

Anwendbares Recht beim Vertrieb digitalisierbarer Waren über das Internet am Beispiel der Softwareüberlassung.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Internet als global verfügbares Informationssystem und Markt für Waren und Dienstleistungen wächst unaufhaltsam. Zunehmend werden speziell digitalisierbare Waren über dieses Netzwerk vertrieben. In Betracht kommen etwa Software-, Audio-, Video- und Textprodukte. Im Mittelpunkt dieses Aufsatzes steht die Frage, wie der elektronische Verkauf vorgenannter Waren rechtlich, insbesondere kollisionsrechtlich zu bewerten ist. Dabei beschränkt sich der Beitrag aus Gründen der Überschaubarkeit und der besonderen Problematik der Qualifizierung von Softwareverträgen auf die Darstellung der rechtlichen Probleme bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware mittels des sog. „Downloading-Verfahrens“, bei dem der Verbraucher die gewünschte Software ohne Verwendung eines körperlichen Datenträgers direkt über das Internet von einem Anbieter-Rechner auf seine Festplatte überträgt.

I. Problemstellung

Im Internet werden aufgrund der Vielseitigkeit und Schnelligkeit des Mediums eine Reihe von Verträgen mit grenzüberschreitendem Charakter geschlossen. Damit einhergehend verlieren nationale Grenzen zunehmend an Bedeutung. Dabei stellt sich die Frage, welches Vertragsrecht auf solche Verträge Anwendung findet. Dies richtet sich nach dem allgemeinen Vertragsstatut, d.h. den Regelungen des internationalen Privatrechts, die für alle Schuldverträge Anwendung finden. Nach Art.27 EGBGB unterliegt ein Vertrag grundsätzlich dem von den Parteien gewähltem Recht, wobei Abseits des *ordre public* (Art.6 EGBGB) Art.34 EGBGB einen speziellen Vorbehalt zugunsten zwingenden deutschen Rechts vorsieht. Soweit das auf den Vertrag anzuwendende Recht nicht nach Art.27 EGBGB vereinbart worden ist, unterliegt der Vertrag nach der Generalklausel des Art.28 Abs.1 EGBGB dem Recht des Staates, zu dem er nach objektiven Kriterien die engste Verbindung aufweist. Nach Art.28 Abs.2 S.1 EGBGB wird vermutet, daß der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. ihre Hauptverwaltung hat¹. Der wichtigste Anhaltspunkt für die engsten Verbindungen

eines Vertrages mit einem Staat ist somit die Erbringung der charakteristischen Leistung, d.h. derjenigen Leistung, welche dem betreffenden Vertragstyp seine Eigenart verleiht und seine Unterscheidung von anderen Vertragstypen ermöglicht². Für die Feststellung der charakteristischen Leistung und daraus resultierend der anzuwendenden Rechtsordnung bedarf es daher einer typologischen Einordnung des abgeschlossenen Vertrages, wie im folgenden an dem kontrovers diskutierten Beispiel dauerhafter Überlassung von Standardsoftware dargestellt werden soll. Ferner soll aufgezeigt werden, daß die Vertragsqualifizierung nicht nur Konsequenzen für das anzuwendende Recht, sondern insbesondere auch Auswirkungen auf die verbraucherrechtliche Stellung eines in Deutschland ansässigen Konsumenten haben kann.

II. Vertragsqualifizierung

1. Darstellung des Meinungsstreits

Die Stimmen in der Literatur spalten sich im wesentlichen in zwei Lager. Teilweise wird - unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH³ - vertreten, die Überlassung von Standardsoftware sei als ein Kaufvertrag ge-

¹ Grundsätzlich unbeachtlich ist der Ort, an dem sich der Server befindet, über den der Anbieter seine Geschäfte abwickelt; siehe hierzu Waldenberger BB 1996,2365 (2371)

² Palandt/Heldrich, Bürgerliches Gesetzbuch, 56.Aufl.1997, Art.28 EGBGB, Rn.3

mäß §§433 ff. BGB zu werten⁴. Andere sehen in der Softwareüberlassung den Abschluß eines Lizenzvertrages⁵, der bürgerlich-rechtlich als eine Rechtspacht gemäß §§581 Abs.2, 535 ff. BGB qualifiziert werden müßte. Dieser Streit um die Rechtsnatur der Überlassung von Standardsoftware sei an dieser Stelle nochmals aufgegriffen⁶. Dabei sollen die jeweiligen Standpunkte, die eine eindeutige Einordnung als Kauf bzw. Lizenzvertrag vorsehen, gegenübergestellt werden⁷.

a) Standardsoftwareüberlassung als Lizenzvertrag

Ein gewichtiger Teil der Literatur vertritt die Ansicht, die Überlassung von Software als geistige Leistung und immaterielles Wirtschaftsgut sei als Lizenz- oder Know-how Vertrag einzuordnen. Dies entspreche eher als die kaufrechtliche Lösung dem Wesen der Software als Immaterialgut und auch die regelmäßig in Softwareüberlassungsverträgen vereinbarten Verwendungsbeschränkungen⁸ würden so in geeigneter Weise berücksichtigt. Da Software aufgrund von Verwendungsbeschränkungen zwar auf Dauer, aber nicht zu freier Verfügung überlassen wird, liegt ein Austauschverhältnis im Sinne eines Kaufvertrages nicht vor und eine analoge oder unmittelbare Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften muß daher von vornherein ausscheiden⁹. Selbst bei Vereinbarung einer Einmalgebühr in der Vergütungsform der Lizenzgebühr würde daher kein einmaliger Leistungsaustausch eintreten, sondern es würde ein miet- oder pachtartiges Dauerschuldverhältnis begründet¹⁰. Dies entspreche in der Regel der Inte-

ressenlage der Parteien bei der Überlassung von Standardsoftware. Dafür spreche auch der urheberrechtliche Schutz der Software, da in der Regel der geistige Eigentümer sein Herrschaftsrecht nicht aufgeben wolle, sondern lediglich Dritte daran für begrenzte Zwecke teilhaben lassen will. Da somit der Softwareüberlassung in der Regel ein Lizenzvertrag zugrunde liegt, kommt auch ein Verbrauch des Verbreitungsrechts gemäß §69c Ziff.3 UrhG nicht in Betracht¹¹.

b) Die kaufrechtliche Lösung

Nach anderer Ansicht ist die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware im Ergebnis als Kaufvertrag i.S.d. §433 BGB zu werten. Zwar werde dem Softwarenehmer im Regelfall nach dem Vertragstext nur ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt, also lediglich die Befugnis erteilt, das Computerprogramm für den eigenen Bedarf zu nutzen, d.h. die für den Kaufvertrag typische Konstellation der Vermögensverschiebung tritt nicht ein und der Softwarenehmer erhält keine umfassende Verfügungsbefugnis¹². Andererseits erlangt der Erwerber jedoch die Befugnis, die Software dauernd und endgültig zu nutzen. Auf eine tatsächliche Vermögenseinbuße kommt es im Ergebnis nicht an. Die kaufvertraglichen Regeln zeigen, daß die Vermögenseinbuße auf seiten des Verkäufers für den Kaufvertrag nicht so sehr prägend ist, als daß darauf nicht verzichtet werden könnte¹³. Diese Vorschriften stellen nämlich allein auf den Erwerb des Vermögenswertes durch den Käufer ab, die Vermögenseinbuße beim Verkäufer bleibt unerwähnt¹⁴. Insoweit besteht Einigkeit unter den Vertretern der kaufrechtlichen Lösung.

Uneins sind die Vertreter dieser Theorie sich jedoch hinsichtlich der Rechtsnatur der Software an sich. Ist die Qualifizierung der Überlassung von Standardsoftware -verkörpert auf einem Datenträger- unstrittig, wirft die „unkörperliche“ Programmüberlassung erneut

³ zuletzt: BGH CR 1997,470 ff. m.Anm. Lehmann

⁴ vgl. etwa Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989; Marly, Softwareüberlassungsverträge, 1991, Rn.132 ff.; König, Das Computerprogramm im Recht, 1991, Rn.254 ff.; Köhler/Fritzsche in Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2.Aufl.1993, S.530 ff.; Busse CR 1996, 389

⁵ Heussen GRUR 1987, 779; Kilian CR 1986, 187; Moritz CR 1989, 1049; ders. CR 1994, 257; Harte-Bavendamm/Kindermann in: Münchener Vertragshandbuch, Band 3: Wirtschaftsrecht, 1.Halbband, München 1998, S.651

⁶ Diese Erörterung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und soll keineswegs den Streitstand umfassend darstellen. Der Streit ist jedenfalls noch nicht abschließend geklärt.

⁷ vgl. hierzu auch: Volle CR 1996,139 (140 ff.)

⁸ vgl. hierzu Chrocziel CR 1989, 675 ff. u. 790 ff.

⁹ vgl. Moritz CR 1994, 257 (260)

¹⁰ Harte-Bavendamm/Kindermann (Fn.5), S. 651

¹¹ Harte-Bavendamm/Kindermann (Fn.5), S. 651; Moritz CR 1994, 257 (263)

¹² Köhler/Fritzsche (Fn.4), S.530 ff.

¹³ Busse CR 1996, 389 (390); Köhler/Fritzsche (Fn.4), S.530 ff.

¹⁴ Sickinger, Vertrieb von Software, Köln 1993, S.70

die Frage der Sachqualität von Standardsoftware i.S.d. §90 BGB auf¹⁵.

Vielfach wird die Ansicht vertreten, Computerprogramme als solche -unabhängig von ihrer Verkörperung auf einem Datenträger- seien Sachen i.S.d. §90 BGB¹⁶. Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware stellt daher unabhängig von ihrer Überlassungsform einen Sachkauf dar, auf den die kaufrechtlichen Vorschriften unmittelbare Anwendung finden¹⁷.

Andere wiederum sehen in dieser Lösung unweigerlich eine Kollision mit der natürlichen Verkehrsanschauung¹⁸, wonach eine Sache nur dann vorliegt, wenn ein Gegenstand sinnlich wahrnehmbar und im Raum abgegrenzt ist. Dies könne man bei einem Computerprogramm nicht annehmen. Jedoch käme es im Ergebnis auch nicht darauf an, ob es sich bei Standardsoftware um eine Sache im Sinne des §90 BGB handelt oder nicht, denn der Sachbegriff des Kaufrechts umfaßt abweichend von §90 BGB alle als Gegenstand im wirtschaftlichen Verkehr anerkannten Objekte. Daher sind die Vorschriften des Sachkaufrechts, insbesondere der §§459 ff. BGB gemäß §493 BGB und andere Normen, die auf Sachen Bezug nehmen, im Wege der teleologischen Auslegung entsprechend anwendbar¹⁹.

2. Würdigung

Bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware ohne oder mit nur unwesentlichen Verwendungsbeschränkungen wird man -unabhängig von deren Verkörperung auf einem Datenträger- von einem Kaufvertrag oder jedenfalls einem kaufähnlichen Vertrag bezüglich eines sonstigen verkehrsfähigen Gutes ausgehen müssen²⁰. In diesem Falle erschiene der Vertragstyp der Lizenzierung konstruiert. Wird jedoch der Softwarenehmer in seiner Verfügungsmacht über das Programm umfangreich beschränkt, so verliert der Vertrag das

Wesen eines Kaufvertrages. Er erhält vielmehr den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses, bei dem sich der Softwaregeber mittels der vereinbarten Verwendungsbeschränkungen weiterhin Einfluß auf die Art und Weise der Nutzung des Programms vorbehält. Zwar sind auch bei einem Kaufvertrag schuldrechtliche Verfügungsbeschränkungen durchaus möglich; angesichts der Vielzahl und der Bedeutung derartiger Beschränkungen in typischen Softwareüberlassungsverträgen muß man diese aber als besondere Charakteristika dieser Verträge, als geradezu typprägende Elemente auffassen²¹.

III. Anwendbares Recht

Kann der Softwareüberlassungsvertrag demnach abhängig von Art und Umfang der vereinbarten Verwendungsbeschränkungen entweder als Kauf- bzw. Lizenzvertrag qualifiziert werden, stellt sich nunmehr die Frage nach dem anzuwendenden Recht.

Unproblematisch läßt sich diese Frage bei der Qualifizierung der Softwareüberlassung als Kaufvertrag beantworten. Regelmäßig wird bei Kaufverträgen die charakteristische Leistung im Sinne des Art.28 Abs.2 S.1 EGBGB vom Verkäufer erbracht; dessen Sitz entscheidet daher über das anwendbare Recht. Nichts anderes kann -solange der Vertrag als Kaufvertrag zu werten ist- für die Softwareüberlassung mittels „Downloading“ gelten. Die charakteristische Leistung ist hierbei in der Zurverfügungstellung der Software auf dem Anbieter-Rechner zu sehen²². Somit richtet sich auch bei diesem Vertriebsverfahren das anzuwendende Recht nach dem Sitz des Softwareanbieters.

Demgegenüber ist die Anknüpfung an eine Rechtsordnung bei einer Einordnung als Lizenzvertrag seit langem umstritten²³. Während sich ein Teil der Literatur unter Hinweis auf die charakteristische Leistung des Rechtsinhabers -Einräumung von Benutzungsrechten-

¹⁵ Busse CR 1996,389

¹⁶ vgl. etwa König (Fn.4), Rn.254 ff.; ders. NJW 1993, 3121 ff.; Marly BB 1991, 432 ff.

¹⁷ Marly BB 1991, 432 ff. (435)

¹⁸ Köhler/Fritsche (Fn.4), S.517 ff; Redeker NJW 1992,1739 ff.;

¹⁹ Busse CR 1996, 389 ff.; Köhler/Fritsche (Fn.4), S.518 ff.; Kort DB 1994, 1505 ff.

²⁰ so auch Volle CR 1996, 139 ff. (140)

²¹ vgl. Volle VR 1996, 139ff. (140)

²² vgl. Busse CR 1996, 389 (392)

für die Anwendung des Rechts am Niederlassungsort des Lizenzgebers ausspricht, wenn eine nichtausschließliche Lizenz vergeben wird und der Lizenznehmer im wesentlichen nur eine Lizenzgebühr zahlt²⁴, hiervon aber teilweise Ausnahmen zuläßt, ist nach anderer Ansicht grundsätzlich das Recht des Schutzlandes maßgeblich²⁵. Auch eine generelle Anknüpfung an die Niederlassung des Lizenznehmers wird bisweilen vertreten²⁶.

Bei einheitlich gesteuerten, multinationalen Lizenzverträgen entspricht es aber wohl der herrschenden Meinung, daß das Recht am Niederlassungsort des Lizenzgebers (subsidiär) Anwendung finden soll. Der Grund dafür ist die Vermeidung der Vertragsspaltung in die Rechtsordnungen sämtlicher Schutzländer²⁷.

Für den einheitlichen, globalen Vertrieb von Software über das Netzwerk „Internet“ im Wege der Lizenzierung kann dem vernünftigerweise nur gefolgt werden, um nicht eine Vielzahl von verschiedenen Rechtsordnungen auf einen einheitlichen Vertrag zur Anwendung kommen zu lassen. Dann aber erscheint auch eine differenzierende rechtliche Beurteilung der Verträge, die sich auf das Recht in einem oder in mehreren Schutzländern beziehen, nicht gerechtfertigt. Sinnvollerweise sollte man die Anknüpfung an eine Rechtsordnung nicht von der Anzahl der Schutzländer abhängig machen. Dies würde lediglich zu der Gefahr eines Statutenwechsels führen, wenn sich das Vertragsgebiet erweitert bzw. verengt²⁸. Daher muß für Lizenzverträge einheitlich das Recht am Niederlassungsort des Lizenzgebers als ausschlaggebend angenommen werden.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, daß sich das anzuwendende Recht, unabhängig von der Qualifizierung der Softwareüberlassung via Internet als

Kauf- oder Lizenzvertrag, stets nach dem Recht am Niederlassungsort des Softwareanbieters richtet.

IV. Konsequenzen der Vertragsqualifizierung für den in Deutschland ansässigen Verbraucher

Als „schwächere Partei“ stets fremdem Recht unterworfen zu werden, muß einem in Deutschland ansässigen Konsumenten unbefriedigend erscheinen. Die Vermutung des Art.28 Abs.2 S.1 EGBGB, d.h. die Anknüpfung an die charakteristische Leistung, begünstigt zwar nicht notwendig den wirtschaftlich Stärkeren, wohl aber denjenigen, der die charakteristische Leistung berufsmäßig erbringt. Andererseits benachteiligt sie die Partei, die nur die Geldleistung erbringt, also in der Regel den Verbraucher²⁹. Erscheint dies im internationalen Handel in der Regel als unbedenklich, dürfte es für Konsumenten bei grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen nur schwer zu ertragen sein, insbesondere da der Verbraucherschutz in anderen Rechtsordnungen u.U. schwächer ausgestaltet sein kann und dies den wirtschaftlich Überlegenen zu Manipulationen hinsichtlich des anwendbaren Rechts verleiten kann.

Aus diesem Grund enthält das EGBGB an verschiedenen Stellen einen speziellen Vorbehalt zugunsten zwingenden deutschen Rechts, so u.a. in Art.29 und Art.34 EGBGB.

Nach Art.29 Abs.1 EGBGB darf bei Verbrauchergeschäften eine Rechtswahl nicht dazu führen, daß dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird. Dabei reicht jedoch eine bloße Beteiligung des Verbrauchers nicht aus. Vielmehr muß zusätzlich

- ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in dem Heimatstaat des Verbrauchers vorangegangen sein und der Verbraucher in diesem Staat auch die zum

²³ MünchKomm./Martiny, BGB, Band 10, 3.Aufl.1998, Art.28 Rn.269 ff.; Soergel/von Hoffmann, BGB, Band 10, 12.Aufl.1996, Art.28 Rn.500 ff.

²⁴ so u.a. Reithmann/Martiny-Hiestand, Internationales Vertragsrecht, 5.Aufl.1996, Rn.1276; von Bar, Internationales Privatrecht Bd.2, München 1991, Rn.498; Ulmer, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, München 1975, S.103

²⁵ u.a. Beier GRUR Int 1981, 299 (305)

²⁶ Henn, Problematik und Systematik des internationalen Patent-Lizenzvertrages, München 1967, S.90

²⁷ MünchKomm./Martiny (Fn.22), Art. 28 Rn. 269; Reithmann/Martiny-Hiestand (Fn.23), Rn.1274; Beier GRUR Int. 1981 (307)

²⁸ Reithmann/Martiny-Hiestand (Fn.23), Rn. 1278

²⁹ MünchKomm./Martiny (Fn.22), Art.28 Rn.35

Abschluß des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen haben (Art.29 Abs.1 Nr.1)³⁰ oder - der Vertragspartner des Verbrauchers dessen Bestellung in dessen Heimatstaat entgegengenommen haben (Art.29 Abs.1 Nr.2)³¹.

Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, so gilt bei Verbraucherverträgen, die unter den Umständen des Abs.1 zustande gekommen sind, das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art.29 Abs.2).

In Deutschland ansässigen Konsumenten kann also trotz freier Rechtswahl unter den Voraussetzungen des Art.29 Abs.1 EGBGB der Schutz durch bestimmte deutsche Gesetze (etwa das HWiG, das VerbrKrG, das AGBG) nicht entzogen werden. Unter den Voraussetzungen des Art.29 Abs.2 findet das deutsche Recht, insbesondere die jeweiligen vertraglichen Gewährleistungsregeln, unmittelbare Anwendung. Zu beachten ist jedoch, daß der sachliche Anwendungsbereich des Art.29 Abs.1 EGBGB begrenzt ist; die Vorschrift erfaßt nur bestimmte, abschließend aufgezählte Verbraucherverträge, nämlich die Lieferung beweglicher Sachen, Dienstleistungen und Finanzierungen. Ihr Anwendungsbereich ist daher wesentlich enger, als das zunächst erscheint. Die Bestimmung enthält eine Reihe von Schutzlücken und wirft wegen der Fülle nicht näher definierter unbestimmter Rechtsbegriffe und Ausnahmen viele Interpretationsprobleme auf³². Zu klären ist daher, ob auch die Überlassung von Standardsoftware mittels des „Downloading-Verfahrens“ unter die kollisionsrechtliche Sonderregelung des Art.29 EGBGB subsumiert werden kann. Dabei ist von der eingangs gewonnenen Erkenntnis auszugehen, daß es sich bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware je nach

Umfang der vereinbarten Verwendungsbeschränkungen um einen Kauf- oder Lizenzvertrag handeln kann.

1. Softwareüberlassung als Kaufvertrag und Art. 29 EGBGB

In den Anwendungsbereich des Art.29 EGBGB fallen die Lieferung beweglicher Sachen, die Erbringung von Dienstleistungen und Finanzierungsverträge. Unter dem Begriff der Lieferung beweglicher Sachen sind vorrangig Warenkäufe, und zwar sowohl der Bar- als auch der Kreditkauf³³ zu verstehen, wobei es hinsichtlich der Lieferung nicht darauf ankommen kann, ob die Sache direkt oder indirekt an den Kunden „ausgeliefert“ wird, indem dieser sie sich aus dem Netz auf die eigene Festplatte herunterlädt. Entscheidendes Kriterium ist allein der Begriff der „beweglichen Sache“. Dabei ist die Frage der „Beweglichkeit“ der Sache ebenfalls von untergeordneter Bedeutung, da dieses Merkmal im wesentlichen nur dazu dient, die Anwendbarkeit der Vorschrift auf Immobilienkäufe auszuschließen.

Diejenigen Vertreter der kaufrechtlichen Lösung, die Software unabhängig von ihrer Verkörperung auf einem Datenträger als Sache im Sinne des §90 BGB ansehen, dürften unproblematisch auch bei der Softwareüberlassung via Internet zu einer Anwendung des Art.29 EGBGB und damit zu einer Rechtswahlbeschränkung zugunsten der schwächeren Partei gelangen.

Anders diejenigen, die über den weiten Sachbegriff des Kaufrechts zu einer Anwendung desselben kommen. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob mit „beweglichen Sachen“ im Sinne des Art.29 EGBGB der enge Sachbegriff des §90 BGB oder der weitere Sachbegriff des Kaufrechts gemeint ist, unter den abweichend von §90 BGB alle im wirtschaftlichen Tauschverkehr anerkannten Objekte fallen. Dabei ist die Vorschrift des Art.29 EGBGB aufgrund ihrer kollisionsrechtlichen Zielsetzung autonom auszulegen³⁴. Als Orientierungshilfe bei der Definition dieser Begriffe bieten sich sowohl EG-Recht als auch internationale Übereinkommen an. So

³⁰ Übertragen auf das Internet wird Nr.1 immer dann erfüllt sein, wenn die Website eines Anbieters auch Werbung für ein bestimmtes Produkt enthält und ein Verbraucher zu Hause am Bildschirm ein entsprechendes Bestellformular ausfüllt; siehe Waldenberger BB 1996, 2365 (2371).

³¹ Der Anbieter von Waren und Dienstleistungen im Internet, der elektronische Bestellformulare verwendet, nehme nach Ansicht Waldenbergers die Bestellung des Verbrauchers an dessen Aufenthaltsort, gewissermaßen „an dessen Bildschirm“ entgegen; siehe Waldenberger BB 1996, 2365 (2371).

³² Reithmann/Martiny-Martiny (Fn.23), Rn.715

³³ Soergel/von Hoffmann (Fn.22), Art.29 Rn.5

mit können auch solche Verträge unter Art.29 EGBGB fallen, die im deutschen Recht weder als Lieferung beweglicher Sachen noch als Dienstleistung angesehen werden³⁵. Sinnvoll erscheint es daher, zum Zwecke der Auslegung des Begriffs der „beweglichen Sache“ eine Parallele zum UN-Kaufrecht³⁶ zu ziehen. Das Übereinkommen gilt für internationale Warenkaufverträge (Art.1 CISG), findet jedoch grundsätzlich keine Anwendung auf erkennbare Verbraucherkäufe (Art.2 lit.a CISG). Waren im Sinne des Übereinkommens sind bewegliche Gegenstände, welche typischerweise das Objekt eines Handelskaufs bilden³⁷. Zwar wird der Begriff des Kaufs nicht definiert, gemeint ist aber ein Austausch von üblichen und allgemein angenommenen Zahlungsmitteln gegen zu liefernde und zu übereignende Güter³⁸. Dem Zweck der Bestimmungen der CISG entsprechend, ist der Warenbegriff jedoch nicht auf körperliche Sachen zu beschränken, sondern als Waren alle Güter zu betrachten, die Gegenstand eines internationalen Kaufvertrages sein können³⁹. Dies entspricht dem weiteren Sachbegriff des deutschen Kaufrechts. Kommt daher ein kaufrechtlicher Warenbegriff auf das UN-Kaufrecht zur Anwendung und dient dies der autonomen Auslegung der Begriffe des Art.29 EGBGB, so kann letztlich auch hier nur der weite kaufrechtliche Sachenbegriff zur Anwendung gelangen. Festgehalten werden kann daher, daß, unabhängig von der Frage, ob es sich bei der Software um eine Sache oder lediglich um ein im wirtschaftlichen Verkehr anerkanntes Objekt handelt, die Softwareüberlassung via Internet -solange der Vertrag als Kaufvertrag qualifiziert werden kann- in den Anwendungsbereich des Art.29 EGBGB fällt⁴⁰.

2. Konsequenzen der Einordnung als Lizenzvertrag

a) Allgemeine Grundsätze

Nach allgemeiner Meinung wird die Übertragung vom Immaterialgüterrechten und sonstigen Rechten, also auch von Nutzungsrechten, nicht unmittelbar von Art.29 EGBGB erfaßt⁴¹. Konsequenz für einen in Deutschland ansässigen Verbraucher bei einer Einordnung der Softwareüberlassung als Lizenzvertrag wäre demnach, daß er bei grenzüberschreitenden Verträgen dieser Art stets fremdem Recht unterworfen werden würde (vgl. oben III.), insbesondere, daß ihm die zwingenden Verbraucherschutzbestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat -in diesem Fall Deutschland-, entzogen würden. Zwar enthält Art.34 EGBGB unabhängig von Art.29 EGBGB ebenfalls einen speziellen Vorbehalt zugunsten zwingenden deutschen Rechts, jedoch kommt eine Berücksichtigung von Verbraucherschutzbestimmungen nach zutreffender Auffassung⁴² im Rahmen des Art.34 EGBGB grundsätzlich nicht in Betracht. Anhand des Art.29 EGBGB wird deutlich, daß der Gesetzgeber Fragen des Verbraucherschutzes bedacht hat und nur in den dort genannten Fällen dem Verbraucherschutz Vorrang gegenüber dem von den Parteien gewählten Recht einräumen wollte. Es geht nicht an, diese abschließende Regelung über Art.34 EGBGB zu umgehen⁴³. Art.29 EGBGB ist daher nicht lex specialis gegenüber Art.34, so daß dieser auch nicht als subsidiär bereitstehende Generalklausel oder Auffangnorm eingreift, falls erstere versagt⁴⁴. Ebenso können diese Vorschriften richtiger-

³⁴ hM: vgl. MünchKomm/Martiny (Fn.22), Art.29 Rn.8; Kronke RIW 1996, 985 ff. (988)

³⁵ Soergel/von Hoffmann (Fn.22), Art.29 Rn.4

³⁶ Für die Bundesrepublik Deutschland ist es am 1.1.1991 in Kraft getreten (BGBl.1990 II 1477)

³⁷ Staudinger/Magnus, Art.1 CISG, Rn.42

³⁸ Reithmann/Martiny-Martiny (Fn.23), Rn.630

³⁹ Karollus, UN-Kaufrecht, Wien 1991, S.21; von Caemmerer/Schlechtriem-Herber, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, München 1990, Art.1 Rn.21

⁴⁰ vgl. zum UN-Kaufrecht Endler/Daub CR 1993, 601 ff. (603ff.)

⁴¹ MünchKomm/Martiny (Fn.22), Art.29 Rn.9; Soergel/von Hoffmann (Fn.22), Art.29 Rn.5

⁴² Waldenberger BB 1996, 2365 ff. (2371); MünchKomm/Martiny (Fn.22), Art.34 Rn.79 ff.; aA. Palandt/Heldrich (Fn.2), Art.34Rn.3; vgl. auch v.Hoffmann IPRax 1989, 261ff. (267); Roth RIW 1994, 275 ff. (277); Lorenz IPRax 1994, 429 ff. (431)

⁴³ Waldenberger BB 1996, 2365 ff. (2371)

⁴⁴ MünchKomm/Sonnenberger (Fn.22), Einl.IPR, Rn.54; aA. v.Hoffmann IPRax 1989,261ff. (268), der z.B. soweit im Einzelfall die Vorschriften des HWiG, nicht aber die für Verbraucherverträge

weise nicht aufgrund von Art.6 EGBGB (ordre public) zur Anwendung gelangen. Voraussetzung dafür wäre, daß die Anwendung des einschlägigen fremden Privatrechts offensichtlich mit der deutschen öffentlichen Ordnung unvereinbar wäre, da das in Rede stehende inländische Gesetz zu den unverzichtbaren Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung gehört. Dies muß jedoch angesichts der zögerlichen Einführung entsprechender Bestimmungen durch den Gesetzgeber zu Recht bezweifelt werden⁴⁵. Welche zwingenden deutschen Verbraucherbestimmungen dabei im einzelnen auf die Softwareüberlassung über das Internet in der Form von Lizenzverträgen Anwendung finden können, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden⁴⁶.

b) Analoge Anwendung des Art.29 EGBGB

Denkbar wäre jedoch eine analoge Anwendung des Art.29 EGBGB auf die Softwareüberlassung in der Form des Lizenzvertrages, um den Anwendungsbereich der Norm nicht zu verlassen⁴⁷ und so dem Konsumenten, der letztlich dasselbe Gut erhält, den ihm nach deutschem Recht zu gewährenden Schutz nicht zu entziehen.

Dafür spricht zunächst, daß es sich unabhängig von der Einordnung der Softwareüberlassung als Kauf- oder Lizenzvertrag in der hier behandelten Fragestellung stets um einen Verbrauchervertrag i.S.d. Art.29 EGBGB handelt⁴⁸, wobei die Überlassung, solange sie

geltenden Anknüpfungsregeln des Art.29 Anwendung finden, im Wege einer Gesamtanalogie auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung eine einseitige Sonderanknüpfung der Vorschriften des HWiG nach Art.34 EGBGB vorsieht.

⁴⁵ bspw. ist das HWiG erst am 1.5.1986 in Kraft getreten; ein Widerrufsrecht wurde erst durch Gesetz vom 15.5.1974 in das AbzG eingefügt; vgl. Taupitz BB 1990, 647ff. (650); Sack IPRax 1992, 24ff. (28)

⁴⁶ etwa das HWiG, vgl. auch Waldenberger BB 1996, 2365 ff. (2367), wenn ein Kunde sich auf die Website eines Anbieters begibt und dort -im voraus für ihn nicht erkennbar und durchaus überraschend- mit einem günstigen Softwareangebot zum „Download“ zu einem unbedachten Abschluß eines Vertrages verleitet wird.

⁴⁷ vgl. Münchkomm./Ulmer, BGB, Band 3, 3.Aufl. 1995, Vor§1 HausTWG, Rn.39ff. und Vor§1 VerbrKrG, Rn.45: die bestehenden Bedenken gegen eine analoge Anwendung des Art.29 Abs.1 EGBGB betreffen die situativen Voraussetzungen jener Vorschrift, sie gelten nicht im gleichen Maße für eine Analogie im Bereich der von Art.29 EGBGB erfaßten Typen von Verbraucherverträgen; Fischer JZ 1994, 367ff. (370)

⁴⁸ Für die Feststellung der Verbrauchereigenschaft i.S.d. Art.29 EGBGB kommt es allein darauf an, ob die Entgegennahme der Leistung zum beruflich-gewerblichen oder zum privaten Lebensbereich

als Kaufvertrag gewertet werden kann, wie oben festgestellt auch in dessen Anwendungsbereich fällt. Ein internationales Schutzbedürfnis ist aber für jede Art von Verbraucherverträgen zu bejahen und nicht auf einzelne Typen von Verbraucherverträgen beschränkt. Dies folgt bereits aus der gesetzlichen Wertung des §12 AGBG, der den internationalen Anwendungsbereich des AGBG auf sämtliche Verbraucherverträge erstreckt⁴⁹.

Ferner ist zu beachten, daß die Lizenzierung, wenn sie auf unbegrenzte Zeit und gegen Entrichtung einer einmaligen Gebühr erfolgt, ohnehin dem Kauf strukturell ähnlich ist, denn auch in diesem Fall findet wie bei einem Kaufvertrag ein Austausch von Leistungen statt. Bis auf die Überlassung zur freien Verfügung entsprechen sich dabei die jeweiligen Pflichten der Vertragspartner. Auch für den Endnutzer macht es letztendlich - bis auf die unbeschränkte Verfügungsmacht über die Software- keinen Unterschied, ob ihm die Software im Wege eines Kauf- oder Lizenzvertrages überlassen worden ist: Er erhält vom Lizenzgeber eine Kopie der Software, die er auf unbegrenzte Dauer nutzen kann, und für dieses Recht zahlt er einen Preis⁵⁰. Im allgemeinen wird er sich über die vertragliche Qualifizierung der Überlassung und die daraus entstehenden Folgen keine Gedanken machen.

Auch im UN-Kaufrecht, das auch hier als Orientierungshilfe zur Auslegung des Art.29 EGBGB herangezogen werden kann, geht die Tendenz im deutschsprachigen Schrifttum dahin, die Anwendbarkeit der Konventionen auf die Überlassung von Standardsoftware unabhängig von deren vertraglich gewählter Überlassungsform, also auch in der Form der Lizenzierung, zu bejahen⁵¹.

Damit liegt es jedoch nahe, auch die Softwareüberlassung in der Form des Lizenzvertrages dem sachlichen Anwendungsbereich des Art. 29 EGBGB zu unterstellen, um so dem internationalen Schutzbedürfnis für Verbraucherverträge gerecht zu werden.

des Verbrauchers gehört; Reithmann/Martiny-Martiny (Fn.23), Rn.716

⁴⁹ so v.Hoffmann IPRax 1989, 261ff. (268)

⁵⁰ Endler/Daub CR 1993, 601ff. (604)

⁵¹ vgl. im einzelnen Endler/Daub CR 1993, 601ff. (602ff.), m.w.N.

Bei gegenteiliger Ansicht käme man zu dem kaum vertretbaren Ergebnis, daß bei der Überlassung von Standardsoftware ohne oder mit nur unwesentlichen Verwendungsbeschränkungen die für Verbraucherverträge geltenden Anknüpfungsregeln des Art.29 EGBGB Anwendung finden, somit ein Verbraucherschutz zugunsten der schwächeren Partei hinreichend gewährleistet wäre; bei der Überlassung von Standardsoftware unter Einbeziehung umfangreicher Verwendungsbeschränkungen hingegen käme Art.29 EGBGB nicht zum Zuge, mit der Folge des Verlusts zwingender inländischer verbraucherschützender Vorschriften. Obwohl in beiden Fällen aus der Sicht eines Konsumenten dieselbe Transaktion stattfindet, soll also allein die Vertragsqualifizierung, die sich bei struktureller Ähnlichkeit von Kauf- und Lizenzverträgen lediglich nach dem Umfang der vereinbarten Verwendungsbeschränkungen richtet, über den Umfang des Verbraucherschutzes für einen in Deutschland ansässigen Nutzer entscheiden. Die Willkürlichkeit dieses Ergebnisses offenbart das Dilemma einer restriktiven Auslegung des Art.29 EGBGB: Je umfassender die vom Softwareanbieter im Rahmen der Überlassung dem Softwarenehmer auferlegten Beschränkungen, desto geringer -bei steigendem Schutzbedürfnis- dessen Schutz durch zwingende inländische Verbraucherschutzbestimmungen. Es stellt sich daher allgemein die Frage, ob die Beschränkung des Art.29 EGBGB auf die Lieferung „beweglicher Sachen“ gerechtfertigt ist, oder ob nicht vielmehr im Zuge technologischer Fortentwicklung und im Zeitalter des electronic commerce eine analoge Anwendung des Art.29 EGBGB auf bisher von ihm nicht erfaßte, strukturell ähnliche Vertragstypen und Überlassungsformen der angemessene Weg zur Rechtsfortbildung ist⁵².

V. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß sich hinsichtlich des anwendbaren Rechts beim Vertrieb digitalisierbarer Waren über das Internet vielfältige Rechtsprobleme stellen. Dies wird umso deutlicher,

wenn es sich bei den dem Vertrieb zugrundeliegenden Verträgen um Verbraucherverträge handelt. Das deutsche internationale Privatrecht ist hierfür noch nicht ausreichend vorbereitet. Teilweise können solche Probleme jedoch durch sachgerechte Auslegung von Verbraucherschutzvorschriften gelöst werden, in anderen Bereichen ist gesetzgeberisches Handeln geboten. Dies gilt besonders für die räumlichen Anknüpfungskriterien des Art.29 EGBGB, die mit den derzeitigen und zukünftigen technischen Gegebenheiten nicht in Einklang zu bringen sind⁵³.

Abzuwarten bleibt, ob diese und andere Schutzlücken durch die Umsetzung der europäischen Fernabsatzrichtlinie bis zum Juni 2000 geschlossen werden. Allein auf der Grundlage des EGBGB kann dem Richtlinienauftrag angesichts der neuen technischen Möglichkeiten, etwa online zustandekommenen Verträgen, nicht entsprochen werden. Vorstellbar wäre hier die einfache, aber wirksame Lösung, bei Verbraucherverträgen dieser Art stets das Aufenthaltsstaatsrecht des Verbrauchers als objektives Statut anzuwenden⁵⁴.

? Oliver Alexander Klimek, Rechtsanwalt in Recklinghausen, und Stefanie Sieber, Policy Advisor e-business-solutions bei der IBM Informationssysteme GmbH Stuttgart und Rechtsanwältin in Stuttgart

veröffentlicht in der Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM 11/1998)

⁵² so wohl im Ergebnis auch Kronke RIW 1996, 985ff. (987ff.)

⁵³ vgl. im einzelnen Kronke RIW 1996, 985ff. (988ff.)

⁵⁴ vgl. Kronke RIW 1996,985ff. (993)