

2. Teil. Softwareverträge in europäischen Rechtsordnungen

Im 2. Teil steht die schuldrechtliche Rechtsnatur von Softwareverträgen im Fokus. Auf völkerrechtlicher Ebene finden sich keine Regelungen zu Softwareverträgen. Im UN-Kaufrecht „CISG“ wird Software als Ware unter den Kaufgegenstand in Art. 1 subsumiert,⁴⁰² softwarespezifische Regelungen bestehen nicht.⁴⁰³ Immaterialgüterrechtliche Abkommen wie die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums,⁴⁰⁴ die RBÜ, das TRIPS-Abkommen sowie der „WCT“ enthalten keine Normen zu Softwareverträgen, sondern allenfalls zur Schutzfähigkeit von Software bzw. urheberrechtlichen Verwertungsrechten.⁴⁰⁵

Im EU-Recht regelt der AEUV⁴⁰⁶ kein Vertragsrecht, die Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU⁴⁰⁷ erwähnt im Hinblick auf Informationspflichten gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. h), Art. 6 Abs. 1 lit. s) sowie Ausnahmen vom Widerrufsrecht gemäß Art. 16 lit. i) den Begriff Software, normiert aber keine weiteren vertraglichen Aspekte. Daneben lässt die urheberrechtliche InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. a) Regelungen über den rechtlichen Schutz von Computerprogrammen – also die Software-Richtlinie 2009/24/EG – unberührt, normiert hingegen selbst keine vertragsrechtlichen Aspekte. In der Richtlinie 2009/24/EG wird in zahlreichen Artikeln der Terminus Verträge erwähnt, es wird allerdings nur deren Existenz angesprochen. Allein hinsichtlich der Erschöpfung des Verbreitungsrechts in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wird der Begriff des Verkaufs in Bezug auf eine Kopie genannt, eine dementsprechende

402 Magnus, in: Staudinger, Art. 1 Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Rn. 44.

403 Druschel, GRUR Int. 2015, 125, 127 mit weiteren Verweisen.

404 Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 20. März 1883, zuletzt geändert am 28. September 1979.

405 Marly, Rn. 392 ff. Hierzu auch 3. Teil § 1 B II. 5.

406 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 – konsolidierte Fassung, ABl. C 202 v. 07. Juni 2016, S. 47–360.

407 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304 v. 22. November 2011, S. 64–88.

Verwendung erfolgt auch in der Richtlinie 2001/29/EG.⁴⁰⁸ Weitere Ausführungen zu Softwareverträgen erfolgen in der Richtlinie 2009/24/EG nicht. Hingegen sollte der ehemals vorliegende Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht explizit auch für Softwareverträge Anwendung finden. Dies gilt auch für den Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte sowie für die schließlich angenommene Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770. Letztgenannte EU-rechtlichen Gesetzesvorhaben sind Gegenstand der folgenden Betrachtung. Darüber hinaus werden die Rechtsordnungen von den drei wirtschaftlich stärksten Ländern Europas herangezogen, zudem können mit Deutschland, England und Frankreich auch unterschiedliche Zivilrechtstraditionen verbunden werden. Es sind zum einen das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und der auf dem „Code Napoléon“ basierende „Code civil“ zu nennen. Dem gegenüber steht mit dem englischen Recht ein Vertragsrecht aus dem Rechtskreis des „common law“.

§ 1. Dauerhafte Überlassung (Zugang und Nutzung) von Standardsoftware

§ 1 befasst sich mit dem Vertragstyp, für welchen weitläufig der Terminus Softwarevertrag verwendet wird. Dies ist die als Massenvertrag auftretende dauerhafte Überlassung von Standardsoftware. Die Frage nach der Rechtsnatur dieses Vertrages hat in der europäischen Zivilrechtsgeschichte eine lange Tradition und ist weder in Deutschland noch in England oder Frankreich abschließend beantwortet.⁴⁰⁹ Der Vertrag über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware umfasst mehrere Leistungspflichten. Zum einen gibt es unterschiedliche Wege, wie der Nutzer faktisch Zugang zur Software erhalten kann. Soweit die Software auf einem Datenträger wie beispielsweise einer CD-ROM, einer DVD oder einem USB-Stick gespeichert ist, wird dem Softwarenutzer diese bzw. dieser übergeben und dauerhaft überlassen. Erfolgt die Übermittlung der Software zum Nutzer mittels eines Downloads, so fehlt dieses Element und der Softwareanbieter stellt die Software allein online zum Download bereit. Des Weiteren stellt die Nutzung von Software gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG eine urheberrechtlich relevante und somit zustimmungsbedürftige Handlung

408 Hierzu 3. Teil § 1, § 3.

409 Hilty, MMR 2003, 3 auf diesen immerwährenden Rechtsstreit verweisend.

dar⁴¹⁰ und dem Softwarenutzer ist ein vertragliches Nutzungsrecht einzuräumen.⁴¹¹ Es besteht jedoch kein Konsens bezüglich der Auswirkungen des immaterialgüterrechtlichen Rechtsschutzes von Software auf die Rechtsnatur des Überlassungsvertrages.⁴¹²

A. Europäische Union

Softwareverträge und insbesondere die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware waren Gegenstand jüngerer EU-rechtlicher Harmonisierungsbestrebungen im Vertragsrecht. Auf dem Weg zur schließlich im Jahr 2019 angenommenen Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 ist zum einen der im Jahr 2011 vorgelegte, jedoch im Jahr 2020 zurückgenommene,⁴¹³ Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht von Bedeutung. Nach dem Scheitern dieses Gesetzesvorhabens wurde von der EU-Kommission der Regelungsbereich von vorgeschlagenen vertragsrechtlichen Rechtsrahmen aufgeteilt in Regelungen zum Warenkauf⁴¹⁴ und in Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Zudem wurde von einem optionalen Vertragsrecht abgerückt und eine Vollharmonisierung mittels EU-Richtlinien vorgeschlagen. Startschuss bezüglich digitaler Inhalte, welche hier im Fokus stehen, war der Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte aus dem Jahr 2015, welcher schließlich in die Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 mündete. Deren Umsetzungsfrist lief am 01. Juli 2021 ab, seit dem 01. Januar 2022 werden nationalen Vorschriften der EU-Mitgliedstaaten angewandt. In Folge des EU-Austritts des Vereinigten Königreichs wurde in England auf eine Umsetzung verzichtet.⁴¹⁵

410 Hierzu I. Teil § 3 C II., D.

411 Hierzu I. Teil § 3 E III.

412 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1486 beispielhaft.

413 Rücknahme von Vorschlägen der Kommission 2020/C 321/03, ABL. C 321 v. 29. September 2020, 37, 40.

414 Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren vom 09. Dezember 2015, COM(2015) 635 final, S. 1–36 sowie die angenommene Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABL. L 136/28 v. 22. Mai 2019, S. 1–50.

415 Beale, Chitty on Contracts Vol. 2, Rn. 40–464.

I. EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht

Der zurückgenommene EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht⁴¹⁶ sollte explizit auf Softwareverträge Anwendung finden. Als EU-Verordnung war eine unmittelbare Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten vorgesehen. Allerdings war gemäß Art. 3 VO-GEKR eine sogenannte „Opt-In“-Lösung intendiert und das Gesetz wäre in der Folge für die Parteien optional gewesen.⁴¹⁷ Der Regelungsbereich umfasste neben der Beschreibung der Vertragstypen und den damit verbundenen Leistungspflichten auch Bereiche aus der Rechtsgeschäftslehre und dem Allgemeinen Schuldrecht.⁴¹⁸ Somit beschrieb das Gemeinsame Europäische Kaufrecht den kompletten „Lebenszyklus“ eines Vertrages.⁴¹⁹ Territorial sollte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht gemäß Art. 4 VO-GEKR vorrangig für grenzüberschreitende Verträge gelten. Art. 13 VO-GEKR erlaubte den Mitgliedstaaten jedoch, das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auch auf nationale Verträge anzuwenden. Der persönliche Anwendungsbereich wurde in Art. 7 VO-GEKR geregelt. Danach musste der Verkäufer bzw. Lieferant⁴²⁰ der digitalen Inhalte Unternehmer sein.

416 Der Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht war in zwei große Abschnitte aufgeteilt. Zum einen war dies die VO-GEKR, welche 16 Artikel insbesondere über den Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts beinhalten (sogenannte „Chapeau-Regeln“). Daneben gab es das materielle Gemeinsame Europäische Kaufrecht selbst, welches 128 Artikel umfasste.

417 Folglich musste entsprechend Art. 8 Abs. 1 Satz 1 VO-GEKR eine Vereinbarung zwischen den Parteien über die Anwendung erfolgen. Eine Einwilligung über AGB war gegenüber einem Verbraucher gemäß Abs. 2 nicht möglich. Letztlich sollten Verbraucher eine „informierte Entscheidung“ treffen können, Staudenmayer, NJW 2011, 3491, 3494; Staudenmayer, XVI f. Sichergestellt wurde dies durch das in Anhang I bestehende und über Art. 9 Abs. 1 VO-GEKR zur Anwendung kommende Standard-Informationsblatt, welches dem Verbraucher vor der Rechtswahl ausgehändigt werden sollte.

418 Hierzu können vorvertragliche Informationspflichten, aber auch der Abschluss des Vertrages selbst sowie beispielsweise die Anfechtung genannt werden, zusammenfassend Koch, in: Oettker, Überblick vor §§ 373 bis 381 HGB, Rn. 50; Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, Rn. 25.

419 Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, Rn. 25; Staudenmayer, XXII.

420 Der Begriff des Lieferanten/Verkäufer wurde in Bezug auf digitale Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht sehr uneinheitlich verwendet, Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 38 vertiefend.

1. Historischer Hintergrund

Der am 10. Oktober 2011 von der Europäischen Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht stellte nur einen Akt eines schon lange beschrittenen Weges dar.⁴²¹ Die ersten Ansätze zur Schaffung von harmonisiertem Vertragsrecht in der Europäischen Gemeinschaft erfolgten seit dem Jahr 1985 punktuell über Richtlinien im Bereich des Verbraucherschutzrechts.⁴²² Diese spiegeln sich heute insbesondere im AGB- und im Leistungsstörungenrecht des Kaufvertrages wider.⁴²³ Dieser Weg wurde mit der im Jahr 1999 angenommenen und inhaltlich sehr umfangreichen Verbraucher-Richtlinie 1999/44/EG⁴²⁴ fortgesetzt, welche erstmals ein „Herzstück“ des materiellen Vertragsrechts vollharmonisierte.⁴²⁵ Die meist erfolgte Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht führte jedoch zu unterschiedlich hohen Schutzniveaus in den einzelnen Mitgliedstaaten.⁴²⁶ Dies war für die Kommission auch Startschuss für die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts.⁴²⁷ Daneben gab es im Europäischen Parlament stets den Gedanken, ein umfassendes harmonisiertes Vertrags- bzw. sogar Zivilrecht zu schaffen.⁴²⁸

421 Eine kurze Skizzierung des historischen Hintergrundes ist zu beginnen mit der Politik der EWG bzw. EG. Das Ziel der Schaffung eines gemeinsamen Marktes sah vorerst kein gemeinsames Vertragsrecht vor, denn unterschiedliche Rechtsordnungen stellten im Vergleich zu beispielsweise Zöllen nur ein weiches Handelshemmnis dar, Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 1 f.

422 Dies waren insbesondere die Haustürwiderrufsrichtlinie im Jahr 1985 (Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABL L 372 v. 21. Dezember 1985, S. 31–33), die Verbraucherkreditrichtlinie im Jahr 1987 (Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABL L 042 v. 12. Februar 1987, S. 48) und später die Pauschalreiserichtlinie im Jahr 1990 (Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABL L 158 v. 23. Juni 1990, S. 59–64) bzw. die Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln im Jahr 1993 (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABL L 95 v. 21. April 1993, S. 29–34). Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 2 darauf verweisend.

423 Staudenmayer, VII.

424 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABL L 171 v. 07. Juli 1999, S. 12–16.

425 Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, 7.

426 Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, 7; Zöchling-Jud, AcP, Bd. 212, 2012, 550, 551.

427 Staudenmayer, XI.

428 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 2 f.

Diese unterschiedlichen Strömungen der verschiedenen Organe der Europäischen Union wurden schließlich in einem Beschluss des Europäischen Rates im Jahr 1999 unter dem Titel „Größere Konvergenz im Bereich des Zivilrechts“ zusammengefasst.⁴²⁹ Daneben gab es auch in der Wissenschaft Stimmen, welche anregten, ein einheitliches europäisches Privatrecht zu schaffen.⁴³⁰ Im Jahr 2003 entstand ein Aktionsplan der Europäischen Kommission⁴³¹, welcher vorsah, mittels eines „Exzellenznetzwerks“ die unterschiedlichen wissenschaftlichen Ansätze zu bündeln. In der Folge wurde ab dem Jahr 2005 das Ziel verfolgt, ein gemeinsames Arbeitsergebnis zu publizieren. Dieses war der im Jahr 2008 veröffentlichte und in der Wissenschaft später umstrittene⁴³² „Draft Common Frame of Reference“ („DCFR“).⁴³³ Der letzte Schritt wurde initiiert durch die ehemalige EU-Kommissarin für Justiz, Grundrechte und Bürgerschaft, Viviane Reding, welche im Jahr 2010 begann, das Gemeinsame Europäische Vertragsrecht

429 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 4, 6. Dieser Beschluss mündete in eine Kommissionsmitteilung zum Europäischen Vertragsrecht (Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, 11. Juli 2001, KOM (2001), 398 endg.).

430 Hervorzuheben ist Ole Lando mit der „Commission on European Contract Law“. Von dieser Forschergruppe wurde auf rechtsvergleichender Basis versucht, Grundregeln eines europäischen Vertragsrechts zu erarbeiten und auch zu kommentieren. Diese Studien mündeten schließlich im Jahr 1995 in die „Principles of European Contract Law“ („PECL“). Dies stellte aber nicht die einzige in diesem Gebiet aktive Strömung in Europa dar. Giuseppe Gandolfi gründete zur selben Zeit die „Pavia-Gruppe“, um gemeinsam mit dieser ein Europäisches Zivilrechtsbuch (Gandolfi (Hrsg.), *Code Européen des contrats – Avant-projet*, 3. Auflage, 2002) zu erarbeiten. Weiter gab es die „Study Group on a European Civil Code“, welche letztlich der Gruppe um Ole Lando nachfolgte. Diese verfasste seit dem Jahr 1998 zahlreiche Bände zum Besonderen Vertragsrecht, die sogenannten „Principles of European Law („PEL“)“. Die jüngeren Entwicklungen begannen mit der „Acquis-Gruppe“, welche Gemeinsamkeiten der EU-Vertragsrechte erarbeitete und letztlich die „Principles of the existing EC Private Law („Acquis Principles“)“ entwarf, Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 4 f.

431 Aktionsplan der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, 12. Februar 2003, KOM (2003) 68 endg.

432 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 10 ff.

433 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 10 ff. darauf verweisend; Staudenmayer, XI f. darauf verweisend; Von Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (CFR)*, 2009.

zu forcieren⁴³⁴ und schließlich eine „Expert Group“ einsetzte.⁴³⁵ Der Fokus wurde dabei auf den Kaufvertrag und mit diesem verbundene Dienstleistungen gelegt.⁴³⁶ Als Quellen zog die „Expert Group“ neben dem schon erwähnten „DCFR“ (soweit dieser mit den Vorwerken nicht übereinstimmte, wurden auch letztere verwendet) auch das „CISG“, die „Unidroit-Principles of International Commercial Contracts („UPICC“);⁴³⁷ die „Principles of European Contract Law“ („PECL“)⁴³⁸ sowie das Unionsrecht heran.⁴³⁹ Das Ergebnis war im Mai 2011 die Veröffentlichung einer Machbarkeitsstudie („Feasibility Study“) verbunden mit 187 Artikeln Gesetzestext. Diese Studie enthielt keine sogenannten „Chapeau-Regeln“ über den Anwendungsbe-
reich bzw. die Einbeziehung des Rechts in Verträge, sondern allein materielles Recht.⁴⁴⁰ All dies mündete in den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. Oktober 2011. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sollte keine weitere Vereinheitlichung schaffen, sondern eine neben nationaler Rechtsordnungen stehende optionale Rechtsordnung anbieten,⁴⁴¹ um unterschiedliche Vertragsrechtsordnungen als Markthindernis zu beseitigen.⁴⁴² Soweit in der Europäischen Union grenzüberschreitende Verträge geschlossen werden, findet die ROM-I-Verordnung⁴⁴³ Anwendung, welche insbesondere für Unternehmen, welche direkt mit Verbrauchern kontrahieren, Rechtskenntnis-

434 Es erschien ein neues Grünbuch der Kommission (Grünbuch der Kommission. Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010), 348 endg. v. 01. Juli 2010). Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 13 f.; Staudenmayer, XIII.

435 Kommissionsentscheidung 26. April 2010, ABL. L 105/109 v. 27. April 2010. Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 13 f.; Staudenmayer, XIII.

436 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 13 f.; Staudenmayer, XII f.

437 „UPICC Model Clauses. Model Clauses for the Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts“.

438 Lando/Beale, Principles of European Contract Law, Parts I and II, 1999; Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, Principles of European Contract Law, Part III, 2003.

439 Lorenz, AcP, Bd. 12, 2012, 702, 798 darauf zugunehmend; Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 16 ff.; Staudenmayer, XIII.

440 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 16 ff.

441 Wagner, ZeuP 2012, 455.

442 Grünbuch der Kommission. Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen v. 01. Juli 2010, KOM (2010) 348 endg., S. 4

443 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABL. L 177 v. 04. Juli 2008, S. 6–16, berichtigt ABL. L 309 v. 24. November 2009, S. 87.

se bezüglich des Staates des Wohnsitzes des Verbrauchers verlangt.⁴⁴⁴ Diese Rechtslage führt bei betroffenen Unternehmen zu hohen Kosten, welche mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht gesenkt werden sollten. Ein weiteres Ziel war eine Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus.⁴⁴⁵ So sollte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht mit einem hohen Schutzniveau eine Art Gütesiegel darstellen für die Unternehmen, die es verwenden.⁴⁴⁶ Am 26. Februar 2014 stimmte das EU-Parlament zwar einer gekürzten Fassung zu,⁴⁴⁷ letztlich scheiterte das Gesetzesvorhaben jedoch im Rat, insbesondere an der ablehnenden Haltung einzelner Mitgliedstaaten, den Verbraucherschutz zu reformieren.⁴⁴⁸ Im September 2020 erfolgte eine offizielle Rücknahme des Verordnungsvorschlags durch die EU-Kommission. Trotz des Scheiterns des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts sollen im Folgenden dessen Vertragstypen betrachtet und die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware unter diese subsumiert werden.

2. Weg der Bereitstellung digitaler Inhalte in den Verordnungsvorschlag

Die sogenannte „Expert Group“⁴⁴⁹ äußerte im Jahr 2010 die Intention, die Bereitstellung digitaler Inhalte in das Gemeinsame Europäische Kaufrecht aufzunehmen. Die Europäische Kommission erteilte auf dieses Vorbringen hin jedoch keinen konkreten Arbeitsauftrag.⁴⁵⁰ In der im Mai 2011 erschienenen Machbarkeitsstudie waren digitale Inhalte noch vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Die Einleitung der Studie verwies lediglich auf

444 Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, 7, 8; Staudenmayer, IX.

445 Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel, I, 5.

446 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht zur Erleichterung grenzüberschreitender Geschäfte im Binnenmarkt v. 11. Oktober 2011, KOM (2011) 636 endg., S. II.

447 „Position of the European Parliament adopted at first reading on 26 February 2014 with a view to the adoption of Regulation (EU) No.../2014 of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law“, 26. Februar 2014.

448 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 2. Ostendorf, ZRP 2016, 69 ff. darauf verweisend; Schulze, in: ZEuP 2019, 695, 996 ff.; Spindler, MMR 2016, 147; Spindler/Sein, MMR 2019, 415; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 665.

449 Zur „Expert Group“ 2. Teil § 1 A I. 1.

450 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 14.

diesen Vertragstyp und warf die Frage auf, ob eine Normierung sinnvoll ist.⁴⁵¹ Die im August 2011 veröffentlichte neue Fassung der Machbarkeitsstudie⁴⁵² umfasste schließlich Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Staudenmayer als einer der diesbezüglich entscheidenden Beamten bei der Europäischen Kommission sah die Aufnahme von digitalen Inhalten als eine der wichtigsten Änderungen der Kommission an.⁴⁵³ Schließlich sollten „digitale Inhalte selbst“ vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht umfasst werden, unabhängig davon, ob die Überlassung mittels eines körperlichen Datenträgers oder mittels eines Downloads erfolgt.⁴⁵⁴ Speziell zu digitalen Inhalten wurde festgestellt, dass der Handel mit diesen eine Wachstumsbranche darstellt. Daher sollte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auch diesbezüglich Transaktionskosten senken und Rechtssicherheit schaffen.⁴⁵⁵ Zudem sollte durch die Aufnahme von digitalen Inhalten in das Gemeinsame Europäische Kaufrecht ein Gleichlauf zur Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU hergestellt werden, welche auch auf digitale Inhalte anwendbar ist.⁴⁵⁶

Betrachtet mit der Ausarbeitung von Vorschlägen für ein Vertragsrecht über die Bereitstellung digitaler Inhalte wurde die sogenannte „Amsterdamer Gruppe“, welche daraufhin einen über 300-seitigen Report einschließ-

451 „A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback“, S. 9 (nicht mehr online verfügbar).

452 „Contract Law, Work in Progress, Version of 19 August 2011“, 1 ff. (nicht mehr online verfügbar).

453 Staudenmayer, XV.

454 „A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback“, S. 9 (nicht mehr online verfügbar). Dieser Grundgedanke entsprach der digitalen Agenda aus dem Jahr 2010, in der festgestellt wurde, dass noch kein digitaler Binnenmarkt besteht. Ein wesentlicher Hintergedanke der Kommission war aber stets, den Verbraucherschutz auch im Hinblick auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte auszubauen, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine digitale Agenda für Europa v. 26. August 2010, KOM (2010) 245 endg. 2, S. 5, 7, 12, 13.

455 „Commission Staff Working Paper. Impact Assessment. Accompanying the document. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a Common European Sales Law on a Common European sales Law“, 11. Oktober 2011, SEC (2011) 1165 final., S. 10. Staudenmayer, XV in diese Richtung.

456 Staudenmayer, NJW 2011, 3491, 3494; Staudenmayer, XV.

Regelungsvorschlägen für Verbraucherverträge über digitale Inhalte erarbeitete.⁴⁵⁷ Im Hinblick auf die Rechtsnatur des Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte wurden für diese Studie zwar unterschiedliche europäische Rechtsordnungen betrachtet, allerdings erfolgte diese Analyse stets durch die Brille des Verbraucherschutzrechts⁴⁵⁸ und war teils fragmentarisch.⁴⁵⁹ Es wurde im Ergebnis ein Sui-Generis Regime für Verträge über digitale Inhalte vorgeschlagen. Bei der Analyse des gesetzlichen Rahmens wurde festgehalten, dass, sobald digitale Güter auf einem Träger verbreitet werden, dies einen Kauf darstellt, bei digitaler Übermittlung hingegen wird eine solche Einordnung nur über eine Analogie für möglich gehalten. An anderer Stelle wurde herausgearbeitet, dass es regelmäßig von der Art der Übermittlung abhängt, ob ein Buch oder ein Film als körperlich angesehen werden kann. Es wurde als Beispiel angeführt, dass eine solche Abgrenzung bei einem Film, der entweder auf DVD oder online übermittelt wird, zwar unproblematisch ist, wird jedoch ein Internetspiel mit einer monatlichen Abonnementgebühr betrachtet, so ist eine solche Abgrenzung schwieriger. Es bestünden drei Elemente: erstens die Installationssoftware (Client), um das Spiel lokal beim Nutzer zu installieren, zweitens der Account des Spielers und drittens das Abonnement. Die Software könne ein „digital good“ sein, das Abonnement hingegen eine Dienstleistung. Das Nutzerkonto und sein Inhalt könnten nicht heruntergeladen und auf einem Server gespeichert werden und es falle daher schwer, eine eindeutige schuldrechtliche Einordnung vorzunehmen.⁴⁶⁰

457 Leitend war hier Prof. Dr. Marco Loos von der University of Amsterdam, welcher eine Professur für Privatrecht, insbesondere Verbraucherrecht, innehat.

458 So wurde versucht, zu kategorisieren, ob „digitale Inhalte“ als Ware oder als Dienstleistung anzusehen sind. Die unterschiedliche Einordnung hat auf der Ebene der Verbraucherschutzgesetze unterschiedliche Rechtsfolgen, Loos/Helberger/Guibault/Mak, ERPL 2011, 729, 732. Letztlich kam die „Amsterdamer Gruppe“ in dem Abschlussbericht zu dem Ergebnis, dass die Unterscheidung, ob die Bereitstellung digitaler Inhalte als Ware oder Dienstleistung anzusehen ist, nicht relevant ist, Loos/Helberger/Guibault/Mak/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner, 6.

459 Auf den Seiten 33 für Frankreich, 33 f. für Deutschland und 37 ff. für Großbritannien wurde in Form eines kurzen Länderberichts versucht, einen Überblick zu geben über die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte in den einzelnen Ländern. Die Auswahl der Quellen erscheint nicht repräsentativ. Zudem wurde sehr schnell der Bogen zurück zum Verbraucherschutzrecht gespannt. Verbraucherschutzrechtliche Wertungen sind teils aber andere als die des Immaterialgüterrechts bzw. des Vertragsrechts im Allgemeinen. Daher ist die Auswahl nicht durchgängig als zutreffend anzusehen.

460 Loos/Helberger/Guibault/Mak/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner, 6, 25, 30.

Bezüglich der Tatbestandsmerkmale eines solchen Vertrages wurde festgehalten, dass in einigen europäischen Rechtsordnungen bei einem Kaufvertrag ein Eigentumsübergang erfolgen muss, wie beispielsweise eine Übertragung des Eigentums an einem Datenträger. Fehle allerdings ein solcher, so müsse konsequenterweise das Eigentum bzw. die Inhaberschaft am digitalen Inhalt selbst, das heißt an den an dem digitalen Inhalt bestehenden Immaterialgüterrechten, übertragen werden. Allerdings erfolge dies bei solchen Bereitstellungsverträgen nicht, sondern dem Nutzer werde allein eine Lizenz eingeräumt. Es wurde angemerkt, dass eine solche Übertragung der Immaterialgüterrechte zwingend ist, denn die Eigentumsübertragung stellt das Herzstück eines Kaufvertrages dar.⁴⁶¹ Von der „Amsterdamer-Gruppe“ wurde gefolgert, dass dies einen eigenständigen Vertragstyp der Bereitstellung digitaler Inhalte rechtfertigt. Entsprechend dem Bericht besteht aus vertragsrechtlicher Perspektive bei einem Kauf grundsätzlich die Erwartung, dass Immaterialgüterrechte übertragen werden.⁴⁶² Zudem sei das Problem zu beachten, dass bei einem Download kein Gegenstand geliefert und von der Vorlage allein eine Kopie erstellt werde. Es wurden von der „Amsterdamer Gruppe“ somit zahlreiche Probleme bei der Subsumtion von Verträgen zur Bereitstellung von digitalen Inhalten unter das Kaufrecht erkannt.

461 Loos/Helberger/Guibault/Mak, ERPL 2011, 729, 753 f., 758; Loos/Helberger/Guibault/Mak/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner, 102. Daher schlugen selbige auch der Europäischen Kommission vor, in Art. 91 GEKR klarzustellen, dass die Rechtsinhaberschaft nur bei ausdrücklicher dahingehender Vereinbarung übertragen wird, „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 9, 21 f., 24.

462 Loos/Helberger/Guibault/Mak/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner, 217 f.

3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Bereitstellung digitaler Inhalte

Art. 5 VO-GEKR beschreibt⁴⁶³ Verträge,⁴⁶⁴ welche im sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts liegen. Ein Kaufvertrag gemäß Art. 5 lit. a) VO-GEKR wird in Art. 2 lit. k) VO-GEKR normiert als ein Vertrag, „nach dem der Unternehmer („Verkäufer“) das Eigentum an einer Ware auf eine andere Person („Käufer“) überträgt oder sich zur Übertragung des Eigentums an einer Ware auf den Käufer verpflichtet und der Käufer den Preis⁴⁶⁵ zahlt oder sich zur Zahlung des Preises verpflichtet, einschließlich Verträgen über die Lieferung von Waren, die noch hergestellt oder erzeugt werden müssen (...)“.⁴⁶⁶ Eine Ware ist gemäß Art. 2 lit. h) VO-GEKR ein beweglicher körperlicher Gegenstand.⁴⁶⁷ Die Beschreibung des Kaufvertrages wird als „sehr umfassend“ angesehen und als über „kaufrechtsähnliche“ Verträge hinausgehend.⁴⁶⁸ Art. 91 GEKR

463 Obwohl der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht politisch gescheitert und von der EU-Kommission zurückgenommen wurde und folglich ein in der Vergangenheit liegendes Gesetzesprojekt darstellt, wird, um die Lesbarkeit zu vereinfachen, in diesen und folgenden Ausführungen das Präsens verwendet, soweit diese sich unmittelbar auf den Gesetzestext beziehen.

464 Der Terminus „Vertrag“ im Sinne des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts entspreche einem solchen des deutschen Rechts. Auch im Übrigen folge die Vertragsstruktur dem deutschen Recht, Whittaker/Riesenhuber, in: Dannemann/Vogenauer, 120, 159.

465 Ein solcher wird in Art. 2 lit. i) VO-GEKR definiert als „Geld, das im Austausch für eine gekaufte Ware, für bereitgestellte digitale Inhalte oder eine erbrachte verbundene Dienstleistung geschuldet ist“. Erfolge somit keine unmittelbare Bezahlung von Geld, sei das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nicht anwendbar, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 13 f.

466 Dies wird nicht als Definition, sondern als eine „rule of scope“ angesehen, Wendehorst, in: Schulze, Art. 2 CESL (P), Regulation, Rn. 24, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 3. Für Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel, 29, 30 wird auch auf das Merkmal der Dauerhaftigkeit verzichtet und somit ein dem Kaufvertrag völlig fremder Vertragstyp mitumfasst.

467 Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 6 anmerkend, dass für unkörperliche Güter das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nicht anwendbar ist.

468 Somit seien auch Verträge, welche eher die Erbringung von Dienstleistungen normieren, vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht miteingeschlossen. Als Beispiele werden Verträge über die Überlassung von Speichermöglichkeiten sowie die Aufbewahrung von Daten genannt. Dies habe zur Folge, dass kaufrechtliche Normierungen auf Vertragstypen Anwendung fänden, welche vom Kaufvertragsrecht weit entfernt seien. Insbesondere in Bezug auf das somit anzuwendende selbe Leistungsstörungenrecht sei dies höchst problematisch. Allerdings sei diese „Enttypisie-

regelt die Hauptleistungspflichten des „Verkäufers“,⁴⁶⁹ welche in der Lieferung der Ware und der Übertragung des Eigentums an dieser liegen.⁴⁷⁰ Art. 123 GEKR normiert die Hauptleistungspflichten des Käufers, welcher „den Preis zahlen“ und „die Waren annehmen“ muss.

Gemäß Art. 5 lit. b) VO-GEKR bildet das Gemeinsame Europäische Kaufrecht den gesetzlichen Rahmen für „Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte, gleich, ob auf einem materiellen Datenträger oder nicht, die der Nutzer speichern, verarbeiten oder wiederverwenden kann oder zu denen er Zugang erhält, unabhängig davon, ob die Bereitstellung gegen Zahlung eines Preises erfolgt oder nicht“.⁴⁷¹ Verträge über digitale Inhalte

nung“ gewollt gewesen, um „heutigen Vertragsverhältnissen“, in denen Kaufverträge oft mit „dienstleistungsspezifischen Elementen“ aufzutreten, gerecht zu werden, Zoll, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 285 f.

469 Die Regelungen des Art. 91 GEKR seien dispositiv, vorrangig finde daher der konkrete Vertrag Anwendung, Schopper, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, 119.

470 Wie diese Eigentumsübertragung sachenrechtlich erfolgt, wird im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht nicht geregelt. Dies hänge somit vom jeweiligen anzuwendenden Sachenrecht ab, obwohl diese Eigentumsübertragung für die Erfüllung der Leistungspflichten von Bedeutung sei, Zoll, in: Schulze, Art. 91 CESL (P), Rn. 9 f.

471 Insbesondere in Bezug auf die genannten Tätigkeiten besteht Unklarheit. Diese sind jedoch Voraussetzung für eine Subsumtion unter Art. 5 lit. b) VO-GEKR. Der deutsche Text lautet „die der Nutzer speichern, verarbeiten oder wiederverwenden kann oder zu denen er Zugang erhält, (...)“. Dies sei so zu verstehen, dass eine dieser vier Voraussetzungen alternativ erfüllt sein müsse, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 20; Zenefeld, K&R 2012, 463, 465. Betrachtet man hingegen die englische Fassung, so ist dort geschrieben „stored, processed or accessed, and re-used by the user“. Dies wird teils so interpretiert, dass drei Kriterien kumulativ sind, allein „verarbeitet oder zu denen er Zugang erhält“ sind alternativ, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 20. Teils werden aber auch die ersten drei Kriterien als alternativ, und nur „re-used“ als kumulativ angesehen, Prof. Matthias Storme, Vortrag zum Thema „Goods, supply of digital content and provision of related services“ auf der Tagung „An Optional European Sales Law“ in der Europäischen Rechtsakademie (ERA) in Trier, 9. Februar 2012, Folie 5; Zahn, ZEuP 2014, 77, 84 ff. Wieder andere sehen nur „stored“ und „accessed“ als alternativ an, „re-used“ sei stets kumulativ und „processed“ könne keine eigenständige Bedeutung zukommen, Druschel, GRUR Int. 2015, 125, 129. Die französische Fassung schafft auch keine Abhilfe. Sie lässt sich mit „stocker, traiter et réutiliser, ou auquel il peut avoir accès“ in zwei Weisen interpretieren. Entweder es bestehen drei Alternativen von denen mit „verarbeiten und wiederverwenden“ eine zwei kumulative Voraussetzungen hat oder es bestehen zwei Alternativen, die erste davon aber mit drei kumulativen Voraussetzungen. Letztlich können einzelne Kriterien aber wiederum sehr weit ausgelegt werden, so dass sich allein aus Art. 5 lit. b) VO-GEKR keine Einschränkungen ergeben. In der Literatur werden auch keine digitalen Inhalte aufgrund dieser Kriterien als vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht ausgeschlossen angesehen. In Bezug auf das Merkmal des Preises: Art. 100 lit. g),

sind eine neben Kaufverträgen bestehende eigene Vertragskategorie.⁴⁷² Für eine Bestimmung des Terminus digitale Inhalte muss auf Art. 2 lit. j) VO-GEKR (Begriffsbestimmungen)⁴⁷³ zurückgegriffen werden.⁴⁷⁴ Darin werden digitale Inhalte definiert als „Daten, die – gegebenenfalls auch nach Kundenspezifikationen – in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video-, Audio-, Bild- oder schriftliche Inhalte, digitale Spiele, Software und digitale Inhalte, die eine Personalisierung bestehender Hardware oder Software ermöglichen“. Als ausgeschlossen angesehen werden hingegen Dienstleistungen, bei welchen der Vertrieb zwar digital erfolgt, aber nicht das Wesen der Dienstleistung ausmacht.⁴⁷⁵

107 GEKR sowie ErwG 17 der VO-GEKR. Es entspreche der Realität, dass bei digitalen Inhalten teils auch mit personenbezogenen Daten, etc. eine Gegenleistung erfolge, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 24. Folglich regelt das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auch den Sachverhalt einer Schenkung, Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel, 29, 46.

472 Schuller/Zenefels, in: Dannemann/Vogenauer, 581, 583.

473 Dieser Artikel enthält – wie es in der EU-Gesetzgebung üblich ist – einige Legaldefinitionen. Diese sollen zum einen die Anwendung vereinfachen, zum anderen aber auch eine unterschiedliche Interpretation der Terminologie verhindern, Wendehorst, in: Schulze, Art. 2 CESL (P), Regulation, Rn. 1.

474 Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 702, 714 vertiefend zu diesem Rückgriff auf die Verordnung; Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel, 29, 30; Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 16.

475 Pfeiffer, in: Remien/Herrler/Limmer, Rn. 38. Es stehe dort die Dienstleistung an sich im Vordergrund, Zahn, ZEuP 2014, 77, 84. Explizit ausgenommen von dieser Definition sind gemäß Art. 2 lit. j) i)–vi) GEKR-VO „elektronische Finanzdienstleistungen, einschließlich Online-Banking“, „Rechts- oder Finanzberatungsleistungen, die in elektronischer Form erbracht werden“, „elektronische Gesundheitsdienstleistungen“, „elektronische Kommunikationsdienste und -netze mit den dazugehörigen Einrichtungen und Diensten“, „Glücksspiele“ sowie „die Erstellung neuer digitaler Inhalte oder die Veränderung vorhandener digitaler Inhalte durch den Verbraucher oder jede sonstige Interaktion mit den Schöpfungen anderer Nutzer“. Allerdings sind diese Ausnahmen teils unklar. Als Beispiel wird eine Smartphone App zum Pollenflug genannt – verbunden mit der Frage, ob eine solche als „Gesundheitsdienstleistung“ gilt. Es könne wohl danach abgegrenzt werden, ob die Überlassung der App oder der Gesundheitsdienst, welcher sich einer digitalen Übermittlung bediene, im Vordergrund stehe. Für Ersteres votierend, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 23 wohl in diese Richtung; Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 47 ff. zur selben Problematik der Abgrenzung.

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht wirkt schließlich nicht als explizit für digitale Inhalte geschaffen.⁴⁷⁶ Vielmehr kommt Art. 91 GEKR, welcher die Hauptleistungspflichten des Verkäufers regelt, auch hinsichtlich des Bereitstellers digitaler Inhalte zur Anwendung, selbst wenn dieser im Gesetz als Verkäufer beschrieben wird.⁴⁷⁷ Allerdings gibt es vereinzelt Sonderregelungen für digitale Inhalte, so verlangt Art. 91 lit. b) GEKR bei digitalen Inhalten auch die Eigentumsübertragung am Datenträger. Die Eigentumsübertragung wird beschrieben als Nebenpflicht, um die Bereitstellung der digitalen Inhalte durchzusetzen.⁴⁷⁸ Gemäß Art. 91 lit. c) GEKR muss der digitale Inhalt vertragsgemäß sein.⁴⁷⁹ Art. 100, 103⁴⁸⁰ und 105 Abs. 4 GEKR⁴⁸¹ weiten die Kriterien für die Vertragsmäßigkeit bei digitalen Inhalten

476 Pisulinski, in: Moccia, 205, 215 in diese Richtung; Remien, in: Schmidt-Kessel, 307, 308 anmerkend, dass für einen Kaufvertrag und einen Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte fast durchgehend dieselben Normen Anwendung finden.

477 Die Bereitstellung nach Art. 91 GEKR wird in Art. 94 Nr. 1. lit. a) GEKR als die „Übertragung der Kontrolle über die digitalen Inhalte“ beschrieben. Dies wird so interpretiert, dass Bereitstellung in Art. 91 GEKR letztlich als Synonym für Lieferung verwendet wird. Dies sei in der Endfassung des GEKR zu korrigieren, denn der Terminus Bereitstellung stehe auch für zum Beispiel das Zugang-Verschaffen zu einem digitalen Inhalt, wie es bei Cloud Computing erfolge. Somit seien Bereitstellung und Lieferung grundsätzlich nicht gleichzustellen, denn der Terminus der Bereitstellung in Art. 91 GEKR stehe für zahlreiche Lebenssachverhalte auch neben der Lieferung, Zoll, in: Schulze, Art. 91 CESL (P), Rn. 6 f.

478 Zoll, in: Schulze, CESL (P), Art. 91 CESL, Rn. 8.

479 Hierzu Art. 99 bis 105 GEKR.

480 Art. 103 GEKR stellt eine Ausnahmenorm zu Art. 100 lit. b) GEKR dar, nach der eine Ware vertragsgemäß ist, wenn sie sich für Zwecke eignet, für die digitale Inhalte „der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden“. Art. 103 GEKR besagt, dass „Inhalte nicht allein deshalb als vertragswidrig“ gelten, „weil nach Vertragsschluss aktualisierte digitale Inhalte verfügbar waren“. Allerdings gelte dieser Grundsatz wohl für sämtliche Handelswaren, Pisulinski, in: Moccia, 205, 211.

481 Art 105 GEKR schreibt für den maßgeblichen Zeitpunkt der Feststellung der Vertragsmäßigkeit vor, dass, soweit „der Unternehmer die digitalen Inhalte zu einem späteren Zeitpunkt aktualisieren“ muss, er „dafür zu sorgen“ hat, „dass die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte während der Vertragslaufzeit gewahrt ist“. Diese Klausel regelt Softwareüberlassungsverträge, in welchen sich der Lieferant zur Erstellung von Updates verpflichtet habe, Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 703, 742; Pisulinski, in: Moccia, 205, 211. Art. 105 Abs. 4 GEKR, welcher eine Aktualisierungspflicht für den Bereitsteller vorschreibt, sei nicht auf neu hergestellte Versionen anwendbar, Guibault/Helberger/Loos/Mak/Pessers/van der Sloot, 109 f.; Pisulinski, in: Moccia, 205, 211. An Art. 105 GEKR wird kritisiert, dass dieser seinem Wortlaut nach zwar auf Software-Updates Anwendung findet, jedoch sogenannte „Access-Verträge“ nicht mitumfasst. Bei diesen erhalte der Nutzer Online-Zugang. Träten dann während der Dauer des Vertragsverhältnisses Probleme auf, so wäre es besser, wenn

jedoch aus bzw. beinhalten Sondernormen.⁴⁸² Gemäß Art. 91 lit. d) GEKR, welcher als Konkretisierung von Art. 91 lit. c) GEKR verstanden wird,⁴⁸³ muss der Käufer das Recht haben, die digitalen Inhalte entsprechend dem Vertrag nutzen zu können.⁴⁸⁴ Außerdem muss der Verkäufer gemäß Art. 102 GEKR sicherstellen, dass keine entgegenstehenden Rechte oder Ansprüche Dritter bestehen, was insbesondere bei immaterialgüterrechtlich geschützten digitalen Inhalten von Relevanz ist. Teils wird auch in den Terminus Eigentum aus Art. 91 lit. b) GEKR ein „unbeeinträchtigtes Nutzungsrecht“ hineingelesen.⁴⁸⁵ In Art. 107 GEKR werden Abhilfen bei der Bereitstellung digitaler Inhalte beschränkt. Zudem bestehen einzelne verbraucherschutzrechtliche Normen allein für digitale Inhalte.⁴⁸⁶ Auch gibt es mit Art. 142 Abs. 2 GEKR Sonderregelungen zum Gefährübergang bei digitalen Inhalten, welche ohne Datenträger überlassen werden. Bei einer Rückabwicklung kommt bei digitalen Inhalten zudem nur Wertersatz in Betracht.⁴⁸⁷ Die Normen in Bezug auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte entsprechen in der Regel jedoch den kaufrechtlichen Normen, oft wird allein der Begriff digitaler Inhalt zusätzlich eingefügt.

der Ersteller verpflichtet wäre, den digitalen Inhalt vertragskonform zu erhalten, „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 15.

482 Es überrasche, dass durch die Formulierung, „der Verkäufer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kannte oder hätte kennen müssen“ letztlich die grundsätzlich strenge Haftung des Verkäufers aufgeweicht werde, Reich, An optional Sales Law Instrument for European Businesses and Consumers? EUI Working Papers. Law 2012/04, 69, 85 f. dies kritisierend

483 Teils wird Art. 91 lit. d) GEKR auch als unnötige Redundanz kritisiert, Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 702, 716.

484 Auch besteht gemäß Art. 123 GEKR eine Annahmepflicht. Diese sei bei digitalen Inhalten aber restriktiv auszulegen, denn es fehle an der Annahme von einem körperlichen Gegenstand, Dannemann, in: Schulze, CESL (P), Art. 123, Rn. II. Teils wird die Norm im Falle eines Downloads auch für fehlerhaft gehalten, Pisulinki, in: Moccia, 205, 212 f.

485 Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 91 GEK-VO-E, Rn. 5.

486 Bei Informationspflichten bestehen zwei zusätzliche Klauseln in Bezug auf digitale Inhalte (Art. 13 Abs. 1 lit. h), i), 20 Abs. 1 lit. f), g) GEKR) sowie beim Widerrufsrecht zwei zusätzliche Ausschlussgründe bei digitalen Inhalten (Art. 40 Abs. 3 lit. c), d) GEKR) und in der Folge auch Regelungen zur Widerrufsfrist (Art. 42 Abs. 1 lit. f), g) GEKR) sowie ein Sonderfall zu Verpflichtungen des Verbrauchers im Widerrufsfall (Art. 45 Abs. 6 lit. b) GEKR).

487 Art. 173 Abs. 1 GEKR. Die Ausführungen zum Wertersatz werden als lückenhaft und teils widersinnig beschrieben, Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 702, 781 f.

Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird als Bereitstellung eines digitalen Inhalts angesehen. Die Definition des Begriffs digitaler Inhalt wird zwar als sehr vage beschrieben⁴⁸⁸ und die Abgrenzung zu Dienstleistungen kritisiert,⁴⁸⁹ aber Software wird ausdrücklich als digitaler Inhalt genannt,⁴⁹⁰ dies schließt Standardsoftware mit ein.⁴⁹¹

Umstritten ist, wie auf einem Datenträger verkörperte digitale Inhalte einzuordnen sind bzw. welche Rolle dem Datenträger zukommt. Der Träger könnte Teil des digitalen Inhalts im Sinne des Art. 5 lit. b) VO-GEKR sein, alternativ könnte er separat von diesem betrachtet werden. Im zweiten Fall wäre der Datenträger, welcher dauerhaft übergeben wird, nicht Gegenstand des Vertrages zur Bereitstellung digitaler Inhalte. Dies wird jedoch als fernab jeder Lebensrealität bezeichnet.⁴⁹² Aber auch dogmatische Gründe sprechen dafür, bei der Überlassung eines digitalen Inhalts, welcher auf einem Datenträger verkörpert ist, nicht zusätzlich zum Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte einen Kaufvertrag über den Datenträger gemäß Art. 5 lit. a) VO-GEKR anzunehmen.⁴⁹³ Bei einer solchen zweigeteilten Betrachtung träten zahlreiche Ungereimtheiten auf, wie zum Beispiel unterschiedliche Regelungen bei einem Vertrag zwischen Unternehmern in Bezug auf den Gefahrübergang.⁴⁹⁴ Außerdem wären Verbraucherschützer die Vorschriften entsprechend Art. 101 GEKR nur in Bezug auf den Datenträger anwendbar.⁴⁹⁵ Daher ist dies abzulehnen und allein Art. 5 lit. b) VO-GEKR „unterschiedslos bei verkörperten und nichtverkörperten Inhalten“

488 Castro/Reed/de Quieroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013.

489 Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 44, 46.

490 Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 63 bezugnehmend auf die „Entwicklungsfähigkeit“ der Begriffe, welche wohl einer möglichst „medienneutralen“ Formulierung geschuldet ist.

491 Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 17; Zahn, ZEuP 2014, 77, 82; Zoll, in: Schulze, Art. 91 CESL, Rn. 6. „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 8, 24 f.

492 Zenefels, K&R 2012, 463, 465.

493 A.A. Remien, in: Schmidt-Kessel, 307, 309 wohl eine solche Konstruktion mit zwei Verträgen befürwortend. Demnach hat auch die Pflicht zur Übereignung des Datenträgers aus Art. 91 lit. b) GEKR nur Klarstellungscharakter, denn der Datenträger wird als Ware übereignet.

494 Hinsichtlich des Datenträgers wäre gemäß Art. 94 Nr. 1 lit. b) GEKR die „Übergabe an den ersten Beförderer“ relevant, in Bezug auf den digitalen Inhalt allerdings gemäß Art. 94 Nr. 1 lit. c) GEKR die Bereitstellung für den Erwerber.

495 Zenefels, K&R 2012, 463, 465 hierauf verweisend.

einschlägig.⁴⁹⁶ Ein zusätzlicher Kaufvertrag über den Datenträger besteht nicht.⁴⁹⁷

4. Bewertung des Verordnungsvorschlags

Zum einen erfolgte Kritik an der handwerklichen Ausarbeitung des Gesetzestextes, zum anderen wurde insbesondere die Schaffung eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte kritisiert, da dieser Sachverhalt auch unter Kaufverträge hätten subsumiert werden können.⁴⁹⁸ Vom Europäischen Parlament war eine Angleichung an den „Regelungsbereich des Kaufs“ ausdrücklich gewünscht worden.⁴⁹⁹ Weiter wurde zu den Vorschriften allgemein angeführt, dass diese noch einer Überarbeitung be-

496 Perner, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11. Oktober 2011, 27 in diese Richtung; Schuller/Zenefels, in: Dannemann/Vogenauner, 581, 585; Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 7, 17; Zahn, ZEuP 2014, 77, 82; Zenefels, K&R 2012, 463 ff. „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 8, 24 f.; auch ErWG 17 der VO-GEKR. Dies stehe jedoch im Widerspruch zur Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU, in der ErWG 19 noch Gegenteiliges regelt, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 7.

497 Zenefels, K&R 2012, 463, 465.

498 Insbesondere die Rückverweisungen aus Art. 5 auf Art. 2 VO-GEKR wurden als verwirrend angesehen und auch das Rangverhältnis dieser beiden Normen wurde als unklar beschrieben. Zudem wurde von Wendehorst kritisiert, dass nicht klar ist, warum Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte nicht unter den Anwendungsbereich des Kaufvertrages subsumiert werden. Schließlich erfolge bei den Verpflichtungen des Verkäufers, welche in Art. 91 ff. GEKR geregelt seien, keine Trennung zwischen diesen Vertragstypen. Auch werde die Terminologie nicht durchgängig verwendet, bspw. schließe der „consumer sales contract“ in Art. 101 GEKR die Bereitstellung digitaler Inhalte mit ein, in Art. 94 Abs. 1 lit. a) GEKR hingegen nicht. Der Grund, warum das Bereitstellen von digitalen Inhalten nicht unter einen Kaufvertrag subsumiert wurde, sei wohl der Tatsache geschuldet, dass nicht notwendigerweise ein Eigentumsübergang stattfinde. Allerdings wird auf den „sale of shares“ (Verkauf von Unternehmensanteilen) verwiesen, bei welchen auch eine Subsumtion unter den Kaufvertrag erfolge, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 37 ff.

499 „European Parliament’s Committee on Legal Affairs, Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Making the Proposal simpler and more certain“, S. 10.

dürften.⁵⁰⁰ Ein insgesamt handwerklich vernichtendes Urteil stellte Lorenz aus,⁵⁰¹ ähnlich auch Leible, der anmerkte, dass die „pauschale Einbeziehung von Daten“ den Eindruck erwecke, nicht reflektiert zu sein.⁵⁰² Die Normierungen für Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte wurden teils als ähnlich einer „nächtlichen Hauruckaktion“ beschrieben. Die Kommission habe zeigen wollen, dass sie innovativ in Bezug auf technische Entwicklungen sei. Eine Auseinandersetzung mit den Eigenschaften digitaler Inhalte fehle jedoch.⁵⁰³ In diesem Zusammenhang wurde festgestellt, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nicht zwischen unterschiedlichen Verträgen über digitale Inhalte differenziere,⁵⁰⁴ außer an einzelnen Stellen im vorvertraglichen Bereich.⁵⁰⁵ Teils erfolgte auch eine Diskussion über den Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags, da das Festhalten an dem Tatbestandsmerkmal der Zahlung eines Preises zahlreiche schützenswerte Szenarien ausschließt, in welchen insbesondere die Bereitstellung von Daten anstelle einer Zahlung erfolgt.⁵⁰⁶ Teils wurde die Ansicht vertreten, der

500 „European Parliament’s Committee on Legal Affairs, Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Making the Proposal simpler and more certain“, S. 5. Inhaltlich wird zum Beispiel angemerkt, dass Art. 130 GEKR, welcher die Lieferung einer falschen Menge beschreibt, im Bereich der digitalen Übermittlung von insbesondere Software nicht sinnvoll erscheint.

501 Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 702 ff., insbesondere 843 ff.

502 Leible, EuZW 2011, 810.

503 Prof. Matthias Storme, Vortrag zum Thema „Goods, supply of digital content and provision of related services“ auf der Tagung „An optional European Sales Law“ in der Europäischen Rechtsakademie (ERA) in Trier, 09. Februar 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl. Der Zeitpunkt der Veröffentlichung sei überdies politisch gewählt gewesen und habe nicht den Stand der Entwurfsarbeiten widerspiegelt. Durch die Veröffentlichung im Oktober 2011 sollte sichergestellt werden, dass das Projekt noch in der Legislaturperiode der Kommission „Barroso II“ bis im Jahr 2014 verabschiedet werden könne, Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke, Podiumsdiskussion zum Thema „Vorschlag für ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ am „Center for Advanced Studies“ der LMU, 18. Januar 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

504 Pisulinski, in: Moccia, 205, 215; Zahn, ZEuP 2014, 77, 94.

505 Art. 13 Abs. 1 (i), 20 Abs. 1 (g), 40 Abs. 3 (c), 107 GEKR.

506 Als problematisch wurde das Merkmal einer Kaufpreiszahlung angesehen. Zum einen würden „Willkommengeschenke“, zum anderen auch Gratisprodukte, welche zum Abschluss eines Dauerschuldverhältnisses verpflichten, ausgenommen. Dies sei falsch, denn auch in diesen Fällen zahle der Nutzer einen „Kaufpreis“, wenn auch nicht explizit in Erfüllung eines Kauf-/Bereitstellungsvertrages. Zudem sei der Ausschluss von Transportleistungen, Schulungen sowie Unterstützungsleistungen im Telekommunikationsbereich nicht sinnvoll, da der Ersteller diesbezüglich einen Vertrag nach nationalem Recht abzuschließen habe. Dies hebele die Senkung der

Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts hätte in einer finalen Fassung noch sehr stark eingeschränkt werden müssen.⁵⁰⁷

Kritisiert wurde überdies der Fokus auf die dauerhafte Rechtseinräumung, welche nicht der Vertragsrealität entspreche,⁵⁰⁸ auch sei neben dem Vertrag mit dem Bereitsteller des digitalen Inhalts unter Umständen ein Vertrag mit dem Rechtsinhaber eines Immaterialgüterrechts abzuschließen. Für diese „wrap-licences“ bzw. Lizenzen im Allgemeinen beinhalte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht keine besonderen Regelungen,⁵⁰⁹ allerdings sei die Erforderlichkeit einer solchen Lizenz üblich und stelle daher keine Pflichtverletzung des Bereitstellers des digitalen Inhalts dar.⁵¹⁰

Die Bereitstellung digitaler Inhalte wird unabhängig von der Existenz eines Datenträgers unter Art. 5 lit. b) VO-GEKR subsumiert. Ein ähnlicher Weg wurde schon in der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU beschritten.⁵¹¹ Hierin wurde teils eine Abkehr von dem lizenzrechtlichen Ansatz gesehen und eine sich durch die Informationstechnologie vollziehende „Versachlichung“ von digitalen Inhalten erkannt. Durch beispielsweise Downloads entstünden Standardverträge, welche ähnlich dem traditionellen Kaufvertrag seien.⁵¹² Tatsächlich ist fraglich, ob eine solche Abkehr oder eher ein Hinwegsehen über den immaterialgüterrechtlichen Charakter des Vertrages vorliegt. Denn immaterialgüterrechtliche Aspekte sind im Verbraucherschutzrecht von untergeordneter Bedeutung.

Transaktionskosten, welche mit dem GEKR intendiert war, wieder aus, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 37 ff.

507 Interview geführt mit Prof. Dr. Patrick Sensburg, damals MdB, auf der Tagung „The proposal for a Common European Sales Law: taking stock after a year“ im Europäischen Parlament in Brüssel, 27. November 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

508 Schuller/Zenefels, in: Dannemann/Vogenauer, 581, 583 f.

509 Druschel, GRUR Int. 2015, 125, 129.

510 Zoll, in: Schulze, CESL (Commentary), Art. 102 CESL, Rn. 18.

511 ErWG 19, Art. 2 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 lit. g), Art. 14 Abs. 4 lit. a), Art. 16 lit. m) Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU.

512 Micklitz/Reich, The Commission Proposal for a „Regulation on a Common European Sales Law (CESL)“ – Too Broad or not Broad Enough? in: EUI Working Papers, Law 2012/004, 14.

5. Zusammenfassung

Der EU-Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht erfasst mit dem Vertragstyp der Bereitstellung digitaler Inhalte die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware.

II. Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770

Nach der im Jahr 2015 von der neuen Kommission „Juncker“ vorgestellten Strategie für einen digitalen Binnenmarkt⁵¹³ erfolgte noch im Dezember desselben Jahres ein Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, welcher schließlich im April 2019 kurz vor Ende der Amtszeit der damaligen Kommission vom Rat angenommen wurde.⁵¹⁴ In der Zwischenzeit war der Vorschlag nicht weniger als 34-mal im Rat erörtert worden.⁵¹⁵ Die angenommene Fassung weicht inhaltlich stark vom ursprünglichen Richtlinienentwurf ab und umfasst neben 27 Artikeln auch 87 und somit überproportional viele ErwG. In der Richtlinie (EU) 2019/770 wird der Weg der Vollharmonisierung gegangen. Dies erlaubt es den nationalen Gesetzgebern weder das vorgesehene Verbraucherschutzniveau zu senken noch dieses anzuheben. Diese Einschränkung gilt allein innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie.⁵¹⁶

513 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM (2015) 192 final, 06. Mai 2015, S. 5.

514 Spindler/Sein, MMR 2019, 415 beschreibend.

515 Document 52015PC0634. Procedure 2015/0287/COD. COM (2015) 634: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:52015PC0634#2015-12-09_ADP_byCOM) (aufgerufen am 01. Dezember 2023)

516 Kramme, RD 2021, 20, Rn. 1. Somit sind nationale Gesetzgeber u.a. grundsätzlich frei, auch Unternehmerverträge oder Vertragsbeziehungen zwischen Verbrauchern in den persönlichen Anwendungsbereich der Umsetzungsgesetze miteinzubeziehen.

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit auf Softwareverträge

a) EU-Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte

Noch mehr als im EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht wurde im EU-Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte darauf verzichtet, eine typologische Einordnung des Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte vorzunehmen. Vielmehr wurde der Fokus auf Leistungspflichten und das Leistungsstörungenrecht gelegt.⁵¹⁷ Der persönliche Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags umfasste allein Verbraucherverträge.⁵¹⁸ Der sachliche Anwendungsbereich schloss die in diesem 2. Teil betrachteten Softwareverträge mit ein.⁵¹⁹ Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware war als Vertrag, auf dessen „Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt“ gemäß Art. 3 Nr. 1 Richtlinienvorschlag, zu qualifizieren.⁵²⁰ Dabei fiel Standardsoftware gemäß Art. 2 Nr. 1 lit. a) a. E. Richtlinienvorschlag zumindest als „sonstige Software“ in den Anwendungsbereich.⁵²¹ In Art. 2 Nr. 10 Richtlinienvorschlag wurde mit „Verschaffung des Zugangs“ und der „Zurverfügungstellung“ der Terminus der Bereitstellung definiert. Auch dieses Tatbestandsmerkmal wurde bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware beispielsweise mittels eines Downloads erfüllt.⁵²² Zudem war der Begriff der digitalen Inhalte unabhängig von der Art der Übermittlung zu verstehen,⁵²³ um in dem schnell wachsenden und sich wandelndem Markt

517 Druschel/Lehmann, CR 2016, 244, 246; Spindler, MMR 2016, 147.

518 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 1–37.

519 Einzelne Bereichsausnahmen finden sich in Art. 3 Abs. 5 Richtlinienvorschlag

520 Staudenmayer, NJW 2016, 2719.

521 Marly, Rn. 1126 die Subsumtion von Software als digitaler Inhalt befürwortend; Spindler, MMR 2016, 147, 148 „jegliche Software“ unter den Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags subsumierend.

522 Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 807.

523 Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 808, 810 auf die „grundlegende Tendenz des Richtlinienvorschlags zur Neutralität gegenüber verschiedenen Vertriebswegen“ hinweisend.

ungewollte Diskriminierungen zu vermeiden.⁵²⁴ Wurde Software auf einem körperlichen Datenträger überlassen, welcher ausschließlich der Übermittlung diene, so kam die Richtlinie zur Anwendung und es handelte sich um eine Bereitstellung eines digitalen Inhalts.⁵²⁵ Cloud-Dienste⁵²⁶ bzw. Cloud Computing-Verträge⁵²⁷ wurden als von digitalen Inhalten mitumfasst angesehen, somit fiel die Nutzung von Software mittels Cloud Computing⁵²⁸ in den sachlichen Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags. Der Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags wurde als „extrem“ weit beschrieben,⁵²⁹ die Europäische Kommission nannte beispielsweise die Bereitstellung von Apps ausdrücklich.⁵³⁰ Zudem wurde die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware⁵³¹ unter die Bereitstellung digitaler Inhalte subsumiert. Art. 3 Nr. 2 Richtlinienvorschlag ergänzte den Anwendungsbereich ausdrücklich auf „alle Verträge über die Bereitstellung von digitalen Produkten, die nach Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt wurden“. Die Motivation für die Entwicklung der Software war gemäß dem Richtlinienvorschlag nicht von Relevanz.⁵³² Der Ausschluss von jeglichen

524 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 1–37, ErwG 11. Keine digitalen Inhalte waren demnach solche, welche „derart in eine Ware integriert sind, dass sie fester Bestandteil“ von dieser sind „und ihre Funktionen der Hauptfunktionen der Ware untergeordnet sind“; Wendland, EuZW 2016, 126, 127 in diese Richtung.

525 Mit Ausnahme der Art. 5 und 11, siehe Art. 3 Nr. 3 Richtlinienvorschlag. Spindler, MMR 2016, 147, 149 dies begrüßend, auch unter Beachtung der bestehenden Diskussion bezüglich der urheberrechtlichen Erschöpfung bei Software. Die durch eine solche Differenzierung (im Urheberrecht) bestehenden Probleme seien rechtspolitisch zu beseitigen; Staudenmayer, NJW 2016, 2719, 2720, 2721 f.; Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 807.

526 Ostendorf, ZRP 2016, 69, 71; Staudenmayer, NJW 2016, 2719, 2720; Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 808.

527 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 9

528 Hierzu 2. Teil § 2.

529 Spindler, MMR 2016, 147, 148.

530 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 3.

531 Hierzu 2. Teil § 3.

532 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 1–37, ErwG 16, in dem explizit „maßgeschneiderte Software“ Erwähnung fand.

immaterialgüterrechtlichen Aspekten gemäß ErwG 21 Richtlinienvorschlag sowie Art. 8, welcher Rechte Dritter, insbesondere solche aus dem Immaterialgüterrecht, betraf, sprachen gegen eine abschließende Regelung dieser Verträge im Richtlinienvorschlag. Vielmehr erschien es so, als sollten allenfalls Teilaspekte der in Frage stehenden Lebenssachverhalte normiert werden. Umfassende Rückschlüsse auf die schuldrechtliche Rechtsnatur eines Vertrages sind daher jeweils nicht möglich.

b) Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770

Der persönliche Anwendungsbereich der schließlich angenommenen Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 umfasst wie der Richtlinienvorschlag allein Verbraucherverträge, bei welchen ein Unternehmer einem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt.⁵³³ Im Gleichlauf zum Richtlinienvorschlag fallen die in diesem 2. Teil betrachteten Softwareverträge auch in den sachlichen Anwendungsbereich Richtlinie (EU) 2019/770. In ErwG 19 wird klargestellt, dass „Computerprogramme“ und „Anwendungen“ als digitale Inhalte zu qualifizieren sind. Dies gilt zum einen für Software, welche mittels eines Downloads überlassen wird,⁵³⁴ zum anderen jedoch auch für „auf körperlichen Datenträgern wie DVDs, CDs, USB-Sticks und Speicherkarten“ übermittelte Software. In letztem Fall liegen gemäß ErwG 20 sowohl die Software als auch das Trägermedium selbst im Anwendungsbereich, wenn das Trägermedium allein als Träger des Inhalts dient.⁵³⁵ Somit erfolgt eine Gleichstellung von digital und auf einem Datenträger übermittelter Software und es kommt zu einer Technologie-, Medien- bzw. Vertriebsmethodenneutralität.⁵³⁶ Letztlich wird der Datenträger durch die auf diesem gespeicherte Software zu einem digitalen Inhalt und nicht die Software durch ihre Verkörperung auf dem Datenträger zu einer Sa-

533 Art. 3 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2019/770. Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 673.

534 Grüneberg: Grüneberg § 327 BGB, Rn. 4; Redeker, Rn. 744; Staudenmayer, NJW 2019, 2497.

535 Schulze, ZEuP 2019, 695, 701

536 Bach, NJW 2019, 1705, 1706; Martens, Rn. 166, 172; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 668, 673 in diese Richtung; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 57 auf die Technologieneutralität hinweisend, welche demnach in das BGB Einzug findet.

che.⁵³⁷ Dieser Schritt des EU-Gesetzgebers wird befürwortet, insbesondere auch unter Berücksichtigung der urheberrechtlichen Diskussion über die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei der Softwareübermittlung mittels eines Downloads⁵³⁸ sowie des in Deutschland bestehenden juristischen Meinungsstreites über die Sachqualität von Software.⁵³⁹ Die Nutzung von Software mittels Cloud Computing wird eingeordnet als digitale Dienstleistung, „die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form sowie den Zugriff auf sie ermöglicht einschließlich Software-as-a-Service, (...), Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung (...) angeboten werden“.⁵⁴⁰ Der Zugriff auf digitale Inhalte wie Software über eine Cloud ist im Ergebnis von der Richtlinie (EU) 2019/770 umfasst.⁵⁴¹ Dabei ist zu beachten, dass Regelungen der Richtlinie (EU) 2019/770 bezüglich digitaler Dienstleistungen nicht von solchen zu digitalen Inhalten divergieren.⁵⁴² Die Erstellung von Individualsoftware kann unter Art. 3 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2019/770, welcher regelt, dass die Richtlinie auch bei nach den nach Spezifikationen des Verbrauchers entwickelten digitalen Inhalten zur Anwendung kommt,⁵⁴³ subsumiert werden.

Zu beachten sind jedoch zahlreiche Bereichsausnahmen gemäß Art. 3 Abs. 5 Richtlinie (EU) 2019/770 wie zum Beispiel kostenfrei zur Verfügung gestellte Open Source Software. In Art. 3 Abs. 9 Richtlinie (EU) 2019/770 wird darüber hinaus klargestellt, dass diese Richtlinie

537 Bach, NJW 2019, 1705 f. Normiert ist dies sowohl in Art. 3 Abs. 4 lit. a) Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 als auch in Art. 3 Abs. 2 Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770. Hingegen in körperliche Gegenstände wie Smartwatches, etc. integrierte Software wird nicht gemäß der Richtlinie (EU) 2019/770 bereitgestellt. Abgrenzungskriterium ist, ob die Ware eine über die Tatsache, ein Trägermedium zu sein, hinausgehende weitere Funktion hat. Dies ist bei der Software-DVD nicht der Fall, bei einem Computer, Smart-TV, Smartphone oder einer Smartwatch jedoch zu befürworten. Im Zweifel handelt es sich um Waren, wie ErWG 21 Richtlinie (EU) 2019/770 klarstellt. Im Übrigen gilt: Enthält ein Vertrag sowohl digitale als auch sonstige Inhalte, findet die Richtlinie (EU) 2019/770 (nur) auf die digitalen Elemente Anwendung (Art. 3 Abs. 4 Richtlinie (EU) 2019/770). Die Richtlinie (EU) 2019/770 folge diesbezüglich der Kombinationstheorie, Bach, NJW 2019, 1705, 1706.

538 Spindler/Sein, MMR 2019, 415; hierzu 3. Teil.

539 Hierzu 2. Teil § 1 B I. 1. a).

540 ErWG 20 Richtlinie (EU) 2019/770. Redeker, Rn. 744; Spindler/Sein, MMR 2019, 415, 416.

541 Staudenmayer, NJW 2019, 2497; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 671.

542 Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 671.

543 Spindler/Sein, MMR 2019, 415, 416; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 668.

„das Unionsrecht und das nationale Recht auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte“ unberührt lässt, auch wird ausdrücklich die InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG genannt. In ErwG 12 Richtlinie (EU) 2019/770 wird darüber hinaus auf das urheberrechtliche Verbreitungsrecht Bezug genommen.⁵⁴⁴

c) Abgrenzung zur Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771

Neben der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 wurde auch die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 angenommen.⁵⁴⁵ Wie in deren ErwG 13 ausformuliert, greifen diese und die Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 ineinander. Die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 erfasst gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 2 digitale Inhalte jedoch nur, soweit diese zum Kaufzeitpunkt in einen körperlichen Gegenstand integriert sind. Dies schließt beispielsweise den Kauf eines Computers mit Software ein. Verträge über separate Software sind jedoch gemäß Art. 3 Abs. 4 lit. a) vom Anwendungsbereich der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 ausgenommen, selbst wenn die Software auf einem körperlichen Datenträger überlassen wird. Ein solcher Vertrag unterliegt demnach, wie oben dargelegt, der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770. Im Ergebnis ist die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 somit für die in dieser Arbeit betrachteten Softwareverträge nicht weiter von Relevanz.

2. Vertragstypübergreifende Geltung

Besonderheit des Richtlinienvorschlags über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte war der Weg der vertragstypübergreifenden Geltung. So rückte schon der Richtlinienvorschlag vertragliche Pflichten in den Mittelpunkt und sah von einer schuldrechtlichen Einordnung der Bereitstellung digitaler Inhalte ab. Es sollte vielmehr allein in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegen, die Rechtsnatur der relevanten Verträge zu bestimmen.⁵⁴⁶ Das heißt, im Richtlinienvorschlag wurde nicht festgelegt, ob der Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte

544 Hierzu 3. Teil.

545 Bach, NJW 2019, 1705 in dieser allein eine „Aktualisierung und vor allem Konkretisierung der Verbrauchsgüterkauf-RL von 1999“ erkennend.

546 Spindler, MMR 2016, 147; Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 805.

bzw. digitaler Dienstleistungen als Kauf-, Dienstleistungs-, Mietvertrag oder Vertrag Sui-Generis einzuordnen ist.⁵⁴⁷ Dieser Regelungsansatz wird teils als „mutiger Schritt nach vorne“ bezeichnet, denn dies erlaubt Offenheit bezüglich der „rasanten Fortentwicklungen der Geschäftsmodelle und der verschiedenen Technologien“.⁵⁴⁸ Auch der urheberrechtlich neutrale Terminus des Bereitstellens (englisch: „supply“) sei weitsichtig ausgewählt, denn dieser impliziere keine urheberrechtliche Rechtsfolge bezüglich einer potentiellen urheberrechtlichen Erschöpfung des Verbreitungsrechts.⁵⁴⁹

Dieser Ansatz setzt sich auch in der angenommenen Richtlinie (EU) 2019/770 durch. In ErwG 12 Richtlinie (EU) 2019/770 wird ausdrücklich klargestellt: „Auch die Rechtsnatur von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen sollte nicht durch diese Richtlinie bestimmt werden, und die Klärung der Frage, ob solche Verträge beispielsweise einen Kauf-, Dienstleistungs- oder Mietvertrag oder einen Vertrag Sui-Generis darstellen, sollte dem nationalen Recht überlassen bleiben.“ Der sachliche Anwendungsbereich richte sich demnach allein nach dem Vertragsgegenstand, jedoch nicht nach dem Vertragstyp,⁵⁵⁰ insbesondere werde kein Vertragstyp, welcher „selbständig zum Beispiel neben Kauf oder Miete treten würde“, geschaffen.⁵⁵¹ Damit werde sich von jeglicher schuldrechtlichen Einordnung⁵⁵² sowie den konkreten Leistungspflichten⁵⁵³ gelöst und die Normen deckten alle Vertragstypen mit digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen ab. Die in den Normen letztlich fehlende Unterscheidung anhand von Leistungspflichten wird positiv bewertet, denn eine Unterscheidung zwischen den Produktkategorien

547 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 7.

548 Martens, Rn. 164; Spindler, MMR 2016, 219, 224.

549 Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 19 in Bezug auf die schließlich angenommene Richtlinie (EU) 2019/770.

550 Bach, NJW 2019, 1705, 1706; Spindler/Sein, MMR 2019, 415; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 55.

551 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 27.

552 Schulze, ZEuP 2019, 695, 698 f.; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 55.

553 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 27 in diese Richtung.

fällt zunehmend schwerer.⁵⁵⁴ Schließlich sei es das Ziel, die bisher in den Mitgliedstaaten jeweils erfolgten schuldrechtlichen Einordnungen aufrechtzuerhalten.⁵⁵⁵

Diese bewusste Entscheidung der Kommission⁵⁵⁶ hat weitreichende Auswirkungen auf die folgenden Ausführungen. Ziel dieses 2. Teils ist es, die schuldrechtliche Rechtsnatur von Softwareverträgen zu bestimmen, unter Berücksichtigung des deutschen, englischen und französischen Vertragsrechts sowie EU-rechtlicher Normen in diesem Sachzusammenhang. Eingangs wurde der EU-Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht analysiert und die in diesem bestehenden Verträge, unter welche die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware subsumiert werden könnte, beschrieben.⁵⁵⁷ Die Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 sowie der dieser zu Grunde liegende Richtlinienentwurf über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte stellen jedoch keine tauglichen Erkenntnisquellen dar, denn die Frage der Rechtsnatur von Softwareverträge soll durch diese nicht beantwortet werden.

3. Zusammenfassung

Aus dem EU-Richtlinienentwurf über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte sowie der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 können keine Erkenntnisse für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gewonnen werden. Vielmehr ist eine vertragsübergreifende Anwendung gewollt, soweit die jeweiligen Verträge digitale Inhalte bzw. digitale Dienstleistungen zum Vertragsgegenstand haben. Die Frage der Rechtsnatur der in den Anwendungsbereich der Normen fallenden Verträge soll allein dem nationalen Vertragsrecht der Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben. Dies gilt in gleicher Weise für die in den folgenden § 2 und § 3 des 2. Teils betrachteten Softwareverträge, namentlich der Softwarenutzung mittels Cloud Computing und der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware.

554 Staudenmayer, NJW 2019, 2497.

555 Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 668.

556 Staudenmayer, NJW 2019, 2497, 2498.

557 Hierzu 2. Teil § 1 I. 3.

III. Zusammenfassung

Von den hier betrachteten EU-rechtlichen Normen stellt allein der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht eine taugliche Quelle zur Bestimmung der schuldrechtlichen Rechtsnatur von Softwareverträgen, namentlich der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware, dar. Verträge zur dauerhaften Überlassung von Standardsoftware sind demnach als Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte einzuordnen.

B. Deutschland

Die Rechtsnatur von Verträgen über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist in Deutschland umstritten. Die Bezeichnung des Vertrages durch die Vertragsparteien spielt hierfür keine Rolle.⁵⁵⁸ Ausführungen aus der Zeit vor der Richtlinie 91/250/EWG sind nur bedingt heranzuziehen, denn erst mit dieser wurde ein urheberrechtlicher Rahmen für den Rechtsschutz von Software und in der Folge auch für Softwareverträge geschaffen.⁵⁵⁹

I. Kaufvertrag

Der Kaufvertrag wird in den §§ 433 ff. BGB normiert. Danach hat bei einem Sachkauf der Verkäufer gemäß § 433 Abs.1 S.1 BGB dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an dieser zu verschaffen. Die Pflicht zur Übergabe zielt auf die unmittelbare Besitzverschaffung gemäß § 854 BGB ab. Den Eigentumsübergang regelt das Sachenrecht.⁵⁶⁰ Darüber hinaus hat die Sache gemäß § 433 Abs.1 S.2 BGB frei von Sach- und

558 BGH, Urteil v. 10. März 1983 – VII ZR 302/82, NJW 1983, 1489, 1490. Beckmann, in: Staudinger, § 453 BGB, Rn. 53 in diese Richtung; Hoeren/Pinelli, 101; Koch, 461 mit Verweis auf untergerichtliche Rechtsprechung.

559 Als schon vor Erlass der Richtlinie 91/250/EWG die schuldrechtliche Einordnung von Softwareverträgen behandelnde Literatur beispielsweise Köhler, CR 1987, 827 ff. letztlich – auch von den Rechtsfolgen her – einen Kaufvertrag befürwortend; Lauer, BB 1982, 1758 f. einen Vertrag Sui-Generis erkennend.

560 Brox/Walker, § 2, Rn. 3; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 16 ff. Eine Eigentumsübertragung setzt eine dingliche Einigung nach § 929 BGB voraus, Westermann, in: MüKo, § 433 BGB, Rn. 47.

Rechtsmängeln zu sein.⁵⁶¹ Der Käufer muss gemäß § 433 Abs. 2 BGB den Kaufpreis bezahlen und die Sache abnehmen.⁵⁶² § 453 Abs. 1 S. 1 BGB regelt, dass für den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen die Normen des Sachkaufs entsprechende Anwendung finden, soweit diese nicht explizit auf Sachen zugeschnitten sind.⁵⁶³ Gegenstand eines Rechtskaufs kann ein subjektives Recht⁵⁶⁴ wie beispielsweise ein gewerbliches Schutzrecht⁵⁶⁵ oder generell eine Lizenz sein.⁵⁶⁶ Das Äquivalent zur Eigentumsübertragung ist die Übertragung eines Rechts oder die Begründung eines solchen unmittelbar für den Käufer,⁵⁶⁷ der Käufer muss letztlich Inhaber des Rechts werden.⁵⁶⁸ Der Verkäufer hat alles für die Übertragung des Rechts Notwendige zu tun.⁵⁶⁹ Das Recht muss mangelfrei sein und, soweit das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, muss gemäß § 453 Abs. 3 BGB auch diese frei von Sach- und Rechtsmängeln übergeben werden.⁵⁷⁰ Sonstige Gegenstände im Sinne des § 453 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB sind „übertragbare Sachen (...), die einzeln oder zusammengefasst im Rechts- oder Wirtschaftsverkehr (...) zur Verwendung oder Verfügung verschafft werden.“⁵⁷¹ Als sonstiger Gegenstand in Betracht kommen „verkehrsfähige Güter“⁵⁷², auch „unkörperliche“ Gegenstände, jedoch keine Forderungen oder Rechte.⁵⁷³ Eine Eigentumsübertragung hat auch beim Kauf eines sonstigen Gegenstands zu erfolgen.⁵⁷⁴ Darüber hinaus nimmt § 453 Abs. 1 S. 2 BGB Verbraucherverträge über den Verkauf digitaler Inhalte aus dem Anwendungsbereich des Kaufrechts. An dessen Stelle kommen vorrangig die §§ 327 ff.

561 Brox/Walker, § 4, Rn. 8 ff. zum Begriff des Sachmangels gemäß § 434 BGB und Rn. 28 ff. zum Begriff des Rechtsmangels gemäß § 437 BGB.

562 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 38, 43.

563 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 1.

564 Das ist ein solches, welches „unmittelbar aus der geltenden Rechtsordnung“ eine Befugnis für den Berechtigten darstellt, Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 3.

565 Brox/Walker, § 1, Rn. 6; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 4; Westermann, in: MüKo, § 453 BGB, Rn. 5.

566 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 4.

567 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 11, 14.

568 Brox/Walker, § 2, Rn. 11.

569 Westermann, in: MüKo, § 453 BGB, Rn. 9 in diese Richtung.

570 Brox/Walker, § 2, Rn. 14.

571 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 5.

572 Brox/Walker, § 1, Rn. 7.

573 Medicus/Lorenz, § 19, Rn. 2. Die Qualifikation von Rechten als sonstiger Gegenstand ist jedoch umstritten, Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 5 eine solche befürwortend.

574 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 1, 11.

BGB zur Anwendung.⁵⁷⁵ Soweit diese Normen jedoch keine Regelungen enthalten, wird das Kaufrecht nicht verdrängt. Anwendbar verbleibt unter anderem die Pflicht zur Kaufpreiszahlung.⁵⁷⁶

1. Sachkauf

a) Software als Sache

Voraussetzung für die schuldrechtliche Einordnung als Sachkauf ist insbesondere, dass die zu überlassende Software eine Sache im Sinne des Kaufrechts darstellt. Diese Rechtsfrage wird seit Jahrzehnten sehr kontrovers diskutiert.⁵⁷⁷ Schon der Umfang des kaufrechtlichen Sachbegriffs ist umstritten. Teils wird auf § 90 BGB und somit auf den im Allgemeinen Teil des BGB normierten Sachbegriff verwiesen,⁵⁷⁸ welcher einen körperlichen Gegenstand voraussetzt. Körperlich bedeutet, dass der Gegenstand angefasst werden kann bzw. sinnlich wahrnehmbar ist. Zudem muss er „technisch beherrschbar“⁵⁷⁹ bzw. im Raum abgrenzbar sein.⁵⁸⁰ Der Sachbegriff des § 433 Abs. 1 BGB wird auch als über den Sachbegriff des § 90 BGB hinausgehend beschrieben,⁵⁸¹ demnach sind alle „handelsfähigen Güter“ mitumfasst.⁵⁸² Es wird auch auf § 119 Abs. 2 BGB aus dem Anfechtungsrecht verwiesen, bei welchem eine Sache als allgemeiner „Geschäftsgegenstand“ angesehen wird. Es sei dieser Gedanke des autonomen Sachbegriffs auch auf den Besonderen Teil des Schuldrechts zu übertragen.⁵⁸³ Für den Sach-

575 Faust, in: BeckOK BGB, § 453 BGB, Rn. 35; Hilber, in: Borgers/Hilber, § 453 BGB, Rn. 2a.

576 Faust, in: BeckOK BGB, § 453 BGB, Rn. 37.

577 Brandi-Dohrn/Lejeune/Stögmüller/Heydn/Moritz/Scherenberg/Schneider, CR 2012, 216, 218 f. beschreibend; Thewalt, 42 beschreibend bzw. Rn. 151 mit Verweis auf weitere Literatur.

578 Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, § 433 BGB, Rn. 3 f.; Lenhard, 12 f.; Marly, Rn. 712; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 5.

579 Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 1.

580 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 1; Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 7; Stieper, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 90 BGB, Rn. 9, § 90 BGB, Rn. 2.

581 Bydliński, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 300; Fritzsche, JuS 1995, 497, 499; Thewalt, 50 f.

582 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499.

583 Thewalt, 49 f. mit weiteren Quellen sowie mit Verweis u. a. auf eine Reichsgerichtsentscheidung vom 22. November 1935, RGZ 149, 235, in welcher dieses ausführte, dass eine Grundschuld auch eine Sache im Sinne des Anfechtungsrechts ist und der strenge Wortsinn des § 90 BGB nicht gilt.

begriff des § 90 BGB könne jedoch die Klammerfunktion des Allgemeinen Teils des BGB herangezogen werden.⁵⁸⁴ Auch der BGH befürwortete teils ohne Begründung § 90 BGB als gesetzlichen Rahmen.⁵⁸⁵ Schließlich stellt § 90 BGB insbesondere aufgrund der vorstehend beschriebenen Klammerfunktion des Allgemeinen Teils des BGB den Rahmen für den kaufrechtlichen Sachbegriff dar. Für die Einordnung von Software als Sache werden im deutschen Recht verschiedene Ansätze verfolgt, welche auch auf den unterschiedlichen technischen Entwicklungsstufen bei der Softwareüberlassung basieren.

(1) Software mit Datenträger

Teils wird Software mit einem Datenträger als Gegenstand des Sachkaufs eingeordnet. Die BGH-Rechtsprechung zur Sachqualität von Software wurde vom VIII. Zivilsenat ab dem Jahr 1987 entwickelt.⁵⁸⁶ Das damals ergangene Grundsatzurteil war der Beginn einer Reihe von Entscheidungen, in welchen auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als Sache und somit Gegenstand des Sachkaufs angesehen wurde.⁵⁸⁷ Heute kann dies als ständige Rechtsprechung und herrschende Meinung bezeichnet werden.⁵⁸⁸ Die Befürwortung der Sachqualität fußt darauf, dass Software stets auf einem Datenträger, welcher eine Sache gemäß § 90 BGB ist, überlassen wird und mit diesem eine Einheit darstellt. Der „Datenträger mit dem

584 Lenhard, 12 f.; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 5.

585 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 14.

586 Das Grundsatzurteil für die kaufrechtliche Einordnung ist BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff., in dem dieser bei der Standardsoftwareüberlassung auf Dauer gegen Einmalzahlung einen Eigentumsübergang an der Kopie erkannte. Allerdings sprach der BGH nur von einer „zumindest entsprechenden Anwendung“ der kaufrechtlichen Regelungen. Als Voraussetzungen verlangte er eine Überlassung (1.) gegen ein Einmalentgelt (Ratenzahlung kann auch als Einmalentgelt angesehen werden, BGH, Urteil v. 22. Dezember 1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415), (2.) auf Dauer, und (3.) zur freien Verfügung des Kunden. Der BGH sprach neben der Übereignung der Kopie auch von einer Übereignung der Hardware. Bydlinski, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 307 dem BGH zustimmend.

587 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 2 den Datenträger als Sache bezeichnend, hingegen bei Download von Software auf § 453 BGB verweisend.

588 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 28 darauf verweisend; Huppertz, CR 2006, 145, 146 dies feststellend mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff.; Marly, Rn. 730; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 56.

darin verkörpertem Programm“ sei eine körperliche Sache,⁵⁸⁹ auf diesem werde die Software materialisiert.⁵⁹⁰ Dieser werde somit Gegenstand des § 433 BGB.⁵⁹¹ Der Anknüpfungspunkt für die Sachqualität der Software liegt folglich im Datenträger. Teils wird die Software sachenrechtlich als Teil des Datenträgers angesehen.⁵⁹²

(2) Software an sich

Vereinzelt äußerte sich der BGH in früheren Entscheidungen zur Sachqualität von Software, welche unabhängig von einem Datenträger ist.⁵⁹³ Es erfolgte somit eine Betrachtung der Software an sich. In einem Urteil aus dem Jahr 1989 verwies der BGH auf die vorstehend beschriebene Rechtsprechung zur Software mit Datenträger, stellte jedoch fest, dass Software, welche ohne Datenträger überlassen wird, keine Sache ist. Dabei ließ der BGH offen, ob bei ohne Datenträger überlassener Software an der beim Nutzer gespeicherten Kopie Besitz verschafft wird. Gemäß dem BGH spielt es aus wirtschaftlicher Sicht für das im Urteil relevante Abzahlungsgesetz keine Rolle, ob die Software mit oder ohne einem Datenträger überlassen wird und das Abzahlungsgesetz kann zumindest entsprechend angewandt

589 BGH, Urteil v. 14. Juli 1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2438 zwar darlegend, dass „der Senat bereits mehrfach entschieden (hat), dass eine Standardsoftware als eine bewegliche Sache anzusehen ist“. Im übernächsten Satz aber ausführend, dass allein „entscheidend ist, dass es sich (...) um ein auf einem Datenträger verkörpertes Programm und damit um eine körperliche Sache (§ 90 BGB) handelt.“ Es kommt demnach auf die Verbindung mit dem Datenträger an; BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 15 bestätigend. In Bezug auf ein Wandlungsrecht nach § 569 S. 2 BGB a.F. äußerte sich der BGH über die Sacheinheit von Soft- und Hardware und kritisierte eine solche nicht, führte aber insbesondere bezüglich der entstehenden getrennten Märkte von Hard- und Software aus, dass Software evtl. auch ein selbstständiges Vertragsobjekt sein kann, BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321 sowie mit Verweis auf BGH, Urteil v. 02. Mai 1985 – I ZB 8/84, NJW-RR 1986, 219 ff.

590 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 66 beschreibend.

591 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 2.

592 Bydlinski, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 315 ff. mit Verweis auf die sachenrechtlichen Normen §§ 93, 947, 950 BGB.

593 Schneider, ITRB 2014, 120 feststellend, Software ist „unabhängig von der „Verkörperung“ auf einem Datenträger eine Sache, an der der Kunde bei Kauf Eigentum erwirbt“.

werden.⁵⁹⁴ Diese Entscheidung wurde von Redeker früher dahingehend interpretiert, dass Software ohne Datenträger, also Software an sich, Gegenstand eines Sachkaufvertrages sein kann.⁵⁹⁵

(3) Immanente Verkörperung von Software auf einem Datenträger

Im Jahr 2006 setzte der BGH im sogenannten „ASP“-Urteil⁵⁹⁶ mit einer Entscheidung zur Sachqualität von Software zum einen seine vorstehend beschriebene ständige Rechtsprechung fort,⁵⁹⁷ zum anderen stellte er diese argumentativ auf ein neues Fundament. Der BGH erklärte, dass Software, „um ihre Funktion erfüllen zu können, d.h., um überhaupt nutzbar zu sein“, auf einem Datenträger verkörpert sein muss.⁵⁹⁸ Eine solche Verkörperung könne auch erst beim Nutzer – zum Beispiel nach einem Download – erfolgen.⁵⁹⁹ Damit ziele der BGH nicht mehr auf einen überlassenen Datenträger ab, sondern allein auf eine abstrakt notwendige Verkörperung, welche die Software „im Raum abgrenzbar“ mache.⁶⁰⁰ Software sei durchgängig auf einem Datenträger verkörpert und folglich mit herkömmlichen Sachen gleichzustellen.⁶⁰¹ Der BGH zog darüber hinaus einen Vergleich zu einem Buch. Wie ein solches stelle Software eine „verkörperte geistige Leistung“ dar⁶⁰² und der Inhalt spiegle den überragenden geistigen Wert

594 BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 02. Mai 1985 – I ZB 8/84, NJW-RR 1986, 219.

595 Redeker, Rn. 556 ff. diese Entscheidung als grundlegend ansehend und auf zahlreiche dieser folgenden Literatur und Rechtsprechung verweisend (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012).

596 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 ff. Dreier/Vogel, 120 allgemein diesem zustimmend.

597 Der BGH stützte seine Ausführungen auf acht vorangegangene Entscheidungen, BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 15.

598 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 16. Beckmann, in: Staudinger, § 453 BGB, Rn. 56 dem BGH als „nachvollziehbar“ zustimmend; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128, 3130 einen solchen Ansatz auch schon früher vertretend. BGH, Urteil v. 23. August 2018 – III ZR 192/17, NJW 2019, 47, Rn. 20 die Sachqualität einer Datei (Online-Ticket) jedoch verneinend.

599 Koch, 406 f.

600 Dreier/Vogel, 118 beschreibend.

601 Dreier/Vogel 118 f. daher die Sacheigenschaft befürwortend; Koch, 471 dem BGH zustimmend.

602 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 16. Maume/Wilser, CR 2010, 209, 210 den Vergleich des BGH zwar als nicht überzeugend ansehend, aber als „griffigen Anknüpfungspunkt“ begrüßend.

wider. Als allein geistiges Werk könne Software seinen Zweck aber nicht erfüllen, was diese auch zum Beispiel von reinem Know-how unterscheide.⁶⁰³ Eine Betrachtung nur der immateriellen Software gehe folglich fehl, denn diese werde erst über den Datenträger nützlich und lasse sich erst so weitergeben.⁶⁰⁴ In gleicher Weise wie eine Trennung von Buch und Inhalt nicht möglich sei, verhalte es sich bei der als Sache verkörpert Software und der Software an sich.⁶⁰⁵ Unabhängig von einem Datenträger sei das Wesen der Software zu beachten, welches eine Verkörperung verlange. Die Art der tatsächlichen Überlassung der Software an den Nutzer spiele keine Rolle.⁶⁰⁶ Das Programm bleibe eine Sache, trotz des alleinigen Interesses an der Information.⁶⁰⁷ Ähnlich wie der BGH argumentiert auch Marly, der die notwendige Verkörperung als Kriterium ansieht, welches die Gleichbehandlung eines Downloads von Software mit der Überlassung von Software auf einem Datenträger erlaubt. Funktionell sei beides vergleichbar und gesetzliche Regelungen, die an einer Sache anknüpfen, seien auszuweiten. Folglich sei keine Analogie erforderlich.⁶⁰⁸

(4) Abstraktes Softwareexemplar

Von Redeker wurden auch eine „abstrakte Softwarekopie“ bzw. ein „virtuelles Vervielfältigungsstück“ als Vertragsgegenstand beim Sachkauf angesprochen.⁶⁰⁹ Hiernach soll ein „einzelnes Softwareexemplar“, welches unabhängig von seiner Fixierung zu betrachten ist, eine Sache im Sinne des Kaufrechts darstellen. Es handelt sich jedoch nicht um die Software an sich. Redeker sieht den Ausgangspunkt für diesen Gedankengang im „ASP“-Urteil des BGH. Dieser habe die Software von einem bestimmten Datenträger gelöst und ein solcher existiere bei der körperlosen Übertragung nicht mehr. Dem Nutzer werde aber eine Kopie der Software überlassen, welche in

603 Marly, Rn. 717.

604 Hoeren, CR 1988, 908, 911.

605 Marly, Rn. 718 in diese Richtung.

606 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 16 in diese Richtung.

607 Koch, 471.

608 Marly, Rn. 721 auch mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („Used-Soft v. Oracle“), NJW 2012, 265 ff.

609 Redeker, NJOZ 2008, 2917, 2919 ff. beschreibend. Weiter versucht Redeker, Software nur fiktiv als Sache anzusehen, lehnt dies schließlich aber aus schuld- sowie sachenrechtlichen Gründen ab.

einem abstrakten Sinn bestehe und eine Sache darstelle. Die „physikalische Repräsentanz“ des virtuellen Vervielfältigungsstücks dürfe dabei auch erst nach der Rechtsübertragung entstehen.⁶¹⁰ Allerdings kann wie von Redeker selbst festgestellt eine solche Kopie nicht körperlich begriffen werden⁶¹¹ und es fehlt an einem körperlichen Anknüpfungspunkt für den Sachbegriff. Auch finden sich in dem Urteil keine weiteren Ansätze für ein abstraktes Softwareexemplar.⁶¹² Das, was virtuell bzw. abstrakt besteht, ist evtl. nur das Nutzungsrecht – ein solches möchte Redeker aber nicht in den Mittelpunkt stellen. Somit ist diese Konstruktion abzulehnen⁶¹³ und in der Folge nicht weiter zu erörtern.

(5) Zusammenfassung

Für eine Subsumtion von Software als Sache kommt eine Betrachtung der Software mit Datenträger, der Software an sich und eine Befürwortung der Sachqualität aufgrund der immanenten Verkörperung von Software auf einem Datenträger in Betracht.

b) Übergabe und Eigentumsübertragung sowie Kaufpreiszahlung und Abnahme der gekauften Sache

Übergabe, Kaufpreiszahlung sowie Abnahme der gekauften Sache werden in Literatur und Rechtsprechung bezüglich des hier betrachteten Softwarevertrages nicht weiter konkretisiert. Teils wird festgestellt, dass bei einem Download im Gegensatz zu einer Übereignung eines Datenträgers keine Vermögensminderung beim Verkäufer auftritt, sondern allein ein Vermögenszuwachs beim Nutzer, welcher für einen Eigentumsübergang ausreicht.⁶¹⁴ Andere erkennen eine Eigentumsübertragung am urheberrechtlichen Werkstück⁶¹⁵ oder an der Software als Sache gemäß § 90 BGB.⁶¹⁶ Der Sachbegriff wird somit ausgeweitet, was als „sachgerecht“

610 Redeker, CR 2014, 73, 75.

611 Redeker, NJOZ 2008, 2917, 2919.

612 Koch, 405 f. in diese Richtung.

613 Redeker, NJOZ 2008, 2917, 2919 diesen von ihm vorgeschlagen Ansatz für die Einordnung von Software als Sache schließlich selbst ablehnend.

614 Koch, 402.

615 Hoeren, CR 1988, 908, 913; Hoeren/Pinelli, 58, 102.

616 Marly, Rn. 737.

beschrieben wird.⁶¹⁷ Die Eigentumsübertragung beim Kauf habe zur Folge, dass keine Beschränkungen in Bezug auf die Nutzung der Software möglich seien, denn solche stünden im Widerspruch zu § 903 BGB.⁶¹⁸ Diese freie Benutzung decke einen wesentlichen Teil des Eigentumsbegriffs aus § 903 BGB ab. Zudem habe der Nutzer eine Ausschließlichkeitsbefugnis. Er könne die Software „ungestört“ benutzen sowie „Dritte von jeder Einwirkung aus(...)schließen“. ⁶¹⁹ Gleichzeitig könne die Nutzung jedoch begrenzt und eine Weiterübertragung ausgeschlossen sein, was wiederum mit § 903 S. 1 Hs. 2 BGB vereinbar sei, denn das Urheberrecht schränke die Sachherrschaft ein.⁶²⁰ Die Erwartung des Softwarenutzers, das Programm „zeitlich unbegrenzt“ zur „freien Verfügung“ zu erhalten, führe zur Erwartung, dass Eigentum übertragen werde.⁶²¹ Im Ergebnis wird somit nicht durchgehend in sachenrechtlichen Kategorien argumentiert, sondern vielmehr erfolgen Bezugnahmen auf Nutzungsrechte.

2. Generelle Annahme eines Sachkaufs bzw. entsprechende Anwendung des Sachkaufrechts

Zum Teil erfolgt in der Literatur für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ohne näher zu differenzieren eine Einordnung als Sachkauf.⁶²² Dies wird vereinzelt beschränkt auf die Softwareüberlassung mittels

617 Bydlinski, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 310 f. dies allerdings nicht begründend.

618 Hoeren/Pinelli, 101 mit einem Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. (Der BGH sprach in dem Urteil einmal kurz die Eigentumsübertragung an der Kopie an; Beschränkungen dieses Eigentumsrechts oder andere weitergehende diesbezügliche Ausführungen erfolgten nicht); BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 ff. (In beiden letztgenannten Urteilen erfolgten keine Feststellungen zu einem Eigentumsübergang).

619 Marly, Rn. 737.

620 Marly, Rn. 738 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 23. Februar 1995 – I ZR 68/93, NJW 1995, 1556 ff.

621 Ulmer, CR 2000, 493, 495 diese Entwicklung beschreibend. BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. in diesem Grundsatzurteil bei „zumindest entsprechender Anwendung“ des Kaufrechts im Fall von Standardsoftwareüberlassung auf Dauer gegen Einmalzahlung einen Eigentumsübergang an der Kopie anerkennend; BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.

622 Allerdings lässt sich diese generelle Annahme wohl nur als zusammenfassende Stellungnahme ansehen, ohne explizit auf die gesetzlichen Merkmale eingehen zu wollen. Hoeren, GRUR 2010, 665 allerdings auch „kaufähnlich“; Hoeren/Pinelli, 58, 101

eines Datenträgers.⁶²³ Der BGH sprach früher teils von einer entsprechenden Anwendung des Sachmängelrechts gemäß § 359 BGB a.F. und folglich des Kaufrechts und ließ die Frage der direkten Anwendbarkeit offen.⁶²⁴ Andere stellen schlicht fest, dass Software eine Sache ist, weil dies der BGH sagt,⁶²⁵ oder führen aus, dass der erweiterte Sachbegriff des § 90 BGB bei einer „endgültigen Überlassung“ der Software und einem „einmaligen Entgelt“ die Anwendung des Sachkaufrechts erlaubt.⁶²⁶

3. Rechtskauf

Vereinzelt wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Rechtskauf angesehen⁶²⁷ oder ein rechtskaufähnlicher Vertrag befürwortet. Es liege ein „Einmalschuldverhältnis“ vor, bei welchem eine Kopie überlassen werde.⁶²⁸ Eine weitergehende Subsumtion erfolgt nicht. Im Übrigen wird ein Rechtskauf allein unter Anerkennung der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts anerkannt.⁶²⁹

mit Verweis auf drei Urteile des BGH, die allerdings nicht die direkte Anwendung Kaufrechts befürworteten, sondern diese konkrete Frage offen ließen, indem jeweils von einer „zumindest“ oder „jedenfalls“ entsprechenden Anwendung des Kaufrechts gesprochen wurde: BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff.; BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 ff.; Hoeren, CR 1988, 908 ff.; Kotthoff, K&R 2002, 105; Lippert, CR 2002, 458, 462; Redeker, Rn. 556 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 ff., jedoch ist der Bezugspunkt des Verweises unklar, Rn. 574 mit Verweis auf zahlreiche weitere ältere Literatur; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, R, Rn. 8.

623 Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 483.

624 BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff.; BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 ff.

625 Meyer, 168 der Frage, ob Software eine Sache ist, nachgehend, letztlich aber offen lassend, 155.

626 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499.

627 Diedrich, CR 2002, 473, 478 dies feststellend ohne näher zu differenzieren; Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 484 für den Fall der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts.

628 McGuire, GRUR 2012, 657, 662.

629 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 12; Heydn, CR 2010, 765, 772 unter Bezugnahme auf § 31 UrhG, welcher das Nutzungsrecht und demnach den Vertragsgegenstand des Rechtskaufs darstellen kann. Letztlich lässt Heydn aber offen, ob Software als Recht oder sonstiger Gegenstand gemäß § 453 BGB anzusehen ist; Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 483.

4. Kauf eines sonstigen Gegenstands

In der Gesetzesbegründung von § 453 BGB wird Software explizit als sonstiger Gegenstand genannt.⁶³⁰ Daraus wird teils gefolgert, dass Software – wenn die rechtliche Einordnung als Sache scheitert – stets unter einen solchen subsumiert werden kann.⁶³¹ Zum Teil wird aufgrund des § 453 BGB die Einordnung als Sachkauf auch abgelehnt.⁶³² Weiter führte diese Erwähnung in der Gesetzesbegründung auch zu einer Abnahme der Diskussion, wie die Softwareüberlassung unter das Kaufrecht subsumiert werden kann. Schließlich schreibt § 453 Abs. 1 BGB sowohl beim Rechtskauf als auch beim Kauf eines sonstigen Gegenstands die kaufrechtlichen Leistungspflichten und auch das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht vor.⁶³³ Aus dieser Erwähnung wird teils abgeleitet, dass der Kaufvertrag für Softwareüberlassungsverträge grundsätzlich der geeignete Vertragstypus ist, auch wenn die Frage, ob eine tatbestandliche Subsumtion erfolgen kann, nicht abschließend geklärt ist.⁶³⁴ Andere sehen mit dieser Nennung in der Gesetzesbegründung keine tiefgehende Aussage zur Sachqualität von Software, auch wäre eine solche Aussage an dieser Stelle fehl am Platz. Vielmehr müsste eine solche Festlegung im Allgemeinen Teil des BGB erfolgen, denn eine solche hätte über das Kauf- und Vertragsrecht hinausgehende Auswirkungen. Es handle sich daher in der Gesetzesbegründung allein um eine Klarstellung, dass das Kaufrecht auf die Überlassung von Software anwendbar sei.⁶³⁵

630 Gesetzesentwurf der Abgeordneten (...). Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 242 jedoch einschränkend mit dem Nachsatz, soweit die Vorschriften „passen“. Inhaltlich dem Gesetzesentwurf zustimmend Bartsch, CR 2010, 553, 558; Brox/Walker, § 1, Rn. 7; Stichtenroth, K&R 2003, 105, 106; Thewalt, 51 ff. BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 82 dies jüngst bestätigend, auch nach Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770.

631 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 8.

632 Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 364 f.; Heydn, CR 2010, 765, 772 letztlich offenlassend, ob bei § 453 BGB Software als Recht oder „sonstiger Gegenstand“ anzusehen ist, die Einordnung als Sache aber insgesamt ablehnend und nicht mehr als notwendig ansehend.

633 Dreier/Vogel, 117; von dem Bussche/Schelinski, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.2, Rn. 34, jeweils darauf hinweisend.

634 Lenhard, 130.

635 Marly, Rn. 726 ff., insbes. 728.

Teils wird allgemein § 453 BGB im Falle von Softwareüberlassung mittels eines Downloads für anwendbar erklärt,⁶³⁶ denn in diesem Fall fehlt es an einem Datenträger als Sache.⁶³⁷ Es wird argumentiert, dass Software unabhängig von der Übertragungsart ein sonstiger Gegenstand im Sinne einer „verkörperten geistigen Leistung“ ist.⁶³⁸ Eine andere Ansicht ordnet digitale Güter wie Software zumindest als Immaterialgut ein. Über § 453 BGB gelte auch für diesen Fall das Kaufrecht.⁶³⁹ Andere erkennen den Kauf eines sonstigen Gegenstands, jedoch ist keine Eigentumsübertragung, sondern die Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts in Form des Vervielfältigungsrechts geschuldet.⁶⁴⁰ Zum Teil wird vertreten, die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie 2019/770/EG hat auf die Subsumtion von Software unter § 453 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB keinen Einfluss,⁶⁴¹ andere schließen aus dieser jedoch, dass „digitale Inhalte“ Gegenstand eines Kaufvertrages sein können.⁶⁴² Teils wird in der Aufnahme von digitalen Inhalten in § 453 Abs. 1 S. 2, 3 BGB eine „indirekte Bestätigung der bereits herrschenden Meinung“ angesehen, wonach es sich früher bei Software um einen sonstigen Gegenstand gehandelt hat.⁶⁴³

5. Generelle Annahme eines Kaufvertrages bzw. entsprechende Anwendung des Kaufrechts

Obige Ausführungen⁶⁴⁴, welche Gleiches in Bezug auf den Sachkauf beschreiben, stehen dem Folgenden sehr nahe und können als mitumfasst angesehen werden. Der BGH gab sich in einigen Urteilen damit zufrieden, eine Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale des Kaufs mit dem

636 Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 56; Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 15.

637 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 2; Heydn, CR 2010, 765, 772; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 9.

638 Medicus/Lorenz, § 19, Rn. 2 letztlich offenlassend, aber anmerkend, dass, wenn Software als eine solche „verkörperte geistige Leistung“ anzusehen ist, die §§ 433 ff. direkt zur Anwendung kommen, ansonsten über § 453 BGB. Zudem wird auf die Notwendigkeit der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts verwiesen.

639 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 9.

640 Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 14.

641 Hilber, in: BeckOK IT-Recht, § 453 BGB, Rn. 1.

642 Brox/Walker, § 1, Rn. 7.

643 Martens, Rn. 415.

644 2. Teil § 1 B II. 2.

Hinweis auf eine zumindest entsprechende Anwendung des Rechts zu umgehen.⁶⁴⁵ Teils wurde auch ohne Subsumtion ein Kauf befürwortet, jedoch daneben stillschweigend der Abschluss eines Lizenzvertrages erkannt.⁶⁴⁶ Dies wird auch in der Literatur übernommen.⁶⁴⁷ Andere sehen aufgrund der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH,⁶⁴⁸ in welcher dieser eine Auslegung des Begriffs „Verkauf“ aus Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG vornahm,⁶⁴⁹ auch auf schuldrechtlicher Ebene einen

645 BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321 von einer direkten Anwendung des Kaufrechts infolge einer „Wertung (...) als Kaufvertrag“ sprechend und verweisend auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 f. sowie BGH, Urteil v. 25. März 1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004 ff. (Dieses Urteil ließ allerdings die Einordnung offen und favorisierte einen Lizenzvertrag); BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290, 1291 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. sowie BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. sowie BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff. und BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290, 1292; BGH, Urteil v. 04. November 1992 – VIII ZR 165/91, NJW 1993, 461 ff. (Eine Computeranlage samt Software kann hiernach Gegenstand eines Kaufvertrages sein und es liegt eine Sachgesamtheit vor. In dem Urteil war das Leistungsstörungenrecht relevant); BGH, Urteil v. 22. Dezember 1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. sowie BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff. und BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 ff.

646 BGH, Urteil v. 06. Oktober 2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 ff., Rn. 40 ff.

647 Peukert, § 35, Rn. 32 auch auf die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH verweisend und bei technischen Mängeln der Software das Sachmängelrecht und bei Mängeln in der Nutzungsrechtseinräumung das Rechtsmängelrecht für anwendbar haltend. Bei der Überlassung von Standardsoftware auf Zeit erkennt Peukert hingegen einen Lizenzvertrag, welcher ein Dauerschuldverhältnis Sui-Generis darstellt; Redeker, Rn. 555 f.; Redeker CR 2014, 73, 74 die Frage der schuldrechtlichen Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gegen eine Einmalzahlung seit dem Urteil des BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff. zugunsten einer kaufrechtlichen Einordnung als beantwortet ansehend. Dies sieht er durch die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH bestätigt. Zudem führt er aus: „Größere Debatten über diese Lösungen gibt es nicht mehr“. Auch gelte dies für den Erwerb von jeglichen digitalen Gütern; Westermann, in: MüKo, Vor § 433 BGB, Rn. 18 mit der „speziellen Interessenslage“ argumentierend, welche für eine Anwendung des Kaufrechts bei Softwareverträgen sprechen soll.

648 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff.; hierzu 3. Teil § 1 B II. 1.

649 Hierzu 3. Teil § 3 C II.

Verkauf von Software.⁶⁵⁰ Ein anderer Argumentationsstrang folgt einer vorgeblich wirtschaftlichen Betrachtung und Gleichstellung mit einem Kauf, ohne konkrete Anknüpfungspunkte zu nennen.⁶⁵¹ Teils wird auch offen eine Subsumtion abgelehnt. Dreier/Vogel schreiben, es ist dem juristischen Geschmack des Einzelnen überlassen, ob das Kaufrecht über § 433 Abs. 1, § 453 Abs. 1 BGB oder über eine Analogie Anwendung findet.⁶⁵²

6. Urheberrechtlicher Kauf

Von Spindler/Schneider werden eine Art urheberrechtlicher Kaufbegriff vorgeschlagen und sowohl die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH⁶⁵³ als auch die „UsedSoft II“-Entscheidung des BGH⁶⁵⁴ als Begründung herangezogen. Die Rechtsnatur sei davon abhängig, ob bei der Softwareüberlassung die Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintrete. Nur in diesem Fall komme Kaufrecht zur Anwendung. Eine Nutzungsrechtseineräumung „ohne zeitliche Begrenzung“ sei nach der Rechtsprechung des BGH in der „UsedSoft II“-Entscheidung ausreichend.⁶⁵⁵ Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG einen Verkauf als Voraussetzung für die Erschöpfung nennt.

7. Verbrauchsgüterkauf, Verbrauchsgüterkauf über digitale Produkte und Kauf eines digitalen Produktes

Der Verbrauchsgüterkauf ist eine besondere Art des Kaufs, welcher aus der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG resultiert. Bei einem solchen finden neben den Normierungen der §§ 433 ff. BGB auch die Spezialregelungen in

650 Prof. Dr. Thomas Hoeren auf dem Seminar „Aktuelle Entwicklungen im IT-Vertrags- und Datenschutzrecht“ in Münster, 31. März 2017, Transkription von Fabian Hafenbrädl; Koch, ITRB 2013, 9, 10; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 492; Witzel CRi 2012, 116, 122.

651 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499.

652 Dreier/Vogel, 120.

653 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff.; hierzu 3. Teil § 1 B II. 1.

654 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff.

655 Schneider/Spindler, CR 2014, 213.

den §§ 474 ff. BGB Anwendung.⁶⁵⁶ Bei einem Verbrauchsgüterkauf gemäß § 474 Abs. 1 BGB kauft ein Verbraucher (§ 13 BGB) von einem Unternehmer (§ 14 BGB) eine Ware. Der Terminus der Waren wird in § 241a Abs. 1 BGB legaldefiniert als „bewegliche Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden“. Zum 01. Januar 2022 ist zudem in Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 und der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 § 475a BGB Kraft getreten, welcher den „Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte“ normiert.⁶⁵⁷ Es handelt sich bei § 475a Abs. 1 BGB um eine Lex Specialis gegenüber § 474 BGB, welche einschlägig ist bei dem Verkauf von körperlichen Datenträgern wie beispielsweise USB-Sticks, DVD oder CD, welche ausschließlich als Träger von digitalen Inhalten dienen. Auf solche Kaufverträge kommen gemäß § 475 Abs. 1 S. 2 BGB die Regelungen über digitale Inhalte gemäß §§ 327 ff. BGB zur Anwendung und diese Sachverhalte werden dem Kaufrecht entzogen. Wird allein die Software als Vertragsgegenstand eines Verbraucher-Kaufvertrages betrachtet, so kann diese als digitaler Inhalt Gegenstand eines Kaufvertrages gemäß § 453 Abs. 1 S. 2 BGB sein. Jedoch kommen auch in diesem Fall vorrangig die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung und nicht das in den §§ 433 ff. BGB normierte Kaufrecht.⁶⁵⁸ Folglich ist die dauerhafte Überlassung von Stan-

656 Brox/Walker, § 7, Rn. 1 f.

657 Teils war früher – für den Fall der Verneinung der Sacheigenschaft von Software – auch die Anwendbarkeit der Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs abgelehnt worden. Da § 453 Abs. 1 BGB a.F. nicht auf die §§ 474 ff. BGB verwies, sollten die §§ 474 ff. BGB allein den Kauf beweglicher Sachen normieren. Auch wurde § 453 BGB als Lex Specialis angesehen, Spindler/Klöhn, CR 2003, 81, 84 beschreibend, aber selbst bezweifelnd, mit Verweis auf zahlreiche weitere Quellen. Die Stellung des § 453 BGB im Gesetz am Ende des Sachkaufs, aber vor dem Verbrauchsgüterkauf, habe gegen eine Verweisung auf die §§ 474 ff. BGB gesprochen. Allerdings habe eine analoge Anwendung bejaht werden können, Spindler/Klöhn, CR 2003, 81, 84 f. Aus Wertungsgesichtspunkten sei jedoch zu beachten gewesen, dass das Merkmal der körperlichen Sache, welches insbesondere Unternehmens- und Immobilienkäufe, die nicht den Bereich des Verbraucherschutzes betreffen, ausgeschlossen habe, bei Software dem Wesen nach einschlägig gewesen sei. Digitale Güter wie Software hätten demnach entweder ein Verbrauchsgut im Sinne des § 474 BGB dargestellt (von dem Bussche/Schelinski, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.6, Rn. 53.) oder wären als einem Konsumgut vergleichbar in Form von einer analogen Rechtsanwendung in die §§ 474 ff. BGB miteingeschlossen gewesen, Dreier/Vogel, 206 f.

658 Faust, in: BeckOK BGB, § 433 BGB, Rn. 26a jedoch nicht klar Stellung nehmend, ob digitale Inhalte allein Gegenstand eines Verbrauchsgüterkauf sein können; Hilber, in: BeckOK IT-Recht, § 433 BGB, Rn. 1a.

dardsoftware weder als Verbrauchsgüterkauf, als Verbrauchsgüterkauf über digitale Produkte noch als Kaufvertrag über digitale Produkte zu qualifizieren, vielmehr kommen die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung.⁶⁵⁹ Dies steht im Einklang mit der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770.⁶⁶⁰ Einer etwaigen schuldrechtlichen Einordnung im Verbraucherschutzrecht würde auch keine Indizwirkung für Nicht-Verbraucherverträge zukommen.⁶⁶¹

8. Zusammenfassung

Für eine kaufrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware werden verschiedene Ansätze vertreten. Zum einen ist dies eine Einordnung als Sachkauf. Hierbei wird entweder die Software mit Datenträger, Software an sich oder die Software aufgrund ihrer immanenten Verkörperung auf einem Datenträger als Sache angesehen. Nach einem anderen Ansatz wird das Sachkaufrecht entweder generell angenommen oder entsprechend angewandt. Zum anderen wird in diesem Softwarevertrag auch ein Rechtskauf oder ein Kauf eines sonstigen Gegenstands gesehen. Andere bevorzugen eine generelle Annahme eines Kaufvertrages bzw. eine entsprechende Anwendung des Kaufrechts. Wieder andere nehmen eine urheberrechtliche Betrachtung vor.

II. Pachtvertrag

Vereinzelt wird für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware auch der Pachtvertrag erwähnt, welcher in den §§ 581 ff. BGB normiert ist. Bei einem solchen überlässt der Verpächter gemäß § 581 Abs. 1 S. 1 BGB sowohl den Gebrauch eines Gegenstands als auch den Genuss von dessen Früchte für die Pachtzeit an den Pächter. Der Pächter bezahlt als Gegenleistung gemäß Abs. 1 S. 2 die Pacht. Gemäß Abs. 2 sind für das Pachtrecht grundsätzlich die Normen des Mietrechts anzuwenden, außer §§ 582 bis 584b BGB regeln Abweichendes.

Die Befürwortung der Rechtsnatur des Pachtvertrages für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware erfolgt stets nicht originär. Es wird

659 Hierzu 2. Teil § 1 B IV. 2.

660 Hierzu 2. Teil § 1 A II.

661 Hierzu 2. Teil § 1 A II. 2., B IV.

ein Lizenzvertrag angenommen, welcher auf schuldrechtlicher Ebene als typengemischter Vertrag einzuordnen ist, der neben kauf- auch pachtrechtliche Elemente enthält.⁶⁶² Die pachtrechtliche Rechtsnatur der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware wird im Rahmen einer lizenzvertraglichen Einordnung wieder aufgegriffen.⁶⁶³

III. Immaterialgüterrechtlicher Vertrag

1. Rechtseinräumung im Urheberrecht: Lizenzvertrag

Das Urheberrecht kann in Deutschland gemäß §§ 28, 29 Abs. 1 UrhG allein im Rahmen der Erbfolge übertragen werden. Diese Einschränkung stellt eine Ausprägung der in Deutschland bestehenden monistischen Theorie dar. Gemäß §§ 29 Abs. 2, 31 UrhG können jedoch Nutzungsrechte eingeräumt werden. Dies erfolgt mittels eines Lizenzvertrages. Ein solcher hat grundsätzlich die Nutzung von Immaterialgüterrechten⁶⁶⁴ bzw. von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen zum Gegenstand. Dem Lizenznehmer wird gegen Zahlung einer Lizenzgebühr an den Lizenzgeber die Nutzung eines Lizenzgegenstands, welcher unkörperlich ist,⁶⁶⁵ ermöglicht.⁶⁶⁶ Der Lizenzvertrag wird im deutschen Recht nicht gesetzlich normiert,⁶⁶⁷ aber in den §§ 15 Abs. 2, 3 sowie 23, 24 PatG und in den §§ 32a Abs. 2, 69a Abs. 1 Nr. 1 UrhG erwähnt.⁶⁶⁸ Zudem sind Lizenzverträge als Nutzungsrechtseinräumung im Sinne des § 31 UrhG anerkannt.⁶⁶⁹ Es werden keine Rechte übertragen oder die Herrschaft über den Lizenzgegenstand abgegeben, sondern ein positives Nutzungsrecht⁶⁷⁰ im Sinne des § 31 UrhG

662 Harke, in: MüKo, § 581 BGB, Rn. 27.

663 Hierzu 2. Teil § 1 B III. 2. c).

664 Bartenbach, A, Rn. 34; McGuire, 381 in diese Richtung, teils wird der mögliche Gegenstand eines Lizenzvertrages heute auch erweitert, was bezüglich der urheberrechtlich geschützten Software aber nicht weiter von Relevanz ist, 381 ff. Vertiefend zum Lizenzbegriff Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 785.

665 Groß, Rn. 13 in diese Richtung; Pahlow, 191.

666 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 485; Pahlow, 256.

667 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 148 f. darauf verweisend; Lenhard, 132; Pahlow, 181.

668 Der Verlagsvertrag ist als eigenständiger Lizenzvertrag im Verlagsgesetz normiert, Lenhard, 132.

669 Bartenbach, A, Rn. 243.

670 Bartenbach, A, Rn. 74; Pahlow, 255.

begründet.⁶⁷¹ Der Terminus „Lizenz“ ist Synonym von „Nutzungsrecht“.⁶⁷² Gerichtliche Anerkennung vom BGH erlangte der Lizenzvertrag schon im Jahr 1951 und wurde als ein „urheberrechtlicher Nutzungsvertrag“ beschrieben.⁶⁷³

Ein Lizenzvertrag kann im Allgemeinen der Gruppe der Gebrauchsüberlassungsverträge zugeordnet werden.⁶⁷⁴ Dabei stellt neben der Genussverschaffung auch die fortdauernde Genusserhaltung eine Hauptleistungspflicht des Lizenzgebers dar.⁶⁷⁵ Folglich ist ein Lizenzvertrag ein Dauerschuldverhältnis,⁶⁷⁶ denn es findet kein einmaliger Güteraustausch statt. Der Umfang der Gesamtleistung ist von der Vertragslaufzeit abhängig.⁶⁷⁷ Das Element der „Dauer“ kann bei Lizenzverträgen, die eine einmalige Übergabe einer Sache samt einmaliger Rechtseinräumung vorsehen, im „Belassen“ des Rechts liegen.⁶⁷⁸ Auch ein Lizenzvertrag ist in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft aufgeteilt. Ersteres umfasst die Pflicht zur Einräumung des Nutzungsrechts sowie die Verpflichtung zur Entrichtung der Lizenzgebühr. Zweiteres betrifft die Erfüllung dieser Pflichten.⁶⁷⁹ Ein Lizenzvertrag ist ein Risikogeschäft, denn es bestehen sowohl für den Lizenznehmer als auch für den Lizenzgeber stets Unsicherheiten, insbesondere hinsichtlich der tatsächlich möglichen Nutzung des Lizenzgegenstands.⁶⁸⁰ Ein Formerfordernis besteht allein hinsichtlich zukünftiger Werke gemäß § 40 Abs. 1 UrhG.⁶⁸¹

671 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 82. Werden Immaterialgüterrechte hingegen in ihrer Integralität übertragen, so ist dies ein Rechtskauf, Weidenkaff, in: Grüneberg, Einführung von § 433 BGB, Rn. 22.

672 Pahlow, 188 f.

673 BGH, Urteil v. 15. Juni 1951 – I ZR 121/50, NJW 1951, 705 feststellend, dass bei einem Filmverwertungsvertrag der urheberrechtliche Teil den Hauptteil ausmacht und deshalb für das Wesen des Vertrages entscheidend ist.

674 Mc Guire, 624.

675 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 456, 461.

676 BGH, Urteil v. 25. Februar 1977 – I ZR 67/75, NJW 1977, 1778 im Urheberrecht (Verlagsvertrag). Bartenbach, A, Rn. 38; Groß, Rn. 20; Haedicke, 247 auf zahlreiche Literatur und Rechtsprechung verweisend; Hilty, Urheberrecht, Rn. 615; McGuire, 625 dies als h.M. in Literatur und Rechtsprechung darstellend; Pahlow, 260.

677 McGuire, 624.

678 Haedicke, 255.

679 Bartenbach, A, Rn. 35.

680 Bartenbach, A, Rn. 52.

681 Bartenbach, A, Rn. 246.

Eine ausschließliche Lizenz räumt dem Lizenznehmer ein exklusives Nutzungsrecht ein,⁶⁸² der Lizenzgeber sichert in diesem Fall zu, Dritten keine weiteren Lizenzen einzuräumen.⁶⁸³ Im deutschen Urheberrecht ist dies in § 31 Abs. 3 S. 1 UrhG normiert und wird als „dinglich“ beschrieben,⁶⁸⁴ da die Ausschließlichkeit für den Nutzer ein „quasi-dingliches“^{685/} „dingliches Recht“ schafft.⁶⁸⁶ Treffender ist der Begriff des absoluten Rechts, zudem sind dingliche Rechte stets Teil der Menge der absoluten Rechte.⁶⁸⁷ Eine solche absolute Rechtsposition ist von einer einfachen, rein schuldrechtlichen Lizenz, welche nur relativ wirkt, abzugrenzen.⁶⁸⁸ Bei einer einfachen Lizenz steht das Nutzungsrecht im Mittelpunkt⁶⁸⁹ und es wird dem Nutzer ein „gewöhnliches Nutzungsrecht“ eingeräumt, jedoch können vom Lizenzgeber weitere Lizenzen an andere Lizenznehmer eingeräumt werden. Im Urheberrecht kann eine Lizenz hinsichtlich einzelner oder aller Nutzungsrechte eingeräumt werden.⁶⁹⁰ § 31 Abs. 5 UrhG normiert die Zweckübertragungslehre, welche die Einräumung eines Nutzungsrechts in der Weise beschränkt, dass im Zweifel nur die Rechte in dem Umfang eingeräumt werden, wie es für den Zweck des Vertrages erforderlich ist.⁶⁹¹

2. Rechtsnatur des Lizenzvertrages

Grundsätzlich fehlt in den nationalen Rechtsordnungen in Europa ein normiertes Lizenzvertragsrecht.⁶⁹² Auch der EuGH hat sich kaum zum Lizenz-

682 Groß, Rn. 36.

683 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 238; Hilty, Urheberrecht, 620.

684 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 112 beschreibend mit Verweis auf zahlreiche Quellen, aber auch auf die entgegenstehende Mindermeinung.

685 Teils wird auch der Terminus „quasi-dinglich“ verwendet, um die Nähe zu dinglichen Rechten darzustellen, Hilty, Lizenzvertragsrecht, 110 beschreibend.

686 Groß, Rn. 36 vertiefend mit Verweis auf zahlreiche weitere Literatur, Rn. 361 mit weiterer Rechtsprechung und Literatur.

687 Groß, Rn. 36; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 107 ff., insbesondere 109, 112 beschreibend.

688 Groß, Rn. 39; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 108 f., 114 auch darauf verweisend, dass „dinglich“ ein sachenrechtlicher Terminus ist. „Absolut“ hingegen beschreibe Rechtsbeziehungen, welche auf Sachen beruhen.

689 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 242 ff. Nicht von Relevanz an dieser Stelle sind zudem die „qualifizierte Lizenz“ und die „nicht ausschließliche Lizenz“, hierzu Hilty, Urheberrecht, Rn. 622 f.

690 Bartenbach, A, Rn. 245.

691 Hierzu auch Bartenbach, A, Rn. 245.

692 Hilty, RabelsZ 2012, 76/2, 339, 344, 351 f.

vertrag geäußert.⁶⁹³ In der deutschen Rechtsliteratur und Rechtsprechung werden unterschiedliche Ansichten zur Rechtsnatur des Lizenzvertrages hervorgebracht.

a) Rechtskaufvertrag

Teils wird der Lizenzvertrag als ein Rechtskauf gemäß § 453 BGB⁶⁹⁴ angesehen.⁶⁹⁵ Allerdings mangelt es an einer der Eigentumsübertragung entsprechenden Schutzrechtsübertragung. Zudem fehlt bei einem Austauschvertrag wie dem Kauf der Dauerschuldcharakter des Lizenzvertrages.⁶⁹⁶ Somit ist die Rechtsnatur des Rechtskaufs für den Lizenzvertrag abzulehnen.⁶⁹⁷

b) Mietvertrag

Andere sehen in einem Lizenzvertrag auf schuldrechtlicher Ebene einen Mietvertrag, § 535 ff. BGB.⁶⁹⁸ Bei einer Miete gewährt gemäß § 535 Abs. 1 BGB eine Partei einer anderen Partei eine Sache auf Zeit. Als Gegenleistung ist gemäß Abs. 2 die vereinbarte Miete zu bezahlen, welche

693 Bis heute hat sich der EuGH kaum ausführlich zum Lizenzvertragsrecht geäußert. Beispielsweise in der „Falco“-Entscheidung, EuGH, Urteil v. 23. April 2009 – C 533/07 („Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst“), GRUR 2009, 753 ff. in welcher die Rechtsfrage, ob Lizenzverträge Dienstleistungsverträge im Sinne des Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 v. 16. Januar 2001, S. 1–23, sind, erfolgten im Urteil und in den Schlussanträgen (27. Januar 2009 – C 533/07) Ausführungen zum Lizenzvertrag. In den Schlussanträgen wird neben der Darlegung von mitgliedstaatlichen Regelungen hinsichtlich der Rechtsnatur des Lizenzvertrages (Rn. 48 ff.), der Feststellung, dass eine gemeinschaftsrechtliche Regelung fehlt (Rn. 49), der Beschreibung der Leistungspflichten (Rn. 58; im Urteil wird hierauf verwiesen, Rn. 31) eine Abgrenzung zur Miete bzw. Pacht (Rn. 66) vorgenommen.

694 Zum Rechtskauf 2. Teil § 1 B I. 3.

695 Groß, Rn. 19 beschreibend; Heydn, CR 2010, 765, 772 unter Bezugnahme auf § 31 UrhG, welcher demnach das Nutzungsrecht und somit den Vertragsgegenstand des Rechtskaufs darstellt. Heydn lässt offen, ob bei § 453 BGB Software als Recht oder sonstiger Gegenstand anzusehen ist; Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 483; Pahlow, 258.

696 Bartenbach, A, Rn. 45; Groß, Rn. 20; Pahlow, 260.

697 BGH, Urteil v. 23. März 1982 – X ZR 76/80, NJW 1982, 2861, 2862.

698 Groß, Rn. 19 beschreibend; Pahlow, 258.

regelmäßig eine Geldleistung darstellt.⁶⁹⁹ Hauptpflicht des Vermieters ist die Gebrauchsüberlassung der Sache gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB⁷⁰⁰ bzw. eines digitalen Produktes gemäß § 348a BGB.⁷⁰¹ Eine Rechtsmiete kennt das deutsche Recht nicht.⁷⁰² Im Falle einer Sache ist der Sachbegriff des § 90 BGB heranzuziehen.⁷⁰³ Ein Nutzungsrecht, welches Gegenstand eines Lizenzvertrages ist, stellt keine Sache dar.⁷⁰⁴ Zudem bestünden *prima vista* zwischen Lizenz- und dem Mietrecht große Wertungsunterschiede.⁷⁰⁵ Folglich stellt ein Lizenzvertrag keine Miete im Sinne des BGB dar.

c) Pachtvertrag

Von einem Teil der Literatur wird der Lizenzvertrag als Pachtvertrag angesehen.⁷⁰⁶ Da ein Nutzungsrecht im Mittelpunkt steht, ist von einer Rechtspacht die Rede.⁷⁰⁷ Eine einfache Lizenz stelle eine Pacht dar, eine ausschließliche Lizenz hingegen einen pachtähnlichen Vertrag, welcher einen starken kaufrechtlichen Einschlag habe.⁷⁰⁸ Das Pachtrecht mit der Garantiehafung nach §§ 581 Abs. 2, 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB analog wird allerdings als nicht adäquat für Lizenzverträge angesehen,⁷⁰⁹ denn diese stellen für beide Seiten jeweils ein Risikogeschäft dar. Dem wird entgeg-

699 Brox/Walker, § 10, Rn. 5. Die Mietzahlung erfolgt regelmäßig in wiederkehrenden Zeitabständen, kann aber auch als Einmalzahlung ausgestaltet sein, § 11, Rn. 22.

700 Brox/Walker, § 10, Rn. 4, § 11, Rn. 1. Zudem besteht eine Gebrauchserhaltungspflicht beim Vermieter. Um diese zu erfüllen, ist „die Sache für die Dauer der Mietzeit“ gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB beim Mieter zu belassen und in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten, vertiefend § 11, Rn. 2 f.; letzte Pflicht ist allerdings abdingbar, Rn. 4.

701 Brox/Walker, § 10, Rn. 3; Häublein, in: MüKo, § 535 BGB, Rn. 76.

702 Bartenbach, A, Rn. 50; Groß, Rn. 21; Lutz, GRUR 1976, 331, 334.

703 Medicus/Lorenz, § 22, Rn. 5, § 23, Rn. 5.

704 Zum Sachbegriff des BGB 2. Teil § 1 B I. 1.

705 Hilty, RabelsZ 2012, 76/2, 339, 352.

706 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 67 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 03. Juni 1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684, der allerdings von einem Know-How-Vertrag spricht; Groß, Rn. 23; Haedicke, 108 in diese Richtung; Harke, in: MüKo, § 581 BGB, Rn. 27; Lutz, GRUR 1976, 331, 334; Pahlow, 259 f., 264 ff. Zum Pachtvertrag 2. Teil § 1 B II.

707 Medicus/Lorenz, § 26, Rn. 1, 3.

708 Harke, in: MüKo, § 581 BGB, Rn. 27 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 15. Juni 1951 – I ZR 121/50, NJW 1951, 705 f., welcher eine pachtrechtliche Einordnung insbesondere wegen des Leistungsstörungenrechts vornimmt. Harke bewertet jedoch kritisch, dass der dingliche Charakter relevant für die Bestimmung der Rechtsnatur sein soll.

709 Bartenbach, A, Rn. 52.

net, die Privatautonomie und das Vertragssystem schaffen indessen einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen.⁷¹⁰ Dies kann mangels Relevanz für die Frage der Subsumtion unter einen gesetzlichen Tatbestand dahinstehen. Weiter habe das Pachtrecht einen Sozialschutzgedanken, welcher im Lizenzvertragsrecht fehle.⁷¹¹ Zudem könne ein Pachtvertrag den dinglichen Charakter einer ausschließlichen Lizenz nicht erklären⁷¹² und verlange die Rückgabe des Pachtgegenstands, bei einem Lizenzvertrag verbleibe das Schutzrecht aber stets beim Rechtsinhaber.⁷¹³

Die pachtrechtliche Einordnung der Softwareüberlassung wurde insbesondere früher – bis Beginn der 1990er Jahre – befürwortet.⁷¹⁴ Zu dieser Zeit war Software noch nicht urheberrechtlich geschützt. So beschrieb beispielsweise im Jahr 1984 der BGH die Überlassung von Standardsoftware als Lizenzvertrag, welcher nach pachtrechtlichen Grundsätzen als Know-How-Vertrag anzusehen ist.⁷¹⁵ Gegen eine pachtrechtliche Einordnung spricht heute, dass eine Pacht desselben Rechts nicht parallel an mehrere Pächter erfolgen kann, Standardsoftwareverträge jedoch Massenverträge darstellen.⁷¹⁶ Es wird versucht, dieses Argument mit sogenannten Timesharing-Modellen zu entkräften, bei welchen eine „Mehrfachverpachtung“ erfolgen soll. Allerdings wird Software parallel⁷¹⁷ genutzt und Standardsoftware wird zudem regelmäßig nicht in Timesharing-Modellen vertrieben. In einer Gesamtschau kann festgehalten werden, dass der Lizenzvertrag die gesetzlichen Merkmale einer Pacht nicht erfüllt. Auch eine vergleichbare Interessenslage, welche eine analoge Anwendung des Pachtrechts begründen könnte, ist nicht ersichtlich.⁷¹⁸

710 Pahlow, 267 f.

711 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 159.

712 Groß, Rn. 23.

713 Bartenbach, A, Rn. 51.

714 Redeker, Rn. 558 darauf verweisend.

715 BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 den Gedanken aber nicht weiterverfolgend und zumindest eine entsprechende Anwendung des Sachkaufrechts befürwortend.

716 Groß, Rn. 23.

717 Pahlow, 265 f.

718 A.A. Pres, CR 1994, 520, 524 eine solche befürwortend.

d) Gesellschaftsvertrag

Teils wird der Lizenzvertrag als Gesellschaftsvertrag angesehen.⁷¹⁹ Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts („GbR“) gemäß §§ 705 ff. BGB erfordert zum einen eine vertragliche Dauerbeziehung samt dauernder Pflichtanspannung zwischen den Gesellschaftern. Weiter muss ein für die Gesellschafter bestehender gemeinsamer Zweck vorliegen, für dessen Erfüllung bei jedem der Gesellschafter eine Förderungspflicht besteht. Drittes wesentliches Merkmal ist eine Treuebindung der Gesellschafter. Hierbei kommt der persönliche Charakter des Zusammenschlusses zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Ausdruck.⁷²⁰ Die alleinige Einräumung eines Nutzungsrechts an den Softwarenutzer gegen eine Lizenzgebühr ist nicht ausreichend für einen solchen gemeinsamen Zweck. Es müsste ein darüberhinausgehendes gemeinsames Ziel der Vertragsparteien bestehen, auf welches diese hinarbeiten. Eine solche Konstellation fehlt jedoch bei einem Lizenzvertrag, bei dem der Lizenznehmer und der Lizenzgeber jeweils allein eigene Interessen verfolgen.⁷²¹ Im Ergebnis kann der Lizenzvertrag nicht als Gesellschaftsvertrag eingeordnet werden.

e) Nießbrauch

Der Nießbrauch wird in § 1030 Abs. 1 BGB legaldefiniert: „Eine Sache kann in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen.“ Gemäß § 1068 Abs. 1 BGB können auch Rechte wie beispielsweise Immaterialgüterrechte Gegenstand eines Nießbrauchs sein. Nach § 1041 BGB hat „der Nießbraucher (...) für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen“. Insbesondere bei einer einfachen Lizenz ist hingegen der Lizenzgeber mit dieser Pflicht belastet. Auch der Verweis auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis in § 1065 BGB, welcher im Fall von Beeinträchtigungen Ansprüche auf dieses beschränkt, entspreche nicht den Wertungen einer Lizenz.⁷²² Folglich ist ein Nießbrauch nicht einschlägig.

719 Groß, Rn. 19 aufzählend.

720 Schäfer, in: MüKo, Vor §§ 705 ff. BGB, Rn. 6 ff.

721 Bartenbach, A, Rn. 56 ff.; Groß, Rn. 22; Pahlow, 260 f.

722 Bartenbach, A, Rn. 55.

f) Vertrag Sui-Generis

Verträge Sui-Generis sind neugeschöpfte Verträge und entsprechen keinem Nominatvertrag.⁷²³ Sie können im deutschen Schuldrecht bestehen, denn es herrscht Vertragsinhaltsfreiheit, welche auf eine Vertragstypenfreiheit abzielt. Somit ist eine Bindung an die im Gesetz normierten Vertragstypen nicht vorgeschrieben und diese stellen keinen abschließenden Katalog dar.⁷²⁴ Unterschieden werden kann bei Innominatverträgen zwischen Typenkombinationsverträgen, Typenverschmelzungsverträgen, Verträge mit andersartiger Gegenleistung und atypischen Verträgen im engeren Sinne.⁷²⁵ Es können zum einen neue Verträge geschaffen, zum anderen auch bestehende kombiniert werden.⁷²⁶ Bei der Kombinationstheorie bzw. der Theorie der analogen Rechtsanwendung ist stets das für die einzelnen Vertrags-teile passende Recht anzuwenden.⁷²⁷ Atypische Verträge liegen vor, wenn eine Einordnung in Nominatverträge nicht erfolgen kann. Es ist insbesondere der Vertragszweck bzw. das Interesse der Parteien zu betrachten, was sich auch in den „essentialia negotii“ widerspiegelt.⁷²⁸ Werden Verträge Sui-Generis im weiten Sinn betrachtet, dann liegt ein solcher vor, wenn einzelne Merkmale des Vertrages nicht gesetzlich normiert sind.⁷²⁹

Im deutschen Recht sieht die Mehrheit der Literaturmeinungen in einer Lizenz einen Vertrag Sui-Generis.⁷³⁰ Allerdings bleibt der Vertrag seinem Wesen nach ein Lizenzvertrag, denn das prägende Element ist die Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts.⁷³¹ Ein solcher Lizenzvertrag übernimmt unterschiedliche Elemente aus dem Nominatvertragsrecht wie dem Kauf- und dem Mietrecht, aber auch dem Pacht- und dem Ge-

723 Hilty, RabelsZ 2012, 76/2, 339, 352 darauf verweisend, dass andernfalls das Problem besteht, dass – von einer internationalen Perspektive aus – unterschiedliche nationale Ausprägungen der Nominatverträge zur Geltung kommen.

724 Lenhard, 9, 199 ff. diese als atypische Verträge bezeichnend; Medicus/Lorenz, § 56, Rn. 1; Meyer, 93; Ulmer, CR 2000, 493, 498 f.

725 Lenhard, 202 f.; Medicus/Lorenz, § 57, Rn. 2 ff., 10 ff., 14 ff.

726 Meyer, 94.

727 Grünberg, in: Grüneberg, Überbl. v. § 311 BGB, Rn. 21; Lenhard, 207; Medicus/Lorenz, § 57, Rn. 1 ff.

728 Lenhard, 203 f.

729 Ulmer, CR 2000, 493, 499 in diese Richtung.

730 Bartenbach, A, Rn. 61 aufzählend; Dreier/Vogel, 119; Fritzsche, JuS 1995, 498, 499; Groß, Rn. 19 beschreibend mit weiteren Verweisen; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 155 für das Schweizer Recht auch mit weiteren Verweisen; Peukert, § 35, Rn. 33 ein Dauerschuldverhältnis Sui-Generis erkennend (bei der Softwareüberlassung auf Zeit).

731 Hilty, Urheberrecht, Rn. 710.

sellschaftsrecht.⁷³² Ein Lizenzvertrag hat auch Inhalte, welche sich nicht in Nominatverträgen finden, wie besondere Leistungsstörungen, welche der Einordnung als Dauerschuldverhältnis geschuldet sind.⁷³³ Zudem wird die Einräumung eines immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechts nicht in einem Nominatvertrag behandelt. Daher ist ein Lizenzvertrag nicht als typengemischter Vertrag anzusehen, sondern stellt eine „Neuschöpfung“ dar.⁷³⁴

g) Zusammenfassung

Ein Lizenzvertrag hat die Rechtsnatur eines Vertrages Sui-Generis. Es besteht in der Folge kein abschließend geregeltes Gesetzesrecht.

3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Lizenzvertrag

a) Exkurs: Historischer Hintergrund

Schon in den 1980er Jahren wurde der Softwareüberlassungsvertrag – da der Programmablauf eine urheberrechtlich relevante, zustimmungsbedürftige Handlung darstellen sollte – als urheberrechtlicher Lizenzvertrag angesehen.⁷³⁵ Der BGH erklärte im Jahr 1981, dass ein solcher Vertrag über die Nutzung von Software weder dem Kaufrecht noch dem Miet- oder dem Pachtrecht unterworfen werden kann, allein einzelne Normen dieser

732 BGH, Urteil v. 15. Juni 1951 – I ZR 121/50, NJW 1951, 705, 706; BGH, Urteil v. 03. November 1988 – I ZR 242/86, NJW 1989, 456, 457 bzw. für Software BGH, Urteil v. 17. November 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915, 916 (allerdings als entsprechend der Rechtspacht beschreibend). Bartenbach, A, Rn. 44; Fritzsche, JuS 1995, 498, 499 durch die evtl. entsprechende Rechtsanwendung von Nominatvertragsrecht letztlich in Frage stellend, ob Software unter einen Nominatvertrag subsumiert werden kann.

733 Hilty, Urheberrecht, Rn. 630 ff. in diese Richtung.

734 Dreier/Vogel, 119; Fritzsche, JuS 1995, 498, 499,

735 Hoeren, CR 1988, 908, 910 dies als h.M. beschreibend, mit Verweisen auf damals bestehende Literatur in den Rn. 23–26; Redeker, Rn. 557 darauf verweisend, dass früher Softwareverträge als Lizenz- oder Know-How-Verträge angesehen wurden, sowie mit Verweis auf Müller-Hengstenberg, CR 1986, 441, 443, welcher zur damaligen Zeit in der Praxis nur urheberrechtliche Lizenzverträge erkannte, außer wenn eine vollständige Rechtsübertragung stattfindet. Nur eine solche entspreche dem Wesen des Kaufrechts.

Verträge können aus Wertungsgründen herangezogen werden. Bestehe urheberrechtlicher Schutz des Computerprogramms, so liege eine Lizenz vor. Zudem gelte kein spezifisches Leistungsstörungenrecht.⁷³⁶ Vor Erlass der Richtlinie 91/250/EWG erfolgte teils eine Gleichstellung der Überlassung von Computersoftware mit der eines Patents bzw. der Know-How-Nutzung und in der Folge auch eine Einordnung als Lizenzvertrag. Kauf- oder werkvertragliches Leistungsstörungenrecht könne zur Anwendung kommen.⁷³⁷ Auch Köhler stellte im Jahr 1987 fest, dass bei der Überlassung von Standardsoftware regelmäßig ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt und nicht wie üblicherweise bei Kaufverträgen ein Vermögenswert übertragen wird. Zudem fehle eine Vermögensminderung beim Softwareanbieter.⁷³⁸

b) Einräumung eines Nutzungsrechts als Lizenzvertrag

Auch heute wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware teils als Lizenzvertrag angesehen.⁷³⁹ Die Einräumung eines einfachen urheberrechtlichen Nutzungsrechts in Form eines Vervielfältigungsrechts stelle eine Li-

736 BGH, Urteil v. 03. Juni 1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684 f. in diese Richtung.

737 Heussen, GRUR 1987, 779, 789 f.

738 Köhler, CR 1987, 827, 830 jedoch trotzdem einen Kaufvertrag bzw. einen „kaufähnlichen Vertrag“ befürwortend. Zudem merkte er an, dass Software auf einem Datenträger gespeichert ist und die vertragliche Konstellation daher einem Kaufvertrag über ein Druckwerk gleicht. Diese Argumentation beschreibt die teils heute noch bestehenden Zweifel. So nimmt Köhler trotz der zutreffenden Feststellungen zur Vertragsrealität einen Kaufvertrag an. Die „Problematik“, dass nur ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt wird, sieht Köhler nicht auf der Ebene der Bestimmung der Rechtsnatur, sondern bei einer Inhaltskontrolle des Vertrages.

739 Bartenbach, A, Rn. 275 ff.; Beier, in: Pagenberg, Kap. 13, Rn. 21, Kap. 14, Rn. 31 sowie Kap. 13, Rn. 14 in welchem stets vom Lizenznehmer und -geber die Rede ist; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 243 f., 257; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 280; Hilty, GRUR 2018, 865, 866 f.; Kindermann, GRUR 1983, 150, 156; Loewenheim, in: Schierenholz/Melichar, 65, 66; Metzger, NJW 2003, 1994, 1995; Moritz, CR 1989, 1049; Moritz, CR 1994, 257; Müller-Hengstenberg NJW 1994, 3129; Nordemann, CR 1996, 5, 7 schon im Jahr 1995 die Diskussion über die schuldrechtliche Einordnung als beendet ansehend (da Nutzungsrechte gemäß § 31 Abs. 1, 29 S. 2 UrhG nicht im Rahmen eines Sach- bzw. Rechtskaufs übertragen werden können, liegt nach Nordemann ein urheberrechtlicher Nutzungsvertrag vor. Allein ein gemischter Vertrag, welcher neben der Lizenz auch einen Kaufvertrag über den Datenträger beinhalte, könne bestehen); Pres, CR 1994, 520, 522; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 259 auf den Lizenzvertrag zwischen Softwareanbieter und -nutzer Bezugnehmend; Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 785; Ulmer, CR 2000, 493, 499; Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 489, 499.

zenz dar.⁷⁴⁰ Auch in der Rechtsprechung wurde die lizenzrechtliche Natur der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware schon befürwortet⁷⁴¹ und von „urheberrechtlichen Nutzungsverträgen“ gesprochen,⁷⁴² allerdings nur in Fällen, die keine gewährleistungsrechtlichen Fragestellungen zum Gegenstand hatten. In einer insolvenzrechtlichen Entscheidung nahm der BGH bei Softwareüberlassungsverträgen auf einen Erwerb von Nutzungsrechten, einen Nutzungsvertrag und auf das Urheberrecht Bezug.⁷⁴³ Allein in den oben⁷⁴⁴ genannten vertragsrechtlichen Entscheidungen insbesondere des VIII. Zivilsenats des BGH wird stets die Einordnung von Software als Sache befürwortet. Allerdings führte der BGH in der vertragsrechtlichen „ASP“-Entscheidung aus, dass, soweit die Software urheberrechtlich geschützt ist, auch urheberrechtlich relevante Vereinbarungen bestehen müssen.⁷⁴⁵ Hiermit hat der BGH dem Fokus auf Nominatverträge nun ausdrücklich eine Absage erteilt, wird diesbezüglich angemerkt.⁷⁴⁶ Allerdings steht dieser von vielen unbeachtete Absatz in dem betreffenden Urteil erst nach den Feststellungen, dass Software eine Sache ist. Selbst bei Autoren, die den Fokus der „ASP“-Entscheidung auf die Sachqualität von Software legen, wird erkannt, dass die urheberrechtliche Berechtigung der Softwarenutzung sich unstreitig aus einer urheberrechtlichen Lizenz ergibt.⁷⁴⁷ Der teils so genannte „käufliche Erwerb“ von Software umfasse letztlich allein eine Nutzungsrechteinräumung.⁷⁴⁸

740 Kindermann, GRUR 1983, 150, 156; McGuire, 65.

741 BGH, Urteil v. 19. Juli 2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 in dieser urheberrechtlichen Entscheidung die Softwareüberlassung ohne Diskussion als Lizenzvertrag einordnend; OLG Köln, Urteil v. 14. Februar 2001 – 19 U 176/95, BeckRS 2001, 05514, Rn. 103 ff. in einem vertragsrechtlichen, nicht aber das Leistungsstörungsrecht betreffenden, Urteil; OLG Düsseldorf, Urteil v. 29. Mai 2001 – 20 U 166/00, NJW-RR 2002, 1049 f. in diesem urheberrechtlichen Urteil die Softwareüberlassung als urheberrechtlichen Lizenzvertrag ansehend; OLG Hamm, Urteil v. 10. März 2006 – 12 U 58/05, CR 2006, 442, 443 von einem Lizenzvertrag sprechend, durch welchen Nutzungsrechte verschafft werden; OLG Köln, Urteil v. 24. November 2014 – 19 U 17/14, Rn. 62 in diese Richtung und in einem Softwarenutzungsvertrag mangels Sachqualität der Software jegliche mietvertragliche Konstellation ablehnend und den Gegenstand des Vertrages als „eine Berechtigung zur Nutzung eines Immaterialgutes“ und folglich als Lizenzvertrag beschreibend.

742 BGH, Urteil v. 24. Oktober 2002 – I ZR 3/00, NJW 2003, 2014, 2015.

743 BGH, Urteil v. 17. November 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915 ff.

744 2. Teil § 1 B II. 1. a).

745 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 17.

746 Beier, in: Pagenberg, Kap. 13, Rn. 21.

747 Leujeune, CR 2007, 75, 77.

748 Beier, in: Pagenberg, Kap. 14, Rn. 6.

- c) Neben der Lizenz stehender Vertrag über einen Datenträger bzw. die Softwareübermittlung, Begleitmaterial etc.

Zu beachten ist, dass bei der Überlassung von Standardsoftware, insbesondere bis zum Zeitalter des Downloads, meist neben der Einräumung des urheberrechtlichen Nutzungsrechts ein Datenträger bzw. auch Begleitmaterial übergeben und übereignet wurde. Daher wird der Vertrag zur Überlassung von Standardsoftware teils als typengemischter Vertrag angesehen. Er beinhalte sowohl kauf- als auch lizenzvertragliche Elemente.⁷⁴⁹ So unterschied der BGH in der „ASP“-Entscheidung schließlich in dem von vielen in der Literatur übergangenen Entscheidungsgrund 17 zwischen der Software, für deren Nutzung ein Nutzungsrecht eingeräumt werden muss und der für den BGH „verkörperten geistigen Leistung“, also der Software an sich, welche er als Sache ansah. Bei Funktionsproblemen der Software findet gemäß dem BGH das Kaufrecht Anwendung,⁷⁵⁰ das Nutzungsrecht wird aber urheberrechtlich eingeräumt.⁷⁵¹ Andere sehen den neben der Lizenz stehenden Vertrag über einen Datenträger, Begleitmaterial, etc. bei der Online-Überlassung vollständig in den Hintergrund treten⁷⁵² bzw. ohne immaterialgüterrechtliche Relevanz, denn das Eigentum am Datenträger berechtigt nicht zur Nutzung. Jedoch ist auch in diesem Fall die Software für einen Download bereitzustellen. Im Zentrum des Vertrages stehe stets der immaterialgüterrechtliche Teil, mit welchem die Nutzung der Software gestattet werde.⁷⁵³ Allerdings sei als zusätzliches Element eine Datenübertragung vorhanden.⁷⁵⁴ Wieder andere sehen zwei getrennte Verträge, einen Kauf des Datenträgers und eine Lizenz hinsichtlich der Software.⁷⁵⁵ Richtigerweise erschöpfen sich die vertraglichen Pflichten des Softwareanbieters nicht in der alleinigen Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts.

749 Lenhard, 216 f. in diese Richtung; Medicus/Lorenz, § 19, Rn. 2 in diese Richtung; Metzger, NJW 2003, 1994, 1995; Schmidt-Kessel/Young/Benninghoff/Langhacker/Russek, GRUR 2011, 7, 9.

750 BGH, Urteil v. 17. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2396, Rn. 16 f.

751 BGH, Urteil v. 17. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2396, Rn. 16 wohl in diese Richtung.

752 Metzger, NJW 2003, 1994, 1995.

753 Hilty, Urheberrecht, Rn. 692.

754 Schmidt-Kessel/Young/Benninghoff/Langhacker/Russek, GPR 2011, 7, 8.

755 Loewenheim, in: Schierenholz/Melichar, 65, 66.

4. Zusammenfassung

Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird schuldrechtlich teils als urheberrechtlicher Lizenzvertrag eingeordnet, welcher einen Vertrag Sui-Generis darstellt. Neben diesem Lizenzvertrag kann ein Vertrag bzw. eine vertragliche Leistungspflicht bezüglich der Übergabe und Über-eignung eines Datenträgers bzw. von Begleitmaterial bestehen. Auch kann eine solche Pflicht allgemein die Verschaffung des Zugangs zur Software umfassen, beispielsweise im Falle eines Downloads.

IV. Bereitstellung eines digitalen Produkts

1. Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770

An dieser Stelle steht die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 sowie der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 im deutschen Recht im Fokus. Aus der Richtlinie (EU) 2019/770 selbst können keine Rückschlüsse auf die schuldrechtliche Rechtsnatur der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gezogen werden, denn diese kommt vertragstyp-übergreifend zur Anwendung.⁷⁵⁶ Die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 erfasst die hier betrachteten Lebenssachverhalte nicht, insbesondere auf einem Datenträger überlassene Software ist als Bereitstellung eines digitalen Inhalts einzuordnen.⁷⁵⁷

Abweichend von dem vertragstypübergreifenden Ansatz der Richtlinie (EU) 2019/770 werden im BGB Verträge grundsätzlich anhand von Leistungspflichten kategorisiert. Der Gesetzgeber nannte im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 in diesem Sachzusammenhang beispielsweise die Eigentumsverschaffung, Nutzungsgewährung sowie Leistung von Diensten. Hingegen eine Differenzierung anhand des Vertragsgegenstands bzw. einer „Produktgruppe“ ist im BGB grundsätzlich nicht vorgesehen⁷⁵⁸ und nur in Einzelfällen von Bedeutung wie beispielsweise bei den Normen zur Wohnraummiete gemäß §§ 549 ff. BGB, welche besondere Regelungen enthält, wenn Wohnraum Vertragsgegenstand der Miete ist.

⁷⁵⁶ Hierzu 2. Teil § 1 A II. 2.

⁷⁵⁷ Hierzu 2. Teil § 1 A II. 1. c).

⁷⁵⁸ BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte ver-tragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleis-tungen, BT-Drs. 19/27653, S. 26.

Überdies erkennt der deutsche Gesetzgeber in der Richtlinie keine Vorgabe bezüglich der vertraglichen Hauptleistungspflicht bei Verträgen, welche die Bereitstellung eines digitalen Inhalts oder einer digitalen Dienstleistung zum Gegenstand haben.⁷⁵⁹ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, denn der Unionsgesetzgeber äußert sich ausdrücklich nicht zum Wechselspiel mit etwaigen urheberrechtlichen Nutzungsrechten, welche bei einer Überlassung des digitalen Inhalts oder der Erbringung einer digitalen Dienstleistung an den Nutzer einzuräumen sind. Die Richtlinie (EU) 2019/770 lässt diese urheberrechtlichen Wertungen gemäß Art. 3 Abs. 9 unberührt.

Wie vom Gesetzgeber dargelegt⁷⁶⁰ wurden verschiedene Ansätze für eine Umsetzung der Richtlinie ins deutsche Recht diskutiert:⁷⁶¹ Zum einen kam eine Umsetzung im Besonderen Teil des Schuldrechts bei den jeweiligen Vertragstypen in Frage. Dies hätte jedoch den Aufwand vervielfacht, da Duplizierungen bei den möglicherweise einschlägigen Nominatverträgen wie beispielsweise Kauf-, Werk- oder Mietvertrag unvermeidlich gewesen wären. Auch hätten potentielle zukünftige Geschäftsmodelle bereits erkannt und unter die bestehenden Vertragstypen des BGB subsumiert werden müssen. Zusätzlich wären Regelungen für atypische und typengemischte Verträge zu ergänzen gewesen. Insbesondere diese Hürden führten zu einer Ablehnung dieser Umsetzungsvariante, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass im BGB Regelungen, welche für eine Vielzahl bzw. alle Vertragstypen gelten, typischerweise im Schuldrecht Allgemeiner Teil vor die Klammer gezogen werden. Eine andere Umsetzungsvariante wäre die Schaffung eines neuen Vertragstyps gewesen. Dies hätte jedoch im Widerspruch zur Richtlinie (EU) 2019/770 gestanden, welche Regelungen für alle Vertragstypen, welche digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen zum

759 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 26.

760 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 26.

761 Darüber hinaus schlug Bach eine Umsetzung ähnlich der Systematik der Richtlinie (EU) 2019/770 vor, insbesondere da diese nur vereinzelt Sonderregelungen für digitale Inhalte vorsehe und sich fast durchgängig an den Kaufrechtsregelungen der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 orientiere. Es wäre allein § 453 BGB zu erweitern gewesen mit einer Klarstellung, dass das kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht auf Verträge mit digitalen Inhalten Anwendung finde. Dies hätte letztlich eine schuldrechtliche Einordnung als Kaufverträge dargestellt. Jedoch wurde auch erkannt, dass insbesondere dauerschuldrechtliche Ausgestaltungen nicht adäquat durch das Kaufrechtsregime des BGB abgebildet wären, Bach, NJW 2019, 1705, 1706.

Gegenstand haben, vorsieht. Auch fehle es an einem „typischen Leitbild“, da diese Verträge unterschiedlich ausgestaltet sein könnten.⁷⁶² Folglich wurde dies abgelehnt. Gleiches gilt für eine Umsetzung mittels der Schaffung mehrerer neuer Vertragstypen. Dies hätte einen Systembruch dargestellt, denn wie dargelegt knüpfen bestehende Nominatverträge grundsätzlich nicht an den Leistungsgegenstand bzw. der Leistungsart an, sondern an den Leistungspflichten. Auch wäre eine solche Umsetzung der Prämisse entgegengelaufen, entwicklungs offen zu sein, und es hätte eine lückenhafte Umsetzung gedroht. Die Umsetzung in einem separaten Gesetz hingegen hätte der neueren Tradition des BGB widersprochen, welche eine Integration von verbraucherschutzrechtlichen Regelungen in das BGB vorsieht.⁷⁶³

Letztlich erfolgte in Deutschland eine vertragstypübergreifende Umsetzung im Schuldrecht Allgemeiner Teil.⁷⁶⁴ Die primären Leistungspflichten des jeweiligen Vertragstyps ergeben sich somit aus dem Schuldrecht Besonderer Teil, soweit ein entsprechender Nominatvertrag existiert. Hinsichtlich digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen bestehen in den §§ 327 ff. BGB Regelungen zu Modalitäten der Bereitstellung, der Mängelgewährleistung, nachträglicher Änderungen und einem etwaigen Regress. Diese gehen entsprechenden Regeln aus dem Besonderen Teil des Schuldrechts vor bzw. überlagern diese.⁷⁶⁵ Inhaltlich weicht die Umsetzung in Bezug auf digitale Inhalte und Dienstleistungen nur geringfügig von den unionsrechtlichen Vorgaben ab,⁷⁶⁶ insbesondere die in § 327 Abs. 2 BGB eingefügten Definitionen für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen entsprechen dem Richtlinienwortlaut. Allein wurde für beide Begriffe der

762 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 26 f.

763 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 27 wie beispielsweise §§ 312 ff oder §§ 355 ff. BGB. Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 2 für eine solche Auslagerung jedoch gute Gründe erkennend. Insbesondere hätte ein ähnlicher Weg wie beim AGB-Recht gegangen werden können. Dieses wurde erst in das BGB übertragen, als sich „der Staub gelegt hatte“ und erste zentrale Auslegungsfragen gerichtlich geklärt waren.

764 Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 3, 20 dies auch als „konsequent“ befürwortend, wenn der Weg der Inkorporierung in das BGB gegangen werden soll.

765 Föhlisch, in: BeckOK IT-Recht, § 327 BGB, Rn. 7 ff.

766 Kramme, RDi 2021, 20, Rn. 2 darauf hinweisend, dass durch die wenigen Änderungen die dem deutschen Kaufrecht im BGB eigene Systematik aufrechterhalten werden konnte.

Terminus „Digitale Produkte“ als Überbegriff ergänzt.⁷⁶⁷ Die Umsetzungsnormen finden sich im Wesentlichen in den neu eingefügten §§ 327 ff. BGB, einzelne Änderungen sind außerdem im Verbraucherschutzrechtlichen § 312 BGB sowie im Kauf-⁷⁶⁸, Schenkungs-⁷⁶⁹, Miet-⁷⁷⁰, Dienst-⁷⁷¹ und Werkvertragsrecht⁷⁷² zu finden.⁷⁷³

2. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Bereitstellung digitaler Produkte

§ 327 Abs. 1 BGB erfasst Verbraucherverträge,⁷⁷⁴ welche die Bereitstellung digitaler Produkte zum Gegenstand haben, wenn der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis bezahlt. Letzter ist auch „eine digitale Darstellung eines Werts“ und Gegenleistung kann insbesondere die Bereitstellung personenbezogener Daten sein, außer die Daten werden allein für die Bereitstellung des digitalen Produktes benötigt.⁷⁷⁵ Gemäß Abs. 2 S. 1 sind digitale Inhalte „Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden.“ Insbesondere aufgrund der richtliniengetreuen Umsetzung kann auf den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2019/770 verwiesen werden.⁷⁷⁶ Jedenfalls im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung der §§ 327 ff. BGB ist diese zu beachten.

Software und damit auch Standardsoftware stellt einen digitalen Inhalt gemäß § 327 Abs. 2 S. 1 BGB dar.⁷⁷⁷ Auch die dauerhafte Überlassung kann

767 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 24.

768 Neu eingefügt wurden §§ 445c BGB und 475a BGB. § 453 BGB erfährt eine Änderung.

769 Einfügung von § 516a. Dieser kommt allein im Unternehmer-Verbraucher Schenkungsverhältnis zur Anwendung. Die Einfügung erfolgte rein klarstellender Natur, Martens, Rn. 445 f.

770 Einfügung von §§ 548a und 578b BGB, Änderung von § 580a Abs. 3 BGB.

771 Einfügung von § 620 Abs. 4 BGB.

772 Einfügung von § 650 Abs. 2 (Werkvertrag) und § 650 Abs. 3 (Werklieferungsvertrag) sowie § 650 Abs. 4 BGB bezüglich Verträge über Sachen mit digitalen Elementen.

773 Darüber hinaus wurde das UKlagG abgeändert und eine Übergangsregelung eingefügt.

774 Legaldefiniert in § 310 Abs. 3 BGB.

775 § 327 Abs. 3 BGB. Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 8 f.

776 Hierzu 2. Teil A II. 1. b).

777 Grüneberg, in: Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 4; Schöttle, MMR 2021, 683, 684. BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrecht-

unter den Terminus der Bereitstellung subsumiert werden. Zudem bezahlt der Nutzer regelmäßig einen Preis als Gegenleistung. Die Überlassung der Software auf einem körperlichen Datenträger wie beispielsweise einer CD, DVD oder einem USB-Stick⁷⁷⁸ ist unschädlich gemäß Abs. 5, wenn dieser „ausschließlich als Träger digitaler Inhalte“ dient, was bei der Überlassung von Software üblicherweise der Fall ist. Soweit Standardsoftware Gegenstand eines Kaufvertrages ist, treten gemäß § 453 Abs. 1 S. 2, 3 BGB im Wesentlichen die Regelungen über die Bereitstellung digitaler Inhalte an die Stelle kaufrechtlicher Regelungen.⁷⁷⁹

3. Bewertung der Umsetzung

Gemäß den Vorgaben aus der Richtlinie (EU) 2019/770 war eine vertragstypologische Einordnung der im sachlichen Anwendungsbereich liegenden Vertragstypen für die Umsetzung nicht zwingend, auch wenn eine solche ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen wurde. Der deutsche Gesetzgeber habe hierzu jedoch keine Pflicht und kein Erfordernis gesehen und diese „undankbare Aufgabe“ nicht angenommen. Somit bleibe die schuldrechtliche Einordnung im Einzelfall auch weiterhin den Gerichten überlassen.⁷⁸⁰ Überdies habe der Gesetzgeber eine schuldrechtliche Einordnung im Rahmen der Richtlinienumsetzung als nicht-sachgerecht angesehen. Diese gesetzgeberische Zurückhaltung erlaube, dass „auf die zu diesen Fragen ergangene Rechtsprechung weiterhin zurückgegriffen werden“ könne.⁷⁸¹ Der beschrittene Weg wird als systematisch stimmig beschrieben, auch wenn besondere Regelungen wie die nun in den §§ 327 ff. BGB bestehenden „für Verträge mit bestimmten Gegenständen dem BGB und erst recht dem Allgemeinen Schuldrecht bisher fremd waren“.⁷⁸² Allerdings wäre eine Umsetzung im Besonderen Schuldrecht dem Wunsch entgegengestan-

liche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 39, sowie die Ausnahmeregelung in § 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB, welche auf Open Source Software verweist.

778 Grüneberg, in: Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 7.

779 In wie weit die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Kaufvertrag zu qualifizieren sein kann, ist im Folgenden zu bewerten, 2. Teil § 1 E I.

780 Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 3.

781 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 24.

782 Kramme, RDt 2021, 20, Rn. 1, 2, 45.

den, auch auf neue Vertragstypen, welche sich nicht unter einem Nominatvertrag des BGB subsumieren lassen, anwendbar zu sein. Dies hätte letztlich „dogmatische Friktionen“ hervorgerufen.⁷⁸³ Andere kritisieren die „Untätigkeit“ des Gesetzgebers, denn ErwG 16 Richtlinie (EU) 2019/770 hätte es erlaubt, den persönlichen Anwendungsbereich auch auf Nicht-Verbraucherverträge auszuweiten.⁷⁸⁴ Vereinzelt wird jedoch eine Indizwirkung auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr erkannt,⁷⁸⁵ aber auch abgelehnt, denn der Gesetzgeber habe sich bewusst gegen eine Ausweitung über Verbraucherverträge hinaus entschieden.⁷⁸⁶ Es fehle somit an einer planwidrigen Regelungslücke.⁷⁸⁷ Letzterem ist zuzustimmen, denn der EU-Gesetzgeber hat zur Verwirklichung des Binnenmarktes allein Verbraucherschutzrechtliche Regelungen getroffen und der deutsche Gesetzgeber hat sich bei deren Umsetzung bewusst fast durchgängig gegen eine generelle Änderung des deutschen Vertragsrechts entschieden. Allein im Mietrecht erfolgte in § 548a BGB eine allgemein auf Mietverträge anwendbare Änderung des BGB, im Übrigen blieb der persönliche Anwendungsbereich auf Verbraucherverträge beschränkt. Es sollte behutsam damit umgegangen werden, in einem so besonderen Rechtsbereich wie dem Verbraucherschutzrecht erfolgende rechtliche Wertungen zu verallgemeinern, insbesondere wenn sich der Gesetzgeber bewusst und ausdrücklich gegen eine solche Verallgemeinerung entschieden hat. Das Verbraucherschutzrecht zielt darauf ab, die strukturelle Unterlegenheit von einzelnen Verbrauchern gegenüber Unternehmen durch rechtliche Mittel auszugleichen, dies erfolgt insbesondere durch Informationspflichten und nicht-abdingbaren Verbraucherrechten bzw. -ansprüchen. Treten sich Parteien jedoch grundsätzlich auf Augenhöhe gegenüber, so fehlt es an der Schutzwürdigkeit des Leistungsempfängers und andere rechtliche Wertungen und Ausgleichsmechanismen kommen zu Geltung. Der dem BGB an sich fremde Ansatz, Verträge nach dem Vertragsgegenstand und nicht nach den Hauptleistungspflichten zu kategorisieren, tritt verstärkt im Verbraucherschutzrecht auf, in welchem der Gesetzgeber versucht, punktuell einzelne typischerweise auf-

783 Spindler, MMR 2021, 451.

784 Martens, Rn. 416 dies neutral bewertend; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 61.

785 A.A. Martens, Rn. 416 dazu tendierend abzuwarten, ob sich „Marktgewohnheiten“ außerhalb der Verbraucherverträgen entwickeln; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 61 mit weiteren Verweisen.

786 Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 61 letztlich eine Subsumtion unter § 453 Abs. 1 S. 1 BGB befürwortend.

787 Föhlisch, in: BeckOK IT-Recht, § 327 BGB, Rn. 7 ff.

tretende Sachverhalte zu erfassen. Jedoch handelt es sich nicht um ein abschließendes Vertragsrechtsregime. Im unternehmerischen Rechtsverkehr bzw. bei Verträgen zwischen Verbrauchern verbleibt es somit bei der bisherigen Einordnung von Software.

Aus der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 können in der Folge keine Erkenntnisse für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gewonnen werden. Die vom Unionsgesetzgeber in der Richtlinie angelegte vertragsübergreifende Anwendbarkeit der Normen ist auch vom deutschen Gesetzgeber übernommen worden. Überdies erfasst die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 allein verbraucherschutzrechtliche Aspekte und lässt gemäß Art. 3 Abs. 9 urheberrechtliche Wertungen unberührt.

4. Zusammenfassung

Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware kann zwar unter die Bereitstellung digitaler Inhalte gemäß § 327 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB subsumiert werden, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

V. Zusammenfassung

Für die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware werden in Deutschland unterschiedliche Vertragstypen vorgeschlagen. Teils wird eine kaufrechtliche Einordnung vertreten. Zum einen kann hiernach ein Sachkauf vorliegen. Dabei werden entweder die Software mit Datenträger, die Software an sich oder die Software aufgrund ihrer immanenten Verkörperung auf einem Datenträger als Sache angesehen. Nach einem anderen Ansatz wird das Sachkaufrecht entweder generell angenommen oder entsprechend angewandt. Des Weiteren wird in diesem Softwarevertrag auch ein Rechtskauf oder ein Kauf eines sonstigen Gegenstands gesehen. Wiederum andere bevorzugen eine generelle Annahme eines Kaufvertrages bzw. eine entsprechende Anwendung des Kaufrechts. Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird schuldrechtlich teils als urheberrechtlicher Lizenzvertrag eingeordnet, welcher einen Vertrag Sui-Generis darstellt. Neben diesem Lizenzvertrag soll ein Vertrag bzw. eine vertragliche Leistungspflicht bezüglich

eines Datenträgers bzw. Begleitmaterials, gegebenenfalls aber auch hinsichtlich der Übermittlung der Software, bestehen.

C. Frankreich

Die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist in der französischen Rechtsprechung und Lehre seit den 1980er Jahren umstritten⁷⁸⁸ und es existieren zahlreiche Ausführungen und Urteile zu dieser juristischen Fragestellung. Regelmäßig erfolgt – auch in Abgrenzung zum vorstehend betrachteten deutschen Recht – keine Subsumtion unter den Wortlaut der betreffenden Normen und die rechtlichen Ausführungen basieren vielmehr auf wertenden Gedanken.

Der in Frankreich übliche Terminus für Standardsoftware ist „progiciel“, welcher aus den 1980er Jahren stammt und für „produit-logiciel“ (Software-Produkt) steht,⁷⁸⁹ aber keine gesetzliche Erwähnung findet. „Logiciel“ als französischer Terminus für Software wird sehr unpräzise verwendet, oft wird nicht zwischen dem Datenträger der Software, der Software an sich und dem urheberrechtlichen Werk Software unterschieden, was teils zu fehlender Präzision führt.⁷⁹⁰ Auch die Verwendung der Termini für Verträge zur Überlassung von Standardsoftware erfolgt nicht einheitlich, gebräuchlich sind Softwarelizenz („licence de logiciel“),⁷⁹¹ Lizenz zur Nutzung („licence d’utilisation“),⁷⁹² Lizenz des Gebrauchsrechts („licence de droit d’usage“), Einräumung des Nutzungsrechts („concession de droit d’utilisation“),⁷⁹³ Vertrag des Nutzungsrechts („contrat de droit d’utilisation“),⁷⁹⁴ Einräumung einer Nutzungslizenz („concession d’une licence d’utilisation“)⁷⁹⁵ oder auch Einräumung eines Gebrauchsrechts („concession

788 Gross/Bihr, Rn. 157; Lédieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503.

789 Croze/Bismuth, JCP E 1986, études et commentaires, 14659, 121, 122; Sédallian/Dupré, 109; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1691.

790 Plana, RIDA, 213, 2007–7, 86, 89; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499.

791 May, JCP E 2004, 23, 900.

792 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 442 unter Verweis auf die Praxis; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.24.

793 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799; Varet, Expertises 2012, 349, 351.

794 Gaudrat, RTDCom. 2013, 75, 5. B – mit Verweis auf Cass., 12. Juni 2012, Nr. 11–20.204.

795 Montero, 73.

d'un droit d'usage⁷⁹⁶). All diese Begriffe werden in dieser Weise gesetzlich nicht erwähnt.

I. Kaufvertrag: „vente“

Der Kaufvertrag („vente“) ist im französischen „Code civil“ in den Art. 1582 bis 1701 normiert. Gemäß Art. 1582 Abs. 1 C. civ. ist ein Kauf „ein Vertrag durch den sich der eine verpflichtet, eine Sache zu liefern und der andere, diese zu bezahlen“. Art. 1603 C. civ. normiert die Pflicht des Verkäufers, die Kaufsache zu übergeben („délivrer“)⁷⁹⁷ und für die Kaufsache zu garantieren („garantir la chose“).⁷⁹⁸ Der Käufer muss gemäß Art. 1650 C. civ. insbesondere den Kaufpreis bezahlen. Weiter normiert Art. 1583 Abs. 1 C. civ., dass das Eigentum an der Kaufsache übergeht, sobald die Vertragsparteien sich sowohl über diese als auch über den Kaufpreis geeinigt haben.⁷⁹⁹ Gegenstand des Kaufvertrages sind Sachen („choses“). Diese können körperlich und unkörperlich sein, es muss ein Eigentumsübergang an diesen erfolgen können.⁸⁰⁰ Wenn ein solcher fehlt, aber Rechte übertragen werden, dann liegt eine Rechtsübertragung („cession“) vor, welche originär keinen Kaufvertrag darstellt.⁸⁰¹

796 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 442; Montero, 73.

797 Die Übergabe wird in Art. 1604 C. civ. als „der Transport der verkauften Sache in den Machtbereich und den Besitz des Käufers“ beschrieben, vertiefend Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 198.

798 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 198, 216 vertiefend. Art. 1626 bis 1640 C. civ. regeln den Rechtsmangel („éviction“) und Art. 1641 bis 1649 den Sachmangel („vice caché“).

799 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 454. Im französischen Recht vollzieht sich der Eigentumsübergang „solo consensu“ mit Abschluss des Kaufvertrages, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 179, 216 vertiefend. Dies stellt einen Unterschied zum Trennungsprinzip im deutschen Recht dar.

800 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 113, 216.

801 Bénabent, Rn. 19 zum Verkauf von Immaterialgüterrechten in Form der „cession“. Zur schuldrechtlichen Einordnung der „cession“ 2. Teil § 1 C IV. 2. a).

1. Einzelnes Softwareexemplar als „chose“

Huet⁸⁰² sah schon im Jahr 1991 die kaufrechtliche Einordnung von Softwareverträgen als gestärkte Rechtsprechung an⁸⁰³ und vertritt diese Auffassung fortdauernd.⁸⁰⁴ Kaufgegenstand und somit „chose“ sei ein einzelnes Softwareexemplar, an welchem Eigentum übertragen werde.⁸⁰⁵ Dieses einzelne Softwareexemplar wird als unabhängig vom Immaterialgüterrecht beschrieben,⁸⁰⁶ was für die Vertreter dieser Ansicht auf zwei Argumenten fußt: Dies ist zum einen Art. L111–3 CPI, welcher besagt, dass das Urheber-

802 Blanc, Rn. 246 ff. in diese Richtung; Huet, DIT 1991–3, 27, 29; Huet, in: Catala, *De la vente de logiciel*, 799; Huet, *Comm. Com. Electr.* 2003–12, comm. 123; Huet, *Recueil Dalloz* 2012, 2101; Huet/Decocq/Grimaldi/Lécuyer/Morel-Maroger, Rn. 21126; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.22 im Jahr 2023 noch auf diese Rechtsansicht von Huet als existierende Sondermeinung verweisend.

803 Huet, DIT 1991–3, 27, 29 in einer Anmerkung zu Cass. com., 22. Mai 1991 („LCE v. Artware“). Der Cass. sprach bei der Übertragung von Standardsoftware von einem Kauf und wandte auch kaufrechtliche Regelungen des C. civ. an; Huet/Decocq/Grimaldi/Lécuyer/Morel-Maroger, Rn. 11319 auf CA Dijon, chambre 1, Section D, 04. Februar 1999, *Juris-Data*: 1999–765188, *JCP* 1999, II, 10100 verweisend, in dem im Sinne des Verweises das Kaufleistungsstörungenrecht auf Software, die nicht geeignet war, den Jahrtausendwechsel zu passieren, angewandt wurde. Tatsächlich handelte es sich bei dem Urteil allein um die Auslegung von einer Garantieklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine explizite schuldrechtliche Einordnung als Kauf erfolgte nicht.

804 Huet, *Recueil Dalloz* 2012, 2101.

805 Huet, in: Catala, *De la vente de logiciel*, 799, 802, Huet/Bouche, Rn. 77, 120.

806 Cahen; Huet, in: Catala, *De la vente de logiciel*, 799, 801; Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, 93 auf die Folge abstellend, ob der Datenträger verkauft und bezüglich der Standardsoftware ein Lizenzvertrag („licence“) abgeschlossen wird, welcher dem Mietvertragsrecht unterliegt. Somit erfolgt diesbezüglich eine andere Trennung als von Huet; Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique* 2023, Rn. 1503 beschreibend und auf ein wohl grundlegendes Urteil zur Abgrenzung der „vente“ vom werkvertragsähnlichen „contrat d’entreprise“ verweisend, dieses aber nicht bestimmbar zitierend. Der Cass. 3e civ. definierte in dieser Entscheidung im Jahr 1985, dass bei einem „contrat d’entreprise“ eine spezifisch den individuellen Anforderungen des Auftraggebers entsprechende Tätigkeit besteht. Beim Kaufvertrag hingegen liege eine Serienproduktion für einen größtmöglichen und undifferenzierten Kundenkreis vor und es bestehe die Pflicht zu liefern, bei einem „contrat d’entreprise“ hingegen eine Pflicht zum Tätigwerden („à faire“). Werde die Sache allerdings vom Schuldner erst hergestellt, könne die Abgrenzung vom „contrat d’entreprise“ zur „vente d’une chose future“ schwerfallen. Bei der als Massenprodukt vorliegenden Standardsoftware liegt nach dieser Rechtsprechung ein Kaufvertrag vor.

recht unabhängig von dem Sacheigentum des geschützten Objektes ist.⁸⁰⁷ Als dieses Objekt wird das einzelne Softwareexemplar angesehen.⁸⁰⁸ Dieses sei materiell und nicht urheberrechtlich zu verstehen und sei unabhängig von immaterialgüterrechtlichen Kategorien. Hieran setzt auch das zweite Argument an: Beim Kauf eines Softwareexemplars sind die Immaterialgüterrechte nicht Gegenstand des Vertrages und werden nicht übertragen,⁸⁰⁹ das Softwareexemplar ist demnach unabhängig von seinem immaterialgüterrechtlichen Schutz Vertragsgegenstand.⁸¹⁰ Dies wird damit begründet, dass der Erwerber – also Softwarenutzer – kein ausschließliches Recht an der Software erhalten möchte. In der Folge seien Einschränkungen des Erwerbers in der einem Eigentümer grundsätzlich zustehenden Verfügungsgewalt möglich. So könne das Urheberrecht, welches beim Softwareentwickler verbleibe, dem Erwerber die Erstellung von Vervielfältigungen für Dritte verbieten. Allerdings seien solche Einschränkungen nicht beliebig gestaltbar und beispielsweise Verbote einer Weiterveräußerung seien unwirksam. Einzig relevant seien Begrenzungen hinsichtlich der Nutzeranzahl, denn diese stünden in Kongruenz mit dem Vervielfältigungsrecht des Urhebers.⁸¹¹ Fehle wie bei einer Online-Übermittlung der Software eine Verkörperung, so habe dies keinen Einfluss auf die Rechtsnatur als Kaufvertrag. Diese – im Vergleich zur Übergabe der Software verkörpert auf einem Datenträger – unterschiedlichen faktischen Gegebenheiten seien juristisch identisch zu behandeln.⁸¹² Folglich wird ein abstraktes Softwareexemplar als Gegenstand eines Kaufvertrages angesehen. Dieses werde im Rahmen eines Kaufs dauerhaft und grundsätzlich ohne inhaltliche Einschränkungen gegen Zahlung eines Preises überlassen.⁸¹³

2. Generelle Annahme einer „vente“

Teils wird eine allgemeine und nicht auf gesetzliche Merkmale gestützte Einordnung als Kaufvertrag befürwortet. So wird die dauerhafte Über-

807 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801.

808 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801; May, JCP E 2004, 23, 900, 901 beschreibend; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 beschreibend.

809 Cahen.

810 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 beschreibend.

811 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801, 810, 813 f.

812 Blanc, Rn. 246 ff., 252; Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801 f.

813 Huet/Bouche, 70.

lassung von Standardsoftware in der Rechtsprechung⁸¹⁴ überwiegend als Kaufvertrag angesehen, in der Literatur ist dies nur vereinzelt der Fall.⁸¹⁵ Urteile sind in Frankreich traditionell sehr kurz, es erfolgt in der Regel keine ausführliche Herleitung der getroffenen Entscheidung. In Bezug auf Softwareverträge wird meist nicht ausgeführt, was der Gegenstand des Kaufvertrages ist. Als Grundsatzentscheidung kann das „LCE v. Artware“-Urteil des „Cour de Cassation“ aus dem Jahr 1991 angesehen werden,⁸¹⁶ welches später zahlreich bestätigt wurde.⁸¹⁷ Weitere Urteile beziehen sich

814 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.22 dies als ständige Rechtsprechung beschreibend.

815 Grynbaum, Comm. Com. Electr. 2004–10, comm., 116; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.11 jedoch von einem atypischen Kauf sprechend, bei welchem zahlreiche Rechte beim Verkäufer verbleiben. Weiter spricht Le Tourneau von einer „cession“ und nimmt indirekt auf Immaterialgüterrechte Bezug. Le Tourneau erkennt sehrwohl urheberrechtliche Aspekte des Vertrages.

816 Cass. com., 22. Mai 1991 („LCE v. Artware“), Nr. 89–11.390. Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746 mit Verweisen auf ältere Rechtsprechung der 1980er Jahre; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 zahlreiche Rechtsprechung nennend, insbesondere auch mit Verweis auf Urteile, welche dem Cass. com. gefolgt sind.

817 Später entschieden in diese Richtung Cass. com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246 von einem Softwarekauf („vente de logiciel“) sprechend. Nicht gewürdigt wurde, dass in dem Fall die Software neu hergestellt wurde. In diesem Urteil war kein Datenträger Grundlage der Entscheidung, sondern allein die Software an sich. Allerdings wurden in dem Urteil einzelne Verwertungsrechte aufgezählt, welche Gegenstand einer Rechtsübertragung („cession“) sind. Es wurde festgestellt, dass nicht das „ganze Eigentum an der Software“ übertragen wird, was vom Cass. aber nicht weiter erklärt wurde; Cass. com., 09. Mai 1995, Nr. 93–16.539, Juris-Data: 1995–004472 von verkaufter Software („logiciels vendus“) sprechend (in diesem Fall wurde Standardsoftware an sich dauerhaft überlassen); Cass. com., 02. April 1996, Nr. 94–17.64 bei Software an sich von einem Softwarekauf („achat du logiciel“) sprechend; Cass. Ire civ., 30. Januar 1996, Nr. 93–18.684 von einem Erwerb („acquisition“) von Software („logiciels“) sprechend; Cass. com., 19. Februar 2002, Nr. 99–15.722 bei Softwareüberlassung von einem Kaufvertrag („contrat de vente“) sprechend, allerdings auch einzelne Lizenzverträge („contrat de licence“) für die Software erwähnend; Cass., 11. Juli 2006, Nr. 04–17.093 („Sté Téléfil Santé v. Sté Condeil développement assistance (CDA)“) in Bezug auf Software an sich, welche nicht vertragsgemäß funktioniert, das Kaufleistungstörungsrecht, insbesondere Art. 1604 C. civ. anwendend und dabei ausdrücklich von verkaufter Software („logiciel vendu“) sprechend; an untergerichtlichen Entscheidungen auch CA Aix-en-Provence, 21. Mai 1997 von einem Standardsoftwarekauf („vente de logiciel standard“) sprechend; CA Aix-en-Provence, chambre commerciale 2, 27. März 2002, Nr. 99–9805, Juris-Data: 2002–174488 von einem Kauf („vente“) der Software sprechend und schließlich die kaufrechtlichen Regelungen zum Sachmangel („vice caché“) anwendend; CA Rennes, chambre 2, 28. Februar 2013, Nr. 10–07138 in einem Fall vom

auf einen Sachverhalt, in welchem Software verbunden mit Hardware – also Informatikinfrastruktur („équipement informatique“) wie Computer – überlassen wird. Diesbezüglich erkannte die Rechtsprechung einen Gesamtvertrag und wandte das Kaufrecht an.⁸¹⁸ In Bezug auf die Software kam in Urteilen Kaufrecht auch zur Anwendung, wenn Leistungspflichten aufgespalten wurden.⁸¹⁹ In der Folge galt stets das kaufrechtliche Regime der Sachmängelhaftung („vice caché“).⁸²⁰

II. Mietvertrag: „contrat de louage“

Art 1709 C. civ. definiert, dass bei einem Mietvertrag („contrat de louage“) „eine Partei dazu verpflichtet ist, die andere während einer bestimmten Zeit in den Genuss einer Sache zu bringen.“⁸²¹ Es besteht ein Sukzessivcha-

Erwerb von Standardsoftware, welche letztlich nicht wie vom Nutzer intendiert funktionierte, von Standardsoftware („progiciel“) als Kaufgegenstand („chose vendue“) sprechend; CA Douai, chambre 2, section 1, 24. Oktober 2013, Nr. 11–07358 in einem Urteil über verschiedene Dienstleistungen aus dem Informatikbereich von gekaufter Standardsoftware („progiciel acheté“) sprechend; als Sonderfall die „Excelsior“-Entscheidung (Cass. com., 25. November 1997, Nr. 95–14603, Bull. civ. IV, Nr. 318), in welcher die Garantie („garantie“) des Kaufrechts auf eine mit Viren behaftete Diskette, welche Software enthalten hat, angewandt wurde. Allerdings ist zu beachten, dass die Diskette kostenlose Beilage einer Zeitschrift war, welche unbestritten verkauft wurde. Das Gericht wandte das Leistungsstörungsrecht aus dem Kaufvertrag der Zeitschrift auch auf die dieser beiliegenden Diskette an und setzte sich mit der Natur der Software an sich nicht weiter auseinander.

818 Cass., 15. Mai 2001, Nr. 98–18603, Comm. Com. Electr. 2001–12, comm. 123 von einem Standardsoftwareverkäufer („vendeur de progiciel“) sprechend; Cass., 01. März 2005, Nr. 01–15007, RLDI 2005, April, Nr. 127 die kaufrechtlichen Regelungen zur Sachmängelhaftung („vice caché“) anwendend; untergerichtlich CA Paris, chambre 25, sect. A, 15. September 1995, DIT 1996–3, Gaz. Pal. 1996, 2, somm., 329 die Kaufrechtsregelungen des Sachmangels („vice caché“) auf die mit der Hardware gelieferte Software (Kauf eines Informatiksystems) anwendend; CA Paris, chambre 25, sect. B, 22. Juni 2001 eine Aufteilung in einen immaterialgüterrechtlichen Vertragsteil und einen solchen über den Datenträger (Kaufrecht) ablehnend und das Kaufrecht auf den Gesamtvertrag anwendend. Eine Äußerung in Bezug auf Software, welche ohne Datenträger geliefert wird, erfolgte nicht.

819 CA Bastia, chambre civile, 19. November 2002, Juris-Data: 2002–00772 in einer Entscheidung über die Überlassung von Informatikinfrastruktur auf Zeit (Miete) in Bezug auf die Software das Kaufleistungsstörungsrecht mit den Haftungsregeln der Art. 1641 bis 1644 C. civ. anwendend.

820 Huet, in: Catala, De la vente de logiciels, 799, 806 f. beschreibend.

821 Das Mietrecht ist im C. civ. nicht einheitlich geregelt, sondern es gibt neben den allgemeinen Regelungen in Art. 1709 ff. C. civ. besondere Normierungen für die Miete

rakter,⁸²² welcher ein Dauerschuldverhältnis begründet. Der Mieter hat als Gegenleistung einen Preis zu bezahlen.⁸²³ Durch eine Miete wird dem Nutzer gemäß Art. 1719 C. civ. ein „droit personnel“ eingeräumt, welches eine exklusive Nutzung der Mietsache erlaubt.⁸²⁴

Teils war in der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware ein originärer Mietvertrag gesehen worden, mittlerweile wurde dieser Ansatz aber aufgegeben.⁸²⁵ Ein Bezug zum Immaterialgüterrecht war dabei nicht erkannt und eine solche Verbindung – vergleichbar zum vorstehend erörterten Softwarekauf – abgelehnt worden. Andere hingegen schlagen eine solche schuldrechtliche Einordnung nur für die zeitlich befristete Überlassung von Standardsoftware vor. Dies erfolgt insbesondere, wenn die dauerhafte Überlassung als Kauf eines Softwareexemplars angesehen wird.⁸²⁶ Im Ergebnis wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware nicht als „contrat de louage“ eingeordnet.

von Häusern und Landgütern (Art. 1714 bis 1751 C. civ.), für die Wohnungsmiete (Art. 1752 bis Art. 1762) und für die Pacht (Art. 1763 bis Art. 1778). Auch Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 339. „Louage“, „bail“ oder „location“ werden synonym für Miete verwendet, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 339.

822 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 345.

823 Art. 1720 C. civ. regelt die Übergabe („délivrance“) der Mietsache. Diese muss vom Vermieter in einem guten Zustand geliefert und auch erhalten werden, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 488 ff.; Lédieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 15; In Bezug auf genuin mietrechtliche Normen ist zu beachten, dass diese teilweise dispositiver Natur sind. Die nach Art. 1724 Abs. 1 C. civ. vorgeschriebene Pflicht des Erhaltes der Mietsache in Bezug auf dringende Reparaturen, welche der Mieter zu dulden hat, ist nicht Teil des zwingenden Rechts und kann somit von den Parteien angepasst bzw. abbedungen werden. Schließlich würde wohl kein Unternehmen – ohne eine Ausgleichszahlung zu erhalten – aufgrund einer Softwareverbesserung seine Produktion Tage lang stillstehen lassen können, Lédieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 15.

824 Ein absolutes Recht („droit réel“) soll nur in Ausnahmefällen wie bei der Grundstücks-miete eingeräumt werden, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 344, 385.

825 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.21 eine Miete auch heute noch als sehr seltenen Fall beschreibend.

826 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 803; Huet/Decocq/Grimaldi/Lécuyer/Morel-Maroger, Rn. 21126; Montero, 77; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1709 von einer „Art“ Miete sprechend, sich also nicht auf die originäre Miete festlegend.

III. „Contrat d'entreprise“ („contrat de louage d'ouvrage“)

Eines der zentralen Abgrenzungsmerkmale des „contrat d'entreprise“ vom Kaufvertrag ist der Vertragsgegenstand, welcher bei ersterem eine Dienstleistung („service“) und bei letzterem eine Sache („chose“) ist.⁸²⁷ Die formal richtige Vertragsbezeichnung des „contrat d'entreprise“ ist „contrat de louage d'ouvrage“ (in wörtlicher Übersetzung: Vertrag der Miete von Arbeit/eines Werks), welcher Teil der Mietverträge des „Code civil“ ist. Nach Art. 1710 C. civ. verpflichtet sich eine Vertragspartei gegen Zahlung eines Preises „etwas zu machen“ („operis faciendi“).⁸²⁸ Diese gesetzliche Definition ist bewusst weit gefasst.⁸²⁹ Art. 1779 C. civ. unterscheidet zwischen drei Arten des „contrat de louage d'ouvrage“.⁸³⁰ In Bezug auf Softwareverträge ist allein „louage des entrepreneurs d'ouvrages“ von Relevanz.⁸³¹ Der Leistungsempfänger muss den Vertragsgegenstand – soweit eine Lieferung der Sache erfolgt – annehmen,⁸³² diese Annahme gegebenenfalls bestätigen („réception“)⁸³³ sowie den vereinbarten Preis bezahlen.⁸³⁴ Der „Cour de Cassation“ unterstrich zudem stets die Unabhängigkeit des Werkunternehmers.⁸³⁵

Abzugrenzen ist der „contrat d'entreprise“ von einem „mandat“, welches dem in den §§ 662 ff. BGB normierten Auftrag ähnlich ist. Bei einem „mandat“ führt der Beauftragte („mandataire“) etwas für den Auftraggeber in dessen Namen aus. Bei einem „contrat d'entreprise“ hingegen wird der Leistungserbringer im eigenen Namen tätig.⁸³⁶ Die Abgrenzung zum Ar-

827 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 111.

828 Dieses Tätigwerden muss in einem Bereich erfolgen, der eine gewisse Fertigkeit verlangt. Diese kann physischer, aber auch geistiger Natur sein, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 697. Daneben muss der Leistungserbringer, wird ihm ein Gegenstand überlassen, diesen verwahren („conserver“), dem Kunden Auskunft erteilen und diesen beraten („renseignement“ und „conseil“) sowie Sorgfalts-, bzw. Schutzpflichten in Bezug auf die Arbeit („sécurité“) beachten, Rn. 727 ff. Die Pflichten können je nach Vertragsinhalt variieren, Rn. 731, 738.

829 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 695.

830 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 695; May, JCP E 2004, 23, 900, 902.

831 Nur dieser Typ des „contrat de louage d'ouvrage“ wird im Folgenden besprochen.

832 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 731, 739.

833 Die Abnahme („réception“) stellt einen einseitigen Rechtsakt mit zahlreichen Rechtsfolgen dar, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 738 vertiefend.

834 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 731.

835 Cass. 1re civ., 19. Februar 1968, 64–14.315, Bulletin civil I N. 69, S. 54.

836 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 700 vertiefend. Zudem gibt es noch weitere Unterschiede, beispielsweise im Fall der Vertragsbeendigung.

beitsvertrag („contrat de travail“) kann verkürzt über die Weisungsgebundenheit erfolgen. Eine solche besteht allein beim Arbeitnehmer.⁸³⁷

Bei einem „contrat d’entreprise“ kann der Erfolg („obligation de résultat“) oder allein das Tätigwerden („obligation de moyen“) geschuldet sein.⁸³⁸ In der Rechtsprechung erfolgt eine Abgrenzung danach, ob sich die Leistungspflicht auf eine Sache oder auf die Durchführung einer – insbesondere auch intellektuellen – Tätigkeit bezieht. Bei ersterer ist ein Erfolg geschuldet, im zweiten Fall hingegen eine Tätigkeit. Eine Unterscheidung dahingehend, ob eine individuelle Erstellung vorliegt (in Abgrenzung zum Kauf), wird teils nur in Bezug auf körperliche Gegenstände vorgenommen und erfolgt nicht in Bezug auf die Softwareerstellung.⁸³⁹

Ein Teil der Literatur schlägt für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware die Rechtsnatur des „contrat d’entreprise“ vor.⁸⁴⁰ Teils wird angeführt, die herrschende Meinung in der Literatur sieht die Überlassung von Software („fourniture de logiciel“) als einen „contrat de communication de savoir faire“ an, welcher schuldrechtlich einen „contrat d’entreprise“ darstellt.⁸⁴¹ Insbesondere die tatsächliche vertragliche Situation spreche für den „contrat d’entreprise“.⁸⁴² So passe die bei diesem weniger strenge Sachmängelhaftung, zudem sei dieser eine Art „Allzweckwaffe“, um sämtliche „Spezialverträge“ („contrats spéciaux“) gesetzlich zu erfassen. Bei dieser Ansicht erfolgt eine Gesamtbetrachtung ohne Bezugnahme auf das Immaterialgüterrecht.⁸⁴³ Andere erkennen einen „Vertrag über die Verwertung von Immaterialgüterrechten“ („contrat d’exploitation des droits de propriété intellectuelle“), welcher eine Unterkategorie des „contrat d’entreprise“ darstellt.⁸⁴⁴ Es wird somit ein immaterialgüterrechtlicher Schwerpunkt des Vertrages gesehen.

837 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 700 vertiefend.

838 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 711 unter Nennung zahlreicher Beispiele aus der Rechtsprechung, Rn. 713 hinsichtlich weiterer Abgrenzungskriterien.

839 Vivant/Lucas, JCP-E 1993, Nr. 18, 06. Mai 1993, 246 ff., 14.

840 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499. Andere befürworten die schuldrechtliche Einordnung als „contrat d’entreprise“ allein hinsichtlich der Übermittlung der Software („service“) zum Nutzer, Blanc, Rn. 248 beschreibend und insgesamt einen Kaufvertrag vertretend.

841 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 749 f.; Sédallian/Dupré, 299.

842 Sédallian/Dupré, 300.

843 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 460 ff., 463 in diese Richtung.

844 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499 beschreibend.

IV. Immaterialgüterrechtliche Verträge

Neben vorgenannten Nominatverträgen des „Code Civil“ wird bei der schuldrechtlichen Einordnung des Standardsoftwareüberlassungsvertrages im französischen Recht insbesondere ein immaterialgüterrechtlicher Aspekt erkannt und in der Folge ein immaterialgüterrechtlicher Vertrag angenommen.

1. Einzelne Verträge

Im französischen Recht existiert mit dem „Code de la propriété intellectuelle“ ein Gesetz, welches sämtliche Immaterialgüterrechte umfasst und die Verträge „concession“, „licence“ und „cession“ ausdrücklich nennt.

a) Rechtsübertragung: „cession“

Eine „cession“ ist eine regelmäßig für die Dauer des Schutzrechts erfolgende Rechtsübertragung.⁸⁴⁵ Bei gewerblichen Schutzrechten kann eine „cession totale“ in Bezug auf das Schutzrecht an sich und eine „cession partielle“ hinsichtlich einzelner Teile des Rechts erfolgen.⁸⁴⁶ Es kann auch eine Limitierung auf einzelne Nutzungshandlungen bzw. eine örtliche⁸⁴⁷ oder zeitliche⁸⁴⁸ Beschränkung bestehen. Wird der Rechtsgedanke der „cession totale“ auf das Urheberrecht übertragen, so können Unklarheiten auftreten. Die Urheberschaft liegt im französischen Recht beim Schöpfer.⁸⁴⁹ Formal gesehen ist die Übertragung („cession“) des Urheberrechts gemäß

845 Azéma/Galloux, Rn. 575 ff., 587; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13.

846 Art. L613–8 CPI im Patentrecht sowie Art. L714–1 CPI im Markenrecht. Der Terminus „cession“, wie er im Gesetz vorkomme, sei im Urheberrecht nicht im Wortsinn zu verstehen. Der Begriff der „cession“ habe diesbezüglich allein einen prozessrechtlichen Grund, denn demjenigen, dem Rechte eingeräumt werden, solle im Falle einer Rechtsverletzung durch einen Dritten ein eigenes Klagerecht eingeräumt werden, Bertrand, Rn. 112.21. Azéma/Galloux, Rn. 577 zur „cession“ im Patentrecht, Rn. 1726, 1828 zur „cession“ im Markenrecht; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3173 ff.; May, JCP E 2004, 23, 900, 901; Sédallian/Dupré, 299 zur „cession partielle“.

847 Laronze, Rn. 455.

848 Azéma/Galloux, Rn. 577 in Bezug auf die „cession“ im Patentrecht

849 Art. L111–1 Abs. 1, L113–1, L123–1 Abs. 1 CPI.

Art. L131 CPI möglich, allerdings sind gemäß Art. L131–3 Abs. 1 CPI eine ausdrückliche und spezifische Beschreibung des Rechts und des Umfangs der Übertragung notwendig, was als hohe Hürde angesehen wird.⁸⁵⁰ Daneben kann der Urheber gemäß Art. L122–7 CPI Verwertungsrechte frei übertragen.⁸⁵¹ Urheberpersönlichkeitsrechte, welche im französischen Urheberrecht insbesondere durch das „droit moral“ bzw. das „droit de paternité“ besondere Ausprägung gefunden haben, können nicht übertragen werden.⁸⁵² „Droits moraux“ sind in Bezug auf Software jedoch nicht von Relevanz bzw. inexistent.⁸⁵³ In der Folge ist im Urheberrecht allein die Übertragung sämtlicher Vermögensrechte bzw. Verwertungsrechte von Bedeutung.⁸⁵⁴ Eine „cession“ kann zugleich urheber- als auch etwaige patentrechtliche Aspekte umfassen.⁸⁵⁵

850 Blanc-Jouvan, Rn. 178; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3213; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502. Ausführungen wie „alle umfassten Rechte“ oder „die Gesamtheit aller Urheberrechte“ sind nichtig, Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, 105 mit Verweis auf Cass. Ire civ., 09. Oktober 1991.

851 Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13; Vivant/Brugière, Rn. 682. Diese Rechte umfassen das Aufführungsrecht („droit de représentation“) sowie das Vervielfältigungsrecht („droit de reproduction“), Art. L122–3 CPI (Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 2728) bzw. Art. L122–6 Nr. 1 CPI mit Sonderregelungen für Software, (Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 2730).

852 Binctin, Rn. 140, 143, 148, 152; Vivant: in Lamy, Rn. 64 für Software. Urheberpersönlichkeitsrechte („droit moraux“) verbleiben somit beim Urheber, Art. L111–1 Abs. 2 CPI sowie im Umkehrschluss aus Art. L121–7 CPI. Das „droit moral“ ist in Art. L111–1 CPI (sowie in Art. L113–9 CPI für Software, welche in einem Arbeitsverhältnis geschaffen wird) geregelt und umfasst das „Recht auf Namensnennung“ („droit au nom“; Art. L121–1 CPI), „das Recht auf Respekt am Werk“ („respect de l’oeuvre“), das „Veröffentlichungsrecht“ („droit de divulgation“; Art. L121–2 CPI) sowie eine Art „Widerufsrecht von Verwertungsrechten“ („droit de repentir et retrait“; Art. L121–4 CPI) (hierzu Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 2726). Das „droit moral“ wird für Arbeitnehmerschöpfungen durch Art. L121–7 CPI eingeschränkt.

853 Bensoussan, Rn. 7200; Bertrand, Rn. 202.79; Caron, *Receuil Dalloz* 2003, 23, 1556, 1559 in diese Richtung; Clément-Fontaine, *Pi* 2008, 26, 69; Huet/Bouche, Rn. 109; Schmidt-Szalewski/Pierre, Rn. 338; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

854 Bertrand, Rn. 112.17; Ledieu, *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2005, 3, 61 in diese Richtung; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

855 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

b) Rechtseinräumung: „licence“/„concession“

Ein Recht kann mittels einer „licence“ bzw. „concession“⁸⁵⁶ vom Rechteinhaber eingeräumt werden.⁸⁵⁷ Die Termini „concession“ und „licence“ werden synonym verwendet.⁸⁵⁸ Eine „licence“ stellt „einen Vertrag dar, bei welchem der Inhaber eines Monopols zu dessen Verwertung einem Dritten die Inanspruchnahme eines Verwertungsrechts gestattet“.⁸⁵⁹ Die „licence“ wirkt rein schuldrechtlich.⁸⁶⁰ Der Lizenznehmer muss die Lizenzgebühr entrichten und entsprechend dem Vertrag die gestatte Handlung vornehmen.⁸⁶¹ Im Urheberrecht – welches in Bezug auf Software von Relevanz ist – findet die Rechtseinräumung keine gesetzliche Erwähnung,⁸⁶² wird aber allgemein anerkannt.⁸⁶³

856 Binctin, Rn. 1198; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13 dies als „persönliches Nutzungsrecht“ beschreibend.

857 Azéma/Galloux, Rn. 617 für das Patentrecht; Bénabent, Rn. 323; Binctin, Rn. 1198; May, JCP E 2004, 23, 900 f.

858 Binctin, Rn. 1198. In der Literatur ist bei der Verwendung der Terminologie von immaterialgüterrechtlichen Verträgen teils eine Ungenauigkeit zu erkennen. So wird vereinzelt die „concession“ als „Übertragung“ („transmission“) von mehreren Nutzungsrechten oder auch generell Verwertungsrechten beschrieben, Costes/Marcelin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3173 f. Allerdings werden nur bei einer „cession“ Rechte übertragen und nur bei einer solchen tritt bei dem Rechteinhaber ein „Minus“ auf. Auch May schreibt in Bezug auf die exklusive vollumfängliche Übertragung von Rechten von einer „licence“, obwohl er offensichtlich eine „cession“ beschreiben möchte, May, JCP E 2004, 23, 900, 901. Teils werden „cession de droit d'usage“ und „licence“ auch als Synonyme verwendet, Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 722 welche auf diese Verwendung verweisen, aber nicht weiter bewerten.

859 Blanc, Rn. 304 mit dem Hinweis, dass diese Definition aus dem Bereich der gewerblichen Schutzrechte stammt.

860 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 114 ff. mit Verweis auf Art. L512–4 CPI für das Muster- und Modellrecht, Art. L613–8 CPI für das Patentrecht, Art. L714–1 CPI für das Markenrecht, etc., 118 mit Verweis auf französische Literatur, in der dies aufgrund der mangelnden Problematisierung für selbstverständlich gehalten wird.

861 Vivant/Brugière, Rn. 886.

862 Während bei gewerblichen Schutzrechten wie im Markenrecht mit Art. L613–8 CPI und im Patentrecht mit Art. L714–1 CPI sowohl eine „licence“ als auch eine „cession“ im CPI explizit angeführt werden, wird in Bezug auf das Urheberrecht nur die „cession“ genannt, darauf verweisend May, JCP E 2004, 23, 900, 901; Vivant/Brugière, Rn. 870 ff. Das „Fehlen“ einer „licence“ wird teils aber auch als eine Frage der Terminologie abgetan, Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 441 f. ausführend, dass „licences“ im Urheberrecht „cessions“ genannt werden.

c) Sonderfall: „cession partielle“ versus „licence“

Grundsätzlich steht die Rechtsübertragung („cession“) im Gegensatz zur Lizenz („licence“) für eine „gewisse Absolutheit“.⁸⁶⁴ Allerdings, sobald die „cession“ nur hinsichtlich eines Teils eines Immaterialgüterrechts auftritt, kann es zwischen dieser und einer „licence“ zu Abgrenzungsproblemen kommen.⁸⁶⁵ Ob eine „cession partielle“ auch als „licence“ bezeichnet werden kann, ist für manche als reine Begriffsdiskussion nicht von Relevanz.⁸⁶⁶ Eine „cession partielle“ übertrage nicht generell weniger Rechte als eine „licence“.⁸⁶⁷ Auch eine „licence“ könne exklusiv und somit aus ökonomischer Perspektive⁸⁶⁸ bzw. hinsichtlich der verschafften Rechtsposition ähnlich einer „cession“ sein. Ebenso die Dauer sei nicht entscheidend, denn eine „licence“ könne auf unbestimmte Zeit eingeräumt werden.⁸⁶⁹ Somit seien auch bei der Einräumung einer ausschließlichen dauerhaften Lizenz („licence“) Abgrenzungsproblem zur „cession“ vorstellbar,⁸⁷⁰ da beide immaterialgüterrechtlichen Verträge im selben Maße „definitiv“ seien und eine ausschließliche Rechtsposition einräumten.⁸⁷¹ Das Urheberrecht biete keine ausreichenden Abgrenzungskriterien zwischen einer „licence“ und einer „cession“, insbesondere wenn nur einzelne Verwertungsrechte Gegenstand der „cession“ seien.⁸⁷²

2. Rechtsnatur der Verträge

Die Verträge „cession“ sowie „concession“/„licence“ werden im Bereich der gewerblichen Schutzrechte auf schuldrechtlicher Ebene regelmäßig als

863 Blanc, Rn. 304; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 742; Vivant/Brugière, Rn. 870 ff., 821 ff. Formvorschriften für die Einräumung einer „licence“ bestehen parallel zu solchen bei der „cession“ (Art. L131 CPI) nicht, Lédieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13.

864 Laronze, Rn. 455.

865 Laronze, Rn. 443 ff. vertiefend.

866 Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Université de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

867 May, JCP E 2004, 23, 900, 901.

868 Eresio, Rn. 124.

869 Laronze, Rn. 456 f.

870 Blanc, Rn. 318; Raymond, Rn. 687.

871 Blanc, Rn. 318; Laronze, Rn. 456; Raymond, Rn. 687.

872 Laronze, Rn. 452; Raymond, Rn. 687.

Nominatverträge eingeordnet.⁸⁷³ Es ist umstritten, ob dies auf das Urheberrecht übertragbar ist.⁸⁷⁴

a) Rechtsübertragung: „cession“

Werden im Patent- und im Markenrecht Rechte dauerhaft übertragen, so liegt eine „cession“ vor, welche nach der herrschenden Meinung auf der schuldrechtlichen Ebene das Kaufrecht zur Anwendung kommen lässt.⁸⁷⁵ Für eine Übertragung dieser Einordnung auf das Urheberrecht werden mehrere Ansätze verfolgt. Der erste Ansatz versucht, die urheberrechtliche „cession“ der „vente“ gleichzustellen. Der zweite Ansatz verfolgt eine Annäherung der urheberrechtlichen „cession“ an die des Patent- und Markenrechts. Der dritte Ansatz zielt darauf ab, dass die Rechtsfiguren der „vente“ und der „cession“ grundsätzlich gleichgestellt werden können, da stets eine Rechtsübertragung erfolgt, wenn auch in einem Fall der Bezugspunkt eine „chose“ und im anderen Fall ein Recht ist.⁸⁷⁶ Bei dem ersten der genannten Ansätze wird eine einer Subsumtion ähnliche Betrachtung vorgenommen. Der Eigentumsübergang der „vente“ betreffe absolute Rechte („droits réels“) und könne sich im Immaterialgüterrecht entsprechend auf Gebrauchsrechte bzw. das Immaterialgüterrecht selbst beziehen.⁸⁷⁷ In der Folge seien Immaterialgüterrechte „choses“ und somit möglicher Gegenstand eines Kaufvertrages.⁸⁷⁸ Werde das Immaterialgut übertragen, so

873 Binctin, Rn. 1198.

874 Binctin, Rn. 1198 dies allgemein für das Immaterialgüterrecht befürwortend; Vivant/Brugière, Rn. 871 hierzu.

875 Cass. com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246 von einer „vente de logiciel“ sprechend. In dem Urteil werden einzelne Verwertungsrechte aufgezählt, welche via „cession“ übertragen werden. Es wird festgestellt, dass nicht das „ganze Eigentum an der Software“ übertragen wird, was für den Cass. aber keine weitergehende Rolle spielt. Azéma/Galloux, Rn. 576 dies als heute unstrittig darstellend; Bénabent, Rn. 120 in diese Richtung; Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 113, 115; Eresio, Rn. 122; Interview geführt mit Frank Macrez, MCF, CEIPI/Université de Strasbourg, 26./27. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

876 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 113.

877 Bénabent, Rn. 19; Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 455; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

878 Bénabent, Rn. 19 ff. in diese Richtung und klarstellend, dass die Sache („chose“) eine solche des rechtlich möglichen Handels sein muss („dans le commerce“); Binctin, Rn. 1129, 1121.

gingen mit diesem alle an der Stellung als Eigentümer haftenden Rechte bzw. einzelne Teile davon über.⁸⁷⁹ Zudem seien im Gesetz die Begriffe „vente“ und „cession“ beispielsweise in Art. 1692 C. civ. praktisch gleichgestellt.⁸⁸⁰ Wird hingegen beim zweiten Ansatz die „cession“ unter einer Betrachtung der gewerblichen Schutzrechte in den Mittelpunkt gestellt, so wird erkannt, dass im Urheberrecht nicht die Rechtsinhaberschaft in einem vergleichbaren Maße übertragen wird. Trotzdem könne aber das Eigentum im immaterialgüterrechtlichen Sinne in der Weise übertragen werden, wie die Rechtsinhaberschaft an einem Patent beim Kauf eines solchen.⁸⁸¹ Letztlich wird über alle Wege, inklusive dem dritten Ansatz, auch im Urheberrecht beim Rechtsübergang absoluter Rechte – wenn eine Gegenleistung in Form der Zahlung eines Preises erfolgt – das Kaufrecht angewandt⁸⁸² und es kann dahinstehen, ob es nur die Unterscheidung ist, dass körperliche Gegenstände via „vente“ und Rechte via „cession“ übertragen werden⁸⁸³ oder der Kauf beide Lebenssachverhalte umfasst.⁸⁸⁴ Im Ergebnis entspricht die Übertragung von Immaterialgüterrechten auf schuldrechtlicher Ebene einem Kauf.

879 Binctin, Rn. 1151.

880 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

881 Gaudrat, RTDCom. 2009, 323 ff., Rn. 5 ff. in diese Richtung, dies aber als Ausschlussgrund gegen diesen Gleichlauf verstehend.

882 Bénabent, Rn. 19 dies für die Übertragung des Urheberrechts befürwortend; Binctin, Rn. 1129 ff.; Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 257; Bitan, Droits des créations immatérielles: logiciels, bases de données, autre oeuvre sur le Web 2.0, Rn. 280; Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 113; Eresio, Rn. 122; Lédieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13 von „assimile“ sprechend, also keine absolute Gleichsetzung vornehmend; Lédieu, Cahiers de droit de l'entreprise, 2005, 3, 61; Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, 92 mit Verweis auf CA Paris, 30. April 1998, Expertises 1999, 441; May, JCP E 2004, 23, 900, 901; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

883 Laronze, Rn. 49.

884 Auf diese Einordnung hätten auch mögliche Einschränkungen von Verwertungsrechten wie eine Untersagung von gewerblichen Vervielfältigungen keinen Einfluss, Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, 92 mit Verweis auf CA Paris, 30. April 1998, Expertises 1999, 441; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajewski/Poumarède, Rn. 3342.21 mit Verweis auf Cass. com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246, Cass. com., 04. Januar 2005, Nr. 03–17.119, NP, Gaz. Pal. 2005, 2. Somm. 3606.

b) Rechtseinräumung: „concession“/„licence“

Der immaterialgüterrechtliche Vertrag der „licence“/„concession“ wird im Bereich des Patent- und Markenrechts auf der schuldrechtlichen Ebene als Miete („louage des choses“/„contrat de louage“/„bail“) im Sinne der Art. 1708 ff. C. civ. angesehen.⁸⁸⁵ Art. 1713 C. civ. verlangt ein „immeuble“ als Vertragsgegenstand. Hierfür muss der Mietgegenstand nutzbar („usus“) sein, was extensiv ausgelegt wird. Bei einer „licence“ entspricht die Verwertung (Nutzung) des Rechts diesem Merkmal, auch beziehen sich diese Verträge im Urheberrecht nicht auf das Werk an sich, sondern auf die Verwertungsrechte.⁸⁸⁶ Zudem schützt das Urheberrecht den Urheber nicht vor dem Zugang zum Werk durch Dritte, sondern nur vor gewissen Verwertungshandlungen.⁸⁸⁷ Dies führt zum Gleichlauf mit gewerblichen Schutzrechten und folglich zu einer Übertragung der Grundsätze der Miete auch auf das Urheberrecht und damit einhergehend zur Einordnung der urheberrechtlichen „licence“ als Miete.⁸⁸⁸ Teils wird die Gleichstellung von urheberrechtlichen „licences“ mit solchen des Patentrechts kritisiert, da bei ersteren (beispielsweise auch bei Softwareverträgen) die bei Patentlizenzverträgen übliche Verpflichtung zur Verwertung fehlt.⁸⁸⁹ Allerdings stellt eine solche nur eine vertragliche Nebenpflicht dar und ist auch im Patent- und Markenrecht kein immanenter Bestandteil einer „licence“.

885 Azéma/Galloux, Rn. 618 für das Patentrecht, Rn. 1738 für das Markenrecht; Bénabent, Rn. 323; Binctin, Rn. 1198; Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques*, Rn. 441 f.; Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 355 für das Patentrecht und Markenrecht dies kritisch bewertend aber zustimmend, und in Bezug auf das Urheberrecht eine Gemeinsamkeit von „licence“ und „bail“ ablehnend und auf den autonomen Charakter der Softwarelizenz hinweisend; Delamer/van Eeckhout, *Revue des contrats*, 01. Juli 2004, Nr. 3, 817 ff. für das Patent- und Markenrecht; Eresio, Rn. 122.

886 Sédallian/Dupré, 299 f. Der Vorteil aus der Werknutzung hingegen ist der „fructus“

887 Blanc, Rn. 311.

888 Bitan, *Droit et expertise du numérique*, Rn. 257; Blanc, Rn. 309; Delamer/van Eeckhout, *Revue des contrats*, 01. Juli 2004, Nr. 3, 817 ff.; Laronze, Rn. 450; Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, 92; Le Tourneau/Bloch/Guetier/Giudicelli/Julien/Krajewski/Poumarède, Rn. 3342.22 beschreibend; Vivant/Brugère, Rn. 871 für eine solche Annäherung an den Mietvertrag.

889 Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques*, Rn. 446.

c) Sonderfall: „cession partielle“ versus „licence“

Die Einordnung der „cession partielle“ als Kauf- oder Mietvertrag ist umstritten. Allerdings offenbart die schuldrechtliche Ebene erst die Relevanz dieser Fragestellung. Würden eine „licence“ und somit das Mietrecht oder eine „cession“ und somit das Kaufrecht angenommen, so hätte dies auf die Pflichtenverteilung und folglich auch auf die Risikoverteilung im Vertragsverhältnis einen wesentlichen Einfluss.⁸⁹⁰ Für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist diese Abgrenzung aber nicht weiter von Bedeutung und wird an dieser Stelle nicht weiter vertieft.

3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als „licence“

Wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als immaterialgüterrechtlicher Vertrag angesehen, erfolgt eine zweistufige Prüfung. Zum einen ist die Rechtsnatur auf immaterialgüterrechtlicher Ebene zu bestimmen. Auf dieser ist die Rechtseinräumung („concession“/„licence“) von einer Rechtsübertragung („cession“) abzugrenzen.⁸⁹¹ Zum zweiten ist die schuldrechtliche Einordnung dieser immaterialgüterrechtlichen Verträge vorzunehmen. Von einem großen Teil der Literatur wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware und die damit verbundene Einräumung sämtlicher für die Nutzung erforderlicher Rechte als urheberrechtliche „licence“⁸⁹² angesehen bzw. die Einräumung von Nutzungsrechten aner-

890 Im Kaufrecht Art.1641 C. civ., welcher eine Haftung für alle Mängel vorsieht. Es kann keinerlei Haftung für Sachmängel ausgeschlossen werden – außer zwischen zwei gewerblich handelnden, branchengleichen Unternehmen. Hingegen im Mietrecht muss gemäß Art.1721 C. civ. der Mangel den Gebrauch beeinträchtigen. Im Mietrecht werden Haftungsausschlüsse zusätzlich anhand allgemeiner vertragsrechtlicher Wertungen überprüft – welche weniger streng sind, May, JCP E 2004, 23, 900, 902 f.

891 Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn.258 klarstellend, dass allein bei der Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte eine „cession“ vorliegt, welche auf schuldrechtlicher Ebene einen Kauf darstellt. Allerdings sei dies rein theoretischer Natur, denn an Standardsoftware würden keine ausschließlichen Rechte eingeräumt werden. Vielmehr werde diese von einer Vielzahl von Nutzern genutzt.

892 Bismuth/Martin, Comm. Com. Electr. 2013–3, 4, 48 ff.; Bitan, Droits des créations immatérielles: logiciels, bases de données, autre oeuvre sur le Web 2.0, Rn.280; Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn.441 ff.; 456; Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn.257; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn.3170, 3172 ff.; Gaudrat, RTDCom. 2013, 75 ff.; Le

kennt.⁸⁹³ Teils wird die Rechtseinräumung auch als „(Vertrag über die) Einräumung eines Nutzungsrechts“ („(contrat de) concession de droit d'usage“⁸⁹⁴/„de l'utilisation“⁸⁹⁵), „Einräumung eines Nutzungsrechts des Programmes“ („concession d'un droit d'usage du programme“) in Form eines „Nutzungsrechts“ („licence d'utilisation“⁸⁹⁶) bzw. in der Rechtsprechung als „Lizenz“ („licence“) bzw. „Miete (von immateriellen Gegenständen)“ („contrat de louage (de choses incorporelles)“⁸⁹⁷ bezeichnet. Auf schuldrechtlicher Ebene soll dies eine „Miete“, „Sachmiete“ oder „Miete von immateriellen Gegenständen“ („contrat de louage“⁸⁹⁸/„louage des choses“⁸⁹⁹/„louage des choses incorporelles“⁹⁰⁰) darstellen.

Neben der Einräumung einer immaterialgüterrechtlichen „licence“ werde unter Umständen auch ein Datenträger verkauft und übereignet.⁹⁰¹ So-

Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.21 dies als den „Standardfall“ beschreibend; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–II, 12, 18 f.; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746; Interview geführt mit Frank Macrez, MCF, CEIPI/Université de Strasbourg, 26./27. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl; Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Université de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl; Stoffel-Munck, Comm. Com. Electr. 2002–II, comm. 144 dies für möglich haltend; Vivant, Receuil Dalloz 1994, 118 ff.; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502 für „shrink-wrap“-Lizenzen.

893 Le Stanc, Propriété industrielle, 2014–2, Nr. 2, form. 2.

894 Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3172; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1694.

895 Varet, Expertises 2012, 349, 351.

896 Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 268.

897 CA Montpellier, 02. Juli 1991, JCP-E 1992, études et chroniques, I, 191, Nr. 141, Nr. 9, Bulletin 1993 IV Nr. 395, S. 287; bestätigt durch Cass. com., 09. November 1993, 91–19.770, 91–20.246; CA Versailles, chambre 12, section 1, 18. Januar 2007, Nr. 05/08539, Juris-Data: 2007–330081; CA Aix-en-Provence, 14. November 2013, Nr. 11/19650 von der Standardsoftware überlassen als Lizenz („concédé sous licence“) schreibend; CA Colmar, Nr. 13/00734 eine „licence d'utilisation de logiciel“ erkennend.

898 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 441 ff.; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3170, 3172 ff.; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–II, 12, 18 f.

899 Bitan, Droits des créations immatérielles: logiciels, bases de données, autre oeuvre sur le Web 2.0, Rn. 280.

900 Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3172.

901 Girot, DIT 1998–I, 8 ff.; Le Stanc, Anmerkung zu CA Paris, chambre 25, sect. B, 22. Juni 2001, „Sté Unisys France v. Sté Cogim et autres“, Comm. Com. Electr. 2001–12, 25 f.; Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, 93; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.22 beschrei-

mit wird von Einzelnen eine Trennung zwischen dem Kaufvertrag über die Hardware und einem Softwarevertrag in Bezug auf die Nutzungsrechte der Software vorgeschlagen. Im Fall der Einräumung von ausschließlichen Rechten („droit exclusif“) wird eine „cession“, welche schuldrechtlich als „vente“ anzusehen ist, erkannt.⁹⁰²

V. Vertrag Sui-Generis: „contrat sui generis“

Für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird teils auch eine schuldrechtliche Einordnung in bestehende Nominatverträge abgelehnt und ein Vertrag Sui-Generis gesehen.⁹⁰³ Ein solcher wird auch als Nutzungsvertrag („contrat d'usage“),⁹⁰⁴ Einräumung eines Nutzungsrechts eines Programms („concession du droit à l'usage d'un programme“)⁹⁰⁵ oder als Vertrag mit einer „autonomen Qualifikation“⁹⁰⁶ bezeichnet.

VI. Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen: „fourniture de contenus numériques et de services numériques“

An dieser Stelle steht die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 sowie der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 ins französische Recht im Fokus. Wie erörtert können aus der Richtlinie (EU) 2019/770 selbst keine Rückschlüsse auf die schuldrechtliche Rechtsnatur der dau-

bend; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 717; Vivant, Recueil Dalloz 1994, 118 ff.; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503, 1694.

902 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.21.

903 TGI Caen, 18. Januar 2006, Expertises 2006, 118. Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 122 bei Ausführungen zum Kaufvertrag sowie Rn. 355 bei der Ablehnung der von der h.M. vertretenen Miete; Delamer/van Eeckhout, Revue des contrats 2004, 01. Juli 2004, Nr. 3, 817 ff.; Gross/Bihr, Rn. 157; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.22 darauf verweisend, dass diese Rechtsansicht bereits seit 1982 von diesen vertreten wird; Montero, 77. Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 441 ff. die Einordnung als Vertrag Sui-Generis für möglich haltend, aber letztlich von einer „licence“ ausgehend, welche als Miete anzusehen ist.

904 Montero, 77 nur für Fall der zeitlich befristeten Überlassung eine Miete („contrat de louage“) befürwortend.

905 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 115; Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 503 auf das TGI Caen, 18. Januar 2006, Expertises 2006, 118 Bezug nehmend.

906 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 355.

erhaltenen Überlassung von Standardsoftware gezogen werden, denn diese kommt vertragstypenübergreifend zur Anwendung.⁹⁰⁷

Im Französischen Recht wird für digitale Inhalte der Terminus „contenu numérique“ und für digitale Dienstleistungen der Begriff „service numérique“ verwendet. Die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 erfolgte insgesamt mittels zwölf Umsetzungsakten,⁹⁰⁸ der Großteil jedoch mittels der „Ordonnance“ Nr. 2021–1247 im September 2021.⁹⁰⁹ Dies führte zu keinen Änderungen des allgemeinen Vertragsrechts im „Code civil“, sondern fast ausschließlich das Verbraucherschutzrecht im Verbrauchergesetzbuch „Code de la consommation“ wurde überarbeitet. Insbesondere die Art. L224–25–1 bis 32 enthalten die entsprechenden materiellrechtlichen Regelungen zur Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen.⁹¹⁰ Eine erste Überarbeitung der neuen Regelungen erfolgte mit dem „Décret“ Nr. 2022–946 im Juni 2022.⁹¹¹ Im Rahmen der Umsetzung wurden zum einen die Regelungen zum Kaufvertrag angepasst, zum anderen wurde ein neuer Abschnitt für Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen eingefügt. Dies erfolgte in Titel 2 C. consom. bei den Regelungen zum Abschluss und der Durchführung bestimmter Verträge; dort in Kapitel 4 bei spezifischen Regelungen zu Verträgen mit einem besonderen Vertragsgegenstand. So stehen vor den Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen solche über den Bezug von Elektrizität und Gas sowie von Flüssiggas; im Anschluss folgen Verträge über elektronische Kommunikationsdienste. Der Abschnitt enthält insgesamt 20 verschiedene Unterabschnitte zu spezifischen Vertragsgegenständen. Dabei ist zu beachten, dass der „Code de la consommation“ nicht nach Vertragstypen strukturiert ist, sondern eher nach dem Lebenszyklus eines Vertrages.

907 Hierzu 2. Teil § 1 A II. 2.

908 „National transposition measures communicated by the Member States concerning: Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.)“, PE/26/2019/REV/1, ABl. L 136 v. 22. Mai 2019, S. 1–27 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/NIM/?uri=CELEX:32019L0770>) (aufgerufen am 01. Dezember 2023).

909 „Ordonnance n° 2021–1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques“, JORF Nr. 0228. 30. September 2021, Text Nr. 9.

910 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3345.05

911 „Décret n° 2022–946 du 29 juin 2022 relatif à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques“, JORF Nr. 0150, 30. Juni 2022, Text Nr. 2.

Zudem enthält das Gesetz zahlreiche Sonderregelungen zu einzelnen Vertragsgegenständen wie die hier besprochenen. Mit der Umsetzung sollte somit neben den schon bestehenden 19 Kategorien von Verbraucherverträgen eine weitere neue Vertragskategorie geschaffen werden. Im Gleichlauf zu den anderen in Kapitel 4 erfolgenden Spezialnormen sind die allgemeinen und bei Verbraucherverträgen generell geltenden Regelungen zum Vertragsabschluss, der Vertragsänderung und der Vertragslaufzeit auch bei Verträgen über digitale Inhalte und Dienstleistungen anwendbar.⁹¹² Im persönlichen Anwendungsbereich der Umsetzungsgesetze liegen Verbraucherverträge⁹¹³ sowie gemäß Nr. 3 Article Liminaire C. consom. als Besonderheit des französischen Verbraucherschutzes auch Unternehmerverträge, insbesondere soweit der Unternehmer als Empfänger der Leistung nicht zu Zwecken handelt, die in den Rahmen seiner gewerblichen, freiberuflichen oder landwirtschaftlichen Tätigkeit fallen. Der sachliche Anwendungsbereich entspricht dem der Richtlinie; es erfolgte eine wortgleiche Umsetzung der Termini Digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen in Nr. 6 und 7 Article Liminaire C. consom. Auch Art. L224–25–2 Abs. 1 C. consom., welcher im Wesentlichen Art. 3 Richtlinie (EU) 2019/770 entspricht, schließt die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware mit ein.⁹¹⁴ Überdies stellt die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware keinen Kauf dar, auch wenn die Software auf einem körperlichen Datenträger überlassen wird.⁹¹⁵

Im Ergebnis können für Frankreich somit dieselben Schlüsse wie in Deutschland gezogen werden.⁹¹⁶ Aus der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 können grundsätzlich keine Erkenntnisse hinsichtlich der schuldrechtlichen Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gewonnen werden. Überdies erfasst die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 allein verbraucherschutzrechtliche Aspekte und lässt gemäß Art. 3 Abs. 9 Richtlinie (EU) 2019/770 urheberrechtliche Wertungen unberührt.

912 „Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques“, JORF Nr. 0228, 30. September 2021, Text Nr. 8.

913 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3345.06.

914 Hierzu 2. Teil § 1 A II. 1. b) in Bezug auf die Richtlinie.

915 Art. L224–25–10 C. consom. 2. Teil § 1 A II. bezüglich der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 und B IV. bezüglich der Umsetzung ins deutsche Recht.

916 Hierzu 2. Teil § 1 B IV.

VII. Sondermeinungen

1. Eigenständiger Terminus „licence“ – „licence“ als Gebrauchsrecht

In Bezug auf die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird teils auch eine eigenständige Betrachtung einer „licence“ als möglich erachtet. Begründet wird dies mit der fehlenden Normierung dieses Begriffs im Urheberrecht im Allgemeinen bzw. in Bezug auf Software im Besonderen. Daher könne der Terminus in diesem Bereich frei verwendet werden⁹¹⁷ und eine schuldrechtliche Einordnung als Miete sei nicht indiziert. Insbesondere bei Softwareverträgen lasse sich dogmatisch keine bestimmte schuldrechtliche Einordnung begründen, denn solche Verträge träten in der Praxis in diversen Varianten auf.⁹¹⁸ Zudem sei auch die Rechtsprechung uneinheitlich.⁹¹⁹ Somit müsse der Begriff der „licence“ nicht zwingend urheberrechtlich verstanden und könne auch als Synonym für ein einzelnes Gebrauchsrecht verwendet werden. Dieses Gebrauchsrecht stehe im engen Zusammenhang mit der Verkörperung der Software als urheberrechtliches Werkstück. Das Werkstück samt Gebrauchsrecht könne zum einen auf einem übertragbaren Datenträger wie einer CD-ROM, aber auch beispielsweise nach einem Download verkörpert auf der Festplatte des Nutzers bestehen. Das Gebrauchsrecht namens „licence“ stelle an sich somit keinen Vertrag dar, es sei vielmehr Gegenstand eines solchen. Folglich sei auch eine Miete von Lizenzen („location de licences“) möglich. Dabei werde dem Lizenznehmer eine bestimmte Anzahl an Softwareexemplaren, verbunden mit der Lizenz, mietvertraglich zur Verfügung gestellt.⁹²⁰

Offen ist, wie dieses Gebrauchsrecht schuldrechtlich zu begreifen ist. Grundsätzlich ist der Gebrauch von etwas stets gestattet, außer dieser ist rechtlich einem anderen zugewiesen. Eine solche Zuweisung kann bei Soft-

917 May, JCP E 2004, 23, 900. Auch andere äußern sich offen für eine nicht-urheberrechtliche Definition des Begriffs der „licence“. Für Warusfel stellt sich die Frage, wie der Begriff „licence“ definiert werden sollte. Sei dies der ursprüngliche Gesetzessinn vgl. dem Patentrecht, so sei die Standardsoftwareüberlassung nicht als eine solche anzusehen. Betrachte man das Wort Lizenz hingegen von seiner Herkunft her, dem lateinischen Wort „licencia“, welches für Erlaubnis bzw. Gestattung stehe, dann sei die Beschreibung des Softwareüberlassungsvertrages als Lizenz zutreffend, Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn.1695 beschreibend, eine Entscheidung erfolgt aber nicht.

918 May, JCP E 2004, 23, 900.

919 May, JCP E 2004, 23, 900 dies feststellend, jedoch keine Rechtsprechung nennend.

920 May, JCP E 2004, 23, 900, 901.

ware durch das Urheberrecht als besondere Ausprägung des Eigentumsrechts erfolgen. Letztlich stellt dieses Gebrauchsrecht ein urheberrechtliches Nutzungsrecht dar. Dieses sieht May als Gegenstand des Rechtsverkehrs an, denn es könne Gegenstand anderer Verträge wie einer Miete sein.⁹²¹ Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass May nur andere Begriffe für eine immaterialgüterrechtliche Einordnung des Überlassungsvertrages verwendet. Er spricht von einer immaterialgüterrechtlichen „licence“, welche auf schuldrechtlicher Ebene dem Mietrecht unterliegt. Somit unterscheidet sich diese Rechtsansicht im Ergebnis nicht von vorangegangener Beschreibung der schuldrechtlichen Einordnung einer „licence“.⁹²²

2. Termini „outil immatériel“ bzw. „bien incorporel“ als Vertragsgegenstand

André Lucas⁹²³ versuchte früher, die Überlassung von Software unabhängig von technischen Aspekten bei der Datenübertragung und -verarbeitung zu beschreiben: Zu beachten ist demnach die besondere Eigenschaft von Software als immaterielles Werkzeug/Instrument („outil immatériel“⁹²⁴) bzw. als unkörperlicher Vermögensgegenstand/unkörperliches Gut („bien incorporel“⁹²⁵). Software sei ein besonderes, funktionales bzw. operatives Werk. Diese Eigenschaft schaffe bei der schuldrechtlichen Einordnung von Softwareverträgen Schwierigkeiten, denn dieses „outil immatériel“ könne keine Sache („chose“) im Sinne des Gesetzes sein.⁹²⁶ Folglich bestehe an ihr kein absolutes Recht („droit réel“)⁹²⁷ und eine schuldrechtliche Einordnung als Miet- oder Kaufvertrag sei ausgeschlossen.⁹²⁸ Es sei die Softwareüberlassung ohne den Datenträger zu betrachten,⁹²⁹ denn letzterer verdecke bei einer oberflächlichen Betrachtung des Vertrages die Software

921 May, JCP E 2004, 23, 900, 901 ff.

922 Zur „licence“ 2. Teil § 1 C IV. 1. b), 2. b).

923 Diese Sondermeinung war lange Zeit von André Lucas in den Werken Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault sowie Lucas/Devèze/Frayssinet vertreten worden.

924 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 739.

925 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 839 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012).

926 Jedoch ein „bien“, also ein Vermögensgut, gegenüber dem engeren Begriff des BGB („Gegenstand“), Stieper, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 90 BGB, Rn. 8.

927 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746; a.A. Blanc, Rn. 251 ein solches in Bezug auf das Softwareexemplar anerkennend.

928 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746 f.

929 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 722 deshalb den Terminus „licence“ vorziehend, da bei einem Kauf ein potentiell immaterialgüterrechtlicher Schutz nicht von Relevanz ist.

und lasse die Übertragung wie eine Lieferung von körperlichen Gegenständen erscheinen. Insbesondere die Online-Überlassung ermögliche es jedoch, eine „abstrakte Überlassung“ zu erkennen. Zudem sei zu beachten, dass die Software als Geisteswerk immaterialgüterrechtlichen Schutz genieße, was den Blick auf den Vertrag noch weiter verkompliziere.⁹³⁰ Daher seien zur Betrachtung des Vertragsinhalts der immaterialgüterrechtliche Schutz der Software und dessen Rechtsfolgen auszublenden. Es verbleibe demnach allein ein Gebrauchsrecht („licence d'utilisation“),⁹³¹ welches eine intellektuelle Dienstleistung („service“) darstelle und abstrakt als „contrat d'entreprise“ anzusehen sei.⁹³² Die Leistung bestehe – aufgrund der schon vorgefertigten Software – im konkreten Fall mehr im „geben“ als im „machen“.⁹³³ Dies könne im Widerspruch zum Wesen des „contrat d'entreprise“ stehen, aber letztlich sei nach Art. 1787 C. civ. die Art der Leistung für den „contrat de louage d'ouvrage“ nicht entscheidend, denn dieser verlange keine Fertigung nach Maß. Bei der Softwareüberlassung übermittle der Schuldner für Lucas neben „son industrie“ auch „la matière“, um die Begriffe des Art. 1787 C. civ. aufzunehmen. Dies spreche für den „contrat d'entreprise“.⁹³⁴ Zu beachten sei zudem, dass der rechtliche Weg zur Begründung des „contrat d'entreprise“ auch anders gegangen werden könne. Bei der Softwareüberlassung werde weniger eine „Arbeit“ angeboten als eine intellektuelle Leistung kommerzialisiert. Diese Tatsache könne für eine schuldrechtliche Einordnung als „contrat de communication de savoir-faire“ sprechen,⁹³⁵ welcher auf schuldrechtlicher Ebene als „contrat d'entreprise“ einzuordnen sei.⁹³⁶ Lucas erkannte im Ergebnis anhand einer Gesamtbetrachtung, dass für die schuldrechtliche Einordnung auch ein Innominatvertrag („contrat sui generis“) in Frage kommt. Er stellte fest, dass es schwierig ist, mit den Kategorien des Vertragsrechts dieses „outil immatériel“ zu erfassen. So liege zum einen eine intellektuelle Leistung

930 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 739.

931 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 844 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012), Rn. 722 auf diesen Begriff bezugnehmend. Dieser Terminus sei aber unpassend, denn er indiziere einen immaterialgüterrechtlichen Vertrag, Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 739.

932 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 844 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012). Zum „contrat d'entreprise“ 2. Teil § 1 C III.

933 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 748 beschreibend.

934 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 748 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012).

935 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 748 beschreibend.

936 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 749; Sédallian/Dupré, 299. Zum „contrat d'entreprise“ 2. Teil § 1 C III.

vor, welche an einen „contrat d'entreprise“ erinnere, andererseits sei das Ergebnis einsetzbar – was eher einem Kauf, einer Leihe oder einer Miete entspreche.⁹³⁷ Zu beachten sei zudem, dass dieser Vertrag über das „outil immatériel“ sowohl von einer „cession“/„licence“ über das Immaterialgüterrecht, welches die Software schütze, als auch von einem Vertrag über den Datenträger – wohl stets ein Kaufvertrag – begleitet werden könne.⁹³⁸

Die Ausführungen von Lucas und der damit verbundene Fokus auf das „outil immatériel“ sprechen die Hauptprobleme der Bestimmung der schuldrechtlichen Rechtsnatur der Softwareüberlassung an. Er sah neben einem immaterialgüterrechtlichen Teil des Vertrages („licence“) und einem Teil über den Datenträger („vente“) hinsichtlich der Software und ihrem Wesen als „outil immatériel“ einen weiteren dritten Teil, welcher einen „contrat d'entreprise“ darstellen soll. Dies wird mit dem Wesen der Software und ihrer Funktionalität begründet. Somit erkennt Lucas zum einen die Notwendigkeit einer urheberrechtlichen „licence“ an und sieht zum anderen einen Vertragsteil über einen Datenträger. Dies lässt seine Ansicht mit den oben⁹³⁹ erfolgten Ausführungen übereinstimmen. Allein hinsichtlich der Software will Lucas das Recht des „contrat d'entreprise“ anwenden. Dies zeigt sich auf der Rechtsfolgenseite insbesondere in Bezug auf die Beschreibung der geschuldeten Qualität der Software bzw. das Leistungsstörungenrecht bei technischen Mängeln. In den anderen oben⁹⁴⁰ beschriebenen Rechtsansichten erfolgten meist keine Stellungnahmen zu den Rechtsfolgen. Letztlich kann die von Lucas vertretene Ansicht in der Folge als Spezialfall der lizenzvertraglichen Einordnung⁹⁴¹ gelten, denn diese weicht allein auf der Rechtsfolgenseite von Lucas ab.

VIII. Zusammenfassung

Im französischen Recht werden unterschiedliche Ansätze für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware vertreten. Dies reicht von einem Kaufvertrag eines einzelnen Softwareexemplars bis zu einer allgemeinen Annahme des Kaufrechts. Ebenso wird in diesem Vertrag ein „contrat d'entreprise“ oder eine urheberrechtliche

937 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 749 f.

938 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 750 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012).

939 Hierzu 2. Teil § 1 C IV. 3.

940 Zu den einzelnen Rechtsansichten 2. Teil § 1 C I.–VI.

941 Hierzu 2. Teil § 1 C IV. 3.

„licence“, welche auf schuldrechtlicher Ebene einem „contrat de louage“ gleichsteht, gesehen. Dazu gibt es noch Sondermeinungen, welche im Ergebnis jedoch allein Ausprägungen der vorgenannten Ansichten darstellen.

D. England

Im englischen Recht ist die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware umstritten.⁹⁴² Die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien hat grundsätzlich keine Relevanz für diese rechtliche Bewertung.⁹⁴³ In England als Land im Rechtskreis des „common law“ können je nach Vertragstyp unterschiedliche Vertragsklauseln als „implied terms“ in den Vertrag impliziert werden. Allerdings sind die folgenden Ausführungen immer im Lichte der in England vorherrschenden tatsächlichen Geschäftspraxis bei Softwareverträgen zu sehen. Denn Softwareanbieter sind grundsätzlich gewillt, jegliche „implied terms“⁹⁴⁴ auszuschließen und durch „express terms“ zu ersetzen.⁹⁴⁵ Diese unterliegen allerdings wiederum einer Inhaltskontrolle. Daher ist die folgende Diskussion teils eher akademischer Natur.⁹⁴⁶

I. Exkurs: Einführung in das „common law“

Das englische Vertragsrecht basiert auf unterschiedlichen Rechtsquellen. Diese sind insbesondere das „common law“ und das „statute law“. Ersteres nimmt eine zentrale Rolle ein und gibt grundlegende Leitsätze in allen Bereichen des Vertragsrechts vor. Dabei basiert das „common law“ großteils auf sogenannten Präzedenzfällen („precedents“) der Rechtsprechung.⁹⁴⁷

942 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 298 einen Überblick gebend.

943 Morgan/Burden, 117.

944 Insbesondere die „implied terms“ in Bezug auf die „zufriedenstellende Qualität“ und die „Zweckdienlichkeit“, also wesentliche Aspekte des Kaufrechts.

945 Der Schuldner versucht anstatt dieser strengen Ansprüche an die Software eher das leichter zu erfüllende Qualitätsmerkmal „entsprach der Dokumentation“ („comply with its documentation“) durchzusetzen, schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

946 Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 04. April 2013, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

947 Atkins, Rn. 1.5 f.

Das „statute law“ stellt das gesetzlich niedergeschriebene englische Zivilrecht dar.⁹⁴⁸ Viele Grundlagen hiervon waren vor dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs – gleich dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht – im EU-Recht zu finden.⁹⁴⁹ Ein umfassendes Vertragsgesetzbuch im Sinne eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches besteht in England nicht.⁹⁵⁰ Hingegen gibt es Normierungen zu einzelnen Bereichen des Schuldrechts. Relevant in Bezug auf Softwareverträge sind insbesondere das Kaufrechtsgesetz („SoGA 1979“), das Gesetz zur Lieferung von Waren und Dienstleistungen („SGSA 1982“),⁹⁵¹ und das Verbraucherrechte-Gesetz („CRA 2015“), in welchen Grundsätze des „common law“ normiert wurden.⁹⁵²

Der im englischen Recht teils umstrittene Begriff des „contract“ wird hier mangels Relevanz nicht weiter erläutert.⁹⁵³ Die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen spielt grundsätzlich auch im „common law“ eine entscheidende Rolle. Zum einen ist der Vertragstyp in Bezug auf „implied terms“ von Bedeutung. Er entscheidet, welche Vertragsklauseln in den Vertrag impliziert werden, denn die von den Gerichten anerkannten „implied terms“ sind jeweils an den Vertragstyp gebunden. Zum anderen werden von Gerichten teilweise Ausnahmen zu Grundsätzen des „common law“ angenommen, was regelmäßig aber nur für einen bestimmten Vertragstyp erfolgt.⁹⁵⁴ Der Inhalt eines Vertrages kann anhand der einzelnen

948 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–005 ff.

949 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–1013.

950 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–003. Grundsätzlich korrigieren Parlamentsgesetze eher unangemessene bzw. vom Gesetzgeber als unpassend angesehene Gerichtsentscheidungen, Kraul, GRUR Int. 2009, 481.

951 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–007. Beispielsweise das Gesetz zu unlauteren Vertragsklauseln („UCTA 1977“) oder das Gesetz zur Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen („Minors' Contracts Act 1987“).

952 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 221 ff.; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 1; Reed, 6 in diese Richtung. Zu „common law rules“ als Rechtsgrundlage für „implied terms“, Saxby, Rn. 6.302 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010). Die erste Kaufrechtsnormierung geht auf das Jahr 1893 zurück, Speith, 12.

953 Der Terminus „contract“ wird im englischen Recht definiert als „Versprechen oder eine Reihe von Versprechen, welchen das Gesetz Geltung verschaffen wird“ („a promise or a set of promises which the law will enforce“), Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–031. Eine andere Definition beschreibt diesen als „eine Vereinbarung, welche Verpflichtungen erwachsen lässt, denen vom Gesetz Geltung verschafft und Anerkennung gegeben wird“ („an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law“), Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–031; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–031–039 hierzu ausführlich.

954 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–057 f.

Vertragsklauseln, den sogenannten „express terms“, bestimmt werden. Im englischen Vertragsrecht können einzelne Vertragsklauseln in Bezug auf die Rechtsfolgen bei Verstoß unterschiedlich qualifiziert werden. Grundsätzlich werden Vertragsbedingungen in „conditions“ und „warranties“ aufgeteilt.⁹⁵⁵ Wird eine „condition“ vom Schuldner nicht erfüllt, so ist der Gläubiger auch frei von jeder vertraglichen Leistungspflicht und hat zudem einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner. Bei einem Verstoß gegen eine „warranty“ besteht hingegen allein ein Schadensersatzanspruch.⁹⁵⁶ Eine Abgrenzung erfolgt insbesondere anhand des Parteiwillens.⁹⁵⁷

1. Vertragliche Regelungen: „express terms“

Der Terminus „express terms“ kann als Synonym für Klauseln verwendet werden, welche ausdrücklich Vertragsbestandteil sind.⁹⁵⁸ Durch diese zumindest formal von den Parteien ausgehandelten Vertragsbedingungen werden regelmäßig Normierungen gesetzlicher Art ersetzt.⁹⁵⁹ Es wird von den Vertragsparteien versucht, alle potentiell auftretenden rechtlichen Fragestellungen abschließend zu erfassen und zu regeln, um den Gang vor ein staatliches Gericht zu vermeiden.⁹⁶⁰ Dadurch wird der – durch das Gesetz vorgenommenen – schuldrechtlichen Einordnung der Verträge weniger Gewicht beigemessen.⁹⁶¹ „Express terms“ stehen jedoch nicht voll-

955 Quinn, 124 f. Abzugrenzen sind hiervon „representations“, welche rein vorvertraglich getätigte Äußerungen darstellen, Atkins, Rn. 7.4. Letztlich sind „conditions“ wesentliche Vertragsklauseln, welche eine Partei verpflichten und diese für solche auch garantiert, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 17–016. „Warranties“ hingegen stellen weniger elementare Vertragsklauseln dar, was sich auch in den genannten Rechtsfolgen bei deren Verletzung widerspiegelt, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 17–020 f. Im Gesetz erfolgt eine Klassifizierung in „conditions“ oder „warranties“ teils – wie im „SoGA 1979“ – ausdrücklich, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 12–021.

956 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, 27–016, 27–020; Quinn, 125 in diese Richtung.

957 Atkins, Rn. 7.4 zu der Unterscheidung und weiterführend unter Heranziehung von Rechtsprechung, Rn. 7.5 ff.

958 Atkins, Rn. 7.1 ff.; Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 221 f.; Duxbery, 119 ff.; O’Sullivan, Rn. 7.18 ff.; Quinn, 101. Dabei steht „express“ für „ausdrücklich“ und „term“ für „Regelung“ bzw. „Klausel“.

959 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 221 f.

960 Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 04. April 2013, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

961 Lloyd, Rn. 557. Richter Slaughton L.J. in der „Saphena Computing Ltd v. Allied Collection Agencies Ltd.“ (EWHC, 03. Mai 1989, (1995) F.S.R. 616, 652)-Entscheidung,

kommen zur Disposition der Vertragsparteien, sondern es sind zahlreiche Restriktionen zu beachten.⁹⁶² Die rechtlichen Grenzen in Bezug auf die Gestaltung von „express terms“ liegen insbesondere in Gesetzen, welche eine Inhaltskontrolle von Klauseln vornehmen.⁹⁶³ Dies sind im englischen Vertragsrecht im Allgemeinen das Gesetz über unlautere Vertragsklauseln („UCTA 1977“)⁹⁶⁴ und im Besonderen einzelne Verbraucherschutzgesetze

feststellend, dass es nicht notwendig ist, sich zu überlegen in welche Kategorie – in dieser Entscheidung ein „sale of goods“ oder ein „supply of services“ – die Leistungen fallen, in diese Richtung. Allerdings war der Vertragsgegenstand dieser Entscheidung ein Softwaresystem; zudem gilt für beide Vertragstypen, wie das Gericht feststellte, dasselbe Recht.

962 Um einen schriftlichen Vertrag auszulegen sind die von den Gerichten aufgestellten Basisregeln über den Aufbau eines Vertrages („construction of terms“) sowie die Frage zur Zulässigkeit des „extrinsic evidence“-Beweises heranzuziehen, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 15–027 ff. Der Begriff „construction“ bezieht sich auf den Bestimmungsprozess bei Gericht, welche Bedeutung und Rechtsfolge ein Vertrag bzw. eine einzelne Vertragsklausel hat. Letztlich stellt dies eine Auslegung des Vertrages dar, deren Grundlage der ausformulierte Vertrag ist, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 15–047 f. In Bezug auf Haftungsausschlüsse gilt grundsätzlich, dass je schwerwiegender die Pflichtverletzung ist, für welche die Haftung ausgeschlossen wird, desto exakter muss die jeweilige Pflichtverletzung im Vertrag auch beschrieben sein, Reed, 14. Eine Auslegung erfolgt nicht allein nach Parteiwillen, sondern nach objektiven Gesichtspunkten. Eine verständige Person aus Sicht der Parteien („reasonable person in position of the parties“) ist entscheidend, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 12–054; O’Sullivan, Rn. 7.21, 7.75. Eine Grundregel bei der Auslegung ist der „contra proferentem“-Satz. Dieser besagt, dass, sobald Zweifel bei der Auslegung auftreten, diese zu Lasten des Erstellers der Klausel – also des Verwenders – zu werten sind, sehr anschaulich im Fall „Pegler Ltd. v. Wang (UK) Ltd.“, EWHC, 25. Februar 2000, (2000) WL 191142, Rn. 48; auch Reed, 14. Der „extrinsic evidence“-Test hat den Beweis, welcher nicht aus der Urkunde – also dem Vertragsdokument – ableitbar ist, zum Gegenstand. Die Zulässigkeit kann in Bezug auf zwei Fälle eine Rolle spielen. Zum einen ist dies die Frage, ob Klauseln, welche nicht in die Vertragsurkunde Einzug gefunden haben, grundsätzlich Bedeutung im Vertragsverhältnis haben können. Zum anderen ist dies die Frage, ob Vertragsklauseln durch außerhalb des Vertragsdokuments liegende Umstände erklärt oder interpretiert werden dürfen, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 12–022.

963 Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 04. April 2013, Transkription von Fabian Hafenbrädl darauf hinweisend;

964 Der „UCTA 1977“ kommt nicht zur Anwendung, wenn bei Vertragsschluss zwischen den Vertragsparteien eine ausgeglichene Verhandlungssituation bestand. Dies ist insbesondere der Fall, wenn von den AGB des Verkäufers abgewichen wird bzw. wenn die Pflichtverletzung nicht durch „implied terms“ geregelt wird, Reed, 17 und zu Einzelheiten insbesondere die Urteile „Salvage Association v. CAP Financial Service Ltd.“, EWHC, 21. Oktober 1992, (1995) F.S.R. 654, 662 (in dem zahlreiche Kriterien herausgearbeitet wurden, in welchen Fällen Sec. 3 UCTA 1977 zur Anwendung kommt); „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“

wie der „CRA 2015“. Daneben sind hinsichtlich Softwareverträgen auch einzelne spezialgesetzliche Klauseln zu beachten, wie in Bezug auf das Urheberrecht beispielsweise die Secs. 50A–C und 296A CDPA 1988.⁹⁶⁵

2. Gesetzlich implizierte Regelungen: „implied terms“

Einzelne Rechtssätze können im englischen Vertragsrecht als sogenannte „implied terms“ Vertragsbestandteil werden, auch wenn diese nicht Teil des Vertragstextes sind. „Implied terms“ liegen zahlreich und regelmäßig vor.⁹⁶⁶ Abstrakt lässt sich sagen, dass „implied terms“ eingreifen, sobald eine vertragliche Regelung in Form von „express terms“ fehlt.⁹⁶⁷ Oft betreffen „implied terms“ rechtliche Fragestellungen, welche von den Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht bedacht wurden. „Implied terms“ werden durch das Gericht⁹⁶⁸ bzw. durch Gesetz⁹⁶⁹ impliziert. Dies kann zum einen auf Grund von Tatsachen („facts“) erfolgen. Im Allgemeinen möchte das Gericht dabei den Parteiwillen ermitteln.⁹⁷⁰ Ein Implizieren „by

(EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251, 262 f.)-Entscheidung (in der festgestellt wurde, dass AGB („standard terms“) für die Anwendbarkeit des „UCTA 1977“ notwendig sind) sowie weitere Entscheidungen bezüglich der Frage, ob AGB vorliegen, hierzu Reed, 18 ff.

965 Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 1.

966 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 16–001 f.

967 Quinn, 115; Rowland/Kohl/Charlesworth, 500 f. mit Verweis auf „Attorney General of Belize and Ors. v. Belize Telecom Ltd. and Anor (Belize)“, „Judgement of the Lords of the Judicial Committee of Privy Council“, 18. März 2009, (2009) UKPC 10, Rn. 17.

968 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 136002; Quinn, 115.

969 O’Sullivan, Rn. 7.75.

970 Atkins, Rn. 7.22; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 13–005 ff. hinsichtlich der Ermittlung dieses Parteiwillens vertiefend; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 191; Morgan/Burden, Legal Protection of Software, 57; O’Sullivan, Rn. 7.75 ff., 7.81; Quinn, 115 f.; Rowland/Kohl/Charlesworth, 500. In der Rechtsprechung „Shirlaw v. Southern Foundries (1926) Ltd.“, „House of Lords“, 17. März 1939, (1939) 2 KB 206 ff.; „Trollope & Colls Ltd. v. North West Metropolitan Regional Hospital Board“, „House of Lords“, 10. April 1973, (1973) 1 W.L.R. 601, 609; „Greaves & Co (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners“, EWCA, 14./15. Mai 1975, (1975) 3 All ER 99 ff.; „Liverpool City Council v. Irwin“, „House of Lords“, 31. März 1976, (1977) A.C. 239 ff.; „BP Refinery (Westernport) Pty Ltd. v. The President, Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings“, „Johnstone v. Bloomsbury HA“, EWCA, 19. Dezember 1990, (1992) Q.B. 333 ff. (Rowland/Kohl/Charlesworth, 500 diese Entscheidung einordnend); „Philips Electronique Grand Public SA v. British Sky Broadcasting Ltd“, EWCA, 19. Oktober 1994, (1995) E.M.L.R. 472 ff., 481; „Investors

facts“ ist nur bei individuell ausgehandelten Verträgen möglich. Zum anderen können gesetzliche Regelungen („statutes“) einzelne Vertragsklauseln („terms“) implizieren.⁹⁷¹ Dies basiert grundsätzlich auf allgemeinen Erwägungen und folgt nicht zwingend dem Interesse der Parteien.⁹⁷² Bedeutende „statutes“ sind beispielsweise der „supply of goods“ bzw. der „supply of services“, welche, wenn die gesetzlichen Tatbestandmerkmale vorliegen, den „SoGA 1979“ bzw. den „SGSA 1982“ zur Anwendung bringen.⁹⁷³ Drittens können „implied terms“ auf einem „Brauch“ („custom“)⁹⁷⁴ bzw. „Handelbrauch“ („trade usage“)⁹⁷⁵ beruhen. Ein solcher muss bei einem bestimmten Handel, Berufsstand oder an einem Ort mehr als nur „üblich“ („trade practice“)⁹⁷⁶ und überdies „vernünftig, unveränderlich, bestimmt, selbststrebend als Vertragsbestandteil geltend“⁹⁷⁷ und allgemein bekannt“ sein.⁹⁷⁸ Insbesondere im Hinblick auf Leistungspflichten, aber auch im Leistungsstö-

Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society and Ors“, „House of Lords“, 19. Juni 1997, (1997) C.L.C. 1243, 1257 ff.; „Robin Ray v. Classic FM plc“, EWHC, 18. März 1998, (1998) F.S.R. 622 ff.; „Attorney General of Belize and Ors. v. Belize Telecom Ltd. and Anor (Belize)“, „Judgement of the Lords of the Judicial Committee of Privacy Council“, 18. März 2009, (2009) UKPC 10 ff., 21, 23, 25, 28; „Crema v. Cenkos Securities Plc.“, EWCA, 16. Dezember 2010, (2010) EWCA Civ 1444, Rn. 36; „Garratt v. Mirror Group Newspaper Ltd.“, EWCA, 13. April 2011, (2011) EWCA Civ. 425 ff., Rn. 46; „BDW Trading Ltd. v. J.M. Rowe (Investments) Ltd.“, EWCA, 12. Mai 2011, (2011) EWCA Civ 548, Rn. 36 sowie in erster Instanz (RCJ); „F & C Alternative Investments (Holdings) Ltd. v. Barthelemy“, 14. Juli 2011, (2011) EWHC 1731 (Ch), Rn. 271; „Leander Construction Ltd. v. Mulalley & Co Ltd.“, 21. Dezember 2011, (2011) EWHC 3449 (TCC) Rn. 25; „Spencer v. Secretary of State for Defence“, 02. Februar 2002, (2012) EWHC 120 ff. (Ch); „Marks and Spencer plc v. PNB Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Ltd.“, 2015, UKSC 71. In Australien HCA, (1978) 52 A.L.J.R. 20 ff., 26.

971 Atkins, Rn. 741 ff.; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 13–005 ff. „Liverpool City Council v. Irwin“, „House of Lords“, 31. März 1976, (1977) A.C. 239 ff., 257 f.

972 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 16–005 in diese Richtung; O’Sullivan, Rn. 7.77.

973 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 16–039 f.

974 Atkins, Rn. 7.21, 7.56; Duxbury 128 ff.; O’Sullivan, Rn. 7.79; Quinn, 122; Rowland/Kohl/Charlesworth, 499.

975 Quinn, 122 ff.

976 „National Bank of Greece S.A. Appellant v. Pinios Shipping Co. No. 1 and Another Respondents“, „House of Lords“, 30. November 1989, (1990) 1 A.C. 637 ff. Atkins, Rn. 7.56; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 13–019.

977 Atkins, Rn. 7.57; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 16–035; O’Sullivan, Rn. 7.79.

978 Atkins, Rn. 7.56 f. vertiefend.

rungsrecht, können „implied terms“ eine wirtschaftlich bedeutende Rolle spielen.⁹⁷⁹

Im Softwarevertragsrecht sind „implied terms“ von untergeordneter Bedeutung, da Softwareverträge in der Praxis oft umfangreiche „express terms“ enthalten. Trotzdem besteht ein Interesse, der grundsätzlichen Frage nachzugehen, was im Falle von fehlenden „express terms“ im einzelnen Vertragsverhältnis für ein Recht in Form von „implied terms“ anzuwenden ist. Insgesamt sind in der englischen Rechtsprechung nur wenige Urteile – insbesondere höchstrichterliche – zum Softwarevertragsrecht ergangen.⁹⁸⁰

II. Kaufvertrag: „sale“

Der Kaufvertrag ist in Form des Sachkaufs („sale of goods“) im englischen Recht in Sec. 2 Abs. 1 SoGA 1979 normiert. Der Verkäufer hat das Eigentum an einer Sache („property in goods“) an den Käufer zu übertragen, als Gegenleistung erhält ersterer vom Käufer Geld, welches den Kaufpreis darstellt („for a money consideration, called the price“). Bei einem „sale of goods“ bestehen mit Secs. 12–15 SoGA 1979 gesetzliche („by statute“) „implied terms“,⁹⁸¹ welche als „conditions“ zu qualifizieren sind.⁹⁸² Sec. 12 SoGA 1979 verpflichtet den Verkäufer zur Eigentumsübertragung („ownership“) an den Käufer.⁹⁸³ Gemäß Sec. 14 SoGA 1979 muss der Kaufgegenstand „zufriedenstellende Qualität“ („satisfactory quality“) und „Zweckdienlichkeit“ („fitness for purpose“) aufweisen.⁹⁸⁴

979 Saxby, Rn. 6.308 in diese Richtung (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010).

980 Lloyd, Rn. 556 ff.

981 Zu den einzelnen „implied terms“ durch den „SoGA 1979“ Reed, 6 ff.; Rowland/Kohl/Charlesworth, 457 ff. (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012). Hierzu 2. Teil § 1 D I. 2.

982 Bradgate/White, 145.

983 Der Terminus „property“ ist als Eigentum zu verstehen, Beale, Chitty on Contracts Vol. 2, Rn. 46–130. Der Terminus „ownership“ bezeichnet die Rechtsinhaberschaft, Rowland/Kohl/Charlesworth, 492 f.

984 Zu ersterem Begriff kann ausgeführt werden, dass es nicht ausreicht, jedwede Sorgfalt angewandt zu haben. Eine Analyse, ob dies vorliegt, hat aus der Sicht eines vernünftigen Dritten zu erfolgen, Beale, Chitty on Contracts Vol. 2, Rn. 46–099; Sec. 14 Abs. 3 SoGA 1979 hingegen betrifft die individuelle Zweckdienlichkeit für den Nutzer, soweit diese – wie es bei der Überlassung von Standardsoftware mangels individueller Absprache aber nicht der Fall ist – Vertragsbestandteil geworden ist. Sec. 15 SoGA 1979 regelt den Fall, dass die Software „by sample“, also im Rahmen

1. Sachkauf: „sale of goods“

a) Software als „good“

Während es unstreitig ist, dass Computer-Hardware ein „good“ im Sinne des „SoGA 1979“ darstellt,⁹⁸⁵ ist die juristische Diskussion über die Qualifikation von Software als „good“ seit Jahrzehnten ausgeprägt.⁹⁸⁶ Der Terminus „good“ wird in Sec. 61 Abs.1 SoGA 1979 definiert. Sec. 18 Abs.1 SG-SA 1982 enthält eine in den hier relevanten Abschnitten identische Definition.⁹⁸⁷ Danach sind bewegliche Sachen („personal chattels“) außer Geld oder Vermögensrechte, welche nur durch Klage und nicht durch physische Inbesitznahme geltend gemacht werden können („things in action“),⁹⁸⁸ als Vertragsgegenstand anzusehen. Immaterialgüterrechte sind hingegen nicht als „good“ zu qualifizieren.⁹⁸⁹

(1) Software mit Datenträger

Die Frage, ob Software verbunden mit einem Datenträger ein „good“ im Sinne der Sec. 61 Abs.1 SoGA 1979 darstellt, wurde insbesondere in der Rechtsprechung erörtert. Dabei steht die Verbindung der Software mit einem Datenträger im Mittelpunkt. Die Grundsatzentscheidung in dieser Rechtsfrage stellt die in zwei Instanzen ergangene „St. Albans City &

eines „Kauf nach Muster“ bzw. „Kauf nach Probe“ verkauft wurde, Bradgate/White, 145.

985 Bridge, Rn. 2.23; Guest, Rn. 1–086; Miles, 9.

986 Guest, Rn. 1–086 vertiefend.

987 Bainbridge, Introduction to information technology law, 229 zur Identität des Begriffs „good“ in beiden Gesetzen.

988 „things in action“ sind „property that is theoretically owed to someone by virtue of a legal right to sue. The property involved is often money. Thus, someone with a tort claim has a thing in action until either a court issues final judgment or the period for suing has expired.“ (http://www.law.cornell.edu/wex/things_in_action) (aufgerufen am 01. Dezember 2023), also Rechte („personal rights of property“), welche nur auf dem Klageweg behauptet und durchgesetzt werden können – nicht hingegen durch die Besitzbegründung, wie dies bei körperlichen Gegenständen der Fall ist, Bradgate, 35; Hagemeister, 33 mit weiteren Verweisen. Beispiele für „things in action“ sind Unternehmensanteile, Immaterialgüter oder schuldrechtliche Ansprüche, Bradgate, 35.

989 Twigg-Flesner/Canavan, 47.

District Council v. International Computers Ltd.“⁹⁹⁰-Entscheidung dar.⁹⁹¹ Beide Urteile enthalten Aussagen bezüglich der Einordnung von Software als „good“.⁹⁹² Zum einen wurde festgestellt, dass eine solche beispielsweise im Mehrwertsteuerrecht⁹⁹³ oder im Urheberrecht (als Sprachwerk wie ein Buch) erfolgt. Zudem wurde auf eine schon Anfang der 1980er Jahre ergangene und vergleichbare Rechtsfragen betreffende Entscheidung aus Australien verwiesen, in welcher Software als ein „good“ im Sinne des dortigen Kaufrechts angesehen wurde.⁹⁹⁴ Die wichtigsten Passagen des erstinstanzlichen „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“-Urteils sind Teil eines Obiter Dictum.⁹⁹⁵ Richter Scott-Baker führte aus, dass Software als „good“ im Sinne des „SoGA 1979“ angesehen werden kann, bezog sich aber auf den Datenträger („physical medium“), auf welchem die Software verkörpert ist. Schließlich sei eine solche Verkörperung

990 Die Entscheidung „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“ wurde in zwei Instanzen entschieden. Das erstinstanzliche Urteil erging am EWHC, 03. Oktober 1994, (1995) F.S.R. 686 ff., die zweitinstanzliche Entscheidung erging am EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251 ff. Der Tatbestand ist wie folgt: Eine Behörde schrieb die Erstellung eines Computerprogramms zum Einzug von einer kommunalen Steuer („community charge“) aus. Die Ausschreibung wurde vom Ersteller akzeptiert, allerdings errechnete die erstellte Software schließlich eine falsche Einwohneranzahl, was zu Steuerausfällen und Folgeschäden der Behörde führte. Daraufhin wurde der Softwareersteller wegen Vertragsbruch („breach of contract“) verklagt; zur Bedeutung des Urteils im Allgemeinen, Guest, Rn. 1–086; Thomas, IRLTC, 2012, 26 (2/3), 165, 166.

991 Guest, Rn. 1–086 darauf beziehend.

992 Sowohl die Tatsache, dass dieser Fall die Erstellung von Individualsoftware zum Gegenstand hat, als auch, dass über „express terms“ entschieden wurde, sind an dieser Stelle nicht weiter von Relevanz.

993 Software ist gemäß dem Gericht als „planet and machinery“ im Sinne der Sec. 67A Capital Allowance Act anzusehen, „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“, EWHC, 03. Oktober 1994, (1995) F.S.R. 686, 698.

994 „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“, EWHC, 3. Oktober 1994, (1995) F.S.R. 686, 698 mit Verweis auf „Toby Constructions Products Ltd v. Computer Bar (Sales) Pty Ltd.“, HCA, 16. August 1983, (1983) N.S.W.L.R. 48 ff. Diese Entscheidung betraf einen Vertrag zum Erwerb eines Computersystems bestehend sowohl aus Hardware- als auch aus Software-Komponenten. Die in diesem Fall vorhandene komplexe Konstellation in Bezug auf die tatsächlichen Vertragspartner (dies stellt eine Frage des Allgemeinen Schuldrechts dar) kann außen vorgelassen werden. Diese Entscheidung war eine der ersten, welche sich im Rechtskreis des „common law“ mit der Qualifikation von Software als „good“ auseinandersetzte. Schließlich wurde dort ein Computersystem als eine Sache im Sinne des „Sales of Goods Act 1923“ aus New South Wales (Australien) angesehen.

995 Da die Äußerungen im Rahmen eines Obiter Dictums erfolgten fehlt ihnen die Bindungswirkung gleich einem Urteil („precedent“), Lloyd, Rn. 561; Miles, 9.

zur Nutzung erforderlich. In höherer Instanz stellte Richter Glidewell fest, dass das Programm selbst („program itself“), also die Software an sich, kein „good“ darstellt.⁹⁹⁶ Daraus wird gefolgert, dass die Qualifikation als „good“ von der Existenz eines Datenträgers abhängt. Software verbunden mit einem solchen sei als ein „good“ anzusehen.⁹⁹⁷ Inhaltlich auf gleicher Linie ist die „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM“-Entscheidung. In dieser wird in einem Obiter Dictum festgehalten, dass Software ein „good“ ist.⁹⁹⁸ Jedoch basiert auch in dieser Entscheidung die Argumentation auf dem Datenträger, auf welchem die Software gespeichert war. Ein solcher stelle ein „good“ dar, somit sei ein Datenträger mit Software nicht anders zu bewerten.⁹⁹⁹ Ähnliche Ausführungen finden sich in der Rechtsliteratur. Die potentielle Vergleichbarkeit eines auf einem Datenträger verkörpert Computerprogramms mit einem Buch oder einer Videokassette wird für die Befürwortung der Qualifizierung als „good“ herangezogen.¹⁰⁰⁰ Jedoch wird dies nur für mittels eines Datenträgers überlassener Software bejaht. Erfolge hingegen ein Download, dann liege demnach eine Lizenz vor.¹⁰⁰¹ Überdies seien „implied terms“ aus dem Kaufrecht auch in Bezug auf beispielsweise die Funktionsweise von Software anzuwenden.¹⁰⁰²

996 Zu Software an sich 2. Teil § 1 D II. 1. a) (2).

997 Miles, 10; Twigg-Flesner/Canavan, 47.

998 Ein „Eigentumsübergang“ („transfer of property“) wird in der Entscheidung abgelehnt und folglich auf eine Lizenz geschlossen, „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM UK Ltd.“, EWHC, 17. März 2011, (2011) EWHC 549 (TCC), Rn. 95 ff., insbesondere 96.

999 „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM UK Ltd.“, EWHC, 17. März 2011, (2011) EWHC 549 (TCC), Rn. 96 f. Probleme treten allerdings auf, wenn kein Datenträger mehr vorhanden ist, auch wenn selbst in diesem Fall ähnliche Vertragsbedingungen im „common law“ impliziert werden können, „Young & Marten Ltd. v. McManus Child Ltd.“, „House of Lords“, 10. Juli 1968, (1969) 1 A.C. 454, 472 ff. Rowland/Kohl/Charlesworth, 494 mit Verweis auf „Dodd v. Wilson“, (1946) 2 All ER 691.

1000 Dobson, Rn. 1–14.

1001 Twigg-Flesner/Canavan, 47.

1002 „St. Albans City & Districts Council v. International Computers Ltd.“, EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251, 254, 265 f.

(2) Software an sich

Als möglicher Vertragsgegenstand und somit „good“ wird teils auch die Software an sich angesehen. Dabei erfolgt eine Lösung vom Datenträger, auf welchem die Software verkörpert ist. In der zweiten Instanz der „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“-Entscheidung wurde das Programm selbst („program itself“) nicht als „good“ angesehen.¹⁰⁰³ Auch in der Literatur erfolgten dahingehende Subsumtionsversuche. Teils wird Software rein als Information beschrieben,¹⁰⁰⁴ welche das gesetzliche Merkmal des „personal chattel“ nicht erfüllt.¹⁰⁰⁵ Allerdings könne Software auf der Hardware Effekte auslösen und sei folglich ein „Mehr“ als Information.¹⁰⁰⁶ Inwieweit dies ausreicht, um das Merkmal des „personal chattel“ zu erfüllen, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht weiter erörtert. Ein ähnlicher Weg wird in dem strafrechtlichen „R. v. Whiteley“-Urteil gegangen.¹⁰⁰⁷ Das Eindringen in ein Computernetzwerk durch einen Hacker sowie das Löschen von Daten bewirkt demnach eine Änderung der physischen Beschaffenheit („physical nature“) auf dem Datenträger.¹⁰⁰⁸ Nicht diese physische Beschaffenheit müsse körperlich („tangible“) sein,

1003 Hierzu 2. Teil § 1 D II. 1. a) (1). Hierzu kam der Richter durch den dem Fall zu Grunde liegenden Sachverhalt. Tatsächlich wurde kein Datenträger mit Software übergeben, sondern diese auf einer CD-ROM verkörpert von dem Softwareanbieter auf einen Computer des Nutzers installiert. Eine Übergabe eines Datenträgers fand somit nicht statt, „St. Albans City & Districts Council v. International Computers Ltd.“, EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251, 265 f.

1004 Welche nur in der Form des Quellcodes existiert.

1005 Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 mit Verweis auf die „Oxford v. Moss“ Entscheidung (1979, Divisional Court, (1979) 68 Cr App R 183 ff.), in der entschieden wurde, dass „personal information“ kein „property“ im Sinne der Sec. 4 Theft Act 1968 darstellt.

1006 Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 f. Diese Ansicht wurde erstmals von Richter Scott Baker in der „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“ Entscheidung erörtert. (EWHC, 03. Oktober 1994, (1995) F.S.R. 686, 699). Er führte – etwas untechnisch und vereinfacht – aus, dass Software nicht nur Information ist, sondern auch Hardware verändern kann.

1007 Die Wertungen dieser strafrechtlichen Entscheidung sind im Zivilrecht allerdings nur begrenzt heranziehbar, Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 f. in diese Richtung.

1008 Diese Veränderung stelle den strafrechtlich relevanten Schaden („damage“) im Sinne des „Criminal Damage Acts 1971“ dar, „R. v. Nicholas Alan Whiteley“, EWCA, 04. Februar 1991, (1991) 93 Cr. App. R. 25 ff., 26.

sondern ein körperlicher Schaden müsse an beweglichen Sachen wie den magnetischen Partikeln auf dem Datenlaufwerk auftreten.¹⁰⁰⁹

Zu zweitem Merkmal eines „goods“, namentlich „other than things in action“, wird festgestellt, dass Immaterialgüterrechte und somit auch das Urheberrecht „things in action“ sind¹⁰¹⁰ und dies eine Subsumtion als Sache im Sinne des „SoGA 1979“ ausschließt.¹⁰¹¹ Allerdings ist zu beachten, dass keine Betrachtung des Immaterialgüterrechts, sondern der Software an sich, zu erfolgen hat, denn Software ist zwar durch das Immaterialgüterrecht geschützt, stellt selbst aber keines dar.¹⁰¹² Im Ergebnis ist Software an sich kein „thing in action“.

(3) Funktionale Auslegung des Begriffs „good“ (Gesamtbetrachtung)

In Bezug auf trägerlos übermittelte Software wird die Qualifikation von Software als „good“ teils abgelehnt,¹⁰¹³ denn das Merkmal der beweglichen Sache („personal chattel“) wird nicht als erfüllt angesehen.¹⁰¹⁴ Andere hingegen nehmen eine funktionale Gesamtbetrachtung vor. Im Ergebnis soll der Begriff „good“ eine trägerlose Übertragung der Software mitumfassen.¹⁰¹⁵ Es wird auf die Greifbarkeit („tangibility“) verzichtet.¹⁰¹⁶

1009 „R. v. Nicholas Alan Whiteley“, EWCA, 04. Februar 1991, (1991) 93 Cr. App. R. 25 ff., 28.

1010 Bainbridge, Introduction to information technology law, 228; Twigg-Flesner/Canavan, 8 in diese Richtung.

1011 Bainbridge, Introduction to information technology law, 300 in diese Richtung; Bainbridge, Software Licensing, 90.

1012 Rowland/Kohl/Charlesworth, 492 auf diese Problematik verweisend unter Bezugnahme auf die Entscheidung „Eurodynamics System v. General Automation Ltd.“, 06. September 1998, nicht veröffentlicht („unreported“).

1013 Bond, 44 ablehnend; Niranjana, JBL 2009, 8, 799, 806 wohl in diese Richtung; Rowland/Kohl/Charlesworth, 492 beschreibend. „Eurodynamics System v. General Automation Ltd.“, 06. September 1998, nicht veröffentlicht („unreported“) allgemein ablehnend.

1014 Dobson/Stokes, Rn. 1–011 auf das Merkmal der „greifbaren, beweglichen Sache“ („tangible, movable, thing“) abstellend.

1015 Niranjana, JBL 2009, 8, 799, 806 wenn auch eine Einordnung als „licence“ bevorzugend.

1016 Thomas, IRLTC, 2012, 26 (2/3), 165, 166.

(4) Urheberrechtliches Werkstück: „copy“

Zum Teil erfolgt eine Annäherung an den urheberrechtlichen Begriff des Werkstücks („copy“),¹⁰¹⁷ allerdings erfolgt keine Subsumtion, sondern das Werkstück (meist die Software verkörpert auf einem Datenträger) wird regelmäßig ohne näher zu differenzieren als ein „good“ und somit als Objekt eines Kaufvertrages angesehen. Dabei wird ein direkter Vergleich mit urheberrechtlich geschützten Gegenständen wie einem Buch angestrebt, dessen Qualifizierung als „good“ unstreitig ist. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Position des Softwareerwerbers mit beispielsweise der des Erwerbers eines Buches liege ein „sale“ vor. Der immaterialgüterrechtliche Schutz des Gegenstands sei für die Frage nach dem Interesse des Nutzers nicht von Relevanz.¹⁰¹⁸ Letztlich ist das körperliche Werkstück der Software einem Datenträger ähnlich¹⁰¹⁹ und urheberrechtliche Aspekte sind nicht ersichtlich.

(5) Zusammenfassung

Für Software, welche auf einem Datenträger gespeichert ist (Software mit Datenträger), aber auch für Software an sich bzw. aufgrund einer funktionalen Auslegung (Gesamtbetrachtung) des Terminus „goods“ wird die Qualifikation von Software als „good“ angenommen.

1017 Morgan/Burden, 128 vertretend, dass sich alle üblichen Softwareüberlassungsverträge nur auf eine „copy“ beziehen.

1018 Green/Saidov, JBL 2007, 161, 162, 175 f. Teils wird die schuldrechtliche Einordnung als Kaufvertrag in Frage gestellt, sobald die „copy“ nach der Nutzung wieder an den Rechtsinhaber zurückgegeben werden muss oder keine Einmalzahlung, sondern fortlaufende Lizenzgebühren, fällig sind, 176 in diese Richtung. Allerdings würden in diesen Fällen auch die grundsätzlichen Befürworter einer kaufrechtlichen Einordnung eine solche ablehnen. Ein Zusammenhang zum urheberrechtlichen Begriff der „copy“ kann nicht hergestellt werden.

1019 Hierzu 2. Teil § 1 D II. 1. a) (1).

- b) Eigentumsübertragung („to transfer the property“) sowie
Kaufpreiszahlung: („for a money consideration, called the price“)

Zudem muss gemäß Secs. 2 Abs. 1, 17 f. SoGA 1979 das gesetzliche Merkmal der Eigentumsübertragung („to transfer the property“) erfüllt sein.¹⁰²⁰ „Property“ ist nach Sec. 61 SoGA 1979 „das allgemeine Sacheigentum“ („the general property in goods“). Die Eigentumsübertragung erfolgt durch Übergabe („delivery“).¹⁰²¹ In Bezug auf den Eigentumsübergang bei Software verbunden mit einem Datenträger erfolgt in Literatur und Rechtsprechung keine spezifische Analyse. Wird der Fokus auf den Datenträger beibehalten, so kann dieser als Sache („good“) übereignet werden.¹⁰²² Hinsichtlich eines Eigentumsübergangs bei Software an sich wird festgestellt, dass ein solcher nicht möglich ist. Der abstrakte Begriff der nicht greifbaren Software an sich lasse keinen Bezugspunkt des Eigentumsrechts erkennen.¹⁰²³ In Bezug auf die funktionale Auslegung des Begriffs „good“ und auf ein urheberrechtliches Werkstück als „good“ erfolgen keine spezifischen Ausführungen zum Eigentumsübergang.

Da Software gelöscht oder kopiert werden könne, sei diese beweglich („movable“) und eine „delivery“ möglich.¹⁰²⁴ Das Tatbestandsmerkmal des Kaufpreises („for a money consideration, called the price“) wird in Literatur und Rechtsprechung nicht weiter erörtert. Es kann, wenn eine Zahlung in Form von Geld erfolgt, aber stets als erfüllt angesehen werden.

1020 Bradgate/White, 171, 173 darauf hinweisend, dass der Erwerber durch den Eigentumsübergang grundsätzlich ein unbeschränktes Nutzungs- und Weiterverkaufsrecht hat, allerdings kann dies gesetzlichen Beschränkungen unterliegen. Es ist zu beachten, dass im englischen Vertragsrecht der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs grundsätzlich zur Disposition der Vertragsparteien steht (Sec. 13 SoGA 1979). Weitere Einzelheiten regeln Secs. 16 ff. SoGA 1979.

1021 Diese wird in Sec. 61 Abs. 1 SoGA als „freiwilliger Besitzübergang“ („transfer of possession“) beschrieben, Beale, Chitty on Contracts Vol. 2, Rn. 463–241 ff. auch vertiefend zum Terminus der „delivery“. Eine Lieferung kann durch physische Übergabe erfolgen oder als „constructive delivery“ in der Weise, dass die Kontrolle über ein „good“ übergeben wird, Bradgate/White, 129.

1022 Bond, 3, 9 wohl auch in diese Richtung und vom „title“ (hier das Eigentumsrecht) nur in Bezug auf die „copy“ sprechend; Davis, 8 in diese Richtung; Dobson, Rn. 1–14; Dobson/Stokes, Rn. 1–011.

1023 Bainbridge, Introduction to information technology law, 228 f. „St. Albans City & Districts Council v. International Computers Ltd.“, EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251 ff.

1024 Green/Saidov, JBL 2007, 161, 167 f.

2. Generelle Annahme eines „sale of goods“

Wieder andere sehen die Überlassung von Standardsoftware generell schuldrechtlich als „sale of goods“ an. Diese Einordnung sei unabhängig von dem Trägermedium bzw. dem Weg, auf welchem die Software übertragen werde.¹⁰²⁵

3. Exkurs: Abgrenzung zum „service contract“

Die schuldrechtliche Einordnung der Überlassung von Standardsoftware als „Erbringung eines Dienstes“ („supply of services“) wird zwar vereinzelt angesprochen, letztlich aber nicht vertreten.¹⁰²⁶ Der „supply of services“ („service contract“) wird neben dem „supply of goods“¹⁰²⁷ im „SGSA 1982“ normiert und in Sec. 12 Abs. 1 SGSA 1982 beschrieben als ein Vertrag, bei welchem eine Partei verspricht, einen Dienst zu erbringen („to carry out a service“). Der Terminus „service“ wird im „SGSA 1982“ nicht definiert.¹⁰²⁸ Sec. 13 SGSA 1982 schreibt als eine der zentralen Normen und als „implied term“ vor, dass „reasonable skill and care“ geschuldet werden.¹⁰²⁹ Dies wird regelmäßig auch als „express term“ in den Verträgen vereinbart, teils wird auch auf die üblichen Industriestandards („good industry practice“) referenziert. Zu beachten ist, dass trotz einer möglichen grundsätzlichen

1025 Reed, 12.

1026 Bainbridge, Introduction to information technology law, 228; Rowland/Kohl/Charlesworth, 496 mit Verweis auf die australische Entscheidung „Toby Constructions Products Ltd. v. Computer Bar (Sales) Pty Ltd.“, HCA, 16. August 1983, (1983) N.S.W.L.R. 48, 51.

1027 Der „supply of goods“-Vertrag wird im „Part 1“ des „SGSA 1982“, insbesondere in Sec. 1 Abs. 1, beschrieben als Vertrag für die Übertragung von beweglichem Vermögen („contracts for the transfer of property in goods“), welcher nicht dem Katalog der Sec. 1 Abs. 2 angehört. Unter diesen Katalog fällt insbesondere der Kaufvertrag („sale of goods“). Im deutschen Recht stehen der Werkvertrag bzw. der Werklieferungsvertrag diesem Vertragstyp tatbestandlich nahe. Secs. 2–5 SGSA 1982 implizieren für den „Supply of Goods“ die gleichen Gewährleistungsregelungen („warranties“) wie der „SoGA 1979“, Adams, JBL 2009, 4, 396 vertiefend. Insbesondere das gesetzliche Merkmal des „good“ wird in Sec. 18 Abs. 1 SGSA 1982 gleich dem des „SoGA 1979“ definiert.

1028 Bainbridge, Software Licensing, 88.

1029 Hingegen gemäß Sec. 14 SoGA 1979 wird dem Verkäufer als Leistungspflicht eine zufriedenstellende Qualität („satisfactory quality“) und „angebrachte Geeignetheit für den Benutzungszweck“ („reasonable fit for their purposes“) auferlegt. Im Vergleich hierzu ist Sec. 13 SGSA 1982 weniger streng.

Einordnung als „service“-Vertrag die Parteien in der Regel zahlreiche gesetzliche Normen durch „express terms“ umgehen.¹⁰³⁰

In Bezug auf die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist festzuhalten, dass es sich um ein Massenprodukt handelt und somit die bei einem „service“ erforderliche Individualität bei der Erstellung fehlt.¹⁰³¹ Wird wie beispielsweise von Bainbridge abstrakt festgehalten, dass bei der Überlassung von Standardsoftware ein „service“-Vertrag vorliegt, so wird dieser nicht als ein solcher im Sinne des „SGSA 1982“ klassifiziert, sondern soll den Charakter einer Lizenz („licence“) aufweisen.¹⁰³²

4. Zusammenfassung

Für Software, welche auf einem Datenträger gespeichert Vertragsgegenstand (Software mit Datenträger) ist und für Software an sich wird eine Qualifikation als „good“ angenommen. Dies gilt auch bei einer funktionalen Auslegung (Gesamtbetrachtung) des Terminus „good“. Jedoch kann Eigentum allein an dem Datenträger selbst übertragen werden. Eine Kaufpreiszahlung kann hingegen stets erfolgen. Teilweise wird allein aus Wertungsgründen ein „sale of goods“ befürwortet.

III. Immaterialgüterrechtlicher Verträge

Immaterialgüterrechte – im Folgenden das Urheberrecht – können im englischen Recht auf verschiedene Art Gegenstand von Verträgen sein. Die Rechtsinhaberschaft („ownership“) kann im Urheberrecht frei übertragen werden („assignment“) oder es kann eine Lizenz („licence“) eingeräumt werden.¹⁰³³ Schließlich gilt das Urheberrecht („copyright“) als „privates und bewegliches Eigentum“ („personal and movable property“).¹⁰³⁴ Grundsätz-

1030 Schriftliches Interview, geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1031 Rowland/Kohl/Charlesworth, 496 mit Verweis auf die australische Entscheidung „Toby Constructions Products Ltd. v. Computer Bar (Sales) Pty Ltd.“, HCA, 16. August 1983, (1983) N.S.W.L.R. 48, 51.

1032 Bainbridge, Introduction to information technology law, 228.

1033 Sec. 90 CDPA 1988, Bainbridge, Intellectual Property, 117 ff. vertiefend.

1034 Colston, 427. Hierbei ist die Terminologie zu beachten. Der englische Begriff „property“ ist als Eigentum zu übersetzen. Darunter wird aber nicht das Eigentumsrecht (im Sinne von § 903 BGB) verstanden, sondern der Begriff des „Besitztums“

lich besteht Vertragsfreiheit, allerdings muss das Wesen als immaterialgüterrechtlicher Vertrag beachtet werden.¹⁰³⁵

1. Einzelne Verträge

a) Rechtsübertragung: „assignment“

Bei einem „assignment“ werden gemäß Sec. 90 Abs. 2 lit. a) CDPA 1988 die Rechtsinhaberschaft („ownership“) am Urheberrecht oder einzelne Verwertungsrechte übertragen.¹⁰³⁶ Ein „assignment“ kann zeitlich befristet erfolgen,¹⁰³⁷ was aber einen Ausnahmefall darstellt.¹⁰³⁸ Weiter ist zu beachten, dass sich das „assignment“ stets nur auf das Immaterialgüterrecht bezieht und nicht auf den geschützten körperlichen Gegenstand.¹⁰³⁹ Vice versa hat auch dessen Veräußerung keine urheberrechtliche Rechtsübertragung zur Folge.¹⁰⁴⁰ Ein „assignment“ erfordert Schriftform gemäß Sec. 90 Abs. 3 CDPA 1988 und wird daher als „implied term“ äußerst restriktiv angenommen.¹⁰⁴¹

b) Rechtseinräumung: „licence“

Eine „licence“ steht bei der Verwertung von Immaterialgüterrechten im Mittelpunkt.¹⁰⁴² Der Rechtsinhaber („owner“ bzw. „licensor“) räumt dem

oder auch „Hab und Gut“. Hingegen sind die Termini „ownership“ bzw. „title“ als „Inhaberschaft“ bzw. „Rechtsposition“ als Eigentumsrecht zu verstehen.

1035 Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136.

1036 Bainbridge, *Information technology and intellectual property law*, Rn. 2.113; Bainbridge, *Intellectual Property*, 231 f. zu „assignments“; Burnett, 34; Davis/Cheng, Rn. 99; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 184 f.; Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 12.5 f. Diese Aufteilbarkeit des Urheberrechts ist durch eine Änderung des Gesetzestextes mittels Aufnahme des Terminus „things“ anstatt von „acts“ manifestiert worden. Bezüglich „things“ hat der Inhaber des Urheberrechts das ausschließliche Recht, Flint/Fitzpatrick/Thorne, 185.

1037 Bainbridge, *Intellectual Property*, 231; Brazell, 189; Davis/Cheng, Rn. 89.

1038 Brazell, 189.

1039 Colston 427.

1040 Davis/Cheng, Rn. 88.

1041 Bainbridge, *Intellectual Property*, 232; Burnett, 34.

1042 Brown/Kheria/Cornwell/Iljadica, Rn. 6.29.

Lizenznehmer („licensee“) das Recht ein,¹⁰⁴³ urheberrechtlich relevante, zustimmungsbedürftige Handlungen vorzunehmen.¹⁰⁴⁴ Eine „licence“ wird nicht durch ein dem „SoGA 1979“ bzw. dem „SGSA 1982“ vergleichbares Gesetz („statute“) normiert, sondern allein in Sec. 90 Abs. 4 CDPA 1988 und diversen weiteren Normen erwähnt. Dabei hat eine „licence“ grundsätzlich einen positiven Charakter für den Lizenznehmer und ist nicht zu verstehen als ein reiner Verzicht des Lizenzgebers, Rechte durchzusetzen.¹⁰⁴⁵ Auch kann eine „licence“ in Bezug auf das ganze oder nur auf einen Teil des Urheberrechts eingeräumt werden.¹⁰⁴⁶ Die Einräumung erfolgt regelmäßig ausdrücklich, allerdings kann diese auch als „implied term“ erfolgen.¹⁰⁴⁷ Der Lizenznehmer entrichtet eine Lizenzgebühr in Form¹⁰⁴⁸ einer einmaligen oder regelmäßig wiederkehrenden Zahlung.¹⁰⁴⁹ Eine „licence“ beinhaltet unterschiedliche „licence terms“¹⁰⁵⁰ und ist regelmäßig – entsprechend ausdrücklicher Regelung – nicht übertragbar.¹⁰⁵¹ Im Unterschied zum „assignment“ ist eine „licence“ grundsätzlich widerruflich.¹⁰⁵² Zudem kann nur der Rechtsinhaber des Urheberrechts diese gegen Dritte durchsetzen.¹⁰⁵³ „Licences“ können ausschließlich („exclusive licence“ gemäß

1043 In diese Richtung Bainbridge, *Intellectual Property*, 234; Burnett, 33; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 f. Eine „licence“ hat auch für den Rechtsnachfolger des Rechtsinhabers eine bindende Wirkung, außer im Fall von Gutgläubigkeit des Erwerbers in Bezug auf Nichtbestehen der „licence“; Sec. 90 Abs. 4 CDPA 1988; auch Flint/Fitzpatrick/Thorne, 188; Saxby, Rn. 6.212 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010).

1044 Bainbridge, *Intellectual Property*, 234; Bond, 3; Brazell, 188; Brown/Kheria/Cornwell/Iljadica, Rn. 6.30; Burnett, 33; Colston, 427; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 f.; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 188; McGuire, 519 ff. explizit von einer „dinglichen“ Wirkung abgrenzend. Eine solche ist im englischen Recht nicht vorgesehen.

1045 McGuire, 518.

1046 Bond, 101 zu den einzelnen Rechten für welche eine Lizenz eingeräumt werden kann.

1047 Bainbridge, *Software Licensing*, 86. Zur „implied licence“, 1. Teil § 3 E III. 2., 3.

1048 Bainbridge, *Intellectual Property*, 234, 236.

1049 Brazell, 188; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 f.

1050 Rowland/Kohl/Charlesworth, 503 zu den einzelnen typischen Lizenzbedingungen („licence terms“).

1051 Burnett, 36.

1052 Brazell, 188.

1053 Dies ist insbesondere ein Effekt des Grundsatzes „privity of contract“ im englischen Vertragsrecht. Letztlich können nur die Vertragsparteien einen Anspruch aus dem Vertrag durchsetzen bzw. verklagt werden, Flint/Fitzpatrick/Thorne, 189.

Sec. 90 Abs.1 CDPA 1988)¹⁰⁵⁴ oder nicht-ausschließlich sein.¹⁰⁵⁵ Der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz ist – außer gegenüber dem Rechtsinhaber – Dritten gegenüber der Position, welche nach einem „assignment“ vorliegt, gleichgestellt.¹⁰⁵⁶ Die Einräumung einer ausschließlichen Lizenz aller übertragbaren Rechte kommt im Ergebnis einer Übertragung der Inhaberschaft („ownership“) gleich.¹⁰⁵⁷ Die Schriftform – gleich einem „assignment“ – findet auf eine „exclusive licence“ Anwendung gemäß Sec. 92 Abs.1 CDPA 1988.

2. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als „licence“

Verträge über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware werden zum Teil als immaterialgüterrechtliche Verträge angesehen, denn die Nutzung von Software stellt gemäß Sec. 17 Abs.6 CDPA 1988 eine urheberrechtlich relevante Handlung dar.¹⁰⁵⁸ Neben der Nutzungsrechtseinräumung bestünden noch weitere Nebenleistungspflichten.¹⁰⁵⁹ Die vertraglich geschuldeten Leistungen seien regelmäßig die Zurverfügungstellung der Software, die Lieferung an den Nutzer, die Einräumung eines Nutzungsrechts entsprechend den Lizenzbedingungen sowie teils auch Beratungsleistungen in Bezug auf die Nutzung.¹⁰⁶⁰ Verdeutlicht werden die nebeneinander bestehenden Leistungspflichten mit folgendem Beispiel: Werde

1054 Ein Sonderfall der ausschließlichen Lizenz ist die „sole licence“. Bei dieser darf der Rechtsinhaber des Urheberrechts – in Konkurrenz zum Lizenznehmer – selbst das Immaterialgüterrecht gleich dem Lizenznehmer verwerten, Bainbridge, Software Licensing, 86; Brazell, 193 f.; McGuire, 519. Andernfalls ist bei einer ausschließlichen Lizenz auch der Rechtsinhaber von der Vornahme der lizenzierten Handlung ausgeschlossen, Bainbridge, Software Licensing, 86.

1055 Bainbridge, Intellectual Property, 234; Brazell, 188; Brown/Kheria/Cornwell/Iljadica, Rn. 6.30; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 f.;

1056 Sec. 101 Abs. 1 CDPA 1988. Flint/Fitzpatrick/Thorne, 190; McGuire, 517.

1057 Bond, 101.

1058 Adams, JBL 2009, 4, 396; Bainbridge, Intellectual Property, 13 (in früherer Auflage: 9. Auflage, 2012); Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 302 f.; Bradgate, 36 ff.; Morgan/Burden, Legal Protection of Software, 153; Twigg-Flesner/Canavan, 8.

1059 Bainbridge, Software Licensing, 85; Guest, Rn. 1–077.

1060 Guest, Rn. 1–077 in diese Richtung; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 in diese Richtung; Morgan/Berry, 131 f. Die Erstellung von Updates in Bezug auf das überlassene Programm gehöre regelmäßig nicht zur Leistungspflicht der Softwareüberlassung, sondern werde in einem Support- bzw. Wartungsvertrag geregelt, 142.

Software als Softwarepaket in einem Geschäft erworben, dann könnten unproblematisch zwei Verträge erkannt werden. Diese wären ein Kaufvertrag zwischen dem Erwerber und dem Softwarehändler über das Softwarepaket¹⁰⁶¹ und eine „licence“ zwischen dem Erwerber und dem Softwareanbieter.¹⁰⁶² Liege ein technischer Mangel an dem Datenträger oder dem Begleitmaterial (also allen körperlichen Gegenständen) vor, so hafte der Softwarehändler nach dem Leistungsstörungenrecht des „SoGA 1979“¹⁰⁶³ hingegen der Softwareanbieter hafte allein aus der immaterialgüterrechtlichen Lizenz. Auch die Online-Übertragung von Software sei ein Vertrag mit zwei Elementen. Zum einen umfasse dieser die Überlassung und Funktionsfähigkeit der Software, zum anderen die „licence“ zur Nutzung der Software.¹⁰⁶⁴ Bei der Softwareüberlassung auf einem Datenträger werde letzterer verkauft, die den Vertragswert bildende Software jedoch lizenziert.¹⁰⁶⁵

Die Inhaberschaft an den an der Software bestehenden Immaterialgüterrechten verbleibe beim Softwareanbieter und es erfolge keine Rechtsübertragung in Form eines „assignment“ („transfer of property“),¹⁰⁶⁶ außer dies

1061 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 226 in diese Richtung; Bainbridge, Software Licensing, 177; Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 05. April 2013, Transkription von Fabian Hafenbrädl. Teilweise wird auch von dem Kauf des körperlichen Werkstücks („physical copy“) gesprochen, wenn der Kaufvertrag neben der „licence“ beschrieben werden soll, Green/Saidov, JBL 2007, 161, 175 f. Es stellt sich die Frage, inwieweit ein Werkstück der Software oder nur der Datenträger, auf welchem die Software verkörpert ist, Gegenstand des Kaufvertrages ist.

1062 Bainbridge, Software Licensing, 92, 177.

1063 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 302.

1064 Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 52. Auch auf die Übermittlung sei der „SoGA 1979“ anzuwenden, Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 05. April 2013, Transkription von Fabian Hafenbrädl. Teils wird bei einem Download auch allein eine „licence“ erkannt, Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 300.

1065 Twigg-Flesner/Canavan, 48.

1066 „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM UK Ltd.“, EWHC, 17. März 2011, (2011) EWHC 549 (TCC), Rn. 95 in diese Richtung. Werden hingegen – im Gegensatz zu einer licence – alle Rechte übertragen, so kann für Richter Akenhead unter Befürwortung der Sacheigenschaft von Software (verbunden mit einem Datenträger) ein Kauf erkannt werden. Aus dem Zusammenhang – insbesondere den Ausführungen in Rn. 95 – geht hervor, dass Richter Akenhead die Rechtsposition des Immaterialgüterrechts betrachtet, also der „title“ (Rechtsinhaberschaft) übertragen werden müsse, Rn. 95 ff., 97. Dies ist bei der Überlassung von Standardsoftware aber in der Regel nicht der Fall. Bond, 168 ff.; Morgan/Burden, 155 f. Im Falle einer „single software licence“ ohne Datenträger,

werde ausdrücklich geregelt.¹⁰⁶⁷ Regelmäßig werde ausdrücklich eine einfache und widerrufliche Lizenz eingeräumt.¹⁰⁶⁸ Die vorgesehene Nutzungsdauer könne zeitlich unbegrenzt oder begrenzt sein. Im ersten Fall erfolge üblicherweise eine Einmalzahlung, im letzteren eine regelmäßige Leistung von Lizenzgebühren.¹⁰⁶⁹ Zudem beinhalte der Vertrag meist eingangs zahlreiche Definitionen,¹⁰⁷⁰ Klauseln zur Dauer und zur Beendigung des Vertrages¹⁰⁷¹ und erlaubte und verbotene Nutzungen der Software würden explizit beschrieben.¹⁰⁷² Dazu werde ein Gewährleistungsrecht ausformuliert, welches einer Inhaltskontrolle des „UCTA 1977“ standhalten müsse.¹⁰⁷³

Ein Gerichtsurteil, welches die schuldrechtliche Einordnung als Lizenz („licence“) befürwortet, ist die „Horace Holman Group Ltd. v. Sherwood

Morgan/Burden, 140. Erfolge aber ein „assignment“, so könne der Besteller die Software auch nach seinem Belieben optimieren bzw. anpassen, Saxby, Rn. 6.209 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010), aber auch übertragen bzw. deren Nutzung kontrollieren, Rowland/Kohl/Charlesworth, 500 f.

1067 Burnett, 35.

1068 Bond, 168 ff.; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 137; Morgan/Burden, 139; Saxby, Rn. 6.212 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010).

1069 Morgan/Berry, 132.

1070 Bainbridge, Software Licensing, 184 ff. darauf hinweisend, dass solche Verträge meist den Titel „licence agreement“ haben. Eine solche „licence“ umfasse regelmäßig nur den „object code“, ein Zugriff auf den „source code“ sei nur unter Einbeziehung eines eigenen Treuhandvertrages möglich. Denn der Lizenzgeber habe grundsätzlich die Absicht, den „source code“ und somit die Information des Programmes geheim zu halten. Allerdings sei die Anwendung solcher Treuhandverträge von der Verhandlungsstärke der Parteien abhängig, Rowland/Kohl/Charlesworth, 504 f. (dort auch noch weitere Beispiele – auch unter Bezugnahme auf Rechtsprechung – unter welchen Umständen eine Nutzung des Quellcodes durch den Lizenznehmer zulässig sein könne).

1071 Bainbridge, Software Licensing, 184 ff., 188 klarstellend, dass, wenn eine Einmalzahlung erfolgt, die Dauer regelmäßig gleichlaufend mit der Dauer des Urheberrechtsschutzes ist.

1072 Meist werde die Software nur für einen einzelnen Computer lizenziert. Es gebe aber auch Lizenzen für alle Computer eines Nutzers oder für eine gewisse Anzahl an Nutzern. Bei Lizenzen für Unternehmen könnten auch sogenannte Unternehmenslizenzen („enterprise licences“, Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 43) bzw. Lizenzen für die tatsächlich an einem Ort bestehenden Computer („site licences“, Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 42), an welchen die Softwarenutzung gestattet werden soll, bestehen. Lizenzen könnten sich auch an der erlaubten Nutzeranzahl (seat licences, 42 f.), orientieren, Morgan/Burden, 130 f.

1073 Bainbridge, Software Licensing, 189.

International Group Ltd.“-Entscheidung.¹⁰⁷⁴ Richter Havery am „High Court of Justice“ führte aus, dass Software entsprechend der vertraglichen Beschreibung als „Computerprogramm in Form eines maschinell lesbaren Objektcodes“ anzusehen ist. In dem Urteil wird eine Lizenz zur Nutzung der Software eingeräumt.¹⁰⁷⁵

IV. Vertrag Sui-Generis: „sui-generis contract“

Die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware als Vertrag Sui-Generis erfolgte nicht im englischen Recht, sondern in einer schottischen Gerichtsentscheidung („Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.“).¹⁰⁷⁶ Dabei ist zu beachten, dass schottisches Recht dem „civil law“ angenähert ist. Der „SoGA 1979“ wurde nicht angewandt und die Anerkennung von Software als „good“ aus der „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“-Entscheidung kritisiert. Richter Penrose führte aus, dass der „sui generis contract“ zwar nominativvertragliche Elemente beinhaltet, aber nicht gänzlich als ein solcher anzusehen ist. Im Einzelnen bestehe der Vertrag aus kauf- und lizenzvertraglichen Elementen. Es sei zu beachten, dass die Leistungspflicht zum einen die Verschaffung des Datenträgers und zum anderen das Nutzungsrecht der Software umfasse. Das Medium, auf welchem

1074 „Horace Holman Group Ltd. v. Sherwood International Group Ltd.“, EWHC, 12. April 2000, (2000) WL 491372 (in der zweiten Instanz: EWCA, 07. Februar 2002, (2002) EWCA Civ 170 ff.). Diese Entscheidung handelte von dem Erwerb eines „computer systems“ (tatsächlich handelt es sich um Versicherungssoftware, gespeichert auf einem Datenträger) durch einen Versicherungsmakler. Die Software funktionierte beim Besteller nicht ordnungsgemäß. Von Relevanz war in diesem Fall der Umfang des Schadensersatzes, nachdem der Kläger eine andere Software verwendete.

1075 Weiter legte er sich fest, dass eine Klassifizierung als „sale“ oder „supply of goods“ abzulehnen ist, „Horace Holman Group Ltd. v. Sherwood International Group Ltd.“, EWHC, 12. April 2000, (2000) WL 491372.

1076 „Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.“, „Outer House“, 14. Dezember 1995, (1996) S.L.T. 604 ff. In dieser Entscheidung bestellte ein Unternehmen Standardsoftware, um die bestehende schon beim Besteller vorhandene Software aufzugraden/anzupdaten. Diese neuen Softwareupdates waren mit einer Shrink-Wrap-Lizenz versehen. Die nicht geöffnete Software wurde schließlich vom Besteller zurückgegeben, der Softwarehändler („supplier“) forderte allerdings die Zahlung des Preises. Er habe wie bestellt geliefert und die Lizenzbedingungen des Urheberrechtsinhabers an der Software seien für den mit dem Besteller geschlossenen Vertrag nicht von Relevanz. Bridge, Rn. 2.25 das Urteil befürwortend.

die Software übertragen werde, sei hierfür nicht relevant. Dies ist als Kritik an der Einordnung als „sale“ zu interpretieren. Er führte weiter aus, dass eine kaufrechtliche Einordnung des Vertrages das dominierende Interesse der Parteien, nämlich das Nutzungsrecht an der Software, dem Trägermedium als Gegenstand des Kaufvertrages unterordnen würde.¹⁰⁷⁷ Letztlich ist dieser Ansatz dem der Lizenz („licence“) sehr ähnlich. Wird bei einer solchen der Sachverhalt aufgeteilt, dann erfolgt eine mit dem beide Vertragsteile umfassenden Vertrag Sui-Generis gleichlaufende Betrachtung. Da tatsächlich nur ein Vertrag geschlossen wird, wird von Einzelnen der Weg über den Vertrag Sui-Generis befürwortet.¹⁰⁷⁸

V. Bereitstellung digitaler Inhalte: „supply of digital content“

Das Inkrafttreten des „CRA 2015“ war eine bedeutende Weichenstellung im englischen Zivilrecht, denn durch diese wurden Verbraucherverträge dem persönlichen Anwendungsbereich des „SoGA 1979“ und des „SGSA 1982“ grundsätzlich entzogen,¹⁰⁷⁹ jedoch bleiben Regelungen des „SoGA 1979“ wie beispielsweise solche bezüglich des Eigentumsübergangs auch auf Verbraucherverträge anwendbar.¹⁰⁸⁰ Die Regelungen über digitale Inhalte entsprechen im Wesentlichen denen des „Supply of Goods“.¹⁰⁸¹ Zudem gehen die Regelungen des „Unfair Terms in Consumer Contracts Act 1977“ im „CRA 2015“ auf.¹⁰⁸² Der „CRA 2015“ kann als ein Vorreiter der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 bezeichnet werden, welche letztlich in England nicht mehr umgesetzt wurde.¹⁰⁸³

Der persönliche Anwendungsbereich der hier im Fokus stehenden Regelungen zur Bereitstellung digitaler Inhalte umfasst gemäß Sec. 1 Abs. 1 CRA 2015 Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern („trader“). Sec. 33 CRA 2015 definiert den sachlichen Anwendungsbereich von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte („contract to supply

1077 „Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.“, 14. Dezember 1995, (1996) S.L.T. 604, 608 f.

1078 Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 49 ff.; Thomas IRLTC, 2012, 26 (2/3), 165, 166.

1079 O’Sullivan, Rn. 8.53; Twigg-Flesner/Canavan, 469, 492.

1080 Quinn, 329 in diese Richtung; Twigg-Flesner/Canavan, 470 f.

1081 Quinn, 337; Twigg-Flesner/Canavan, 493, darauf hinweisend, dass Sec. 34 CRA 2015 auch für „digital content“ eine „satisfactory quality“ als „implied term“ vorsieht.

1082 Quinn, 329.

1083 Föhlisch, in: BeckOK IT-Recht, § 327 BGB, Rn. 12.

digital content“). Gemäß Sec. 1 Abs.1 CRA 2015 umfasst dieser „einen Vertrag eines Unternehmers über die Bereitstellung digitaler Inhalte an einen Verbraucher, wenn diese zu einem vom Verbraucher gezahlten Preis bereitgestellt werden oder bereitgestellt werden sollen“. Sec. 2 Abs.9 CRA definiert „digital content“ als Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Dies entspricht dem Wortlaut nach der später verabschiedeten Definition von Digitalen Inhalten in Art.1 Abs.1 Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770. Die Aufnahme von digitalen Inhalten wird damit begründet, dass an diesen, wie bei Software, keine Eigentumsübertragung an einer Sache erfolgen könne, sondern die Einräumung einer urheberrechtlichen Lizenz geschuldet sei. Daher habe der Sachbegriff nicht einfach auf digitale Inhalte ausgeweitet werden können.¹⁰⁸⁴ Es erfolgt auch keine Unterscheidung danach, ob der digitale Inhalt digital oder auf einem Datenträger übermittelt wird, auch wenn der Kaufvertrag, welcher bei der Übermittlung auf einem Datenträger bezüglich diesem als körperlicher Gegenstand zur Anwendung kommt, separat geregelt ist. Dem Nutzer stehen in diesem Fall jedenfalls im Wesentlichen identische Gewährleistungsrechte zu.¹⁰⁸⁵

„Digital content“ umfasst Software.¹⁰⁸⁶ Erfolgt als Gegenleistung die Zahlung eines Preises, so kann die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware unter Sec. 1 Abs.1 CRA 2015 subsumiert werden und stellt einen „contract for a trader to supply digital content to a consumer“ dar. Erfolgt die Überlassung auf einem Datenträger, so ist dieser als Sache („good“) gemäß Sec. 1 Abs. 8 CRA 2015 anzusehen, welcher Gegenstand eines „contract for a trader to supply goods to a consumer“ gemäß Sec. 3 Abs.1 CRA 2015 sein kann und gemäß Sec. 3 Abs.2 lit. a) CRA 2015 einen Kaufvertrag („sales contract“) miteinschließt. Im Ergebnis stellt die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware von einem Unternehmer an einen Verbraucher einen „supply of digital content“ gemäß Sec. 33 Abs.1 CRA 2015 dar. Die Subsumtion von Software unter den Terminus des „digital content“ im „CRA 2015“ hat jedoch keine Implikation auf Nicht-Verbraucherverträge und somit auf die Subsumtion von Software unter den „SoGA 1979“. Die zu diesem ergangene Rechtsprechung gilt fort.¹⁰⁸⁷

1084 Rowland/Kohl/Charlesworth, 499.

1085 Quinn, 330; Rowland/Kohl/Charlesworth, 499.

1086 Guest, Rn. 1–086; Rowland/Kohl/Charlesworth, 498.

1087 Bridge, Rn. 2.23; Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 dies grundsätzlich so ansehend; Twigg-Flesner/Canavan, 48.

VI. Zusammenfassung

Für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware werden im englischen Recht zum Teil kaufrechtliche Lösungen vorgeschlagen. Hierbei soll entweder Software, welche auf einem Datenträger gespeichert ist (Software mit Datenträger), oder auch die Software an sich bzw. diese aufgrund einer funktionalen Auslegung (Gesamtbeurteilung) des Terminus „good“ als Vertragsgegenstand in Frage kommen. Teils wird allein aus Wertungsgründen das Kaufrecht angewandt. Von anderen wird eine immaterialgüterrechtliche Vertragskonstellation bevorzugt. Dementsprechend liege eine „licence“ vor, welche von einem Vertrag über einen Datenträger begleitet sein könne. Andere schlagen wiederum einen Vertrag Sui-Generis vor, welcher der lizenzvertraglichen Lösung ähnlich ist.

E. Vergleichende Betrachtung und Bewertung

I. Kaufvertrag

Im folgenden Teil werden Kaufverträge aus drei verschiedenen nationalen Rechtsordnungen verglichen, welche selbstredend jeweils unterschiedliche Ausprägungen haben. Allerdings sind einzelne gesetzliche Merkmale all diesen Verträgen gemein. Der EuGH beschreibt einen Kaufvertrag für das EU-Recht nach einer für ihn „allgemein anerkannten Definition“ als „eine Vereinbarung, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt.“¹⁰⁸⁸

1. Sachkauf

Bei einem Sachkauf bestehen mehrere gesetzliche Merkmale. Es muss eine Sache, „choses“ bzw. „goods“ vorliegen und ein Eigentumsübergang an dieser sowie eine Kaufpreiszahlung haben zu erfolgen.

¹⁰⁸⁸ EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 42.

a) Software als Sache

(1) Software an sich (Deutschland, England)

Erfolgt in Deutschland eine Betrachtung von Software an sich ohne jegliche Hardware, treten folgende Problemkreise auf: Wie in der Literatur zutreffend beschrieben fehlt es Software an abgrenzbarer Körperlichkeit,¹⁰⁸⁹ denn diese stellt ein rein geistiges Werk¹⁰⁹⁰ bzw. eine geistige Leistung¹⁰⁹¹, digitales¹⁰⁹² oder geistiges¹⁰⁹³ Gut, technisches Produkt¹⁰⁹⁴ bzw. Daten¹⁰⁹⁵ dar und ist nicht anfassbar.¹⁰⁹⁶ Auch bei einer Änderung eines Computerprogramms erfolgt keine Änderung von etwas Körperlichem.¹⁰⁹⁷ Zudem wird Software auch in anderen Rechtsbereichen nicht als Sache angesehen. So ist im Falle einer Sicherungsübereignung von Software unbestritten das Nutzungsrecht Gegenstand einer solchen und keine körperliche Sache, an welcher ein Eigentumsrecht bestehen kann. An Software findet keine Sachpfändung statt.¹⁰⁹⁸ Auch stand in dem vom BGH entschiedenen Fall, in welchem dieser sich zur „Software an sich“ äußerte, mit dem Abzahlungsgesetz ein Gesetz, welches Sachverhalte des Finanzierungskaufs bzw. des Zahlungsaufschubs bei Kaufverträgen von Verbrauchern über bewegliche Sachen regelte, eine verbraucherschutzrechtliche Norm im Mittelpunkt. Sehr wohl kann aus einer solchen rein verbraucherschutzrechtlichen Perspektive eine Gleichstellung von Software auf einem Datenträger mit mittels eines Down-

1089 Heydn, CR 2010, 765, 769; Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 25.

1090 Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 280; Redeker, NJW 1992, 1739, 1740 in diese Richtung in seinen Ausführungen das Urheberrecht bewusst ausklammernd, denn zum damaligen Zeitpunkt bestand auch nur unter den strengen Anforderungen des allgemeinen Urheberrechts an die Schöpfungshöhe Urheberrechtsschutz für Software. Hierzu 1. Teil § 3 A.

1091 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 27.

1092 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 26 f.; Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 25 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 in welchem der BGH auch diese Gedanken anstrenge, sie letztlich aber nicht weiterverfolgte, da er eine zumindest entsprechende Anwendung der Normen des Sachkaufs befürwortete.

1093 Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 12.

1094 Bartsch, CR 2010, 553, 557.

1095 Metzger, AcP, Bd. 204, 2004, 231, 248,

1096 Dreier/Vogel, 118 beschreibend; Heydn, CR 2010, 765, 769; Metzger, AcP, Bd. 204, 2004, 231, 248.

1097 Heydn, CR 2010, 765, 769 darauf verweisend.

1098 BGH, Urteil v. 20. Januar 1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216, 1217.

loads überlassener Software erfolgen, welche aber nicht zwingend für das Kaufrecht bzw. generell das Schuldrecht zu gelten hat. Die Einordnung von Software ohne jegliche Hardware als Sache ist abzulehnen,¹⁰⁹⁹ was sich heute auch in den jüngst eingeführten §§ 327 ff. BGB zeigt, welche besondere Regelungen für Verträge über digitale Inhalte enthalten. Gleiches gilt für § 453 Abs. 1 S. 2 BGB, der den Verbraucherkaufvertrag über digitale Inhalte als eigenständigen Vertrag neben dem originären Verbrauchsgüterkauf, welcher Waren und somit Sachen zum Gegenstand hat, normiert.¹¹⁰⁰ In der Richtlinie (EU) 2019/770 sowie im deutschen Umsetzungsgesetz erfolgt somit jeweils eine ausdrückliche Abgrenzung zu Sachen, welche Gegenstand von Kaufverträgen sein können.¹¹⁰¹

Ausführungen zur Software an sich als „good“ erfolgen auch im englischen Recht. Zuzustimmen ist, dass Software an sich „other than things in action“ ist, denn die Software bzw. ein einzelnes Softwareexemplar selbst stellen kein Immaterialgüterrecht dar, sondern sind allenfalls durch ein solches geschützt. Problematischer hingegen ist das gesetzliche Merkmal des „körperlichen Gegenstands“. Software soll ein „Mehr“ als Information sein, denn sie könne auf Computerhardware „Effekte“ auslösen, worin eine Begründung für die Qualifikation als körperlicher Gegenstand gesehen wird. Allerdings wird hierbei ein zweiter Gegenstand, namentlich die Computerhardware, auf der die Software abläuft, ins Spiel gebracht. Dieser stellt jedoch nicht die Software an sich dar und kann somit nicht für die Subsumtion unter das Merkmal des „personal chattel“ herangezogen werden. Ein anderer Anknüpfungspunkt ist nicht ersichtlich. Folglich geht dieser Ansatz auch im englischen Recht fehl, denn das gesetzliche Merkmal des körperlichen Gegenstands („personal chattel“) ist bei Software an sich nicht erfüllt. Obenstehende Ausführungen zur Richtlinie (EU) 2019/770 gelten entsprechend bezüglich des englischen „CRA 2015“.

1099 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 2; Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 27 f.; Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 12; Redeker, NJW 1992, 1739; Redeker, CR 2004, 89 f. in diese Richtung; Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 25.

1100 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 26 f.

1101 Redeker, Rn. 286 auf diesen ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen hinweisend.

(2) Software mit Datenträger (Deutschland, England)

Es erfolgen Ausführungen zur Software mit einem Datenträger als Sache im Sinne des deutschen Kaufrechts bzw. als „good“ im Sinne des englischen „SoGA 1979“. Hierbei wird eine gemeinsame Betrachtung von Software und dem Datenträger, auf welchem diese verkörpert ist und Gegenstand des Rechtsverkehrs wird, vorgenommen. Während in Deutschland insbesondere festgestellt wird, dass auf einem Datenträger verkörperte Software eine Sache darstellt, wird im englischen Recht der Fokus mehr auf den Datenträger als „good“ gelegt. Die gemeinsame Betrachtung von Software und dem Datenträger ist wohl historisch bedingt und erschien zu ihrem Entstehungszeitpunkt ab Ende der 1980er zweckmäßig. Zum einen war zu dieser Zeit zahlreiche Software noch nicht urheberrechtlich geschützt,¹¹⁰² was dazu verleitete, immaterialgüterrechtliche Aspekte bei der rechtlichen Einordnung außen vor zu lassen. Zum anderen war Software stets mit dem Computer bzw. Computerhardware wie einem mobilen Datenträger fest verbunden.¹¹⁰³ Inzwischen entwickelten sich insbesondere die Übertragungstechnologien weiter. Während früher eine damals sogenannte Datenfernübertragung von Software eine Ausnahme darstellte, gilt dies heute für die Überlassung von Software auf einem Datenträger. Bei einem Download findet keine Übergabe eines spezifischen Datenträgers statt und es besteht keine feste Verbindung mehr zwischen der Software und einem solchen.¹¹⁰⁴ Der Datenträger des Nutzers, auf welchem der Download erfolgt, kann auch nicht als Gegenstand des Kaufvertrages herangezogen werden, denn dieser ist bereits im Eigentum des Nutzers. Es ist im deutschen Recht bei dem Sachbegriff des § 90 BGB zu differenzieren zwischen der Software und dem – oft nicht mehr existenten – Datenträger,¹¹⁰⁵ von dem sich die Software im Rechtsverkehr unterscheidet. In den einschlägigen Urteilen in Deutschland und England wurde festgehalten, dass, sobald ein solcher Datenträger als Anknüpfungspunkt fehlt, die Einordnung der Software mit

1102 Marly, Rn. 68, darauf hinweisend, dass die Anforderungen an einen urheberrechtlichen Schutz von Software in Deutschland erst im Jahr 1993 mit der Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG herabgesetzt wurden. Hierzu I. Teil § 3 A.

1103 Eine Übermittlung via Kabel oder ohne Kabel stellte technisch – soweit überhaupt schon möglich – die Ausnahme dar.

1104 Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 364 darauf verweisend; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 816 in diese Richtung; Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 164.

1105 Diedrich, CR 2002, 473, 475.

einem Datenträger als Sache nicht aufrechterhalten werden kann.¹¹⁰⁶ Somit zeigt insbesondere die digitale Übertragung, dass Software getrennt von einem etwaigen Datenträger zu betrachten ist und an dieser historischen Verbindung nicht mehr festgehalten werden kann.¹¹⁰⁷ Allein der Datenträger erfüllt die Tatbestandsmerkmale einer Sache.¹¹⁰⁸

1106 Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 364 in diese Richtung; Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 115 zum Beispiel auf ein Buch oder eine CD verweisend, bei welchen ein solches Anknüpfen noch möglich erscheint; Hilty, Urheberrecht, Rn. 686 ff. auch auf die historische Verbindung von Software mit einem Datenträger verweisend, welche heute jedoch nicht mehr besteht; Niranjana, JBL 2009, 8, 799, 806; Redeker, Rn. 283; Rowland/Kohl/Charlesworth, 493 f.

1107 Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 164; a.A. Marly, Rn. 693 die Sachqualität befürwortend und unter Verweis auf BGH-Rechtsprechung die Diskussion über die Sachqualität von Software für einen „unvoreingenommenen Leser“ als beendet ansiehend. Die Anwendung von Normen des Kaufrechts auf die Funktionsweise der Software wird teils aber auch von der Rechtsfolgenseite her kritisiert. Wäre stets das Kaufrecht anzuwenden, so würde eine Gleichstellung von Funktionsfähigkeit (rein technisch/Programmierung) und der Funktionsweise (Art und Weise der hinter dem Programm stehenden Gedanken/Inhalt der Software) erfolgen. Dies stünde im Widerspruch zu beispielsweise einem Buch. Im englischen Recht sei bei einem Buch die Haftung in Bezug auf den Inhalt (also bei Software die Funktionsweise), wenn überhaupt, auf „verkehrsübliche Sorgfalt“ („due care“) eines Servicevertrages begrenzt und unterliege nicht dem Kaufrecht, Bridge, Rn. 2.24. Im deutschen Recht kann nichts anderes gelten. Würde der Text des Buches zur Sache und somit Gegenstand des Sachkaufs werden, so hätte zum Beispiel bei einem fehlerhaften Kochrezept das Kochbuch einen Sachmangel. Dies kann nicht gewollt sein. In der Literatur wird hinsichtlich der Funktionsweise auch auf einen defekten Datenträger verwiesen. So könne ein solcher zwar auch die Funktionsweise der Software beeinträchtigen, allerdings sei dies eher mit defektem Verpackungsmaterial bei der Lieferung eines herkömmlichen Gegenstands vergleichbar oder mit einer fehlenden Seite eines Buches, Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 48 f. in diese Richtung. Der Begriff des Verpackungsmaterials geht wohl etwas zu kurz, spielt beim Erwerb von Software auf einem Datenträger ein solcher eine andere Rolle als der Verpackungskarton beim Kauf eines Fernsehers. Der Datenträger ist in einer wesentlichen Art und Weise mit der Software verbunden. Inhaltlich ist Masadeh jedoch zuzustimmen, denn der Datenträger ist unabhängig von dem digitalen Werk der Software. Aus dogmatischen Gründen wird kritisiert, dass der Datenträger, welcher ein „good“ darstellt, auf die Software hinsichtlich der Leistungspflichten abfärbt, aber in Bezug auf die Software selbst eigentlich nicht von Bedeutung ist, Marsoof, Int. J. Law Inf. Technol. 2012, 20 (4), 291, Rn. 3.3. Dem ist aus vorgenannten Gründen zuzustimmen.

1108 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 27 f.

(3) Immanente Verkörperung von Software (Deutschland)

Diese Ansicht wurde vom BGH in der „ASP“-Entscheidung vertreten und basiert auf dem Gedanken, dass Software, um nutzbar zu sein, stets auf einem Datenträger verkörpert sein muss. Diese der Software immanente Verkörperung soll ihre Eigenschaft als Sache begründen. Somit sah der BGH in Software nicht mehr eine spezifische Sache als Gegenstand des Rechtsverkehrs an, denn es fehlt bei der Online-Nutzung oder bei einem Download an einer solchen. Im Falle eines Downloads tritt mit der Speicherung der Software beim Nutzer eine neue Verkörperung ein.¹¹⁰⁹ Daneben ist die Software vor und nach dem Download auf dem Server des Anbieters gespeichert und somit auch verkörpert.

Dem BGH ist insoweit zuzustimmen, dass aus faktischer Perspektive Software eine Verkörperung immanent zu sein scheint. Der BGH untermauerte diese These mit einem Vergleich von Software mit einem Buch. Bei beiden liege eine verkörperte geistige Leistung vor. Letztlich zeigt dieser Vergleich aber, dass in unterschiedlichen Kategorien gedacht wird. Ein mit einem Text beschriebenes Buch ist eine Sache – wie auch ein leeres Buch. Aber der Text wird durch seinen Druck ins Buch nicht zu einer Sache, denn einem Sprachwerk ist seine Verkörperung nicht immanent.¹¹¹⁰ Sehr wohl kann ein Text auch nur mündlich vorgetragen und überliefert werden. Allein aufgrund mangelnder menschlicher Fähigkeiten und selbstredend der Praktikabilität wegen werden keine langen Texte durch „Hörensagen“ weitergegeben, sondern in niedergeschriebener Form. Software ist aufgrund ihrer Komplexität niederzuschreiben. Sie wird für den Computer lesbar auf Hardware gespeichert. Jedoch stellt Software einen in Programmiersprache geschriebenen Text dar. Dieser könnte in der Theorie einem Computer auch vorgesprochen und von diesem mittels einer Spracherkennungssoftware erkannt und verarbeitet werden.

1109 Müller-Hengstenberg/Krcmar, CR 2002, 549, 550 darauf verweisend, dass es zumindest einer „irgendwie gearteten Verkörperung bedarf.“

1110 Bartsch, CR 2010, 553, 555 richtigerweise erklärend, dass auch ein urheberrechtliches Sprachwerk wie ein Roman nur durch den Druck in einem Buch nicht zur Sache wird; Haberstumpf, NJOZ 2015, 793, 794 f. in eine ähnliche Richtung argumentierend, in dem er darstellt, dass einem Text eine Verkörperung nicht immanent ist. Vielmehr seien in der Geschichte der Menschheit die meiste Zeit Gedankeninhalte nicht verkörpert gewesen. Die „Schriftlichkeit“ sei „ein ganz junges kulturelles Phänomen.“

Außerdem erscheint es bei einem Download fraglich, ob die beim Anbieter gespeicherte Software nach dem Download beim Nutzer wieder zur selben bzw. zu einer weiteren Sache werden kann. Es würde somit eine Art Transformation der Software von einer Sache beim Anbieter zu einer Sache beim Nutzer stattfinden.¹¹¹¹ Redeker führt hierzu aus, dass Software – wäre sie eine Sache – bei einem Download „gebeamt“ werden würde.¹¹¹² Letztlich ist eine Trennung von Software als urheberrechtlich geschütztes Werk und dem Datenträger als Sache anzunehmen – wie es § 2 UrhG auch normiert.¹¹¹³ In der Literatur wird teils darauf verwiesen, dass heruntergeladene Software solcher, welche fest auf einem Datenträger gespeichert ist, funktionell entsprechen kann.¹¹¹⁴ Allerdings ist nicht die Software eine Sache, sondern allein der Datenträger.¹¹¹⁵ Selbst bei einer Betrachtung unter Heranziehung der abstrakt-notwendigen Verbindung der Software mit einem Datenträger, also der ihr immanenten Verkörperung, kann keine Sachqualität von Software erklärt werden.¹¹¹⁶

(4) Einzelnes Softwareexemplar als „chose“ (Frankreich)

Im französischen Recht wird teils ein einzelnes Softwareexemplar als „chose“, an der Eigentum übertragen wird, beschrieben. Dieses vom Immaterialgüterrecht unabhängige Exemplar existiere auch bei einem Download. Allerdings stehen dem einige Argumente entgegen. Zum einen kann insbesondere auf vorangehende Ausführungen zur Software an sich und zur immanenten Verkörperung von Software verwiesen werden.¹¹¹⁷ Zum anderen überzeugt die Abgrenzung von jeglichen immaterialgüterrechtlichen Aspek-

1111 Bradgate, 40 f. in diese Richtung diesen Ansatz als fehlgehend kritisierend.

1112 Redeker, Rn. 283 bzw. die Einordnung als Sache kritisierend, Rn. 1129.

1113 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 27 f. in diese Richtung.

1114 Von dem Bussche/Schelinski, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.2, Rn. 35 eine pragmatische Art erkennend, in dem der BGH das wirtschaftliche Ziel in den Fokus rückt. Ein Grund, warum dieses Ziel ein Kaufvertrag ist, wird nicht erläutert und erschließt sich nicht.

1115 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1. a) (2).

1116 Bräutigam/Rücker, CR 2006, 364 in diese Richtung; Deckers, CR 2002, 900, 901; Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 280; Pres, CR 1994, 520; Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 25.

1117 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1. a) (1), (3).

ten nicht.¹¹¹⁸ Wurde der urheberrechtliche Schutz von Software und die Tatsache, dass deren Nutzung eine urheberrechtlich relevante Handlung darstellt, zu welcher ein Softwarenutzer ein vertraglich eingeräumtes Nutzungsrecht erfordert,¹¹¹⁹ in den vorstehenden Ausführung nicht besprochen, da schon jeweils eine Subsumtion unter den Sachbegriff scheiterte, so ist dies an dieser Stelle anders. Denn eine solche Trennung vom Immaterialgüterrecht ist integraler Bestandteil des einzelnen Softwareexemplars als „chose“. Es überrascht zum einen die Heranziehung des Art. L111–3 CPI durch Huet. Diese Norm trennt in gleicher Weise wie der deutsche § 44 UrhG das Eigentumsrecht am Werkstück vom Urheberrecht am Werk. Der Kauf eines Objektes wie einem Datenträger indiziert demnach keine immaterialgüterrechtliche Berechtigung wie beispielsweise ein Nutzungsrecht an der auf dem Träger gespeicherten Software.¹¹²⁰ Abgesehen von der Frage, ob ein solches urheberrechtliches Werkstück zum Beispiel nach einem Download beim Nutzer überhaupt besteht, kann aus der Norm geschlossen werden, dass, wenn zum Beispiel urheberrechtliche Verwertungsrechte wie ein Vervielfältigungsrecht für die Nutzung der Software eingeräumt werden sollen, dies neben einer Eigentumsübertragung am Werkstück geschehen muss. Nach Huet sollen aber jegliche Immaterialgüterrechte von dem Vertrag ausgeschlossen sein und eine immaterialgüterrechtliche Berechtigung soll ausdrücklich nicht erfolgen. In der Folge würde der Erwerber zwar Eigentum an einem Werkstück erlangen, dürfte dieses jedoch nicht nutzen. Eine solche Lösung würde im Widerspruch zum Zweck von Softwareverträgen stehen, welche die Nutzung der Software ermöglichen sollen. Überdies wären immaterialgüterrechtliche Verwertungsrechte, welche bezüglich der Software bestehen, nicht zu erklären und ohne Relevanz. Dies ist mit dem bestehenden urheberrechtlichen Schutz von Software nicht vereinbar. In der Folge ist auch diese Rechtsansicht abzulehnen.

1118 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.22 diese Meinung ablehnend aufgrund der Verkennung der immaterialgüterrechtlichen Aspekte dieses Vertrages.

1119 Zur Erforderlichkeit eines vertraglichen Nutzungsrechts I. Teil § 3 D, E, insbesondere III.

1120 Bertrand, Rn. 202.37 in diese Richtung; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 717; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1501. Hierzu auch Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 70.

(5) Funktionale Auslegung (Gesamtbetrachtung) eines „good“ (England)

Die Vertreter dieser Ansicht fordern eine Gleichstellung von trägerlos übermittelter Software mit solcher, welche auf einem Datenträger überlassen wird. Da letztere ein „good“ sei, solle dies auch für erstere gelten. Allerdings stellt nicht die Software mit einem Datenträger ein „good“ dar, sondern nur der Datenträger.¹¹²¹ Folglich ist eine solche funktionale Auslegung des Terminus „good“ bzw. Gleichstellung von auf einem Datenträger überlassener Software mit solcher ohne Datenträger nicht überzeugend und es mangelt schon an der Prämisse für diesen Vergleich.

(6) Zusammenfassung

In sämtlichen Rechtsordnungen scheitern die Versuche, Software unter den Sachbegriff des Kaufrechts zu subsumieren.¹¹²²

b) Eigentumsübertragung

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal eines Kaufvertrages ist die Eigentumsübertragung an der Kaufsache, unabhängig davon, ob diese ipso iure durch den Abschluss des Kaufvertrages oder mittels eines Verfügungsgeschäfts erfolgt. Allein die Frage, ob bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware eine solche stattfindet, ist von Bedeutung. Eine Eigentumsübertragung wird im deutschen, französischen und englischen Recht von den Befürwortern einer kaufrechtlichen Einordnung nur zum Teil diskutiert. Auch die Rechtsprechung ist nicht einheitlich, teils auch widersprüchlich. Höchstgerichtlich wurde eine Eigentumsübertragung in Deutschland zum

1121 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1. a) (2).

1122 Bormann/Bormann, DB 1991, 2641, 2643 dies schon vor Inkrafttreten der Richtlinie 91/250/EWG erkennend; Hilty, CR 2012, 625, 636 f.; Lenhard, 26; Moritz, CR 1994, 257, 259 in Bezug auf die Rechtsprechung des BGH hinsichtlich der Einordnung von Software als Sache und den teils erfolgenden Verweisungen auf frühere Urteile von einem Redaktionsversehen ausgehend; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128, 3131; Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273 f.; Thebalt, 45–48 ausführlich begründend; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1549 mit Verweis auf Lucas, André, „Le droit de l’informatique“, 1987, Rn. 442, der damals schon die Subsumtion unter das Kaufrecht hinterfragte.

Beispiel in vertragsrechtlichen Urteilen¹¹²³ erkannt, in einem urheberrechtlichen¹¹²⁴ jedoch verneint.

(1) Sachenrechtlicher Ansatz

Für eine Eigentumsübertragung kommen mehrere Anknüpfungspunkte in Betracht. Wird Software auf einem Datenträger dauerhaft überlassen, wird dieser regelmäßig übereignet. Allerdings ist zu beachten, dass die Verkörperung der Software auf einem Datenträger für die Einordnung der Software als Sache und somit als Vertragsgegenstand nicht von Relevanz ist.¹¹²⁵ Folglich kann der Datenträger auch in Bezug auf die Eigentumsübertragung nicht entscheidend sein.¹¹²⁶ Zudem fehlt es im Falle eines Downloads an der Übereignung eines Datenträgers¹¹²⁷ und ein weiterer Anknüpfungspunkt für einen Eigentumsübergang ist nicht ersichtlich.¹¹²⁸ Eine für die Eigentumsübertragung zwingende Rechtsaufgabe findet nicht statt und auch die Anwendung der deutschen sachenrechtlichen Normen der Verbindung und Vermischung, §§ 947 ff. BGB würde bei unterschiedlichen Inhabern

1123 Zum Beispiel BGH, Urteil v. 14. Juli 1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2438.

1124 BGH, Urteil v. 20. Januar 1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 ff. Bei der Bewertung von urheberrechtlichen Urteilen werden in der Literatur insbesondere in Deutschland jegliche Äußerungen „auf die Goldwaage gelegt“, um an der Konstruktion des Kaufrechts festhalten zu können. So stellt Redeker bei der Diskussion, ob Software eine Sache ist, in Bezug auf genanntes Urteil zwar kritisch fest, dass im urheberrechtlichen Senat ein Eigentumsvorbehalt als eine urheberrechtliche Rechtseinkräumung angesehen wurde, Redeker, Rn. 278. Wichtige Teile der Entscheidung bleiben jedoch unerwähnt. So führte der BGH in Bezug auf Softwareverträge zwar aus, dass dort regelmäßig von „Eigentumsübergang“ und „Übereignung“ die Rede ist. Das Gericht stellte aber fest, dass im Jahr 1976, als die entscheidungsrelevanten Verträge abgeschlossen wurden, die Verwendung der urheberrechtlichen Terminologie noch fehlerhaft erfolgte. Es sei davon die Rede, dass ein Programm einer Partei „gehöre“ und diese „Eigentümerin“ sei, obwohl nur ein urheberrechtliches Nutzungsrecht eingeräumt worden sei. In der Entscheidung wurde hinsichtlich des Vertrages auch von einem „Verkauf“ in Anführungszeichen gesprochen, denn es sollten schließlich Nutzungsrechte eingeräumt werden.

1125 Hierzu 2. Teil § 1 I E. I. a) (2).

1126 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 66.

1127 Lenhard, 23 f.; Stieper, ZUM 2012, 668, 668 in diese Richtung.

1128 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 226, 228; Redeker, NJW 1992, 1739, 1740 das Urheberrecht bewusst ausklammernd. Zum damaligen Zeitpunkt bestand auch nur unter den strengen Anforderungen des allgemeinen Urheberrechts an die Schöpfungshöhe Urheberrechtsschutz für Programme; Stieper, ZUM 2012, 668, 668.

von Nutzungs- und Eigentumsrechten an der Software auf der einen Seite und dem Datenträger auf der anderen Seite zu unstimmigen Ergebnissen führen.¹¹²⁹

Teils erfolgt daher ein Kunstgriff. Mangelt es an einem Datenträger, welcher übergeben und übereignet wird, so wird der Fokus allein auf den Nutzer gelegt. Auch bei einem Download erfolgt schließlich auf einer Festplatte bzw. einem anderen Datenträger beim Nutzer eine Verkörperung der heruntergeladenen Software. An dieser Verkörperung gibt der Ersteller sachenrechtlich keine Sachherrschaft auf, da der Datenträger schon im Eigentum des Nutzers steht. Allerdings entsteht die Kopie, also die Verbindung des Datenträgers mit der Software, beim Nutzer neu. Über diese Kopie erhält der Nutzer Sachherrschaft. Daher soll auf die Aufgabe der Sachherrschaft beim Veräußerer verzichtet werden können und die beim Erwerber neu erstellte Kopie das sachenrechtliche Kriterium der Publizität erfüllen.¹¹³⁰ Allerdings ist nicht das Fehlen der sachenrechtlichen Publizität als Hindernis auszumachen, sondern das Fehlen eines Bezugspunktes von dieser. Steht der Datenträger beim Erwerber regelmäßig schon in dessen Eigentum, so wird keine Sache übergeben und übereignet und es kann auch keine Publizität gewahrt werden. Hieran kann auch das Abstellen auf den rein urheberrechtlichen Begriff der Kopie keine Abhilfe schaffen, denn diese stellt neben dem Datenträger keine zusätzliche Sache dar.

Andere wiederum nehmen eine abstrakte Betrachtung der Rechte vor, welche der Nutzer erhält. So führte der BGH aus, dass dem Nutzer die Standardsoftware zusammen mit dem Quellcode zur dauerhaften Nutzung überlassen wird. Die Erwartung des Softwarenutzers, das Programm zeitlich unbegrenzt zur „freien Verfügung“ zu erhalten, führe zur Erwartung, Eigentum zu erhalten.¹¹³¹ Diese kann allerdings kein Eigentumsrecht begründen. Zudem sei ein „Verfahren nach Belieben“ mit der Kaufsache für den Nutzer nicht gegeben,¹¹³² denn üblicherweise bestünden Nutzungsbe-

1129 Redeker, Rn. 285 vertiefend.

1130 Marly, Rn. 722; Marly, Rn. 690 (in früherer Auflage: 5. Auflage, 2009) die mangelnde Publizität noch kritisierend.

1131 BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff. darauf beziehend. Ulmer, CR 2000, 493, 495 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff.

1132 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 456; Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 66; Gautier, RTDCiv. 1994, 373 ff.; Gross/Bihr, Rn. 157 ff.; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.11; Lucas/De-vèze/Frayssinet, Rn. 746; Montero, 73 f.; Vivant, Recueil Dalloz 1994, 118 ff.

schränkungen¹¹³³ und auch der Rechtsinhaber behalte sich Rechte vor.¹¹³⁴ Es wird demnach in der Regel allein ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt¹¹³⁵ und die Begrenzungen der Verfügungsgewalt sind umfassend.¹¹³⁶ Dem ist zuzustimmen. Folglich kann beim Softwarenutzer kein Eigentumsrecht an Software bestehen¹¹³⁷ und alle Erklärungsversuche für einen Sachkauf scheitern auch auf dieser Ebene.¹¹³⁸

(2) Urheberrechtlicher Ansatz

Ein anderer Weg folgt bei der Eigentumsübertragung einem urheberrechtlichen Ansatz. So stellt sich die Frage, ob eine Übertragung des Urheberrechts oder die Übertragung von Verwertungsrechten eine Eigentumsübertragung darstellen können. Diese Ausführungen sind nur im englischen und französischen Recht von Bedeutung, denn im deutschen Recht können weder die Urheberschaft noch Verwertungsrechte übertragen werden.¹¹³⁹ Letztlich wird festgestellt, dass bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware keine Rechtsinhaberschaft (im englischen Recht: „title“) an der Software übertragen wird.¹¹⁴⁰ Schließlich bestehe nicht nur ein einzelner Softwarenutzer, sondern Nutzungsrechte würden zahlreichen Nutzern eingeräumt.¹¹⁴¹ In dieser Weise argumentierte auch der französische

1133 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 66; Ulmer, CR 2000, 493, 499.

1134 Gautier, RTDCiv. 1994 373 ff.; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.II; Ulmer, CR 2000, 493, 499.

1135 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 456; Lucas/Devèze/Fraysinet, Rn. 746,

1136 Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.II; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajewski/Poumarède, Rn. 3342.21; Lucas/Devèze/Fraysinet, Rn. 746.

1137 Peukert, in: Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann, 149, 155.

1138 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 226, 228.

1139 A.A. Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil I, Rn. 277 auch im deutschen Recht bei der Überlassung von Software eine eigentümerähnliche Stellung erkennend, welche dem Nutzer bezüglich der Kopie eingeräumt wird. In der Folge lehnt dieser jede lizenzrechtliche Einordnung ab, begründet dies aber nicht weiter.

1140 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 226, 228; Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 48, 49 beschreibend; Montero, 74; Redeker, NJW 1992, 1739, 1740 früher auch zu einem Zeitpunkt, in dem Software nur eingeschränkt urheberrechtlichem Schutz zugänglich war; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499.

1141 Hilty, CR 2012, 625, 637 in diese Richtung; Lehmann, CR 1994, 277, 279; Marly, Rn. 731 beschreibend.

„Cour de Cassation“, der zwar eine Eigentumsübertragung annahm, aber relativierte, dass tatsächlich nur Nutzungsrechte eingeräumt werden.¹¹⁴² Andere argumentieren mit Eigenheiten des französischen Rechts. Mit dem Hinweis, dass eine Nutzungsrechtseinräumung eine „cession partielle“ im Sinne des Art. L131–4 CPI darstellen kann und eine solche eine Eigentumsübertragung im Sinne des Gesetzes ist, wurde teils eine Eigentumsübertragung im urheberrechtlichen Sinne befürwortet.¹¹⁴³ Hierzu ist jedoch anzumerken, dass eine „cession partielle“ auch eine Rechtsaufgabe verlangt. Die „cession partielle“ umfasst die Übertragung eines Verwertungsrechts, bei der Überlassung von Standardsoftware als Massenvertrag möchte der Softwareanbieter jedoch, wie dargelegt, zahlreichen Nutzern ein Vervielfältigungsrecht einräumen. Eine solche Rechtseinräumung ist eine „licence“, folglich mangelt es an einer „cession partielle“. Im Ergebnis geht auch der urheberrechtliche Ansatz für eine Eigentumsübertragung fehl.

(3) Zusammenfassung

Bei der Überlassung von Standardsoftware erfolgt außer einer Übereignung eines gegebenenfalls vorhandenen Datenträgers bzw. von Begleitmaterialien keine Eigentumsübertragung an der Software.

c) Kaufpreiszahlung

Erfolgt die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware gegen eine Zahlung, so wäre das Merkmal der Kaufpreiszahlung regelmäßig erfüllt.

1142 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 457 mit Verweis auf Cass. com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246, der von einer „vente de logiciel“ sprach. Dass in dem Urteil die Software neu hergestellt wurde war nicht weiter gewürdigt worden. In diesem Urteil war kein Datenträger Grundlage der Entscheidung, sondern allein die Software an sich. Allerdings wurden in dem Urteil einzelne Verwertungsrechte aufgezählt, welche mittels einer „cession“ übertragen werden sollen. Es wurde festgestellt, dass nicht das „ganze Eigentum an der Software“ übergeht.

1143 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 457.

d) Zusammenfassung

Die schuldrechtliche Einordnung als Sachkauf scheitert an einer nicht möglichen Subsumtion von Software unter den Sachbegriff des Kaufrechts. Auch eine Eigentumsübertragung erfolgt nicht. Allein das Merkmal der Zahlung des Preises kann bejaht werden.

2. Sonderfälle des Kaufs: Rechtskauf, Kauf eines sonstigen Gegenstands und urheberrechtlicher Kauf (Deutschland)

In Deutschland wird die Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware als Rechtskauf diskutiert. Allerdings stellt Software kein Recht dar,¹¹⁴⁴ sondern ist allein durch beispielsweise das Urheberrecht geschützt. Alternativ könnte auch das urheberrechtliche Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand angesehen werden. Ein Kauf eines Nutzungsrechts ist nach dem deutschen Urheberrecht aber nicht möglich, ein Nutzungsrecht kann nur eingeräumt werden gemäß § 31 Abs. 1 UrhG. Somit scheidet ein Rechtskauf tatbestandlich aus.

Letztlich wird in Deutschland auch, wie vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung vorgeschlagen, die Subsumtion von Software unter einen sonstigen Gegenstand diskutiert. Selbst wenn Software ein sonstiger Gegenstand im Sinne des § 453 BGB wäre, müssten die weiteren gesetzlichen Merkmale des Kaufs erfüllt sein, insbesondere das Merkmal der Eigentumsübertragung. An einer solchen fehlt es aber bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware.¹¹⁴⁵ Auch über den „Umweg“ des sonstigen Gegenstands kann somit keine Loslösung vom körperlichen Datenträger erfolgen¹¹⁴⁶ und auch diese Variante des Kaufs ist abzulehnen.

Überdies erscheint es fraglich, ob ein urheberrechtlicher Kauf existiert und die Subsumtion unter eine urheberrechtliche Rechtsfigur für die Bestimmung der schuldrechtlichen Rechtsnatur eines Vertrages von Bedeutung sein kann. Denn in diesem Fall könnte sich eine Änderung des Urheberrechts bzw. eine Fortentwicklung des Begriffs „Verkauf“, welcher im Urheberrecht gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG in Bezug auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts verwendet wird, auf die schuldrechtli-

1144 Westermann, in: MüKo, Vor § 433 BGB, Rn. 18.

1145 Zum Eigentumsübergang 2. Teil § 1 E I. 1. b).

1146 Heydn, CR 2010, 765, 772 eine solche Loslösung und daher den Weg über § 453 BGB befürwortend.

che Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrages auswirken. Allerdings wären dessen Leistungspflichten nicht zwingend Gegenstand einer solchen urheberrechtlichen Fortentwicklung. In der „UsedSoft v. Oracle“ Entscheidung stellte der EuGH die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware mittels eines Datenträgers und mittels eines Downloads im Wesentlichen gleich und beschrieb den Terminus Verkauf auch anhand des spezifischen Gegenstands des Urheberrechts.¹¹⁴⁷ Allerdings bleibt unklar, welchen Einfluss urheberrechtliche Verwertungsrechte und deren Begrenzung auf die schuldrechtliche Rechtsnatur eines Vertrages haben können. Auch könnte ein solcher urheberrechtlicher Kauf zu einer ungewollten Verlagerung der für das Vertragsrecht relevanten Rechtsfragen in das Urheberrecht führen. Insbesondere auch daher ist der urheberrechtliche Kauf abzulehnen.

3. Generelle Annahme einer „vente“ (Frankreich), eines „sale of goods“ (England), eines Kaufs bzw. Sachkaufs und entsprechende Anwendung des Kauf- bzw. Sachkaufrechts (Deutschland)

Da in der französischen Rechtsprechung stets keine ausführliche Urteilsbegründung erfolgt, können die dogmatischen Beweggründe des „Cour de Cassation“, die Überlassung von Standardsoftware generell als Kaufvertrag anzusehen, nicht nachvollzogen und abschließend bewertet werden. Allerdings ist offenkundig, dass die Grundsatzentscheidung im Jahr 1991¹¹⁴⁸ noch vor Inkrafttreten der Richtlinie 91/250/EWG zu einer Zeit erging, als die Verbindung von Software mit einem Datenträger als stets vorhanden angesehen wurde. Weiter war in vielen Sachverhalten der relevanten Entscheidungen auch die Überlassung von Hardware von Bedeutung. Somit ist vergleichbar zum deutschen und englischen Recht eine Entscheidung pro Kaufrecht gefallen, als das Wesen von Software als urheberrechtlich geschütztes Werk noch nicht vollständig erfasst war. Zudem war meist die Software mangelhaft und es wurde das Kaufleistungsstörungenrecht als sachgerecht angesehen und letztlich angewandt. Urheberrechtliche Fragestellungen spielten keine zentrale Rolle. Verkürzt dargestellt erfolgte in den Urteilen allein eine Entscheidung für das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht im Fall von Funktionsmängeln der Software.

1147 Zum Begriff des Verkaufs und der Kopie 3. Teil § 1 B II. 3. e), 4. e).

1148 Cass. com., 22. Mai 1991 („LCE v. Artware“), Nr. 89–11.390.

Auch im deutschen Recht wird teils wie in der französischen Rechtsprechung vorgegangen und das Kauf- bzw. Sachkaufrecht entweder generell angenommen bzw. entsprechend angewandt. Erfolgen abstrakte Feststellungen wie, dass Software eine Sache ist, dass auf die Softwareüberlassung das Sachkaufrecht Anwendung findet oder dass eine entsprechende Anwendung des Sachkaufrechts erfolgen kann, so mangelt es an Begründungen hierfür. Tatsächlich scheitert jede Subsumtion von Software unter das (Sach-)kaufrecht.¹¹⁴⁹

Für eine analoge Rechtsanwendung muss neben einer vergleichbaren Interessenslage bzw. einem rechtsähnlichen Tatbestand auch eine planwidrige Regelungslücke vorliegen.¹¹⁵⁰ Ob letztere gegeben ist, kann sich erst im Folgenden klären.

4. Zusammenfassung

Jegliche Subsumtionsversuche der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware unter Kaufverträge scheitern.¹¹⁵¹ Im Falle einer Regelungslücke könnte allenfalls eine analoge Anwendung möglich erscheinen – soweit eine vergleichbare Interessenslage besteht.

II. „Contrat d’entreprise“ (Frankreich)

Wird der „contrat d’entreprise“ angeführt, so erfolgt dies stets als sogenannter „Lückenfüller“ bzw. „Allzweckwaffe“, da eine Subsumtion unter andere Verträge scheitert. Somit kann an dieser Stelle noch offenbleiben, ob ein solcher vorliegt. Dogmatisch wird gegen einen „contrat d’entreprise“ hervorgebracht, dass dieser eine spezifische individuelle Tätigkeit erfordert, welche bei der massenhaft erfolgenden dauerhaften Überlassung von Standardsoftware fehlt.¹¹⁵²

1149 Hierzu 2. Teil § 1 E 1.

1150 Grüneberg, in: Grüneberg, Einleitung, Rn. 48.

1151 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 dies festhaltend sowie darauf verweisend, dass sich aufgrund von zahlreichen Gegenargumenten eine kaufrechtliche Einordnung nicht durchgesetzt hat.

1152 Blanc, Rn. 248.

III. Immaterialgüterrechtlicher Vertrag (Lizenz) (Deutschland, Frankreich und England)

Im deutschen, englischen und französischen Recht wird, wenn die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Lizenzvertrag eingeordnet wird, die Einräumung eines urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts als Gegenstand dieser Lizenz beschrieben. Nominatvertragsrecht in Bezug auf Lizenzverträge besteht in keiner der genannten Rechtsordnungen. Allerdings gibt es Wesensmerkmale, welche eine Lizenz aufweisen muss, insbesondere die hier relevante urheberrechtliche Lizenz. Als Vertragsgegenstand kommt ein Verwertungsrecht in Betracht, welches dem Lizenznehmer vom Lizenzgeber eingeräumt wird. Als Gegenleistung erfolgt die Bezahlung einer Lizenzgebühr.

1. Rolle der Nutzungsrechtseinräumung und des Datenträgers

Die Nutzung von Software stellt eine urheberrechtlich relevante Handlung dar, welche ein Vervielfältigungsrecht erfordert.¹¹⁵³ Wenn im deutschen Recht die Notwendigkeit einer solchen Rechtseinräumung hingegen verneint wird, dann erfolgt dies auch mit einem Referenzieren auf das „ASP“-Urteil des BGH. Dieser verwies auf die der Software immanente Verkörperung und erklärte, dass die Speicherung der Software und somit eine Verkörperung auf einem Datenträger notwendig ist, um die urheberrechtlich relevante Nutzung vornehmen zu können.¹¹⁵⁴ Die Speicherung der Software ist für die Nutzung jedoch allein eine Vorbereitungshandlung¹¹⁵⁵ und die Übermittlung der Software, welche zur Speicherung beim Nutzer führt, allenfalls eine für den Vertrag nichtwesensbeschreibende Nebenleistung. Im Fokus steht vielmehr die spätere Nutzung der Software.

1153 Hierzu I. Teil § D.

1154 Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 298 f.; Bainbridge, *Software Licensing*, 90; Lenhard, 14; Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique* 2023, Rn.1503. Explizit auch Richter Penrose in *„Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.“*, *„Outer House“*, 14. Dezember 1995, (1996) S.L.T. 604. Hierzu wird z.B. eine Gegenüberstellung mit anderen urheberrechtlich geschützten Werken wie einem Buch vollzogen. Ein solches kann für Bainbridge urheberrechtlich frei konsumiert (gelesen) werden, bei einem „Softwarekauf“ des Datenträgers muss aber immer eine Lizenz hinzutreten, denn ohne eine solche ist eine Nutzung der Software nicht möglich, Bainbridge, *Intellectual Property*, 13 (in früherer Auflage: 9. Auflage, 2012).

1155 Hilty, in: *Harrer/Portmann/Zäch*, 61, 68.

Weiter ist gemäß der „ASP“-Entscheidung zwischen der überlassenen Werkverkörperung und dem urheberrechtlich geschützten Werk zu differenzieren. Diese Trennung wird so interpretiert, dass das Urheberrecht für die Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrages keine Rolle spielt. Die urheberrechtlichen Klauseln seien nur Nebenzweck des Überlassungsvertrages¹¹⁵⁶ bzw. nicht typenprägend. In der Folge bestehe kein Lizenzvertrag¹¹⁵⁷ und der Vertrag über das körperliche Werkstück stehe im Zentrum.¹¹⁵⁸ Dem ist entgegenzutreten. Zum einen sprach der BGH in der „ASP“-Entscheidung auch von der Nutzungsrechtseinräumung und bezeichnete diese nicht als Nebenzweck.¹¹⁵⁹ Aber auch aus tatsächlichen Gründen steht das Nutzungsrecht im Mittelpunkt des Vertrages: Werden ein Werkstück überlassen und ein Nutzungsrecht eingeräumt, so wird bei der Preisgestaltung je nach inhaltlicher Ausgestaltung des Rechts bezüglich der Dauer oder abhängig davon, ob es sich um eine Einzel- oder Mehrplatzlizenzen handelt, differenziert. Das gegebenenfalls vorhandene körperliche Werkstück ist stets identisch, die Höhe der Lizenzgebühr jedoch unterschiedlich. Der Preis wird für das Nutzungsrecht bezahlt, denn erst mit diesem kann die Funktionalität der Software genutzt werden.¹¹⁶⁰ Eine mögliche Eigentumsübertragung an einem Datenträger ist sekundär,¹¹⁶¹ denn Eigentümer eines Datenträgers mit einer Softwarekopie zu sein hat keinen bzw. einen vernachlässigbaren wirtschaftlichen Wert.¹¹⁶² Das im Mittelpunkt stehende Nutzungsrecht stellt im Ergebnis die typenprägen-

1156 Redeker, Rn. 280 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012).

1157 Marly/Jobke, LMK 2007, 209583. Aber auch BGH, Urteil v. 17. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2397, Rn. 17 ausführend, dass daneben Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen. Diese Passage der Entscheidung wird in der Literatur regelmäßig übergangen.

1158 Redeker, Rn. 280 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012).

1159 BGH, Urteil v. 17. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2397, Rn. 17.

1160 Adams, JBL 2009, 4, 396 in diese Richtung; Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 228 in Bezug auf die Abgrenzung zu einem „service“-Vertrag im Sinne des „SGSA 1982“ und einer Einordnung als Lizenz; Bainbridge, Software Licensing, 90 f., 226; Caron, Comm. Com. Electr. 2012–10, comm. 21, 22; Hilty, Urheberrecht, 686; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 68; Hilty, CR 2012, 625, 629; Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 48; Morgan/Burden, 117; Pres, CR 1994, 520, 521; Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 785; Ulmer, CR 2000, 493, 494 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.; Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 489, 499.

1161 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 629 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012).

1162 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 226; Hilty, CR 2012, 625, 629; Hilty, Urheberrecht, 686; Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 48.

de Hauptleistung dar¹¹⁶³ und ist unabhängig von einer Verkörperung.¹¹⁶⁴ Schließlich kann die sachenrechtliche Dimension des Datenträgers für die vertragsrechtliche Einordnung außer Acht gelassen werden;¹¹⁶⁵ eine solche ist allein für die Verkörperung der Software erforderlich.¹¹⁶⁶

Marly dies ablehnend, denn der Vertragszweck ist seiner Ansicht nach unabhängig vom urheberrechtlichen Schutz.¹¹⁶⁷ Allein die Nutzung der Software solle ermöglicht werden. Die etwaige Einräumung eines Nutzungsrechts sei eine „nicht typenprägende Erweiterung“ des Kaufvertrages.¹¹⁶⁸ Wenn jedoch die Nutzung in den Mittelpunkt gestellt wird, so wird diese mittels eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts ermöglicht. Das Nutzungsrecht ist weniger eine „typenprägende Erweiterung“, sondern ist vielmehr selbst typenprägend. Marly weist darauf hin, dass auch der vom EuGH verwendete Terminus des Kaufvertrages auf die Überlassung der Programmkopie abstellt und auch der BGH von der stillschweigenden Einräumung einer Lizenz spricht.¹¹⁶⁹ Jedoch lege der BGH den immateriälgüterrechtlichen Verkaufsbegriff in Art. 4 Abs 2 Richtlinie 2009/24/EG aus, welcher Tatbestandsmerkmal der urheberrechtlichen Erschöpfung ist. Es handelt sich nicht um eine schuldrechtliche Entscheidung des EuGH. Darüber hinaus argumentiert Marly mit der umsatzsteuerrechtlichen Einordnung und führt Urteile des Bundesfinanzhofes als Quelle an,¹¹⁷⁰ jedoch liegen dem Steuerrecht andere Wertungen zu Grunde.

Wird die Software im Rahmen eines Downloads überlassen, so wird kein Datenträger übergeben und das körperliche Werkstück kann schon aus faktischen Gründen nicht der Mittelpunkt des Vertrages sein.¹¹⁷¹ Insbesondere

1163 Bainbridge, *Software Licensing*, 90; Lenhard, 128 f.; Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Université de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

1164 Redeker, Rn. 280 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012).

1165 Hilty, *Urheberrecht*, Rn. 692; Müller-Hengstenberg, *NJW* 1994, 3128, 3131 in diese Richtung.

1166 Dreier/Vogel, 118 beschreibend; Guest, Rn. 1–077; Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 298 f.; Bainbridge, *Software Licensing*, 90; Lenhard, 14; Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique* 2023, Rn. 1503.

1167 Marly, Rn. 731 ff.

1168 Marly, Rn. 734.

1169 Marly, Rn. 734.

1170 Marly, Rn. 735.

1171 Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 226, 301; Bainbridge, *Software Licensing*, 90; McGuire, *GRUR* 2009, 13, 19 die Ansicht vertretend, dass diesbezüglich früher ein fehlgehender Blickwinkel bestand; Ulmer/Kolle, *GRUR Int.* 1982, 489, 499.

mit der Bezeichnung zum Beispiel als Kaufvertrag würde hingegen der Fokus auf den Datenträger als Kaufsache gelegt und von der Vertragsrealität abgelenkt werden.¹¹⁷² Auch Befürworter einer kaufrechtlichen Lösung erkennen, dass diese die wichtige „lizenzrechtliche Ausprägung“ des Vertrages nicht abdeckt.¹¹⁷³ Im Ergebnis ist somit auf das Nutzungsrecht abzustellen.

2. Umfang des Nutzungsrechts, Dauerschuldcharakter und nebenstehender Vertrag über die Überlassung an sich

Der Umfang des eingeräumten Nutzungsrechts bestimmt sich stets aus dem konkreten Vertrag. Zu beachten sind die Mindestrechte nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG, welche als „zwingender Kern“ vertraglich nicht ausgeschlossen werden können.¹¹⁷⁴ Bei der Überlassung von Standardsoftware wird meist ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt.¹¹⁷⁵ Teils wird angemerkt, dass der Sukzessivcharakter des Vertrages fehlt, denn regelmäßig erfolgt eine dauerhafte Überlassung gegen eine Pauschalvergütung.¹¹⁷⁶ Aus urheberrechtlicher Perspektive besteht allerdings eine Dauerschuld, bei der allein ein Nutzungsrecht eingeräumt wird und keine Rechte übertragen werden.¹¹⁷⁷ Ein solches Recht ist bei jeder Nutzung der Software zwingend, denn jede Nutzung stellt eine urheberrechtlich relevante Handlung dar.¹¹⁷⁸ Zur Verdeutlichung dieses Dauerschuldcharakters kann auf das Verjährungsrecht verwiesen werden. Bei einem Austauschvertrag wie dem Kaufvertrag würde zeitnah Verjährung des Erfüllungsanspruchs eintreten.¹¹⁷⁹ Anders ist dies bei einem Lizenzvertrag, bei dem neben der ein-

1172 Girot, DIT 1998–I, 8 ff. einerseits klarstellend, dass der Kaufvertrag (bei Shrink-wrap Verträgen) sich nur auf den Datenträger und nicht auf die Software beziehen kann, in der Folge aber fast durchgängig von einem Softwarekauf sprechend; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 629 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012); Vivant, Recueil Dalloz 1994, 118 ff.; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503, 1694.

1173 Bydlinski, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 307; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746.

1174 Zum zwingenden Kern I. Teil § 3 E II. 2.

1175 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 456; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 243 f.; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746; Morgan/Burden, 153.

1176 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 446; Gross/Bihr, Rn. 157; Lenhard, 219; McGuire, GRUR 2009, 13, 20 darauf abstellend, dass die Nutzung nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG urheberrechtlich frei ist.

1177 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 695 f.

1178 Hierzu I. Teil § 3 D.

1179 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 697.

maligen Genussverschaffung während der gesamten Vertragslaufzeit auch die Genusserhaltung geschuldet ist.

Bei Softwareverträgen spielten lange Zeit eine schuldrechtliche, eine immaterialgüterrechtliche sowie in Bezug auf einen Datenträger eine sachenrechtliche Ebene eine Rolle.¹¹⁸⁰ Letztere ist in der modernen Softwarenutzung aber nicht mehr von Bedeutung, denn schon bei einem Download fehlt es an der Übergabe eines Datenträgers. Es ist zu beachten, dass stets ein Teil des Vertrages die tatsächliche Zurverfügungstellung der Software betrifft, wie im deutschen, englischen und französischen Recht in der Literatur auch explizit diskutiert, denn eine immaterialgüterrechtliche Lizenz stellt allein eine Berechtigung zur Nutzung dar. Daher ist sicherzustellen, dass dem Nutzer die Software auch tatsächlich zur Verfügung steht. Wird Software auf einem Datenträger überlassen, so liegt regelmäßig ein Kauf eines Datenträgers vor. Ist der Datenträger oder funktioniert die Software mangelhaft, so wird hinsichtlich dieses Vertragsteils wohl das Kaufrecht zur Anwendung kommen. Wird Software mittels eines Downloads überlassen, so würde dies in der Regel im deutschen Recht dem Werkvertrag und nicht dem Dienstvertrag entsprechen, denn es ist mit der Zurverfügungstellung der Software zur Möglichkeit eines Downloads ein über das reine Tätigwerden hinausgehender Erfolg geschuldet. Eine Übereignung einer Sache erfolgt hingegen nicht. Dieser Teil des Vertrages veranlasste große Teile der oben¹¹⁸¹ dargestellten Literatur und Rechtsprechung länderübergreifend dazu, in der Softwareüberlassung einen Kaufvertrag zu sehen. Es bestanden Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich der Mangelhaftigkeit von Software oder in Bezug auf die Übertragung der Software und das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht erschien diesbezüglich interessensgerecht.¹¹⁸²

Durch den Fokus auf das urheberrechtliche Nutzungsrecht ergibt sich, dass die tatsächliche Art der Softwareüberlassung, also ob mittels eines Downloads oder mittels Übergabe eines Datenträgers, zum einen für den Nutzer¹¹⁸³ zum anderen aber auch für die Rechtsnatur des Vertrages keine entscheidende Rolle spielt.¹¹⁸⁴ Die Software wird stets auf gleiche Weise

1180 Hilty, MMR 2003, 3.

1181 Hierzu 2. Teil § 1 B I., C I., D I.

1182 Le Stanc, Anmerkung zu CA Paris, chambre 25, Section B, 22. Juni 2001 („Sté Unisys France v. Sté Cogim et autres“), Comm. Com. Electr. 2001–12, 25 f.

1183 Spindler/Klöhn, CR 2003, 81, 82.

1184 Bradgate, 4 f.; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 68; Ulmer, CR 2000, 493, 494 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.

genutzt. Somit wird eine vertragsrechtliche Unterscheidung je nach Art der Softwareübermittlung als nicht zielführend angesehen.¹¹⁸⁵ Eine technologie-neutrale Betrachtung – welche aber kein Mittel zum Zweck darstellt,¹¹⁸⁶ schafft einen dauerhaften Lösungsansatz.

3. Rechtsfolge: Vertragsrecht des Lizenzvertrages

Im französischen Recht werden „licences“ im Gleichlauf zu gewerblichen Schutzrechten auch im Urheberrecht schuldrechtlich als „contrat de louage“, also Mietverträge, angesehen. Dies soll auch für die „licence de logiciel“ gelten.¹¹⁸⁷ Daneben steht ein Vertrag bzw. Vertragsteil hinsichtlich des Datenträgers bzw. des Downloads der Software. Teils wird jedoch angemerkt, dass, wenn bei der Überlassung von Standardsoftware ein Datenträger überlassen wird, dieser neben der Lizenz in gleicher Weise prägend für den Gesamtvertrag ist und daher ein „contrat sui generis“ vorliegt. Bei einem solchen kann auf jede einzelne Leistungspflicht das jeweils passende Nominatvertragsrecht Anwendung finden.

In Deutschland und in England fehlt ein explizites Nominatvertragsrecht für Lizenzverträge sowie eine Verweisung auf einen Nominatvertrag wie im französischen Recht. Somit zeigt sich prima vista als Nachteil einer lizenzvertraglichen Einordnung, dass ein normierter Rechtsrahmen fehlt.¹¹⁸⁸ Daher wird im deutschen Recht die Einordnung als Lizenzvertrag teils

1185 Adams, JBL 2009, 4, 396, 398 f.; Bridge, Rn. 2.23; Hilty, Urheberrecht, Rn. 708 ff. in diese Richtung; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 745; Marsoof, Int. J. Law Inf. Technol. 2012, 20 (4), 291, Rn. 3.3; Marly, Rn. 689 (in früherer Auflage: 5. Auflage, 2009); a.A. Marly, Rn. 727 f. nun unter Heranziehung der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH, EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff. Im englischen Recht „Eurodynamics System v. General Automation Ltd.“, 06. September 1998, nicht veröffentlicht („unreported“) in diese Richtung.

1186 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1486 auf diese Gefahr hinweisend.

1187 Sédallian/Dupré, 299 f. in Bezug auf die Ablehnung der kaufrechtlichen Einordnung in der Rechtsprechung, mit Verweis auf „Lamy Droit de l’Informatique et des Réseaux“, 2002, Rn. 779 in dem für Sédallian/Dupré unverständlicher Weise das Gegenteil behauptet wird.

1188 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 302 f.; Dreier/Vogel, 119; Faust, in: BeckOK BGB, § 433 BGB, Rn. 21 auf den fehlenden Rechtsrahmen hinweisend; Fritzsche, JuS 1995, 497, 498 f.; Marly, Rn. 696 ff.; Schulze, in: Dreier/Schulze, Vor §§ 31–44 UrhG, Rn. 1; Wagner, in: BeckOK BGB, § 581 BGB, Rn. 9 auf pachtrechtliche Elemente verweisend.

auch als ein Zirkelschluss angesehen. Letztlich müssten Lizenzverträge je nach Eigenart anderen Vertragstypen zugeordnet werden.¹¹⁸⁹ Teils wird angemerkt, eine lizenzrechtliche Einordnung kann zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung führen.¹¹⁹⁰ Zudem wird kritisiert, dass die Softwareindustrie durch diesen Innominatvertrag und der damit einhergehenden Verschleierung der tatsächlichen Rechtsnatur des Vertrages¹¹⁹¹ darauf abzielt, den Umfang der konkret eingeräumten Nutzungsberechtigung einzuschränken.¹¹⁹² Allerdings können im deutschen Recht über die Grundsätze der analogen Rechtsanwendung Normen von anderen Nominatverträgen herangezogen werden, beispielsweise bei der Überlassung von Standardsoftware auch solche des Kaufrechts.¹¹⁹³ So wird hinsichtlich der Verschaffung der Rechte explizit auf Grundsätze des Kaufrechts und auch auf das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht verwiesen bzw. dieses als anwendbar angesehen.¹¹⁹⁴ Grundsätzlich stellt eine analoge Rechtsanwendung ein anerkanntes Mittel dar, um Nominatvertragsrecht für Innominatverträge zu schaffen.¹¹⁹⁵ Allerdings wird der Softwarevertrag selbst dadurch nicht zum Kaufvertrag,¹¹⁹⁶ auch wenn aus wirtschaftlicher Perspektive eine gewisse Ähnlichkeit zu bestehen scheint,¹¹⁹⁷ denn dies würde die Nutzungsberechtigung als vertragsprägendes Element übergehen.¹¹⁹⁸ Genau dies wird teils aber – der Einfachheit halber – gefordert.¹¹⁹⁹ Auch wird angeführt, dass allein der vorgeblich passende Rechtsrahmen des Kaufvertrages eine kaufvertragliche Einordnung begründen könne.¹²⁰⁰ In Bezug auf die Terminologie

1189 Redeker, Rn. 557.

1190 Pahlow, 261 ff.

1191 Lemley/Menell/Merges/Samuelson/Carver 228 in diese Richtung; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 741; Montero, 73 f.,

1192 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499.

1193 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499; Hilty, Urheberrecht, Rn. 710 in diese Richtung; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 695 f.; Nordemann, CR 1996, 5, 7.

1194 Schulze, in: Dreier/Schulze, Vor §§ 31–44 UrhG, Rn. 29.

1195 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 81, 85.

1196 Hilty, Urheberrecht, Rn. 710; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 695 f.; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 81, 85 f.

1197 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 695 f.

1198 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 81, 85 f.; Hilty, RabelsZ 2012, 76/2, 339, 352 in diese Richtung.

1199 Goldmann/Redecke, MMR 2002, 3 die Bezeichnung des Lizenzvertrages verwendend, die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware aber als Kaufvertrag und somit Nominatvertrag des BGB ansehend.

1200 Cahen; Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 804 f. auf diese Tatsache verweisend; Montero, 73.

ist jedoch folgender Vergleich zu beachten: Wird ein Gedicht zum Download angeboten und für das Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe eine Gebühr entrichtet, so würde dies nicht als ein Gedichtskauf bezeichnet werden. Urheberrechtlich ähnliches geschieht bei einem Software-Download. Anstatt des Rechts zur öffentlichen Wiedergabe wird ein Recht zur Vervielfältigung eingeräumt: Diese urheberrechtliche Erlaubnis ist jedoch eine Lizenz.¹²⁰¹

Zudem kann bei der Softwareüberlassung nicht davon gesprochen werden, dass wie bei einem Kauf oder einer Miete üblich ab Übergabe bzw. Überlassung die Nutzung allein in der Sphäre des Gläubigers liegt. Auch die Gewährleistungs- bzw. Gefahrübergangs-Regelungen solcher Verträge entsprechen nicht der Realität bei Softwareverträgen.¹²⁰² Daher ist, wie auch vom BGH erfolgt, die Anwendung von kaufrechtlichem Leistungsstörungenrecht auf den Lizenzvertrag grundsätzlich abzulehnen, denn gewisse Wertungen dieses Nominatvertrages liegen beim Lizenzvertrag nicht vor.¹²⁰³ Allerdings ist festzuhalten, dass ein normierter Rechtsrahmen für den Lizenzvertrag im Allgemeinen und für die Softwareüberlassung als Lizenzvertrag im Besonderen fehlt. Ein solcher könnte für Rechtsicherheit sorgen und kann bei Innominatverträgen durch allgemeingültige Rechtsgrundsätze und Rechtsprechung entstehen. Letztlich kann wie im englischen Recht mit „implied terms“ ein bestimmtes Vertragsrecht grundsätzlich auch auf Verträge angewandt werden, bei denen eine Subsumtion unter die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale scheitert.¹²⁰⁴

4. Zusammenfassung

Die Überlassung von Standardsoftware kann schuldrechtlich als Lizenzvertrag, welcher ein urheberrechtliches Nutzungsrecht zum Gegenstand hat,

1201 Hilty, CR 2012, 625, 629; Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 275.

1202 Müller-Hengstenberg, CR 1986, 441, 443.

1203 Heussen, GRUR 1987, 779, 790.

1204 Rowland/Kohl/Charlesworth, 489 f. Allerdings stellt im englischen Recht das Herausnehmen von Standardsoftware aus dem Anwendungsbereich des „SoGA 1979“ kein größeres Problem dar, denn das „common law“ bietet ausreichend Möglichkeit, adäquate Vertragsklauseln in den Vertrag zu implizieren. Letztlich wurden schließlich auch zahlreiche Normierungen des „SoGA 1979“ bzw. des „SGSA 1982“ selbst aus „common law“-Grundsätzen abgeleitet, Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 302 f.

angesehen werden. Daneben kann die Übergabe eines Datenträgers mit der Software bzw. die Übertragung der Software Vertragsgegenstand sein.¹²⁰⁵

IV. Vertrag Sui-Generis (Frankreich)

Letztlich wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware teils auch als Vertrag Sui-Generis angesehen, ohne eine urheberrechtliche Vertragskonstruktion in den Mittelpunkt zu stellen. Ein solcher Vertrag stelle keine „Verlegenheitslösung“ bei der Bestimmung der Rechtsnatur dar, auch liege ein solcher beispielsweise im Bereich des Immobilienrechts oder im Börsenrecht vor.¹²⁰⁶ Abzulehnen sind demnach die schuldrechtliche Einordnung als Kauf,¹²⁰⁷ Miete¹²⁰⁸ sowie als anderer Nominatvertrag.¹²⁰⁹ Allerdings entspricht die Einordnung als immaterialgüterrechtliche „licence“ der Überlassung von Standardsoftware.¹²¹⁰ Somit ist nicht auf den Vertrag Sui-Generis auszuweichen. Unter Berücksichtigung der Leistungspflichten in Bezug auf die Überlassung der Software kann jedoch für den Gesamtvertrag möglicherweise ein Vertrag Sui-Generis angenommen werden.

V. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU und England)

Wie dargelegt wurde der Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Vertragsrecht in der Rechtsliteratur diskutiert und insbesondere kritisiert.¹²¹¹ Besonders hervorzuheben ist der Aspekt, dass jegliche Verträge, welche eine Bereitstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand haben, mit demselben Nominatvertragsrecht, insbesondere Leistungsstörungenrecht, gesetzlich erfasst werden sollten. Im Gegensatz hierzu wurde als Vertrag, welcher eine Ware im Sinne eines beweglichen Gegenstands gemäß Art. 2 lit. h) VO-GEKR zum Gegenstand hat, allein der Kauf als Vertragstyp normiert. Bestehende Vertragsregimes beispielsweise in Deutsch-

1205 Vielleicht wird sich sogar die Hoffnung bewahrheiten und auch die deutsche Rechtsprechung wird dies in Zukunft erkennen, Schuller/Zenefels, in: Danne-mann/Vogenauer, 581, 589 f. dies so beschreibend.

1206 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 749.

1207 Gross/Bihr, Rn. 157; Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 503.

1208 Gross/Bihr, Rn. 157; Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 503; Montero, 77.

1209 Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 503.

1210 Zur lizenzvertraglichen Einordnung 2. Teil § 1 E III.

1211 Hierzu 2. Teil § 1 A I. 4.

land, Frankreich und England sehen bezüglich der „Bereitstellung von Waren“ Vertragstypen wie eine Miete, eine Schenkung oder einen Tausch sowie zahlreiche atypische Vertragstypen vor. Es ist unklar, warum bezüglich Waren allein der Kaufvertrag, bezüglich digitaler Inhalte jedoch sämtliche Bereitstellungssachverhalte mit dem Verordnungsvorschlag erfasst werden sollten. Im EU-Verordnungsvorschlag erfolgte bei digitalen Inhalten keine Kategorisierung anhand der vertraglichen Leistungen, sondern vorrangig anhand des Vertragsgegenstands. So werden beispielsweise in Art. 91 GEKR, welcher gemäß seinem Titel die Hauptverpflichtungen des Verkäufers regelt, allein einzelne Pflichten für den „Lieferant digitaler Inhalte“ ergänzt. Die Pflichten werden weder in diesem Artikel noch in Art. 100 GEKR, welcher „Kriterien für die Vertragsmäßigkeit der Waren und digitalen Inhalte“ festlegt, spezifiziert. Letztlich ist gemäß den genannten Normen in der Regel eine Pflicht zu erfüllen „wie im Vertrag vorgesehen“, etc. Eine konkrete Beschreibung der Leistungspflichten fehlt. Es erscheint, dass dies der späten und auch undifferenzierten Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs auf digitale Inhalte geschuldet ist, welche in der Literatur schließlich auch als „nächtliche Hauruckaktion“ beschrieben wurde. Tatsächlich hätten hier vor einer Verabschiedung noch Überarbeitungen erfolgen müssen. Zu diesen ist es aber nicht mehr gekommen. Im Ergebnis hilft der Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht daher nur sehr eingeschränkt für die Bestimmung der schuldrechtlichen Rechtsnatur der in diesem 2. Teil im Fokus stehenden Softwareverträge. Im Verordnungsvorschlag wurde mit der Bereitstellung digitaler Inhalte ein „one-size-fits-all“-Vertragstyp geschaffen, welcher alle Sachverhaltskonstellationen, bei welchen eine Bereitstellung digitaler Inhalte im Fokus steht, erfassen sollte. Dabei wurde das Vertragsrechtsregime an das Kaufrecht angepasst und sowohl mögliche Differenzierungen anhand der Art des digitalen Inhalts, der Art der Bereitstellung, der Dauer, des Umfangs von Nutzungsrechten, etc. außer Acht gelassen.

Abschließend ist festzuhalten, dass der Verordnungsentwurf mit dem Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte die in diesem 2. Teil betrachtenden Softwareverträge abbildete. Jedoch fehlt es an einem in sich geschlossenem Vertragsrechtsregime. Es wäre ein Rückschritt, allein ein Vertragsrechtsregime auf alle Verträge, welche die Bereitstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand haben, anzuwenden. Insbesondere die in dieser Arbeit betrachteten Vertragsregimes in Deutschland, Frankreich und England gehen einen anderen Weg, was sich schon an den verschiedenen Nominatvertragstypen zeigt, unter welche verschiedene Arten der „Über-

lassung einer Ware“ subsumiert werden können. Allein beispielhaft wird ein Kauf oder eine Miete genannt. Es erscheint nicht praktikabel, ein alle möglichen Sachverhaltskonstellationen erfassendes, normiertes und spezifisches Vertragsrechtsregime zu schaffen. Eine Subsumtion der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte ist somit möglich, jedoch erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

Der Vertrag über die Bereitstellung von digitalen Inhalten im englischen „CRA 2015“ stellt die Bereitstellung digitaler Inhalte im Wesentlichen Kaufverträgen gleich. Insbesondere kommt ein sehr ähnliches Gewährleistungsrecht zur Anwendung. Jedoch wird in der Literatur sehr wohl erkannt, dass daneben eine immaterialgüterrechtliche Nutzungsrechteinräumung zu erfolgen hat. Somit steht dies dem lizenzvertraglichen Verständnis der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware nahe.

VI. Zusammenfassung

Die Überlassung von Standardsoftware kann schuldrechtlich als Lizenzvertrag angesehen werden. Gegenstand eines solchen ist ein urheberrechtliches Nutzungsrecht. Daneben kann ein Datenträger mit der Software bzw. die Übertragung der Software Vertragsgegenstand sein. Dieser Gesamtvertrag kann unter Umständen einen Vertrag Sui-Generis darstellen. Eine Subsumtion unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ist möglich, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

§ 2. Softwarenutzung mittels Cloud Computing

Verträge über die Softwarenutzung mittels Cloud Computing sind im Unterschied zur vorstehend betrachteten dauerhaften Überlassung von Standardsoftware relativ „junge“ Verträge. Daher existiert diesbezüglich weniger Literatur und Rechtsprechung. Zudem unterliegt dieses Modell der Softwarenutzung sehr stark einem auf technischen Innovationen basierenden Wandel, sodass ältere Ausführungen nicht ohne Weiteres auf aktuellere Sachverhalte übertragen werden können. Neben der Nutzung der sich in der Cloud befindenden Software haben Cloud Computing-Verträge regel-

mäßig noch weitere Leistungen wie insbesondere die Softwarepflege und die Bereitstellung von Speicherplatz zum Gegenstand.

A. Europäische Union

Verträge über die Nutzung von Software mittels Cloud Computing können nach vorherrschender Ansicht unter den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht subsumiert werden. Während eine Einordnung als Kaufvertrag¹²¹² im Sinne des Art. 5 lit. a) VO-GEKR scheitert, da es an einer Ware in Form eines beweglichen körperlichen Gegenstands mangelt,¹²¹³ wird eine Qualifikation als Bereitstellung eines digitalen Inhaltes befürwortet.¹²¹⁴

Teils wird eine Subsumtion von Cloud Computing bzw. „Saas“ jedoch auch abgelehnt, da der Nutzer keine Kopie des digitalen Inhalts erhält.¹²¹⁵ Allerdings ist Art. 2 lit. j) VO-GEKR zusammen mit Art. 5 lit. b) VO-GEKR und ErWG 17 zu lesen. Hierdurch wird erkennbar, dass die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Zugang erhält“ ausreichend ist. Andere verweisen auf eine erforderliche Wiederverwendbarkeit, welche bei „Paas“, „Iaas“¹²¹⁶ und „Saas“¹²¹⁷ fehlt und folglich eine Subsumtion unter das Gemeinsame Europäische Kaufrechts ausschließt. Es würden zwar digitale Inhalte in Form von Software bereitgestellt, dies erfolge aber nur zur Verarbeitung der Informationen, welche der Nutzer eingebe. Hierbei wird allein ein Anbieten einer Funktionalität gesehen, insbesondere, wenn die konkret verwendete Software für den Nutzer nicht von Bedeutung ist. In diesem Fall bestehe ein „service“ und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sei nicht einschlägig.¹²¹⁸ Dies verkennt jedoch die urheberrechtliche Relevanz

1212 Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Kaufvertrages 2. Teil § 1 A I. 3.

1213 Castro/Reed/de Quiroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013.

1214 Castro/Reed/de Quiroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013; Zech, ZUM 2014, 3, 8; Zenefels, K&R 2012, 463, 465; Zoll, in: Schulze, Common European Sales Law (Commentary), Art. 91 GEKR, Rn. 6, 7. In diese Richtung auch Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Freisetzung des Cloud-Computing-Potentials in Europa. COM (2012), 529 endg. v. 27. September 2012, S. 13.

1215 Ortiz/Viscasillas, JITLB 2012, II, 3, 241 ff.

1216 Castro/Reed/de Quiroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013.

1217 Zahn, ZEuP 2014, 77, 93.

1218 Castro/Reed/de Quiroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013.

der Nutzung von Software durch den Cloud-Nutzer.¹²¹⁹ Tatsächlich ist abzugrenzen von Sachverhalten, welche nicht eine Nutzung von Software, sondern eine andere Dienstleistung, bei welcher der Leistungsbringer im Hintergrund eine Software einsetzt, zum Gegenstand haben. Teils wird bei überwiegend „IaaS“ und „Paas“ eine Subsumtion unter die Bereitstellung eines digitalen Inhalts abgelehnt und ein „materieller“ und nicht „digitaler“ Vertragsinhalt erkannt.¹²²⁰ Auch in diesem Szenario ist auf den konkreten Vertragsinhalt abzustellen. Liegt dieser insbesondere in der Bereitstellung von Hardware, so handelt es sich nicht um die Bereitstellung digitaler Inhalte. Allein im Fall einer „verbundenen Dienstleistung“ gemäß Art. 5 lit. c) VO-GEKR könnte der Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht eröffnet sein.¹²²¹ Im Ergebnis wird bei Cloud Computing, insbesondere, wenn wie bei „Saas“ die Softwarenutzung im Fokus steht, eine Subsumtion unter Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte befürwortet. Im Einzelfall können auch Verträge über verbundene Dienstleistungen vorliegen.

B. Deutschland

I. Mietvertrag

Die Nutzung von Software mittels Cloud Computing wird teils unter die in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 neu eingeführte Miete digitaler Produkte gemäß § 548a BGB subsumiert,¹²²² jedoch erfolgte auch früher insbesondere durch den BGH schon eine in der Literatur umstrittene schuldrechtliche Einordnung als Sachmiete.

Für die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Softwarenutzung mittels Cloud Computing war im deutschen Recht die sogenannte „ASP“-Entscheidung¹²²³ des BGH vom 15. November 2006 von grundsätzlicher Bedeutung. In dieser äußerte sich der BGH zur Rechtsnatur

1219 Hierzu 1. Teil § 3 D II. 3., IV. 5.

1220 Zahn, ZEuP 2014, 77, 94.

1221 „Verträge über verbundene Dienstleistungen, gleich ob hierfür ein gesonderter Preis vereinbart wurde oder nicht“ sind vom Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts umfasst. Eine Legaldefinition findet sich in Art. 2 lit. m) VO-GEKR.

1222 Redeker, Rn. 683 ff.

1223 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 ff.

von „ASP“-Verträgen und beschrieb zum einen deren mietvertraglichen Charakter, zum anderen hob er auch lizenzvertragliche Elemente des Vertrages hervor. Letztgenannte werden sowohl in der Literatur¹²²⁴ als auch in später ergangener Rechtsprechung des BGH¹²²⁵ und von weiteren Gerichten¹²²⁶ kaum erwähnt, sondern es wird allein der mietvertragliche Charakter des „ASP“-Vertrages hervorgehoben. Auch schon vor der BGH-Entscheidung wurde teils eine mietrechtliche Einordnung dieses Vertrages befürwortet.¹²²⁷ Der BGH beschrieb die Leistung des „ASP“-Anbieters als „die Gewährung von Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit.“ Aufgrund der „immanenten Verkörperung von Software“ sah der BGH die Software in Form einer „verkörpert geistigen Leistung“ als Vertragsgegenstand an.¹²²⁸ Das urheberrechtlich geschützte Werk Software sei hingegen nicht Gegenstand dieses Vertrages. Auch erfolge die Bestimmung der Rechtsnatur des Vertrages unabhängig vom urheberrechtlichen Schutz der Software. Bestehe jedoch ein solcher, so seien Rechte gemäß Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG einzuräumen.¹²²⁹ In dieser Entscheidung des BGH wurde in der Literatur regelmäßig eine Festlegung auf das Mietrecht gesehen, da Software für den BGH eine Sache ist.¹²³⁰ Teils wurde bei Cloud Computing auch die Rechenkapazität¹²³¹ bzw. die Infra-

1224 Bisges, MMR 2012, 574; Koch, 365, 412 f., 452; Loewenheim, in: Schriker/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 66; Marly, Rn. 1105; Marly/Jobke, LMK 2007, 209583; Medicus/Lorenz, § 23, Rn. 2; Pohle/Ammann, CR 2009, 273, 274 f.; Redeker, Rn. 1129 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012); Rössel, ITRB 2007, 56; Schulz/Rosenkranz, ITRB 2009, 232, 233 f.; Stögmüller, in: Münchener Anwalts-handbuch IT-Recht, Teil 11.4.3., Rn. 6; Wicke, MMR 2012, 783, 786; Witzel, ITRB 2002, 183, 184.

1225 BGH, Urteil v. 04. März 2010 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449 f. mit Verweis auf BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 ff.

1226 Zum Beispiel OLG Hamburg, Urteil v. 15. Dezember 2011 – 4 U 85/11, MMR 2012, 740.

1227 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 73; Intveen/Lohmann, ITRB 2002, 210, 211; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 70 f.; Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 80; von Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 84.

1228 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 13, 16.

1229 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 17. Auch Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 733 neben der Miete bestehende lizenzrechtliche Aspekte befürwortend.

1230 Weidenkaff, in: Grüneberg, Einführung von § 535 BGB, Rn. 103 dies besonders für das Mietrecht befürwortend mit Verweis auf BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 ff. Hierzu 2. Teil § 1 B A I. 1. a), E I. 1.

1231 Wicke, MMR 2012, 783, 786.

struktur¹²³² als Mietsache angesehen. Dabei wurde nicht die bei Mietverträgen übliche Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB erkannt, sondern in der Gewährung der Online-Nutzung der Software allein die Einräumung einer Gebrauchsmöglichkeit.¹²³³ Es wurde darauf verwiesen, dass das Mietrecht weder eine dauerhafte Besitzverschaffung¹²³⁴ noch eine ausschließliche Nutzung durch einen Mieter verlangt.¹²³⁵ Im „ASP“-Vertrag wurden auch aufgrund der Vertragsdauer Elemente eines Dauerschuldverhältnisses erkannt.¹²³⁶ Andere befürworteten eine analoge Anwendung des Mietrechts¹²³⁷ oder bezeichneten das Mietrecht ohne näher zu differenzieren als für die „Software-Miete“ „offensichtlich“ einschlägig.¹²³⁸ Auch wurde pauschal auf die mietrechtliche Einordnung von Cloud Computing hingewiesen.¹²³⁹

Gemäß dem jüngst eingeführten § 548a BGB sind „die Vorschriften über die Miete von Sachen (...) auf die Miete digitaler Produkte entsprechend anzuwenden.“ Eine Beschränkung auf Verbraucherverträge erfolgt nicht.¹²⁴⁰ Cloud Computing-Lösungen werden als „digitales Produkt“ eingeordnet¹²⁴¹ und unter § 548a BGB subsumiert,¹²⁴² auf eine Verkörperung der Software auf einem Datenträger kommt es demnach nicht mehr an.¹²⁴³ Diese pau-

1232 Bisges, MMR 2012, 574, 577.

1233 Koch, 365.

1234 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 ff.; Marly/Jobke, LMK 2007, 209583.

1235 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 731 f.; Hoeren/Pinelli, 301 verweisend auf BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012); Stögmüller, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil II.4.3., Rn. 6.

1236 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 731; Marly/Jobke, LMK 2007, 209583.

1237 Redeker, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12, Rn. 386 ff. (in früherer Auflage: 42. Ergänzungslieferung, 2015); Roos, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12, Rn. 124 ff. nun hingegen eine mietrechtliche Einordnung befürwortend.

1238 Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, M, Rn. 472.

1239 Marly, Rn. 1121 diese Einordnung sowohl für Cloud Computing, „Saas“ als auch für „ASP“ befürwortend.

1240 Martens, Rn. 454.

1241 Weidenkaff, in: Grüneberg, Einführung von § 535 BGB, Rn. 103 bezüglich „ASP“ und „Saas“; Stresemann, in: MüKo, § 90, Rn. 25 auf § 453 BGB verweisend.

1242 Martens, Rn. 454; Wiederhold, in: BeckOK BGB, § 548a BGB, Rn. 6. In diese Richtung auch BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 84.

1243 Kramme, RD i 2021, 20, Rn. 43; Martens, Rn. 453 darauf hinweisend, dass es auf vorübergehende Vervielfältigungen der Software für die Begründung der Sachqualität nicht mehr ankommt; Wiederhold, in: BeckOK BGB, § 548a BGB, Rn. 6.

schale rechtliche Einordnung sei technologieoffen und könne somit auch zukünftige Cloud-Computing Lösungen und Geschäftsmodelle erfassen.¹²⁴⁴ Teils wird jedoch auch darauf verwiesen, dass auf die spezifische Leistung abzustellen ist und nicht in jedem Fall eine mietrechtliche Einordnung befürwortet werden kann.¹²⁴⁵ Bei „Saas“-Verträgen liege jedoch „eine Klassifizierung als Mietvertrag“ nahe. Ein solcher sei auf „die kurze Nutzung einer Sache“ ausgerichtet. Die Tatsache, dass mehrere Nutzer parallel die Software nutzen können, stehe einer mietrechtlichen Einordnung nicht entgegen.¹²⁴⁶ Die „praktische Relevanz der Frage der Sachqualität im Bereich der Softwaremiete“ wird in der Folge als erledigt angesehen.¹²⁴⁷ Von anderen wird heute noch mit der früheren BGH-Rechtsprechung zu „ASP“-Modellen argumentiert. So sei diese auf „Saas“-Lösungen zu übertragen, sofern eine Software-Nutzung auf Zeit intendiert sei.¹²⁴⁸

II. Dienstvertrag

Bei einem Dienstvertrag gemäß § 611 BGB verpflichtet sich der Dienstverpflichtete zur Erbringung eines Dienstes, geschuldet ist das „bloße Wirken, die Arbeitsleistung als solche“.¹²⁴⁹ Im Gegenzug hat der Dienstberechtigte die vereinbarte Vergütung zu bezahlen.¹²⁵⁰ In Abgrenzung hierzu ist bei einem Werkvertrag ein über das Tätigwerden hinausgehender Erfolg,¹²⁵¹ also „die Herbeiführung eines vereinbarten, gegenständlich fassbaren Arbeitsergebnisses“ in Form eines Werkes, geschuldet.¹²⁵² Vereinzelt wird festgestellt, dass, da bei Cloud Computing die Steuerung dem Cloud-Anbieter und somit Systembetreiber obliegt und der Nutzer teils nicht weiß, welche Software genutzt wird, ein Dienstvertrag vorliegt.¹²⁵³

1244 Wiederhold, in: BeckOK BGB, § 548a BGB, Rn. 6.

1245 Hilber, in: BeckOK IT-Recht, § 548a BGB, Rn. 11.

1246 Hoeren/Pinelli, 336 f.

1247 Hilber, in: BeckOK IT-Recht, § 548a BGB, Rn. 7; Redecker, Rn. 286 in diese Richtung.

1248 Hoeren/Pinelli, 337.

1249 Retzlaff, in: Grüneberg, Einführung von § 631 BGB, Rn. 8.

1250 Weidenkaff, in: Grüneberg, Einführung von § 611 BGB, Rn. 1.

1251 Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 1.

1252 Retzlaff, in: Grüneberg, Einführung von § 631 BGB, Rn. 1, 8.

1253 Redeker, Rn. 1131. Auch andere sehen, wenn eine Rechenleistung angeboten wird (Zech, ZUM 2014, 3, 8) oder eine funktionsbezogene Auftragsdatenverarbeitung (Koch, 452) vorliegt, einen Dienstvertrag als einschlägig an. Kritisierend wird angemerkt, dass bei einer solchen Einordnung kein besonderes Leistungsstörun-

III. Werkvertrag

Bei einem Werkvertrag verpflichten sich gemäß § 631 Abs. 1 BGB der Werkunternehmer zur Herstellung eines versprochenen Werkes und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung. Gemäß § 631 Abs. 2 BGB kann „die Herstellung oder Veränderung einer Sache“ sowie „jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“ Vertragsgegenstand sein. Gemäß § 633 Abs. 1 BGB muss der Werkunternehmer das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln verschaffen. Hauptleistungspflichten des Bestellers sind die Leistung der Vergütung gemäß § 631 Abs. 1 BGB sowie die Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 BGB.¹²⁵⁴ Vereinzelt wird bei Cloud Computing-Lösungen, wenn konkrete Leistungen wie beispielsweise eine Steuererklärung Vertragsgegenstand sind, auf schuldrechtlicher Ebene ein Werkvertrag erkannt.¹²⁵⁵

IV. Typengemischter Vertrag

Teils wird ein Cloud Computing-Vertrag als eine Mischung von Miet-, Werk- und Dienstvertrag angesehen¹²⁵⁶ und eine strikte Einordnung abgelehnt,¹²⁵⁷ oder es soll, sobald Hard- und/oder Software auf Zeit überlassen werden, ein typengemischter Vertrag mit mietrechtlichem Einschlag vorliegen¹²⁵⁸ bzw. ein „komplexes Dauerschuldverhältnis mit verschiedensten Leistungselementen“.¹²⁵⁹

recht existiert, was nicht interessensgerecht ist (Redeker, Rn. 1132 aber richtigerweise klarstellend, dass eine Bestimmung der Rechtsnatur nicht von der Rechtsfolge her möglich ist). Allerdings stellen die hier genannten „Dienste“ kein Cloud Computing dar, vielmehr wird ein Dienst erbracht, bei welchem der Dienstverpflichtete sich einer Software bedient.

1254 Brox/Walker, § 25, Rn. 2 f., 10 ff.

1255 Redeker, Rn. 1287; Meyer, 227 in diese Richtung.

1256 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 730 f.; Stögmüller, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 11.4.3., Rn. 6 jedoch auf den „wesentlichen“ mietvertraglichen Charakter verweisend.

1257 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 730 f.

1258 Pohle/Ammann, CR 2009, 273, 274 f.; Schulz/Rosenkranz, ITRB 2009, 232, 233.

1259 Hoeren/Pinelli, 335.

V. Lizenzvertrag

Von anderen wird in Cloud Computing-Verträgen ein urheberrechtlicher Charakter bzw. eine Lizenz gesehen.¹²⁶⁰ Die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts wird teils auch als Miete dargestellt.¹²⁶¹ Abzugrenzen sei von Werken wie beispielsweise Musik, welche über eine Cloud angeboten würden. Da das Anhören von Musik als Werkgenuss urheberrechtlich frei sei gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG könne beispielsweise bei Musik-Streaming-Diensten wie „Spotify“ nur ein Zugangsrecht Vertragsgegenstand sein.¹²⁶²

VI. Bereitstellung digitaler Dienstleistungen

§ 327 Abs. 1 BGB erfasst Verbraucherverträge, welche die Bereitstellung digitaler Produkte zum Gegenstand haben.¹²⁶³ Gemäß § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB werden digitale Dienstleistungen definiert als solche, „die dem Verbraucher die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen“. Dies schließe „Saas“ und „alle Formen des (...) Cloud Computing“ mit ein.¹²⁶⁴ Die Softwarenutzung mittels Cloud Computing kann somit unter die Bereitstellung digitaler Inhalte gemäß § 327 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB subsumiert werden, allerdings erlaubt dies wie dargelegt keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.¹²⁶⁵

VII. Zusammenfassung

Für die schuldrechtliche Einordnung von Cloud Computing-Verträgen werden unterschiedliche Vertragstypen vertreten. Die wohl herrschende Meinung und auch die Rechtsprechung erkennen einen Mietvertrag, die Rechtsprechung sieht aber auch lizenzrechtliche Aspekte. Daneben werden

1260 Hilty, CR 2012, 625, 626, 628, 629, 637 in diese Richtung; Schneider, ITRB 2014, 120, 121 bezugnehmend auf Hilty und die lizenzrechtliche Einordnung befürwortend.

1261 Hoeren/Pinelli, 340; Röhrborn/Sinhardt, CR 2001, 69, 71.

1262 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 68.

1263 Hierzu 2. Teil § 1 B IV. 2.

1264 Grüneberg, in: Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 5; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663.

1265 Hierzu 2. Teil § 1 B IV. 3.

Dienst- oder Werkverträge oder ein typengemischter Vertrag bestehend aus Elementen des Dienst-, Werk- und Mietvertragsrechts gesehen. Teils wird auch eine lizenzvertragliche Einordnung vorgeschlagen.

C. Frankreich

I. Mietvertrag: „contrat de louage“

Verträge über Cloud Computing werden teils als Miete einer Dienstleistung („location de service“) angesehen¹²⁶⁶ bzw. der Mietvertrag als der am besten passende Vertragstyp beschrieben.¹²⁶⁷ Bei „ASP“ werde ein Zugangsrecht zur Nutzung gemietet („droit d'accès d'usage“).¹²⁶⁸ Le Tourneau spricht von einer Miete im Sinne einer „licence“.¹²⁶⁹

II. „Contrat d'entreprise“

Teils wird festgestellt, dass die schuldrechtliche Einordnung des „ASP“-Vertrages aufgrund verschiedenartiger Ausgestaltungsmöglichkeiten schwerfällt und von den konkreten Leistungspflichten abhängt. Cloud Computing-Verträge werden als Miete bzw. „Miete eines Dienstes“ („contrat de louage¹²⁷⁰ de service“¹²⁷¹) oder als ein solcher Vertrag, bei welchem eine „schlüsselfertige“ („clé en main“) Leistung als Dienstleistung („prestation de service“) geschuldet ist, beschrieben.¹²⁷² Auf schuldrechtlicher Ebene seien diese als „contrat d'entreprise“ einzuordnen.¹²⁷³

1266 Le Tourneau, Contrats du numérique, Rn. 222.12; Mendoza-Caminade, Receuil Dalloz 2012, 2142.

1267 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1721 beschreibend.

1268 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 555.

1269 Le Tourneau, Contrats du numérique, Rn. 222.12 die Begriffe „Verwertungsvertrag“ („contrat d'exploitation“) bzw. „Softwarenutzungsvertrag“ („contrat d'utilisation de logiciel“) verwendend.

1270 Le Tourneau, Contrats du numérique, Rn. 342.15.

1271 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1722 auf die Möglichkeit, dass verschiedenartigste Leistungen unter diesen subsumiert werden können, hinweisend.

1272 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 571.

1273 Huet/Bouche, Rn. 136.

III. Typengemischter Vertrag

Zum Teil wird bei einem „contrat d’hébergement“¹²⁷⁴ oder einem „contrat d’infogérance des ressources informatiques“ eine Miete erkannt, da die Nutzung eines beim Dienstleister bestehenden Servers gegen Bezahlung ausschließlich einem bestimmten Kunden vorbehalten wird. Diese Miete sei ein Annex zu einem „contrat d’entreprise“, somit bestehe ein typengemischter Vertrag.¹²⁷⁵

IV. Lizenzvertrag: „licence“

Teils wird eine Einräumung eines Zugangsrechts und Nutzungsrechts („droit d’accès et utilisation“) gesehen und als „licence“ beschrieben.¹²⁷⁶ Sobald eine Softwarenutzung erfolge, sei ein Verwertungsrecht („licence d’exploitation“)¹²⁷⁷ einzuräumen. Andere führen aus, dass der „ASP“-Vertrag eine klassische „licence“ darstellt,¹²⁷⁸ denn es wird ein urheberrechtliches Verwertungsrecht eingeräumt, da, unabhängig von einer Speicherung der Software beim Cloud-Nutzer, dieser eine urheberrechtlich relevante Handlung vornimmt.¹²⁷⁹ Bei „infogérance“ wird teils – etwas plakativ ausgedrückt – von dem Kauf einer Lizenz gesprochen.¹²⁸⁰ Der Cloud Computing-Vertrag müsse den Umfang des urheberrechtlichen Nutzungsrechts exakt umschreiben.¹²⁸¹ Die sogenannte „IP-Klausel“ wird als zentrales Element des Vertrages beschrieben.¹²⁸²

1274 Sédallian/Dupré, 314 ff. hierzu vertiefend.

1275 Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3232.

1276 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 572.

1277 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1728.

1278 Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3258.

1279 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1728 f.

1280 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 555.

1281 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1728.

1282 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1743.

V. Bereitstellung digitaler Dienstleistungen: „fourniture de services numériques“

Art. L224–25–2 Abs. 1 Alt. 2 C. consom. normiert die Bereitstellung digitaler Dienstleistungen, welche in Nr. 7 Article Liminaire C. consom. in wortgleicher Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 definiert werden. Dies schließt die Nutzung von Software mittels Cloud Computing mit ein.¹²⁸³ Jedoch erlaubt diese Subsumtion wie dargelegt keine Rückschlüsse für die schuldrechtliche Einordnung der Vertrages der Nutzung von Software mittels Cloud Computing.¹²⁸⁴

VI. Zusammenfassung

Im französischen Recht tritt noch viel mehr als im deutschen Recht ein Problem mit der Verwendung der Vertragsterminologie zu Tage. Es werden in der Literatur sehr viele unterschiedliche Begriffe genannt, welche zum einen voneinander abgegrenzt, zum anderen aber auch als Synonyme verwendet werden. Darunter leidet auch die Einordnung der einzelnen Lebenssachverhalte und es werden je nach Art der Definition unterschiedliche Vertragstypen angenommen. Teils wird auch eine Gesamtbetrachtung vorgenommen und es erfolgt eine Subsumtion unter den „contrat de louage d’ouvrage“, allerdings soll dieser unter Umständen auch Elemente einer „licence“ enthalten. Andere sehen im Cloud Computing allein einen immaterialgüterrechtlichen Lizenzvertrag.

D. England

In England erfolgt kaum eine Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur von Cloud Computing-Verträgen.

1283 Hierzu 2. Teil § 1 B II. 2.

1284 Hierzu 2. Teil § 1 B II. 2., IV. 3.

I. Mietvertrag: „lease“/„rent“

„ASP“- bzw. „Saas“-Verträge waren früher teils als eine Software-Miete angesehen worden, jedoch wurde dies mittlerweile aufgegeben. Der Nutzer hätte demnach keine Lizenz in Bezug auf die Software innegehabt, sondern als Dienst ausgestaltet allein Zugang zur Software über das Internet erworben.¹²⁸⁵ Dagegen war hervorgebracht worden, dass die Begriffe „lease“/„rent“ üblicherweise im Bereich des Grundstücks- und Bodenrechts („land law“) verwendet werden und somit primär nicht auf Cloud Computing anwendbar sind.¹²⁸⁶

II. „Service contract“

Teils werden Cloud Computing-Verträge als „service contract“ eingeordnet und es erfolgt eine Subsumtion unter einen Nominatvertrag des „SG-SA 1982“.¹²⁸⁷ Als „implied terms“ ist gemäß Sec. 13 SGSA 1982 „reasonable skill and care“ geschuldet.¹²⁸⁸ Cloud Computing stelle als Lieferung von IT einen „service“ über das Internet dar.¹²⁸⁹ „Saas“ wird teils auch als „service rental“ beschrieben, denn es wird der Zugang zu einem „service“ verschafft.¹²⁹⁰ Dabei bleibe die Software im Besitz des Anbieters und der Softwarenutzer nutze allein deren Funktionalität. Bei „ASP“/„Saas“ sende der Nutzer über das Internet Daten zum Anbieter, welche diese in verarbeiteter Form zurückschicke. Da allein der Anbieter für die Software verantwortlich sei, handle es sich um einen „service“.¹²⁹¹ Es wird teils ein Vergleich zum Anbieten eines Telefonats gezogen.¹²⁹² Die Bezahlung als Gegenleistung erfolge zum einen für die Nutzung der Software beim Anbieter, aber auch für

1285 Morgan/Berry, 88 (in früherer Auflage: 8. Auflage, 2009).

1286 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1287 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1288 Reed, 12.

1289 Reed, 58; Saxby, Rn. 6.909 (in früherer Auflage: 64. Ergänzungslieferung, 2012).

1290 Holt/Newton, 123; MorganBerry, 131.

1291 Morgan/Berry, 131, 277 ff.

1292 Bradgate, 14.

die Nutzung von dessen Hardware bzw. gesamter IT-Infrastruktur sowie der Wartung der Software.¹²⁹³ Eine Lizenz werde nicht eingeräumt.¹²⁹⁴

III. „Service“ im Sinne des „Consumer Rights Act 2015“

Bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing wird die Anwendung der Normen zur Bereitstellung eines digitalen Inhalts („supply of digital content“) gemäß „CRA 2015“ befürwortet, jedoch allein auf an den Nutzer übermittelte Software wie beispielsweise einen Client.¹²⁹⁵ Die mittels Cloud Computing genutzte Software, welche in der Cloud verbleibe, sei hingegen unter einen „service contract“ gemäß Sec. 48 Abs.1 CRA 2015 zu subsumieren.¹²⁹⁶ „Services“ im Rahmen eines Verbrauchervertrages werden in Secs. 48 bis 57 CRA 2015 entsprechend dem Begriff „service“ des „SGSA 1982“¹²⁹⁷ normiert. Besondere Regelungen zu digitalen Inhalten bzw. Diensten fehlen. Somit handelt es sich bei diesen Ausführungen um keine eigene Rechtsansicht, sondern es kann im Übrigen nach oben verwiesen werden.¹²⁹⁸

Überdies regelt Sec. 41 CRA 2015 die Verpflichtung des Unternehmers, einen digitalen Inhalt bereitzustellen. In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass sich diese Verpflichtung auf die Einräumung von Nutzungsrechten bezieht. Üblicherweise wird demnach ein auf gewisse Szenarien begrenztes Nutzungsrecht eingeräumt. Die Rechtsinhaberschaft verbleibt regelmäßig beim ursprünglichen Rechtsinhaber.¹²⁹⁹ Somit wird ein immaterialgüterrechtlicher Aspekt dieses Vertrages erkannt.

1293 Morgan/Berry, 279.

1294 Morgan/Berry, 131.

1295 „Consumer Rights Act 2015. Explanatory Notes“, Rn. 166; „UK Government. Department for Business Innovation & Skills. Consumer Rights Act: Digital Content. Guidance for Business“ September 2015, 6.

1296 „UK Government. Department for Business Innovation & Skills. Consumer Rights Act: Digital Content. Guidance for Business“ September 2015, 6.

1297 „Consumer Rights Act 2015. Explanatory Notes“, Rn. 34, 237.

1298 Hierzu 2. Teil § 2 D II.

1299 „Consumer Rights Act 2015. Explanatory Notes“, Rn. 200.

IV. Lizenzvertrag: „licence“

Im Falle einer Installation und Nutzung einer „client-side application“ bei dem bzw. durch den Nutzer wird teils eine Lizenz erkannt. Im Übrigen liege ein „service contract“ vor.¹³⁰⁰ Es sei zu differenzieren, ob der Cloud-Anbieter alle Daten zur Verfügung stelle und die Berechnungen nur bei diesem ablaufe (vgl. „Google Mail“, bei welchem letztlich nur die Ergebnisse am Browser angezeigt würden). In diesem Fall sei keine Lizenz notwendig. In Musterverträgen wird bei „ASP“-Modellen, soweit Software genutzt wird, auch eine einfache, nicht übertragbare Lizenz eingeräumt.¹³⁰¹

V. Zusammenfassung

Aus einer Betrachtung des englischen Rechts können letztlich keine Schlüsse gezogen werden. Ausführungen und Begriffe sind teils unpräzise und überschneidend, eine herrschende Meinung ist nicht erkennbar. Vorgetragen werden ein „service“-Vertrag sowie lizenzvertragliche Aspekte, dabei wird teils zwischen der Software, welche im Rahmen von Cloud Computing genutzt wird und einer Client-Software, welche der Nutzer installiert, unterschieden.

E. Vergleichende Betrachtung und Bewertung

I. Mietvertrag (Deutschland, Frankreich)

An der mietrechtlichen Einordnung wird kritisiert, dass diese nur einen Teil von Cloud Computing erfasst und die eigentliche Nutzung der Software übersieht.¹³⁰² Wird wie teils im französischen Recht von der Miete eines „service“ gesprochen, so bleibt dessen Inhalt offen. Zum einen kann dieser der Zugang zur Software in der Cloud sein, vielmehr kommt jedoch die Funktionalität der Software als „service“ in Frage. Denn der Zugang zur Software ist letztlich allein ein Zwischenschritt, welcher die Software-

1300 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1301 Morgan/Burden, 149.

1302 Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques*, Rn. 571 dies für das französische Recht festhaltend.

nutzung ermöglicht. Auch beispielsweise bei einer Wohnraummiete stellt nicht die Überlassung des Schlüssels den Zweck des Vertrages dar, sondern erst die Überlassung des Wohnraums. Wird die Funktionalität der Software in den Mittelpunkt gerückt, so ist aus rechtlicher Perspektive für den Nutzer allein das Nutzungsrecht in Form eines urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts von Bedeutung, denn mit einem solchen kann der Nutzer die Software nutzen und von deren Funktionalität profitieren. Dieses Nutzungsrecht kann schließlich der Gegenstand der Miete sein. Die Miete eines urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts ist jedoch eine Umschreibung einer Einräumung eines solchen Rechts, rechtlich stellt dies eine Lizenz dar. Folglich ist die Nutzung von Software mittels Cloud Computing nicht als Mietvertrag anzusehen, vielmehr liegt ein Lizenzvertrag vor.

II. Dienst- und Werkvertrag (Deutschland), „contrat d’entreprise“ (Frankreich), „service contract“ (England) und typengemischter Vertrag (Deutschland, Frankreich)

Grundsätzlich ist eine Subsumtion unter einen Dienst- oder Werkvertrag, einen „contrat d’entreprise“ in Frankreich, einen „service contract“ in England oder unter einen typengemischten Vertrag möglich. Allerdings ist diesbezüglich stets eine Verallgemeinerung erkennbar, denn es werden nicht die konkreten Leistungen betrachtet, sondern allein Oberbegriffe verwendet. Wie in Bezug auf die Miete dargestellt ist der Gegenstand des Vertrages das Nutzungsrecht, um die Software und letztlich deren Funktionalität nutzen zu können. Die Einräumung eines solchen Rechts stellt einen Lizenzvertrag dar. Für diesen kann jedoch das jeweilige Nominatvertragsrecht der genannten Verträge zur Anwendung kommen. Dies ist eine Frage der Rechtsfolge. Selbstredend können Nebenpflichten in Bezug auf Softwarepflege, das Erstellen einer Homepage, welche den Zugang zur Software in der Cloud möglich macht bzw. die Überlassung eines sogenannten Clients, etc. bestehen. Hinsichtlich dieser Pflichten können wiederum Teile von den genannten Nominatverträgen Anwendung finden.

III. Lizenzvertrag (Deutschland, Frankreich, England)

Wie in den vorstehenden Punkten erläutert steht das urheberrechtliche Nutzungsrecht im Mittelpunkt des Vertrages. Dessen Einräumung stellt

einen Lizenzvertrag dar. Jedoch können daneben noch vertragliche Nebenpflichten bestehen, welche Teil des Lizenzvertrages werden bzw. diesen als einen Vertrag Sui-Generis erscheinen lassen.

IV. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU)

Wie dargelegt wurde die gesetzliche Ausgestaltung im Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht in der Rechtsliteratur diskutiert und insbesondere kritisiert.¹³⁰³ Besonders hervorzuheben ist der Aspekt, dass jegliche Verträge, welche eine Bereitstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand haben, mit demselben Nominatvertragsrecht, insbesondere Leistungsstörungenrecht, gesetzlich erfasst werden sollten. Es erscheint nicht praktikabel, ein unabhängig von konkreten Leistungspflichten alle möglichen Sachverhaltskonstellationen erfassendes Vertragsrechtsregime zu schaffen. Eine Subsumtion der Nutzung von Software mittels Cloud Computing unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte ist im Ergebnis möglich, jedoch erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

V. Zusammenfassung

Ein Vertrag über die Nutzung von Software mittels Cloud Computing stellt einen Lizenzvertrag dar. Es wird ein urheberrechtliches Nutzungsrecht in Form eines Vervielfältigungsrechts eingeräumt. Daneben können weitere vertragliche Nebenpflichten bestehen. Eine Subsumtion unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ist möglich, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

§ 3. *Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware*

Verträge über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware sind ähnlich wie solche über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware seit jeher Gegenstand von Literatur und Rechtsprechung. Werden diese

¹³⁰³ Hierzu 2. Teil § 1 A I. 4.

Verträge im Folgenden betrachtet, so spielen die tatsächlich bestehenden Leistungspflichten eine entscheidende Rolle. Im Unterschied zur dauerhaften Überlassung von Standardsoftware ist auch die Erstellung der Software entsprechend den Anforderungen des Nutzers, also die Konzeption und Programmierung der Software, Vertragsgegenstand. Dabei wird die Software regelmäßig allein dem Besteller überlassen und ist nicht Gegenstand von Verträgen mit weiteren Nutzern.

A. Europäische Union

Die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware kann unter den Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht subsumiert werden. Die Definition von „digitalen Inhalten“ in Art. 2 lit. j) VO-GEKR umfasst ihrem Wortlaut nach „Daten, die – gegebenenfalls auch nach Kundenspezifikationen – in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter (...) Software“.¹³⁰⁴ Dies beschreibt unstreitig Individualsoftware. Darüber hinaus handelt es sich um eine Bereitstellung im Sinne des Gesetzes.¹³⁰⁵

B. Deutschland

I. Dienstvertrag

Vereinzelt wird die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff. BGB angesehen, allerdings werden damit

1304 Reich, An optional Sales Law Instrument for European Businesses and Consumers? EUI Working Papers. Law 2012/04, 69; Staudenmayer, XIV; Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 17; Zahn, ZEuP 2014, 77, 82; Zenefels, K&R 2012, 463, 464; Zoll, in: Schulze, Common European Sales Law (Commentary), Art. 91 GEKR, Rn. 6. „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 8, 24 f. Zu beachten ist die Ausnahme nach Art. 2 lit. j) vi VO-GEKR, gemäß welcher „die Erstellung neuer digitaler Inhalte oder die Veränderung vorhandener digitaler Inhalte durch den Verbraucher oder jede sonstige Interaktion mit den Schöpfungen anderer Nutzer“ vom Anwendungsbereich ausgenommen werden, Zenefels, K&R 2012, 463, 464.

1305 Hierzu 2. Teil § 1 A I. 3.

Sonderfälle der Softwareerstellung beschrieben.¹³⁰⁶ Grundsätzlich sind bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware diese tatsächlich geschuldet und dies erfüllt das werkvertragliche Merkmal des über ein Tätigwerden hinausgehenden Erfolges. Folglich ist ein Dienstvertrag, bei welchem allein ein Tätigwerden geschuldet ist, nicht einschlägig und abzulehnen.

II. Werkvertrag

Verträge über der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware werden sowohl von einem großen Teil der Literatur¹³⁰⁷ als auch von der Rechtsprechung¹³⁰⁸ schuldrechtlich als Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB

1306 Redeker, Rn. 299.

1307 Bartsch, CR 2001, 649, 655; Beckmann, in: Staudinger, § 453 BGB, Rn. 61; Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 64; Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 366 ff.; Brox/Walker, § 1, Rn. 7; Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 143; Diedrich CR 2002, 473, 475 ff.; Fritzsche, JuS 1995, 497, 501 die geistige Tätigkeit des Programmierens in den Mittelpunkt stellend; Fritzemeyer, NJW 2011, 2918, 2920 die Softwareerstellung als Werkvertrag ansehend, ausnahmsweise aber auch als Werklieferungsvertrag einordnend; Hassemer, ZGS 2002, 95, 102; Hoeren, GRUR 2010, 665, 666; Hoeren/Pinelli, 204 f.; Kilian, CR 1986, 187, 194; Koch, 460 ff.; Köhler, CR 1987, 827, 828; Lenhard, 149 zahlreiche Literatur zitierend für die Zeit vor der Schuldrechtsreform im Jahr 2002, 164 ff.; Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 283, 294 f.; Lippert, CR 2002, 458, 464; Maume/Wilser, CR 2010, 209, 211; Metzger, AcP, Bd. 204, 2004, 231, 247 ff., 252, 263; Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 164 f.; Oechsler, Rn. 1088; Peters, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 631 ff. BGB, Rn. 79; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 651 BGB, Rn. 16; Redeker, Rn. 296 letztlich einen Werkvertrag befürwortend, mit Verweis auf Literatur vor dem Jahr 1990, 299; Peukert, § 35, Rn. 32 für welchen bei mit Datenträger übergebener Software jedoch ein Werklieferungsvertrag vorliegt; Retzlaff, in: Grüneberg, Einführung von § 631 BGB, Rn. 22, § 650 BGB, Rn. 5; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, M, Rn. 137 dies als h.M. darstellend, Q, Rn. 9; Stichtenroth, K&R 2003, 105, 108 die Anwendung des Werkvertragsrechts gegenüber dem Werklieferungsvertragsrecht mit den Rechtsfolgen begründend; Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 15; Thewalt, 96 f.; Thewalt, CR 2002, 1, 4, 7 auch insbesondere von den Rechtsfolgen her argumentierend, indem er das Werkvertragsrecht mit dem Werklieferungsvertragsrecht, also dem Kaufrecht, vergleicht; Voit, in: BeckOK BGB, § 631 BGB, Rn. 26; Westermann, in: MüKo, Vor § 433 BGB, Rn. 18.

1308 BGH, Urteil v. 11. Februar 1971 – VII ZR 170/69, WM 1971, 615 ff. ersichtlich aus Rn. 53; BGH, Urteil v. 30. Januar 1986 – I ZR 242/83, NJW 1987, 1259 ff.; BGH, Urteil v. 24. Juni 1986 – X ZR 16/85, CR 1986, 799, 800 für die Lieferung einer EDV-Anlage nebst Programmen; BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407; BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88,

eingeordnet. Die Software stellt das zu erstellende Werk dar.¹³⁰⁹ Abzugrenzen ist hiervon die Anpassung von Individualsoftware, bei welcher nicht die Softwareerstellung im Vordergrund steht, sondern vielmehr bestehende Software an die Bedürfnisse des Nutzers adaptiert wird. Auch diese Tätigkeit wird schuldrechtlich als Werkvertrag angesehen, denn es wird ein über das Tätigwerden hinausgehender Erfolg geschuldet.¹³¹⁰

III. Werklieferungsvertrag

Art. 1 Abs. 4 Richtlinie 1999/44/EG normiert die Einordnung von Verträgen über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter als Kaufverträge. Die deutsche Umsetzungsnorm dieser europarechtlichen Vorgabe ist § 650 BGB, in welcher der im deutschen Recht schon früher bestehende Werklieferungsvertrag neu gefasst wurde. Entgegen der Richtlinie 1999/44/EG wurde der persönliche Anwendungsbereich der Norm jedoch nicht auf Verbraucherverträge beschränkt. Hat der Schuldner eine bewegliche Sache, welche dieser an den Gläubiger liefert, erst noch herzustellen oder zu erzeugen, so liegt ein Werkvertrag in Form des Werklieferungsvertrages vor und über § 650 BGB kommt das Kaufrecht anstatt des Werkvertragsrechts zur Anwendung.¹³¹¹ Unterschiede bestehen insbe-

NJW 1989, 320 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012; BGH, Urteil v. 02. November 1995, CR 1996, 667 ff.; BGH, Urteil v. 04. März 2000 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449; BGH, Urteil v. 04. März 2010 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449. 1450 in einer Entscheidung, welche einen Internet-System-Vertrag zum Gegenstand hatte. Der BGH stellte fest, dass ein Vertrag zur Erstellung von Individualsoftware „regelmäßig als Werkvertrag (...), unter Umständen als Werklieferungsvertrag (...) anzusehen“ ist; OLG Düsseldorf, Urteil v. 18. Juli 1997 – 22 U 3/97, NJW-RR 1998, 345 ff. die Erstellung von Software als Werkvertrag einordnend. Es spielten allein schuldrechtliche Aspekte zur Werklohnforderung eine Rolle; OLG Karlsruhe, Urteil v. 16. August 2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95 ff.; OLG Köln, Urteil v. 10. März 2006 – 19 U 160/05, CR 2006, 440 aufgrund des „individuell geschuldeten Erfolges“ in Abgrenzung zum Kaufvertrag bei Standardsoftware; OLG München, Urteil v. 23. Dezember 2009 – 20 U 3515/09, NJW-RR 2010, 789, 790 dies als „einheitliche Auffassung“ beschreibend;

1309 Koch, 460 f.; Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 327; Spindler/Klöhn, CR 2003, 81, 83 von einer „Verschaffung von unkörperlichen Daten“ sprechend.

1310 Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 143. Die Anpassung von Individualsoftware wird im Folgenden nicht weiter betrachtet, denn bei dieser steht nicht die Neuerstellung und Überlassung im Vordergrund, sondern allein die Veränderung von schon existierender Software.

1311 Brox/Walker, § 23, Rn. 10 ff., Medicus/Lorenz, § 33, Rn. 8.

sondere hinsichtlich der Verjährungsfristen und Gewährleistungsrechte wie zum Beispiel dem Fehlen der im Werkvertragsrecht bestehenden Selbstvornahme.¹³¹² Der Anwendungsbereich des Werklieferungsvertrages umfasst gemäß § 650 Abs.1 S.3 BGB auch nicht vertretbare Sachen (§ 90 BGB) als Vertragsgegenstand; in diesem Fall sind allerdings zahlreiche werkvertragsrechtliche Normen anzuwenden.¹³¹³ Der Eigentumsübergang ist in § 650 BGB nicht erwähnt und kann gesetzlich gemäß §§ 946, 94, §§ 947, 93 BGB oder vertraglich gemäß §§ 650, 433 Abs.1 S.1 BGB erfolgen.¹³¹⁴

Umstritten ist, ob die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware auch unter den Werklieferungsvertrag subsumiert werden kann, wie dies im alten Schuldrecht vor der Schuldrechtsreform zum 01. Januar 2002 teils erfolgt war.¹³¹⁵ Entgegen der beim Werkvertrag genannten Rechtsprechung wird auch die für einen Werklieferungsvertrag votierende Rechtsprechung als gefestigt angesehen.¹³¹⁶ Seit der Einführung des § 650 BGB vor über 20 Jahren ist die Diskussion über die Subsumtion der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware unter den Werklieferungsvertrag neu aufgeflammt und diese teils befürwortet worden.¹³¹⁷ Verstärkt wurde dies durch eine baurechtliche Entscheidung des BGH zur schuldrechtlichen Einordnung der Herstellung von Silobauteilen.¹³¹⁸ In diesem Urteil stellte der BGH fest, dass Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen stets als Werklieferungsverträge

1312 Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273, 274.

1313 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879.

1314 Thewalt, CR 2002, 1, 2 f.

1315 BGH, Urteil v. 14. Juli 1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437 offenlassend. Lenhard, 150 beschreibend und diese Rechtslage nach dem alten Recht umfassend darlegend; Marly, Rn. 676 mit weiteren Verweisen; Thewalt, CR 2002, 1, 4 beschreibend mit weiteren Verweisen.

1316 BGH, Urteil v. 20. Februar 2001 – X ZR 9/99, NJW 2001, 1718 ff. Marly, Rn. 679; Thewalt, 20.

1317 Bartsch CR 2001, 649, 655; Beier, in: Pagenberg, Kap. 14, Rn. 8; Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Kap. 6, Rn. 70 a. E.; Kotthoff, K&R 2002, 105; Lejeune, CR 2007, 75, 78; Mankowski, MDR 2003, 854, 857; Medicus/Lorenz, § 19, Rn. 3; Meub, DB 2002, 131, 134; Peukert, § 35, Rn. 32 für Software auf einen Datenträger, im Übrigen einen Werkvertrag erkennend; Schneider, CR 2003, 317, 322 unter Anwendung von werkvertraglichen Normen gemäß § 650 Abs.1 S.3 BGB; Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273; Schweinoch, CR 2009, 637, 640 f.; Schweinoch, CR 2010, 1, 2 ff.; Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 330; Weber/Dospil/Hanhörster 155; Westerhold/Berger, CR 2002, 81, 82 f.

1318 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877 ff.

zu qualifizieren sind. Dabei ließ der BGH offen, ob der Sachbegriff des § 650 BGB ein sachenrechtlicher oder ein unionsrechtlicher ist. Allerdings tendierte der BGH zu einer sich am natürlichen Sprachgebrauch orientierenden unionsrechtlichen Auslegung und verwies insbesondere auf die dem § 650 BGB zugrunde liegende Richtlinie 1999/44/EG und auf die deutsche Gesetzesbegründung des Umsetzungsgesetzes.¹³¹⁹ In Bezug auf den Sachbegriff sei somit nicht das deutsche Sachenrecht heranzuziehen,¹³²⁰ jedoch wird teils auch der deutsche Sachbegriff mit dem unionsrechtlichen gleichgesetzt¹³²¹ bzw. letzterer als § 90 BGB umfassend angesehen.¹³²² Entsprechend dem BGH muss bei § 650 BGB „die Lieferung einer zu erstellenden beweglichen Sache“ Gegenstand des Vertrages sein und Planungsleistungen, welche eine Art Vorstufe „zur im Mittelpunkt des Vertrags stehenden Lieferung herzustellender (...)teile anzusehen sind“, stehen der Anwendung des § 650 BGB nicht entgegen.¹³²³ Ist die Entwicklung hingegen eine Hauptleistungspflicht und dominiert diese, so sei Werkvertragsrecht anzuwenden.¹³²⁴

1. Software als herzustellende oder zu erzeugende bewegliche Sache

Gemäß dem der Norm § 650 Abs.1 S.1 BGB zu Grunde liegenden § 1 Abs.2 lit. b) Richtlinie 1999/44/EG sind „bewegliche körperliche Gegenstände, mit Ausnahme von Gütern, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, Wasser und Gas, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge abgefüllt sind“ sowie Strom als mitumfasst anzusehen. Einerseits soll der Gesetzgeber bei der Neufassung der Norm im Rahmen der Schuldrechtsreform grundsätzlich auch Softwareverträge bedacht haben, denn er hat im damaligen Fernabsatzrecht

1319 Gesetzentwurf der Abgeordneten (...). Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 268. BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2878.

1320 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2878.

1321 Deckers, CR 2002, 900, 901; Retzlaff, in: Grüneberg, § 651 BGB, Rn. 2.

1322 Gesetzentwurf der Abgeordneten (...). Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 267 f. Busche, in: MüKo, § 650 BGB, Rn. 3.

1323 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879.

1324 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879. Zirkel, GRUR-Prax 2010, 237, 238.

(§ 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB a.F.)¹³²⁵ sowie in der Gesetzesbegründung von § 453 BGB Software erwähnt.¹³²⁶ Andererseits sei der Anwendungsbereich des § 650 BGB, welcher sich allein auf Sachen beziehe, nicht eröffnet, da Verträge über die Überlassung von Standardsoftware unter § 453 BGB und nicht unter den Sachkauf gemäß § 433 BGB zu subsumieren seien.¹³²⁷ Dem wird entgegengehalten, dass aus der Nennung von Software in der Gesetzesbegründung von § 453 BGB kein dahingehender gesetzgeberischer Wille ableitbar ist¹³²⁸ bzw. allein die Nennung bei § 453 BGB auch nicht ausreichend wäre.¹³²⁹ Zum Teil wird auch mit dem „ASP“-Urteil des BGH argumentiert. Dieses stehe einer Anwendung von § 650 BGB nicht entgegen, denn in diesem Urteil handle der BGH mietrechtliche Fragen der Gebrauchsüberlassung und nicht solche der Lieferung und Besitzverschaffung.¹³³⁰ Zudem liege auch bei einem Download eine Verkörperung im Sinne des „ASP“-Urteils vor, denn aus Nutzersicht spiele es keine Rolle, auf welchem tatsächlichen Weg die „Lieferung“ erfolge und somit die Software, schließlich auf einem Datenträger gespeichert, zu diesem gelange.¹³³¹ Andere hingegen stellen allein auf die Art der Übermittlung der Software ab. So sei die Softwareerstellung grundsätzlich als Werkvertrag anzusehen. Werde die Software hingegen auf einem Datenträger übergeben, so liege § 650 BGB vor.¹³³² Teils wird ein genereller Ansatz verfolgt und die Anwendung von § 650 BGB abgelehnt, da Software keine Sache sei.¹³³³

In Bezug auf die Subsumtion von Software unter einen Sachbegriff kann auf obige Ausführungen zur schuldrechtlichen Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware verwiesen werden. Im Ergebnis scheitert eine solche rechtliche Einordnung; Software stellt keine herzustellende oder zu erzeugende bewegliche Sache dar.¹³³⁴

1325 Heute unter der Überschrift „Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge“ in § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB.

1326 Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 329, 330 in diese Richtung.

1327 Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 329, 330; Stichtenroth, K&R 2003, 105, 106 ff.

1328 Maumer/Wilser, CR 2010, 209, 211.

1329 Marly, Rn. 680 ff., 685 sich sehr ausführlich mit dem Willen des Gesetzgebers bei der Schaffung des neuen § 650 BGB auseinandersetzend, auch in Bezug auf das „CISG“.

1330 Maume/Wilser, CR 2010, 209, 211.

1331 Zirkel, GRUR-Prax 2010, 237, 238.

1332 Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 486 f.; Peukert, § 35, Rn. 32.

1333 Taeger, NJW 2008, 3326, 3329.

1334 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1.

2. Lieferung

Ausführungen in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Lieferung erfolgen uneinheitlich. Grundsätzlich umfasst die Lieferung im Sinne des BGB die Besitz- und die Eigentumsverschaffung, eine anerkannte richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs fehlt allerdings. Aufgrund der Verweisung des § 650 BGB ins Kaufrecht und dessen Leistungsstörungenrecht wird teils eine Übergabe und Übereignung gefordert.¹³³⁵ Andere beschreiben die Lieferung weniger als tatsächliche Übergabe, sondern als Synonym für den Austauschcharakter des Vertrages.¹³³⁶ Bei einer Online-Übermittlung entfalle eine Lieferung vollständig, denn es finde keine Bewegung einer Sache statt.¹³³⁷ Tatsächlich stellt § 650 S. 1 BGB auf „die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sache(n)“ ab und kann als eine Brücke vom Werkvertragsrecht ins Kaufrecht bezeichnet werden. Wird bei einem Werkvertrag eine „bewegliche Sache“ „geliefert“, so steht dieser Vertrag dem Kaufrecht näher als dem Werkvertragsrecht und zahlreiche Normen des Kaufrechts finden Anwendung. Das Kaufrecht, insbesondere der Kauf einer Sache, setzt explizit eine Übergabe und Übereignung bzw. diesen gleichstehende Handlungen voraus. Folglich kann die Lieferung grundsätzlich den kaufrechtlichen Begriffen der Übergabe und Übereignung der Kaufsache gleichgestellt werden. Software stellt jedoch keine Sache dar, sondern allenfalls der Datenträger, auf dem diese verkörpert ist.¹³³⁸ Da es an einer Sache fehlt, mangelt es schließlich an einem Bezugspunkt für Übergabe und Übereignung und dem Nutzer wird keine einem Eigentümer entsprechende Rechtsstellung eingeräumt. Folglich ist das Tatbestandsmerkmal der Lieferung abzulehnen.

3. Nutzungsrecht

Teils wird auch dem Umfang des Nutzungsrechts eine Bedeutung für die schuldrechtliche Einordnung des Vertrages zugeschrieben. Werde ein ausschließliches Nutzungsrecht für die Software eingeräumt, so liege ein Werkvertrag vor, bei einem einfachen Nutzungsrecht hingegen aufgrund der Vergleichbarkeit mit der kaufrechtlichen Überlassung von Standard-

1335 Maume/Wilser, CR 2010, 209, 214; Busche, in: MüKo, § 650 BGB, Rn. 7 ablehnend.

1336 Thewalt, CR 2002, 1, 4.

1337 Koch, 472.

1338 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1.

software ein Werklieferungsvertrag.¹³³⁹ Dem wird richtigerweise entgegengehalten, dass insbesondere § 650 BGB eine solche Unterscheidung nicht vorsieht.¹³⁴⁰ Auch beispielsweise in Bezug auf das Verjährungsrecht, welches sich bei einem Kauf- und bei einem Werkvertrag unterscheidet, leuchtet es nicht ein, zwischen einer Einräumung von einem einfachen oder einem ausschließlichen Nutzungsrecht zu unterscheiden. Daher ist eine solche Abgrenzung abzulehnen.

4. Teleologische Betrachtung unter Heranziehung der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH

Teils erfolgt auch eine teleologische Betrachtung, insbesondere unter der Heranziehung der Kriterien der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH. Demnach entspricht, wenn ein über die Übergabe der Sache hinausgehender Erfolg geschuldet ist, die Anwendung des § 650 BGB nicht dem Telos der Norm,¹³⁴¹ denn die Gesetzesbegründung konkretisiert, dass die Herstellung unkörperlicher Werke nicht unter § 650 BGB zu subsumieren ist.¹³⁴² Bei unkörperlichen Werken stehe eine geistige Leistung im Vordergrund, als Beispiel können das Planen einer Maschine,¹³⁴³ Pläne von Architekten¹³⁴⁴ oder die Erstellung eines Gutachtens genannt werden. Bei diesen seien der „geistige Gehalt“, die „geistige Schöpfung“ bzw. das „Know-How“ oder auch der „individuelle Erfolg“ von Relevanz.¹³⁴⁵ Hingegen eine reine Verkörperung der Leistung beispielsweise auf Papier spiele keine Rolle für

1339 Redeker, Rn. 297c; Redeker, CR 2004, 88, 89 f. Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 294 ff. wohl auch in diese Richtung.

1340 Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 329.

1341 Retzlaff, in: Grüneberg, § 650 BGB, Rn. 13 auf Werkvertragsrecht verweisend; Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273, 274.

1342 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879, insbesondere Rn. 13, 15 mit Verweis auf Gesetzentwurf der Abgeordneten (...). Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 268. Maumer/Wilser, CR 2010, 209, 211 mit demselben Verweis; Thewalt, 63 f.

1343 Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273, 274.

1344 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879.

1345 Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 150 f. in diese Richtung bez. Gutachten; Hören/Pinelli, 207 auf die „planerische Lösung eines konstruktiven Problems“ abstellend; Koch, 471; Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 283, 294 f.; Peters/Jacoby, in: Staudinger, Vorbemerkung zu §§ 631 ff. BGB, Rn. 79; Thewalt, CR 2002, 1, 4; Voit, in: BeckOK BGB, § 631 BGB, Rn. 17, 26, 31, 36, 45 in diese Richtung.

diese rechtliche Einordnung.¹³⁴⁶ Auch bei der Erstellung von Software sei der Leistungsschwerpunkt in der geistigen Schöpfung zu sehen,¹³⁴⁷ denn die Lieferung des Datenträgers sei im Ergebnis nicht der zentrale Vertragsgegenstand¹³⁴⁸ und stelle nur eine Nebenpflicht¹³⁴⁹ bzw. Teilkomponente¹³⁵⁰ dar. Allein das Ergebnis der Tätigkeit bedürfe einer Verkörperung.¹³⁵¹ Andere bringen an, ein solches Dominieren der Planungsleistungen liegt bei Software nur vor, wenn diese entsprechend dem konkreten Angebot bzw. der internen Kalkulation des Softwareerstellers mindestens zwei Drittel der Gesamtkosten umfasst¹³⁵² und die Verkörperung allein der Perpetuierung diene.¹³⁵³ Letzteres ist allerdings bei Software stets der Fall.¹³⁵⁴ Zudem sind die Kosten für den Datenträger im Verhältnis zu den Entwicklungskosten zu vernachlässigen, genauso wie dies auch bei oben¹³⁵⁵ genannten Gutachten oder Plänen eines Architekten der Fall ist. Folglich stellt unter Heranziehung der Kriterien der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware die Entwicklung die Hauptleistung dar und § 650 BGB ist nicht einschlägig. Demnach ist die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware schuldrechtlich als Werkvertrag einzuordnen.

5. Zusammenfassung

Teilweise wird die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als Werklieferungsvertrag angesehen. Als Rechtsfolge wäre in diesem Fall grundsätzlich das Kaufrecht anzuwenden. Allerdings scheitert im Gleichlauf zur Subsumtion von Stan-

1346 Metzger, AcP, Bd. 204, 2004, 231, 252, 263 mit einer ausgiebigen Analyse der Umstände der Entstehung des damaligen § 651 BGB, 244 f.

1347 OLG München, Urteil v. 23. Dezember 2009 – 20 U 3515/09, NJW-RR 2010, 789, 790. Lippert, CR 2002, 458, 464; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3129, 3132; Voit, in: BeckOK BGB § 631 BGB, Rn. 26.

1348 Hoeren/Pinelli, 206.

1349 Beckmann, in: Staudinger, § 453 BGB, Rn. 61; Koch, 471; Voit, in: BeckOK BGB, § 631 BGB, Rn. 13 in diese Richtung.

1350 Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 143; Diedrich, CR 2002, 473, 475.

1351 Thewalt, 64.

1352 Maume/Wilser, CR 2010, 209, 213.

1353 Zirkel, GRUR-Prax 2010, 237, 238.

1354 Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 328 eine Verkörperung allein aus „praktischen Gründen“ befürwortend.

1355 1. Teil § 3 D IV. 3. und in diesem Absatz.

dardsoftware unter jeglichen kaufrechtlichen Sachbegriff auch die Subsumtion von Individualsoftware unter einen solchen des § 650 BGB. Zudem ist das Tatbestandsmerkmal der Lieferung nicht erfüllt. Eine teleologische Betrachtung im Lichte der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH spricht für eine werkvertragliche Einordnung. Für eine Abgrenzung anhand des Umfangs des eingeräumten Nutzungsrechts ergeben sich keine Anhaltspunkte. Somit ist § 650 BGB nicht einschlägig.

IV. Gesellschaftsvertrag

Nur in Ausnahmefällen wie komplexen Langzeitverträgen oder solchen von gemeinsamer Entwicklung und Vermarktung der Software durch den Anbieter und den Nutzer¹³⁵⁶ wird teils eine gesellschaftsvertragliche Konstellation angenommen.¹³⁵⁷ Dies wird mangels Relevanz für eine allgemeingültige Betrachtung an dieser Stelle nicht weiter vertieft.¹³⁵⁸

V. Aufteilung in Softwareerstellung sowie Einräumung eines immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechts

In den vorstehenden Ausführungen spielten urheberrechtliche Aspekte kaum eine Rolle, es wurde allein die Erstellung der Software in den Mittelpunkt gestellt. Diese kann als Konzeption, Programmierung und tatsächliche Zurverfügungstellung beschrieben werden. Hierfür hat sich eine schuldrechtliche Einordnung als Werkvertrag herausgebildet.¹³⁵⁹ Allerdings erklärt dies nicht, wie der Nutzer neben der tatsächlichen Möglichkeit auch die rechtliche Gestattung für die Nutzung der Software erlangt, da der Nutzer eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts bedarf.¹³⁶⁰ In der Folge wird teils vertreten, die Einräumung eines solchen Nutzungsrecht muss stets erfolgen¹³⁶¹ bzw. stellt neben der Erstellung die Hauptleistungspflicht des

1356 Karger, CR 2001 357, 360; Redeker, Rn. 503.

1357 Zur GbR 2. Teil B § 3 III. 2. d).

1358 Karger, CR 2001, 357, 360 hierzu vertiefend; Müller Hengstenberg/Krcmar, CR 2002, 549, 555; Thewalt, 224 ff.

1359 Hierzu 2. Teil § 3 B I.–III, insbesondere II.

1360 Hierzu 1. Teil § 3 D, E.

1361 Bartsch, CR 2012, 141, 144; Graf von Westphalen CR 1987, 477, 487 bei urheberrechtlich geschützter Software den Vertrag insgesamt als Lizenzvertrag ansehend.

Vertrages dar.¹³⁶² Der Umfang des Nutzungsrechts variere in der Praxis, allerdings seien regelmäßig sämtliche bestehenden Rechte – mit Ausnahme der unübertragbaren Urheberpersönlichkeitsrechte – an den Besteller zu übertragen bzw. einzuräumen.¹³⁶³ Eine solche Rechtseinräumung sei schuldrechtlich als Lizenzvertrag zu qualifizieren.¹³⁶⁴

VI. Herstellung bzw. Bereitstellung digitaler Produkte

§ 650 Abs. 2–4 BGB, welche in Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 entstanden sind, normieren Verbraucherverträge über die Herstellung digitaler Produkte. So stellt § 327 Abs. 4 BGB ausdrücklich klar, dass digitale Inhalte, „welche nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden“ in den sachlichen Anwendungsbereich der Normen über die Bereitstellung digitaler Produkte fallen.¹³⁶⁵ Die Herstellung digitaler Inhalte kann schuldrechtlich entweder einen Werk-, oder einen Werklieferungsvertrag darstellen.¹³⁶⁶ In diesem Fall entziehen die §§ 650 Abs. 2–4 BGB diese Verträge dem Werk- bzw. Werklieferungsvertragsrecht und lassen vorrangig die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung kommen.¹³⁶⁷

In Bezug auf die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware können insbesondere die Herstellung digitaler Inhalte sowie die Herstellung bzw. Lieferung eines körperlichen Datenträgers, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, von Relevanz sein. § 650 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB umfasst Werkverträge bezüglich der Herstellung digitaler Inhalte wie Computerprogramme.¹³⁶⁸ Nr. 3 ist einschlägig, wenn werkvertraglich die Herstellung eines körperlichen Datenträgers, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, geschuldet ist. In diesem Fall sind gemäß § 327 Abs. 5 BGB die Regelungen über die Bereitstellung digitaler Inhalte anzuwenden. Dies umfasst auf einem Datenträger wie einer CD, DVD

1362 Hoeren/Pinelli, 210 f.; Karger, CR 2001, 357, 360 allerdings anführend, dass diese Nutzungsrechtseinräumung die Hauptleistungspflicht des gesetzlich normierten Nominatvertrages (Werk- bzw. Werklieferungsvertrag) nicht verändert.

1363 Redeker, Rn. 297b.

1364 Westermann, in: MüKo, Vor § 433 BGB, Rn. 24.

1365 Grüneberg, in: Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 6.

1366 Busche, in: MüKo, § 650 BGB, Rn. 24.

1367 Brox/Walker, Rn. 23, II.

1368 Voit, in: BeckOK BGB, § 650 BGB, Rn. 27. Zur Subsumtion der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware unter den Werkvertrag, siehe 3. Teil § 3 B II.

oder einem USB-Stick bereitgestellte Software.¹³⁶⁹ § 650 Abs. 3 BGB hingegen regelt die Lieferung eines herzustellenden körperlichen Datenträgers, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, im Rahmen eines Werklieferungsvertrages. In diesem Szenario gehen die Normen bezüglich der Bereitstellung digitaler Inhalte gemäß §§ 327 ff. BGB dem Werklieferungsvertragsrecht und folglich dem Kaufrecht grundsätzlich vor. Jedoch ist zu beachten, dass eine werklieferungsvertragsrechtliche Einordnung der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware abzulehnen ist.¹³⁷⁰ Im Ergebnis kann die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware im Rahmen eines Vertrages zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher als Vertrag über die Herstellung digitaler Produkte gemäß § 650 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BGB eingeordnet werden, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.¹³⁷¹

VII. Zusammenfassung

Für die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware werden in Deutschland unterschiedliche Ansätze vertreten. Zum einen ist dies ein nominatvertraglicher, wobei ein Werk- bzw.- Werklieferungsvertrag zu nennen sind. Letzterer kann allerdings als fehlgehend abgelehnt werden. Daneben wird teils auch ein lizenzvertraglicher Ansatz vertreten. Demnach ist zu unterscheiden zwischen den Leistungspflichten der Erstellung der Software, welche dem Werkvertragsrecht unterliegt, und der lizenzvertraglichen Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts.

C. Frankreich

Die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware ist im französischen Recht weit weniger umstritten als die von Verträgen, welche die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware zum Gegenstand haben. Allerdings erfolgt meist auch an dieser Stelle keine Subsumtion unter den Gesetzestext.

¹³⁶⁹ Metzger, in: MüKo, § 327 BGB, Rn. 10.

¹³⁷⁰ Hierzu 3. Teil § 3 B III.

¹³⁷¹ Hierzu 2. Teil § 1 B IV. 3., 4.

I. Kaufvertrag: „vente“

Die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware wird teils als Kaufvertrag angesehen.¹³⁷² Dabei werden unterschiedliche Bezugspunkte des Vertrages genannt. Zum Teil wird in der Softwareerstellung ein Dienst („service“) erkannt und es wird der Terminus Kauf eines Dienstes („vente de service“) verwendet,¹³⁷³ obwohl nur eine „chose“ Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann und bei einem „service“ grundsätzlich ein „contrat d'entreprise“ vorliegt.¹³⁷⁴ Jedoch sei sowohl bei „services“ als auch bei „choses“ als Vertragsgegenstand die Abgrenzung zwischen einem Kaufvertrag, einem „contrat d'entreprise“ und einem Vertrag Sui-Generis fließend. Es sei zu gewichten zwischen den „services“ und dem „übertragenen Material“, also danach, was den „Zusatz“ („accessoire“) darstelle. Zudem sei zu prüfen, wie spezifisch die zu verrichtende Tätigkeit sei.¹³⁷⁵ Eine solche Abgrenzung weist Ähnlichkeiten mit den in der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH aufgestellten Kriterien für eine Abgrenzung von Werk- und Werklieferungsvertrag auf. In der Folge können vorstehende Ausführungen entsprechend herangezogen werden¹³⁷⁶ und der Schwerpunkt der zu erbringenden Leistung liegt in dem „service“ der Softwareerstellung. Für diesen erfolgt eine Vergütung und der Wert des Materials, also des Datenträgers, ist vernachlässigbar. Folglich ist eine Einordnung als Kaufvertrag demnach abzulehnen.¹³⁷⁷

In der Rechtsprechung erfolgte bisweilen keine ausführliche Auseinandersetzung mit der schuldrechtlichen Rechtsnatur der Softwareerstellung und -überlassung. Der CA Aix-en-Provence setzte beispielsweise die Erstellung von Individualsoftware mit der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gleich und wandte Kaufrecht an.¹³⁷⁸ Auch in der Literatur gibt es Stimmen, welche eine solche Gleichstellung befürworten, denn der

1372 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1500 beschreibend.

1373 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. III.

1374 Hierzu 2. Teil § 1 C III.

1375 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. III.

1376 Hierzu 2. Teil § 3 B III.

1377 Andere sehen in der Erstellung von Individualsoftware einen möglichen Kaufvertrag über eine zukünftige Sache („vente de chose future“). Allerdings wird dieser Vorschlag im Ergebnis von denen, die ihn ansprechen, selbst abgelehnt, Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1500, 1502 letztlich einen Kaufvertrag für einschlägig haltend, dies aber aufgrund der Tatsache, dass es sich um eine immaterialgüterrechtliche „cession“ handelt und diese den Vertrag dominiert.

1378 CA Aix-en-Provence, chambre 2, 01. Februar 1991, Juris-Data: 047716.

Übergang zwischen beiden Arten von Software wird als teils fließend angesehen.¹³⁷⁹ Allerdings sind Verträge über die Überlassung von Standardsoftware nicht als Kaufvertrag einzuordnen.¹³⁸⁰ Folglich ist auch eine Gleichstellung mit diesem nicht möglich. Im Ergebnis liegt kein Kaufvertrag vor.

II. „Contrat d'entreprise“

Zum Teil wird in der französischen Literatur und Rechtsprechung¹³⁸¹ die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware unter den „contrat d'entreprise“ subsumiert,¹³⁸² teils unter Verwendung der Termini „Dienstleistung“ („prestation de service“)¹³⁸³ bzw. „Bestellvertrag“¹³⁸⁴ („contrat de commande“)¹³⁸⁵ oder auch „Vertrag über Studien und Kommunikation von Know-How“ („contrat d'étude et de communication de savoir-faire“).¹³⁸⁶

1379 Vivant/Lucas, JCP-E, Nr. 18, 06. Mai 1993, 246 ff., Rn. 14.

1380 Hierzu 2. Teil § 1 E I.

1381 CA Grenoble, chambre civile 1, 23. Januar 1995, Juris-Data: 1995–40858 unterscheidend zwischen einem Kaufvertrag über das Material und einem „contrat d'entreprise“ in Bezug auf die Software; TGI Paris, 10. April 2002 die Erstellung von Software als einfachen „contrat de louage d'ouvrage“ ansehend. Immaterialgüterrechte sollen durch diese Erstellung nicht übergehen; CA Poitiers, chambre civile 1, 14. Mai 2003, Comm. Com. Electr. 2003–10, comm. 92.

1382 Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 409; Huet, in: Catala, 800; Huet, Recueil Dalloz 1992, 221; Huet/Decocq/Grimaldi/Lécuyer/Morel-Maroger, Rn. 11115 ff., 11127 eine Nutzung der Software durch den Erwerber als möglich ansehend. Aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes bestünden keine urheberrechtlichen Begrenzungen eines etwaigen Nutzungsrechts; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 223.10; Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, 94; May, JCP E 2004, 23, 900, 902; Sédallian/Dupré, 115 dies unter Nennung von weiteren Quellen als h.M. beschreibend; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499 f., 1644.

1383 Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 409; Sédallian/Dupré, 115.

1384 Speith, 28.

1385 Blanc-Jouvan, 51; Denoix de Saint Marc, Rn. 71; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12; Schmidt-Szalewski/Pierre, Rn. 347.

1386 Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 223.11; Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, 94; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.23.

III. Aufteilung in Softwareerstellung („contrat d’entreprise“) sowie einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsübertragung („cession“) bzw. Rechtseinräumung („licence“)

Teils wird festgehalten, dass die schuldrechtliche Einordnung als „contrat d’entreprise“ allein die Erstellung der Software betrifft¹³⁸⁷ und daneben immaterialgüterrechtliche Aspekte relevant sind,¹³⁸⁸ denn der „contrat d’entreprise“ überträgt gemäß Art. L111-1 Abs. 3 CPI ipso iure keine Immaterialgüterrechte.¹³⁸⁹ Andere sehen implizit ein Nutzungsrecht für persönliche Zwecke („droit d’usage à des fins personnelles“) als eingeräumt an,¹³⁹⁰ denn im ursprünglichen Gesetzesentwurf war eine solche Rechtseinräumung vorgesehen.¹³⁹¹ Im Ergebnis dürfe der Vertrag über die Erstellung und Überlassung von Software nicht auf die reine Softwareerstellung reduziert werden¹³⁹² und neben dem Erstellungsvertrag bestehe ein zweiter

-
- 1387 Bertrand, Rn. 202.37; Blanc-Jouvan, 51 f.; Cahen; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3170; Denoix de Saint Marc, Rn. 71 ff.; Gross/Bihr, Rn. 157; Huet/Bouche, Rn. 121, 123; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 742 ff., 748; Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Université de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl.
- 1388 Bertrand, Rn. 202.37; Blanc-Jouvan, 51, Cahen; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3170, 3205; Gross/Bihr, Rn. 157; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 223.12 in diese Richtung.
- 1389 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 500; Blanc-Jouvan, 52; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 2711, 3213; Huet/Bouche, Rn. 121; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–II, 12; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 223.12; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajewski/Poumarède, Rn. 3342.23; Schmidt-Szalewski/Pierre, Rn. 347; Sédallian/Dupré, II5; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1657. In diese Richtung CA Grenoble, chambre civile 1, 23. Januar 1995, Juris-Data: 1995–40858 zwischen einem Kaufvertrag über das Material und einem „contrat d’entreprise“ in Bezug auf das Computerprogramm unterscheidend; TGI Paris, 10. April 2002 die Erstellung von Software als „contrat de louage d’ouvrages“ ansehend, Immaterialgüterrechte gehen durch diese Erstellung demnach nicht über; CA Poitiers, chambre civile 1, 14. Mai 2003, Comm. Com. Electr. 2003–10, comm. 92.
- 1390 Bertrand, Rn. 202.37.
- 1391 Huet/Bouche, Rn. 121; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–II, 12; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 532; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 836 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012); Schmidt-Szalewski/Pierre, Rn. 347.
- 1392 Blanc-Jouvan, 51 f.; Denoix de Saint Marc, Rn. 71 ff.; Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Université de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

Vertrag.¹³⁹³ Alternativ müsse der Vertrag eine Klausel über Immaterialgüterrechte gemäß Art. L131–3 CPI beinhalten,¹³⁹⁴ welche die zentrale Vertragsbestimmung bei Verträgen über die Erstellung von Individualsoftware sei.¹³⁹⁵ Der Inhalt einer solchen Klausel unterliege grundsätzlich der Partei-autonomie¹³⁹⁶ und könne von einem einfachen Nutzungsrecht („concession du droit d'utilisation“) bis hin zu einer umfassenden Einräumung von Verwertungsrechten („concession des droits d'exploitation/„cession“) reichen.¹³⁹⁷ Eine solche „licence“ sei schuldrechtlich als Miete oder als Vertrag Sui-Generis einzuordnen.¹³⁹⁸ Teils wird angemerkt, dass dem Besteller der Individualsoftware nach der Übergabe gemäß Art. L122–6–1 CPI, welcher Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG umsetzt, ein einfaches Nutzungsrecht zusteht.¹³⁹⁹ Der Ersteller habe jedoch ein Interesse, keine ausschließlichen Rechte einzuräumen, um die Software bzw. Teile von ihr weiterverwenden und -verwerten zu können.¹⁴⁰⁰ Der Nutzer könne jedoch mittels einer Rechtsübertragung in Form einer „cession“ eine exklusive Stellung erhalten,¹⁴⁰¹ selbst eine „cession totale“ sei möglich.¹⁴⁰²

1393 Blanc-Jouvan, 52; Denoix de Saint Marc, Rn. 71 ff.

1394 Huet/Bouche, Rn. 121; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajcski/Poumarède, Rn. 33342.23 in diese Richtung.

1395 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 499; Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 272; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 2711 in diese Richtung.

1396 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1658.

1397 Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 267.

1398 Cahen. Zur schuldrechtlichen Einordnung auch 2. Teil § 1 C IV. 2. b).

1399 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1657.

1400 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 499.

1401 Denoix de Saint Marc, Rn. 72 die „cession“ neben der Erstellung der Software („louage d'ouvrage/„contrat d'entreprise“) beschreibend; Huet/Bouche, Rn. 121; May, JCP E 2004, 23, 900 f. zwar – unter Falschverwendung der Terminologie – von einer „licence“ sprechend, letztlich damit aber eine „cession“ meinend, denn es sollen für ihn bei der Erstellung von Individualsoftware im vollen Umfang Rechte übertragen werden; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1657.

1402 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1657. Zu einer kaufrechtlichen Einordnung auch Cahen. Wird nur auf die urheberrechtlichen Aspekte abgestellt und eine Übertragung sämtlicher Verwertungsrechte auf den Nutzer gesehen, so wird teils, soweit eine „cession“ vorliegen soll, die Rechtsnatur des Kaufvertrages bejaht, Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499, 1502 sich auf ein Urteil des Cass. Com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246 beziehend, in dem dieser von einer „vente de logiciel“ sprach. In dem Urteil wurden einzelne Verwertungsrechte aufgezählt, welche via „cession“ übertragen werden sollen, es

IV. Bereitstellung digitaler Inhalte: „fourniture de contenus numériques“

Art. L224–25–2 Abs.1 Alt.1 C. consom. normiert die Bereitstellung digitaler Inhalte, welche in Nr.6 Article Liminaire C. consom. in wortgleicher Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 definiert werden. Gemäß Art. L224–25–2 Abs.1 S.3 C. consom. schließt dies solche digitalen Inhalte, welche, gemäß den Anforderungen des Verbrauchers zu entwickeln sind („à élaborer conformément aux spécifications du consommateur“) mit ein. Dies entspricht in wortgleicher Umsetzung Art.3 Nr.2 Richtlinie (EU) 2019/770 und umfasst die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware.¹⁴⁰³ Diese kann somit unter die Bereitstellung digitaler Inhalte gemäß Art. L224–25–2 Abs.1 S.3 C. consom. subsumiert werden, allerdings erlaubt dies wie dargelegt keine Rückschlüsse für die schuldrechtliche Einordnung der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware.¹⁴⁰⁴

V. Zusammenfassung

Die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware wird in Frankreich teils als „contrat d’entreprise“ angesehen. Andere unterscheiden wie im deutschen Recht zwischen der Erstellung und Übertragung der Software und der immaterialgüterrechtlichen Rechteeinräumung. Erster Teil ist demnach unter einen „contrat d’entreprise“, zweiter Teil regelmäßig unter eine „licence“ zu subsumieren.

D. England

In England werden für Individualsoftware überwiegend die Begriffe „customised software“¹⁴⁰⁵ und „bespoke software“¹⁴⁰⁶ verwendet. Für Vertreter der zweiten Ansicht liegt „customised software“ mit individuell für einen Nut-

wurde aber festgestellt, dass eben nicht das „ganze Eigentum an der Software“ übertragen wird. Dies war für den Cass. nicht weiter von Relevanz.

1403 Hierzu 2. Teil § 1 A I. 3.

1404 Hierzu 2. Teil § 1 C VI.

1405 Adams, JBL 2009, 4, 396 f.; Bevers, BTR 2001, 6, 449, 460; Holt, in: Holt/Newton, 9.

1406 Bainbridge, Software Licensing, 84; Lloyd, Rn. 556; Reed, 47 f.; Saxby, Rn. 6.209 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010).

zer angepasster Software zwischen Individual- und Standardsoftware.¹⁴⁰⁷ Andere vermeiden diese Termini und nennen nur „software development contracts“¹⁴⁰⁸ bzw. „commissioning software“¹⁴⁰⁹ oder „commissioned software“.¹⁴¹⁰

I. „Service contract“

1. Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware als „service contract“

Diskutiert wird die schuldrechtliche Einordnung der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als ein „service contract“ im Sinne des „SGSA 1982“. Im Unterschied zur Überlassung von schon existierender Standardsoftware wird der Schwerpunkt in der Arbeit und dem Material („work and materials“) gesehen.¹⁴¹¹ Von Relevanz hierbei ist eine Abgrenzung vom Kauf („sale“) des „SoGA 1979“.¹⁴¹² Gerichtlich erfolgte eine solche in mehreren historischen Entscheidungen, exemplarisch sind die Rechtssachen „Clay v. Yates“¹⁴¹³ „Lee v. Griffin“¹⁴¹⁴ und „Robinson v. Graves“¹⁴¹⁵ zu nennen. Erster Fall handelte von dem Auftrag an eine Druckerei, ein Buch zu drucken und zu liefern. Im Urteil wurde ein Vergleich mit einem Maler und auch generell mit einem Künstler angestellt und die Erstellung eines Kunstwerkes inkl. Übergabe als „service“ angesehen.¹⁴¹⁶ Im zweiten Urteil wurde in zweiter Instanz festgestellt, dass vorrangig stets der konkrete Sachverhalt zu betrachten ist. Weiter wurde die „Clay v. Yates“-Entscheidung kritisiert, denn nicht immer, wenn eine gewisse Fertigkeit („skill“), verlangt

1407 Lloyd, Rn. 556; Reed, 47 f.

1408 Burnett, 46 ff.,

1409 Morgan/Burden, 51 ff.

1410 Morgan/Berry, 79.

1411 Bradgate/White, 117 ausführend, dass, selbst wenn Software als „good“ angesehen wird, an dieser Stelle ein „service“ vorliegt.

1412 Rowland/Kohl/Charlesworth, 494 f. hinsichtlich der beiden Verträge im Einzelnen.

1413 „Clay v. Yates“, Court of Exchequer, 01. Januar 1856, (1856) 156 E.R. 1123 ff.

1414 „Lee v. Griffin“, Court of Queen's Bench, 09. Mai 1861, 1 B & S 272, 275 ff. In dieser Entscheidung ging es um die Herstellung von individuell angefertigten Ersatzzähnen.

1415 „Robinson v. Graves“, EWCA, 01. März 1935, 1 KB 579, 588 ff. Gegenstand der Entscheidung war ein Vertrag mit einem Künstler über die Erstellung eines Porträts.

1416 „Clay v. Yates“, Court of Exchequer, 01. Januar 1856, (1856) 156 E.R. 1123 f.

wird, liegt ein „work and labour“-Vertrag¹⁴¹⁷ vor.¹⁴¹⁸ Dieser Ansatz wurde wiederum im „Robinson v. Graves“-Urteil kritisch besprochen, denn bei einem Künstler ist demnach stets ein „work and labour“-Vertrag einschlägig und eine Sache wird nur als Zusatz übergeben. Übertragen auf die Erstellung von Individualsoftware bedeutet dies, dass, sobald das Know-How des Erstellers und die Programmierung an sich im Mittelpunkt stehen, was entsprechend den Ausführungen zum deutschen und französischen Recht der Fall ist,¹⁴¹⁹ nach ganz überwiegender Ansicht ein „service“-Vertrag im Sinne des „SGSA 1982“ vorliegt.¹⁴²⁰ In der Rechtsprechung wurde die Einordnung der Erstellung von Individualsoftware als „service“ ausdrücklich bestätigt.¹⁴²¹ Darüber hinaus sei zu beachten, dass, wenn die Software dem Nutzer auf einem Datenträger überlassen werde, neben einem etwaigen „service“-Vertrag über die Erstellung der Software auch ein Kaufvertrag über den Datenträger, welcher ein „good“ im Sinne des „SoGA 1979“ darstelle, hinzutreten könne.¹⁴²²

Allerdings wurde für Verträge über die Herstellung und Überlassung von Individualsoftware teils auch ein „sale“ diskutiert. Im „Saphena Computing Ltd. v. Allied Collection Agencies Ltd.“-Fall¹⁴²³ erkannte der Ersteller in der bestellten Software eine Marktlücke und beabsichtigte die Software als Standardsoftware auf den Markt zu bringen.¹⁴²⁴ Relevant war, ob auf schuldrechtlicher Ebene ein „good“¹⁴²⁵ oder ein „service“ vorliegt. Letzt-

1417 Dies ist der „Vorgänger“ des im „SGSA 1982“ normierten „service contract“.

1418 Als Beispiel wurden die in diesem Fall relevanten Ersatzszähne angeführt.

1419 Hierzu im deutschen und französischen Recht 2. Teil, § 3 B III. 1. und 2., C II. und III.

1420 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 225, 268 ff., 300; Bond, 43; schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013 in diese Richtung; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 40; Marsoof, Int. J. Law Inf. Technol. 2012, 20 (4), 291, Rn. 3.2; Reed, 12;

1421 „Salvage Association v. CAP Financial Service Ltd.“, EWHC, 21. Oktober 1992, (1995) F.S.R. 654, 655. In diesen Fall bestellte ein Unternehmen eine Buchhaltungsoftware, welche schließlich fehlerhaft war. Ein Datenträger wurde nicht übergeben.

1422 Rowland/Kohl/Charlesworth, 495.

1423 „Saphena Computing Ltd v. Allied Collection Agencies Ltd.“, EWHC, 03. Mai 1989 (1995) F.S.R. 616.

1424 Streitentscheidend war, ob eine Rechtsübertragung („assignment“) der Urheberrechte vom Anbieter an den Besteller erfolgte. Diese urheberrechtliche Fragestellung soll an dieser Stelle aber noch ausgeblendet werden.

1425 Zur Qualifikation von Software als „good“ im Sinne des „SoGA 1979“ 2. Teil § 1 D II. 1. a).

lich erfolgte in dem Urteil keine Streitentscheidung.¹⁴²⁶ In einem anderen Fall erfolgten Ausführungen, dass, wenn im Gegensatz zu einer „licence“ alle Rechte übertragen werden, bei Bejahung der Sacheigenschaft von Software (verbunden mit einem Datenträger) ein „sale“ angenommen werden kann.¹⁴²⁷ Im Ergebnis ist die Erstellung von Individualsoftware als „service“-Vertrag im Sinne des „SGSA 1982“ anzusehen.¹⁴²⁸ Dieser umfasst allein die Erstellung der Software, hinsichtlich eines etwaigen Datenträgers soll das Kaufrecht Anwendung finden.

2. Exkurs: Ausgestaltung des „service contract“

Die Erstellung von Individualsoftware erfolgt im Rahmen der üblichen Softwareerstellung gemäß dem Wasserfallmodell regelmäßig in Form von drei unterschiedlichen Vertragsmodellen.¹⁴²⁹ Dies sind der „Zeit-und-Material-Vertrag“ („time and materials contract“), der „Fixpreisvertrag“ („fixed price contract“) oder ein „geschätzter Maximal/Gedeckelter-Preis-Vertrag“ („estimated maximum/capped price contract“).¹⁴³⁰ Teils werden aber auch nur ersterer und letzterer als üblich angesehen.¹⁴³¹ Bei einem „time and materials contract“ trägt der Besteller („client“) sämtliche Aufwendungen, welche der Ersteller („supplier“) für die Herstellung der Software – also dem zur Verfügung stellen des „service“ – tätigt. Der Ersteller schuldet das Programm und konzipiert, schreibt und testet die Software. Bei diesem Ver-

1426 „Saphena Computing Ltd v. Allied Collection Agencies Ltd.“, EWHC, 03. Mai 1989 (1995) F.S.R. 616, 652.

1427 „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM UK Ltd.“, EWHC, 17. März 2011, (2011) EWHC 549 (TCC), Rn. 95 ff., 97. Es geht hervor, dass Richter Akenhead die Rechtsposition des Immaterialgüterrechts betrachtet, also die Inhaberschaft („title“) übertragen werden soll.

1428 Abzugrenzen ist dies vom sogenannten „contract programming“, bei welchem der Programmierer, der bei der zur Erstellung der Software verpflichteten Partei angestellt ist, dem Besteller im Sinne einer Arbeitnehmerüberlassung überlassen wird. Die Leistungspflicht beschränkt sich in diesem Fall auf die Zurverfügungstellung des Programmierers, Morgan/Berry, 82.

1429 Agile Softwareerstellung soll an dieser Stelle außen vor bleiben. Grundsätzlich sind solche Verträge eher „Zeit-und-Material-Verträge“, schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1430 Morgan/Berry, 81, 84 f.

1431 Burnett, 48; schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013 grundsätzlich alle drei Vertragstypen als möglich ansehend; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 41.

tragstyp trägt der Ersteller kaum ein finanzielles Risiko, da er jegliche Kosten auf den Besteller umlegen kann. Die Bezahlung erfolgt in regelmäßigen Abständen, zum Beispiel monatlich oder nach vereinbarten Zwischenzielen. Bei einem „fixed price contract“ verpflichtet sich der Ersteller, eine spezifische Software für einen vereinbarten Preis zu erstellen. Ein solcher Vertrag wird regelmäßig nur geschlossen, wenn der Arbeitsaufwand und somit auch die zu erwartenden Kosten im Voraus geschätzt werden können. Solche Verträge werden aber – aufgrund des Risikos der Kostensteigerungen – von Softwareerstellern vermieden. Der „estimated maximum/capped price contract“ kann als Konzessionslösung zur Vermeidung der Enge des „fixed price contracts“ und zur Weite des „time and materials contracts“ Anwendung finden. Die Basis für diesen Vertrag stellen zwar die tatsächlich aufgewendeten Ressourcen dar, allerdings ist ein Maximalbetrag zwischen den Vertragsparteien vereinbart. Nähert sich der Ersteller diesem, so ist der Besteller zu informieren. Ein Überschreiten dieser Kostengrenze ist ohne ausdrückliche Zustimmung des Bestellers nicht zulässig. Ähnlich wie beim Fixpreisvertrag wird im Voraus eine Art Kostenvoranschlag erstellt. Regelmäßig liegt der Maximalpreis 25–50 Prozent über dem geschätzten Preis.¹⁴³²

II. Aufteilung in Softwareerstellung („service contract“) sowie einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsübertragung („assignment“) bzw. Rechtseinräumung („licence“)

Teils erfolgt im englischen Recht eine Aufteilung in die Softwareerstellung, welche, wie vorstehend beschrieben, unter einen „service contract“ subsumiert werden kann sowie der Einräumung eines immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechts („licence“) bezüglich der Software bzw. einer Rechtsübertragung („assignment“) der an der Software bestehenden Immaterialgüterrechte. Im Folgenden liegt der Fokus im immaterialgüterrechtlichen Teil des Vertrages. In Bezug auf den „service contract“ wird nach oben verwiesen.¹⁴³³

1432 Morgan/Berry, 58 f.

1433 Hierzu 2. Teil § 3 D I. 1.

1. Exkurs: Urheberrechtliche Besonderheiten im englischen Recht in Bezug auf Urheberschaft („authorship“) und Rechtsinhaberschaft („ownership“)

Im englischen Urheberrecht ist keine Personenidentität zwischen dem Schöpfer und dem Rechtsinhaber am Urheberrecht zwingend. Vielmehr kann zwischen dem Schöpfer und seiner Urheberschaft („authorship“) und dem Rechtsinhaber und dessen Inhaberschaft des Urheberrechts („ownership“) unterschieden werden. Der Rechtsinhaber („owner“) hat alle wirtschaftlichen Vermögensrechte inne. Die Rechtsinhaberschaft („ownership“) bezieht sich in diesem Zusammenhang auf das Urheberrecht und nicht auf das Werkstück.¹⁴³⁴ Der Besitz eines solchen räumt keine immaterialgüterrechtliche Berechtigung ein.¹⁴³⁵

Wird von Fällen abgesehen, in denen der Schöpfer („author“) in einem Arbeitsverhältnis ein Werk schöpft,¹⁴³⁶ so ist dieser regelmäßig auch der „erste“ Inhaber des Urheberrechts („initial owner“ bzw. „first owner“) gemäß Sec. 11 Abs. 1, 2 CDPA 1988.¹⁴³⁷ Dies gilt auch beim Fehlen vertraglicher Regelungen, denn allein die Bestellung eines urheberrechtlich geschützten Werks reicht noch nicht aus, um dem Besteller das Urheberrecht

1434 Flint/Fitzpatrick/Thorne, 169.

1435 Bainbridge, Intellectual Property, 232.

1436 Bainbridge, Intellectual Property, 127 f.; Burnett, 33; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 169, 534; Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 11.25 ff.; Lloyd, Rn. 259. In diesem Fall ist grundsätzlich der Arbeitgeber Urheberrechtsinhaber.

1437 Bainbridge, Intellectual Property, 93, 117, 126; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 169, 534. Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 11.19. Zudem gibt es Ausnahmen wie das „Crown Copyright“ (Sec. 163 CDPA 1988) oder das „Parliamentary Copyright“ (Sec. 165 CDPA 1988) oder auch für Werke, welche bei bestimmten internationalen Organisationen entstehen (Sec. 168 CDPA 1988). Urheberpersönlichkeitsrechte („moral rights“) stehen dem Schöpfer zu und sind vom Rechtsinhaber stets zu beachten, Bainbridge, Intellectual Property, 119, 126. Urheberpersönlichkeitsrechte sind im englischen Recht durch das „paternity“-Recht gemäß Sec. 88 CDPA 1988 und das „integrity“-Recht gemäß Sec. 80 CDPA 1988 ausgestaltet. Ersteres gibt dem Urheber das Recht, als Urheber ausgewiesen zu werden und letzteres gibt das Recht, eine verunglimpfende Verwendung des Werkes zu verhindern; Brown/Kheria/Cornwell/Iljadica, Rn. 6.6 f. auch auf Folgendes hinweisend: Urheberpersönlichkeitsrechte sind gemäß Sec. 94 CDPA 1988 nicht übertragbar („assignable“), aber es kann ein schriftlicher Verzicht auf diese erklärt werden gemäß Sec. 87 Abs. 2–4 CDPA 1988. Das Urheberpersönlichkeitsrecht spielt im englischen Urheberrecht allerdings eine untergeordnete Rolle als in kontinentaleuropäischen Urheberrechtsordnungen. Zudem ist es in Bezug auf Software mangels individueller Bindung von dieser an den Schöpfer stets von geringer Bedeutung.

zuzuschreiben.¹⁴³⁸ Anderslautende gesetzliche Regelungen könnten nur durch „implied terms“ wie einer „implied licence“ Anwendung finden.¹⁴³⁹ Dabei sind jedoch die gesetzlichen Wertungen der Sec. 11 Abs. 2 CDPA 1988 zu beachten.¹⁴⁴⁰

Es besteht ein Unterschied zwischen dem gesetzlichen Rechtsinhaber („legal owner“) und dem vertraglichen Rechtsinhaber („beneficial owner“/„owner in equity“).¹⁴⁴¹ Ein Auseinanderfallen tritt insbesondere auf, wenn ein urheberrechtlich geschütztes Werk für einen Dritten geschaffen wird, beispielsweise als Auftragswerk („commissioned work“).¹⁴⁴² Sec. 11 CDPA 1988 bezieht sich nur auf die gesetzliche Rechtsinhaberschaft („legal title“) des „legal owner“, welcher jedoch Rechtsinhaber zu Gunsten des vertraglichen Rechtsinhabers („beneficial owner“) sein kann. Letzterer kann vom gesetzlichen Rechtsinhaber eine Übertragung („assignment“) des „legal title“ verlangen.¹⁴⁴³ Allerdings tritt diese Inhaberschaft zugunsten eines anderen („beneficial ownership“) bei Softwareverträgen nur verein-

1438 „Saphena Computing Ltd v. Allied Collection Agencies Ltd.“, EWHC, 03. Mai 1989 (1995) F.S.R. 616.

1439 Saxby, Rn. 6.214 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010); Flint/Fitzpatrick/Thorne, 169.

1440 „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005, (2005) EWHC 1487 ff. (Ch).

1441 Bainbridge, Intellectual Property, 133, 134.

1442 Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 211.76.

1443 Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 11.75. Allein durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten vom „legal owner“ kann der „beneficial owner“ seine Rechtsinhaberschaft („title“) verlieren. „Griggs Group Ltd v. Evans“, EWHC, 02. Dezember 2003, (2004) F.S.R. 31 ff. Zu beachten ist, dass eine Rechtsübertragung nicht formlos erfolgen darf, diesbezüglich der Fall „Lakeview Computers Plc v. Steadman“, EWCA (Civil Division) 26. November 1999 hinsichtlich der Übertragung der Urheberrechte durch den Schöpfer an eine von ihm später gegründete Firma. In dieser Entscheidung entschied Richter LJ Mummery, dass sich eine solche Rechtsübertragung durch das Verhalten („clear implication“) des ursprünglichen Rechtsinhabers vollziehen kann und die Schriftform der Sec. 90 Abs. 3 CDPA 1988 nicht einzuhalten ist (Rn. 7 ff.). Es vollziehe sich kein „legal assignment“, sondern ein „equitable assignment“, Morgan/Burden, 58 mit Verweis auf das genannte Urteil. In „Griggs Group Ltd v. Evans“, EWHC, 02. Dezember 2003, Rn. 33 wurde zur Inhaberschaft des Urheberrechts festgestellt, dass Sec. 11 CDPA 1988 sich nur auf den „legal title“, also den „legal owner“, bezieht. Generell hierzu auch Morgan/Berry, 116 ff.

zelt auf,¹⁴⁴⁴ beispielsweise, wenn es an ausdrücklichen vertraglichen Regelungen („express terms“) fehlt.¹⁴⁴⁵

2. Übertragung der Rechtsinhaberschaft („ownership“): „assignment“

Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung finden sich Ausführungen zur Übertragung („assignment“) der Immaterialgüterrechte bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware. Eine Übertragung der Rechtsinhaberschaft („ownership“) kann gemäß Sec. 90 Abs. 3 CDPA 1988 durch entsprechende Vertragsbedingungen („express terms“) erfolgen, alternativ kann eine gemeinsame Rechtsinhaberschaft („joint ownership“) oder allein eine Nutzungsrechtseinräumung bestehen.¹⁴⁴⁶ Im Fall einer Übertragung wird der Besteller Inhaber aller Immaterialgüterrechte.

Bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware werde dem Ersteller ein Rücklizenz für die eigene Nutzung und Weiterentwicklung eingeräumt. Eine vollumfängliche Übertragung der Inhaberschaft am Urheberrecht bilde insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen die Ausnahme,¹⁴⁴⁷ denn in diesem Fall könne der Ersteller keine Komponenten bzw. Teile der Software selbst weiter nutzen oder verwerten. Da Software sich oft aus verschiedenen Bausteinen zusammensetze und einzelne Unternehmen auch Know-How für ähnlich gestaltete Computerprogramme aufbauten, sei vom Ersteller eine solche Exklusivität für den Nutzer nur selten gewollt.¹⁴⁴⁸ Folglich liege in der Praxis die Vergütung für eine Rechtsübertragung sehr hoch und eine solche komme allenfalls in Betracht, wenn die Software komplett neuartig entwickelt werde.¹⁴⁴⁹ Eine Rechtsübertragung erfolge

1444 Bainbridge, Intellectual Property, 133 mit Verweis auf „John Richardson Computers Ltd. v. Flanders“, EWHC, 19. Februar 1993, (1993) FSR 497 in der dies der Fall war. Es arbeitete ein Ex-Mitarbeiter als Computerexperte für sein ehemaliges Unternehmen und lies bei diesem eine „beneficial ownership“ entstehen.

1445 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1446 Morgan/Burden, Legal Protection of Software: A Handbook, 52 ff.; 62 ff.

1447 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 272; Morgan/Berry, 118 f.

1448 Auch ist zu beachten, dass eine Mehrfachverwendung der Software hilft, Bugs zu eliminieren und die Weiterentwicklung vereinfacht.

1449 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013; auch „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 39–48.

mittels einer ausdrücklichen Regelung („express terms“).¹⁴⁵⁰ Grundsätzlich herrsche in Bezug auf die immaterialgüterrechtliche Berechtigung des Nutzers ein restriktives Verständnis vor, der Umfang der Nutzungsberechtigung orientiere sich an der „kaufmännischen Wirksamkeit/Durchführbarkeit“ („business efficacy“)¹⁴⁵¹ und ausschließliche Lizenzen („exclusive licence“) oder Rechtsübertragungen stellten die Ausnahme dar.¹⁴⁵² Fehle es hingegen an „express terms“ in Bezug auf eine etwaige immaterialgüterrechtliche Berechtigung des Softwarenutzers, so könne auch mittels „implied terms“ von dem gesetzlichen Grundsatz abgewichen werden und eine Rechtsübertragung erfolgen.¹⁴⁵³

Das zentrale Urteil zur Annahme einer solchen Rechtsübertragung ist die „Robin Ray v. Classic FM“-Entscheidung, in welcher Richter Lightman J. eine Liste mit neun Kriterien bezüglich „implied terms“ erstellte.¹⁴⁵⁴

1. Es bestehen keine entgegenstehenden „express terms“ bzw. „implied terms“.
2. Grundsätzlich soll der Vertrag vorsehen, wem das Urheberrecht zusteht.
3. Die Tatsache, dass das urheberrechtlich geschützte Werk bestellt wurde, ist nicht ausreichend, um eine Übertragung der Rechtsinhaberschaft anzunehmen.¹⁴⁵⁵

1450 Rowland/Kohl/Charlesworth, 501.

1451 „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 7, 48.

1452 „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 39–49.

1453 Richter Thornton in der Entscheidung „Cyprotex Discovery Ltd v. The University of Sheffield“, Technology and Construction Court, 21. Februar 2003, (2004) R.P.C.4, 43 ff., 48. Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 272; Morgan/Burden, 57; Rowland/Kohl/Charlesworth, 500 f.; Saxby, Rn. 6.209 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010). Grundsätzlich zu „implied terms“ 2. Teil § 1 D I. 2.

1454 „Robin Ray v. Classic FM plc“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 641 ff. Erneute Bezugnahme hierauf in „Griggs Group Ltd v. Evans“, EWHC, 02. Dezember 2003, 674, 682 ff. (Bainbridge, *Intellectual Property*, 135 hierauf ausführlich bezugnehmend); „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 7–9 bestätigend. Diese besondere Stellung des Urteils beschreibend, „Laurence John Wrenn, *Integrated Multi-Media Solutions Limited v. Stephen Landamore*“, EWHC, 23. Juli 2007, (2007) EWHC 1833 (Pat), 2007 WL 2139934, Rn. 36.

1455 Ein Umkehrschluss aus dem Bereich des Design-Rechts, Sec. 215 Abs. 2 CDPA 1998 bzw. Sec. 2 lit. a) Registered Designs Acts 1949 (geändert durch den „CDPA 1988“), in dem explizit geregelt ist, dass der Besteller ipso iure der Inhaber des Designrechts ist. Reed, 52.

4. Zudem sind bei der Annahme von „implied terms“ strenge Maßstäbe anzuwenden.¹⁴⁵⁶ Die Rolle des Richters liegt in der Auslegung des von den Parteien im Vertrag Niedergeschriebenen und nicht in der Implementierung von weiteren Klauseln.¹⁴⁵⁷
5. „Implied terms“ sind restriktiv anzunehmen.¹⁴⁵⁸
6. Sind eine „licence“ und ein „assignment“ möglich, so besteht allein eine „licence“.¹⁴⁵⁹
7. Umstände, welche ein „assignment“ rechtfertigen, sind nur in Sonderfällen anzuerkennen.¹⁴⁶⁰
8. Selbst wenn eine „licence“ eingeräumt wird, ist diese sehr restriktiv auszulegen.¹⁴⁶¹

1456 Hierzu J Lightman erstmals über die Annahme von „implied terms“, „Liverpool City Council v. Irwin“, „House of Lords“, 31. März 1976, (1977) A.C. 239; auf dieses Urteil bezugnehmend Lord Bingham MR. im Urteil „Philips Electronique Grand Public SA v. British Sky Broadcasting Ltd.“, EWCA, 19. Oktober 1994, (1995) E.M.L.R. 472 ff., 481; grundlegend eine australische Entscheidung in der Lord Simon of Glaisdale im Namen der Mehrheit des „Judicial Committees of the Privy Council“ im Fall „BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v. The President, Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings“, HCA, 27. Juli 1977, (1978) 52 A.L.J.R. 20 ff., 26, folgende Voraussetzungen festlegte: 1. „it must be reasonable and equitable“, 2. „it must be necessary to give business efficacy to the contract, so that no term will be implied if the contract is effective without it“, 3. „it must be so obvious that „it goes without saying“, 4. „it must be capable of clear expression“, 5. „it must not contradict any express terms of the contract“.

1457 Lord Bingham im Urteil „Philips Electronique Grand Public SA v. British Sky Broadcasting Ltd.“, EWCA, 19. Oktober 1994, (1995) E.M.L.R. 472, 474. Später wieder zitiert im Fall „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 641 f.

1458 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 642 (5).

1459 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 642 (6)

1460 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 642 (7). Solche Sonderfälle sind hiernach gegeben, wenn der Nutzer neben dem Nutzungsrecht auch das Recht erhalten möchte, den Vertragspartner von der Nutzung auszuschließen oder das Urheberrecht gegen Dritte durchzusetzen. Beispiele hierfür seien zum einen der Fall, dass der Besteller die Software auf dem Markt ohne Konkurrenz anbieten möchte. Zum anderen, wenn die erstellte Software auf einer schon vorher bestehenden Software basiere, für welche der Besteller ausschließliche Rechte innehave. Weiter sei dies der Fall, wenn der Ersteller als Mitglied eines Teams des Bestellers agiere und eine eigene Verwertung nicht möglich oder vorgesehen sei.

1461 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 642, 643 (8). Ein Indiz für den Umfang der Lizenz könne die Höhe der Lizenzgebühr sein.

9. Als zeitlicher Bezugspunkt ist immer der Vertragsschluss maßgeblich, eine Reaktion auf veränderte Umstände – evtl. zu Gunsten einer Partei – darf nicht erfolgen.¹⁴⁶²

Des Weiteren wurde auch auf frühere Rechtsprechung, mit welcher diese Prinzipien im Einklang stehen, verwiesen.¹⁴⁶³ In späteren Urteilen wurde diese Liste als meisterhaft („masterful“) beschrieben¹⁴⁶⁴ und auch angewandt.¹⁴⁶⁵ Dieser Kriterienkatalog bringt das restriktive Vorgehen der Gerichte zum Ausdruck, eine Rechtsübertragung („assignment“) anzunehmen, welche jede weitere Verwendung des Quellcodes durch den Ersteller unmöglich macht.

3. Einräumung eines Nutzungsrechts: „licence“

Verbleibe die Urheberschaft beim Softwareersteller bzw. -anbieter, so werde dem Nutzer regelmäßig ein nicht-ausschließliches („non-exclusive licence“)¹⁴⁶⁶ persönliches¹⁴⁶⁷ Nutzungsrecht eingeräumt.¹⁴⁶⁸ Dabei sei es nicht unüblich, dass der Rechtsinhaber insoweit eingeschränkt werde, dass er die Software nicht an einen Wettbewerber des Bestellers lizenzieren dürfe.¹⁴⁶⁹ In der Praxis werde regelmäßig kein eigenständiger Lizenzvertrag ab-

1462 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 643 (9).

1463 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 643 (9) zahlreiche weitere nennend.

1464 „Griggs Group Ltd. v. Evans“, EWCA, 25. Januar 2005, (2005) EWCA (Civ) 11, 706, 714, Rn. 14.

1465 „Laurence John Wrenn, Integrated Multi-Media Solutions Ltd. v. Stephen Landamore“, EWHC, 23. Juli 2007, (2007) EWHC 1833 (Pat), Rn. 35 ff., insbesondere 38. In diesem Fall wurde ein „assignment“ abgelehnt und eine ausschließliche Lizenz für die „kaufmännische Wirksamkeit“ als notwendig angesehen. Das Gericht entschied allein zwischen diesen beiden Optionen.

1466 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 272; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 41, 43.

1467 „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 48; Bond, 229 f. in Musterverträgen.

1468 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 272.

1469 Byrne/McBratney, 372.

geschlossen, sondern der Erstellungsvertrag in Form des „service contract“ enthalte lizenzrechtliche Klauseln.¹⁴⁷⁰

4. Zusammenfassung

Im Ergebnis wird sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung ein immaterialgüterrechtlicher Schwerpunkt des Vertrages über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware gesehen. Während in Bezug auf die Erstellung ein „service“ erkannt wird, kann hinsichtlich der immaterialgüterrechtlichen Berechtigung des Nutzers entweder eine Lizenz („licence“) eingeräumt werden oder im Einzelfall eine Rechtsübertragung („assignment“) erfolgen.

III. Bereitstellung digitaler Inhalte: „supply of digital content“

Erfolgt bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als Gegenleistung die Zahlung eines Preises, so kann dieser Lebenssachverhalt unter Sec. 1 Abs.1 CRA 2015 subsumiert werden und stellt einen Verbrauchervertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte („contract for a trader to supply digital content to a consumer“) gemäß Sec. 33 Abs.1 CRA 2015 dar.¹⁴⁷¹ Erfolgt die Überlassung auf einem Datenträger, so ist dieser als „good“ (Sache) gemäß Sec. 1 Abs. 8 CRA 2015 anzusehen, welche Gegenstand eines „Verbrauchervertrages über die Überlassung einer Sache“ („contract for a trader to supply goods to a consumer“) gemäß Sec. 3 Abs.1 CRA 2015 sein kann. Dies schließt gemäß Sec. 3 Abs.2 lit. a) CRA 2015 einen Kaufvertrag („sales contract“) mit ein. Im Ergebnis stellt die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware von einem Unternehmer an einen Verbraucher eine Bereitstellung digitaler Inhalte im Sinne des „CRA 2015“ dar. Daneben kann jeweils noch beispielsweise ein Kaufvertrag über einen körperlichen Gegenstand wie einen Datenträger bestehen. Dies hat jedoch weder eine Implikation auf

1470 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 300; Burnett, 36; schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1471 „Consumer Rights Act 2015. Explanatory Notes“, Rn. 166 darauf hinweisend, dass „bespoke content“ mitumfasst ist.

Nicht-Verbraucherverträge¹⁴⁷² noch umfasst dies die immaterialgüterrechtliche Berechtigung des Softwarenutzers. Diesem sind urheberrechtliche Nutzungsrechte mittels einer Lizenz einzuräumen bzw. es können auch Rechte übertragen werden.¹⁴⁷³

IV. Zusammenfassung

Im englischen Recht wird die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware zum einen als reiner „service contract“ eingeordnet, zum anderen erfolgt eine Zweiteilung des Vertrages. Die Erstellung wird dabei als „service contract“ angesehen, in Bezug auf die Nutzungsberechtigung ist eine immaterialgüterrechtliche Komponente von Bedeutung. So kann dem Nutzer eine Lizenz („licence“) eingeräumt, aber auch die Urheberschaft übertragen werden („assignment“). Ein Verbrauchervertrag kann als Bereitstellung eines digitalen Inhalts qualifiziert werden, daneben kann ein Kaufvertrag über einen etwaigen Datenträger bestehen.

E. Vergleichende Betrachtung

I. Werkvertrag (Deutschland), „contrat d’entreprise“ (Frankreich) und „service contract“ (England)

Der deutsche Werkvertrag, der französische „contrat d’entreprise“ und der englische „service contract“ erfassen tatbestandlich die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware. Allerdings spiegeln diese jeweils nicht alle Aspekte des Vertrages wider. Gegenstand eines Werkvertrages kann gemäß § 631 Abs. 2 BGB „die Herstellung oder Veränderung einer Sache“ sowie „jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg“ sein. Hierunter lassen sich unstreitig auch die Konzeption und Programmierung, letztlich alle Tätigkeiten, die mit der Softwareerstellung zusammenhängen, subsumieren. Die erstellte Software ist dabei der über das Tätigwerden hinausgehende Erfolg, welcher vom Werkunternehmer geschuldet ist. Im Gleichlauf kann eine solche Einordnung als französischer „contrat de louage d’ouvrage“ in Form des „contrat d’entreprise“ gemäß

1472 Bridge, Rn. 2.23; Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 dies grundsätzlich so ansehend; Twigg-Flesner/Canavan, 48

1473 Hierzu 2. Teil § 1 D V.

Art. 1710 C. civ. erfolgen. Die Erstellung der Individualsoftware stellt den bei diesem Vertrag geschuldeten „service“, dar. Ein solcher „service“ kann auch im Sinne des englischen Sec. 12 Abs. 1 SGSA 1982 bestehen. Überdies kann auch die Übermittlung unter den Werkvertrag bzw. die jeweiligen Termini „service“ subsumiert werden. Dies gilt insbesondere für die Zurverfügungstellung von Software auf einem Datenträger, zum Download oder zum Zugriff auf einer Cloud Computing-Plattform. Hingegen eine Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts umfassen diese Verträge nicht.

II. Werkvertrag (Deutschland), „contrat d’entreprise“ (Frankreich) und „service contract“ (England) jeweils i.V.m. einem immaterialgüterrechtlichen Vertrag

In der deutschen Rechtsliteratur hat die Diskussion in Bezug auf Individualsoftware seit langer Zeit fast ausschließlich die Frage zum Gegenstand, ob für die Erstellung der Werk- oder der Werklieferungsvertrag einschlägig ist. Die Relevanz dieser Streitentscheidung zeigt sich insbesondere bei fehlerhafter Software im Leistungsstörungenrecht. Immaterialgüterrechtliche Aspekte werden hingegen kaum diskutiert, nur vereinzelt wird angemerkt, dass diese von Bedeutung sind. In der Folge wird teils ein lizenzvertraglicher Teil der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware erkannt. Der Umfang der Nutzungsrechtseinräumung soll variieren können – von einer einfachen Einzelplatzlizenz bis zu einer allumfassenden Rechtseinräumung. In Frankreich hingegen wird einer etwaigen Einräumung eines Nutzungsrechts neben dem „contrat d’entreprise“ bezüglich der Softwareerstellung größere Bedeutung zugeschrieben. Es wird regelmäßig eine Lizenz („licence“/„concession“) von urheberrechtlichen Nutzungsrechten erkannt, bis hin zu einer Rechtsübertragung („cession“), wenn somit ein „Quasi-Eigentum“ an der Software geschaffen werden soll. Ähnlich ambivalent ist die Diskussion in England. Aufgrund der dort möglichen Übertragbarkeit des Urheberrechts wird fast durchgängig ein immaterialgüterrechtlicher Teil des Vertrages über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware erkannt. Wird das Urheberrecht auf den Besteller übertragen, so kann ein „assignment“ des Urheberrechts erfolgen, regelmäßig wird eine „licence“ eingeräumt.

Der Blick sowohl nach Frankreich als auch nach England ist in der Folge aufschlussreich, denn in beiden Rechtsordnungen sind immaterialgüter-

rechtliche Aspekte von Bedeutung und Gegenstand der rechtlichen Diskussion. Der Blick hierauf scheint in Deutschland durch die vorherrschende schuldrechtliche Diskussion verschlossen geblieben zu sein. Der Vertrag, welcher die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware zum Gegenstand hat, ist letztlich aufzuteilen, zum einen in die Softwareerstellung und evtl. Übermittlung, zum anderen in die immaterialgüterrechtlichen Aspekte. Nur so kann – ähnlich wie bei 2. Teil § 1 bezüglich Standardsoftware – dem Wesen des Vertrages entsprochen werden und es spiegeln sich auch immaterialgüterrechtliche Aspekte in diesem wider.

III. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU und England)

Wie dargelegt wurde die gesetzliche Ausgestaltung im Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Vertragsrecht in der Rechtsliteratur diskutiert und insbesondere kritisiert.¹⁴⁷⁴ Besonders hervorzuheben ist der Aspekt, dass jegliche Verträge, welche eine Bereitstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand haben, mit demselben Nominatvertragsrecht, insbesondere Leistungsstörungenrecht, gesetzlich erfasst werden sollen. Es erscheint nicht praktikabel, ein alle möglichen Sachverhaltskonstellationen erfassendes, normiertes und spezifisches Vertragsrechtsregime zu schaffen. Eine Subsumtion der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte ist möglich, jedoch erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

Der Vertrag über die Bereitstellung von digitalen Inhalten im englischen „CRA 2015“ stellt die Bereitstellung digitaler Inhalte im Wesentlichen Kaufverträgen gleich. Insbesondere kommt ein sehr ähnliches Gewährleistungsrecht zur Anwendung. Jedoch wird in der Literatur sehr wohl erkannt, dass daneben eine immaterialgüterrechtliche Nutzungsrechtseinräumung zu erfolgen hat. Somit steht dies dem vorstehend beschriebenen Verständnis nahe.

IV. Zusammenfassung

Ein Vertrag über die Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware ist aufzuteilen in zwei Teile: zum einen die Soft-

1474 Hierzu 2. Teil § 1 A I. 4.

wareerstellung und evtl. Übermittlung, zum anderen die Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts bzw. die Rechtsübertragung, soweit nach nationalem Urheberrecht zulässig. Nur so kann – ähnlich wie bei § 1 bezüglich Standardsoftware – dem Wesen des Vertrages entsprochen werden. Darüber hinaus ist eine Subsumtion unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht möglich, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

§ 4. Ergebnis des 2. Teils

Der 2. Teil hat unterschiedliche vertragliche Konstellationen der Softwareüberlassung und -nutzung zum Gegenstand. Hierfür wurden die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware, die Nutzung von Software mittels Cloud Computing und die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware betrachtet. Dabei wurde erkannt, dass die jeweiligen Verträge mehrere Leistungspflichten enthalten. Vertragsgegenstand ist zum einen die Übermittlung der Software selbst, die Ausgestaltung des Zugangs zu dieser (soweit die Software in einer Cloud gespeichert ist) oder die Erstellung der Software. Der Hauptteil des Vertrages und die wesensbeschreibende Eigenschaft ist allerdings stets die lizenzvertragliche Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts. Auch können, soweit dies von den Vertragsparteien intendiert und gemäß der Rechtsordnung zulässig ist, Immaterialgüterrechte übertragen werden.