

Zur Einstimmung auf die kritische Stellungnahme von Mincke zu dem Urteil vom 18.10.1989 (VIII ZR 325/88), in dem der BGH die Sachkauf-Theorie für den Erwerb von Software aufgegriffen hat, werden die schon in jur-pc 1990, Seite 406 zusammen mit der Entscheidung veröffentlichten Leitsätze hier noch einmal abgedruckt.

Leitsätze

- a) Auf den Kauf von Software mit einer Teilzahlungsabrede sind die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes auch dann zumindest entsprechend anwendbar, wenn die Software – ohne Übergabe des Datenträgers – unmittelbar auf den Massenspeicher des Käufers überspielt wird.
- b) Der Widerruf der Vertragserklärung des Abzahlungskäufers wird auch dann mit Zugang beim Verkäufer wirksam, wenn er erst für einen späteren Zeitpunkt erklärt worden ist.

Leitsätze (redaktionell)

1. Ein Vertrag, durch den Standard-Software auf unbegrenzte Zeit gegen einmaliges Entgelt überlassen wird, ist ein Kaufvertrag.
2. Datenträger mit dem darin verkörperten Programm sind körperliche Sachen.

Die rechtliche Einordnung des Softwareerwerbs – Bedenken gegen die Sachkauf-Theorie

BGHZ 109, 97 = jur-pc 1990, 406

Wolfgang Mincke

I. Vertragstypen oder Typen obligatorischer Rechte

Einteilungskriterien für Verträge

*Praktische Relevanz der
Vertragseinteilung*

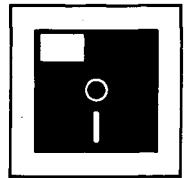
*Schwierig und folgenreich: Lebens-
sachverhalt in Vertragstyp
einordnen*

*Verlockend: Vertragseinordnung
nach gewünschter Rechtsfolge*

Wir teilen die Verträge oder die obligatorischen Rechte nach ihrem Gegenstand ein und nach der Art der Berechtigung, die der Erwerber erhalten soll. So kennen wir den Kauf als den Erwerb einer Sache oder eines Rechts, bei der die volle Rechtsstellung auf den Erwerber übertragen wird. Miete kennen wir nur bei Sachen; der Mieter soll nur das Recht haben, die Sache zu gebrauchen. Pacht gibt es an Sachen und Rechten; der Pächter hat das Recht zur Nutzung, das ist über den Gebrauch hinaus das Recht, die Früchte des Pachtgegenstandes zu ziehen. Zum Dienstvertrag lernt man, daß ein reines Tätigwerden geschuldet wird, im Unterschied zum Werkvertrag, der auf einen Erfolg abzielt. Diese Einteilung der Verträge hat nicht nur für die Darstellung im Lehrbuch Bedeutung oder für die Systematik der Gesetzgebung, sie ist auch praktisch wirksam. Wenn jemand einem anderen den Gebrauch eines Fahrrades für einen Monat „verkauft“, so halten wir das nicht für einen Kaufvertrag, auch wenn die Parteien es so bezeichnet haben; hier liegt Miete vor. Und wir werden die Mietvorschriften auf den Vertrag anwenden. Ganz verrückt: Jemand mietet die Arbeitskraft eines Maurers für ein Jahr, damit der Maurer in diesem Jahr ein Haus baut. Natürlich ist dies kein Mietvertrag sondern ein Werkvertrag; möglicherweise käme auch ein Dienstvertrag in Frage, aber nicht ein Mietvertrag oder womöglich ein Kaufvertrag über die Arbeitskraft des Maurers. Über diese Einordnung können die Parteien nicht verfügen; sie ist zwingend und der rechtsgeschäftlichen Gestaltung entzogen.

Die Einordnung in einen Vertragstyp kann schwierig sein; jeder Student kennt das Problem, wenn er Dienst- und Werkvertrag gegeneinander abgrenzen muß. Sie ist aber folgenreich: Von der Einordnung hängen die Rechtsfolgen ab. Ist der Vertrag ein Dienstvertrag, so gibt es keine Gewährleistung; wohl aber, wenn er ein Werkvertrag ist. Beim Werkvertrag gibt es einen Schadensersatzanspruch für verschuldete Mängel, beim Kauf gibt es Schadensersatz nur unter viel engeren Voraussetzungen.

Bei der Einordnung hat der Jurist äußerste Sorgfalt walten zu lassen. Es mag im Einzelfall verlockend sein, die Einordnung nach den gewünschten Rechtsfolgen vorzunehmen und dann den Leistungsinhalt entsprechend zu bestimmen. Hierbei gerät der Jurist aber



in eine Verantwortung, deren er sich wenigstens bewußt sein sollte: Er macht dann nicht nur eine Aussage über seinen Fall, worauf er sich vielleicht gern beschränken würde. Mit der Aussage, daß ein bestimmtes Rechtsinstitut hier anzuwenden sei, macht er vor allem eine Aussage über das Rechtsinstitut; er ist dann möglicherweise nicht nur bei der *Einordnung*, sondern befindet sich mitten in einer *Umordnung* der Rechtsinstitute.

Der Blick auf die Rechtsfolgen, die Frage, ob die Rechtsfolgen in einem Fall ein sinnvolles Ergebnis bringen, kann ein gutes Indiz dafür sein, das zutreffende Rechtsinstitut gewählt zu haben. Der Wunsch bestimmter Rechtsfolgen kann die Wahl des Rechtsinstituts aber nicht ausschließlich bestimmen. Mit Freiheiten, die man sich bei der Einordnung von Leistungsinhalten nimmt, gerät die Unterscheidungskraft der Rechtsinstitute in Gefahr. Sonst hat man wirklich eines Tages nur noch ein einziges Institut nötig, mit dem man Sachen, Rechte, Gebrauch, Dienste, Erfolge usw. erwirbt. Diese Sorge sollte auch die Diskussion um die rechtliche Einordnung des Softwareerwerbs bestimmen.

In Gefahr: Unterscheidungskraft der Rechtsinstitute

Der Lebenssachverhalt: Versuche der rechtlichen Einordnung

II. Software als Vertragsgegenstand

Was für ein Vertrag wird geschlossen, was erwirbt man, wenn man in einen Computerladen geht und ein Programmpaket kauft? Die Frage sagt es schon selbst: Man spricht davon, daß man ein Programm „kauft“; also scheint ein Kaufvertrag vorzuliegen. Und für einen Kaufvertrag spricht auch der äußere Anschein des Geschehens. Man geht in den Laden und äußert seinen Wunsch. Darauf erhält man ein in Cellophan verpacktes Paket, zahlt den Preis und verläßt den Laden mit dem Paket unter dem Arm. Das sieht ganz nach einem Kauf aus.

Am Anschein eines Kaufs beginnt man zu zweifeln, wenn man genauer ansieht, was man in dem Paket gekauft hat. Das Paket enthält zunächst ein oder mehrere Bücher, die Anleitung, wie das Programm zu benutzen ist und anderes Dokumentationsmaterial. Es ist kaum zu bezweifeln, daß hinsichtlich dieser Bücher ein Kaufvertrag vorliegt; man ist Eigentümer der Bücher geworden. Außerdem enthält das Paket eine oder mehrere Disketten. Auf diesen Disketten ist das Programm gespeichert, das dann in den Computer geladen und benutzt werden kann. Auch hier mag man denken, daß man wie beim Buch Eigentümer der Disketten mit ihrem Inhalt geworden ist. Dann läge insgesamt ein Kaufvertrag vor; man hätte mit dem Programmpaket verschiedene bewegliche Sachen gekauft: Bücher mit einem bestimmten Inhalt und ganz entsprechend Disketten mit einem bestimmten Inhalt.

Dem Anschein, daß das Programm als bewegliche Sache gekauft wird, kann man technisch begegnen. Man kann das Programm auch so erwerben, daß man mit eigenen Disketten in den Computerladen geht und der „Verkäufer“ das Programm auf die mitgebrachten Disketten kopiert; oder der Verkäufer kopiert das Programm von seinen Disketten – die er behält – auf die Festplatte meines Computers, den ich mitgebracht habe. Es ist schließlich auch möglich, ein Programm ganz ohne Disketten mit einem Kabel von einem Computer auf den anderen zu übertragen. Jetzt ist keine bewegliche Sache mehr da, die Gegenstand des Kaufs sein könnte. Was der Käufer erhalten hat, ist nur eine bestimmte Magnetisierung einer Sache (Diskette oder Festplatte), die schon vorher ihm gehört hat. Der Kauf einer beweglichen Sache wird jetzt beim Programm wenigstens zweifelhaft.

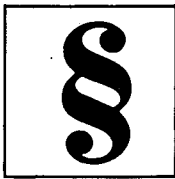
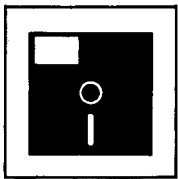
Das Computerprogramm, eine bewegliche Sache?

Tatsächlich besteht ein wesentlicher Unterschied auch zwischen dem Kauf eines Buchs und dem Erwerb einer Programmdiskette. Ein Buch besteht aus Papier, Druck und Einband. Alles ist bei der Herstellung des Exemplars, das ich gekauft habe, in dieses eine Exemplar eingegangen und verbraucht. Damit hat das Buch die für einen Kaufgegenstand nötige Spezialität. Das ist bei der Programmdiskette anders: Die Diskette kann man – auch wenn das bei einer Programmdiskette nicht zu empfehlen ist – löschen und anderweitig verwenden. Den Inhalt kann man vorher beliebig vervielfältigt haben. Die Diskette, das einzige, woran die Spezialität sich festmachen könnte, ist nur ein flüchtiger Träger des Programms.

Software als Sache: Ein Problem der Spezialität

Eher schon bieten sich als vergleichbare Kaufobjekte Tonband- oder Videokassetten an. Diese Gegenstände sind mit ihrem Inhalt ähnlich flüchtig verbunden wie Programme mit Disketten. Dieser Vergleich löst allerdings die Frage, wie Programme erworben werden, nicht. Wer eine Tonbandkassette kauft, auf der Pollini Mozart spielt, dürfte kaum die Musik oder das Spiel von Pollini gekauft haben. Beide müßten jedenfalls ganz billig sein, wenn man den Preis von ca. 20,- für die Kassette mit dem Preis für eine gute unbespielte Kassette vergleicht. Es ist eher die gute technische Qualität der Aufnahme, die

Tonband- und Videokassetten: Vergleichbare „Kauf“-Objekte?



*Ein Unterschied:
Computerprogramme verarbeiten
Daten zu neuer Information*

*Der BGH-Fall: Am Anfang stand,
die Frage nach der Anwendbarkeit
des Abzahlungsgesetzes.*

*§ 1 AbzG: „Kauf und Übergabe
einer beweglichen Sache“*

mit dem Kaufpreis abgegolten wird. Diese Qualität erreicht man kaum beim Versuch, das Konzert zu Hause selbst zu überspielen. Wie teuer dürfte dann eine Diskette mit einem Programm „vergleichbarer Qualität“ sein? Und dabei lassen sich Disketten ohne Mühe technisch perfekt vervielfältigen. Die Praxis geht aber offenbar doch davon aus, daß ein Computerprogramm ein anderer Gegenstand ist als Musik auf einer Kassette. Ein Unterschied liegt darin, daß das Computerprogramm im Gegensatz zur Musik selbst etwas tut, es verarbeitet eingegebene Daten zu neuer Information. Das kann eine unterschiedliche Beurteilung rechtfertigen.

Die Einordnung des Erwerbs von Computerprogrammen geriet auf den Prüfstand, als im Oktober 1989 der Bundesgerichtshof¹ einen Fall zu entscheiden hatte, in dem ein Programm auf die problematischste Weise – durch direktes Überspielen auf die Festplatte – erworben worden war. Wesentlich ging es in der Entscheidung um die Frage, ob in diesem Fall das Abzahlungsgesetz anwendbar war, das seit dem 1. Januar 1991 nicht mehr gilt und durch das Gesetz über Verbraucherkredite (BGBl. 1990 I S. 2840 ff.) ersetzt worden ist. Voraussetzung der Anwendung des Abzahlungsgesetzes war nach seinem § 1 der Kauf einer *beweglichen Sache*, die dem Käufer übergeben worden ist. Im Ergebnis hat der Bundesgerichtshof das Abzahlungsgesetz für anwendbar gehalten: Für die Frage, ob beim Erwerb von Computerprogrammen überhaupt ein Kauf vorliegt, konnte sich der Bundesgerichtshof auf frühere Entscheidungen berufen². Zurückhaltend äußerte er sich zu der Frage, ob man unter den besonderen Umständen des Falles von der Übergabe einer beweglichen Sache sprechen könne; wenigstens eine entsprechende Anwendung des Abzahlungsgesetzes hielt er aber für gerechtfertigt. Zu beiden Punkten sollte man sich die Argumentation des Bundesgerichtshofs näher ansehen.

III. Der Erwerb eines Programms als Kauf

Nach der Vorstellung, die dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch zugrundeliegt, kommen als Gegenstand des Kaufs Sachen (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), also Mobilien und Grundstücke, und Rechte (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) in Frage. Der Kaufvertrag ist darauf gerichtet, dem Käufer auf Dauer die volle Rechtsstellung an der Sache oder an dem Recht zu verschaffen. Für einen Softwarekauf müßten danach also Programme als Recht oder als eine Sache erworben werden.

1. Rechtskauf

Es hätte zunächst nahegelegen, den Softwareerwerb als Rechtskauf zu verstehen. Als betroffenes Recht wäre ein Patentrecht oder ein Urheberrecht in Frage gekommen. Vom Patentrecht sind Computerprogramme allerdings nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 Nr. 3 PatG ausdrücklich ausgenommen. Dafür sind durch Änderung des Urheberrechtsgesetzes im Juni 1985 „Programme für die Datenverarbeitung“ ausdrücklich in den Katalog der urheberrechtlich geschützten Werke aufgenommen worden (§ 1 Abs. 1 Nr. 1). Das Urheberrecht selbst kann nach deutscher Vorstellung nicht übertragen werden, es kommt also als Kaufgegenstand nicht in Frage. Der Urheber kann aber ein Nutzungsrecht am Werk, eine Lizenz einräumen (§ 31 Abs. 1 UrhG). Dieses Nutzungsrecht ist übertragbar. Danach wäre der Softwareerwerb als der Kauf einer Lizenz zur Nutzung des Programms zu verstehen gewesen.

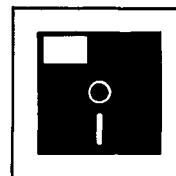
Trotz des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes bestanden immer Bedenken gegen die Einordnung von Software im Urheberrecht. Computerprogramme bestehen im Normalfall aus einer Folge von Anweisungen an den Computer. Als eine solche Folge von Anweisungen ist ein Programm ein Algorithmus, ein Lösungsweg, der von Ausgangsdaten zu einem bestimmten Verarbeitungsergebnis führt. Algorithmen aber sind nicht durch das Urheberrecht geschützt. Es wäre nicht erträglich, daß ein Privater ein Recht am Lösungsweg für eine bestimmte Aufgabe hat und dadurch diesen Lösungsweg für sich monopolisiert. Diese Kritik ist nur eine Ausprägung des Satzes, daß ein Urheberrecht durch die Form, nicht am Inhalt eines Werkes besteht. Bei Computerprogrammen kann man aber daran zweifeln, ob die Form bei ihnen überhaupt eine Rolle spielt.

*Kauf eines Patent- oder
Urheberrechts?*

*Kauf einer Lizenz zur
Programmnutzung?*

¹ Urteil vom 18. 10. 1989, BGHZ 109, 97 = jur-PC 1990, 406.

² angedeutet in der Entscheidung vom 25.3.1987, DB 1987, 1290; deutlich in BGHZ 102, 135, 141.



Der Bundesgerichtshof hat den Schutz von Computerprogrammen durch das Urheberrecht erheblich eingeschränkt. In der sog. Inkasso-Entscheidung³ geht er von der Möglichkeit eines Urheberrechts an Programmen aus; allerdings soll Software nicht in jedem Fall diesen Schutz haben. Was ein durchschnittlicher Programmierer herstellt, genügt nicht; erst wenn das Programm das Können eines durchschnittlichen Programmierers deutlich übersteigt, kommt ein Urheberrecht in Frage.

Man mag bezweifeln, ob diese Differenzierung – neben den Bedenken, die sich aus der Algorithmeigenschaft ergeben – besonders glücklich ist. Die Qualität des Werks ist sonst keine Voraussetzung des urheberrechtlichen Schutzes. Zwar verlangt § 2 Abs. 2 UrhG eine „persönliche geistige Schöpfung“, das setzt aber keine besondere Qualität voraus. Die Qualität einer Schöpfung spielt eine größere Rolle im Patentrecht, wo die „Erfindungshöhe“ Voraussetzung für die Erteilung eines Patents ist (§ 4 PatG). Im Patentrecht gibt es mit Fachleuten besetzte Behörden, die in jedem Einzelfall die Erfindungshöhe überprüfen. Ein solches Verfahren gibt es im Urheberrecht nicht; ein Richter wird das „Durchschnittskönnen“ eines Programmierers aber kaum beurteilen können. Es ist zu befürchten, daß schließlich ein Gutachter anstelle des Richters das letzte Wort haben wird.

Besonders unglücklich scheint die Differenzierung des Bundesgerichtshofs aber unter dem Aspekt, der hier untersucht wird, unter dem Aspekt des Kaufgegenstandes. Programme wären danach – soweit sie originell genug programmiert sind – durch den Kauf eines Nutzungsrechts an einem urheberrechtlich geschützten Werk zu erwerben. Offen bleibt, was Gegenstand des Kaufs ist, wenn diese Voraussetzung nicht vorliegt. Vor allem: Woher wissen Veräußerer und Erwerber, ob die Voraussetzungen vorliegen? Das wird letztlich erst in einem Prozeß festgestellt. Im Rechtsverkehr scheint eine solche Unsicherheit unerträglich.

Bei diesen Bedenken ist die Tendenz, die vom Urheberrecht und dem Erwerb des Programms durch den Kauf einer Lizenz wegführt, zu begrüßen. In der Entscheidung vom Oktober 1989 spricht der Bundesgerichtshof diese Möglichkeit nicht einmal mehr an.

2. Know-how-Kauf:

Das heutige Kaufrecht gibt vielleicht eine Möglichkeit, die Schwierigkeiten des Urheberrechts im Falle der Software zu umgehen. Die Zweiteilung der Kaufgegenstände in Sachen und Rechte, wie sie sich im Bürgerlichen Gesetzbuch zeigt, wird so streng nicht gesehen. Kaufgegenstand können über Sachen und Rechte hinaus alle verkehrsfähigen Güter sein. So werden Elektrizität, Wärme, Reklameideen, Gewinnchancen, Know-how und Unternehmen aufgrund von Kaufverträgen erworben. Diese Ausweitung der möglichen Kaufgegenstände sollte man nach den einleitenden Bemerkungen zur Differenzierung der Schuldverhältnisse skeptisch sehen; allerdings könnte hier für die Einordnung der Software eine einfache Lösung liegen.

Auch diese Möglichkeit hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung nicht benutzt und so das Kaufrecht, wie es in den §§ 433 ff. BGB dargestellt ist, geschont. Er hätte wieder einen neuen immateriellen Kaufgegenstand schaffen müssen, denn in die bisher anerkannten hätte die Software kaum gepaßt. Von den anerkannten Gegenständen steht das Know-how der Computersoftware vielleicht am nächsten. Und es wird in der Literatur auch vertreten, daß Software als Know-how gekauft werde⁴. Hier steht aber ein entscheidender Einwand dagegen: Das Know-how erhält der Erwerber von Software nicht. Er bekommt mit dem Programm eine Problemlösung; den Weg zur Lösung – und das wäre das Know-how – erhält er aber nicht. Der Lösungsweg ergäbe sich für den Erwerber aus dem Quellcode des Programms, aus der einprogrammierten Befehlsfolge, sofern er diese Befehlsfolge versteht. Der Erwerber erhält aber mit der Standardsoftware ein schon in den Maschinencode übersetztes Programm; die Befehlsfolge und damit der Weg, wie das Programm ein Problem löst, bleibt ihm verborgen.

3. Sachkauf:

Um den Erwerb von Standardprogrammen beim Kauf einordnen zu können, bleibt der Kauf einer beweglichen Sache. Für den Kauf einer Sache sprach schon der äußere Anschein des Softwareerwerbs, der Erwerb eines in Cellophan verpackten Programmpaketes

Die Inkasso-Entscheidung: Urheberrecht erst, wenn das Programm das Können eines Durchschnittsprogrammierers deutlich übersteigt.

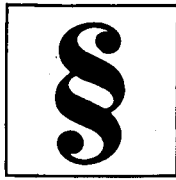
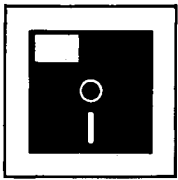
Die „Erfindungshöhe“ im Patentrecht

Kauf eines verkehrsfähigen Guts?

Ein Unterschied: „Problemlösung“ und „Problemlösungsweg“

³ Entscheidung vom 9.5.1985, BGHZ 94, 276.

⁴ vgl. Zahrnt, Datenverarbeitungs-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Hallbergmoos 1987; Kilian, Vertragsgestaltung und Mängelhaftung, in: Computer und Recht 1986, 187.



*Die Sachkauf-Argumentation des
BGH*

*Endzweck: Nutzbarmachen der
Software durch Installation*

*Direktüberspielen:
Besitzverschaffung an der
Programmkopie ...*

*... durch fortgeschrittene technische
Möglichkeit.*

*Die Reihenfolge der technischen
Entwicklung*

*Technische Vorgänge bei der
Direktübertragung*

„Übergabeähnlicher Vorgang“

über den Ladentisch, aber eben dieser Anschein wurde bei näherer Betrachtung zweifelhaft. Dennoch behandelt eine starke Meinung in Deutschland den Erwerb von Standardsoftware als Sachkauf⁵. An diese Meinung konnte sich auch der Bundesgerichtshof anschließen. Um den Erwerb eines Programms ohne die Verkörperung in einer Diskette als Kauf einer beweglichen Sache anerkennen zu können, ist dann aber noch zusätzliche Argumentation nötig. Darum bemüht sich der Bundesgerichtshof auch.

Der Bundesgerichtshof argumentiert in drei Abschnitten:

a. Die Übergabe des Datenträgers, der Diskette, sei nicht Endzweck des Rechtsgeschäfts, denn der

„...Datenträger ist vielmehr zunächst ein Mittel zum Transport des erworbenen Programms vom Verkäufer zum Käufer, vor allem aber dient er dazu, das erworbene Programm anschließend durch Überspielen auf die Festplatte im Computer des Käufers zu installieren und es dadurch für diesen nutzbar zu machen. Erst hierin liegt nach den Vorstellungen der Parteien der eigentliche Endzweck des Kaufvertrages.“⁶

b. Er läßt es unentschieden, ob man auch dann von der Übergabe einer beweglichen Sache sprechen könne, wenn das Programm wie im Fall direkt durch ein Kabel von Computer zu Computer überspielt worden sei, aber

... - immerhin verschafft auch hier der Verkäufer dem Käufer den Besitz an der in einem Datenträger, nämlich der Festplatte eines Computers, verkörperten... Programmkopie.“⁷

c. Nach der Ansicht des Bundesgerichtshofs ist das unmittelbare Installieren der gekauften Standardsoftware im Computer des Käufers bei gleichem Endzweck des Geschäfts nur eine fortgeschrittene technische Möglichkeit gegenüber der Übertragung des Programms durch Disketten.⁸

Alle drei Punkte fordern zur Kritik heraus; mit dieser Begründung ist die Entscheidung kaum zu halten, sie stellt die kaufrechtliche Lösung insgesamt in Frage. Die Kritik beginnt am besten beim letzten Punkt:

Mit seiner Ansicht zur Reihenfolge der technischen Entwicklung hat der Bundesgerichtshof wohl Kabelverbindungen im Sinne der Datenfernübertragung oder als eine Form der Vernetzung vor Augen gehabt. Diese sind tatsächlich erst seit jüngerer Zeit gebräuchlich. Es ist aber nicht so, daß zuerst die Disketten vorhanden waren und dann die Möglichkeit gefunden wurde, ein Programm direkt durch eine Kabelverbindung zu übertragen. Die direkte Übertragung, die Verbindung des Datenausgangs des einen Computers mit dem Dateneingang des anderen, ist die technisch viel einfachere - und für den Computer typischere - Lösung. Es ist technisch viel aufwendiger, das Programm mit einem körperlichen Zwischenträger zu übergeben. Diese Form hat sich nur eingebürgert, weil jeder Kleincomputer heute ein Diskettenlaufwerk hat.

Die Ansicht, daß bei der Übergabe das Programm einer beweglichen Sache wenigstens vergleichbar sei, muß sich auch in einem anderen Fall bewähren: Man denke an den Fall, daß mehreren Benutzern einer Großrechenanlage verschiedene Speicherbereiche zugeteilt sind. Wenn jetzt ein Benutzer dem anderen ein Programm in seinen Bereich „übergibt“, geschieht das ebenfalls durch eine „Kabelverbindung“ und ohne jeden Austausch eines körperlichen Trägers.

Strenggenommen wird das Programm beim direkten Überspielen überhaupt nicht übertragen; der Computer des Erwerbers schreibt selbst das Programm auf seine Festplatte. Das Programm wird nicht übergeben, der Computer des Veräußerers steuert den Computer des Erwerbers, ein identisches Programm auf seine Festplatte zu schreiben. Und damit kommt man zum zweiten Punkt, der vielleicht genauer zu nehmen ist, als es der Bundesgerichtshof tut. Hier geht es um die Bewertung, mit der die Analogie der Vorgänge „Übergabe einer Diskette - direktes Überspielen“ zu begründen ist. Daß immer dann ein übergabeähnlicher Vorgang vorliegen soll, wenn sich überhaupt vorher und hinterher ein körperlicher Träger feststellen läßt, hat mit der *Übergabe* nichts zu tun. Niemand käme wohl auf die Idee zu behaupten, daß man eine bewegliche Sache übergibt, wenn man Mozarts Klavierkonzert von einer Kassette auf die andere überspielt oder gar, wenn ein Lehrer einen Text als Diktat vorliest. Man sollte lieber bei der - sonst akzeptierten⁹ -

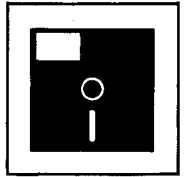
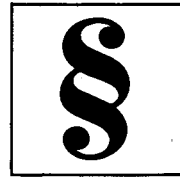
⁵ Soergel/Huber, BGB Kommentar, 11. Aufl. 1986, vor § 433 Rdn. 153; Hoeren, Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf - Ansätze zu einer neuen Vertragstypologie im Bereich der Standardsoftware, in: Computer und Recht 1988, 908.

⁶ BGHZ 109, 97, 100.

⁷ BGHZ 109, 97, 101.

⁸ BGHZ 109, 97, 101.

⁹ bei der Übereignung durch Einigung und Übergabe nach § 929 S. 1 BGB.



Voraussetzung einer Übergabe bleiben, daß sie den Besitzverlust des Übertragenden zur Folge haben muß.

Entscheidende Bedeutung hat für die gesamte Entscheidung das erste Argument. Der Bundesgerichtshof stellt in seiner Argumentation wesentlich auf den Endzweck des Vertrages ab, die Nutzung des Programms auf einem Computer. Indem er auf diesen fernen Punkt zielt, glaubt er das direkte Überspielen des Programms mit der Übergabe einer Diskette vergleichbar machen zu können. Der „Endzweck“ ist kein juristischer Terminus; Argumentationen mit solchen Begriffen sind nicht sonderlich befriedigend; sie hinterlassen den Eindruck, als habe sich das Gericht einen Freiraum, einen Weg vorbei an einer exakten juristischen Einordnung schaffen wollen. Ob dem Bundesgerichtshof das gelungen ist, bleibt aber äußerst zweifelhaft.

Für eine juristische Einordnung des „Endzwecks“ gibt es zwei Möglichkeiten: Der Endzweck kann das sein, was die Parteien mit ihrem Vertrag eigentlich wollen. Dann ist der Endzweck der Inhalt des Vertrages. Dann muß der Vertrag aber auch nach diesem Inhalt eingeordnet werden. Wenn die Parteien übereinstimmend von dem Vertragsinhalt ausgehen, daß der Erwerber des Programms seinen Computer in einer bestimmten Weise nutzen kann, liegt wohl kein Kaufvertrag mehr vor; es kommt dann nicht mehr auf den Kaufgegenstand an, sondern darauf, was der Erwerber auf seinem Gerät machen kann.

Man kann den Endzweck auch anders auslegen: Der Endzweck kann das sein, was der „Käufer“ mit dem Kaufgegenstand letztlich zu tun beabsichtigt. Dann ist der Endzweck das über den Inhalt des Vertrages hinausgehende Motiv, das ihn zum Vertragsschluß bewegt hat. Es ist fester Bestand der Rechtslehre, daß das Motiv eines Rechtsgeschäfts für die rechtliche Beurteilung unbeachtlich ist. Der Student lernt das im Zusammenhang der Irrtumslehre: Ein Irrtum im Motiv berechtigt nicht zur Anfechtung. Wer einen Ring mit der Absicht kauft, sich zu verloben, kann den Kauf nicht wegen Irrtums anfechten, wenn die Verlobung nicht stattfindet. Ein solches Motiv als Endzweck dürfte also auch zur Beurteilung des Softwareerwerbs nicht herangezogen werden. Wie der „Endzweck“ den Erwerb des Programms durch direktes Überspielen zum Kauf einer beweglichen Sache machen kann, bleibt außerdem in dieser Argumentation völlig offen.

Das Ziel des Bundesgerichtshofs, auch auf den Softwareerwerb das Abzahlungsgesetz anzuwenden, mag man billigen. Fraglich ist, ob der dogmatische Preis für dieses Ziel nicht zu hoch ist. Sicher, es sollte für die rechtliche Beurteilung keinen Unterschied machen, ob man ein Computerprogramm auf einer Diskette erhält oder durch direktes Überspielen auf die Festplatte. Es besteht aber kein Grund, dann den Diskettenkauf zur Grundlage der rechtlichen Einordnung zu machen. Keinesfalls darf das Argument lauten, daß man beim direkten Überspielen großzügig sein kann, weil schon der Erwerb des Programms auf Disketten als Kauf unsicher ist. Das gibt dem Zweifel neue Nahrung, ob der Kauf überhaupt das richtige Rechtsinstitut für den Erwerb von Software ist.

Endzweck: In die Ferne gepeilt und das Ziel verfehlt?

Einordnung des Endzwecks: Vertragsinhalt oder ...

... darüber hinausgehendes unbeachtliches Motiv?

Der dogmatische Preis für die Anwendung des AbzG

IV. Software und Produkthaftung

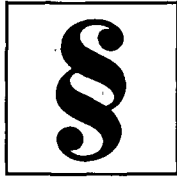
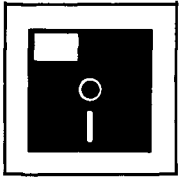
Aus einem anderen Blickwinkel ergeben sich Zweifel an dem Ergebnis des Bundesgerichtshofs. Wenn er den Erwerb von Standardsoftware allgemein als Kauf einer beweglichen Sache einordnet – unmittelbar bei Programmen, die auf Disketten gespeichert sind, sonst wenigstens entsprechend – hat er eine Vorentscheidung in einer anderen, höchst problematischen Frage getroffen. Mit dem Erwerb von Standardprogrammen als beweglichen Sachen wäre entschieden, daß nun auch das Produkthaftungsgesetz auf den Softwarekauf anzuwenden wäre: Produkt im Sinne des neuen, für die Europäische Gemeinschaft einheitlichen Produkthaftungsgesetzes¹⁰ sind nach dessen § 2 bewegliche Sachen¹¹ und Elektrizität. Wenn Standardsoftware als bewegliche Sache behandelt wird, ist insofern also auch das Produkthaftungsgesetz anwendbar.

Es ist nicht sicher, ob der Bundesgerichtshof sich auf diese Konsequenz festlegen lassen würde. Tatsächlich sollte er sie vermeiden, sie führt zu einem Wertungswiderspruch. Er hat sich in seiner Entscheidung mit Standardsoftware auseinandergesetzt; diese soll eine

Standardsoftware als bewegliche Sache: Produkt i.S.d. ProdHaftG

¹⁰ in Deutschland: Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 15. 12. 1989 (BGBl. I S. 2198), das die EG-Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG) umsetzt.

¹¹ Es ist allerdings streitig, ob „bewegliche Sache“ im Sinne dieses Gesetzes eng oder weit zu verstehen ist; vgl. Junker, Ist Software Ware?, in: Wertpapiermitteilungen 1988, 1249, 1253. Für eine enge Auslegung Taschner, Produkthaftung, München 1986, Art. 2 Rdn. 3.



Die Behandlung von Individualsoftware

Ausweg: Software als nicht handelbarer Gegenstand.

Der Endzweck: Doch Inhalt des Vertrags?

Werkvertrag: Hinsichtlich geschuldeter Leistung offenes Institut

Spricht dagegen: Der äußere Anschein

bewegliche Sache sein. Offengeblieben ist, ob das auch für Individualsoftware gilt. Die Programmierung von Individualsoftware unterliegt nach ganz überwiegender Ansicht Werkvertragsrecht. Die Argumentation des Bundesgerichtshofs sagt nichts darüber, ob auch der Programmierer von Individualsoftware eine bewegliche Sache herstellt. Aber auch der Bundesgerichtshof wird wohl nicht soweit gehen, daß auch der Programmierer von Individualsoftware letztlich nur eine Diskette schuldet.

Wenn die Individualsoftware keine bewegliche Sache ist, wird das Ergebnis für die Anwendung des Produkthaftungsgesetzes erstaunlich. Schäden an Sachen und Personen, wie sie das Produkthaftungsgesetz voraussetzt (§ 1 ProdHaftG), sind bei Standardsoftware nicht sehr wahrscheinlich. Textverarbeitung, Tabellenkalkulation und Datenbanken können falsch arbeiten, Schäden verursachen sie allenfalls mittelbar. Schäden sind eher dort zu erwarten, wo Programme zur Steuerung von Geräten eingesetzt werden, wie z. B. bei einem Programm, das eine medizinische Bestrahlung steuert. Ein solches Programm wird aber regelmäßig ein individuell für das Gerät angefertigtes Programm sein. Soll in diesem Fall – mangels beweglicher Sache – der Programmierer am Produkthaftungsgesetz vorbeikommen, während ihn im Falle der Standardsoftware die Gefährdungshaftung trifft? Das ist nicht sinnvoll.

Es spricht im Ergebnis so viel gegen die Einordnung des Softwareerwerbs im Sachkauf, daß man wohl besser nach einem anderen Ausweg sucht. Die Diagnose scheint zu ergeben, daß der neue Gegenstand Software von den überkommenen Rechtsinstituten nur schwer zu erfassen ist. Brauchen wir deshalb ein neues Rechtsinstitut, das auf den neuen Gegenstand zugeschnitten ist? Vor einem solchen Schritt sollte man eine andere Konsequenz erwägen. Wenn Software nur mit Gewalt zu einem handelbaren Gegenstand des Rechtsverkehrs gemacht werden kann, dann kann die Konsequenz auch heißen: Software eignet sich nicht als handelbarer Gegenstand.¹² Ob die Juristen sich zur Verfügung stellen sollen, mit ihrem Instrumentarium einen solchen Gegenstand erst zu schaffen, ist eine Diskussion wert, die auf einer anderen Grundlage mit anderen Argumenten zu führen ist.

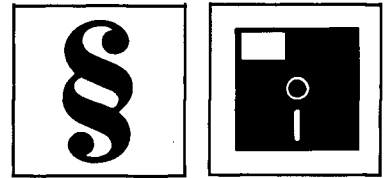
V. Der Softwareerwerb durch Werkvertrag?

Ganz aussichtslos scheint aber der Versuch einer Einordnung des Softwareerwerbs in das geltende Recht doch nicht zu sein. Einen Hinweis hat der Bundesgerichtshof in der eben behandelten Entscheidungsbegründung selbst gegeben. Er stellte den Endzweck der Vereinbarung der Parteien in den Vordergrund. Der Endzweck war die Benutzung der Software durch den Erwerber auf seinem Computer. Als Motiv mußte dieser Endzweck unbeachtlich sein. Bei der Bedeutung, die das Gericht dem Endzweck gibt, scheint es aber doch sachgerecht, diese Nutzung als Inhalt des Vertrages zu sehen. Wir haben Verträge, die einen Gebrauch oder eine Nutzung zum Inhalt haben: Miete und Pacht. Beide Rechtsverhältnisse passen nicht auf Software. Bei Miete und Pacht muß sich die Diskussion wiederholen, was Gegenstand der Miete oder Pacht ist, wieder wäre um Software als Sache oder Recht zu streiten. Und beide Rechtsverhältnisse passen vor allem deswegen nicht, weil sie zeitlich begrenzt sind, anders als es die endgültige Überlassung von Software voraussetzt.

Um den Softwareerwerb einordnen zu können, ist ein Institut nötig, das hinsichtlich der geschuldeten Leistung offener ist als Kauf, Miete oder Pacht. Diese Offenheit hat der Werkvertrag. Für den Werkvertrag spielt es keine Rolle, ob der geschuldete Erfolg körperlich oder unkörperlich ist. Werkvertraglich werden Anzüge geschneidert, Häuser gebaut, Symphonien dirigiert und Sportveranstaltungen angeboten. Auch der Erfolg, daß der Computer sich in einer bestimmten Weise nutzen läßt, ist ohne Mühe im Werkvertrag zu erfassen.

Gegen einen Werkvertrag scheint – jedenfalls beim Kauf der Software auf einer Diskette – der äußere Anschein zu sprechen. Die Übergabe von Disketten ist aber nur eine von mehreren denkbaren Möglichkeiten, den geschuldeten Erfolg, die Nutzung des Programms zu ermöglichen. Und hier liegt der Punkt, an dem die Vorstellung eines Werkvertrages etwas Überwindung kostet: Wir vermissen beim Erwerb von Software das Auftreten des Unternehmers mit dem Werkzeugkasten oder wenigstens mit Frack und Takt

¹² Zu dieser Frage s. Mincke, Das Recht an Software als subjektives Recht, in: jur-PC 1989, S. 226 ff.; ein Zweifel am Warencharakter von Software deutet sich auch an bei Karen Wright, Auf dem Weg zum globalen Dorf, in: Spektrum der Wissenschaft 1990, S. 46, 59.



stock. Das aber ist wieder nur der gewohnte äußere Anschein des Werkvertrages, an dem sich die juristische Analyse nicht aufhalten sollte.

Das Neue ist bei der elektronischen Datenverarbeitung nicht ein besonderer Gegenstand, der zu kaufen wäre; neu ist die Möglichkeit, einen geschuldeten Erfolg mit geringstem äußeren Aufwand herbeiführen zu können: durch Übergabe einer Diskette oder durch direktes Überspielen eines Programms. Man kann sogar die Installation des Programms auf dem Computer dem Erwerber selbst überlassen.

Unter dem Gesichtspunkt des geschuldeten Erfolges kann man schließlich auch die rechtliche Behandlung von Individual- und Standardsoftware wieder zusammenführen. Bei der Individualsoftware hat man das Bild des sich vorwärtsarbeitenden Programmierers vor Augen gehabt. Hier sah man jemanden „am Werk“. Geschuldeter Erfolg ist aber bei der Individual- wie bei der Standardsoftware die im Pflichtenheft oder in der Leistungsbeschreibung dargestellte Leistung und Nutzbarkeit des Programms, auf die es, wie der Bundesgerichtshof zutreffend feststellt, den Parteien wesentlich ankommt.

Natürlich mag die herkömmliche Terminologie des Werkvertrages seltsam wirken, wenn man sie auf den Softwareerwerb anwendet: Man bestellt Standardsoftware nicht, der andere Teil ist nicht Hersteller der Software, jedenfalls nicht beim Erwerb im Laden. Aber in solchen Bedenken schleicht sich – schwer zu vermeiden – wieder die Vorstellung vom Programm als Gegenstand des Vertrages ein, im Gegensatz zur Nutzungsmöglichkeit auf dem Computer. Seltsam ist diese Terminologie aber auch schon bei anderen Werken, einem Konzert etwa oder einer Sportveranstaltung. Die Terminologie allein ist für den Zweifel nur ein schwacher Anhaltspunkt.

Anderer Bedenken mögen bestehen, der Werkvertrag bleibt aber das Rechtsinstitut, das den neuen Leistungsinhalt besser erfassen kann als der Kauf. Die Behandlung des Erwerbs von Software im Werkvertragsrecht greift im Vergleich zur Kauflösung weit weniger in die Rechtsordnung ein, der dogmatische Preis ist viel geringer. Die Rechtsfolgen dieser Einordnung sollten keine Probleme machen, wenn man den Unterschied beachtet, daß bei der Standardsoftware nicht die Programmierung, sondern die Nutzung des Computers in der gewünschten oder angebotenen Weise die geschuldete Leistung ist. Das dem Bundesgerichtshof wichtige Ziel, die Anwendung des Abzahlungsgesetzes, wäre aber so nicht zu erreichen gewesen.

Das Hindernis besteht heute nicht mehr; das seit dem 1. Januar 1991 geltende Verbraucherkreditgesetz enthält die gegenständlichen Einschränkungen des Abzahlungsgesetzes nicht mehr. Es ist auch auf Werkleistungen anwendbar, wenn einem Verbraucher ein Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe gewährt wird (§ 1 II VerbrKrG). Man kann aber auch die Frage stellen, ob die Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes wirklich erwünscht ist. Die Feststellung des Bundesgerichtshofs, daß die Rückabwicklung des Softwarekaufs unproblematisch sei, fordert doch ein Lächeln heraus. Hoffentlich nehmen gewissenlose Computerbesitzer dies nicht als Hinweis, wie man sich ohne finanziellen Aufwand die neuesten Versionen von Programmen verschafft. Man müßte den Händler nur zu einem Ratenkauf mit einer Laufzeit von mehr als drei Monaten (§ 3 1 Nr. 3 VerbrKrG) überreden und dann das Lösungsrecht nach § 7 gebrauchen... Es mag sein, daß die Einordnung des Erwerbs von Standardsoftware im Werkvertragsrecht den Softwaremarkt verändert. Andererseits ist aber auch die sorglose Nutzung eines fehler- und virenfreien vollständigen Programms mit der Originaldokumentation und der Aussicht auf Beratung und Information über Weiterentwicklungen des Programms als geschuldetes Werk eine Leistung, die ihren Preis hat und haben sollte.

Das Neue: Erfolgsherbeiführung mit geringstem äußeren Aufwand.

Geschuldeter Erfolg: Bei Individual- u. Standardsoftware gleich

Gewöhnungsbedürftig: Werkvertragsterminologie für Softwareerwerb

Werkvertrags-Theorie: Softwareerwerb zu geringerem dogmatischen Preis

Die Werkvertragslösung und das VerbraucherkreditG