardsoftware (s.u.). Ähnlich jetzt auch *Dörner/Jersch*, Die Rechtsnatur von Softwareüberlassungsverträgen, in: JuR 1988, Heft 4 (erscheint demnächst).

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

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

45) Zu Parallelen in der ausländischen Rechtsprechung vgl. *Triangle Underwriters, Inc. v. Honeywell, Inc.*, 457 F. Suppl. 765 (E.D.N.Y. 1978), revd. and remanded on other grounds, No. 78 – 7532 (2nd Cir., filed July 17, 1979). Vgl. auch *Hoeren*, EDV und Recht in der DDR – ein Literaturbericht, in: JuR 1987, 388 ff., 391.

46) Ein sehr guter Überblick über die Problematik und die verschiedenen in der finanzrechtlichen Rechtsprechung vertretenen Lösungsansätze findet sich in der Urteilsbegründung des BFH, Urte. v. 3.7.1987 – III R 7/86 = CR 9/1987, 576 ff. mit weiteren Nachw.

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

48) FG Berlin (Fußn. 44) in CR 1986, 719 (Leits. 1).

49) BFH, Urte. v. 5.10.1979 – III R 40/76 in BFHE 129, 110 = BStBl. II 1980, 17 in DB 1980, 143; BFH, Urte. v. 5.10.1979 – III R 78/75 in BFHE 128, 575 = BStBl. II 1980, 16.

50) BFH v. 3.12.1982 – III R 132/81 in BStBl. 1983 II, 647/749 = DB 1983, 1183, 1184. In der Literatur wird diese Ansicht auch vertreten von *Freericks*, Sind EDV-Programme körperliche Wirtschaftsgüter?, in: DStR 1969, 691 ff., 693 f.; *Walter*, Ertragssteuerrechtliche Behandlung von Software (Computerprogrammen), in: DB 1980, 1766 ff. und 1815 ff. mit weiteren Nachw.

51) BFH, Urte. v. 3.7.1987 – III R 7/86 in CR 1987, 576 ff.

52) Diese Entscheidung zeigt paradigmatisch die Verunsicherung des Juristen angesichts der Unübersichtbarkeit und Fremdheit des EDV-Bereichs. Die „Lösung“ des BFH demonstriert, wie schlecht diese Juristen mit ihrer Unsicherheit umgehen können: Gemäß dem Motto „Bist Du nicht willig, so brauch‘ ich Gewalt“ werden die verschiedenen Formen des Softwarehandels und deren juristischen Konsequenzen als ‚unüberblickbar‘ abgewürgt: „Nach inzwischen gewonnenen Erkenntnissen erweist sich das Vertragsrecht als keine sichere Beurteilungsgrundlage für die steuerliche Einordnung der Software. Denn das Vertragsrecht ist im Fluß ...“; so BFH (Anm. 31). Stattdessen versucht der BFH, durch eine scheinbar einfache, aber im Endergebnis viel zu grobrastrige Lösung alle schwierigen Probleme bereits von vornherein zu umgehen. Leider erlaubt die Kürze dieses Beitrags nicht eine ausführliche ‚Urteils-Schelte‘; deshalb sei hier nur auf die Ausführungen in meiner Dissertation (vgl. Fußn. 23) verwiesen.

53) BGH, Beschl. v. 2.5.1985 – I ZB 8784 in GRUR 1985, 1055 mit krit. Anm. von *Betten*; BGH, Urteil vom 4.11.1987 – VIII ZR 314/86 in DB 1988, 105 = BB 1988, 20 = NJW 1988, 406 = JuR 1988, 16 mit zust. Anm. von *Zahrnt*. Auch in seinem Urteil vom 25.3.1987 – VIII ZR 43/86 = DB 1987, 1290 hat der BGH die Möglichkeit angedeutet, daß bei unbefristeter Nutzungsüberlassung und einmaliger Gegenleistung vom Vorliegen eines Sachkaufes ausgegangen werden könne. Da der BGH hier aber keine weitere Begründung zu seinem Vorschlag liefert, soll im folgenden auf diese Entscheidung kein Bezug mehr genommen werden.

54) Zum zeichenrechtlichen Warenbegriff vgl. etwa *Busse*, Warenzeichengesetz, 5. Aufl. Berlin 1976, § 1 Rdn. 18: „Waren sind körperliche, bewegliche Sachen, die aus einem mit Gewinn abzielenden Unternehmen in den Wirtschaftsverkehr gebracht werden.“ Ähnlich *BPatGE* 13, 229, 232; von *Gamm*, Warenzeichengesetz, München 1965, § 1 Rdn. 34 u.a.

55) BGH (Fußn. 53) in GRUR 1985, 1056.

55a) BGH (Fußn. 53) in BB 1988, 22 = DB 1988, 106.

ch demnach eine zunehmende Tendenz zur Bejahung der Sachqualität von Standardprogrammen ab.
d) Insgesamt spricht m.E. alles dafür, alle Standardprogramme wegen ihrer Datenträgergebundenheit als Sache im Sinne des § 90 BGB zu behandeln.

2. Eigentum an der Software

Nachdem die Sachqualität von Standardsoftware thesenartig herausgestellt worden ist, gilt es nun als nächstes zu klären, ob der Erwerb von Software auch die Übertragung des Eigentums beinhaltet. Gemäß § 903 BGB ist die Stellung des Eigentümers einer Sache dadurch charakterisiert, daß er mit der Sache nach Belieben verfahren und gleichzeitig andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Dieses umfassende Herrschaftsrecht ist allerdings beschränkt durch besondere Gesetze und Rechte Dritter.

Soll nun der Anwender in diesem Sinne Eigentum an der Software erhalten haben, so müßte er jene gemäß § 929 Satz 1 vom Eigentümer erhalten haben und sich mit ihm über den Eigentumsübergang geeignet haben.

a) Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts

In den meisten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Softwarehersteller bzw. -händler wird allein der Eigentumserwerb an dem Datenträger zugelassen. Bezüglich des Programms wird dort nur von einem nicht ausschließlichen und nicht übertragbaren Nutzungsrecht des Erwerbers gesprochen; das Eigentum am Programm soll auf jeden Fall beim Hersteller bleiben⁵⁶⁾.

aa) Die bisherige Lehre

Die inzwischen wohl ganz h.M.⁵⁷⁾ zieht aus diesem Faktum die Folgerung, daß hier kein Kaufvertrag, sondern allenfalls die Übertragung eines einfachen Nutzungsrechts (§§ 31 II; 32 UrhG) im Rahmen eines Lizenzvertrags vorliege. Eine solche Übertragung ist urheberrechtlich aber nur mit Bezug auf die Verwertungsrechte der §§ 15–23 möglich⁵⁸⁾; von daher kommt die Annahme eines Lizenzvertrages nur dann in Betracht, wenn sich nachweisen läßt, daß der Anwender mit dem Gebrauch des Programms auch zwangsläufig eine ursprünglich dem Urheber vorbehaltenen Verwertungshandlung im Sinne des Urheberrechtsgebers vornimmt. Die h.M. hilft sich über diese Klippe hinweg, indem sie davon ausgeht, daß das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher und jeder sich daran anschließende Programmablauf eine Vervielfältigung im Sinne des § 17 I UrhG darstelle, die ein Anwender nur bei Einräumung eines entsprechenden

Nutzungsrechts durch den Urheber rechtmäßig durchführen kann⁵⁹⁾.

Zur Begründung dieses Ansatzes werden von der h.M. mehrere Argumente angeboten:

Zunächst wird darauf verwiesen, daß durch die vorübergehende Speicherung des Programms in den Arbeitsspeicher „ein körperliches Festlegungsexemplar, das Computergerät, geschaffen“ werde, das unabhängig von seinem Verwendungszweck ein Vervielfältigungsstück darstelle⁶⁰⁾.

Sehr häufig wird auch damit argumentiert, daß im Urheberrechtsgesetz bereits eine vorübergehende, flüchtige Fixierung ohne Rücksicht auf die zeitliche Bestandsdauer oder die Vergänglichkeit des Materials (etwa bei Schnee, Eis, Backwerk) für die Annahme einer Vervielfältigung genüge⁶¹⁾. Das Einlesen des Programms in den Arbeitsspeicher könne deshalb eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlung sein, auch wenn diese Einspeicherung nur vorübergehend ist und bereits kurze Zeit später wieder gelöscht wird. Denn schließlich „käme auch niemand auf die Idee, eine Vervielfältigung zu verneinen, wenn ein geschütztes Werk abgeschrieben oder fotokopiert und anschließend die Abschrift oder Fotokopie sofort wieder vernichtet wird“⁶²⁾.

Schließlich verweist man darauf, daß sich das Urheberrecht den Eigentümlichkeiten der EDV flexibel anpassen müsse und deshalb auch die wichtigste Form der Programmnutzung zu umfassen habe. Schließlich werde ja auch die Einspeicherung urheberrechtlich geschützter Werke in eine Datenbank als Vervielfältigung beurteilt⁶³⁾.

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

bb) Kritik

Diese Ansicht hat m.E. aber mehrere fundamentale Fehler.

(1) Die Annahme einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung durch bloßes Laden des Programms kann bereits mit einem Minimalwissen von der Architektur eines Arbeitsspeichers widerlegt werden⁶⁴⁾. Ver-

56) So etwa § 2 Nr. 1 Satz 1 der „Allgemeinen Nutzungsbedingungen für Softwareprodukte“ des Bundesverbandes Deutscher Unternehmensberater; NIXDORF, Bedingungen für Überlassung von Standardsoftware, Ziff. 6.1.; IBM-Lizenzvertrag (375–0), Ziff. 1 u.v.a.

57) Ulmer/Kolle, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, in: GRUR Int. 1982, 489 ff., 499; Kolle, Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 447 ff., 455; Lehmann, Anm. zu BGH, Urt. v. 25.3.1987, in: CR 1987, 422 f.; ähnlich Kindermann (Fußn. 3), GRUR 1983, 156; Fromm/Nordemann/Hertin, Urheberrecht, 6. Aufl. Stuttgart 1986, Vor § 31 Rdn. 34 f.; Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, München 1986, Rdn. 342.

58) von Gamm, Urheberrechtsgesetz, München 1968, § 31 Rdn. 2; vgl. Fromm/Nordemann/Hertin (Fußn. 57), Vor § 31 Rdn. 3; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. Berlin 1980, 358.

59) So ausführlich Röttinger, Finden beim Lauf eines Computerprogramms Vervielfältigungsvorgänge im Sinne des Urheberrechts statt?, IuR 1987, 267 ff., 268 ff.; Haberstumpf, Der Ablauf eines Computerprogramms im System der urheberrechtlichen Verwertungshandlungen, CR 1987, 409 ff. mit weiteren Nachw.; Bauer, Rechtsschutz von Computerprogrammen in der Bundesrepublik Deutschland – eine Bestandsaufnahme nach dem Urteil des BGH vom 9.5.1985, CR 1985, 5 ff., 9; Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware, GRUR 1979, 305; Köhler, Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme, München 1968, 26, 37, 69; Kolle, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen aus nationaler und internationaler Sicht (Teil 1), GRUR 1973, 611 ff., 617; ders. (Fußn. 57), GRUR 1982, 455; Ulmer/Kolle (Fußn. 57), GRUR Int. 1982, 499; Kindermann (Fußn. 3), GRUR 1983, 156.

60) Haberstumpf (Fußn. 59), CR 1987, 411.

61) So etwa von Gamm (Fußn. 58), UrhG, § 16 Rdn. 10; Haberstumpf, Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Computerprogrammen, GRUR 1982, 142 ff., 149; ders. (Fußn. 59), CR 1987, 411 u.a.

62) Haberstumpf (Fußn. 59), CR 1987, 411.

63) So Kolle (Fußn. 57), GRUR 1982, 455 mit Verw. auf E. Ulmer, Elektronische Datenbanken und Urheberrecht, München 1977, 45 ff.

64) Vgl. hierzu auch Hayes, Computer architecture and organization, 6. Aufl. Auckland 1985, 320 ff., insbes. 361.

Vielfältigung im Sinne des § 16 UrhG bezeichnet die Herstellung von Vervielfältigungsstücken des Werkes, d.h. „von körperlichen Festlegungen, die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen (Bücher, Noten, Schallplatten und dergl.)“⁶⁵⁾. Demgegenüber erzeugt das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher immer nur eine vorübergehende ‚Kopie‘, die aber in dem Augenblick, in dem der Benutzer ein neues Programm benutzt oder seinen PC ausschaltet, gelöscht wird⁶⁶⁾. Eine solche nur vorübergehende und flüchtige Speicherungsform stellt aber gerade im Gegensatz zu den Möglichkeiten einer Festspeicherung (z.B. auf Festplatte oder Magnetband) keine „körperliche Festlegung“ im Sinne des § 16 I UrhG dar⁶⁷⁾.

Diese Konsequenz kann man auch nicht dadurch umgehen, daß man das Computergerät selbst als Vervielfältigungsstück sieht (s.o.). Denn dieses ‚Gerät‘ wird doch nicht durch das Laden in den Arbeitsspeicher neu „geschaffen“ – wie sollte man sich diesen Vorgang DV-technisch vorstellen? Auch die Formulierung, das Computergerät sei „als verbreitungsfähiges Werkstück für darin verkörperte Programme“⁶⁸⁾ zu betrachten, zeigt eine recht eigenwillige und simplifizierende Sicht der in einem Computersystem enthaltenen Rechnerarchitektur: Zwar ist ein Computer sicherlich ein körperlicher Gegenstand; damit steht aber noch lange nicht fest, daß alles, was man „in ihn hineinspeichert“, auch in ihm und durch ihn ‚verkörperlicht‘ wird. Vielmehr besitzen die Speicher in einem Computer unterschiedlichste Funktionen und Speichereigenschaften; der RAM-Arbeitsspeicher selbst fungiert dabei nur als temporäres ‚Durchgangslager‘.

(2) Gerade deshalb ist auch der Vergleich mit Datenbanken verfehlt, da hier regelmäßig eine Festspeicherung auf Dauer erfolgt. Zu Recht lehnt *Ulmer* – ansonsten gerade ein Hauptvertreter der ‚Lizenztheorie‘ – bei einer internen Datenbankspeicherung eine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts ab, „wenn es sich nur um eine vorübergehende Festlegung im Gedächtnis des Computers ... handelt“⁶⁹⁾. Treffender

kann man Sinn und Zweck des Arbeitsspeichers nicht umschreiben.

(3) Auch der Vergleich mit der sofortigen Vernichtung einer Abschrift oder Fotokopie greift nicht durch. Denn in diesem Fall hat ja zunächst eine körperliche Fixierung existiert, die erst nachträglich zerstört wurde. Nach der hier vertretenen Ansicht aber ist es beim Einladen eines Programms in den RAM-Arbeitsspeicher nie zu einer solchen Festlegung gekommen. Insofern hinkt auch der Vergleich mit Werkstücken aus Eis oder Schnee.

(4) Die h.M. unterliegt m.E. darüber hinaus einem entscheidenden sprachlichen Mißverständnis. Sie verweist immer wieder darauf, daß § 16 UrhG „keine Fixierung auf Dauer“⁷⁰⁾ verlange und auch „die vorübergehende flüchtige Fixierung eines Werkes“⁷¹⁾ umfasse. Diese Formulierungen sind sprachlich ein Unding. Ausdrücke wie ‚flüchtige Fixierungen‘ oder ‚vorübergehende Festlegungen‘ sind in sich widersprüchlich, da der Begriff der ‚Festlegung‘ ein gewisses Ausmaß an stabiler Materialisierung voraussetzt⁷²⁾. Wenn man diese mißverständlichen Ausdrücke überhaupt beibehalten will, dann kann man dies nur dahingehend tun, daß Vervielfältigung eines Werkes im Sinne des § 16 UrhG alle Reproduktionen umfaßt, die während eines nicht ganz unerheblichen Zeitraums körperlich fixiert sind, auch wenn sie später wieder vernichtet werden sollen.

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

(6) Darüber hinaus ist ein großer Teil der Computerprogramme auch nach dem Inkasso-Programm-Urteil des Bundesgerichtshofs⁷³⁾ und den entsprechenden Änderungen des Urheberrechtsgesetzes⁷⁴⁾ urheberrechtlich überhaupt nicht schutzfähig, weil sie keine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des § 2 II UrhG beinhalten⁷⁵⁾. An solchen Programmen können jedoch keine Nutzungsrechte gemäß §§ 31 II, 32 UrhG übertragen werden.

Das in ihnen enthaltene Know-how ist zwar insbesondere durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geschützt und kann nach h.M. (s.u.) auch durch Vertrag anderen auf Dauer zur Verfügung gestellt werden, dennoch spielt in diesem Bereich die Diskussion um den Vervielfältigungsbegriff keine Rolle. Das hat aber die fatale Konsequenz, daß jeder Zivilrechtler, der sich Gedanken über die Rechtsnatur eines

65) So die Begründung des RegE 1962 zum UrhG, BT-Drucks. IV/270, 47; ähnlich BGH, Urt. v. 18.5.1955, – I ZR 8/54 in BGHZ 17, 266, 269 = GRUR 1955, 492; BGH, Urt. v. 3.7.1981 – I ZR 106/79 = GRUR 1982, 102.

66) So auch *Rupp* (Fußn. 37), *Computersoftware*, S. 6; *Röttinger* (Fußn. 59), IuR 1987, 268; *Haberstumpf* (Fußn. 61), GRUR 1982, 150 und *Röttinger* (Fußn. 59), IuR 1987, 270 f. gehen davon aus, daß es für die Frage nach einer Vervielfältigung auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Nutzungsart des Arbeitsspeichers (Paging etc.), ankommen soll. Diese Ansicht ist aber insofern fragwürdig, als der Arbeitsspeicher immer nur zur vorübergehenden Speicherung des Programms dient und diesbezüglich auch nie eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 I UrhG vorliegen kann.

67) Interessant ist hier auch das von *Ulmer* (Fußn. 63), *Datenbanken*, S. 46 verwendete Zitat aus Sec. 101 der Copyright Revision Bill der Vereinigten Staaten: Danach ist ein Werk nur dann als „fixed“ anzusehen, wenn „its embodiment in a copy or phonorecord is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration.“ Enttäuschend sind hier die Ausführungen in dem ansonsten sehr lesenswerten Aufsatz von *Röttinger* (Fußn. 59), IuR 1987, 269. Er schreibt dort zunächst ohne jeden Beleg, daß „als körperliche Festlegung ... die Fixierung ... eventuell im Arbeitsspeicher interpretiert werden“ könne. Eine Spalte weiter unterstellt er dann sogar einfach eine körperliche Fixierung im Arbeitsspeicher. So kann man mit dem Problem nicht umgehen.

68) *Haberstumpf* (Fußn. 59), CR 1987, 412.

69) *Ulmer* (Fußn. 63), *Datenbanken*, S. 46 mit Verweis auf Sec. 101 der Copyright Revision Bill der Vereinigten Staaten.

70) *Haberstumpf* (Fußn. 61), CR 1987, 411.

71) *Haberstumpf* (Fußn. 61), GRUR 1982, 149.

72) Es verwundert daher nicht, wenn die Vertreter der h.M. ihre obige Auslegung des § 16 UrhG als selbstverständlich und zwingend voraussetzen, ohne sie allerdings anhand der Gesetzgebungsmaterialien oder entsprechender Urteile belegen zu können.

73) BGH, Urt. v. 9.5.1985 – I ZR 52/83 – in GRUR 1985, 1041 = NJW 1986, 192 ff. – Inkasso-Programm.

74) Vgl. hierzu *Flehsig*, Die Novelle zur Änderung und Ergänzung des Urheberrechts, in: NJW 1985, 1991 ff. mit weiteren Nachw.

75) So auch *Mehring*, Juristische und ökonomische Aspekte eines Rechteschutzes für Computersoftware, DB 1987, 405 ff., 407; BGH (Fußn. 53) in DB 1988, 106 = BB 1988, 22.

Softwareüberlassungsvertrages, automatisch auch Gedanken über die Urheberrechtsfähigkeit eines bestimmten Programms machen müßte. Angesichts der heftigen und unübersichtlichen Diskussion um die Kriterien für einen solchen Schutz durch das Urheberrechtsgesetz führt die obige Theorie insgesamt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.

(7) Die obige Theorie trennt darüber hinaus Datenträger und Standardprogramm. Nach den vorstehenden Ausführungen bilden Datenträger und Programm bei Standardsoftware aber eine wirtschaftlich einheitliche Sache. Gerade deshalb ist es für den Lieferanten nicht möglich, das rechtliche Schicksal des Datenträgers von dem des darauf fixierten Programms zu trennen; beide stellen auch rechtlich eine untrennbare Einheit dar, zumal es Eigentum nur an Sachen, nicht aber an Programmen als geistige Leistungen geben kann⁷⁶.

Die Annahme eines Lizenzvertrages über die Überlassung von Standardsoftware verbaut sich aufgrund dieser künstlichen Trennung von Datenträger und Programm auch den Blick für den wesentlichen Inhalt des zwischen Lieferanten und Anwender geschlossenen Vertragsverhältnisses. Selbst wenn man nämlich das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher als eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 I UrhG wertet, braucht dies den Softwareüberlassungsvertrag noch nicht zu charakterisieren. Typenprägende Hauptpflicht eines solchen Vertrages ist die Überlassung eines mit einem bestimmten Programm 'bespielten' Datenträgers⁷⁷, der die vom Anwender gestellten Aufgaben erfüllt.

Insgesamt zeigt sich somit, daß der Erwerber von Standardsoftware kein einfaches Nutzungsrecht im Sinne der §§ 31 II, 32 UrhG innehaben kann.

b) Überlassung von Know-how

aa) Die bisherige Lehre

Die h.M. geht bei nicht urheberrechtsfähigen Programmen davon aus, daß der Vertrag hier auf die Überlassung des im Programm enthaltenen und durch §§ 17, 20 UWG geschützten Know-hows gerichtet sei⁷⁸. Insofern schließen die Parteien nach dieser Ansicht hier einen sog. Know-how-Vertrag⁷⁹ ab. Auffällig ist dabei, daß diese Ansicht nie begründet wird; ja noch nicht einmal zu der Frage, welches Element (Source-Code;

Objekt-Code) wann als Know-how geschützt ist, findet sich eine Antwort. Dies ist um so erstaunlicher, als aufgrund der vom Bundesgerichtshof statuierten sehr hohen und restriktiven Voraussetzungen für die Urheberrechtsfähigkeit von Computerprogrammen ca. 80 % der heutigen Standardsoftware nicht den Schutz des Urheberrechtsgesetzes genießen wird und somit potentiell über das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geschützt werden müßten.

bb) Kritik

Im folgenden müssen deshalb mehrere Probleme geklärt werden:

(1) Als erstes fragt sich, welches Wissen denn nun genau bei Standardsoftware als Know-how geschützt werden soll. Die bisherige Literatur verweist immer pauschal auf „das Computerprogramm“ als Schutzobjekt. Diese unreflektierte Ansicht ist m.E. aber falsch: Als schützenswertes Know-how kommt allenfalls das Wissen des Programmierers in Betracht. Dieser verfügt über die Fähigkeit, bestimmte Strukturen möglichst sauber und fehlerfrei in einer Programmiersprache darzustellen und dadurch bestimmte Problemkreise mit den Mitteln der Informatik zu lösen. Der Anwender verfügt entweder überhaupt nicht über das entsprechende Informatik-Wissen oder aber es würde ihn sehr viel Zeit und Energie kosten, ein entsprechendes Programm zu erstellen. Wenn also ein Programm als Know-how geschützt werden soll, so bezieht sich dieser Schutz allein auf das darin enthaltene EDV-Wissen.

(2) Ein großer Teil gerade der deutschen Rechtsprechung geht im Anschluß an § 17 UWG davon aus, daß eine wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen von Know-how der Geheimnischarakter des übertragenen Wissens darstelle⁸⁰. Geht man davon aus, daß allein das Programmierwissen als Objekt eines Know-how-Schutzes in Betracht kommt, würden nach dieser Ansicht erhebliche Zweifel bestehen, ob wirklich alle Computerprogramme generalklauselartig als Know-how geschützt werden können. Denn die Erstellung vieler Standardprogramme ist jedermann möglich, solange dieser in einem der vielen heutzutage überall angebotenen EDV-Programmierkurse oder aus einem Fachbuch das nötige Hintergrundwissen verschafft.

Gerade aufgrund dieses fatalen Ergebnisses ist m.E. der h.M. durchaus Recht zu geben, die auf das Merkmal des Geheimnisses zur Bestimmung von Know-how verzichten⁸¹. Nur so ist es nämlich möglich, die Tatsache angemessen zu bewerten, daß es für eine Vertragspartei oft sehr wichtig und wertvoll sein kann, offenkundiges Wissen zu erwerben, da er es sich selbst nur unter großen Mühen und mit einem erheblichen Zeitverlust zusammenstellen müßte. Darüber hinaus ist es oft sehr schwierig, den Begriff des Geheimnisses angesichts des enormen Wissens von Fachleuten nicht aufrechtzuerhalten⁸². Schließlich haben gerade diese Einwände auch den Bundesgerichtshof dazu gezwungen, auf das Merkmal des Geheimnisses in Ausnahmefällen zu verzichten⁸³. Man wird hier deshalb davon ausgehen

76) Unverständlich ist mir deshalb auch, wie *Kindermann* (Fußn. 3), GRUR 1983, 158 von einem „Eigentumsrecht des Lizenzgebers an der überlassenen Software“ sprechen kann.

77) Vgl. hierzu *Zahrnt*, Gestaltung von DV-Verträgen, Seminarunterlagen FORUM 5-82, Heidelberg 1987, Kap. 5, 12; BGH (Fußn. 53) in DB 1988, 106 = BB 1988, 22.

78) So etwa *W. Kilian*, Haftung für Mängel der Computersoftware, Karlsruhe 1986, 42 ff. mit weiteren Nachw.; *Lauer* (Fußn. 4), BB 1982, 1759 (vor UrhG-Novellierung); BGH, Urt. v. 3.6.1981 in NJW 1981, 2684 = BB 1981, 1856; „Computer-Programme, die Produktionsvorgänge steuern oder, wie hier, innerbetriebliche Organisationsaufgaben (Lagerhaltung, Erstellung von Produktionsspezifikationen) ausführen, stellen eine geistige Leistung dar, die wie eine Erfindung einem Dritten zur Ausnutzung überlassen werden kann. Mehr als einem Patent, das herkömmlich Gegenstand von Lizenzverträgen ist, gleicht das Computer-Programm einem Fertigungsverfahren. Deshalb kommt in Betracht, die Vereinbarung vom 13.6.1977 als einen Know-how-Vertrag zu werten.“

79) Vgl. *Kilian*, Vertragsgestaltung und Mängelhaftung bei Computersoftware, CR 1986, 187 ff., 188, wo *Kilian* von der „Know-how-Lizenz“ spricht. Wie *Stumpf* in seinem Standardwerk „Der Know-how-Vertrag“ (3. Aufl. Heidelberg 1977) aber zu Recht feststellt, ist der Gebrauch eines solchen Terminus irreführend, da Lizenzvertrag immer nur Vereinbarungen über Patent oder urheberrechtliche Werke bezeichnet (41).

80) So z.B. BGH, Urt. v. 15.3.1955 in GRUR 1955, 424; BGH, Urt. v. 1.7.1960 in GRUR 1961, 40; BGH, Urt. v. 8.7.1975 = GRUR 1976, 140, 142; *Böhme*, Die Besteuerung der Know-how-Verträge. Diss. Würzburg 1965, 19 f.

81) So etwa *Stumpf* (Fußn. 79), Rdn. 9 mit weiteren Nachw.; *Krasser*, Der Schutz des Know-how nach deutschem Recht, GRUR 1970, 587 ff., 588.

82) *Fischer*, Anm. zu BGH, Urt. v. 8.7.1975 in GRUR 1976, 142 f., 143.

83) So z.B. BGH-Urt. v. 15.3.1955 in GRUR 1955, 424; BGH, Urt. v. 1.7.1960 in GRUR 1961, 40.

können, daß für die Frage nach der Einordnung eines Computerprogramms als Know-how der Begriff des Geheimnisses irrelevant ist.

(3) Ein sehr großes und in der Literatur und Rechtsprechung überhaupt noch nicht erörtertes Problem ergibt sich aus der Tatsache, daß das reine EDV-Know-how primär nur im Source-Code (Quellen-Format) zu finden ist. Diesen Source-Code erhält der Erwerber von Standardsoftware regelmäßig aber gar nicht; auf seiner Programmkopie befindet sich das Computerprogramm immer nur im Object-Code. Diese Code-Form ist im Regelfall nur vom Computer, nicht aber vom Anwender selbst lesbar.

Von daher fragt sich zwangsläufig, inwieweit im Rahmen eines normalen Softwareüberlassungsvertrages überhaupt eine Überlassung bzw. Zugänglichmachung von EDV-Know-how stattfinden kann⁸⁴. Dies würde voraussetzen, daß der Softwarelieferant dem Anwender die entsprechenden Unterlagen mit dem Source-Code überläßt oder ihm durch Beratung und Schulung in die in einem Programm steckende Programmierertechnik einweist. Beides würde aber im diametralen Gegensatz zum Interesse eines normalen Softwarelieferanten stehen, da er ja gerade jede unmittelbare Einsichtnahme des Anwenders in den Aufbau und die Programmierung eines Softwareprodukts verhindern will.

Dies führt hier zum Ergebnis, daß grundsätzlich Überlassungsverträge nicht Verträge über die Überlassung von Know-how sein können.

c) Eigentum am Vervielfältigungsstück

Nachdem also weder die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts noch die Überlassung von Know-how dem Charakter einer Softwareüberlassung gerecht werden können, stellt sich als letztes die Frage, ob der Anwender bei einer solchen Überlassung nicht doch Eigentümer der Programmkopie werden soll. Gemäß §§ 133, 157 gilt es deshalb, die Softwareüberlassungsverträge nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und unter Bezug auf den wirklichen Willen der Vertragsparteien dahin zu überprüfen, ob diese von einem Eigentumsübergang als Vertragsziel ausgehen⁸⁵. Am leichtesten fällt eine solche Auslegung der Überlassungsverträge, wenn die Vertragsbedingungen so eindeutig wie in dem vom Bundesgerichtshof in seinem jüngsten softwarerechtlichen Urteil formuliert sind. Dort waren die Vertragsparteien nämlich von vornherein vom Vorliegen eines Kaufvertrages über Compiler-Software ausgegangen; insbesondere sollte „nach dem Parteiwillen ... die Beklagte das Eigentum an den Programmkopien (Compiler, Interpreter) ebenso erwerben wie an der Hardware“^{86a}. Der vom Bundesgerichtshof zu beurteilende Fall basiert insoweit auf einer sehr seltenen Ausnahmekonstellation; denn im Normalfall will der Softwarelieferant gerade keinen Kaufvertrag mit dem Anwender schließen. Er schließt deshalb regelmäßig einen Übergang des Eigentums am Programm in seinen AGB aus (s.u.) und betitelt den Überlassungsvertrag als ‚Lizenzvertrag‘.

84) Zum Kriterium der Überlassung von Know-how, vgl. *Stumpf* (FuBn. 79), 290.

85) So auch BGH, Urt. v. 23.2.1956 - II ZR 207/54 in BGHZ 20, 109, 110 = NJW 1956, 665; Münchener Kommentar/Mayer-Maly, § 133 Rdn. 45.

85a) BGH (FuBn. 53) in DB 1988, 106 = BB 1988, 21. Zu einer ausführlichen Würdigung des Urteils vgl. *Hoeren*, Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf, in: CR 1988, Heft 6 (erscheint im Juni 1988).

Deshalb ist zunächst zu klären, ob die Softwarelieferanten nicht jeden Eigentumsübergang ausdrücklich in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen haben. Wenn dies nicht der Fall ist, gilt es anhand der Voraussetzungen des § 903 zu prüfen, ob der Anwender mit der Lieferung der Programmkopie Eigentümer geworden ist. Nach richtiger Auffassung⁸⁶ setzt dies zweierlei voraus: Erstens muß sich aus dem Vertrag positiv die Berechtigung des Anwenders ergeben, mit der Sache nach Belieben verfahren zu dürfen. Darüber hinaus muß dem Anwender das Recht zukommen, andere von jeder Einwirkung auf die Programmkopie ausschließen zu können.

aa) Eigentums-„Vorbehalt“ des Softwarelieferanten

Als erstes gilt es zu prüfen, ob nicht entsprechende Klauseln in Überlassungsverträgen darauf hindeuten, daß der Softwarelieferant von vornherein einen Eigentumsübergang an den Anwender ausschließen will. Dabei lassen sich drei Klauseltypen unterscheiden.

(1) Klauseltyp 1

Tatsächlich finden sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der meisten Softwarehersteller Klauseln wie „Intel Corporation, Kalifornien, USA, behält sich das Urheberrecht und Eigentum an allen Intel-Programmen einschließlich Programmträgern vor“⁸⁷.

Eine solche Klausel wimmelt von sprachlichen und juristischen Ungenauigkeiten und ist deshalb schwer zu verstehen. So ist und bleibt Intel Urheber der von ihr geschaffenen Programme; diese Rechtsposition kann Intel auch nicht genommen werden, es sei denn sie selbst überträgt einzelne Nutzungsrechte gemäß § 31 UrhG an Dritte. Von daher ist der ‚Vorbehalt‘ des Urheberrechts unsinnig. Aber auch der Ausdruck „Eigentum an dem Programm“⁸⁸ ist unverständlich. Da der Source-Code regelmäßig nicht an den Anwender geliefert wird, kann sich dieser Ausdruck nur auf den Object-Code beziehen. Da obige Klausel die ‚Programmträger‘ gesondert erwähnt, geht der Lieferant davon aus, daß es ein Eigentum an dem Object-Code losgelöst von seiner Materialisierung auf einem Datenträger geben kann. Diese Ansicht ist aber juristisch falsch: Eigentum kann es nur an Sachen im Sinne des § 90, d.h. an körperlichen Gegenständen geben. Ein Eigentumsrecht allein am Programm gibt es also nicht.

86) In der rechtstheoretischen Literatur wird zur Zeit immer noch heftig darüber gestritten, ob für die Frage, wann jemand als ‚Eigentümer‘ bezeichnet werden kann, nicht alleine auf die Ausschlußbefugnis abzustellen ist, da die Verfügungsgewalt sich als bloße faktische Konsequenz aus der Unterlassungspflicht der übrigen Rechtsgenossen ergebe; so aus der jüngeren Literatur etwa *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien 1960, 136 f.; *Aicher*, Das Eigentum als subjektives Recht, Berlin 1975, insbes. 76 ff. (Lit.!). Die hier vertretene Gegenansicht folgt den Überlegungen von *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensrelativität, Köln 1969, S. 17 ff. und *H. Dörner*, Dynamische Relativität, München 1983, S. 28 und 34 ff. Bewußt soll hier aber auf eine Auseinandersetzung insbesondere mit den normtheoretischen Prämissen dieser Diskussion verzichtet werden. Denn erstens führen beide Ansichten bei der Prüfung der Stellung des Anwenders im Rahmen von Softwareüberlassungsverträgen zu den gleichen Ergebnissen (s.u.). Zweitens aber scheint die Vermutung *Dörners* richtig zu sein, „daß dem ganzen Theorienstreit ... letztlich nur eine Meinungsverschiedenheit über die zutreffende Formulierung gleicher Sachverhalte zugrunde liegt“ (28).

87) So etwa Ziff. 1 des Software-Lizenzvertragsformulars von INTEL; ähnlich die Vertragsformulare der TU Berlin und des Regionalen Rechenzentrums Hannover.

88) Dieser Ausdruck findet sich immer wieder in den AGB der Softwarelieferanten; vgl. z.B. MOTOROLA-Software-Lizenz (Grundvertrag: Interner Gebrauch), Überschrift zu § 4.

Allerdings wäre eine Auslegung denkbar, wonach obige Klausel sich auf die Programmkopie, auf das Vervielfältigungsstück bestehend aus Datenträger und Programm, beziehen soll⁸⁹⁾. Fraglich ist aber m.E., ob dem Softwarelieferanten tatsächlich daran liegt, das Eigentum an der Programmkopie zu behalten. Dagegen sprechen m.E. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mehrerer Softwarelieferanten, die das Problem sprachlich und juristisch genauer zu formulieren versucht haben. So heißt es z.B. in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Kienzle: „Alle gegenwärtigen und künftigen urheberrechtlichen und/oder gewerblichen Schutzrechte an den von Kienzle dem Kunden überlassenen Programmen ... verbleiben bei Kienzle.“⁹⁰⁾ Diese Formulierung zeigt deutlich, daß solche Klauseln den Anwender nur auf die urheberrechtlichen Grenzen seiner Nutzungsmöglichkeiten hinweisen sollen, nicht aber auf einen Eigentums-„Vorbehalt“ zielen.

(2) Klauseltyp 2

Häufig findet sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch folgende Bestimmung „Der Anwender erhält das nicht übertragbare und nicht ausschließliche Recht, die Programme Y zu nutzen.“⁹¹⁾

Wie aber oben bereits ausführlich dargestellt, basiert diese Klausel auf der juristisch falschen Vorstellung, daß wegen der angeblich urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung beim Laden eines Programms Softwareüberlassungsverträge immer als Nutzungsverträge gemäß §§ 31, 32 UrhG zu betrachten seien. Da diese Vorstellung urheberrechtlich unzutreffend ist, ist diese Klausel als solche für die Bestimmung der von den Parteien intendierten Rechtsnatur des Vertrages irrelevant.

bb) Die Sachherrschaft des Anwenders

Überprüft man, inwieweit dem Anwender im Rahmen von Überlassungsverträgen wirklich die volle Verfügungsbefugnis über die Programmkopie zugesprochen wird, kommt man bereits bei der Lektüre der in der Softwarebranche üblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Schwierigkeiten. Meist finden sich dort sehr weitreichende Nutzungsbeschränkungen. So enthalten zahlreiche Allgemeine Geschäftsbedingungen Klauseln, wonach der Anwender die erworbene Software nur auf einer bestimmten Zentraleinheit nutzen darf und für den Einsatz auf anderen Systemen eine besondere Vergütung zu zahlen hat. Sprechen solche Klauseln nicht klar gegen die Annahme einer Eigentümerstellung des Anwenders?

Zur Klärung dieses Problems gilt es, sich die rechtliche Situation beim Erwerb eines Videos oder eines Buchs zu vergegenwärtigen. Wer eine Videokassette oder ein Buch kauft, wird unstreitig deren Eigentümer. Grundsätzlich kann er damit machen, was er will; er

kann sie für sich nutzen, weiterveräußern, verschenken oder gar zerstören.

Auf der anderen Seite hat er aber auch Vervielfältigungsstücke erworben, an denen Rechte des Urhebers nach dem Urheberrechtsgesetz fortbestehen⁹²⁾. Denn jeder Eigentümer eines Vervielfältigungsstücks hat gemäß § 903 die Gesetze, hier insbesondere das Urheberrechtsgesetz und die dort verankerten Vervielfältigungs-, Bearbeitungs- und Verbreitungsrechte des Urhebers, zu beachten und zu respektieren.

Gleiches gilt auch für den Erwerber einer Programmkopie, die ebenfalls ein Vervielfältigungsstück im Sinne des Urheberrechtsgesetzes ist. Der Anwender kann bei einem solchen Erwerb gleichzeitig Volleigentum übertragen bekommen und durch das Urheberrechtsgesetz gesetzlichen Nutzungsbeschränkungen ausgesetzt sein; beides schließt sich überhaupt nicht aus. Gerade im Softwarebereich muß der Hersteller aufgrund des hohen Anteils an unbefugten Vervielfältigungen über §§ 97 ff.; §§ 106 ff. UrhG bei der unzulässigen Herstellung einer neuen Programmkopie gegen den Eigentümer vorgehen dürfen⁹³⁾.

Darüber hinaus kann er kraft des Grundsatzes der Vertragsfreiheit mit dem Eigentümer auch schuldrechtliche Zusatzvereinbarungen jeder Art⁹⁴⁾ treffen und ihre Einhaltung durch Vertragsstrafen sichern⁹⁵⁾. Solche Vereinbarungen finden sich auch in anderen Bereichen sehr oft.

cc) Ausschlußbefugnis des Anwenders

Als nächstes gilt es zu prüfen, ob der Anwender bei der Überlassung einer Programmkopie tatsächlich die Möglichkeit hat, alle anderen Rechtsgenossen von der Einwirkung auszuschließen. Bedenken könnten sich hier insoweit ergeben, als sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Softwarehersteller sehr häufig folgende Klausel findet: „Wenn der Kunde diesen Lizenzbestimmungen zuwiderhandelt, ist DEC berechtigt, nach erfolgloser Abmahnung eine Lizenz zu kündigen und Rückgabe der Software sowie aller Teile und Kopien davon zu verlangen.“⁹⁶⁾

Fraglich ist, ob der Softwarelieferant wegen dieser Klausel wirklich vom Fortbestehen seines Eigentumsrechts ausgeht. Dies ist m.E. nicht zwingend. Hier könnte durchaus ein Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzung angesprochen sein.

Nach ganz h.M. können die Parteien eines gegenseitigen Vertrages von diesem zurücktreten, wenn eine Seite eine so schwere Pflichtverletzung begangen hat, daß der anderen Seite das Festhalten am Vertrag nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann⁹⁷⁾.

89) So etwa die Standardbedingungen der Universitätsrechenzentren, z.B. Nr. 3 der ZEDAT-Bedingungen; Nr. 6 der RRZN-Bedingungen: „Der Empfänger erwirbt kein Eigentumsrecht an dem ihm überlassenen Programmpaket.“

90) Kienzle, Allgemeine Geschäftsbedingungen für Software-Leistungen, § 9; Ähnlich § 4 a MOTOROLA-Lizenzvertrag (Grundvertrag: Interner Gebrauch): „Der Titel des LIZENZIERTEN PROGRAMMES oder LIZENZIERTEN PORGRAMME sowie sämtliche dort aufgeführten Rechte, einschließlich aller Rechte in Sachen von Patenten, Urheberrechten sowie hierauf anwendbare Geschäftsgeheimnisse sollen bei MOTOROLA und/oder ihrem Lizenzgeber verbleiben.“

91) So etwa BDU-Nutzungsbedingungen für Softwareprodukte § 2 Ziff. 1; NIXDORF-Bedingungen für die Überlassung von Standardanwendersoftware Rdn. 6.1.

92) Zu Recht schreibt deshalb Hartlieb (Fußn. 27), 422 Rdn. 6 über den Kauf einer Videokassette: „In der Videokassette als ihrem materiellen Substrat sind nämlich Videorechte (vor allem der Vervielfältigung und Verbreitung) verkörpert, die dem Endverbraucher nicht übertragen worden sind und deren Benutzung oder Verwertung eine Rechtsverletzung darstellen würde.“

93) Vgl. dazu auch Mehrings (Fußn. 75), DM 1987, 1407.

94) Die Frage, ob solche Vereinbarungen AGB-rechtlich zulässig sind, soll hier noch offengelassen werden. Siehe dazu meine Dissertation (Fußn. 23) sowie die in ihrer Tendenz, wenn auch nicht in ihrer Begründung zutreffenden Thesen von M. Bartsch, Weitergabeverbot in AGB-Verträgen über die Überlassung von Standardsoftware, CR 1987, 8-13.

95) Zur Bedeutung von Vertragsstrafen beim Abschluß von Softwareüberlassungsverträgen vgl. Mehrings (Fußn. 75), DB 1987, 1409.

96) DEC, Allgemeine Geschäftsbedingungen 8.1.1.

97) So z.B. RG in JW 1938, 2010; BGHZ 11, 84; LM § 276 (H); Nr. 3; BGH in NJW 1969, 975; BGH, Warn. 79 Nr. 13; Palandt/Heinrichs § 276 Anm. 7 e) bb).

weitere Voraussetzung dieses Rücktrittsrechts kann gerade bei minder schweren Störungen eine Nachfristsetzung sein⁹⁸⁾.

Die obige Klausel läßt sich durchaus mit Bezug auf dieses Rücktrittsrecht bei positiver Vertragsverletzung auslegen: So will der Softwarelieferant deutlich machen, daß ihm an der Einhaltung der Vertragsbestimmungen sehr liegt und jede Verletzung deshalb – nach einer in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als „Abmahnung“ bezeichneten Nachfristsetzung – zu einem Rücktritt gemäß den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung führt⁹⁹⁾.

Diese Vereinbarung läßt somit kein Indiz für ein Festhalten des Softwarelieferanten an seiner Eigentümerstellung.

Insofern kann man durchaus davon ausgehen, daß der Anwender gemäß § 903 auch Eigentümer der von ihm erworbenen Standardsoftware ist.

Zu beachten ist aber auch, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Softwarelieferanten wesentlich durch eine starke Betonung der schutzrechtlichen Komponente gekennzeichnet sind¹⁰⁰⁾. Der Softwarehersteller hat gerade angesichts der z.T. eminent hohen Kosten für die Erstellung von Software ein legitimes Interesse, sich möglichst effektiv gegen unberechtigte Verwertungshandlungen seines Vertragspartners bzw. eines Dritten zu schützen; auch der Software(zwischen)handel verzweifelt oft gerade angesichts der hohen Lizenzgebühren, die an die Hersteller von Software für die Einräumung von Vertriebsrechten zu entrichten sind, an der Flut von Softwarediebstählen. Gerade deshalb ist es durchaus verständlich, warum beide Gruppen der Annahme eines Eigentumserwerbs an Standardsoftware sehr skeptisch, wenn nicht ablehnend gegenüberstehen. Sie wittern die Gefahr, daß dies „der Mißbrauchsgefahr in erheblichem Maße Vorschub leisten“ würde, „da dann gegen nichtautorisierte Nutzung sowohl des Originalprogramms als auch von Bearbeitungen desselben aus dem Urheberrecht nicht vorgegangen werden könnte“¹⁰¹⁾.

Diese Furcht ist aber insofern unbegründet, als sich der Vorschlag, eine Eigentümerstellung des Erwerbers von Standardsoftware zu bejahen, durchaus mit einer effektiven Berücksichtigung der Schutzinteressen der Softwarelieferanten vereinbaren läßt. Insgesamt ist es m.E. durchaus möglich und begründbar, dem Erwerber von Standardsoftware die Stellung eines Eigentümers gemäß § 903 zuzubilligen, wobei dieser aber die kraft Vertrag oder Gesetz gegebenen Nutzungsbeschränkungen zu beachten hat.

Damit steht gleichzeitig fest, daß der Softwareüberlassungsvertrag dem Leitbild eines Sachkaufs entspricht.

98) Vgl. BGHZ 11, 86; BGH Betr. 68, 1575; BGH, Betr. 70, 1970.

99) Offen bleiben muß hier, ob wirklich jede Verletzung der Pflichten aus einem Softwareüberlassungsvertrag zu einem solchen Rücktrittsrecht führt und inwieweit die AGB der Softwarelieferanten nach dem AGBG zu weit formuliert und deshalb unwirksam sind; vgl. hierzu meine Dissertation (Fußn. 23).

100) So auch Zahnrt (Fußn. 77), Vertragsgestaltung, Kap. 8.2.

101) Kindermann (Fußn. 3), GRUR 1983, 158.

C. Ausblick

Die obigen Ausführungen führen also insgesamt die Möglichkeit vor, Softwareüberlassungsverträge als Sachkäufe (§ 433 BGB) zu qualifizieren. Auf dieser Grundlage sind auch zwei weitere wichtige Aspekte verifizierbar:

1. Die zivilrechtliche Einordnung von Überlassungsverträgen hat mit der Frage nach einem urheber- oder wettbewerbsrechtlichen Schutz für Software nichts zu tun; beide Problemkreise gilt es vielmehr strikt zu trennen. Dadurch werden gleichzeitig die Zivilrechtler ‚vor Ort‘ nicht mehr gezwungen, in einem Softwareprozeß auf die sehr diffizile Vorfrage nach dem adäquaten Rechtsschutz für ein konkretes Softwareprodukt einzugehen. Gerichte, die über Gewährleistungsansprüche bei Software zu entscheiden haben, können sich endlich um die streitentscheidenden Fragen kümmern, statt sich mit den Konsequenzen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Urheberrechtsfähigkeit von Software herumschlagen zu müssen.

2. Bewiesen wäre damit auch, daß des Kaisers neue Kleider nicht immer die besten sind: Sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs denn wirklich nur zugeschnitten „auf Kaufsachen, wie sie zur Zeit der Jahrhundertwende üblicherweise Gegenstand der Kaufverträge waren“¹⁰²⁾?

Meines Erachtens gerät die Verbeugung der Zivilrechtler vor der vermeintlichen Wunderlandschaft der EDV z.Z. zu tief. Mit dem Computer soll auf einmal alles anders geworden sein; nichts im Bürgerlichen Gesetzbuch passe mehr richtig – die klassischen Lehren des bürgerlichen Rechts seien Schnee von gestern. Bei genauerem Hinsehen aber könnte sich das altehrwürdige Bürgerliche Gesetzbuch durchaus als flexibel genug erweisen, um die im Softwarebereich auftretenden rechtlichen Probleme adäquat und sachgerecht lösen zu können. Auf der Basis der obigen Überlegungen ließe sich unter Umständen noch mancher gordische Knoten im Bereich des EDV-Vertragsrechts als mit dem normalen Juristenwerkzeug durchaus lösbar erweisen¹⁰³⁾, so daß im Endeffekt ein bereits 1898 von einem Strafrechtler ausgesprochenes Votum seine Berechtigung erweisen hätte: „In der modernen Zeit gibt es kaum eine Erfindung, die juristisch ebenso interessant ist wie der Automat ... Strafrechtliche Fragen können in Fülle entstehen, und es macht wirklich den Eindruck, als ob diese Einrichtung dazu berufen ist, den Scharfsinn der Juristen auf eine förmliche Probe zu stellen“¹⁰⁴⁾.

[G 1848]

102) So OLG Schleswig, Urt. v. 6.1.1981 – 11 U 117/80 in ZIP 1982, 457 ff. 458.

103) Um den Rahmen dieses Aufsatzes nicht zu sprengen, habe ich davon abgesehen, die Konsequenzen der Sachkaufthese für die Interpretation einzelner Vertragsbestimmungen und AGB-Klauseln in ihrer Fülle herauszuarbeiten. Hierzu bietet sich die Erstellung einer detaillierten Studie an; ein erster Versuch dazu soll im Rahmen meiner Dissertation (Fußn. 23) vorgestellt werden.

104) Meili, Strafrechtliche Handlungen an Automaten, DJZ 1898, 382 f., 382.