

## Zur Gestaltung der Kooperationsbeziehungen bei der Erarbeitung und Nutzung von Software

### Die Rechtslage in der DDR

Norbert Römer/Karl-Dieter Schwenk\*

Im laufenden Fünfjahresplanzeitraum ist die Arbeitsproduktivität jährlich um durchschnittlich 8,5 zu erhöhen. Hauptwege hierzu sind u.a. die beschleunigte Einführung neuester Technik zur Fertigung neuer Erzeugnisse mit hochproduktiven Technologien und die schnelle Entwicklung der rechnergestützten Projektierung, Konstruktion, Produktionsvorbereitung und -durchführung (CAD/CAM-Lösungen)<sup>1</sup>. Der Software kommt in diesem Zusammenhang eine entscheidende Bedeutung zu, da sie maßgeblich den Gebrauchswert der Hardware bestimmt. Als Software wird dabei die Gesamtheit der für den Betrieb von EDVA, Prozeß-, Klein- und Mikrorechnern sowie von automatisierten Steuerungen, Geräten und Gerätekomplexen und Fertigungszentren (Hardware) auf der Basis programmierbarer Rechnerbaugruppen zur Verfügung stehenden Mittel in Form von Programmen und Dokumentationen<sup>2</sup> bezeichnet. Die zunehmende Bedeutung der Software erforderte Konsequenzen für die Planung und Bilanzierung, die Preisbildung und auch für die Kooperationsbeziehungen. Dabei muß man in Rechnung stellen, daß zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des neuen Vertragsgesetzes und der 1. DVO/VG die Fragen der Software noch keine entscheidende Rolle spielen konnten.

Für die Planung und Bilanzierung enthalten vor allem die Anordnung vom 13. Januar 1986 über die Planung, Bilanzierung und Abrechnung von Software<sup>3</sup> und die Anordnung vom 26. Februar 1986 über Informations- und Beratungsleistungen zur Entwicklung, Produktion und Mehrfachnutzung von Software in der DDR<sup>4</sup> die notwendigen Regelungen, die Preisbildung erfolgt auf der Grundlage einer entsprechenden Preisverfügung. Davon ausgehend ergeben sich auch einige Besonderheiten für die Gestaltung der Kooperationsbeziehungen, für deren Organisierung und Realisierung die geltenden kooperationsrechtlichen Vorschriften nach unserer Auffassung gegenwärtig noch eine geeignete Grundlage bilden und zweckmäßige Lösungen ermöglichen.

### Zum Charakter der Software

Die Beantwortung der Frage, welcher Vertragstyp bei der Kooperation über Software zur Anwendung kommt, setzt Klarheit über den Charakter der Software voraus. Das Staatliche Vertragsgericht hatte sich mit dieser Problematik erstmals 1983 in einer Entscheidung auseinanderzusetzen, in deren Ergebnis festgestellt wurde, daß es sich bei der Erarbeitung von Software um wissenschaftlich-technische Leistungen im Sinne des § 2 der 1. DVO/VG handelt<sup>5</sup>. Die erarbeitete Software selbst ist danach ein wissenschaftlich-technisches Ergebnis. Daraus ergibt sich dann, daß die Erarbeitung neuartiger Software auf der Grundlage eines Vertrages über die Erarbeitung von wissenschaftlich-technischen Ergebnissen gemäß § 61 VG und der Austausch bereits vorhandener Software auf der Grundlage eines Vertrages über die Vergabe wissenschaftlich-technischer Ergebnisse zur Nutzung gemäß § 62 VG zu erfolgen hat. Dazu gab es in der Literatur auch abweichende Meinungen<sup>6</sup>.

Die Anordnung vom 13. Januar 1986 über die Planung, Bilanzierung und Abrechnung von Software unterscheidet zwischen Softwareprodukt und Softwareleistung. Diese Unterscheidung, die vor allem unter Aspekten der Planung und Abrechnung getroffen wurde, kann aber u.E. unter vertragsrechtlichen Aspekten nicht für die Bestimmung des geeigneten Vertragstyps herangezogen werden. Aus unserer Sicht ist das Softwareprodukt nicht einem materiellen Erzeugnis gleichzusetzen, und die Softwareleistung ist nicht immer mit der wissenschaftlich-technischen Leistung identisch. Auch das Softwareprodukt ist ein immaterielles Ergebnis. Es wird nicht dadurch zu einem materiellen Ergebnis, daß es auf einem Datenträger gespeichert wurde. Das immaterielle Ergebnis – also die Lösung selbst und nicht der Datenträger – ist entscheidend. Davon muß auch die juristische Lösung bestimmt sein. Diesem Gedanken folgt offensichtlich auch die Verordnung vom 11. September 1986 über den Erneuerungspäß und das Pflichtenheft<sup>7</sup>, die im § 2 Abs. 3 bestimmt, daß für Aufgaben zur Entwicklung und Einführung neuartiger Software Erneuerungspässe und Pflichtenhefte auszuarbeiten sind.

Wir übersehen natürlich nicht, daß nicht jede Software ein wissenschaftlich-technisches Ergebnis und nicht jede Erarbeitung von Software eine wissenschaftlich-technische Leistung ist. Da die Frage nach den Abgrenzungskriterien nicht „softwaretypisch“ ist, sondern auch bei anderen Leistungen zu beantworten ist, bietet sich dafür § 2 Abs. 1 der 1. DVO/VG an. Es ist also zu prüfen, ob die Leistung die Lösung einer auf die Durchsetzung des wissenschaftlich-technischen Fortschritts gerichteten Aufgabe zum Gegenstand hat, vorwiegend in Durchführung oder im Ergebnis geistig-schöpferischer Arbeit und unter Anwendung wissenschaftlicher Arbeitsmethoden erbracht wird und den in der Nomenklatur für Arbeitsstufen und Leistungen von Aufgaben des Planes Wissenschaft und Technik enthaltenen Leistungen entspricht.

\* Norbert Römer ist Vertragsrichter am Zentralen Vertragsgericht, Karl-Dieter Schwenk ist Vertragsoberrichter am Zentralen Verwaltungsgericht und Leiter der Abteilung Industrie.

1. Vgl. Direktive des XI. Parteitag der SED zum Fünfjahrplan für die Entwicklung der Volkswirtschaft der DDR in den Jahren 1986 bis 1990, Berlin 1986, S. 26.

2. Vgl. AO vom 13. Januar 1986 über die Planung, Bilanzierung und Abrechnung von Software, Richtlinie Ziff. 1.1. GBl. I Nr. 4 S. 34.

3. A.a.O.

4. GBl. I Nr. 9 S. 94.

5. Vgl. Entscheidungen 22-A-1 und 3/83, in WR 1/1984, S. 21.

6. Vgl. K. Bernstein/K. Fürster „Zu Rechtsfragen des Austausches maschinenorientierter Computersoftware“, WR 4/84 S. 100; E. Heera „Nochmals zu Rechtsfragen des Austausches von Computersoftware“, WR 1/85 S. 13; E. Prager/E. Richter „Zu aktuellen theoretischen und wirtschaftsrechtlichen Problemen der Produktion von Software“, Wirtschaftswissenschaft 12/85 S. 1772; E. Heera „Typisierung der Wirtschaftsverträge und Software“, Staat und Recht 11/86 S. 856.

7. GBl. II Nr. 30 S. 409.

Entspricht die Erarbeitung von Software den Anforderungen des § 2 Abs. 1 der 1. DVO/VG, ist es eine wissenschaftlich-technische Leistung. Erfüllt die Erarbeitung von Software nicht diese Voraussetzungen, liegt keine wissenschaftlich-technische, sondern eine sonstige Leistung vor. Um sonstige Leistungen handelt es sich z. B. bei Leistungen der Erarbeitung von spezifischen Anwenderprogrammen mit Softwarewerkzeugen (Kalkulationsprogramm-SC, REDABAS) bzw. Anpassungs- und Organisationsleistungen.

Bei der Diskussion um die Charakterisierung von Software im kooperationsrechtlichen Sinne ist auch die Frage aufgeworfen worden, ob nicht eine über die Differenzierung in wissenschaftlich-technische und sonstige Leistungen hinausgehende Untergliederung von Software sinnvoll wäre. Diese Frage bedarf sicher einer weiteren Durchdringung. Einen praktischen Nutzen würden wir aber nur dann sehen, wenn die Abgrenzung eindeutig ist und die Übersichtlichkeit, auch hinsichtlich der zu wählenden juristischen Modelle, nicht verlorengeht. Zu viele „Unterfälle“ führen zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung.

### Zum Austausch der Software

Hier sind die beiden Grundfälle zu unterscheiden, und zwar die Erarbeitung von Software im Auftrag eines oder mehrerer Auftraggeber und die Vergabe von bereits vorhandener Software.

Software weist gegenüber anderen Leistungen Besonderheiten auf. Sie kann durch die Eingabe ihres materiellen Trägers in die entsprechende Hardware ohne zusätzliche Leistungen zu weiteren immateriellen Ergebnissen (Informationen zur Lohnabrechnung, Sprach-, Bild oder Tonwerke) oder auch unmittelbar zu materiellen Ergebnissen (Herstellung von Werkstücken, chemische Mischungsverhältnisse) führen. Damit verfügt sie über die besondere Eigenschaft, zugleich immaterielles Ergebnis und direkt anwendbares Erzeugnis bzw. im ökonomischen Sinne Arbeitsmittel zu sein<sup>8</sup>. Das führt auch dazu, daß nicht jedes angebotene Kooperationsmodell unmodifiziert anwendbar ist. Dies gilt z. B. für die Nutzung von vorhandener Software, vor allem aber für die Software, die kein wissenschaftlich-technisches Ergebnis ist. Andererseits sind die Besonderheiten aber auch wiederum nicht so erheblich, daß zur Zeit neue Modelle geschaffen werden müßten.

### Zu den Kooperationsbeziehungen über die Erarbeitung von Software

Handelt es sich bei der zu erarbeitenden Software um eine wissenschaftlich-technische Leistung, so ist ein Vertrag gemäß § 61 VG in Verbindung mit § 9 ff. der 1. DVO/VG abzuschließen. Dies gilt sowohl für Basissoftware als auch für Anwendersoftware, wenn sie neu zu erarbeiten sind. Für die Deckung des Bedarfs an Anwendersoftware sind die Anwender aber grundsätzlich selbst verantwortlich<sup>9</sup>. Das bedeutet jedoch nicht, daß sie die Anwendersoftware in jedem Fall selbst erarbeiten müssen. Vor allem kleinere Betriebe, denen für diese Aufgabe keine Kapazität zur Verfügung steht, werden die Anwendersoftware deshalb mit anderen Betrieben oder wissenschaftlichen Institutionen kooperieren. Die Basissoftware wird in der Regel vom Hersteller der Hardware erarbeitet, so daß dann kein gesonderter

Vertrag über die Erarbeitung der Basissoftware abgeschlossen wird.

Je nach dem Charakter der Leistung können praktisch auch Elemente verschiedener Vertragstypen in einem Leistungsvertrag kombiniert werden. Fordert z. B. der Auftraggeber eine Hardware und soll der Hersteller der Hardware hierzu eine Software entwickeln, so ist ein einheitlicher Vertrag, in der Regel ein Investitionsleistungsvertrag, abzuschließen, der auch die Vereinbarungen zur Software enthält. Für den Investitionsleistungsvertrag finden die entsprechenden investitionsrechtlichen Bestimmungen, für den Teil des Vertrages, der die Entwicklung der Software beinhaltet, die Bestimmungen der 1. DVO/VG Anwendung.

Sollen Softwareleistungen erbracht werden, die nicht den Anforderungen des § 2 Abs. 1 der 1. DVO/VG entsprechen, so handelt es sich um Dienstleistungen, auf die § 69ff. VG Anwendung finden. Hierzu liegen bisher jedoch noch keine Spruchpraxiserfahrungen vor.

Über die Erarbeitung von Software sind Wirtschaftsverträge gemäß § 61 VG in Verb. mit § 9 der 1. DVO/VG abzuschließen. Zur Bestimmung der gegenseitigen Rechte und Pflichten sind in den Verträgen die erforderlichen Vereinbarungen zu treffen, z. B. darüber, in welcher Form das wissenschaftlich-technische Ergebnis zu übergeben ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der Auftrag die Entwicklung von Basis- bzw. Anwendersoftware zum Gegenstand hat oder ob der Auftragnehmer Hardware- oder Softwarehersteller ist. Über sonstige Leistungen, die nicht den Anforderungen des § 2 Abs. 1 der 1. DVO/VG entsprechen, sind Dienstleistungsverträge gemäß § 69 VG abzuschließen. Für die Ausgestaltung der Verträge gelten die Bestimmungen der §§ 69 und 70 VG, wobei der besondere Charakter der Software zu berücksichtigen ist.

### Zu den Kooperationsbeziehungen über die Vergabe von vorhandener Software

*Bernstein/Förster* gehen davon aus, daß es sich z. B. bei den programmierten Datenträgern um industrielle Erzeugnisse handle und der Austausch auf der Grundlage von Lieferverträgen erfolgen solle. Dem stünde auch nicht im Wege, daß gemäß § 67 VG der bestellenden Wirtschaftseinheit die Fondsinhaberschaft übertragen werde<sup>10</sup>. Wenn aber die Fondsinhaberschaft übertragen ist, muß dem Erwerber auch das Recht zur Weiterveräußerung zugestanden werden. Dieses Recht zur Weiterveräußerung beziehe sich aber nur auf das Lieferexemplar, nicht jedoch auf die im Rahmen der Nutzungsbefugnis erzielbaren Datenträgerkopien. Das heißt aber nichts anderes, als daß den Erwerbern nur das Recht eingeräumt wird, den Datenträger zu veräußern, aber die auf ihm gespeicherte Idee geschützt wird.

Wir gehen jedoch davon aus, daß die Erarbeitung neuartiger Software eine wissenschaftlich-technische Leistung ist und das hervorgebrachte Ergebnis ein wissenschaftlich-technisches Er-

8. Vgl. E. Heera „Typisierung der Wirtschaftsverträge und Software“; Staat und Recht 11/86 S. 857.

9. Vgl. Ziffer 2 Abs. 2 der Richtlinie für die Planung, Bilanzierung und Abrechnung von Software, a.a.O.

10. Vgl. K. Bernstein/K. Förster a.a.O.

gebnis ist. Folglich handelt es sich bei dem Austausch dieses vorliegenden wissenschaftlich-technischen Ergebnisses um die Vergabe eines wissenschaftlich-technischen Ergebnisses zur entgeltlichen Nutzung gemäß § 62 VG in Verbindung mit § 18 der 1. DVO/VG. Zu diesem Ergebnis kommt auch Heera<sup>11</sup>, die ebenfalls die Anwendung des Liefervertrages verneint und, nachdem sie die Anwendbarkeit der verschiedenen Vertragstypen analysiert hat, erklärt: „In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird die Anwendung des Vertrages über die Vergabe wissenschaftlich-technischer Ergebnisse zur entgeltlichen Nutzung... die günstigste Lösung sein.“

Soll vorhandene Software, die wissenschaftlich-technisches Ergebnis ist, veräußert werden, ist darüber ein Vertrag über die Vergabe<sup>1</sup> wissenschaftlich-technischer Ergebnisse zur entgeltlichen Nutzung gemäß § 62 VG in Verbindung mit § 18 der 1. DVO/VG abzuschließen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Basissoftware oder Anwendersoftware bzw. um Softwareprodukte oder Softwareleistungen handelt. Wird vorhandene Software zusammen mit der Hardware veräußert – das ist in der Regel bei der Basissoftware der Fall –, so ist darüber ein Investitionsleistungsvertrag abzuschließen, der auch die Vergabe der Software beinhaltet. Hinsichtlich der Software findet aber die 1. DVO/VG Anwendung. Soll vorhandene Software veräußert werden, die kein wissenschaftlich-technisches Ergebnis ist, ist u. E. darüber ein Liefervertrag abzuschließen, da hier lediglich ein Wechsel der Fondsinhaberschaft stattfindet und Fragen des Schutzes der wissenschaftlich-technischen Idee keine Rolle spielen.

### Schutz von Software vor unbefugter Nachnutzung

In den Beziehungen der Wirtschaftseinheiten hinsichtlich der Entwicklung, Produktion und multivalenten Nutzung von Software gewinnt auch zunehmend der Schutz der wissenschaftlich-technischen Ergebnisse vor unbefugter Nachnutzung an Bedeutung. Heera führt im Ergebnis von Analysen der internationalen Rechtssituation dazu aus, daß auch im Patentgesetz der DDR<sup>12</sup> Rechenprogramme nicht als Erfindungen anerkannt werden. Nach der Patentrechtsprechung der DDR sind die Erarbeitung von Software als auch die Software selbst dem Patentschutz nicht zugänglich. Des weiteren ist nach dem geltenden Urheberrecht ein entsprechender Schutz nur für jene Software wirksam, die zum Gebrauch als Druckschrift vervielfältigt wird. Ansonsten gehe die Urheberrechtsprechung davon aus, daß Software nicht als wissenschaftliches Werk anerkannt werden kann<sup>13</sup>.

Daraus ergibt sich zwangsläufig die Frage nach den Rechtsformen des Schutzes von Software vor unbefugter Nachnutzung, die nach den geltenden Rechtsvorschriften in den Kooperationsbeziehungen der Wirtschaftseinheiten anzuwenden sind. Dies ist von besonderem Interesse, da nach der Anordnung vom 13. Januar 1986 über die Planung, Bilanzierung und Abrechnung von Software die Produzenten und Anwender von Software verpflichtet sind, einen wirksamen Schutz zu sichern. Darin ist eingeschlossen, ein unkontrolliertes Abfließen von zu verarbeitenden Daten zu verhindern.

Eine in der Praxis bewährte Rechtsform des Schutzes von Software in den Kooperationsbeziehungen der Wirtschaftseinheiten ist die Möglichkeit des vertraglichen Ausschlusses der Wei-

tervergabe von Software zur Nutzung nach § 18 Abs. 4 der 1. DVO/VG. Gemäß § 18 Abs. 3 der 1. DVO/VG ist sowohl der Erarbeiter als auch derjenige, der das Ergebnis durch Vertrag erworben hat, zur Weitergabe des Ergebnisses berechtigt, und gemäß § 18 Abs. 4 der 1. DVO/VG ist ein vertraglicher Ausschluß der Weitergabe nur zulässig, wenn dies in Rechtsvorschriften vorgesehen ist oder dafür volkswirtschaftliche Erfordernisse vorliegen.

Das Staatliche Vertragsgericht hat aber bereits mit seinen Entscheidungen 22-A-1 und 3/8314 herausgearbeitet, daß es sich bei der Software um einen Fall handelt, bei dem aus volkswirtschaftlichen Erfordernissen der vertragliche Ausschluß der Weitervergabe von wissenschaftlich-technischen Ergebnissen zur Nutzung anzuerkennen ist, der Ausnahmefall des § 18 Abs. 4 der 1. DVO/VG bei der Software also zur Regel wird. Dies wurde im wesentlichen mit der zu sichernden Amortisation der den Softwareerarbeitern entstandenen Aufwendungen begründet. Auch die jetzt für die Preisbildung geltenden Vorschriften gehen davon aus, daß grundsätzlich der Erarbeiter von Software zur Vergabe berechtigt ist und in der Kooperationskette die Weitervergabe auszuschließen ist. Dies kommt z. B. darin zum Ausdruck, daß der Erarbeiter bei der Preisbildung berücksichtigen muß, wieviele Anwendungsfälle möglich sind. Darüber hinaus ist Heera zu folgen, die zutreffend hervorhebt, daß der als Sonderfall anerkannte vertragliche Ausschluß der Weitervergabe dabei als finanzieller Stimulus für die Erarbeitung möglichst universell anwendbarer Software und als eine Art Surrogat für gewerbliche Schutzrechte fungiert<sup>15</sup>.

Die Kooperationspartner sind berechtigt, in den Verträgen über die Erarbeitung und Nutzung von Software zu vereinbaren, daß die Weitervergabe durch den Erwerber ausgeschlossen ist.

Besonderheiten ergeben sich für die Fälle, in denen Erwerber die Software selbst weiterentwickeln. So können z. B. durch qualifizierte Programmpflege beim Erwerber neue Erkenntnisse gewonnen werden, die zur Verbesserung der Software führen. In solchen Fällen besteht häufig Interesse bei Dritten am Erwerb solcher verbesserter Software, da diese Bedarfsträger besonders an der Übernahme der Produktions- und Nutzungserfahrungen, des Know-how, interessiert sind. Dem volkswirtschaftlichen Erfordernis der Gewährleistung einer multivalenten Nutzung der in der DDR zur Verfügung stehenden Software Rechnung tragend, gehen wir davon aus, daß der Erwerber berechtigt sein sollte, die von ihm weiterentwickelte Software an Dritte weiterzugeben, d.h., gegen Entgelt zu veräußern. Auch hierüber sollten Erarbeiter und Erwerber die notwendigen vertraglichen Vereinbarungen treffen. Dabei ist jedoch zu sichern, daß der Erarbeiter der ursprünglichen Software am Preis, den der Erwerber vom Dritten erhält, angemessen beteiligt wird.

11. Vgl. E. Heera, a.a.O.

12. Gesetz vom 27. Oktober 1983 über den Rechtsschutz für Erfindungen - Patentgesetz - (GBl. II Nr. 29 S. 284).

13. Vgl. E. Heera, a.a.O.

14. A.a.O.

15. Vgl. E. Heera, „Nochmals zu Rechtsfragen...“, a.a.O.

Soweit der Erwerber beabsichtigt, bestimmte Software weiterzuentwickeln, ist er zur Weitervergabe durch entsprechende Vereinbarungen im Vertrag zu berechtigen. Im Vertrag ist darüber hinaus zu vereinbaren, in welchem Umfang der ursprüngliche Erarbeiter am Preis, den der Erwerber von Dritten erhält, gemäß § 26 Abs. 4 der Anordnung vom 23. November 1983 über die wirtschaftliche Rechnungsführung in Forschung und Entwicklung<sup>16</sup> zu beteiligen ist. Diese Grundsätze gelten entsprechend für die Dienstleistungsverträge über sonstige Software.

Mit der Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen in den Verträgen über die Erarbeitung und Nutzung von Software ergibt sich für die Kooperationspartner die Pflicht, die konsequente Einhaltung<sup>1</sup> und Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen zu sichern. Die Sanktionen der wirtschaftsrechtlichen materiellen Verantwortlichkeit erweisen sich dabei als geeignete Mittel, dies zu verwirklichen. Durch ihre Androhung soll u.a. die Erfüllung der vertraglichen Pflichten gesichert, im Fall ihrer Anwendung bei Pflichtverletzungen der eingetretenen Schaden zwischen den Wirtschaftseinheiten ausgeglichen und der Vertragsverletzer zum künftigen pflichtgemäßen Handeln veranlaßt werden<sup>17</sup>. Da entsprechende Vertragsstrafentatbestände gesetzlich nicht geregelt sind, sollten deshalb durch die Kooperationspartner in den Verträgen Vertragsstrafen gemäß § 56 Abs. 1 VG wegen unberechtigter Weitervergabe von Software vereinbart werden. Die zu vereinbarende Sanktion sollte so bemessen werden, daß einerseits der dem Erarbeiter der Software entstandene Schaden ersetzt und andererseits der den Vertrag verletzende Partner durch einen ökonomischen Stimulus zum künftigen pflichtgemäßen Handeln veranlaßt wird. Da die für derartige Pflichtverletzungen maßgeblichen Umstände meist subjektiver Natur sind, sollte auch die Möglichkeit des Nachweises ausgeschlossen werden, daß die zur Pflichtverletzung führenden Umstände nicht abwendbar waren (vgl. § 56 Abs. 2 VG).

In den Wirtschaftsverträgen über die Erarbeitung und Nutzung von Software sollte eine Vertragsstrafe gemäß § 56 VG für den Fall einer unberechtigten Weitervergabe vereinbart werden. Die Höhe der Vertragsstrafe sollte dabei etwa das 1,5fache des Preises der Software betragen, womit ein dem Erarbeiter zustehender Schadenersatzanspruch abgegolten sein sollte. Ein Preisanspruch gegenüber dem durch die unberechtigte Weitervergabe begünstigten Nutzer besteht nicht.

Es ist aber auch den Fällen Rechnung zu tragen, in denen ein Erarbeiter von Software festgestellt hat, daß ein anderer Software nutzt, die vom Erarbeiter stammt, der Nutzer aber nicht nachweisen kann, von wem er die Software tatsächlich erhalten hat. Für diesen Ausnahmefall sind wir der Auffassung, daß dem Erarbeiter gegenüber dem Nutzer ein Anspruch auf nachträglichen Abschluß eines Vertrages zuzuerkennen ist, um ihm auf diesem Wege das Recht zu sichern, den entgangenen Preis zu realisieren. Letztlich gestaltet es sich in der Praxis oftmals schwierig, im Nachgang zu ermitteln, von wem der Nutzer die relevante Software erhalten hat.

Erhält der Erarbeiter von Software Kenntnis davon, daß ein Betrieb von ihm erarbeitete Software nutzt und kann dieser nicht nachweisen, von wem er sie erworben hat, wird ein Anspruch des Erarbeiters gegenüber diesem Betrieb auf nachträglichen Abschluß eines Vertrages mit der Folge, daß der geltende Preis zu zahlen ist, begründet. Dieser Anspruch ist nicht

befristet, er kann daher unabhängig vom Zeitpunkt der Leistung jederzeit geltend gemacht werden. Nach der Kenntniserlangung ist jedoch die Verjährung zu beachten (§ 112 Abs. 1 Satz 2 und § 113 Abs. 2 VG).

Zu beachten ist weiter der Fall, daß ein Anwender Hardware aus seinem Grundmittelbestand aussondert und diese einschließlich der Basissoftware an einen Dritten zu veräußern beabsichtigt. Dabei ist davon auszugehen, daß die Hardware mit der Basissoftware zu veräußern ist, da die Hardware ohne Basissoftware nicht nutzungsfähig ist. Insofern ist nicht der Schutz der Software vor unbefugter Nachnutzung, sondern die Übergabe einer vollständigen Leistung gemäß § 38 VG von Belang. Deshalb bedarf es bei der Weiterveräußerung solcher Hardware nicht der Zustimmung des Erarbeiters der Basissoftware bzw. einer Vereinbarung über die Berechtigung zur Weitervergabe.

### Zu einigen weiteren Problemen aus der Spruchstätigkeit des Staatlichen Vertragsgerichts

Beim Staatlichen Vertragsgericht war ein Verfahren anhängig, in dem ein Betrieb vom Softwarehersteller den Abschluß eines Vertrages über den Rückkauf von Software unter Bezugnahme auf die Bestandsverwertungs-AO<sup>18</sup> forderte. Der Betrieb begründete seinen Antrag damit, daß die Software wie ein Produkt zu behandeln sei und somit diese dem Geltungsbereich der genannten Anordnung unterliege. Bei der Entscheidungsfindung wurde davon ausgegangen, daß es sich auch beim Softwareprodukt um ein immaterielles Ergebnis handelt, das vom Geltungsbereich dieser Anordnung nicht erfaßt wird. Sie ist vom Modell und von der Zielrichtung her auf Erzeugnisse und Materialien, nicht aber auf immaterielle Ergebnisse gerichtet.

An Bedeutung haben auch die Fragen nach dem Umfang der für den Produzenten von Hard- und Software bestehenden Lieferverpflichtung bzw. der für den Abnehmer geltenden Abnahmeverpflichtung bei der Bereitstellung von Hardware zugekommen. In diesem Zusammenhang ist auf die in der Anordnung vom 13. Januar 1986 über die Planung, Bilanzierung und Abrechnung von Software geregelte generelle Abgrenzung der Verantwortung für die Erarbeitung und Herstellung von Basis- und Anwendersoftware zu verweisen. Die Leistungsbeziehungen über die Bereitstellung von Hard- und Basissoftware unterliegen jedoch der Besonderheit, daß der Gebrauchswert bzw. die Funktionstüchtigkeit der Hardware von der Basissoftware wesentlich bestimmt wird. Ausgehend von diesem funktionalen Zusammenhang besteht somit grundsätzlich für den Hersteller die Pflicht, die Lieferung und Montage von Hardware und die Basissoftware in Form einer nutzungsfähigen, vollständigen Leistung entsprechend den Forderungen der Bedarfsträger vertraglich zu binden und zu erbringen (§ 38 VG in Verb. mit § 11 der 2. DVO/VG). Daraus kann aber nicht abgeleitet

16. GBl. I Nr. 36 S. 387.

17. Vgl. Kommentar zum VG, Berlin 1985, 4. Teil: Verantwortlichkeit für Pflichtverletzungen (Vorbemerkung), S. 243.

18. AO vom 14. April 1983 zur periodischen Ermittlung nicht benötigter verbraucherseitiger Bestände durch die Bilanzorgane sowie über die Verantwortung und materielle Stimulierung der Hersteller für den effektiven Einsatz der Mehrbestände ihres Produktionsassortiments - Bestandsverwertungs-Anordnung - (GBl. II Nr. 13 S. 146).

werden, daß der Abnehmer z. B. auch dann verpflichtet ist, Hardware und Basissoftware abzunehmen, wenn er keinen Bedarf an der Basissoftware hat. Auch hier muß der allgemeine Grundsatz gelten, daß niemand verpflichtet ist, Leistungen zu übernehmen, für die er keinen Bedarf hat<sup>19</sup>. Daraus ergeben sich zwangsläufig weitere Besonderheiten, die ihren Ausdruck z. B. in einer Modifizierung der durch den Hardwarehersteller zu sichernden Inbetriebnahmehandlung finden. Dies gilt auch für die zu gewährende Garantie, die sich dann nur auf die reine Hardware beschränken kann.

Neue Anforderungen an den Abschluß von Verträgen über die Erarbeitung und Nutzung von Software ergeben sich auch aus der Anordnung vom 26. Februar 1986 über Informations- und Beratungsleistungen zur Entwicklung, Produktion und Mehrfachnutzung von Software in der DDR<sup>20</sup> und der in der Anordnung vom 13. Januar 1986 über die Planung, Bilanzierung und Abrechnung von Software geregelten sachgebietsorientierten Bilanzierung von Software. Im wesentlichen ist davon auszugehen, daß der Bilanzierung Software ab einem Entwicklungsaufwand von über 500 Stunden unterliegt, wobei die Entscheidungen auf der Grundlage von Informationen der Zentralen Informationsbank und der sachgebietsorientierten Ein-

richtungen getroffen werden. Für die kooperationsrechtliche Ausgestaltung der Austauschbeziehungen über Software ergibt sich daraus, dem Abschluß und der Gestaltung von Verträgen über die Erarbeitung von Software die Entscheidungen der zuständigen Bilanzorgane zugrunde zu legen und bei den Nutzungsverträgen ständig die Informationen der sachgebietsorientierten Beratungs- und Informationseinrichtungen einzuholen, damit insbesondere Mehrfachentwicklungen ausgeschlossen werden und insgesamt die multivalente Nutzung verfügbarer Software in der DDR gesichert wird.

Wird also z. B. die Neuentwicklung von Software verlangt, muß der Bedarfsträger nachweisen, daß die Software nicht bereits in der DDR vorhanden ist. Dies kann er durch die Vorlage einer Bestätigung der Datenbank, daß das gewünschte Ergebnis nicht gespeichert ist.

19. So wurde im Verfahren Az. 22-B-780/86 (unveröffentlicht) entschieden, daß ein Bedarfsträger nicht wie vom Hersteller gefordert zum Vertragsabschluß bzw. zur Abnahme einer Hardware einschließlich Basissoftware verpflichtet werden kann, soweit er keinen Bedarf an dem angebotenen Betriebssystem hat.

20. GBl. II Nr. 9 S. 94

*Das folgende, soweit ersichtlich bisher unveröffentlichte Urteil, behandelt eine wichtige EG-rechtliche Frage mit erheblicher methodologischer Brisanz. Allerdings verbirgt sich die entsprechende Konsequenz hinter sehr technischen Details und erschließt sich deswegen erst bei genauerer Lektüre. Im Kern geht es um das Problem, ob die EG-Kommission berechtigt ist, von der Umgangssprache abweichende semantische Festlegungen für Termini zu treffen, die in Normen des EG-Rechts vorkommen. Der BFH stellt eine derartige Kompetenz der EG-Kommission implizit in Frage. - Es dürfte im übrigen kein Zufall sein, daß es gerade die Komplexität einer (auch) EDV-beeinflußten Umgebung ist, die hier zu vertieften terminologischen Erwägungen führt: Je komplexer der Gegenstandsbereich, desto schwerwiegender die an die Terminologie gestellten Differenzierungsanforderungen. - Bleibt schließlich noch ein Aspekt des Beschlusses hervorzuheben, der in nachdenklich stimmender Weise die „neue Unübersichtlichkeit“ des EG-Rechts dokumentiert: Der BFH räumt mit erfrischender Offenheit ein, daß ihm von der OFD im vorliegenden Verfahren zitierte Kommissionsverordnungen bei früheren Verfahren nicht bekannt waren. Der Rechtshistoriker wird sich angesichts dieser Lage an vergleichbare Situationen unter der Geltung des „ius commune“ erinnern fühlen.*

## Terminologie-Hoheit der EG-Kommission?

Vorlagebeschluß des BFH vom 16. Juni 1989 (VII K 12-17/88)

### Antrag auf Vorabentscheidung an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art. 177 EWGV:

Ist die Position 9030 der Kombinierten Nomenklatur dahin auszulegen, daß sie auch mikrogesteuerte Auswertegeräte für die Chromatographie von der in diesem Ersuchen beschriebenen Beschaffenheit erfaßt?

### Leitsatz (nicht-amtlich)

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat zwar bezüglich der Entscheidung zwischen unterschiedlichen, für die Einreihung einer bestimmten Ware in Betracht kommenden Tarifnummern einen weiten Ermessensspielraum. Nicht jedoch darf sich die Kommission durch eine Tarifierungsverordnung in Widerspruch zu der Bedeutung setzen, die der allgemeine Sprachgebrauch einem Terminus der Kombinierten Nomenklatur beilegt.

### Tatbestand

I. Die beklagte Oberfinanzdirektion erteilte der Klägerin sechs verbindliche Zolltarifauskünfte über von der Klägerin als „Dataprocessoren (Datenverarbeitungsgeräte)“, bzw. „Computer incorporated“ bezeichnete Geräte mit den Typenbezeichnungen ... Nach der Warenbeschreibung in den verbindlichen Zolltarifauskünften handelt es sich in vier Fällen jeweils um einen Dataprozessor mit Bedienungsfeld, Prozessor, Wandler, elektrischen Schnittstellen, elektronischen Bauelementen und mit diesem Gerät durch Kabel verbundenen Printer/Plotter, in zwei Fällen jeweils um einen Integrator mit Bedienungsfeld, Zentralprozessor, Wandler, Printer/Plotter, elektrischen Schnittstellen und elektronischen Bauelementen. Alle Geräte dienen nach der Beschreibung in den verbindlichen Zolltarifauskünften dem Messen von elektrischen Signalen externer Analysegeräte und Umwandlung in digitale Signale, die mit vorprogrammierten Kenndaten verglichen und weiterverarbei-