

--- ALLE RECHTE VORBEHALTEN ---

**Juristische Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen**

Studienarbeit

**im Rahmen der Schwerpunktbereichsprüfung
im Studiengang der Rechtswissenschaften
(1. juristische Prüfung)**

**Schwerpunktbereich IV:
Privates und öffentliches Medienrecht**

Fritz-Ulli Pieper

**Vertragstypologische Einordnung von
Softwareerstellungs- und Überlassungsverträgen
im Lichte der aktuellen BGH-Rechtsprechung**

**Studienarbeit im Rahmen des Seminars zum Wirtschafts- und Medienrecht:
Informationsrecht und Immaterialgüterrecht**

im Sommersemester 2010

bei Prof. Dr. Andreas Wiebe

LITERATURVERZEICHNIS

- Bamberger, Heinz Georg/
Roth, Herbert (Hrsg.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1 – 610,
CISG, 2. Auflage, München, 2007
- Bartsch, Michael Das BGB und die modernen Vertragstypen, CR 2000, 3 – 11
- Baus, Christoph A. Umgehung der Erschöpfungswirkung durch Zurückhaltung von
Nutzungsrechten?, MMR 2002, 14 – 17
- Bräutigam, Peter/Rücker,
Daniel Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder
Ende der Diskussion?, CR 2006, 361 – 368
- Bydlinski, Peter Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder
anpassungsbedürftig?, AcP 198 (1998), 287 – 328
- Degen, Thomas/Deister,
Jochen Computer- und Internetrecht – Vertragsgestaltung, E-Commerce
und Datenschutz, Stuttgart, München, Hannover, 2009
- Deister, Jochen/Meyer-
Spasche, Georg Anwaltsstrategien im Software-Recht, Rechtsgrundlagen und
Vertragsgestaltung, Stuttgart, München, Hannover, 2010
- Diedrich, Kay Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform,
Lösungsansätze für neue Abgrenzungsfragen, CR 2002, 473 – 480
- Dreier, Thomas/Vogel,
Rupert Software- und Computerrecht, Frankfurt a. M., 2008
- Hassemer, Michael Kaufverträge nach der Schuldrechtsreform – Vertragsgestaltung
gegenüber Verbrauchern und im Handelsgeschäft, ZGS 2002, 95 –
102

- Heussen, Benno Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware – Zugleich zum Problem von Lizenzverträgen, GRUR 1987, 779 – 792
- Heymann, Thomas Urteilsanmerkung zu BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88 (CR 1990, 24), in: CR 1990, 112 – 113
- Hilber, Marc/Rabus, Johannes Urteilsanmerkung zu BGH v. 4.3.2010 – III ZR 79/09 (CR 2010, 327), in: CR 2010, 331 – 332
- Hilty, Reto M. Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft, Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, MMR 2003, 3 – 15
- Hoeren, Thomas Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf, Ansätze zu einer neuen Vertragstypologie im Bereich der Standardsoftware, CR 1988, 908 – 917
- Ders.* IT-Vertragsrecht, Köln, 2007
- Ders.* Softwareüberlassung als Sachkauf – Ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware, Jur. Diss., Münster, 1989
- Ders.* Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit Heussen, GRUR 1987, 779 ff. –, GRUR 1988, 340 – 349
- Ders./Spittka, Jan* Aktuelle Entwicklungen des IT-Vertragsrechts, ITIL, Third Party Maintenance, Cloud Computing und Open Source Hybrids, MMR 2009, 583 – 589

- Hoffmann, Helmut Urteilsanmerkung zu BGH v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08 (MMR 2010, 23), in: MMR 2010, 25
- Junker, Abbo Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2003/2004, NJW 2005, 2829 – 2834
- Ders./Benecke, Martina* Computerrecht, 3. Auflage, Baden-Baden, 2003
- Kilian, Wolfgang/Heussen, Benno (Hrsg.) Computerrechts-Handbuch, Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, Loseblatt (Stand: Februar 2009, 27. Ergänzungslieferung), München, 2009
- Koch, Frank Computer-Vertragsrecht, 7. Auflage, Freiburg, München, Berlin, 2009
- Ders.* Handbuch Software- und Datenbank-Recht, Berlin, Heidelberg, 2003
- Köhler, Helmut/Fritzsche, Jörg Die Herstellung und Überlassung von Software im bürgerlichen Recht, in: Lehmann, Michael (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, Köln, 1993, 513 – 627 (zit.: Köhler/Fritzsche, in: Lehmann, Rechtsschutz)
- Krauß, Wolfgang Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge, Jur. Diss., Münster, 2004
- Lauer, Jörg Verträge über Software – Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1758 – 1763

- Leopold, Andreas/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, München, 2008
Silke (Hrsg.)
- Lutz, Holger Softwarelizenzen und die Natur der Sache, Eine vertragstypologische Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung von Erschöpfungsgrundsatz und bestimmungsgemäßer Benutzung, Jur. Diss., Frankfurt a. M., 2008
- Mankowski, Peter Werkvertragsrecht – Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag, MDR 2003, 854 – 860
- Marly, Jochen Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach § 90 BGB, BB 1991, 432 – 436
- Ders.* Praxishandbuch Softwarerecht, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 5. Auflage, München, 2009
- Maume, Philipp/Wilser, Christian Viel Lärm um nichts? Zur Anwendung von § 651 BGB auf IT-Verträge, CR 2010, 209 – 214
- McGuire, Mary-Rose Nutzungsrechte an Computerprogrammen in der Insolvenz, Zugleich eine Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen, GRUR 2009, 13 – 22
- Metzger, Axel Der neue § 651 BGB – Primat des Kaufrechts oder restriktive Auslegung?, AcP 204 (2004), 231 – 263
- Moritz, Hans-Werner Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?, CR 1994, 257 – 263

- Müller-Hengstenberg, Claus-Dieter Ist das Kaufrecht auf alle IT-Projektverträge anwendbar?, NJW 2010, 1181 – 1184
- Ders.* Vertragstypologie der Computersoftwareverträge, Eine kritische Auswertung höchstrichterlicher Rechtsprechung zum alten Schuldrecht für die Beurteilung nach neuem Schuldrecht, CR 2004, 161 – 166
- Ders./Krcmar, Helmut* Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei IT-Projekten, CR 2002, 549 – 557
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 69. Auflage, München, 2010
- Peukert, Alexander Das Sacheigentum in der Informationsgesellschaft, in: Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München, 2005, 149 – 163 (zit.: Peukert, in: FS Schricker)
- Redeker, Helmut IT-Recht, 4. Auflage, München, 2007
- Ders.* Softwareerstellung und § 651 BGB, Die typischen Vertragsgestaltungen verlangen differenzierte Ergebnisse, CR 2004, 88 – 91
- Säcker, Franz Jürgen/
Rixecker, Roland (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1 – 240, ProstG, 5. Auflage, München, 2006 (zit.: MünchKomm/Bearbeiter, BGB)
- Dies.* (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433 – 610, Finanzierungsleasing, VII

HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 5. Auflage, München 2008
(zit.: MünchKomm/Bearbeiter, BGB)

- Dies.* (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II, §§ 611 – 704, EFZG, TzBfG, KSchG, 5. Auflage, München, 2009 (zit.: MünchKomm/Bearbeiter, BGB)
- Schellhammer, Kurt Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen samt Wohnungseigentums- und Grundbuchrecht, 3. Auflage, Heidelberg, 2009
- Schmidl, Michael IT-Recht von A – Z, Accessprovider bis Zwischenspeicherung, München, 2008
- Ders.* Softwareerstellung und § 651 BGB – ein Versöhnungsversuch, MMR 2004, 590 – 593
- Schneider, Jochen Handbuch des EDV-Rechts, IT-Vertragsrecht, Datenschutz Rechtsschutz, 4. Auflage, Köln, 2009
- Ders./Graf von* Softwareerstellungsverträge, Köln, 2006
Westphalen, Friedrich
(Hrsg.)
- Schulze, Reiner/Ebers,
Martin Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 462 – 468
- Schweinoch, Martin Geänderte Vertragstypen in Software-Projekten, Auswirkungen des BGH-Urteils vom 23.7.2009 auf die vertragstypologische Einordnung üblicher Leistungen, CR 2010, 1 – 8

- Ders.* Urteilsanmerkung zu BGH v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08 (CR 2010, 637), in: CR 2010, 640 – 641
- Ders./Roas, Rudolf* Paradigmenwechsel für Projekte: Vertragstypologie der Neuerstellung von Individualsoftware, CR 2004, 326 – 331
- Sieber, Ulrich Informationsrecht und Recht der Informationstechnik, NJW 1989, 2569 – 2580
- Soergel, Hans Theodor Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Band 1, Allgemeiner Teil 1, §§ 1 – 103, 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, 2000
- Spindler, Gerald/Klöhn, Lars Neue Qualifikationsprobleme im E-Commerce, Verträge über die Verschaffung digitalisierter Informationen als Kaufvertrag, Werkvertrag, Verbrauchsgüterkauf?, CR 2003, 81 – 86
- Statistisches Bundesamt (Hrsg.) Informationsgesellschaft in Deutschland, Wiesbaden, 2009
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, Berlin, 2004
- Stettner, Rupert Information als Verfassungsgut, in: Merten, Detlef/Schmidt, Reiner/Stettner, Rupert (Hrsg.), Der Verwaltungsstaat im Wandel, Festschrift für Franz Knöpfler zum 70. Geburtstag, München, 1996, 351 – 368 (zit.: Stettner, in: FS Knöpfler)
- Stichtenoth, Jonas Softwareüberlassungsverträge nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, K&R 2003, 105 – 110

- Taegeer, Jürgen Die Entwicklung des Computerrechts, NJW 2010, 25 – 31
- Thewalt, Stephan Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, Rechtsnatur, Leistungsbestimmung und Mängelhaftung, Jur. Diss., München, 2004
- Ders.* Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag, § 651 BGB nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 1 – 7
- Troller, Alois Immaterialgüterrecht – Patentrecht, Markenrecht, Muster- und Modellrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, Band I, 3. Auflage, Basel, Frankfurt a. M., 1983
- Ullrich, Hans/Lejeune, Mathias (Hrsg.) Der internationale Softwarevertrag nach deutschem und ausländischem Recht, 2. Auflage, Frankfurt a. M., 2006
- Ulmer, Detlef Der Bundesgerichtshof und der moderne Vertragstyp „Softwareüberlassung“, CR 2000, 493 – 499
- Wiebe, Andreas Know-how-Schutz von Computersoftware – Eine rechtsvergleichende Untersuchung der wettbewerbsrechtlichen Schutzmöglichkeiten in Deutschland und den U.S.A., Jur. Diss., Hannover, 1992
- Würtenberger, Thomas Wandel des Rechts in der Informationsgesellschaft, in: Leipold, Dieter (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, Heidelberg, 2002, 3 – 19

ABKÜRZUNGEN

Gebraucht werden die üblichen Abkürzungen, zu finden bei:

Kirchner, Hildebert/Butz, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin, New
Cornelie/Pannier, Dietrich/ York, 2008
Fiala, Jana

GLIEDERUNG

| | |
|--|-----|
| THEMENSTELLUNG | II |
| LITERATURVERZEICHNIS | III |
| ABKÜRZUNGEN | XI |
| GLIEDERUNG | XII |
| | |
| A. Einleitung | 1 |
| B. Grundlagen | 1 |
| I. Einführung | 1 |
| II. Computerrecht | 1 |
| 1. Überblick | 1 |
| 2. Besonderheiten in Bezug auf Software | 2 |
| 3. Softwarevertragsrecht | 3 |
| a) Allgemeines | 3 |
| b) Softwareverträge über Softwareerwerb | 3 |
| aa) Ursachen der Typologisierungproblematik | 4 |
| bb) Notwendigkeit von Kategorisierung | 4 |
| (1) Kategorisierungsmöglichkeiten | 4 |
| (2) Konsequenzen für die vertragstypologische Einordnung | 6 |
| cc) Softwaretypische Interessenlage und Pflichten | 6 |
| c) Zwischenergebnis | 6 |
| C. Vertragstypologische Einordnung von Softwareerstellungs- und Überlassungsverträgen | 6 |
| I. Ausblick | 6 |

| | |
|---|----|
| II. Notwendigkeit und Bedeutung vertragstypologischer Einordnung..... | 7 |
| 1. Allgemeines | 7 |
| 2. Softwareerwerbsverträge | 7 |
| III. Software als Sache | 9 |
| 1. Sachbegriff des BGB | 9 |
| 2. Ursachen und Bedeutung der Auseinandersetzung | 9 |
| a) Allgemeine Konsequenzen | 10 |
| b) Softwarespezifische Konsequenzen | 10 |
| 3. Verschiedene Einordnungsversuche..... | 11 |
| a) Anknüpfungspunkt der Verkörperung..... | 11 |
| aa) Das „Computerprogramm als solches“ | 11 |
| bb) Gewichtung des Verkörperungsaspekts..... | 12 |
| b) Eigene Stellungnahme | 13 |
| aa) Maßgeblichkeit der Art der Überlassung? | 13 |
| bb) Software keine Sache i. S. d. § 90 | 15 |
| IV. Softwareerstellungsverträge | 16 |
| 1. Erstellung von Individualsoftware | 16 |
| a) Der neue § 651 | 16 |
| aa) Wortlautgetreue Anwendung | 18 |
| bb) Verneinung der Sacheigenschaft | 18 |
| cc) Teleologische Ansätze | 19 |
| b) Aktuelle Rechtsprechung des BGH..... | 19 |
| aa) BGH v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, „Silo-Anlage“ | 19 |
| (1) Sachverhalt | 19 |
| (2) Erkenntnisse des BGH..... | 20 |
| (a) Auslegung des Begriffs der beweglichen Sache | 20 |

| | |
|--|-----------|
| (b) Eindeutiger Wille des Gesetzgebers | 20 |
| (c) Schwerpunkt der Planungsleistungen | 20 |
| (3) Übertragbarkeit der Feststellungen auf Softwareverträge | 21 |
| bb) BGH v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, „Internet-System- Vertrag“ | 22 |
| (1) Sachverhalt | 22 |
| (2) Relevanz des Urteils für die vertragstypologische Einordnung | 22 |
| c) Auseinandersetzung mit den Ansichten zur vertragstypologischen Einordnung unter Berücksichtigung der BGH-Urteile | 22 |
| d) Eigene Stellungnahme und Ergebnis | 24 |
| 2. Softwareanpassung („Customizing“) | 25 |
| 3. Ergebnis | 25 |
| V. Softwareüberlassungsverträge | 26 |
| 1. Einmalige Softwareüberlassung auf Dauer | 26 |
| a) Vertragstypologische Einordnung anhand der Sachqualität | 26 |
| b) Die Schaffung des § 453 | 27 |
| c) Übertragbarkeit auf Sachqualität von Software | 28 |
| d) Zwischenergebnis | 28 |
| 2. Zeitlich begrenzte Softwareüberlassung | 28 |
| a) Softwaremiete | 29 |
| b) Softwareleasing | 29 |
| 3. Ergebnis | 30 |
| D. Zusammenfassung und Fazit | 30 |

A. Einleitung

Seit über zwei Jahrzehnten versucht die Jurisprudenz dem Wesen des Softwarevertrages zu Leibe zu rücken.¹ Seine Einordnung in die Vertragstypologie des BGB ist seit jeher umstritten und entgegen wiederholter gegenläufiger Behauptungen im Schrifttum immer noch im Fluss.² Im Folgenden soll dem auf den Grund gegangen werden. Dafür sollen zunächst einführend die Besonderheiten des Softwarevertragsrechts herausgearbeitet werden. Dem folgend wird die Notwendigkeit der Einordnung beleuchtet und der Frage nach der Sacheigenschaft von Software nachgegangen, um darauf aufbauend eine Einordnung von Softwareerstellungs- und Überlassungsverträgen unter Berücksichtigung der aktuellen BGH-Rechtsprechung vorzunehmen.

B. Grundlagen

I. Einführung

Im Jahr 2008 war in Deutschland in 76% der privaten Haushalte und in 84% der Unternehmen Computertechnik vorhanden.³ Es vergeht kaum ein Monat, in dem nicht neue Nachrichten und Statistiken über den Vormarsch der Informations- und Kommunikationstechnologie berichten. Sie führen fortwährend die schon seit jeher beschriebene revolutionäre Entwicklung und Bedeutung der Informationsgesellschaft und der Informationstechnologie vor Augen.⁴ Dabei ist bekannt, dass jede technische Entwicklung meist eine Reihe neuer Rechtsfragen aufwirft.⁵ Als wichtiges und umfangreiches Gebiet hat sich seit rund drei Jahrzehnten das Software- und Computerrecht herausgebildet.⁶

II. Computerrecht

1. Überblick

Der Terminus „Computerrecht“ wird nicht einheitlich verwendet sondern oft als Oberbegriff benutzt.⁷ Festgestellt werden kann, dass es sich hierbei nicht

¹ Hilty, MMR 2003, 3 (3); Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 598.

² Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 598.

³ Statistisches Bundesamt, Informationsgesellschaft in Deutschland, 2009, S. 23.

⁴ Vgl. Würtenberger, in: Leipold, Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, S. 3 f.; Stettner, in: FS Knöpfle, S. 351; Sieber, NJW 1989, 2569 (2570); Deegen/Deister, Computer- und Internetrecht, Rn. 2.

⁵ Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 29.

⁶ Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 29.

⁷ Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 2; auch der Begriff des EDV-Rechts oder des Informationstechnologierechts (IT-Recht) ist gebräuchlich.

um eine klassische, homogene Rechtsmaterie mit selbständigen Strukturmerkmalen handelt, sondern um eine Querschnittsmaterie, die Rechtsfragen verschiedenster Bereiche tangiert.⁸ Es besteht aber weitgehend Einigkeit über die dieses Gebiet umfassenden Rechtsfragen.⁹ Aus jedem Blickwinkel stehen Hardware und Software im Zentrum der Betrachtung.

2. Besonderheiten in Bezug auf Software

Hardware – in Abgrenzung zu Software – umfasst alle körperlichen Bestandteile eines Computersystems.¹⁰ Der Begriff der Computersoftware ist hingegen nicht eindeutig und abschließend definiert.¹¹ Überwiegend werden auch die zu dessen Verwendung benötigten technischen Beschreibungen, bspw. Hersteller- und Anwenderdokumentationen dazu gezählt.¹² Software ist demnach die Gesamtheit aus Programm und zugehöriger Dokumentation.¹³ Das darf jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass zentrales Bezugsobjekt Software als technischer Gegenstand bleibt.¹⁴ Ein solches Computerprogramm ist „eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.“¹⁵ Der Anteil der Software am gesamten EDV-Markt ist in ihrer Fortentwicklung permanent zulasten der Hardware gestiegen.¹⁶ Software nimmt in Folge dessen mit fortschreitender technischer Entwicklung einen eigenständigen Stellenwert ein und wird teils als „Gehirn der Informationsgesellschaft“¹⁷ bezeichnet. Infolge dessen, dass der BGB-Gesetzgeber im 19. Jahrhundert die technische Entwicklung nicht vorhersehen konnte und Software darüber hinaus aufgrund ihrer Beschaffenheit eine Zwitterstellung zwischen körperlichem Gegenstand und Immaterialgut, zwischen Massenprodukt und Spezialanfertigung, zwischen urheberrechtlich

⁸ Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 30 f.; Schneider/Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Kap. A, Rn. 2; Leupold/Glossner/Leupold/Glossner, IT-Recht, Vorwort, S. V; Schmidl, IT-Recht von A – Z, S. 5.

⁹ Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 2.

¹⁰ BGH NJW 1988, 406 (407); Kilian/Heussen/Moritz, CHB Nr. 31, Rn. 1; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 3.

¹¹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1; Ullrich/Lejeune/Lejeune, Der internationale Softwarevertrag, Teil I, Rn. 270.

¹² Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 32; Kilian/Heussen/Harte-Bavendamm/Wiebe, CHB 51, Rn. 6; BGH NJW 1986, 192 (196).

¹³ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 4.

¹⁴ Schneider/Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Kap. A, Rn. 1 merkt an, dass Hardware „keine allzu große juristische Aufmerksamkeit genießt, jedenfalls was eventuellen Streit betrifft.“

¹⁵ WIPO-Mustervorschriften, GRUR Int. 1978, 286 (290); BGH NJW 1986, 192 (196).

¹⁶ Köhler/Fritzsche in: Lehmann, Rechtsschutz, S. 515, Rn. 1.

¹⁷ Hoeren, IT-Vertragsrecht, Rn. 125.

geschütztem und nicht schutzfähigem Werk einnahm,¹⁸ stellt sich die komplizierte Aufgabe, das erst später entstandene Softwarerecht mit den bestehenden rechtlichen Institutionen in Einklang zu bringen. Da mit Software heute Abläufe in fast allen Bereichen von Wirtschaft, Wissenschaft und Privatanwendungen gesteuert werden, gewinnen auch Verträge zur Erstellung und Nutzung dieser Software erhebliche Bedeutung.¹⁹

3. Softwarevertragsrecht

a) Allgemeines

Das Softwarevertragsrecht ist neben dem gewerblichen Rechtsschutz von Computerprogrammen der zweite große Teilbereich des Software- und Computerrechts.²⁰ Zwar ist der Softwarevertrag keine eigenständige Vertragsart. Vielmehr hat das BGB besonders wichtige Vertragsarten durch spezielle Regelungen „vertyp“²¹ ohne dabei den Softwarevertrag gesondert zu regeln. Dennoch bilden Verträge über Software im IT-Vertragsrecht einen eigenständigen Sektor, der eine getrennte Darstellung der softwarespezifischen, vertragsrechtlichen Aspekte erfordert.²² Neben dem Urhebervertragsrecht, welches die Einräumung von Nutzungsrechten regelt,²³ spielen verschiedene Vertragsarten mit unterschiedlichen Anwendungsbereichen eine Rolle, insb. Verträge über Softwareüberlassung, Erstellungs- und Entwicklungsverträge, Anpassungsverträge oder Pflege- und Wartungsverträge.²⁴ Diese weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten lassen die Komplexität des Softwarevertragsrechts erahnen. „Software ist nie fehlerfrei“ lautet denn auch eine der meist verwendeten Formulierungen in IT-AGB.²⁵ Technisch und vertragsrechtlich zeichnet sich die Komplexität von Softwareverträgen mithin durch die Vielfalt der Leistungsformen und eine spezifische Verknüpfung schuldrechtlicher Vertragstypen mit urheberrechtlichen Nutzungsrechtseinräumungen und insbesondere -einschränkungen aus.²⁶

b) Softwareverträge über Softwareerwerb

¹⁸ Stichtenoth, K&R 2003, 105 (105); Lutz, Softwarelizenzen und die Natur der Sache, S. 1 f.

¹⁹ Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht, § 1, Rn. 1.

²⁰ Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 2; Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 32.

²¹ Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 151.

²² Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 1.

²³ Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 120.

²⁴ Ullrich/Lejeune/Lejeune, Der internationale Softwarevertrag, Teil I, Rn. 276.

²⁵ Schneider/Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Kap. A, Rn. 39.

²⁶ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 2.

Doch bereits die rechtliche Behandlung eines Softwareerwerbsvertrags bereitet Probleme. Seit nun fast drei Jahrzehnten beschäftigt sich die Rechtswissenschaft mit der vertragstypologischen Einordnung von Softwareverträgen.²⁷

aa) Ursachen der Typologierungsproblematik

Die Gründe für die Einordnungsschwierigkeiten sind vielfältig. Herausragend ist sicher die Erkenntnis, dass bei der rechtlichen Behandlung von Software bis zu drei Rechtsebenen aufeinandertreffen, nämlich eine schuldrechtliche, eine immaterialgüterrechtliche und oft auch eine sachenrechtliche.²⁸ Ferner findet bei IT-Projekten der für die BGB-Vertragsinstitute typische punktuelle Vertragsaustausch nicht statt.²⁹ Desweiteren besteht speziell auch im Bereich der Softwareverträge die Eigenheit, dass eine Verselbstständigung des Vertragsobjekts Software stattfindet, die der eigentlichen Konzeption des BGB-Vertragsrechts entgegensteht, welche grds. nach dem Inhalt der eingegangenen Verpflichtung unterscheidet.³⁰

bb) Notwendigkeit von Kategorisierung

Da aber eine Vielzahl möglicher Anwendungsbereiche für Softwareverträge besteht, bedarf es der genauen Betrachtung der wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien und den dementsprechend übernommenen Leistungspflichten um eine dogmatisch nachvollziehbare Einordnung eines Vertrages zu erreichen.³¹ Auch im Bereich des Erwerbs bestehen weitreichende, differierende Interessenlagen der Vertragspartner. Somit erfordert bspw. der Erwerb einer fertigen Software im Warenhaus andere Regelungen als die Vergabe eines Großprojekts an einen Softwareentwickler.³² Die Rechtswissenschaft versucht, sich dieser Problematik mit verschiedenen Einordnungen von Softwareverträgen zu stellen.

(1) Kategorisierungsmöglichkeiten

Wohl wichtigstes Unterscheidungskriterium ist das der Dauer.³³ Ein Computerprogramm kann sowohl zeitlich unbegrenzt als auch mit zeitlicher Be-

²⁷ Lutz, Softwarelizenzen und die Natur der Sache, S. 1; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 598.

²⁸ Hilty, MMR 2003, 3 (3).

²⁹ Müller-Hengstenberg/Krcmar, CR 2002, 549 (554).

³⁰ Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 153; McGuire, GRUR 2009, 13 (19).

³¹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 601; McGuire, GRUR 2009, 13 (19).

³² Stichtenoth, K&R 2003, 105 (105).

³³ Stichtenoth, K&R 2003, 105 (105).

schränkung erworben werden. Ferner wird zwischen für den Massenvertrieb schlicht zu überlassender „Standardsoftware“ und für den speziellen Verwendungszweck eines Anwenders zu erstellender „Individualsoftware“ unterschieden.³⁴ Grob umrissen ist Standardsoftware Computersoftware, die als Massenprodukt für den Verkauf „aus dem Regal“ für eine breite Anwenderschicht produziert wurde, ohne dass die vorgegebenen Anforderungen eines individuellen Anwenders berücksichtigt werden.³⁵ Individualsoftware ist hingegen eine speziell für den individuellen Anwender entwickelte und unter Berücksichtigung seiner Anforderungen und Wünsche für die Lösungen seiner individuellen Probleme erstellte Computersoftware.³⁶ Allerdings sind weder diese Begriffe selbst, noch ihre Abgrenzung voneinander technisch oder rechtlich verbindlich definiert oder wegen ihres fließenden Übergangs auch nur konsequent zu unterscheiden.³⁷ „Individualsoftware“ ist nicht nur solche, die im Vertragsabschlusszeitpunkt erst neu zu erstellen wäre, da vielfach bereits vorhandene Software-Teile wie Module oder Funktionsbibliotheken bei einer „Neuprogrammierung“ wiederverwendet werden. Umgekehrt mag eine für einen bestimmten Kunden vollständig neu erstellte Software, die sich über einen gewissen Zeitraum bewährt hat, als „Standardsoftware“ für andere Kunden weiter verarbeitet werden.³⁸ Schließlich wird zwischen den Transaktionstypen der „Erstellung“ und „Überlassung“ unterschieden, die zwar streng genommen noch keine rechtliche Einordnung des untersuchten Vertragstyps zulässt, da bspw. dem Begriff der „Überlassung“ keine juristisch feststehende Bedeutung zukommt.³⁹ „Erstellung“ ihrerseits kann die völlige Neuprogrammierung eines Programmes im Rahmen eines aufwendigen Projektes bedeuten. Aber auch durch eine weitläufige Anpassung („Customizing“) kann aus schon bestehenden Programmteilen eine nahezu völlig neue Software entstehen. Dennoch kann festgestellt werden, dass der Terminus der Softwareüberlassung die meisten möglichen Erwerbskonstellationen erfasst: Jeder Erstellung von Software folgt grds. ihre Überlassung im geschäftlichen Verkehr.⁴⁰

³⁴ Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 116; Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 5.

³⁵ Krauß, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge, S. 4.

³⁶ Krauß, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge, S. 4.

³⁷ Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 116.

³⁸ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 5.

³⁹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 600.

⁴⁰ Vgl. zur Verdeutlichung z.B. bei Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 614, der davon ausgeht, dass Software „erstellt und sodann (...) überlassen“ wird; ebenso Stichtenoth, K&R 2003, 105, der einführend die Konsequenzen der Schuldrechtsmodernisierung bei der

(2) Konsequenzen für die vertragstypologische Einordnung

Aufgrund dieser zwar möglichen kategorialen Unterscheidungen, die aber ihrerseits wiederum nicht völlig trennscharf voneinander abgegrenzt werden können, ist der Vertrag über den Erwerb von Software „an sich“ gar nicht vertragstypologisch zu qualifizieren.⁴¹ Letztlich können nur der Wille der Parteien und ihre Vorstellung vom Vertragsgegenstand sowie dem genauen Inhalt der Leistungspflichten unter angemessener Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Interessen ausschlaggebend sein.⁴²

cc) Softwaretypische Interessenlage und Pflichten

Wegen der besonderen Verletzlichkeit von Computersoftware gegenüber Piraterieakten wird das Hauptinteresse des Softwareherstellers regelmäßig darin liegen, Regelungen zu treffen, die der Softwarepiraterie entgegenstehen, wohingegen das Anwenderinteresse hauptsächlich darin besteht, ein Programm zu erhalten, das einsatzfähig ist und sich für die Lösung konkreter Aufgabenstellungen eignet.⁴³ Die Hauptleistungspflicht des Softwaregebers betrifft dementsprechend die Herstellung oder die reine Überlassung der Software; der Anwender hat dann als Hauptpflicht die vereinbarte Vergütung zu entrichten.⁴⁴ Zweck eines jeden Softwareerwerbsvertrages ist folglich die Ermöglichung der Nutzung eines Computerprogrammes durch den Anwender.⁴⁵

c) Zwischenergebnis

Es gibt folglich nicht „den“ Softwareerwerbsvertrag. Eine vertragstypologische Einordnung muss mit Hilfe der dargestellten Kategorisierungsarten unter Berücksichtigung des Parteiwillens und der Parteiinteressen sowie des Vertragszwecks durchgeführt werden.

C. Vertragstypologische Einordnung von Softwareerstellungs- und Überlassungsverträgen

I. Ausblick

Softwareüberlassung erwähnt und dann „insbesondere“ die Problematik der *Erstellung* von Individualsoftware hierunter fasst.

⁴¹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 600; McGuire, GRUR 2009, 13 (19).

⁴² Stichtenoth, K&R 2003, 105 (106); Ulmer, CR 2000, 493 (494).

⁴³ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 603.

⁴⁴ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 604.

⁴⁵ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 608; Baus, MMR 2002, 14 (15).

Im Folgenden soll die vertragstypologische Einordnung von Softwareerstellungs- und Softwareüberlassungsverträgen anhand der aufgezeigten Kategorisierungsmöglichkeiten im Lichte der aktuellen BGH-Rechtsprechung durchgeführt werden. Konkret dargestellt werden die Individualsoftwareerstellung, die Anpassung schon vorhandener Software („Customizing“) sowie die dauerhafte und zeitlich begrenzte Überlassung von Standardsoftware.⁴⁶ Zuvor sollen die Notwendigkeit und Bedeutung einer vertragstypologischen Einordnung dargestellt und die Vorfrage beantwortet werden, ob Computersoftware eine Sache i. S. d. § 90 BGB⁴⁷ ist.

II. Notwendigkeit und Bedeutung vertragstypologischer Einordnung

1. Allgemeines

Primär gilt als Hauptprinzip des Vertragsrechts die aus der Privatautonomie hervorgehende Vertragsfreiheit und daraus folgend die Typenfreiheit.⁴⁸ Daraus kann man jedoch nicht folgern, dass die Zuordnung eines Softwarevertrages zu einem Vertragstyp völlig im Belieben der Vertragsparteien steht.⁴⁹ Insbesondere ist die Bezeichnung eines Vertrages als z. B. „Lizenzvertrag“ oder „Kaufvertrag“ durch die Vertragsparteien für die Bestimmung des Vertragstyps nicht entscheidend, sondern hat allenfalls Indizwirkung.⁵⁰ Die Einordnung ergibt sich vielmehr aus der jeweils getroffenen Leistungsvereinbarung der Parteien.⁵¹ Bei der Vertragstypenermittlung ist also dasjenige entscheidend, was die Vertragsparteien als Leistung technisch-wirtschaftlich tatsächlich gewollt haben, was nach § 157 zu bestimmen ist.⁵² Nichtsdestotrotz sind die gesetzlichen Regelungen der typischen Vertragsarten für die Parteien aber aus zwei Gründen immer bedeutsam: sollte erstens ein Vertrag zu einem bestimmten Punkt keine Abrede enthalten, gilt dispositives Recht; zweitens ist zwingendes Recht unter allen Umständen von den Parteien zu berücksichtigen.⁵³

2. Softwareerwerbsverträge

⁴⁶ Eine Individualsoftwareerstellung und daran anschließende nur zeitweise Überlassung ist bei den aufgezeigten Kategorisierungsmöglichkeiten nicht ausgeschlossen, kommt in der Praxis aber kaum vor, vgl. Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn 614 m. w. N.

⁴⁷ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

⁴⁸ Palandt/*Ellenberger*, BGB, Einf. v. § 145, Rn. 7; Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 151; Bartsch, CR 2000, 3 (4).

⁴⁹ Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht, § 2, Rn. 31.

⁵⁰ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 711; OLG Nürnberg, CR 1993, 359 (360); Leopold/Glossner/*von dem Bussche/Schelinski*, MAH IT-Recht, Teil 1, Rn. 15.

⁵¹ Palandt/*Sprau*, vor § 631 BGB, Rn. 22; OLG Brandenburg, CR 2008, S. 763 (765).

⁵² Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht, § 2, Rn. 30; Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 9; Lutz, Softwarelizenzen und die Natur der Sache, S. 10.

⁵³ Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 152; Metzger, AcP 204 (2004), 231 (234).

Bei der Abgrenzung der beim Softwareerwerb wichtigsten Vertragsarten des Kaufs und des Werkvertrags bestehen weitere relevante Unterschiede, die eine vertragstypologische Einordnung erfordern. Zunächst steht im Vordergrund die Bestimmung des gesetzlichen Leitbildes.⁵⁴ Dieses wirkt sich auf die Wirksamkeit AGB-rechtlicher Bestimmungen aus. Gerade bei komplexen Softwareverträgen spielen AGB zur angemessenen Risikoverteilung und optimierten Gestaltung des Erarbeitungsprozesses eine erhebliche Rolle.⁵⁵ Es halten aber nur solche Klauseln einer rechtlichen Überprüfung stand, die gem. § 307 II Nr. 1 und Nr. 2 dem gesetzlichen Leitbild nicht zuwider laufen.⁵⁶ Ferner hätte eine Umleitung speziell eines Softwareerstellungsvertrages in das Kaufrecht über § 651 gegenüber dem Werkvertrag vielfältige weitere Konsequenzen: von Gesetzes wegen wäre die Vergütung bereits ab Vertragsschluss fällig, §§ 433 II, 271, die Abnahme gem. § 640 würde entfallen, der Verjährungsbeginn fiel i. R. v. § 438 und § 634a unterschiedlich aus und die Gewährleistungsfrist wäre verkürzt, das Recht zur Selbstvornahme nach § 637 bestünde von vorne herein nicht, ein Unternehmer müsste die handelsrechtliche Rügeobliegenheit gem. §§ 377, 381 II HGB beachten, Abschlagszahlungen nach § 632a wären von vorne herein nicht vorgesehen und Mängelrechte entfielen bereits bei grob fahrlässiger Unkenntnis (nur) noch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.⁵⁷ Daneben spielt die vertragstypologische Einordnung auch im Urheberrecht bzgl. einer möglichen Erschöpfung nach „Veräußerung“ und im Insolvenzrecht im Rahmen diverser Fragen eine Rolle.⁵⁸ Hinzu kommt schließlich die Überlegung, dass nur ein dogmatisch stimmiges Konzept eine verlässliche, vorhersehbare Entscheidungspraxis stützen kann.⁵⁹ Die Frage nach dem einschlägigen Vertragstypus ist somit von eminenter Bedeutung.⁶⁰ Wie die Typenzuordnung bei Verträgen erfolgt, die nicht exakt einem Typus entsprechen, ist zwar nicht abschließend geklärt.⁶¹ Jedoch muss eine vollstän-

⁵⁴ Schweinoch/Roas, CR 2004, 326 (326); Degen/Deister, Computer- und Internetrecht, Rn. 437.

⁵⁵ Diedrich, CR 2002, 473 (474).

⁵⁶ Hoeren, IT-Vertragsrecht, Rn. 142; Degen/Deister, Computer- und Internetrecht, Rn. 437.

⁵⁷ Vgl. Hoeren/Spitka, MMR 2009, 583 (584); Diedrich, CR 2002, 473 (474); Thewalt, CR 2002, 1 (5 f.); Deister/Meyer-Spasche, Anwaltsstrategien, Rn. 44 ff.; Mankowski, MDR 2003, 854 (858 f.); Metzger, AcP 204 (2004), 231, 234 ff.

⁵⁸ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 599.

⁵⁹ Stichtenoth, K&R 2003, 105 (105).

⁶⁰ Metzger, AcP 204 (2004), 231 (234).

⁶¹ Ausführlich Thewalt, Der Softwareerstellungvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 14 ff.

dige Typisierung sich zumindest daran messen lassen, ein interessengerechtes Regelungskonzept zur Anwendung gelangen zu lassen.⁶²

III. Software als Sache i. S. d. § 90 BGB

Eng verzahnt mit der Frage nach der vertragstypologischen Einordnung eines Softwarevertrags ist die Qualifizierung von Software als Sache.⁶³ Diese Frage hat nicht nur allgemein rechtliche Konsequenzen, sondern unmittelbar Auswirkungen auf die Frage der Einordnung bei der Softwareerstellung und der Softwareüberlassung.⁶⁴ Es muss deshalb geklärt werden, ob Software eine Sache i. S. v. § 90 ist.

1. Sachbegriff des BGB

Sachen sind gemäß § 90 „*nur körperliche Gegenstände*“. Der Oberbegriff „Gegenstand“ ist zwar grds. vom Gesetz nicht definiert, eine genauere Begriffsbestimmung i. R. v. § 90 erübrigt sich aber, da „Sachen“ sich eben durch ihre Körperlichkeit auszeichnen.⁶⁵ Der Ausdruck „körperliche Gegenstände“ ist i. S. einer natürlichen Anschauung zu verstehen, wonach einzig die bei Laien vorherrschende Verkehrsanschauung bestimmend ist.⁶⁶ Die Körperlichkeit des Gegenstandes verlangt das räumliche abgrenzbare Zutagetreten von Materie, gleichgültig welchen Aggregatzustandes.⁶⁷ Grundsätzlich gilt § 90 aufgrund seines Wortlauts und der systematischen Stellung im ganzen BGB.⁶⁸ Es besteht aber die Möglichkeit sachgebotener Abweichungen.⁶⁹ Es muss demnach an jeder Stelle im Gesetz, die eine Sache voraussetzt, gesondert geprüft werden, ob sich aus selbiger Norm u. U. eine geänderte Auslegung des allgemeingültigen Sachbegriffs ergibt.⁷⁰ Man kann den Sachbegriff also als „im Kern zeitlos, darüber hinaus aber anpassungsfähig“⁷¹ betrachten.

2. Ursachen und Bedeutung der Auseinandersetzung

⁶² Diedrich, CR 2002, 473 (473).

⁶³ Deister/Meyer-Spasche, Anwaltsstrategien im Software-Recht, Rn. 42.

⁶⁴ Leupold/Glossner/von dem Bussche/Schelinski, MAH IT-Recht, Teil 1, Rn. 20; Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 142 f.

⁶⁵ Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, § 90, Rn. 3, 5; MünchKomm/Holch, BGB, § 90, Rn. 4; Palandt/Ellenberger, BGB, § 90, Rn. 1.

⁶⁶ Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, Vorbem. zu §§ 90 – 103, Rn. 8.

⁶⁷ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 674; Palandt/Ellenberger, BGB, § 90, Rn. 1; MünchKomm/Holch, BGB, § 90, Rn. 8.

⁶⁸ Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, Vorbem. Zu §§ 90 – 103, Rn. 1.

⁶⁹ Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, § 90, Rn. 3.

⁷⁰ Thewalt, Der Softwareerstellungvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 51.

⁷¹ Bydlinski, AcP 198 (1998), 287 (328).

Historisch gesehen war Software bei der ersten Generation von Großrechnern („Mainframes“) noch unmittelbar in den Rechner integriert und somit untrennbarer Bestandteil einer einheitlichen Kaufsache, sodass eine Diskussion um die Sacheigenschaft von Software noch gar nicht stattfinden konnte. Erst mit fortschreitender technischer Entwicklung, die den isolierten Erwerb zuließ, stellte sich überhaupt die Frage nach der Sacheigenschaft von Software.⁷² Gerade die Qualifizierung von Software als Sache gilt nun aber seit Jahrzehnten als „eines der wichtigsten, zugleich aber auch am heftigsten umstrittenen Probleme rund um die Computersoftware“.⁷³

a) Allgemeine Konsequenzen

Nur nach der Einordnung als Sache lässt sich eine Anwendung bestimmter Vorschriften bejahen, die ihrerseits Sachqualität voraussetzen und die bei der vertragstypologischen Einordnung in Betracht kommen. Zunächst nennen viele Leitnormen des besonderen Schuldrechts in ihrem Tatbestand eine Sache als Leistungsgegenstand, so z. B. §§ 433 I, 535 I 1, 651.⁷⁴ Die Einordnung von Software als Sache ist ferner insb. bei der Frage von Bedeutung, ob an der Software Eigentum i. S. v. §§ 903 ff., ein sonstiges dingliches Recht oder Besitz erworben werden können.⁷⁵ Schließlich ist die Einordnung für eine Vielzahl weiterer allgemeiner Fragen von Bedeutung, bspw. eine eventuelle Eigentumsverletzung nach § 823 I, einen Herausgabeanspruch aus § 985, einen Unterlassungsanspruch nach § 1004, eine Haftung des Softwareherstellers nach §§ 1, 2 ProdHaftG oder das Eingreifen der Sachpfändungsvorschriften der ZPO.⁷⁶

b) Softwarespezifische Konsequenzen

Für die einmalige Softwareüberlassung spielt der Streit für die direkte Anwendung der §§ 433 ff. oder den Umweg über § 453 eine Rolle. Bei Verneinung der Sacheigenschaft gibt es eine Vielzahl verschiedener Ansichten zur vertragstypologischen Einordnung, die im Kern den Ausgangspunkt gemeinsam haben, dass die vereinbarte Überlassung andere Zwecke als die Überlassung einer Sache zum Typen prägenden Gegenstand hat, sodass gegebenenfalls auch eine andere Behandlung als nach Kaufvertrag erforder-

⁷² Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361 (363).

⁷³ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 672.

⁷⁴ Thewalt, Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 34.

⁷⁵ Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 90, Rn. 4; Bamberger/*Roth/Fritzsche*, BGB, § 90, Rn. 1.

⁷⁶ Bydlinski, AcP 198 (1998), 287, (298); Thewalt, Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 34, Fn. 104.

lich ist.⁷⁷ Schließlich ist bei der zeitlich befristeten Standardsoftwareüberlassung fraglich, ob die §§ 535 ff. anwendbar sind. Im Rahmen der Softwareerstellung und der Anpassung von Standardsoftware hängt von der Beantwortung dieser Frage ab, ob ein reiner Werkvertrag gem. § 631 vorliegt, oder über § 651 Kaufrecht zur Anwendung kommt.

3. Verschiedene Einordnungsversuche

Als Ausgangspunkt kann eine Feststellung getroffen werden, über die weitestgehend Einigkeit besteht: Für die Verwendbarkeit eines Computerprogrammes bedarf es als unabdingbare Voraussetzung der Verkörperung der in ihm enthaltenen Informationen.⁷⁸ Es gibt bisher keine Möglichkeit, mittels unverkörperter Daten, die sich demnach „frei im Raum“ bewegen müssten, den Ablauf eines Computerprogramms irgendwie darzustellen.⁷⁹ Allerdings muss festgestellt werden, dass das „Computerprogramm als solches“ – da der zusammengesetzte Programmcode auf das Programmierwissen und den Denkprozess eines Menschen zurückgeht – ein geistiges Werk, eine geistige Schöpfung ist und damit ein immaterielles Gut darstellt.⁸⁰ Daraus lassen sich im Grundsatz nun zwei sich diametral gegenüberstehende Auffassungen unterscheiden: Einerseits wird vertreten, Software sei, wegen der unabdingbaren Voraussetzung der Verkörperung, selbst ein körperlicher Gegenstand und besitze somit Sachqualität i. S. v. § 90.⁸¹ Dem entgegengesetzt wird auf den rein immateriellen Charakter eines Computerprogramms abgestellt und die Sachqualität verneint.⁸²

a) Anknüpfungspunkt der Verkörperung

Nach der festgestellten Zweiteilung von grundsätzlicher Immaterialität und notwendiger Verkörperung fragt es sich also, ob der Verkörperung auf einem Datenträger ein solches Gewicht zukommt, dass sie der gesamten Beurteilung der Sacheigenschaft nur eine Einordnung unter § 90 erlaubt.

aa) Das „Computerprogramm als solches“

⁷⁷ Marly Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 649.

⁷⁸ Marly, BB 1991, 432 (433); Bydlinski, AcP 198 (1998), 287 (296); Müller-Hengstenberg/Krcmar, CR 2002, 549 (550).

⁷⁹ Ähnlich Krauß, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge, S. 16.

⁸⁰ Palandt/Ellenberger, BGB, § 90, Rn. 2; MünchKomm/Holch, BGB, § 90, Rn. 27; Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, § 90, Rn. 25; Ullrich/Lejeune/Lejeune, Der internationale Softwarevertrag, Teil I, Rn. 280.

⁸¹ So z. B. Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 698; Hoeren, CR 1988, 908 (917); OLG Stuttgart, NJW 1989, 2635 (2636).

⁸² So z. B. Diedrich, CR 2002, 473 (475); Stichtenoth, K&R 2003, 105 (107); Redeker, IT-Recht, Rn. 286.

Teilweise wird schon der Anknüpfungspunkt an das „Computerprogramm als solches“ als verfehlt bezeichnet, da ein solches schlicht nicht existiere.⁸³ Dagegen spricht aber, dass auch die Geschichte eines Buches oder die Noten eines Musikstückes, insofern mit dem Code eines fertigen Computerprogrammes vergleichbar, eigenständig existieren können, sodass sie alle eben eine geistige Leistung oder Know-how darstellen.⁸⁴ Desweiteren besteht die Möglichkeit, Programme von einem Datenträger auf den anderen ohne sächliches Transportmittel zu übertragen.⁸⁵ Wie sollte das möglich sein, wenn es nicht ein „Computerprogramm als solches“ gäbe, welches sich übertragen ließe? Immateriellen Gütern ist nun einmal eine „potentielle Ubiquität“ immanent, ihr „Freisein von Zeit und Ort“.⁸⁶ Somit ist festzuhalten, dass der Terminus „Computerprogramm als solches“ nicht nur eine „bedeutungslose, inhaltsleere Worthülse“⁸⁷ darstellt, sondern die immaterielle Eigenschaft eines Computerprogramms zutreffend betont. Damit ist aber gleichzeitig festgestellt, dass ersteres wegen der mangelnden Abgrenzbarkeit im Raum, der mangelnden Greifbarkeit, und somit gemäß der Verkehrsauffassung keine Sache i. S. d. § 90 BGB ist.⁸⁸

bb) Gewichtung des Verkörperungsaspekts

Man ist sich insgesamt einig, dass der Datenträger – mit oder ohne Programm – körperlich ist.⁸⁹ Wenn aber das Computerprogramm nie, die Programmträger hingegen regelmäßig Sachqualität besitzen, drängt sich die Frage auf, welcher dieser beiden Komponenten die alleinige Anknüpfung zwecks rechtlicher Qualifizierung eines Softwareerwerbsvertrages zukommt.⁹⁰ Generell ist strikt zwischen einem geistigen Werk selbst und einer bloßen Werkverkörperung als Vertragsgegenstand zu unterscheiden.⁹¹ Hinzu tritt hier der Aspekt der Funktionalität: weil ein Computerprogramm der Steuerung einer datenverarbeitenden Maschine dient, diese aber das Computerprogramm nur in einer irgendwie materialisierten Form ausführen kann, werden Computerprogramme wie Werkexemplare sonstiger Sprach-

⁸³ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 698.

⁸⁴ Köhler/Fritzsche, in: Lehmann, Rechtsschutz, S. 517, Rn. 5.

⁸⁵ Thewalt, Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 46.

⁸⁶ Troller, Immaterialgüterrecht, Band 1, § 5 III, S. 55.

⁸⁷ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 681 mit Fn. 284.

⁸⁸ Sehr anschaulich hierzu auch Redeker, IT-Recht, Rn. 283, der sonst den Traum vieler „Trekies“ zur Wirklichkeit erklärt, da die „Sache“ Software mittels Funkwellen „gebeamt“ würde. Auch Köhler/Fritzsche, in: Lehmann, Rechtsschutz, S. 517, Rn. 5, betonen andernfalls eine „unweigerliche Kollision mit der natürlichen Verkehrsauffassung“.

⁸⁹ Soergel/Marly, BGB, § 90, Rn. 3.

⁹⁰ Ähnlich Heymann, CR 1990, 112 (112).

⁹¹ Krauß, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge, S. 20; Köhler/Fritzsche, in: Lehmann, Rechtsschutz, S. 517 f., Rn. 6.

werke (z. B. Bücher) als Sachen qualifiziert.⁹² Dem wird entgegengesetzt, dass auch das Musikstück auf der CD oder Goethes „Die Leiden des jungen Werther“ keine Sachen sind,⁹³ sondern es bei der zweigleisigen Handhabung der verkörperten Kaufsache und immateriellem Gut bleibt („potentielle Ubiquität“). Es kann ferner die Zwecksetzung des Softwareerwerbs angeführt werden: der flexible Datenträger als EDV-typische Speicherungsform dient hauptsächlich als Transportmittel und dem Nutzer kommt es auf das Programm als immaterielles Gut und nicht in erster Linie auf den Datenträger an.⁹⁴ Dies stützt auch eine eng damit zusammenhängende wirtschaftliche Betrachtungsweise über das Transportmittel, welches in seinem Wert erheblich hinter der überragenden wirtschaftlichen Bedeutung des geistigen Gutes zurückbleibt.⁹⁵ Auch die Steuerungsfunktion muss nicht ausschlaggebend sein. Denn ob ein Gegenstand körperlich ist, hängt nicht davon ab, ob er funktioniert oder nicht.⁹⁶ Mit fortschreitender Technik sind darüber hinaus neue Überlassungsmethoden aufgekommen, bspw. die Online-Überlassung, bei der eine Datenträgerlieferung nicht mehr stattfindet.⁹⁷ Auch dann wird zwar das Programm letztendlich wieder in verkörperter Form, z. B. auf der Festplatte oder auch nur flüchtig im Arbeitsspeicher des Anwenders auftauchen. Allerdings liegt dann kein Träger zur Überlassung vor, es wird kein greifbarer, physikalisch isolierter Gegenstand übertragen, sondern nur Signale, die am Endpunkt in irgendeiner Weise wieder materialisiert werden.⁹⁸ Der Empfänger erwirbt dann keinen Datenträger, vielmehr existiert dieser bereits in seinem Herrschaftsbereich.⁹⁹ Wäre nun unverkörperpte Software eine Sache, würde nach der Einspeicherung der Übertragende über §§ 947, 948 Miteigentümer am Speichermedium werden.¹⁰⁰

b) Eigene Stellungnahme

aa) Maßgeblichkeit der Art der Überlassung?

Zunächst muss festgehalten werden, dass ein Computerprogramm als solches wie auch sonstige geistige Werke existieren und der rechtlichen Beurteilung zugänglich sind. Gleichzeitig werden Bücher, Schallplatten, Musik-

⁹² Soergel/Marly, BGB, § 90, Rn. 3 m. w. N; Krauß, Die Auswirkungen der Schulrechtsreform auf Softwareverträge, S. 17.

⁹³ Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 156.

⁹⁴ Ullrich/Lejeune/Lejeune, Der internationale Softwarevertrag, Rn. 280.

⁹⁵ Hilty, MMR 2003, 3 (15);

⁹⁶ Thewalt, Der Softwareerstellungvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 45.

⁹⁷ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 157.

⁹⁸ Redeker, CR 2004, 88 (89).

⁹⁹ Diedrich, CR 2002, 473 (475).

¹⁰⁰ Redeker, IT-Recht, Rn. 285.

CDs, Videokassetten, DVDs allesamt bei fester Verkörperung auf einem flexiblen Datenträger als Sache angesehen.¹⁰¹ Allein Software gänzlich abweichend davon bei Verkörperung nicht als Sache ansehen zu wollen erscheint aber höchst inkonsequent. Der Unmöglichkeit der Funktion eines Programms ohne dessen Verkörperung kommt somit wegweisende Bedeutung zu. Es erscheint somit notwendig, das Computerprogramm insgesamt als Sache i. S. d. § 90 zu qualifizieren. Hierbei wird aber sowohl der geistige Charakter von immateriellen Werken als auch die Möglichkeit der Datenfernübertragung völlig ausser Acht gelassen. Diese beiden Eigenschaften prägen das Bild von Software so umfassend und nachhaltig, dass ihnen mindestens ein genau so großes Gewicht wie die nötige Verkörperung zukommen muss.¹⁰² Wenn eingangs festgestellt wurde, dass die Verkehrsauffassung dafür maßgeblich ist, was als Sache i. S. d. § 90 gilt und ein rein naturwissenschaftliches Verständnis allein nicht als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden kann,¹⁰³ liegt es somit nahe, eine Dreiteilung vorzunehmen: das „Computerprogramm als solches“ ist ein geistiges Werk und besitzt in dieser Form keine Sacheigenschaft gem. § 90. Genauso verhält es sich z. B. mit der Musik eines Orchesters, welches in den Zuschauerraum schallt. Sobald das Computerprogramm aber eine feste Verkörperung erfährt, handelt es sich um ein verkörpertes Werkexemplar, an dem sowohl Urheber- als auch Sachenrechte bestehen. Macht diese Einheit auch nicht das Computerprogramm selbst zur Sache, wäre zumindest dieser Einheit aus Träger und Programm Sachqualität gem. § 90 zuzusprechen. Anders verhält es sich auch nicht bei Büchern oder CDs. Bei der Datenfernübertragung wäre schließlich eine differenzierte Betrachtung angebracht. Je nach Vertragskonstellation könnte Vertragsobjekt lediglich das Computerprogramm als solches oder seine Verkörperung auf einem Datenträger und dementsprechend die Überlassung eines geistigen Gutes oder einer verkörperten Sache sein. Hierfür könnte bestärkend ein Vergleich zu E-Books herangezogen werden: Auch ein Buch kann heutzutage völlig ohne Buchdruck am Computer entstehen und ausschließlich als E-Book vermarktet werden.

¹⁰¹ Thewalt, Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 38.

¹⁰² Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass selbst das zur Sachqualifizierung maßgebliche Werk von Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, in Rn. 75 die Verkörperung nur „derzeit“, also im Jahre 1989, als wichtigste Handelsform für Standardprogramme beschreibt. Ferner wird die Bedeutung des Datenträgers in Rn. 76 anhand heutzutage nicht mehr vorkommender sog. Programm listings, die nur verkörpert ohne Komplikationen genutzt werden konnten, herausgestellt. Mittlerweile kann aber wohl wieder davon ausgegangen werden, dass man sich vorrangig für das Programm als solches und nicht für den Datenträger interessiert.

¹⁰³ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 27.

Auch bei diesem E-Book müsste ausschließlich auf die Verkörperung auf der heimischen Festplatte abgestellt werden. Aus alledem ließe sich folgern, dass der Art der Übertragung i. R. des Erwerbs eine entscheidende Bedeutung für die vertragstypologische Einordnung von Softwareverträgen zukäme.¹⁰⁴

bb) Software keine Sache i. S. d. § 90

Wenn nun aber eine zu überlassende Software als Sache qualifiziert wird, muss sie konsequent auch als Sache angesehen werden, wenn sie vor der Überlassung erst noch programmiert werden muss.¹⁰⁵ Wegen der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit wird es unter dogmatischen Gesichtspunkten denn auch als „ziemlich unglücklich“ bezeichnet, „Software je nach dogmatischem Aspekt mal als Sache, mal nicht“ zu sehen.¹⁰⁶ Dies wird, entgegen teilweise anders lautender Unterstellung, auch vom BGH nicht anders gesehen.¹⁰⁷ Niemals hat er allein und umfassend zu der Frage Stellung bezogen, ob das „Computerprogramm als solches“ eine Sache ist, sondern immer nur „den Datenträger mit dem darin verkörperten Programm“¹⁰⁸ behandelt. Er stellt dementsprechend – zwar nicht durchweg, letztlich aber überwiegend¹⁰⁹ – konsequent immer wieder deutlich den Verkörperungsaspekt in den Vordergrund und wendet bspw. die Kaufvorschriften stringent „insofern“ nur „zumindest entsprechend“ an.¹¹⁰ Zwar hat der BGH in seiner ASP-Entscheidung zuletzt wieder eindeutig betont, „die der Steuerung eines Computers dienenden Programme müssen (...) um überhaupt nutzbar zu sein, in verkörperter Form vorhanden sein“.¹¹¹ Hierbei wurde auch hervorgehoben, dass es auf die Art der Speicherung auf einem flexiblen Wechselspeichermedium oder einer Festplatte oder auch nur auf einem flüchtigen Speichermedium, nicht ankomme. Ferner wurde erneut die Trennung zwischen Werkverkörperung und urheberrechtlich geschütz-

¹⁰⁴ Dementsprechend könnte man auch den BGH in BGH CR 2010, 327 (329) = NJW 2010, 1449 (1451) verstehen, wenn er die Erstellung einer Individualsoftware in Rn. 26 „regelmäßig als Werkvertrag i. S. d. §§ 631 ff. BGB, unter Umständen auch als Werklieferungsvertrag i. S. v. § 651“ ansieht und in Rn. 26 auf die „Lieferung“ abstellt, worauf auch Hilber/Rabus, CR 2010, 331 (332 Fn. 4) hinweisen.

¹⁰⁵ Thewalt, CR 2002, 1 (4).

¹⁰⁶ Schneider/Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Kap. A, Rn. 9.

¹⁰⁷ Köhler/Fritzsche, in: Lehmann, Rechtsschutz, S. 519, Rn. 9.

¹⁰⁸ Explizit BGH CR 1990, 24 (26); vgl. auch BGH CR 1986, 130 (132); BGH CR 1988, 124 (127).

¹⁰⁹ Ausf. zu dieser „Schritt zurück und dann wieder vor“-Vorgehensweise Thewalt, Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 39 ff.

¹¹⁰ BGH NJW 1981, 2684 (2684); BGH CR 1988, 124 (126); BGH CR 1990, 707 (708); BGH CR 2000, 207 (208); BGH NJW 2007, 2394 (2395).

¹¹¹ BGH NJW 2007, 2394 (2394 f.).

tem Werk deutlich gemacht. Daraus wurde dann aber der Schluss gezogen, dass das urheberrechtlich geschützte Werk für die Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrages keine Rolle spiele.¹¹² Dem ist so auch zu folgen. Die Frage nach der Sacheigenschaft ist aber strikt von der vertragstypologischen Einordnung zu trennen. Denn die Immaterialität des Programms spielt sehr wohl eine Rolle bei der Sacheigenschaft. Dass das BGB in seiner Umsetzung Anfang des 20. Jahrhunderts einen engen Sachbegriff gewählt hat,¹¹³ führt angesichts der Wechselwirkung von Urheberrecht und BGB-Sachenrecht unzweifelhaft zu Einordnungsschwierigkeiten. Dennoch zeigt sich, dass die Bejahung der Sacheigenschaft verkörperter Software stets eine Hilfskonstruktion ist, um in vertraglichem Rahmen zu sinnvollen Lösungen zu kommen, ohne der Software isoliert (contra legem) Sachcharakter nach § 90 zusprechen zu müssen; sie bezieht sich primär auf vertrags- und produkthaftungsrechtliche Vorschriften über Sachen.¹¹⁴ Der BGH kann sich noch so oft auf seine eigene Rechtsprechung berufen, ohne dabei dem Problem wirklich auf den Grund zu gehen. Im Ergebnis macht all dies das Kriterium der Verkörperung nicht ausschlaggebend, um Computerprogramme insgesamt als Sachen zu qualifizieren. Computersoftware ist folglich insgesamt nicht als Sache gem. § 90 anzusehen.

IV. Softwareerstellungsverträge

1. Erstellung von Individualsoftware

a) Der neue § 651

Die Leistungsinteressen der Parteien zielen darauf, ein in seinen Eigenschaften genau definiertes Computerprogramm für die individuellen Verwendungs- und Aufgabenzwecke eines Kunden neu zu entwickeln und diesem gegen Entgelt zu überlassen.¹¹⁵ Aufgrund dieser Verpflichtung schuldet der Hersteller die Herbeiführung eines konkreten Erfolges.¹¹⁶ Nach bis zur Schuldrechtsreform überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur unterlag die individuelle Erstellung von Software dementsprechend Werkvertragsrecht gem. §§ 631 ff,¹¹⁷ bei dem die vertragstypische

¹¹² BGH NJW 2007, 2394 (2395).

¹¹³ Peukert, in: FS Schrickler, 149 (151).

¹¹⁴ Maume/Wilser, CR 2010, 209 (210); Peukert, in: FS Schrickler, 149 (153).

¹¹⁵ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 147, 149; Thewalt, Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 17; Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 166.

¹¹⁶ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 615.

¹¹⁷ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 147; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 614 m. w. N; Thewalt, Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform, S. 20 m. w. N.

Leistung in einem durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg besteht.¹¹⁸ Bedeutende Norm war in diesem Zusammenhang aber zusätzlich § 651 über den Werklieferungsvertrag, der die beiden Typen des Kauf- und Werkvertrages verzahnte.¹¹⁹ Während früher die Vertretbarkeit gem. § 91 entscheidendes Abgrenzungskriterium für die Anwendung von Kaufrecht war, ist nunmehr für die Abgrenzung die Beweglichkeit der herzustellenden oder zu erzeugenden Sache maßgeblich.¹²⁰ Da aber bewegliche Sachen sowohl vertretbare als auch unvertretbare Sachen sein können, kann festgestellt werden, dass der Gesetzgeber durch die Schuldrechtsreform und die damit einhergehende Änderung von § 651 den Anwendungsbereich des Kaufrechts auf Kosten des Werkvertragsrechts erheblich erweitert hat.¹²¹ Festgehalten werden kann an dieser Stelle, dass im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung der gesonderte Typus des Werklieferungsvertrages als eigenständige Kategorie abgeschafft wurde.¹²² Somit können nur die Regelungsbereiche des Kaufs oder des Werkvertrages einschlägig sein. Nach dem geänderten § 651 finden nun gem. dessen Satz 1 „auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, (...) die Vorschriften über den Kauf Anwendung“. Daraus ergibt sich die höchst umstrittene Frage, ob bei einer Herstellung von Software über § 651 Kaufrecht nach § 433 ff. oder weiterhin Werkvertragsrecht gem. §§ 631 ff. anwendbar ist. Hierzu werden unterschiedlichste Meinungen vertreten. Überblicksartig lassen sich zwei argumentative Hauptstränge herausarbeiten: einerseits wird bereits die Sachqualität von Software insgesamt negiert, sodass der Tatbestand des § 651 nicht einschlägig sei. Demgegenüber steht die Ansicht, die Software als Sache ansieht und konsequent § 651 mit der Verweisung ins Kaufrecht anwendet. Dazwischen befinden sich unterschiedliche Auffassungen, die entweder durch unterschiedliche Schwerpunktsetzungen oder mittels teleologischer Argumentation eine vertragstypologische Einordnung vornehmen.¹²³ Denn selbst wenn man Computersoftware als bewegliche Sache betrachtet, soll § 651 nicht zwangsläufig Anwendung finden.¹²⁴ Sie alle vereinen sich in der gemeinsamen Überlegung, dass zumindest von der Grundkonzeption der

¹¹⁸ MünchKomm/Busche, BGB, § 631, Rn. 1.

¹¹⁹ Thewalt, CR 2002, 1 (1).

¹²⁰ Thewalt, CR 2000, 1 (1).

¹²¹ Thewalt, CR 2002, 1 (2); Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161 (161).

¹²² Mankowski, MDR 2003, 854 (857); Hassemer, ZGS 2002, 95 (102).

¹²³ Überblicke bei Schneider/v. Westphalen/Schneider, Softwareerstellungsverträge, Kap. B, Rn. 89 ff.; Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361 (363 f.); Schweinoch/Roas, CR 2004, 326 (328 ff.).

¹²⁴ Müller-Hengstenberg/Krcmar, CR 2002, 549 (550).

Werkvertrag der für die Softwareerstellung besser geeignete Vertragstyp ist.¹²⁵ Hintergrund ist, dass das Werkvertragsrecht besser für Verträge über die Herstellung nicht vertretbarer Sachen geeignet ist als das Kaufrecht, da hier wenigstens ansatzweise der Prozess der Erstellung berücksichtigt wird.¹²⁶ Dementsprechend sollen auch nach neuem Schuldrecht die Vorschriften der §§ 631 anwendbar bleiben. In der Praxis ergibt sich dann aber eine Zwickmühle: Wird der vom Gesetzgeber intendierte Weg über § 651 ins Kaufrecht gewählt, besteht zwar größere Rechtssicherheit aber insgesamt schlechtere Handhabbarkeit des Vertrages; erfolgt eine Qualifizierung nach Werkvertragsrecht, hat dies für die Vertragsparteien den Vorteil der Umsetzung einer wohl allseits gewünschten Regelung – sie stünde aber der derzeitigen Rechtslage entgegen.¹²⁷

aa) Wortlautgetreue Anwendung

Teilweise wird vertreten, Software sei eine Sache und der Tatbestand des § 651 der Herstellung von Software erfüllt, sodass dieser voll einschlägig sei.¹²⁸ Bei der Erstellung von Individualsoftware wären die in S. 3 genannten Vorschriften des Werkvertrages wegen deren Unvertretbarkeit zusätzlich zu berücksichtigen. Argumente hierfür seien der eindeutige Wortlaut der Norm sowie der eindeutige Wille des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich des Kaufrechts nun auch auf Verträge auszubreiten, die sonst ausschließlich dem Werkvertragsrecht unterfallen würden.¹²⁹

bb) Verneinung der Sacheigenschaft

Demgegenüber wird Software nicht als Sache angesehen sodass der Tatbestand des § 651 nicht einschlägig wäre.¹³⁰ Dadurch entginge man der insofern weder als sach- noch interessengerecht angesehenen Anwendung des Kaufrechts bei der Softwareerstellung. In diesem Bereich wurzelt ferner ein weiterer Ansatz, in dem § 453 zur Begründung herangezogen wird: weil der Gesetzgeber hier Software als „sonstigen Gegenstand“ eingeordnet hat, kann Software insgesamt nicht mehr als Sache angesehen werden, sodass §

¹²⁵ Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361 (362); Schmidl, MMR 2004, 590 (590); Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161 (165).

¹²⁶ Thewalt, CR 2002, 1 (7).

¹²⁷ Leopold/Glossner/von dem Bussche/Schelinski, MAH IT-Recht, Teil 1, Rn. 33.

¹²⁸ Schweinoch/Roas, CR 2004, 326 (330 f.); Schweinoch, CR 2010, 1 (3).

¹²⁹ Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, (327).

¹³⁰ Junker, NJW 2005, 2829 (2832); Diedrich, CR 2002, 473 (475).

651 nicht einschlägig sei.¹³¹ Bei Verneinung der Sacheigenschaft muss jedoch die gegenläufige Rechtsprechung des BGH beachtet werden.

cc) Teleologische Ansätze

Daher wird das Kriterium der Sacheigenschaft etwas ausgeblendet und versucht, über verschiedene andere Anknüpfungspunkte eine Anwendung von §§ 631 ff. zu erreichen. Einerseits wird auf den Schwerpunkt der geistig-schöpferischen Leistung abgestellt, die eine Verkörperung der Leistungsergebnisse in den Hintergrund treten lasse, sodass Werkvertragsrecht einschlägig sei.¹³² Ganz ähnlich sollen nach einer weiteren Ansicht die Leistungsinteressen der Vertragspartner besonders zu berücksichtigen sein, die nur sekundär auf den eigentlichen Warenaustausch als vielmehr auf die Funktionsfähigkeit der Lösung gerichtet seien.¹³³ Etwas anders wird schließlich anhand des Umfangs oder der Art der eingeräumten Nutzungsrechte argumentiert, sodass bei umfassender Einräumung von Nutzungsrechten, wie bei der Individualsoftwareerstellung, Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen soll.¹³⁴ Gegen eine teleologische Herangehensweise spreche die erklärte Absicht des Gesetzgebers, die komplizierteren Vorschriften des Werkvertragsrechts entfallen zu lassen.¹³⁵

b) Aktuelle Rechtsprechung des BGH

aa) BGH v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08, „Silo-Anlage“

(1) Sachverhalt

Mit einem Grundsatzurteil vom 23.7.2009¹³⁶ äußerte sich der BGH nun erstmals zur Anwendbarkeit und Auslegung von § 651. Verkürzt ging es um die Herstellung und Lieferung von Bauteilen durch die Beklagte, die seitens der Klägerin zwecks Errichtung einer Siloanlage für einen Dritten weiter verbaut werden sollten. Diese Silozellenbauteile waren mangelhaft, weswegen die Klägerin Nacherfüllung und Feststellung der Schadensersatzpflicht begehrte. Die Beklagte machte aber geltend, es müsse unmittel-

¹³¹ Stichtenoth, K&R 2003, 105 (108).

¹³² MünchKomm/Busche, BGB, § 651, Rn. 12; Schmidl, MMR 2004, 590 (591); Schulte/Ebers, JuS 2004, 462 (467).

¹³³ Hoeren, IT-Vertragsrecht, Rn. 131; Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161 (164); Spindler/Klöhn, CR 2003, 81 (83), die gleichzeitig aufgrund der Erstellungsleistung an sich und deren Überlassung einen gemischt-typischen Vertrag annehmen, bei dem aber gem. der Absorptionstheorie des BGH die Herstellung derartig im Vordergrund stünde, dass Werkvertragsrecht anzuwenden sei.

¹³⁴ Redeker, CR 2004, 88 (89).

¹³⁵ Schneider/v. Westphalen/Schneider, Softwareerstellungsverträge, Kap. B, Rn. 108.

¹³⁶ BGH NJW 2009, 2877 = CR 2010, 637 = MMR 2010, 23.

bar oder zumindest über § 651 Kaufrecht Anwendung finden, sodass die handelsrechtliche Untersuchungs- und Rügepflicht gem. §§ 377, 381 II HGB bestanden hätte, der die Klägerin nicht nachgekommen sei. Der BGH musste sich also mit der Herstellung und anschließenden Lieferung einer Sache befassen, und nutzte die Gelegenheit, einige wegweisende Feststellungen zur Auslegung von § 651 zu treffen.

(2) Erkenntnisse des BGH

(a) Auslegung des Begriffs der „beweglichen Sache“

Zunächst beschäftigt sich der BGH mit der Auslegung des Begriffs der „beweglichen Sache“. Er trifft zwar die Feststellung, dass die Frage vorliegend nicht zu entscheiden war, deutet aber dennoch darauf hin, dass in § 651 ein autonom auszulegender Begriff des beweglichen körperlichen Gegenstandes verankert ist, der nicht nach Kriterien des nationalen deutschen Rechts zu beurteilen sei.¹³⁷

(b) Eindeutiger Wille des Gesetzgebers

Ferner erteilt der BGH der Auffassung eine Absage, die den Begriff der beweglichen Sache zumindest im Hinblick auf Bauwerke modifiziert, da der Gesetzgeber nicht sämtliche Aspekte bei der Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag berücksichtigt habe. Dies sei aber aufgrund des eindeutigen Willens des Gesetzgebers hinzunehmen, der allein die Beweglichkeit der Sache als neues Abgrenzungskriterium einführen und auch diejenigen Werklieferungsverträge, die nach altem Recht noch dem Werkvertragsrecht unterstellt waren, nunmehr als Kaufverträge einordnen wollte, selbst wenn hierdurch Wertungswidersprüche entstehen könnten.¹³⁸

(c) Schwerpunkt der Planungsleistungen

Zuletzt geht der BGH auf die Unterscheidung von Planungsleistungen und Übergabe des fertigen Produktes ein. Die Berufungsinstanz hatte hier noch argumentiert, bei wesentlichen Planungsleistungen auf den Umsatz von Investitionsgütern außerhalb des Endkundenvertriebs sei § 651 nicht anwendbar. Der BGH stellte jedoch fest, § 651 gilt für sämtliche Verträge, die vom Tatbestand der Norm erfasst werden, also auch für Verträge zwischen

¹³⁷ BGH NJW 2009, 2877 (2878, Rn. 11), weil § 651 durch die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter umgesetzt wurde.

¹³⁸ BGH NJW 2009, 2877 (2878 f., Rn. 16 f.).

Unternehmern.¹³⁹ Interessant und für die Softwareerstellung möglicherweise von hoher Relevanz ist an diesem Punkt jedoch, dass der BGH das Kriterium der eigenständigen Bewertungsmöglichkeit der Planleistungen sehr genau und differenziert betrachtet. Der BGH sieht insb. die Herstellung nicht-körperlicher Werke unter Hinweis auf die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts als vom Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts erfasst.¹⁴⁰ Er lässt es für einzeln aufgeführte Beispiele aus der Produktion von Maschinen oder Industrieanlagen zwar offen, ob dort § 651 überhaupt einschlägig sei. Auch könnten nicht solche Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrags stehenden Lieferung herzustellender Anlagenteile anzusehen sind, der Beurteilung des Vertrags nach den Vorschriften des Kaufs entgegenstehen, da sonst die Vorschrift des § 651 weitgehend leerlaufen würde: jeder Herstellung geht eine gewisse Planungsleistung voraus. Der BGH, und hier liegt das Argumentationsfundament für die Gegner der Anwendung des Kaufrechts, fügt dann aber noch allgemein hinzu, dass eine Ausnahme dann gilt, wenn die Planungsleistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrages bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert.¹⁴¹

(3) Übertragbarkeit der Feststellungen auf Softwareverträge

Fraglich ist, inwieweit die Feststellungen des BGH überhaupt auf die Softwareerstellung anwendbar sind. Einerseits soll das Urteil schlicht „auf Individualsoftware zu übertragen sein“.¹⁴² Andererseits könne es „nicht uneingeschränkt“ auf IT-Projekte angewandt werden können, da eine Entscheidung aus dem Baubereich zugrunde lag.¹⁴³ Hiermit wird der These widersprochen, aufgrund der allgemeinen Gültigkeit der Aussagen zu § 651 sei auch bei der Erstellung von Individualsoftware immer Kaufrecht einschlägig.¹⁴⁴ Festgestellt werden kann, dass die Entscheidung zwar ausschließlich einen privatbaurechtlichen Hintergrund betraf, der BGH aber generell zur Auslegung des § 651 entschieden hat. Die herausgestellten Aussagen des

¹³⁹ So auch schon Hoeren, IT-Vertragsrecht, Rn. 130.

¹⁴⁰ BGH NJW 2877, (2879, Rn. 21).

¹⁴¹ BGH NJW 2877, (2880, Rn. 25), was bspw. bei der „allgemein planerischen Lösung eines konstruktiven Problems“ der Fall sein soll.

¹⁴² Taeger, NJW 2010, 25 (29).

¹⁴³ Müller-Hengstenberg, NJW 2010, 1181 (1183 f.).

¹⁴⁴ Müller-Hengstenberg, NJW 2010, 1181 (1181), mit Verweis auf die Urteilsbesprechung von Schweinoch, CR 2009, 640. Diesen Ansatz relativierte Schweinoch dann aber in CR 2010, 1 (8) dahingehend, dass zumindest solange es sich nicht um „geringe Möglichkeiten“ eines Ausnahmefalles handelt, die kaufrechtliche Komponente überwiegen soll.

BGH lassen keine Beschränkung erkennen, sondern besitzen allgemeine Gültigkeit für die Auslegung von § 651.¹⁴⁵

bb) BGH v. 4.3.2010 – III ZR 79/09, „Internet-System-Vertrag“

(1) Sachverhalt

Das Urteil des dritten Zivilsenats vom 4.3.2010¹⁴⁶ behandelt einen Internet-System-Vertrag, in dessen Rahmen der Kläger der Beklagten mannigfaltige Leistungen der Erstellung einer individuellen Internetpräsenz, Hosting sowie Beratung und Betreuung schuldete. Die Klägerin begehrte nun Zahlung der vereinbarten Vergütung. Weil in den Vertrags-AGB aber eine Vorleistungsklausel vereinbart war, musste sich der BGH damit auseinandersetzen, ob diese gemessen an dem vertraglichen Leitbild wirksam war.

(2) Relevanz des Urteils für die vertragstypologische Einordnung

Es fragt sich, was dieses Urteil mit der Erstellung von Individualsoftware zu tun hat. Der BGH hatte ausschließlich die Qualifizierung eines „Internet-System-Vertrages“, der zum Kreis der Providerverträge gehört,¹⁴⁷ zu beurteilen. Hierfür hat er Ausführungen zu einzelnen Internet-Provider-Verträgen und deren vertragstypologischer Einordnung im Rahmen der Begründung getroffen. Darüber hinaus hat der erkennende Senat aber *obiter dictum* zu unterschiedlichen Arten von IT-Verträgen und deren rechtlicher Einordnung Stellung bezogen und im Rahmen dessen festgestellt, dass „ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen, auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software regelmäßig als Werkvertrag i. S. der §§ 631 ff. BGB, unter Umständen auch als Werklieferungsvertrag i. S. von § 651, anzusehen sein“ dürfte.¹⁴⁸ Dieser Feststellung kommt für die vertragstypologische Einordnung eines Softwareerstellungsvertrages wegweisende Bedeutung zu.

c) Auseinandersetzung mit den Ansichten zur vertragstypologischen Einordnung unter Berücksichtigung der BGH-Urteile

Der zwar wortlautgetreuen, dennoch etwas undifferenzierten Meinung, ohne Unterlass Kaufrecht anzuwenden, steht nun die Rechtsprechung des BGH entgegen. Obwohl selbst der BGH verkörperte Software als Sache

¹⁴⁵ Hierin stimmen Schweinoch, CR 2010, 1 (3) und Müller-Hengstenberg, NJW 2010, 1181 (1184) letztlich überein.

¹⁴⁶ BGH NJW 2010, 1449 = CR 2010, 327 = K&R 2010, 343

¹⁴⁷ BGH NJW 2010, 1449 (1450, Rn. 17).

¹⁴⁸ BGH NJW 2010, 1449 (1451, Rn. 21).

ansieht, deutet er an, dass die Anwendung der sachenrechtlichen Kriterien des nationalen Rechts, also der §§ 90 ff. auf den Begriff der „beweglichen Sache“ nach § 651 höchst zweifelhaft ist und einer Auslegung der Vorzug zu geben sei, die sich am natürlichen Sprachgebrauch orientiere.¹⁴⁹ Unabhängig davon kommt ihr aber nur geringes Gewicht zu, wenn man, wie der BGH, bei eindeutigen Überwiegen der Vorbereitungs- und Planungsleistungen Werkvertragsrecht für anwendbar hält. Richtig ist zwar, dass der BGH sich eindeutig für die Anwendung von Kaufrecht i. R. von § 651 entschieden hat, was wegen des eindeutigen Wortlauts und der gesetzgeberischen Absicht der Angleichung nicht verwundert.¹⁵⁰ Auch wenn die Herstellung den Mittelpunkt des Vertrages bildet, kommt grds. § 651 zur Anwendung.¹⁵¹ Dennoch können sich aufgrund des vom BGH gleichzeitig erwähnten Regel-Ausnahme-Verhältnisses insoweit die teleologischen Ansichten bestätigt sehen, die schon vorher auf den Schwerpunkt der Leistung abstellten. Eine teleologische Reduktion scheidet eben nicht schon einfach daran, dass der Gesetzgeber wegen der Erweiterung des Regelungsbereiches angeblich auch die Softwareerstellung unter § 651 fassen wollte. Der Gesetzgeber hat wohl vielmehr aufgrund des zeitlichen Drucks bei der Umsetzung des SMG die Erstellung von Individualsoftware nicht im Blick gehabt, wofür die Erwähnung von Software lediglich i. R. des sachlich fernliegenden Fernabsatzgeschäfts und § 453 sprechen.¹⁵² Darüber hinaus besagt sogar der eindeutige Wille des Gesetzgebers, wenn er explizit die Herstellung nicht-körperlicher Werke wie z. B. die Planung von Architekten oder die Erstellung von Gutachten vom Anwendungsbereich des § 651 ausnimmt, dass Ausnahmen möglich und in geringem Maße gewollt sind.¹⁵³ Dem wird nun teilweise entgegengehalten, dass Architektenleistungen und Programmierleistungen nicht gleichzusetzen seien, weil es bei letzteren nur auf die funktionsfähige Umsetzung ankäme, bei Architektenleistungen dagegen nur auf die abstrakte Planung.¹⁵⁴ Jedoch kann auch die Architektenleistung Endzweck einer Vereinbarung sein und muss ohne weitere Umset-

¹⁴⁹ Hoffmann, MMR 2010, 25 (25).

¹⁵⁰ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 630 ff., 633 betont in diesem Zusammenhang besonders die Umsetzung der EG-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, die auf Art. 3 I CISG zurückgeht, stellt jedoch fest, dass auch dort letztlich zu klären ist, „wann eine substantiell über die Lieferung hinausgehende und damit vertragstypenprägende Leistungspflicht vorliegt“.

¹⁵¹ BGH NJW 2009, 2877 (2880); Hoffmann, MMR 2010, 25 (25).

¹⁵² Maume/Wilser, CR 2010, 209 (211); Redeker, CR 2004, 88 (88), weist unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme der DGRI zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sogar darauf hin, dass der Gesetzgeber, obschon er auf die Problematik aufmerksam gemacht wurde „in keiner Weise reagiert“ hat.

¹⁵³ BT-Drucks. 14/6040, S. 268; BGH NJW 2010, 2877 (2879).

¹⁵⁴ Schweinoch/Roas, CR 2004, 326 (328).

zung funktionieren, wobei auch sie durch ihre Niederlegung auf Papier oder sonstigem Speichermedium umgesetzt ist.¹⁵⁵ Das gleiche gilt auch für Gutachterverträge, da es auch hier dem Auftraggeber primär um die in dem Gutachten enthaltenen Informationen geht.¹⁵⁶ Wird die Verkörperung ins Zentrum der Argumentation gerückt, steht dem grundlegend entgegen, dass letztlich jede geistige Leistung eines materialisierten Trägers bedarf. Maßgeblich für die Frage, ob ein „beweglicher körperlicher Gegenstand“ geschuldet ist, kann daher nur sein, ob der Vertrag vornehmlich auf die Herstellung eines körperlichen oder aber eines geistigen Werkes ausgerichtet ist.¹⁵⁷ Zuletzt wird in diesem Zusammenhang noch bezweifelt, dass es bei Verträgen über die Lieferung einer anwendungsreifen Software gelingen wird, den Schwerpunkt auf die Planungsleistungen zu legen.¹⁵⁸ Warum dies so sein soll, wird aber nicht erläutert. Vielmehr lässt sich die Programmierleistung sogar von der Planungsleistung meist nicht trennen, sodass im Einzelfall die notwendige Programmierleistung bei der Bestimmung des Vertragsschwerpunktes berücksichtigt werden muss.¹⁵⁹ Diesbezüglich lässt sich schließlich auch die Feststellung des BGH in seiner Internet-System-Vertrags-Entscheidung heranziehen, wenn er bei der Erstellung von Individualsoftware „regelmäßig“ Werkvertragsrecht als einschlägig und damit wohl „regelmäßig“ die Planungsleistungen als dominierend ansieht.

d) Eigene Stellungnahme und Ergebnis

Die Sacheigenschaft spielt also zwar vordergründig noch eine Rolle, letztlich wird aber immer der auch vom BGH betonte Aspekt der dominierenden Planungsleistung zu berücksichtigen sein. Um dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung Rechnung zu tragen, wird man hier eher restriktiv verfahren müssen. Tatsächlich kann daraus aber noch keine allgemeingültige Regel für die Softwareerstellung gezogen werden. Genau an diesem Punkt wird man bei der Beurteilung eines Erstellungsvertrages ansetzen müssen und dementsprechend vertragstypologische Konsequenzen ziehen, anstatt den Fokus allein auf das Kaufrecht zu legen. Im nächsten Schritt sind dann die dominierenden Komponenten der Entwicklung und des Erstellungsprozesses hervorzuheben. Bei der Erstellung von Individualsoftware für die spezifischen Bedürfnisse eines Kunden ist die Ausarbeitung

¹⁵⁵ Maume/Wilser, CR 2010, 209 (211).

¹⁵⁶ Metzger, AcP 204 (2004), 231 (247).

¹⁵⁷ Schulze/Ebers, JuS 2004, 462 (467).

¹⁵⁸ Hoffmann, MMR 2010, 25 (25); Schweinoch, CR 2010, 1 (3).

¹⁵⁹ Maume/Wilser, CR 2010, 209 (212).

des Programms und das dem Programmieren immanente Finden eines Lösungswegs von besonderer Bedeutung. Die Planungsleistungen dominieren hier regelmäßig gegenüber der verkörperten Übergabe. Die Ausnahme wird in diesem speziellen Fall, wie der BGH es auch betont, wohl zur Regel. Somit ist zwar jeweils eine Einzelfallbetrachtung angebracht, der Softwareerstellungsvvertrag aber regelmäßig nach Werkvertragsrecht gem. §§ 631 ff. zu qualifizieren.

2. Softwareanpassung („Customizing“)

Nach diesen Feststellungen ergibt sich auch für das „Customizing“ keine andere Betrachtungsmöglichkeit mehr. Vielmehr soll hier der Aspekt der Zusatzleistung, also der Dominanz der Planungsleistung und der programmtechnischen Umsetzung, noch mehr im Vordergrund stehen.¹⁶⁰ Teilweise wird dies unter Hinweis auf die unter zu gewichtende Möglichkeit der Einstellung von Parametern anders gesehen und dementsprechend eher Kaufrecht befürwortet.¹⁶¹ Dennoch wird der Großteil der Anpassungsarbeiten eine Portierung oder die Arbeiten an großen modularen Anwendungen darstellen, wo wiederum der Schwerpunkt auf Planungs- und Programmierleistungen liegt.¹⁶² Für die Interessenkonstellation der Parteien spielt es keine Rolle, ob vorhandene Software angepasst oder vollständig neue Software geliefert wird.¹⁶³ Lediglich in kleineren Ausnahmefällen, in denen der Prozess der Anpassung nicht überwiegt, kann wiederum differenziert werden.¹⁶⁴ Schließlich kann die Anpassung auch schon nicht unter § 651 fallen, wenn die Arbeiten lediglich an den bereit gestellten Programmen des Kunden getätigt werden, weil dann Lieferung und Neuerstellung entfallen.¹⁶⁵ Im Ergebnis ist mithin eine gewisse Verschiebung zum Werkvertragsrecht anzunehmen.¹⁶⁶

3. Ergebnis

Die vorausgegangenen Erläuterungen zeigen, dass durch das Zusammenspiel von Gesetzgeber bei der Schaffung des § 651 und der aktuellen Rechtsprechung des BGH Softwareerstellungsvverträge weit überwiegend als

¹⁶⁰ Hoeren, IT-Vertragsrecht, Rn. 131.

¹⁶¹ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 635.

¹⁶² Müller-Hengstenberg/Krcmar, CR 2002, 549 (551); Maume/Wilser, CR 2010, 209 (213); BGH CR 2002, 93 (95).

¹⁶³ Diedrich, CR 2002, 473 (478).

¹⁶⁴ So auch schon LG Nürnberg-Fürth, CR 1992, 336 (338); OLG Brandenburg, CR 1999, 748 (748).

¹⁶⁵ Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361 (366).

¹⁶⁶ Maume/Wilser, CR 2010, 209 (213).

Werkverträge gem. §§ 631 ff. einzuordnen sind. Die Sacheigenschaft der Software gerät bei der Beurteilung ganz in den Hintergrund.

V. Softwareüberlassungsverträge

1. Einmalige Softwareüberlassung auf Dauer

Zwar wird im Zusammenhang mit der Überlassung von Standardsoftware immer wieder betont, dass hinsichtlich nahezu keiner der auftretenden Fragen Einigkeit besteht,¹⁶⁷ es zeigt sich jedoch, dass die Problemfelder bei differenzierter Betrachtung weit weniger markant sind als oftmals behauptet. So soll eingangs auf die gleichermaßen wiederkehrende Aussage aufmerksam gemacht werden, dass Standardsoftware, die auf Dauer überlassen wird, dem Recht des Kaufvertrages unterliegt.¹⁶⁸ Fakt ist, dass auch bei der einmaligen Softwareüberlassung zumindest mehrere Vertragstypen in Betracht kommen,¹⁶⁹ die letztlich voneinander abgegrenzt werden müssen. Als Ausgangspunkt soll wieder die Interessenlage der Vertragsparteien dienen: verhandelt wird ein einmaliger Leistungsaustausch, die Überlassung eines verkehrsfähigen Gutes gegen Zahlung eines Einmalentgeltes.¹⁷⁰ Somit liegt es tatsächlich nahe, Kaufvertragsrecht gem. §§ 433 ff. anzunehmen. Es wird aber regelmäßig nur dieses einfach strukturierte Leistungsbild zur (unmittelbaren oder entsprechenden) Anwendung allein von Kaufrecht führen.¹⁷¹ Ausgangspunkt der Einordnung ist wiederum die Behandlung der Sachqualität von Computersoftware.¹⁷²

a) Vertragstypologische Einordnung anhand der Sachqualität

Aufgrund der festgestellten Immaterialität¹⁷³ wird teilweise vertreten, die Vertragstypen des BGB seien im Rahmen von Softwareerwerbsverträgen gar nicht einschlägig, sondern es sollen nur die Vorschriften des Urheberrechts eine Rolle spielen.¹⁷⁴ Weitergehend wird zumindest teilweise daraus geschlossen, dass dann nur ein rein urheberrechtlich zu beurteilender Vertrag sui generis¹⁷⁵ oder Lizenzvertrag¹⁷⁶ gegeben seien. Den Softwarevertrag völlig den schuldrechtlichen Vertragstypen entziehen zu wollen, er-

¹⁶⁷ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 641.

¹⁶⁸ Dreier/Vogel, Software- und Computerrecht, S. 141.

¹⁶⁹ Ausführlicher Überblick bei Redeker, IT-Recht, Rn. 523 ff.

¹⁷⁰ Redeker, IT-Recht, Rn. 529.

¹⁷¹ Koch, Handbuch Software- und Datenbank-Recht, § 2, Rn. 60.

¹⁷² Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 641.

¹⁷³ Vgl. oben C. III. 3. b) bb).

¹⁷⁴ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 653, 666, jeweils m. w. N.

¹⁷⁵ Lauer, BB 1982, 1758 (1759).

¹⁷⁶ Hilty, MMR 2003, 1 (14); Moritz, CR 1994, 257 (261 f.).

scheint aber gar nicht nötig. Urheberrechtliche Nutzungsbeschränkungen stehen der kaufweisen Einräumung von Eigentumsrechten gem. § 903 S. 1 nicht entgegen.¹⁷⁷ Mit dem Prinzip des Privateigentums ist es ohne weiteres vereinbar, dem Eigentümer einzelne Befugnisse zu entziehen und gewissen Einschränkungen durch Gesetz oder Rechten Dritter zu unterwerfen.¹⁷⁸ Darüber hinaus müssten bei einer solchen Sicht wichtige Vorschriften des BGB, bspw. der Gewährleistung, analog herangezogen werden. Analogien müssen aber stets gesondert begründet werden und können nur bei einer entsprechenden Interessenlage gezogen werden.¹⁷⁹ Dementsprechend wird trotz Immaterialität von Software die Anwendung der BGB-Normen bejaht.¹⁸⁰ Man kann zur Verdeutlichung die Überlassung eines geistigen Gutes mittels einer körperlichen Sache als „Kern“ des Softwarevertrages betrachten.¹⁸¹ Einem gegebenenfalls eingreifenden Urheberrechtsschutz kommt für die Bestimmung der Rechtsnatur von Softwareverträgen aber keine ausschlaggebende Bedeutung zu.¹⁸² Software kann also sowohl als Sache als auch als reines Immaterialgut qualifiziert werden, ohne sie damit völlig den zivilrechtlich geregelten Vertragstypen zu entziehen.¹⁸³

b) Die Schaffung des § 453

Dennoch fragt sich, inwieweit die Sachqualität bei der Softwareüberlassung überhaupt noch relevant ist. Es besteht weitgehend Einigkeit, dass über den Begriff der körperlichen Sache i. S. d. § 90 hinaus alle verkehrsfähigen, auch unkörperlichen Vermögensgegenstände und Sachgesamtheiten des wirtschaftlichen Tauschverkehrs als mögliche Gegenstände von Kaufverträgen anerkannt sind.¹⁸⁴ Durch den im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung geschaffenen § 453, nach dem die Vorschriften über den Kauf von Sachen „*auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung*“ finden, hat der Gesetzgeber denn auch diese schon vorher anerkannte Rechtspraxis kodifiziert.¹⁸⁵ Im Umkehrschluss muss mithin strikt zwischen Sachen, Rechten und sonstigen Gegenständen getrennt

¹⁷⁷ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 20.

¹⁷⁸ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 709.

¹⁷⁹ Junker/Benecke, Computerrecht, Rn. 158.

¹⁸⁰ Wiebe, Know-How-Schutz von Computersoftware, S. 244; Heussen, GRUR 1987, 779 (791).

¹⁸¹ Wiebe, Know-How-Schutz von Computersoftware, S. 241.

¹⁸² Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 707; Hoeren, GRUR 1988, 340 (349).

¹⁸³ Beispielhaft Redeker, IT-Recht, Rn. 297, der Werkvertragsrecht anwenden will, selbst wenn man Software nicht für eine bewegliche Sache hält; vgl. auch Redeker, CR 2004, 88 (88); Diedrich, CR 2002, 473 (480); Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361 (362).

¹⁸⁴ MünchKomm/Westermann, BGB, § 433, Rn. 10.

¹⁸⁵ Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, § 90, Rn. 2; Palandt/Weidenkaff, BGB, § 433 Rn. 4.

werden, da sonst eine Verweisung überflüssig wäre.¹⁸⁶ Somit gilt im Rahmen des § 433 I wieder die Definition des § 90.¹⁸⁷ Allein für die vertragstypologische Einordnung spielt eine Unterscheidung der Reichweite des Sachbegriffs aus § 90 gegenüber § 433 keine Rolle (mehr).¹⁸⁸

c) Übertragbarkeit auf Sachqualität von Software

In der Gesetzesbegründung zu § 453 hat der Gesetzgeber Software ausdrücklich zu den sonstigen Gegenständen gezählt.¹⁸⁹ Daraus wird der Schluss gezogen, der Gesetzgeber habe den Streit über die Qualifizierung entschieden.¹⁹⁰ Dagegen sprechen jedoch die systematische Stellung der Regelung im besonderen Schuldrecht und die Regelungsabsicht. Das Kaufrecht wäre nicht der richtige Ort gewesen, die Sachqualität von Software zu regeln.¹⁹¹ Der Gesetzgeber bezieht sich auf die gefestigte BGH-Rechtsprechung, verschiedene Kaufgegenstände zuzulassen, es ging ihm allein um eine Klarstellung der Geltung des Kaufrechts.¹⁹²

d) Zwischenergebnis

Die Eigenschaft von Software als Sache ist nicht allein durch die Schaffung des § 453 zu entscheiden. Bei der Interessenlage der einmaligen Überlassung von Standardsoftware gilt aber weiterhin Kaufrecht, was nun durch § 453 abschließend geregelt ist. Die Sachqualität ist hier nicht mehr entscheidend.

2. Zeitlich begrenzte Softwareüberlassung

Die Interessenlage der Parteien bei der Softwareüberlassung auf Zeit ist eine völlig andere als bei der dauerhaften Softwareüberlassung. Hier besteht zwischen den Vertragsparteien Einigkeit darüber, dass die Software vom Anwender ab einem gewissen Zeitpunkt nicht mehr genutzt werden darf.¹⁹³ Die zeitlich begrenzte Nutzung gegen Entgelt unterfällt i. d. R. Mietrecht gem. §§ 535 ff.¹⁹⁴ Allerdings setzt § 535 I eine zu überlassende „Sache“ voraus, sodass es auch hier grds. wieder auf die Sacheigenschaft

¹⁸⁶ Stichtenoth, K&R 2003, 105 (106).

¹⁸⁷ Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, § 90, Rn. 2; Bamberger/Roth/Faust, BGB, § 433, Rn. 1; Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, Vorbem. zu §§ 90 – 103, Rn. 10.

¹⁸⁸ Lutz, Softwarelizenzen und die Natur der Sache, S. 30.

¹⁸⁹ BT-Drucks. S14/6040, S. 242.

¹⁹⁰ Stichtenoth, K&R 2003, 105 (107).

¹⁹¹ Schweinoch/Roas, CR 2004, 326 (330).

¹⁹² BT-Drucks. 14/6040, S. 242; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 696.

¹⁹³ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 717.

¹⁹⁴ Koch, Computervertragsrecht, Teil 5, Rn. 33.

der Software ankommt. Im Übrigen wird teilweise auch die Anwendung des Pachtrechts gem. §§ 581 ff. vorgeschlagen und auf die Möglichkeit des Softwareleasings hingewiesen.¹⁹⁵

a) Softwaremiete

Der BGH hat in seiner ASP-Entscheidung¹⁹⁶ erneut und zuletzt auf die Notwendigkeit der Verkörperung von Software hingewiesen und auch die Datenfernübertragung nicht zu einer anderen Behandlung von Software als Sache durchgehen lassen.¹⁹⁷ Auch wurde durch die Änderung des Bezugsobjekts von „vermietete Sache“ in „Mietsache“ in § 535 durch Mietrechtsreform 2001 keine sachliche Änderung beabsichtigt.¹⁹⁸ Es wurde jedoch bereits deutlich herausgearbeitet, dass das Vertragsobjekt niemals taugliches Kriterium für die Einordnung zu einem Vertragstypen ist. Vielmehr ist auch in diesem Fall wohl mittlerweile allgemein anerkannt, dass Mietrecht und Pachtrecht, die in fast allen wesentlichen Fragen identisch sind, Software als Gegenstand haben können und zumindest analog anwendbar sind.¹⁹⁹ Für die Abgrenzung zwischen Miet- und Pachtrecht ist grds. danach zu fragen, in welchem Umfang dem Kunden Nutzungsrechte eingeräumt werden. Bei einem einfachen Nutzungsrecht gelangt Mietrecht zur Anwendung.²⁰⁰ Pachtrecht hingegen ist einschlägig, wenn der Anwender auch unmittelbar Rechtsfrüchte gem. § 99 zu ziehen befugt ist.²⁰¹ Der gemeinsame Charakter einer entgeltlichen Nutzungsüberlassung auf Zeit rechtfertigt denn auch die im Grundsatz gleiche Behandlung beider Vertragsarten, die durch die Verweisung auf das Recht des Mietvertrags mittels § 581 II erreicht wird.²⁰²

b) Softwareleasing

Schon früh begann auch das Softwareleasing erhebliche Bedeutung zu erlangen.²⁰³ Festzustellen ist, dass sich bzgl. der leasingtypischen Vertragskonstellation für den EDV-Bereich keine Abweichungen ergeben.²⁰⁴ Weil

¹⁹⁵ Redeker, IT-Recht, Rn. 596; Köhler/Fritzsche, in: Lehmann, Rechtsschutz, S. 604, Rn. 189.

¹⁹⁶ BGH NJW 2007, 2394

¹⁹⁷ BGH NJW 2007, 2394 (2395).

¹⁹⁸ Stichtenoth, K&R 2003, 105 (108).

¹⁹⁹ Redeker, IT-Recht, Rn. 596; Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 45.

²⁰⁰ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 46.

²⁰¹ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 5, Rn. 46; MünchKomm/Harke, BGB, § 581, Rn. 11.

²⁰² MünchKomm/Harke, BGB, § 581, Rn. 1.

²⁰³ Köhler/Fritzsche, in: Lehmann, Rechtsschutz, S. 608, Rn. 201.

²⁰⁴ Redeker, IT-Recht, Rn. 625.

das Leasing ganz überwiegend als atypischer Mietvertrag angesehen wird,²⁰⁵ finden auch hier die Vorschriften der §§ 535 ff. Anwendung. Auch bzgl. der vertragstypologischen Einordnung ergeben sich also keine Unterschiede zum dem soeben gesagten.

3. Ergebnis

Im Ergebnis kommt es auch im Bereich der Softwareüberlassung auf Dauer nicht mehr primär auf die Sacheigenschaft von Software an. Als Hauptarten bzgl. der Standardsoftwareüberlassung auf Dauer können der Kaufvertrag und bzgl. der zeitlich begrenzten Standardsoftwareüberlassung der Mietvertrag festgestellt werden.

D. Zusammenfassung und Fazit

Die komplizierte Wechselwirkung zwischen Urheber- und Vertragsrecht, die unterschiedliche Beurteilung von Sachen und immateriellen Gütern sowie die kaum überschaubare Mannigfaltigkeit softwaretypischer Vertragskonstellationen erlauben keine pauschale Behandlung von Softwareerwerbsverträgen. Bei der vertragstypologischen Einordnung der gängigen Softwareerwerbsverträge müssen die Parteiinteressen und der Vertragszweck stets besondere Beachtung finden. Entgegen der Rechtsprechung des BGH ist dabei insgesamt nicht davon auszugehen, dass Software eine Sache i. S. v. § 90 ist. Gleichzeitig spielt diese Frage sowohl bei der Softwareerstellung als auch bei der Softwareüberlassung seit der Schuldrechtsreform nur noch eine untergeordnete Rolle. § 651 greift bei der Softwareerstellung unabhängig von der Sacheigenschaft nicht, wenn die Planungsleistungen dominieren, was bei der Softwareerstellung regelmäßig der Fall ist. Hier sind die interessengerechteren Vorschriften des Werkvertragsrechts einschlägig. Im Bereich der Softwareüberlassung auf Dauer besteht über § 453 die vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit, die kaufrechtlichen Regeln anzuwenden. Bei der zeitlich befristeten Softwareüberlassung ist das Mietrecht jedenfalls analog anwendbar. Damit ist auch für die Zukunft der sich schnell weiterentwickelnden Informationsgesellschaft ein griffiger Anhaltspunkt für Softwarehäuser und Anwender geschaffen. Mit Spannung zu erwarten bleibt letztlich nur, ob aufgrund des rasenden Fortschritts der Softwaretechnologie der BGH in einer neuen Konstellation seine Einstellung zur Sacheigenschaft zu überdenken haben wird.

²⁰⁵ Palandt/Weidenkaff, BGB, Einf. v. § 535, Rn. 37.