

# Die Behandlung von Standardsoftware im Wiener Übereinkommen über den Warenkauf von 1980<sup>1</sup>

Rigo Wenning

## I. Einleitung

### 1. Problemstellung

Wir bewegen uns von der Industriegesellschaft zur Informationsgesellschaft. Manche behaupten, die Informationsgesellschaft sei heute schon Realität. Ursächlich für diese Entwicklung ist nicht zuletzt die rasante technische Entwicklung im Bereich der Informationsverarbeitung. Die Verbreitung dieser Technik ist wohl auch deshalb so rasant, weil die Computer einem beispiellosen Preisverfall unterliegen. Ende der Siebziger Jahre kostete ein Taschenrechner soviel wie heute ein leistungsfähiger PC. Gleichzeitig hat sich das Kostenverhältnis von Hard- und Software zueinander verkehrt. 1970 betrug der Anteil der Softwarekosten an einem Gesamtkonzept noch etwa 2%, während die Hardware mit 98% zu Buche schlug. Heute sind wir etwa bei einem Verhältnis von 50% zu 50% angelangt. Die Tendenz weist in Richtung immer höher werdender Softwarekosten. Computerprogramme und alles was damit zusammen hängt sind heute schon ein weltwirtschaftlich bedeutender Faktor.

Man unterscheidet zum einen Systemsoftware von Anwendersoftware. Die Systemsoftware ist dafür verantwortlich, daß die entsprechenden Hardwarekomponenten angesprochen werden und miteinander kooperieren. Als Anwendersoftware bezeichnet man dagegen alle auf einer Systemsoftware aufsetzenden Programme, die über den eigentlichen Betrieb des Computers hinausgehen. Diese Unterscheidung hat nur dort Bedeutung, wo eine Hardware an ein bestimmtes Betriebssystem gebunden ist (sogenanntes Bundling). Ist das nicht der Fall, gibt die Entscheidung des BFH<sup>2</sup>, der Systemsoftware unter diesen Voraussetzungen als selbständiges Wirtschaftsgut bezeichnet die hier vertretene Meinung wieder. Eine Unterscheidung wird damit bis auf wenige Ausnahmen nicht relevant. Allgemein läßt sich daher Systemsoftware von Anwendersoftware von Programmen unterscheiden, die für einen Endnutzer individuell hergestellt werden. Danach sind solche Programme (auch Systemsoftware) als Standardsoftware zu begreifen, die einmal in einer bestimmten Form erstellt, massenhaft ohne weitere Anpassung vertrieben werden<sup>3</sup>, während Individualsoftware genau nach den Bedürfnissen des Bestellers erstellt wird<sup>4</sup>. Indes ist diese Klassifizierung keine Schwarz/Weiß-Entscheidung. Zwischen diesen beiden Einordnungen gibt es die Fälle, in denen eine Standardsoftware für die individuellen Bedürfnisse des Nutzers und Käufers angepaßt wird. Außerdem muß danach unterschieden werden, ob nur die Software gekauft wird, oder ob es sich um eine sogenannte Komplettlösung<sup>5</sup> handelt, bei der die Hardware meistens im Wege des Kaufes übertragen wird. Die letzteren Fälle sollen hier jedoch außen vor bleiben. Es soll allein der isolierte Softwarekauf behandelt werden.

Von der Industriegesellschaft  
zur Informationsgesellschaft

Systemsoftware/  
Anwendersoftware –  
Standardsoftware/  
Individualsoftware

Assessor Rigo Wenning ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Kriminologie und Rechtsvergleichung an der Universität des Saarlandes.  
E-Mail: [rw41bjrw@rz.uni-sb.de](mailto:rw41bjrw@rz.uni-sb.de)

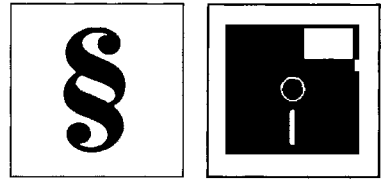
<sup>1</sup> Der Text ist dreisprachig in Saarbrücken im Internet verfügbar unter <http://rw20hr.jura.uni-sb.de/rw20/gesetze/CISG/introd.htm>  
Für jur-pc Abonnenten befand sich diese Version auch auf der CD-ROM-Beilage zum CD-ROM-Digest.

<sup>2</sup> Bundesfinanzhof, 28.7.1994, III R 47/92, jur-pc 1995, 3015.

<sup>3</sup> BGH, 4.11.1987, VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135–152 = Informatik und Recht 1988, S. 16–22 m. Anm. Zahrt.

<sup>4</sup> Die Terminologie stellt im französischen "logiciel" und "progiciel" (aber auch "logiciel standard") und im amerikanischen "computer software" und "mass market computer software" gegenüber.

<sup>5</sup> In der französischen Terminologie "contrat clé en mains".



## 2. Interessenbetrachtung

Software wird in Europa urheberrechtlich geschützt. Es wurde dazu vor nicht allzulanger Zeit eine Richtlinie der Europäischen Union verabschiedet, die in Deutschland schon in nationales Recht umgesetzt ist<sup>6</sup>. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist der Autor eines Computerprogramms durch das Copyright und die Möglichkeit der Patentierung geschützt<sup>7</sup>.

Der Schutz des Autors wird auch international durch die Berner Konvention in ihrer Pariser Fassung gewährleistet<sup>8</sup>. Die Herstellung von Software soll gefördert werden. Eine weitere Entwicklung ist aber nur dann gewährleistet, wenn man mit Software auch Geld verdienen kann. Dies setzt einen effektiven Schutz des Herstellers bei der Durchsetzung seiner Ansprüche voraus. Ähnliches gilt natürlich für die Abnehmer von Software. Sie müssen sich gegen fehlerhafte Software zur Wehr setzen können. Die Rechtssicherheit der durch das internationale Computernetz enger gewordenen internationalen Kooperation wird durch Forum Shopping und andere Unklarheiten nicht erhöht. Rechtssicherheit ist aber eine Voraussetzung für Prosperität. Wegen dieser Zusammenhänge hat die Brüsseler Konferenz der G-7 beschlossen, internationale Vereinbarungen auf diesem Gebiet voranzutreiben<sup>9</sup>. Ein denkbarer Ansatz für den Handel mit Software kann heute schon im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980 gefunden werden, denn die hohe Zahl der Ratifizierungen und der damit ausgedehnte Anwendungsbereich wird der Internationalität der Branche gerecht.

Gesetzlicher Schutz von Software

Internationaler Schutz des Software-Autors:  
Berner Konvention in Pariser Fassung

## II. Die Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechtsabkommens auf Softwareüberlassungsverträge

### 1. Software als "Ware" im Sinne des CISG

Das Wiener Übereinkommen erklärt sich in Art. 1 CISG nur dann für anwendbar, wenn Kaufverträge über Waren geschlossen werden. In den amtlichen Sprachen heißt es auf englisch: "*This Convention applies to contracts of sale of goods*", wobei im französischen Text von "*marchandises*" die Rede ist<sup>10</sup>. Während der Vereinheitlichungsarbeiten bestand Übereinstimmung darüber, daß jedenfalls *bewegliche körperliche Sachen* erfaßt sein sollten<sup>11</sup>. Inwieweit Art. 1 der Konvention auch den Verkauf von körperlich nicht 'anfaßbaren' Gegenständen<sup>12</sup> einschließt, ist bisher unklar<sup>13</sup>.

Wiener Übereinkommen:  
Anwendbarkeit auf Kauf von  
"Waren" – "goods" –  
"marchandises"

<sup>6</sup> Günther, Andreas, Die Umsetzung der Softwareschutzrichtlinie in England und urheberrechtliche Trends im Softwareschutz aus den USA, jur-pc 1994, 2488–2500; Marly, Jochen, Bonn – Schallende Ohrfeige für den Bundesgerichtshof, jür-pc 1992, 1567–1567; Marly, Jochen, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Teil 1) jur-pc 1992, 1620–1626, (Teil 2) jur-pc 1992, 1652–1675; Ahues, Rainer, "Right or wrong, it's my software!", Zur Umsetzung der Richtlinie 91/250 EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl EG Nr L 122 S 42) in die deutsche Gesetzgebung, jur-pc 1992, 1823–1824.

<sup>7</sup> Vgl. US-Code, Chapter 17, COPYRIGHT ACT OF 1976, AS AMENDED 1994 (including the Semiconductor Chip Protection Act of 1984 and the Audio Home Recording Act of 1992) 17 USCS §§ 101-1010 zu finden unter <http://www.law.cornell.edu/usc/17/overview.html>

<sup>8</sup> Berner Übereinkunft vom 9. September 1886, in Deutschland gültig in der Pariser Fassung vom 24.7.1971, BGBl. 1973 II, S. 1069. Siehe dazu Daniel Remer and Robert Dunaway, Legal Care for Your Software, A Step-by-Step Legal Guide for Computer Software Writers, Programmers and Publishers, 1995 (zu finden unter <http://www.island.com/LegalCare/>).

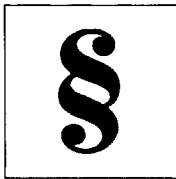
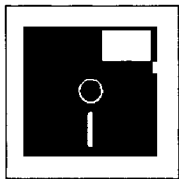
<sup>9</sup> <http://debra.dgbt.doc.ca:80/isc/g7/g7.html> und <http://www.ibm.com/Sponsor/g7live/index.html>

<sup>10</sup> Herber in v. Caemmerer/Schlechtriem (Art. 1 Rn. 21) sieht in der Bezeichnung "marchandises" einen Bruch gegenüber der englischen Bezeichnung "goods" und der Bezeichnung "objets mobiliers" im EKG.

<sup>11</sup> statt vieler: Frank Diedrich, Autonome Auslegung von Einheitsrecht, Nomos 1994, S.170.

<sup>12</sup> So die Formulierung bei Frank Diedrich, Wiener Kaufrecht und Softwareüberlassung, RIW 1993, 441 (446), die wohl dem amerikanischen Recht entspringt, das "tangibles und intangibles" unterscheidet.

<sup>13</sup> Frank Diedrich, Autonome Auslegung von Einheitsrecht, a.a.O. (Fn. 11), S. 170.



Begriffliche Schwierigkeiten –  
"rechtsvergleichende Auslegung"

Die Klärung des Begriffes im UN-Kaufrecht kann nur durch eine autonome Auslegung erfolgen. Nach Diedrich erfordert dies eine grammatikalische, systematische, historische und als "ultima ratio" eine rechtsvergleichende Auslegung<sup>14</sup>. Die rechtsvergleichende Auslegung unterteilt er in eine unechte und eine echte Rechtsvergleichung. 'Unecht' bedeutet in diesem Zusammenhang, daß Stimmen verschiedener Nationalität zum UN-Kaufrecht analysiert werden, man also einen weltweiten Streitstand ermittelt. Aufgrund der grammatikalisch-systematischen und historischen Analyse kann laut Diedrich keine Aussage getroffen werden<sup>15</sup>. Dem ist mit der historischen Analyse entgegenzuhalten, daß die ursprüngliche Bezeichnung des französischen Vertragstextes von "*objets corporels mobiliers*" in "*marchandises*" geändert wurde. Der Begriff 'Ware' wurde gewählt, um der nationalen Festlegung durch den Begriff "bewegliche Sache" zu entgehen<sup>16</sup>. Die Behinderung durch nationale Begrifflichkeiten sollte vermieden werden. Dies nimmt eine vordringende Meinung zum Anlaß, den Begriff "Ware" möglichst weit auf alle Gegenstände auszudehnen, die den Gegenstand von Handelskäufen bilden<sup>17</sup>. Zwar wurde von einem Delegierten auf der Abschlußkonferenz hervorgehoben, daß damit kein inhaltlicher Bedeutungswandel beabsichtigt sei<sup>18</sup>, doch der Wille des Normgebers bei der Verabschiedung darf einer der Evolution angepaßten Auslegung nicht entgegenstehen<sup>19</sup>. Es wird vielmehr deutlich, daß das Wiener Kaufrechtsübereinkommen auch für zukünftige Entwicklungen offengehalten werden sollte<sup>20</sup>. Der Begriff der Software ist jedoch so vielschichtig, die damit verbundene dogmatische Problematik so komplex, daß eine pauschale Einordnung jedweder Software nicht allein mit der Änderung der Terminologie von "*objets corporels mobiliers*" in "*marchandises*" begründet werden kann.

(Deutsche) Rechtsprechung  
Nabezu Fehlanzeige

#### a. Rechtsprechung zu Software und CISG

Die einzige Gerichtsentscheidung, die sich direkt mit der Einordnung von Software als Waren im Sinne des UN-Kaufrechts befaßt, ist vor dem OLG Koblenz anläßlich einer Streitigkeit zwischen einem französischen Hersteller (Kläger) und einem deutschen Vertreter (Beklagter) von Druckern<sup>21</sup> ergangen. Der Kläger hatte ein "Logo(Chip)" an den Beklagten geliefert. Aus den Gründen ist nicht ersichtlich, ob das Logo an den Chip gebunden und somit an eine Sache gekoppelt war. In ihrem Vertrag wählten die Parteien das französische Recht. Das französische Recht führte zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts. Das Gericht verkündet unter Berufung auf Schlechtriem<sup>22</sup> lapidar, der Warenbegriff sei weit zu fassen. Er erfasse alle Gegenstände, die den Gegenstand von Handelskäufen bilden, also auch Computersoftware. Das Gericht folgt damit den Stimmen in der Literatur, die den Warenbegriff eher weit auslegen. Darüber hinaus hat sich nur das OLG Köln in einem obiter dictum zu dieser Frage geäußert<sup>23</sup>. Beide Urteile reihen sich nahtlos ein in den bisherigen Umgang der Rechtsprechung mit dem Phänomen Software als Handelsware.

<sup>14</sup> Frank Diedrich, Wiener Kaufrecht und Softwareüberlassung, RIW 1993, 441 (444).

<sup>15</sup> Frank Diedrich, Wiener Kaufrecht und Softwareüberlassung, RIW 1993, 441 (444, 445).

<sup>16</sup> Staudinger-Magnus, Band 13 UN-Kaufrecht, Art. 1 Rn. 43.

<sup>17</sup> So vor allem Endler/Daub, Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht, CR 1993, 601ff. und Herber in: v. Caemmerer/Slechtriem, Art. 1, Rn. 21.

<sup>18</sup> Magnus, a.a.O. (Fn. 16), Art. 1 Rn. 43, Diedrich, Autonome Auslegung von internationalem Einheitsrecht, a.a.O. S. 170.

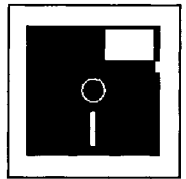
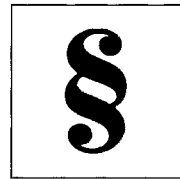
<sup>19</sup> Diedrich, Autonome Auslegung von internationalem Einheitsrecht, a.a.O. (Fn. 11), S. 186.

<sup>20</sup> So auch v. Caemmerer/Slechtriem, Art. 1 Rn. 43; Diedrich, Autonome Auslegung von internationalem Einheitsrecht, a.a.O. (Fn. 11), S. 170.

<sup>21</sup> OLG Koblenz, RIW 1993, 935 (936).

<sup>22</sup> v. Caemmerer/Slechtriem Art. 1 Rn. 21, der wiederum auf Czerwenka verweist, die bereits 1987 diese Ansicht geäußert hat.

<sup>23</sup> OLG Köln, 16.10.1992, IPRax 1994, S. 210ff.



Als Tendenz läßt sich feststellen, daß die Rechtsprechung international die Einordnung der Software als Ware, als *goods* im Sinne von § 2-105 Uniform Commercial Code, als *chose/marchandises* eher an Praktikabilitätsgesichtspunkten orientiert, denn an Civil Law-orientiertem dogmatischem Denken<sup>24</sup>.

#### *b. Streitstand in der internationalen Literatur*

Die Meinungen in der internationalen Literatur zum UN-Kaufrecht gehen vom kategorischen Ausschluß<sup>25</sup> der Anwendbarkeit von Kaufrecht auf Softwareüberlassungsverträge bis hin zur Einbeziehung jeglicher Software<sup>26</sup>.

Die überwiegende Anzahl der deutschen Autoren geht davon aus, daß zumindest Standardsoftware eine Ware im Sinne des Übereinkommens sei<sup>27</sup>. Die Gegenmeinung verweist zu Recht auf die Systemwidrigkeit dieser Einordnung in die Dogmatik von geistigem und körperlichem Eigentum<sup>28</sup>. Ein Kauf sei allenfalls in den Fällen anzunehmen, in denen es auf die Nutzung einer Programmkopie ankomme, die fertig und abgeschlossen sei, und für die der Rechtsinhaber signalisiert habe, daß er damit einverstanden sei, wenn der Nutzer das Programm dekompile<sup>29</sup>. Der Schöpfer/Rechtsinhaber wolle ja nicht mit der Veräußerung einer Kopie seine Rechtsinhaberschaft am Computerprogramm aufgeben. Ein Computerprogramm sei Know-How und könne daher auch nicht unter das Wiener Übereinkommen über den Verkauf von Waren fallen. Dem hält König entgegen, daß auch Musik und literarische Werke einerseits dem Urheberrecht unterfielen, andererseits aber als Schallplatte, Buch oder CD verkauft würden, ohne daß sich deshalb der Urheber seiner Rechte begäbe<sup>30</sup>.

Andere Autoren streiten deshalb darüber, ob die Programme gleichzeitig mit dem Datenträger veräußert werden müssen, oder ob es reicht, daß sie später über einen körperlichen Träger nutzbar sind<sup>31</sup>. Diesem Streit liegt wohl die Grundsatzentscheidung des BGH vom 4. November 1987 zugrunde, in der Standardsoftware zur Sache erklärt wird, weil sie mit einer Diskette verbunden sei<sup>32</sup>. Der dogmatische Bruch besteht darin, daß die Gewährleistung für Software an die Diskette anknüpft. Bei fehlerhafter Software, also falschen Maschinenbefehlen, kann die Diskette selbst durchaus von einwandfreier Natur sein. Außerdem läßt sich die Veräußerung von Software über Netzwerke so nicht überzeugend lösen. Wäre dann z.B. die Deutsche Telekom für den Augenblick der Übertragung Eigentümer der an X veräußerten Standardsoftware, weil die Software über die Datenleitung der Telekom zum Abnehmer läuft? Eine vordringende Auffassung will deshalb die datenträgerlose Übertragung als Teil des abstrakten Erfüllungsgeschäfts sehen<sup>33</sup>. Der BGH hat in einer

*Deutsche h. M.:*  
(Zumindest) Standardsoftware  
Ware i.S.d. Übereinkommens

*Mindermeinungen:*  
Programme und Datenträger  
eine Einheit?

<sup>24</sup> Die Reporter's Notes zu SECTION 2-2224 (IMPLIED WARRANTY OF FITNESS; SYSTEM INTEGRATION) des Uniform Commercial Code Projektes geben dazu ein beredtes Beispiel:

"2. Courts differ on whether software development or other special design projects yield a services or information contract or a contract involving goods (albeit specially designed). The choice often seems less related to the character of the transaction than to the comfort of the court with the provisions of the UCC which are accessed only if a transaction is a sale of goods. Compare *USM Corp. v. Arthur Little Systems, Inc.*, 28 Mass. App. Ct. 108, 546 N.E.2d 888 (1989) (goods); *Neilson Business Equipment Center, Inc. v. Italo Monteleone, M.D.*, 524 A.2d 1172 (Del. 1987) (goods) with *Micro-Managers, Inc. v. Gregory*, 147 Wis.2d 500, 434 N.W.2d 97 (Wise. App. 1988) (services); *Wharton Management Group v. Sigma Consultants, Inc.*, 1990 WESTLAW 18360, aff'd 582 A.2d 936 (Del. 1990) (services contract); *Data Processing Services, Inc. v. LH Smith Oil Corp.*, 492 N.E.2d 314 (Ind. Ct. App. 1986) (services)."

Zu finden unter <http://www.kentlaw.edu/ulc/ucca2c33.html>

<sup>25</sup> Edward G. Durney, The warranty of merchantability and computer software contracts, 59 Washington L.R. 1984, 511 (zitiert nach Diedrich, Autonome Auslegung, a.a.O., S. 331); Moritz, Überlassung von Programmkopien, CR 1994, 257; Müller-Hengstenberg, Computersoftware ist keine Sache, NJW 1994, 3128.

<sup>26</sup> Frank Diedrich, Autonome Auslegung, a.a.O., S. 321.

<sup>27</sup> Siehe dazu den Überblick bei Staudinger-Magnus, Band 13 UN-Kaufrecht Art. 1 Rn. 43 mwN, dagegen aber Moritz, a.a.O. CR 1994, 257ff.

<sup>28</sup> Moritz, a.a.O. CR 1994, 257ff.

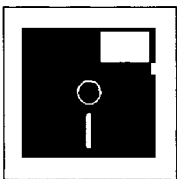
<sup>29</sup> Moritz, a.a.O. S. 262.

<sup>30</sup> König, Softwareüberlassung, NJW 1993, 3121.

<sup>31</sup> so Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, S. 147.

<sup>32</sup> BGH, 4.11.1987, VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135–152 (II.1.a. ce.) = Informatik und Recht 1988, S. 16–22.

<sup>33</sup> Malzer, Der Softwarevertrag 1991, S. 84, 85, 91.



*Kriterien nach Dietrich: Sache muß abgrenzbar, eigentumsfähig und beweglich (übertragbar), nicht notwendig anfaßbar sein.*

*Französische Literatur*

*Amerikanischer Kommentar: "Alles ist sehr zweifelhaft".*

Entscheidung zum AbzahlungsG dann auch genau diesen Weg für das nationale deutsche Recht beschritten<sup>34</sup>. Letztlich sei es Ziel des (Kauf-)Vertrages, daß der Käufer die Software von seiner Festplatte aus nutzen könne. Erfüllung liege mithin erst vor, wenn sich die Software auf der Festplatte befände. Die Zwischenstufen während des Transports im Netz sind daher für die Einordnung als Sache nicht mehr von Belang. Auf diesem Wege wird auch und gerade der "nicht anfaßbare", "virtuelle Gegenstand" Standardsoftware wieder mit irgend etwas Körperlichem verbunden, was es rechtfertigt, Software als Sache i.S.d. BGB zu bezeichnen. Das AG Ansbach hat deshalb auch die Überlassung von Software via BTX(Bildschirmtext) dem Kaufrecht unterworfen<sup>35</sup>. Dennoch bleibt der Bruch erhalten. Problematisch ist z.B. der Fall, in dem ein Netzteilnehmer nur bestimmte Rechte in einem Netzwerk hat und auf der fremden Festplatte eigene Software installieren läßt.

Diedrich<sup>36</sup> will wegen alledem Computersoftware grundsätzlich unter das UN-Kaufrecht subsumieren, solange sie abgrenzbar, eigentumsfähig und beweglich (übertragbar) sei. Dazu müsse sie nicht notwendig anfaßbar sein. Diese Voraussetzungen seien auch bei Individualsoftware im Zeitpunkt der Übertragung gegeben. Die Vorarbeiten zum Wiener Kaufrechtsübereinkommen waren sehr stark von der amerikanischen Delegation beeinflusst. Daraus folgert Diedrich, verkürzt gesagt, daß unter "goods" im Sinne des UN-Kaufrechts das Gleiche zu verstehen sei, wie unter "goods" im Sinne von § 2-105 Uniform Commercial Code. Für "goods" im Sinne des U.C.C. habe aber der "Court of Appeals for the 3rd Circuit" entschieden, daß Software darunter falle, weil sie abgrenzbar eigentumsfähig und beweglich sei<sup>37</sup>.

Gegen ein derart weites Verständnis spricht jedoch, daß die Interessenlage bei der Erstellung von Individualsoftware eine ganz andere ist, als beim Kauf. Moritz<sup>38</sup> weist zu Recht darauf hin, daß solche Individualsoftware mehr einem dynamischen Prozeß der ständigen Anpassung gleicht, denn einer Sache (hier: Ware).

In der französischsprachigen Literatur findet man unter Verweis auf einen den Aufsatz von Fakes<sup>39</sup> die Ansicht, daß das Kaufrechtsübereinkommen auch auf Software anwendbar sei<sup>40</sup>. Individualsoftware solle jedoch nicht hierunter fallen<sup>41</sup>.

Mit der Bemerkung, es sei alles sehr zweifelhaft, verweist der amerikanische Kommentar von Honnold ebenfalls auf diesen Aufsatz von Fakes<sup>42</sup>. Es sei jedenfalls in der gegebenen Situation sinnvoll, das UN-Kaufrecht durch eine vertragliche Klausel für anwendbar zu erklären. Nach Fakes<sup>43</sup> fällt Standardsoftware ohne weiteres in die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts, während andere Softwarearten klar nicht von der Wiener Konvention erfaßt seien. Dazwischen gebe es Fälle, die schwierig abzugrenzen seien. Als Kriterien wird auf die Lizenzierung und die Terminologie des Vertrages zurückgegriffen. Je mehr die Parteien des Überlassungsvertrages sich einer kaufrechtlichen Terminologie bedienen, um so wahrscheinlicher sei es, daß der Vertrag dem UN-Kaufrecht unterfalle<sup>44</sup>. Dies gelte vor allem,

<sup>34</sup> BGH, 18.10.1989, VIII ZR 325/88, BGHZ 109, 97 = jur-pc 1989, S. 406-410.

<sup>35</sup> AG Ansbach, 29.4.1994, 3 C 295/93, jur-pc 1994, 2765 mit einer Anmerkung von Ahues in jur-pc 1994, 2766.

<sup>36</sup> Frank Diedrich, Autonome Auslegung, a.a.O., S. 315.

<sup>37</sup> U.S. Court of Appeals for the 3rd Circuit, 14. Februar 1991, Advent Systems Limited v. Unisys Corporation, 925 F2d 670 (1991) in der Übersetzung von Ludwig von Zumbusch, CR 1993, 80 ff.

<sup>38</sup> Moritz, a.a.O. (Fn. 25) S. 261.

<sup>39</sup> Fakes, Arthur, The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer, Software, and Database Transactions, 3 Software L. J. 559 (1990). – An dieser Stelle möchte ich mich herzlichst bei Prof. T. J. Davis für die Zusendung eines Abstracts des Artikels von Fakes via email bedanken. Der Artikel war an der Universität des Saarlandes nicht verfügbar.

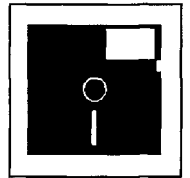
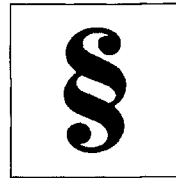
<sup>40</sup> Eine pauschale Verweisung nehmen Neumeyer/Ming vor, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, édité par François Dessemont, éd. CEDIDAC Lausanne 1993; eingehender Claude Witz, Les premières applications jurisprudentielles du nouveau droit uniforme de la vente internationale, L.G.D.J. Paris 1995, Rn. 14, Fußnote 37 mit Hinweis auf das Urteil OLG Köln, 16.10.1992, IPRax 1994, p. 210 et s.

<sup>41</sup> Claude Witz, a.a.O. Rn. 14 a.E. und Fußnote 38.

<sup>42</sup> Honnold, Uniform Law 1991, Art. 2, Rn. 56.

<sup>43</sup> Fakes, Arthur, a.a.O. (Fn. 39), 559.

<sup>44</sup> Dieses Kriterium wird von nahezu allen Autoren zum UN-Kaufrecht gebraucht. Enthält die Vereinbarung Verpflichtungen, die dem Kauf nahekommen, ist die Bereitschaft zur Anwendung der Wiener Konvention sehr groß.



wenn ein Programm über eine Vertriebskette bis zum Endnutzer gebracht werde. Wenn allerdings eine Lizenzvereinbarung (*license agreement*) getroffen sei, diese nach nationalem (amerikanischem) Recht wirksam sei und keine kaufrechtliche Charakteristik ersichtlich werde, dann "überwiege" diese Lizenzvereinbarung, was zur Unanwendbarkeit des UN-Kaufrechts führe<sup>45</sup>. Diese sehr amerikanische Sichtweise der Dinge kann nicht ohne weiteres auf den internationalen Austausch übertragen werden, denn in Deutschland wird die Softwareüberlassung beispielsweise nur in Ausnahmefällen als "Lizensierung" behandelt. Meist wird Kaufrecht oder Werkvertragsrecht angewendet. Für Frankreich gilt dasselbe. Die französischen Gerichte gehen in den meisten Fällen, auch bei Individualsoftware, von einem Kaufvertrag aus<sup>46</sup>.

*Fakes* geht außerdem auf die oben schon angesprochene Übertragung aus Datenbanken und von entfernten Rechnern ein. Sie falle nicht unter Kaufrecht. Letztlich werde die Information verkauft oder die Informationsübertragung lizenziert. Das entspreche eher einem Verkauf von Elektrizität. Der Verkauf von Elektrizität ist aber in Art. 2 (f) der Konvention vom Anwendungsbereich ausgeschlossen<sup>47</sup>. Dieser Einwand geht fehl. Die Ansicht ist nur im Zusammenhang mit dem elektrischen Medium schlüssig. Sobald die Informationen über Glasfaser als Licht übertragen werden, gilt der Ausschluß der Elektrizität nicht mehr. Gleiches gilt für die CD-ROM, die ihre Informationen in einer Lichtkodierung enthält<sup>48</sup>. Eine Behandlung der Softwareüberlassung via Netz kann also nicht an das Übertragungsmedium geknüpft werden, weil dieses nicht einheitlich ist.

Am ehesten den Interessen gerecht erscheint es nach alledem, Standardsoftware und ihre Derivate (angepaßte Standardsoftware) dem Warenbegriff des UN-Kaufrechts zuzuordnen. Auf dem Weg von der Industriegesellschaft zur Informationsgesellschaft kommt es zu einer immer weiteren Entmaterialisierung der gehandelten Gegenstände. Schon heute werden in Frankreich die Aktien und Wertpapiere teilweise rein elektronisch geführt<sup>49</sup>. Information in all ihren Formen wird zur massenhaften Handelsware. Damit muß das Verständnis der Regeln, die ursprünglich in der Industriegesellschaft auf den Austausch von körperlichen, anfaßbaren Sachen ausgerichtet waren, diesen neuen Gegebenheiten angepaßt werden. Der BGH hat hierzu in der Entscheidung *Basic-Compiler* eine ausgiebige Betrachtung angestellt<sup>50</sup>. Würde man die Überlassung von Standardsoftware als Know-How-Vertrag behandeln, müßte die Gewährleistung in solchen Fällen dem allgemeinen Schuldrecht folgen. Für das deutsche Recht würde dies bedeuten, daß man Fehler des Programms als positive Vertragsverletzung behandeln müßte. Die Verjährung von 30 Jahren ist nur eine der unerwünschten Folgen dieser Einordnung. International würde es bedeuten, daß zwar der Urheber bei entsprechender Kenntlichmachung durch die Berner Konvention geschützt ist, aber der Abnehmer der Information mit den oben genannten Unwägbarkeiten des internationalen Privatrechts konfrontiert wird.

Das Problem wird sich im Rahmen des Ausbaus der "Daten(auto)bahnen", also im Internet, noch verschärfen. Schon heute bieten die großen amerikanischen Softwarehersteller wie Microsoft<sup>51</sup> oder Wordperfect<sup>52</sup> einen Serverdienst im Internet an, von dem man sich

*Fakes für den DFÜ-Fall:  
Verkauf der Information,  
Lizensierung der  
Informationsübertragung*

*Folgerung:  
Am ehesten interessengerecht –  
Standardsoftware als Ware i.S.d.  
UN-Kaufrechts*

*Softwarebeschaffung über das  
Internet*

<sup>45</sup> Dazu unten II. Softwareüberlassung als Kaufvertrag.

<sup>46</sup> Siehe dazu den Überblick bei Pierre Catala, *L'informatique et l'évolution des modèles contractuels*, J.C.P. 1993, Ed. G, Doctrine N. 3687, S. 295 (297).

<sup>47</sup> *Fakes*, Arthur, a.a.O. (Fn. 39), S. 587.

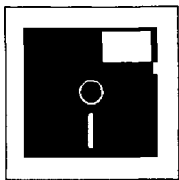
<sup>48</sup> Vgl. Doris Weber, *Juristische Informationen auf elektronischen Medien*, Diplomarbeit an der Hochschule für Technik und Wirtschaft, 1991, S. 180.

<sup>49</sup> Claude Witz, *Die Entmaterialisierung des Effektenwesens in Frankreich*, S. 47–55, in: *Abschied vom Wertpapier? Dokumentenlose Wertbewegungen im Effekten-, Gütertransport- und Zahlungsverkehr*, Arbeitssitzung der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der gemeinsamen Tagung der deutschen und österreichischen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Innsbruck, herausgegeben von Karl Kreuzer, Metzner Verlag Frankfurt a.M. 1988; Yves Guyon, *Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières*, *Revue des Sociétés* 1984, 451 ff.

<sup>50</sup> BGH, 4.11.1987, VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135, II. I. ff. = *Informatik und Recht* 1988, S. 16–22.

<sup>51</sup> Mit <ftp://ftp.microsoft.com>, anonymous als login und der eigenen Mailadresse als Paßwort kann man sich einmal umsehen, was angeboten wird.

<sup>52</sup> <ftp://ftp.wordperfect.com> (Vorsicht: langsam). Der Server wird zwar noch betrieben, doch seit der Übernahme von Wordperfect durch Novell ist es ratsamer, sich direkt in [novell.com](http://novell.com) einzuwählen. Die übrige Prozedur wie in Fußnote 51. Neuerdings ist es auch möglich, diese Prozedur mit Unterstützung der komfortablen Oberfläche der World-Wide-Web-Programme zu erledigen. Dabei ist keine Login-Prozedur erforderlich.



*Ungelöstes Problem:  
Abwicklungen von Zahlungen  
über das Netz*

neuere, vielleicht mit weniger Fehlern behaftete Programmteile kopieren kann. Diese Überlassung findet jedoch entweder im Rahmen eines schon bestehenden Vertrages statt, oder aber ist als unentgeltlicher Dienst zu werten. Die Kaufrechtsproblematik stellt sich hier noch nicht. Ab wann aber wird man seine gesamte Software von solchen Servern beziehen können? Sehr interessant ist die Aussicht, daß auch kleine Anbieter, die nicht über mächtige Vertriebswege verfügen, in Zukunft über das Internet am weltweiten Softwaremarkt teilnehmen können. Zur Zeit herrscht eine regelrechte Goldgräberstimmung, was die Nutzung des Internet für kommerzielle Zwecke betrifft. Angenommen, ein Computerfreak aus Hamburg kauft sich seine Software in Frankreich. Der französische Anbieter ermöglicht dem Nutzer nun gegen Zahlung eines Entgelts, die Programme vom Server des Anbieters auf seinen Rechner zu kopieren<sup>53</sup>.

Das aktuelle tatsächliche Problem dabei ist die Abwicklung des Zahlungsverkehrs, die bisher aus Sicherheits- und Kostengründen mit der Marktentwicklung nicht schritthalten konnte<sup>54</sup>. Ist die Software dann doch nicht so gut, wie angenommen und verursacht sie beispielsweise Schäden in der Datenverarbeitungsanlage des Endabnehmers, so stellt sich die Frage nach der Haftung. Es könnte z.B. sein, daß das übertragene Programmteil einen Virus enthält. Aus den oben genannten urheberrechtlichen Verträgen ergibt sich darüber nichts. Bei dieser Art von Austausch machen die Parteien sich oft überhaupt keine Vorstellung über die rechtlichen Folgen ihres Tuns. Ein expliziter Vertrag, der ebenfalls via Netz geschlossen würde, kann an den hier noch ungelösten Problemen scheitern. Welche Klauseln sind international wirksam und wie können sie in solchen Verträgen wirksam einbezogen werden? Das EDI-Modell funktioniert bisher nur im großen Rahmen und ist ohne entsprechende Vereinbarung auch nicht anwendbar<sup>55</sup>. Entscheidend ist, daß Standardsoftware in ihrer Behandlung durch die Handelspraxis so weit von dem ursprünglichen Begriff des Know-How abweicht, daß ihre Einordnung als Ware natürlich erscheint. Hier bietet das UN-Kaufrecht gegenüber dem nationalen deutschen Recht den Vorteil, daß sich Software besser in den Begriff der Ware (*goods/marchandises*) eingliedern läßt, als in den Begriff der Sache (*objets corporels mobiliers*). Bedacht werden muß darüber hinaus, daß es immer zu Rückkoppelungen zwischen den geschlossenen Verträgen und dem darauf angewandten Recht kommt. Das heißt, daß der Praxis mit Anwendung des UN-Kaufrechts eine brauchbare Orientierung für die Erstellung von Softwareüberlassungsverträgen gegeben werden kann.

*Bedeutung des Vertragswillens*

**2. Softwareüberlassung als Kaufvertragsinhalt**

Die Anwendung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf hängt nicht allein von der Frage der Qualifikation von Software als Waren im Sinne von Art. 1 CISG ab. Die Frage, ob es sich bei einem konkreten Geschäft um einen Kaufvertrag im Sinne der Wiener Konvention handelt, wird nach den Verpflichtungen beurteilt, die durch den Vertrag gewollt sind<sup>56</sup>. Charakteristisch für den Kauf ist danach die Pflicht des Verkäufers zu Lieferung und endgültiger Eigentumsverschaffung – einschließlich dazugehöriger Dokumente – an "goods" oder "marchandises"<sup>57</sup> nach Art. 30 CISG und die Pflicht des Käufers nach Art. 53 CISG zu einer einmaligen Zahlung. In

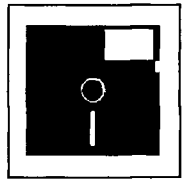
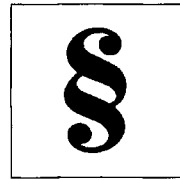
<sup>53</sup> Öfter noch findet eine Ferninstallation statt. Der Anbieter erhält Zugang zum Rechner des Nachfragers und installiert dort das Programm via Netz oder Modem.

<sup>54</sup> Zur Zeit denkt man darüber nach, ob und wie Sender und Empfänger in Computernetzen mit Hilfe von kryptologischen Verfahren identifiziert und die Übertragung abhörsicher gestaltet werden kann. Dazu gab es eine Arbeitsgruppe während des EDV-Gerichtstages 1995. Hier sei insoweit auf die Tagungsberichte, insbesondere den Vortrag von Prof. Dr. Buchmann aus dem Fachbereich Informatik der Universität des Saarlandes verwiesen. Weiterführend gibt Möller unter <http://www.thur.de/ulf/> einen Gesamtüberblick.

<sup>55</sup> Siehe zu diesem interessanten Ansatz: Ian Walden, EDI-Austauschvereinbarungen, CR 1994, 1 und Gregor Heinrich, UNCITRAL und EDI-Einheitsrecht, CR 1994, 118.

<sup>56</sup> Staudinger-Magnus, Band 13 UN-Kaufrecht, Art. 1 Rn. 13 ff.

<sup>57</sup> Staudinger-Magnus, Band 13 UN-Kaufrecht, Art. 1, Rn. 14. Magnus spricht von Gegenständen, was in diesem Zusammenhang glücklicher ist als die Bezeichnung "Sache" von Herber in Schlechtriem-Herber, Art. 1, Rn. 14. Ob die Übertragung "solo consensu", wie im französischen Recht, oder später erfolgt, ist dabei gleichgültig. Insoweit ist auch der Verweis von Herber auf § 433 BGB mißverständlich.



Deutschland<sup>58</sup>, Frankreich<sup>59</sup> und den USA<sup>60</sup> haben Gerichte bei Entscheidungen zum jeweiligen nationalen Recht genau diese Argumentation für die Einordnung der Softwareüberlassung als Kauf gebraucht.

Nach Fakes<sup>61</sup> führt dieses Erfordernis dazu, daß dort kein Kaufvertrag anzunehmen ist, wo die Parteien eine dem Kaufrecht fremde Terminologie verwendet haben und die Leistungen nicht den typischen Ansprüchen aus einem Kaufvertrag entsprechen. Dies würde jedoch für die Vielzahl der Fälle, in denen amerikanische Produkte vertrieben werden, zu einem Ausschluß der Konvention führen, weil gerade die Amerikaner üblicherweise eine Lizenzvereinbarung als Vordruck benutzen. Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es daher nur auf die tatsächlichen Leistungspflichten an. Damit bleibt auch das im UN-Kaufrecht austarierte Interessengleichgewicht zwischen Käufer und Verkäufer erhalten. Wenn die Parteien das UN-Kaufrecht ausschließen wollen, bleibt ihnen immer noch der Weg über Art. 6 CISG durch einen ausdrücklichen Ausschluß, denn das UN-Kaufrecht ist dispositiv<sup>62</sup>.

Relevant wird das Wiener Kaufrechtsübereinkommen vor allem, wenn es auch auf die Rahmenvereinbarungen zwischen Großhändlern und Herstellern, d.h. auf die Softwarevertriebswege angewendet wird. Software ist keine Ware, die in der gewünschten Menge zum Besteller transportiert werden muß. Vielmehr werden die Daten, auf welchem Weg auch immer, einmal geliefert. Dem Abnehmer wird erlaubt, diese Programmdateien X-Mal zu kopieren, um diese Kopien dann weiterzuverkaufen. Dann stellt sich die Frage, ob der nationale Vertrieber die Kopien für den Urheberrechtsinhaber herstellt, wie das auch schon mit der Verarbeitungsklausel beim Eigentumsvorbehalt vorexerziert wurde. Eine solche Klausel müßte jedoch ausdrücklich im Vertrag vereinbart werden.

Die Lösung kann über Art. 3 Abs. 1 CISG gefunden werden. Danach gilt das UN-Kaufrecht auch für Verträge über herzustellende Waren, soweit nicht der nationale Softwareabnehmer einen wesentlichen Teil der für die Herstellung der Ware notwendigen Stoffe zu stellen hat. Die überwiegende Meinung geht hier davon aus, daß es auf das Werteverhältnis der beiden beizusteuernenden Anteile (Verkäuferseite, Käuferseite) ankommt<sup>63</sup>. Für die Herstellung von Standardsoftware auf dem oben beschriebenen Wege kommt man dann regelmäßig zur Unwesentlichkeit der vom Käufer zu stellenden Disketten. Der Wert der Disketten beträgt nur einen geringen Bruchteil des Wertes der installationsfertigen Standardsoftware. Gleiches gilt für Software, die auf CD-ROM an den Endverbraucher ausgeliefert werden soll.

### 3. Ausblick

Es kann festgehalten werden, daß die Einordnung von Software als Ware dogmatisch nicht unproblematisch ist. Trotzdem ist in der Zukunft damit zu rechnen, daß die Rechtsprechung nach dem ersten Urteil des OLG Koblenz der vorherrschenden Meinung in der Literatur weiter folgen und Software als Ware im Sinne des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf behandeln wird. Die Gegenmeinung mag die besseren Argumente für die nationale Dogmatik haben. Das kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Bemühung, international Rechtssicherheit und gute Rahmenbedingungen für die Softwareindustrie und deren Abnehmer zu erreichen, nur über die Behandlung der Softwareüberlassung als Kauf im Sinne des UN-Kaufrechts erfolgversprechend ist. Einen Neuanfang zur Vereinheitlichung des Lizenzwesens mit Schutz der Lizenznehmer wird es wohl nicht geben.

*Kaufvertrag vs.  
Lizenzvereinbarung*

*Software-Vertrieb:  
Wer kopiert für wen?*

*Möglicher Lösungsansatz:  
Art. 3 Abs. 1 CISG*

*Dogmatik vs. Rechtssicherheit  
und Rahmenbedingungen für  
die Software-Industrie*

<sup>58</sup> z.B. BGH, 4.11.1987, VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135–152 = Informatik und Recht 1988, S. 16–22.

<sup>59</sup> Cour de cassation, Ch. com., 22. janvier 1991, Affaire Giso, Droit de l'Informatique 1993, S. 40ff.

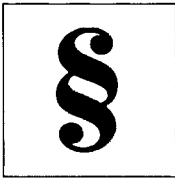
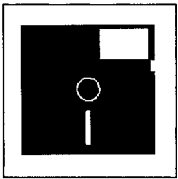
<sup>60</sup> vor allem U.S. Court of Appeals for the 3rd Circuit, 14. Februar 1991, Advent Systems Limited v. Unisys Corporation, 925 F.2d 670 (1991) in der Übersetzung von Ludwig von Zumbusch, CR 1993, 80 ff., aber auch z.B. USM Corp. v. Arthur Little Systems, Inc., 28 Mass. App. Ct. 108, 546 N.E.2d 888 (1989); Neilson Business Equipment Center, Inc. v. Italo Monteleone, M.D., 524 A.2d 1172 (Del. 1987).

<sup>61</sup> Fakes, a.a.O. S. 587.

<sup>62</sup> Magnus, a.a.O. Art. 6 Rn. 8.

<sup>63</sup> Staudinger-Magnus, Band 13 UN-Kaufrecht, Art. 3 Rn. 14 und Herber in v.Caemmerer/Schlechtriem, a.a.O. Art. 3 Rn. 3.





*Das Internet als Motor für  
unkörperliche  
Software-Übertragungen*

Im Internet spielen (die irdischen) Entfernungen kaum eine Rolle. Ein potentieller Softwarekäufer kann sich also weltweit orientieren. Im Zuge dieser Entwicklung wird es immer öfter zu unkörperlichen Übertragungen beim Kauf von Software kommen<sup>64</sup>. Diese Problematik ist nur mit dem von Diedrich und Endler/Daub vertretenen Warenbegriff zu lösen, der auch unkörperliche Sachen und damit Software ohne Bindung an ein körperliches Medium einschließt. Wie oben gezeigt, kann der Warenbegriff für Software nicht von dem Medium abhängig gemacht werden, auf dem diese Software liegt, denn es gibt viele Medien, die Software tragen können. Das kann bei einer CD-ROM Plastik sein, das kann zur Übertragung aber auch Licht sein. Auch das vom BGH<sup>65</sup> bisher vorgehaltene Feigenblatt der Verbindung der Software mit einer körperlichen Sache (Festplatte) kann wohl nicht durchgehalten werden, denn mit dieser Betrachtungsweise lassen sich die Fälle eigener Software auf einem fremden Computer nicht lösen. Der Träger, von dem aus die Software genutzt wird, muß nicht notwendig ein eigener Träger sein. Vielmehr kann in einem Netzwerk nur ein bestimmtes Nutzungsrecht an Plattenspeicher bestehen, auf dem ein Nutzer eigene Software installiert hat. Diese Konstellation trifft man heute schon in den meisten Universitätsnetzen an.

<sup>64</sup> Für Shareware gilt das heute schon. Es gibt im Internet mehrere tausend Computer, die in großem Umfang Shareware zur Verfügung stellen. Für kommerzielle Software ist das Problem des internationalen Zahlungsverkehrs via Internet noch nicht gelöst. Es gibt erste Ansätze für eine Abrechnung mittels Kreditkartennummer. Viele Internet-Teilnehmer halten sich jedoch noch zurück, weil diese Praxis noch zu viele Sicherheitsrisiken in sich birgt.

<sup>65</sup> BGH, 18.10.1989, VIII ZR 325/88, BGHZ 109, 97–104 = jur-pc 1989, S. 406–410.