

# Wirtschaftsrecht

ANDREAS FEUERBORN/THOMAS HOEREN

## Abnahme und Ablieferung von DV-Anlagen

*Im Anschluß an den Beitrag über die Abnahme technischer Anlagen in CR 1991, 1–6, soll eine Auswahl der Rechtsprechung zur Abnahme und Ablieferung von DV-Anlagen untersucht werden. Dabei wird die Tendenz erkennbar, den Zeitpunkt der Abnahme gemäß § 640 BGB als Auslöser der Zahlungspflicht und Verjährungsbeginn der Gewährleistungsrechte möglichst weit hinauszuschieben. Bedenklich erscheint diese Ausdehnung des Schutzes dort, wo die für die werkvertragliche Abnahme entwickelten*

*Kriterien auf die kaufrechtliche Ablieferung übertragen werden, auf die sie wegen der andersartigen Ausgestaltung des Kaufvertrages jedoch nicht passen. Auch bei der vertraglichen Ausgestaltung des Abnahmeverfahrens ist auf §§ 10 Nr. 1 und 5 AGBG und die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze Rücksicht zu nehmen, wie anhand einer Auswahl von Vertragsmustern (BVB-Überlassung; Münchener Vertragshandbuch u.a.) gezeigt werden soll.*

### I. Werkvertragliche Abnahme

Treten bei der Lieferung einer DV-Anlage, die nach Werkvertragsrecht zu beurteilen ist,<sup>1</sup> Schwierigkeiten auf, so wird nach dem Fehlschlagen von Anpassungs- oder sonstigen Nachbesserungsversuchen die Abnahme zum zentralen Streitpunkt zwischen den Parteien. Diese bewirkt nämlich die Fälligkeit des Werklohnanspruchs (§ 641 BGB) und setzt auch die sechsmonatige Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche des Bestellers (§§ 633 ff. BGB) in Gang (§ 638 BGB).<sup>2</sup> Dem Werkunternehmer liegt daher an der Bestimmung eines möglichst frühen Abnahmezeitpunktes, während ein Hinausschieben der Abnahme den Interessen des Bestellers dient.

Eine Abnahme ist dann gegeben, wenn der Besteller das Werk, die DV-Anlage, körperlich entgegennimmt und ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, daß er

die Leistung als in der Hauptsache vertragsgemäße Erfüllung anerkenne.<sup>3</sup> Die Abnahme besteht also aus zwei Elementen, der körperlichen Entgegennahme und der Billigung.

#### 1. Körperliche Entgegennahme

Keine Schwierigkeiten bereitet es regelmäßig, die körperliche Entgegennahme der DV-Anlage festzustellen: Sie wird dem Besteller geliefert und ihm übergeben. Das gilt nicht nur für die Hardware, sondern auch für die Software. Zwar ist ein Programm als solches eine unkörperliche Leistung; die Abnahme ist dennoch nicht nach § 646 BGB ausgeschlossen, weil die Leistung in einer Sache, dem Datenträger, verkörpert ist. Die Abnahmefähigkeit von Software ist daher seit längerem anerkannt.<sup>4</sup>

#### 2. Billigung

Erheblich größere Probleme treten in der Praxis aber hinsichtlich des zweiten Elementes der Abnahme, der Billigung der gelieferten Anlage als im wesentlichen vertragsgemäße Leistung, auf. Der Besteller muß seinen Billigungswillen dem Unternehmer gegenüber zum Ausdruck bringen.<sup>5</sup> Das kann ausdrücklich, etwa durch ein schriftliches Abnahmeprotokoll,<sup>6</sup> geschehen. Eine derartige förmliche Abnahme ist beispielsweise in § 11 Nr. 1 BVB-Erstellung für den Fall vorgesehen, daß das vom »Auftragnehmer« erstellte DV-Programm der Leistungsbeschreibung des »Auftraggebers« entspricht.

In vielen Fällen fehlt es jedoch an einer derartigen ausdrücklichen Billigungserklärung. Dann ist zu prüfen, ob eine stillschweigende Billigung des Werkes vorliegt.

1. Dazu Feuerborn, Abnahme technischer Anlagen, CR 1991, 1 m.w.N.; zu technischen und rechtlichen Aspekten aus Herstellersicht vgl. Müller-Hengstenberg/Wild, Abnahme von Computerprogrammen, CR 1991, 527 ff.

2. Zu den weiteren Rechtsfolgen der Abnahme vgl. die Übersicht bei BGB-RGRK/Glanzmann, 12. Aufl., 1978, § 640 Rdnr. 2.

3. RG v. 22.4.1904, RGZ 57, 337, 338 1.; v. 9.7.1923, RGZ 107, 339 ff.; BGH v. 3.11.1960, BGHZ 33, 236, 237; v. 6.5.1968, BGHZ 50, 160, 162; v. 30.9.1971, NJW 1972, 99; OLG Hamm v. 12.12.1988, NJW 1989, 1041, 1042; Palandt/Thomas, 50. Aufl., 1991, § 640 Rdnr. 2 = Anm. 1 a; MünchKommBGB, 2. Aufl., 1988, § 640 Rdnr. 2 ff., w. m.w.N.

4. OLG Hamburg v. 9.8.1985, CR 1986, 83; OLG Hamm v. 12.12.1988, NJW 1989, 1041; m. anderer Begr. Junker, Computerrecht, 1983, Rdnr. 371; vgl. auch Junker, Die Entwicklung des Computervertragsrechts in den Jahren 1988 und 1989, NJW 1990, 1575, 1579 m.w.N.

5. MünchKommBGB, § 640 Rdnr. 7.

6. Vgl. für den Bauvertrag § 12 Nr. 4 VOB B; MünchKommBGB, § 640 Rdnr. 28.

7. Besondere Vertragsbedingungen für das Erstellen von DV-Programmen v. 20.12.1985, Beil. Nr. 13a/86 zum Bundesanzeiger Nr. 13 v. 21.1.1986.

Andreas Feuerborn ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht der Universität Münster.  
Dr. iur. hc. theol. Thomas Hoeren ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kirchenrecht an der Universität Münster tätig.

## Stillschweigende Billigung

Die Feststellung einer stillschweigenden Billigung und damit einer Abnahme des Werkes setzt ein Verhalten des Bestellers voraus, das seinen Willen erkennen läßt, die Leistung als im wesentlichen vertragsgemäß anzuerkennen.<sup>8</sup> Diese Auslegung richtet sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB, die nicht nur auf Willenserklärungen, sondern auch auf geschäftsähnliche Handlungen Anwendung finden.<sup>9</sup> Zu würdigen sind alle Umstände des Einzelfalles und das Gesamtverhalten des Bestellers.<sup>10</sup> Da die Abnahme dem Unternehmer gegenüber erklärt werden muß, ist auf seinen objektivierten Empfängerhorizont abzustellen.<sup>11</sup>

### Billigung nach erfolgreichem Probelauf

Die Auslegung eines tatsächlichen Bestellerverhaltens als Billigung der DV-Anlage hängt also zunächst wesentlich davon ab, zu welchem Zeitpunkt der Werkunternehmer frühestens mit einer derartigen Willensbetätigung rechnen darf. Der Besteller wird die Anlage vernünftigerweise erst als in der Hauptsache vertragsgemäß anerkennen, nachdem er eine entsprechende Prüfung durchführen konnte. Da aber DV-Anlagen wegen ihrer Komplexität einer sofortigen Überprüfung kaum zugänglich sind, scheidet die körperliche Entgegennahme der Anlage als konkludente Billigung regelmäßig aus.<sup>12</sup> Demgemäß wird eine konkludente Abnahme von Software im Regelfall erst vorliegen, »wenn alle Programme bei einer ausführlichen Erprobung letztlich fehlerfrei gelaufen sind und die beabsichtigte Produktion zufriedenstellend ausprobiert worden ist«.<sup>13</sup>

Nach einer anderen Entscheidung ist ein Computerprogramm zur sofortigen Abnahme ungeeignet, weil sich seine Tauglichkeit und etwaige Mängel erst im Gebrauch herausstellen.<sup>14</sup> Diese Formulierung könnte so verstanden werden, daß eine stillschweigende Billigung vor einem erfolgreichen Probelauf der DV-Anlage nicht nur regelmäßig ausscheidet, sondern sogar unmöglich ist. Dem steht jedoch entgegen, daß die Abnahme nach § 640 BGB keine Erprobungsmöglichkeit des Werkes voraussetzt; der Besteller ist vielmehr in seiner Entscheidung frei, ob er das Werk trotzdem als im wesentlichen vertragsgemäß billigen will.<sup>15</sup> Deshalb kann der erfolgreiche Probelauf des Programmes keine absolute Sperre für eine vorherige Billigungserklärung sein.

Diese Einschränkung gilt ebenso in bezug auf die gängige Abnahmeformel für Software, derzufolge erst ein erfolgreicher Probelauf stattgefunden haben muß.<sup>16</sup> Die zitierte Formel dient nur der Klärung einer Auslegungsfrage: Wann kann der Unternehmer, in Ermangelung einer ausdrücklichen Abnahme, eine tatsächliche Handlung des Bestellers als Billigung der von ihm hergestellten DV-Anlage verstehen? Die Abnahmeformel ist eine Faustregel; es handelt sich um eine Auslegungshilfe, die auf den Regelfall abstellt.<sup>17</sup> Läßt sich jedoch anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles, etwa der dauernden produktiven Nutzung der Anlage trotz vorhandener Mängel, eine konkludente Abnahme zu einem früheren Zeitpunkt feststellen, dann steht die

Abnahmeformel diesem Ergebnis nicht entgegen.<sup>18</sup> Sie hat lediglich Indizwirkung für eine stillschweigende Abnahme; diese Wirkung ist allerdings relativ stark, da der Besteller eine DV-Anlage nach der Lebenserfahrung regelmäßig und für den Unternehmer erkennbar erst dann als Vertragserfüllung behalten will, wenn sie im wesentlichen fehlerfrei läuft.<sup>19</sup>

### Weitere Indizien für eine stillschweigende Billigung

#### □ Zahlung des Gesamtpreises

Die vorbehaltlose Zahlung des Werklohnes kann regelmäßig als Billigung gewertet werden.<sup>20</sup> Der Besteller wird die angebotene Leistung kaum bezahlen, wenn er sie nicht als Vertragserfüllung gelten lassen will. Eine solche Billigung ist insbesondere anzunehmen, wenn weitere Umstände den Schluß zulassen, daß der Besteller mit dem Werk grundsätzlich zufrieden war. Das gilt etwa dann, wenn der Besteller zeitgleich mit der Bezahlung der deutschen Version dringend die Lieferung der englischen Version desselben DV-Programmes anmahnt.<sup>21</sup>

Die vollständige Zahlung bedeutet jedoch keine Gesamtabnahme eines DV-Systems, wenn ein wesentlicher, ohne weiteres abgrenzbarer Teil der Leistung wie die Benutzerdokumentation fehlt.<sup>22</sup> Ebenso ist in der Bezahlung kleinerer Teilrechnungen keine Abnahme zu sehen, wenn im fraglichen Zeitraum ein umfangreicher Schriftwechsel über Mängel und Änderungen geführt wird. Daraus folgt nämlich, daß der Besteller nicht grundsätzlich mit der Leistung zufrieden ist.<sup>23</sup>

#### □ Produktive Nutzung

Starke Indizwirkung für eine Anerkennung der DV-Anlage als im wesentlichen vertragsgemäß hat es, wenn der Besteller die Software über einen nicht unerheblichen Zeitraum produktiv einsetzt. Das gilt nicht nur, wenn das Programm mängelfrei ist, sondern auch dann, wenn es in Kenntnis vorhandener Mängel (weiter) benutzt wird.<sup>24</sup> Im letztgenannten Fall muß bei der Auslegung allerdings gewichtet werden, daß ein DV-Programm regelmäßig erst gebilligt wird, wenn es im

8: BGB-RGRK Glanzmann, § 640 Rdnr. 8 m.w.N.

9: Palandt *Heinrichs*, § 133 Rdnr. 3. = Anm. 2 a.

10: *BGH v. 20.9.1984*, NJW 1985, 731, 732; *OLG Saarbrücken v. 30.4.1986*, CR 1988, 470.

11: Vgl. Palandt *Heinrichs*, § 133 Rdnr. 9; = Anm. 4 c; MünchKomm *Soergel*, § 640 Rdnr. 7.

12: *Feuerborn*, CR 1991, 3; *Unger*, Anm. zu *OLG Hamburg v. 9.8.1985*, CR 1986, 85, 86; »Annahme ... wäre lebens-tremd-«; vgl. *OLG Düsseldorf v. 7.12.1988*, CR 1989, 689.

13: *OLG Hamburg v. 9.8.1985*, CR 1986, 83; *OLG Düsseldorf v. 7.12.1988*, CR 1989, 689; vgl. a. *OLG Koblenz v. 28.11.1986*, CR 1988, 463; *Unger*, CR 1986, 85, 86.

14: *OLG Celle v. 8.11.1985*, iur 1986, 311.

15: *BGH v. 24.11.1969*, NJW 1970, 421.

16: *OLG München v. 24.1.1990*, CR 1991, 19.

17: *Feuerborn*, CR 1991, 3.

18: Vgl. schon *OLG Hamburg v. 9.8.1985*, CR 1986, 83, 84.

19: *Unger*, CR 1986, 85, 86.

20: *BGH v. 24.11.1969*, NJW 1970, 421, 422; *OLG Hamm v. 12.12.1985*, CR 1989, 385; *OLG München v. 24.1.1990*, CR 1991, 19, 21.

21: *OLG Hamm v. 12.12.1988*, CR 1989, 385, 386.

22: *OLG Stuttgart v. 1.10.1986*, iur 1987, 153.

23: *OLG Hamm v. 8.3.1989*, CR 1989, 1091, 1092.

24: *OLG München v. 24.1.1990*, CR 1991, 19, 21; vgl. a. *OLG Hamm v. 12.10.1985*, CR 1989, 486, 488.

Betrieb eine gewisse Zeit ohne gravierende Mängel gelaufen ist.<sup>25</sup>

Eine Abnahme liegt dagegen nicht vor, wenn der Besteller nach der Installierung des Programmes lediglich Arbeitsversuche unternommen hat, die wegen der Schwere der Mängel aber nicht zu einer wirtschaftlichen Nutzung führen konnten.<sup>26</sup>

— *Liefer- oder Übergabebestätigung, Besuchsnachweis*  
Unternehmer lassen sich häufig vom Besteller eine Liefer- oder Übergabebestätigung über die vertragsgemäße Lieferung der DV-Anlage unterzeichnen. Sie können aber in vielen Fällen schon wegen ihres fiktiven Charakters keine Abnahme bewirken.<sup>27</sup> Etwas anderes kann aber gelten, wenn eine Übergabebestätigung erst eine gewisse Zeit nach der Lieferung unterschrieben wird und der Wortlaut erkennen zum Billigung zum Ausdruck bringt. Eine Abnahme liegt jedenfalls dann vor, wenn zusätzlich ein »Ergänzungsvertrag« über die Restprogrammierung durch einen Dritten abgeschlossen wird und dieser dabei auf den bisherigen Leistung des Unternehmers aufbauen soll.<sup>28</sup>

Demgegenüber bedeutet die Bestätigung, die bestellten Programme seien geliefert worden, regelmäßig keine Abnahme, da die Gebrauchsfähigkeit der Software zu diesem Zeitpunkt noch nicht beurteilt werden kann.<sup>29</sup> Das gilt insbesondere dann, wenn der Unternehmer die Inbetriebnahme durch einen fachkundigen Mitarbeiter und eine Erprobung zugesagt hat.<sup>30</sup> Ein »Besuchsnachweis«, in dem nur die Übergabe von DV-Programmen und die Besprechung von Änderungen und Anpassungen festgehalten worden sind, bedeutet schon nach dem Wortlaut der Überschrift keine Abnahme.<sup>31</sup>

Auch der Adressat der Bestätigung spielt für deren Auslegung eine entscheidende Rolle: Bestätigt der Leasingnehmer seinem Leasinggeber, er habe die gemietete DV-Anlage in betriebsfähigem und einwandfreiem Zustand übernommen, so wirkt die Erklärung nur im Mietverhältnis; sie enthält keine Abnahme gegenüber den Lieferanten.<sup>32</sup>

### *Indizien gegen eine stillschweigende Billigung*

Wesentliches Indiz gegen die Auslegung einer Handlung des Bestellers als konkludente Billigung der DV-Anlage ist es, wenn sie vor dem Ablauf einer angemessenen Erprobungsphase erfolgt.<sup>33</sup> Weiterhin spricht es stark gegen eine Billigung, wenn zeitgleich mit den Handlungen, die eine Abnahme bedeuten können, ein umfangreicher Schriftwechsel über Mängel und Änderungen geführt wird und der Unternehmer ständig zu Nachbesserungen aufgefordert wird.<sup>34</sup>

## II. Kaufrechtliche Abnahme und Ablieferung

### 1. Abnahme gemäß § 433 Abs. 2 BGB

Im Gegensatz zum Werkvertragsrecht handelt es sich bei der Abnahme nach Kaufrecht um einen rein tatsächlichen Vorgang, nämlich die bloße »körperliche Hinwegnahme der Sache«.<sup>35</sup> Sie ist, wie die körperliche Entgegennahme im Rahmen von § 640 BGB, in der Praxis leicht feststellbar und daher unproblematisch.

### 2. Ablieferung gemäß § 477 Abs. 1 S. 1 BGB

Schwieriger zu beurteilen ist dagegen oft, wann die DV-Anlage abgeliefert und damit gemäß § 477 Abs. 1 S. 1 BGB die sechsmonatige Verjährungsfrist in Gang gesetzt worden ist. Diese Vorschrift soll dazu dienen, den Rechtsfrieden rasch wiederherzustellen und die Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich nach längerer Zeit bei der Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln einstellen.<sup>36</sup> Deshalb muß die Kaufsache in Erfüllung des Kaufvertrages so in den Machtbereich des Käufers gebracht worden sein, daß dieser sie, wo sie sich befindet, untersuchen kann.<sup>37</sup>

Diese Definition gilt auch für die Ablieferung von DV-Anlagen.<sup>38</sup> Daher genügt grundsätzlich die schlichte Anlieferung beim Käufer.<sup>39</sup> Allerdings sieht der Kaufvertrag darüber hinaus vielfach vor, die Anlage beim Käufer zu installieren. Die Installation gehört dann zu den Vertragspflichten des Verkäufers, und die DV-Anlage ist erst abgeliefert, wenn sie vertrags- und ordnungsgemäß installiert wurde. Denn erst dann hat der Käufer die Möglichkeit, sie zu untersuchen.<sup>40</sup>

### 3. Gleichsetzung von Ablieferung und werkvertraglicher Abnahme

Wie gezeigt sind die Funktionen der kaufrechtlichen Ablieferung und der werkvertraglichen Abnahme grundverschieden; im ersten Fall geht es um die Untersuchungsmöglichkeit des Käufers in bezug auf Sachmängel, im zweiten um die Anerkennung des angebotenen Werkes als vertragsgemäß zur Konkretisierung der Leistungspflicht. Trotzdem wird die Ablieferung teilweise nach denselben Kriterien bestimmt wie die Ab-

<sup>25</sup> Siehe oben -Billigung nach erfolgreichem Probelauf-.

<sup>26</sup> *LG München I v. 21.10.1986*, CR 1986, 803 f., 805; *OLG Hamm v. 8.3.1989*, CR 1989, 1091, 1092.

<sup>27</sup> Vgl. etwa die Nachw. bei *Junker*, NJW 1990, 1579 f.

<sup>28</sup> *OLG Saarbrücken v. 30.4.1986*, CR 1986, 470, 471.

<sup>29</sup> *OLG Hamm v. 8.3.1989*, CR 1989, 1091.

<sup>30</sup> *OLG Koblenz v. 28.11.1986*, CR 1986, 463, 467.

<sup>31</sup> *OLG Hamm v. 8.3.1989*, CR 1989, 1091.

<sup>32</sup> *OLG Stuttgart v. 1.10.1986*, nur 1987, 153, 155.

<sup>33</sup> Siehe oben unter -Billigung nach erfolgreichem Probelauf-.

<sup>34</sup> *LG München I v. 21.10.1986*, CR 1986, 803, 805; *LG Duisburg v. 18.3.1988*, CR 1989, 494; *OLG Hamm v. 8.3.1989*, CR 1989, 1091, 1092.

<sup>35</sup> *RG v. 9.12.1902*, RGZ 53, 161, 162; *Staudinger Köhler*, 12. Aufl., 1978, § 433 Rdnr. 70 m.w.N.; vgl. *Feuerborn*, CR 1991, 5 f.

<sup>36</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 2. unveränd. Aufl., Berlin 1896, S. 238; *BGH v. 24.5.1976*, BGHZ 66, 315, 321.

<sup>37</sup> *BGH v. 30.1.1985*, BGHZ 93, 338, 345 m.w.N.

<sup>38</sup> *LG Tübingen v. 21.5.1987*, CR 1988, 306, 307.

<sup>39</sup> *OLG Hamm v. 12.10.1988*, CR 1989, 486, 487, 488; vgl. a. *OLG Hamm v. 28.5.1986*, CR 1987, 363, 364.

<sup>40</sup> *LG Tübingen v. 21.5.1987*, CR 1988, 306, 307; *LG München I v. 21.9.1989*, CR 1990, 465.

nahme: »Eine DV-Anlage ist in der Regel erst dann abgeliefert i.S. des § 477 BGB oder abgenommen i.S. des § 640 BGB, wenn sie nach Einweisung des Personals des Empfängers und der Überwindung immer wieder vorkommender Anfangsschwierigkeiten eine gewisse Zeit mangelfrei gearbeitet hat.«<sup>41</sup>

Der Grund für die Gleichbehandlung von Ablieferung und Abnahme dürfte sein, daß die Rechtsprechung dem Käufer einer Standard-DV-Anlage den gleichen Schutz gewähren will, wie ihn der Besteller einer Individual-DV-Anlage nach § 640 BGB genießt. Dieser kann, solange die Anlage nicht fehlerfrei ist, die Abnahme verweigern und weiterhin Erfüllung verlangen; vorher muß er nicht bezahlen, und seine Gewährleistungsrechte können nicht verjähren. Jener dagegen kann die Ablieferung als einseitigen, selbständigen Akt des Verkäufers nicht verhindern und damit auch nicht den Beginn der sechsmonatigen Verjährungsfrist. Hinsichtlich der Untersuchungsmöglichkeit macht es für den EDV-Laien aber keinen großen Unterschied, ob die

• Anlage standardisiert oder speziell auf seine Bedürfnisse zugeschnitten worden ist; in beiden Fällen entzieht sie sich wegen ihrer Komplexität einer sofortigen Überprüfbarkeit. Wegen dieser Schwierigkeiten wird der Ablieferungszeitpunkt hinausgeschoben: Die Vorschriften seien auf Kaufsachen zur Zeit der Jahrhundertwende zugeschnitten, die der Käufer leicht untersuchen könne; sie seien jedoch nicht für komplizierte technische Geräte und Gegenstände oder etwa DV-Programme konzipiert.<sup>42</sup>

Die Schutzbestrebungen müssen allerdings mit § 477 Abs. 1 S. 1 BGB (noch) vereinbar sein. Danach hängt der Beginn der Verjährung gerade nicht von einer Billigung des Käufers i.S.v. § 640 BGB ab, sondern nur von der Einräumung einer Untersuchungsmöglichkeit durch den Käufer. Insoweit erscheint es allenfalls gerechtfertigt, die Einweisung des Personals als Voraussetzung der Untersuchungsmöglichkeit anzusehen. Die darüber hinausgehende Forderung, die Anlage müsse einige Zeit mangelfrei gearbeitet haben, wird indes vom Begriff der Ablieferung nicht mehr gedeckt; es handelt sich bereits um das Ergebnis, aber nicht mehr um die Möglichkeit der Untersuchung. Außerdem verlor die Gewährleistungsregeln ihren Sinn, wenn die Ablieferung den mangelfreien Lauf der DV-Anlage voraussetze.<sup>43</sup>

Der EDV-Laie bleibt im übrigen nicht völlig schutzlos, weil er, anders als der Fachmann, bei der Untersuchung (dem Probelauf) auftretende Mängel nicht substantiiert rügen muß. Er genügt seiner Rüge- und Mitwirkungsobliegenheit, wenn er aufzählt, in welchen Punkten er mit der DV-Anlage unzufrieden ist und welche Auswirkungen möglicher Mängel ihm aufgefallen sind.<sup>44</sup> Die beste Absicherung dürfte es jedoch sein, im Vertrag eine Abnahmeprüfung mit genau festgelegten Kriterien vorzusehen.<sup>45</sup>

### III. Abnahmekriterien in ausgewählten Musterverträgen

Welche Kriterien werden aber in gängigen DV-Musterverträgen für eine Abnahme der Anlage angegeben? Wie sollte die Abnahme in DV-Verträgen geregelt werden? Im folgenden soll dieser Frage anhand ausgewählter Beispiele nachgegangen werden.

#### 1. Besondere Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand

Die Besonderen Vertragsbedingungen für DV-Anlagen und -Programme, die von der öffentlichen Hand in Kooperation mit der EDV-Industrie entwickelt wurden, enthalten sehr komplizierte und ausgetüftelte Abnahmeverfahren. Die Struktur dieser Verfahren soll im folgenden am Beispiel der Besonderen Vertragsbedingungen für die Überlassung von DV-Programmen (BVB-Überlassung)<sup>46</sup> und der darin enthaltenen Regelungen zum normalen Erwerb von Standardprogrammen für EDV-Anlagen (Vertragstyp I; vgl. § 1 lit. a) dargestellt werden. Die Grundzüge der dortigen Abnahmeklausel finden sich in ähnlicher Form in allen anderen BVB-Regelwerken wieder.<sup>47</sup>

##### a) Vereinfachtes Abnahmeverfahren

Für den Vertragstyp I gilt nach § 9 BVB-Überlassung das sog. vereinfachte Abnahmeverfahren. Der Auftraggeber hat dabei nach erfolgreicher Funktionsprüfung unverzüglich schriftlich die Abnahme zu erklären, wenn die Leistung des Auftragnehmers der Leistungsbeschreibung entspricht (§ 9 Nr. 1). Die Funktionsprüfung gilt erst dann als erfolgreich durchgeführt, »wenn feststeht, daß die Programme den in der Leistungsbeschreibung festgelegten Spezifikationen entsprechen und für den vorgesehenen Einsatzzweck geeignet sind« (§ 9 Nr. 2).

Wenn die Funktionsprüfung nicht erfolgreich durchgeführt werden kann, so bestehen für den DV-Anwender mehrere Möglichkeiten:

□ Ist das Programm für den vorgesehenen Einsatzzweck ungeeignet (§ 9 Nr. 2, 2. Alt.), so kann er binnen zwei Wochen nach Ablauf der Funktionsprüfung vom Vertrag zurücktreten; während dieser Erklärungsfrist ist eine Nutzung der Programme unzulässig. Erklärt

41 OLG Düsseldorf v. 7.12.1988, CR 1989, 689; demgegenüber unterscheiden etwa OLG Hamm v. 28.5.1986, CR 1987, 363 und v. 12.10.1988, CR 1989, 486, 488 sowie OLG München v. 24.1.1990, CR 1991, 19, 20 f. deutlich zwischen beiden Begriffen.

42 OLG Schleswig v. 6.11.1981, ZIP 1982, 457, 458; das OLG Düsseldorf a.a.O. nimmt Bezug auf diese Entscheidung.

43 Vgl. zum Werkvertragsrecht OLG München v. 24.1.1990, CR 1991, 15, 21.

44 OLG Celle v. 8.11.1985, Iur 1986, 311.

45 Zahent, DV-Verträge: Gestaltung durch den Anwender, 1987, Kap. 6.4.4, S. 159 f.; dazu ausführlich Müller-Hengstenberg Wild, FN 1.

46 Vgl. die Bekanntmachung der Besonderen Vertragsbedingungen für die Überlassung von Programmen BVB-Überlassung vom 4. November 1977, Beil. 26 zum Bundesanzeiger Nr. 216 vom 19. November 1977.

47 Vgl. § 11 BVB-Erstellung, FN 7; dort sind allerdings einige der oben angesprochenen Mängel korrigiert worden.

der Anwender nicht den Rücktritt, »gilt die Abnahme als erklärt« (§ 9 Nr. 4).

Entspricht das Programm nicht der Leistungsbeschreibung, so braucht der DV-Anwender das Programm nicht abzunehmen. Erklärt der Anwender dennoch die Abnahme, so »werden die Abweichungen in der Abnahmeerklärung als Mängel festgehalten« (§ 9 Nr. 3).

#### b) Allgemeine Kritik

Diese Regelung ist in mehrerlei Hinsicht mißlungen: Schon das Verhältnis von § 9 Nr. 1 zu § 9 Nr. 2 ist unklar. § 9 Nr. 1 sieht vor, daß die Programme der Leistungsbeschreibung entsprechen müssen; warum dieses Kriterium dann in § 9 Nr. 2 noch einmal wiederholt wird, bleibt ein Rätsel. Auch sprachlich ist die Vorschrift äußerst ungenau: So spricht die Regelung vom »vorgesehenen Einsatzzweck«. Wer »sieht« aber den Einsatzzweck »vor«? Wo ist der Einsatzzweck festgelegt? Muß er sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben, oder reichen vage Vorstellungen des Auftraggebers? Auch unpräzise sind die Begriffe »entspricht« (§ 9 Nr. 1) und »feststeht« (§ 9 Nr. 2). Wann »entspricht« ein Programm der Leistungsbeschreibung? Wann steht fest, daß es zum Einsatz geeignet ist? Was ist, wenn kleinere Mängel auftauchen? Kann der Auftraggeber nach Belieben über die Eignung des Programms entscheiden?

Im Grunde verkennt die Regelung den Sinn und Zweck der Abnahme: Der Auftraggeber muß danach nie die Abnahme erklären, da er immer wieder vermeintliche Mängel oder Abweichungen von der Leistungsbeschreibung vorschieben kann. Gleichzeitig hätte es der Auftraggeber damit in der Hand, darüber zu bestimmen, wann der Vertrag beginnt; denn nach § 4 Nr. 1 beginnt die Leistungsdauer des Vertrages erst mit dem Tag der Abnahme. Auch könnte sich der Auftraggeber jeglicher Zahlungspflicht durch willkürliche Verweigerung der Abnahme entziehen, da nach § 5 Nr. 2 erst nach erfolgter Abnahme gezahlt werden muß. Darüber hinaus kann der Auftraggeber nach Belieben die Verjährung seiner Gewährleistungsansprüche verlängern, da der Zeitpunkt der Abnahme auch den Beginn der Verjährung markiert (vgl. § 10 Nr. 3).

#### c) Inhaltskontrolle nach dem AGBG

Es stellt sich die Frage, inwieweit die Abnahmeregelung in § 9 BVB-Überlassung den Vorschriften des AGBG entspricht.

48. So etwa Müller-Hengstenberg, CR 1991, 18, 19.

49. BGH v. 27.11.1990, CR 1991, 273 m. Anm. Schmidt und Müller-Hengstenberg.

50. LG Köln v. 21.3.1989, CR 1989, 1094 m. Anm. Schmidt; OLG Köln v. 31.1.1990, CR 1991, 17 m. Anm. Müller-Hengstenberg.

51. § 10 Nr. 1 AGBG gilt über § 9 AGBG auch im kaufmännischen Bereich; vgl. Erman, *Hetermehl*, 8. Aufl., 1989, § 10 Nr. 1 AGBG, Rdnr. 11 m.w.N.

52. Vgl. Erman, *Hetermehl*, § 10 Nr. 1 AGBG, Rdnr. 7.

53. Vgl. zu einem ähnlichen Fall im VOB-Bereich BGH v. 23.2.1989, NJW 1989, 1602, 1603.

54. § 10 Nr. 5 AGBG gilt auch – über § 9 AGBG – im kaufmännischen Bereich; vgl. MünchKommKözt, 2. Aufl., 1984, § 10 AGBG, Rdnr. 35 m.w.N.

#### Anwendbarkeit des AGBG

Dabei taucht zunächst die Frage auf, ob die BVB überhaupt wie normale Geschäftsbedingungen am Maßstab des AGBG gemessen werden können. Ein Teil der Literatur<sup>48</sup> geht nämlich davon aus, daß die BVB – ähnlich wie die VOB-Vorschriften – nur als Ganzes auf ihre Ausgewogenheit hin überprüft werden können. Der BGH<sup>49</sup> hat jedoch inzwischen anderslautende Entscheidungen des LG Köln und OLG Köln<sup>50</sup> bestätigt, wonach die einzelnen Klauseln der BVB der vollen Kontrolle des AGBG unterliegen; insofern ist auch die Abnahmeregelung in § 9 BVB-Überlassung an den §§ 9 ff. AGBG zu messen.

#### Verstoß gegen § 10 Nr. 1 AGBG

Obige Regelung könnte insbesondere gegen § 10 Nr. 1 AGBG verstoßen. Danach sind u.a. Klauseln unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichende Fristen für die Erbringung einer Leistung vorbehält.<sup>51</sup> Dabei betrifft § 10 Nr. 1 AGBG Fristen zur Leistung jeder Art, unabhängig davon, ob es sich um eine Haupt- oder eine Nebenleistung handelt.<sup>52</sup> Insofern gilt diese Vorschrift auch für die Pflicht des DV-Anwenders zur Erklärung der Abnahme, losgelöst davon, inwieweit im konkreten Fall eine werkvertragliche Haupt- oder eine kaufvertragliche Nebenpflicht zur Debatte steht.<sup>53</sup>

Wie oben bereits dargestellt, erlaubt es § 9 BVB-Überlassung dem DV-Anwender aber, die Abnahme nach freiem Belieben hinauszuzögern. Insofern weichen die BVB auch von dem in § 640 BGB geregelten Leitbild der Abnahme erheblich ab. Indem es der DV-Anwender in der Hand hat, wann die Vergütung fällig wird und die Gewährleistungsfrist beginnt, bevorzugt die Regelung einseitig den DV-Anwender zu Lasten des Herstellers. Demnach bestehen an der Wirksamkeit einer solchen Regelung im Hinblick auf § 10 Nr. 1 AGBG erhebliche Zweifel.

#### Verstoß gegen § 10 Nr. 5 AGBG

Fraglich ist auch, ob die Abnahmefiktion in § 9 Nr. 4 BVB-Überlassung nicht mit § 10 Nr. 5 AGBG kollidiert. Nach dieser Vorschrift sind Klauseln, kraft derer eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben gilt, grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich der Verwender verpflichtet, den Kunden auf die Folgen seines Untätigbleibens bei Fristbeginn gesondert hinzuweisen, und dem Kunden darüber hinaus in den AGB eine angemessene Frist zur ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird.<sup>54</sup>

Bei Verwendung der BVB-Überlassung durch die öffentliche Hand greifen diese Bedenken von vornherein nicht ein, da die öffentliche Hand diese Bedingungen als DV-Anwender verwendet und somit gerade keine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders, sondern des Verwenders fingiert werden soll.<sup>55</sup>

Könnte eine Abnahmefiktion aber auch von DV-Herstellern in ihre Geschäftsbedingungen aufgenommen werden? Dies erscheint in verschiedener Hinsicht

zweifelhaft: Die BVB-Regelung knüpft an das Fehlen einer fristgerechten Rücktrittserklärung und insofern an ein Schweigen einen bestimmten Erklärungswert; insoweit liegen die Voraussetzungen des § 10 Nr. 5 AGBG vor. Auch die Ausnahmenvorschrift des § 10 Nr. 5 lit. a und b AGBG greift nicht ein, da die BVB-Klausel keine Verpflichtung des Verwenders zum Hinweis auf die rechtlichen Folgen des Untätigbleibens enthält.

Die Verwender der BVB können sich auch nicht darauf berufen, daß die Klausel keine Fiktion enthalte, sondern lediglich eine konkludente Billigung der Programme zum Ausdruck bringe, die auch nach allgemeinem Recht als Abnahmeerklärung anzusehen wäre.<sup>56</sup> Denn nach den BVB soll während der Frist zur Erklärung des Rücktritts eine Nutzung der Programme unzulässig sein (vgl. § 9 Nr. 4 S. 2 BVB-Überlassung). Insofern liegt der BVB-Klausel kein Fall einer widerspruchsfreien Ingebrauchnahme zugrunde; vielmehr wird selbst dann die Abnahme fingiert, wenn der Anwender die Ungeeignetheit der Programme zwar gerügt hat, aber erst nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist den Rücktritt erklärt. Im Ergebnis geht die Abnahmefiktion des § 9 Nr. 4 BVB-Überlassung daher weit über das hinaus, was als schlüssige Billigung nach allgemeinem Recht angesehen werden könnte; sie verstößt damit auch gegen § 10 Nr. 5 AGBG, sofern sie von einem DV-Hersteller zur Grundlage seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen gemacht würde.

## 2. Mustervertrag

*Harte-Bavendamm* und *Kindermann* haben im Münchener Vertragshandbuch vor einigen Jahren einen eigenen Mustervertrag für die »Überlassung von DV-Programmen in Objekt-Programm-Form« vorgestellt.<sup>57</sup> In § 5 wird unter der Überschrift »Testzeitraum« dem Kunden ein Zeitraum zur kostenlosen Erprobung des Programms (dort sprachlich unschön als »Lizenzmaterial« bezeichnet)<sup>58</sup> zugewilligt. Es heißt dort:

»Während des Testzeitraums prüft der Kunde, ob das Lizenzmaterial seinen Anforderungen genügt. Ist dies nicht der Fall, kann er die Lizenz für das getestete Lizenzmaterial fristlos kündigen. Erfolgt bis zur Beendigung des Testzeitraums keine Kündigung, gehen beide Vertragsparteien davon aus, daß das Programm für die Zwecke des Kunden grundsätzlich brauchbar ist.«<sup>59</sup>

Diese Klausel ist aus mehreren Gründen bedenklich:

– Schon der systematische Kontext der Klausel und die Überschrift sind unglücklich. Unter der scheinbar harmlosen Überschrift »Testzeitraum« findet sich an versteckter Stelle die für den Kunden sehr wichtige Regelung der Abnahme. Dies könnte im Hinblick auf § 3 AGBG bedenklich sein, da eine solche Platzierung der Abnahmeregelung unter Umständen von den Gerichten als überraschend bewertet wird.

– Bedauerlich ist auch, daß die Abnahme noch nicht einmal als »Abnahme« gekennzeichnet ist. Dem Kunden wird nicht deutlich, welche erheblichen Konse-

quenzen der Ablauf des Testzeitraums für ihn haben kann.

– Die Verfasser des Mustervertrages wollen dem Kunden auch nicht die Möglichkeit geben, den Testzeitraum zeitlich voll auszuschöpfen. Der Kunde muß vielmehr innerhalb der Testzeit kündigen, wobei unklar bleibt, ob auf den Zeitpunkt der Absendung oder des Zugangs der Kündigungserklärung abgestellt werden soll. Eine Bedenkzeit nach Ablauf der Testzeit, in der der Kunde überlegen kann, wie er auf etwaige Programmfehler reagiert, ist nicht vorgesehen. Im Grunde beinhaltet die Klausel eine (versteckte) Abnahmefiktion, die nach § 10 Nr. 5 AGBG wohl kaum zulässig sein dürfte. Denn auch hier wird wieder das Schweigen des Kunden als Erklärung der Abnahme gewertet, ohne daß man aufgrund des bisherigen Verhaltens des Kunden von einer schlüssigen Billigung der Programme ausgehen kann.

## 3. Die früheren NIXDORF-Bedingungen

Trotz der AGB-rechtlichen Schwierigkeiten, die eine Abnahmeregelung verursachen kann, sollte auf eine solche Regelung – auch und gerade bei EDV-Kaufverträgen – nicht verzichtet werden.<sup>60</sup> Wenn man die Frage der Abnahme schon in kurzer Form vertraglich regelt, sollte man auf den in der Praxis verbreiteten »Klausel-Standard« zurückgreifen, der sich z.B. in den früheren Geschäftsbedingungen von NIXDORF niederschlägt. Dort heißt es etwa in den »Bedingungen für die Erstellung von Individualanwendersoftware«:

»Die fertiggestellten Programme werden dem Anwender vorgeführt und sind von ihm unverzüglich schriftlich abzunehmen. Werden Programme vom Anwender nicht abgenommen, aber gleichwohl benutzt, so gelten diese Programme 4 Wochen nach Programmübergabe als abgenommen, sofern NIXDORF nicht zuvor wesentliche Programmängel gemeldet werden und eine Abnahme unter Hinweis auf die Mängel ausdrücklich abgelehnt wird.«<sup>61</sup>

Diese Regelung hat den Vorteil, daß sie einer Inhaltskontrolle nach § 10 Nr. 5 AGBG standhält. Denn in

55. So auch Bömer, Die Pflichten im Computersoftwarevertrag, München 1988, 134.

56. Vgl. zu diesem Gedanken Erman *Hetermehl*, § 10 Nr. 5 AGBG Rdnr. 5 m.w.N.

57. Schütze/Weipert Hrsg., Münchener Vertragshandbuch, Band 3, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. München 1987, S. 566 ff.

58. Die Verwendung des Begriffs »Lizenzmaterial« zeigt auch, woher der von *Harte-Bavendamm* und *Kindermann* präsentierte Mustervertrag eigentlich stammt, da es sich um einen typischen IBM-Ausdruck handelt. Der Mustervertrag orientiert sich insofern in weiten Teilen – auch hinsichtlich obiger Klausel – am Lizenzvertrag für IBM-Programme (IBM Form 30675-3).

59. Ähnlich auch der Mustervertrag, den die Schweizerische Vereinigung für Datenverarbeitung, der Schweizer Bürofach-Verband u.a. im Oktober 1986 erarbeitet haben (Rdnr. 9.5.).

60. Insofern sind etwa die »Allgemeinen Vertragsbedingungen für Dienstleistungen von Rechenzentren« (abgedruckt im Bundesanzeiger Nr. 38 v. 25.2.1982) sowie die Musterverträge für Software der Österreichischen Computer Gesellschaft (veröffentlicht 1987) sehr lückenhaft, da dort jegliche Abnahmeregelung fehlt.

61. Ähnliche Regelungen finden sich in den Softwareüberlassungsbedingungen der österreichischen Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft unter Rdnr. 2.4., abgedruckt in EDV & Recht 2/1987, 32 ff. und bei Frank A. Koch, Muster-Vertrag: Software-Entwicklungsvertrag, Freiburg 1986, § 41.

dieser Klausel wird nur das wiedergegeben, was als starkes Indiz für eine stillschweigende Billigung des Werkes zu sehen ist: Wer eine DV-Anlage oder ein DV-Programm über vier Wochen hinweg nach einer Vorführung »produktiv« nutzt, ohne Mängel zu rügen, hat bereits konkludent die Abnahme erklärt. Die Klarstellung dieser allgemeinen, nach dem BGB geltenden Rechtslage durch eine Vertragsklausel kann aber nicht gegen das AGBG verstoßen (vgl. §§ 6 Abs. 2, 8 AGBG). Die Zeit der produktiven Nutzung darf jedoch nicht zu kurz bemessen werden. Teilweise wird z.B. eine Nutzungsfrist von nur zwei Wochen gewährt.<sup>62</sup> Eine so kurze Frist dürfte im Hinblick auf die Komplexität von DV-Anlagen wohl auf jeden Fall zu kurz sein, so daß im Hinblick auf § 10 Nr. 5 AGBG Bedenken bestehen.<sup>63</sup> Auch die Vier-Wochen-Frist kann im Einzelfall zu kurz sein, wenn der DV-Anwender etwa technisch komplizierte DV-Anlagen abnehmen soll.

<sup>62</sup> So etwa die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Digital Equipment (Stand: September 1987), Rdnr. 6.3, und die Allgemeinen Auftragsbedingungen »Basis: Werkvertrag« für die Erstellung laufbahiger EDV-Anwendungssysteme etc. des Bundesverbandes Deutscher Unternehmensberater, § 6 Ziff. 1.

<sup>63</sup> Digital Equipment ging selber in ihren früheren Bedingungen (1986) von einer 30-Tage-Frist aus.

#### IV. Zusammenfassung

- Ob ein tatsächliches Verhalten des Bestellers einer DV-Anlage eine stillschweigende Billigung und damit Abnahme bedeutet, ist eine Auslegungsfrage.
- Die DV-spezifische Auslegungsformel, derzufolge eine erfolgreiche Erprobungsphase notwendig ist, schließt es nicht aus, auch schon ein vor diesem Zeitpunkt liegendes Verhalten des Bestellers als konkludente Billigung anzusehen.
- Diese Formel kann nicht auf die kaufrechtliche Ablieferung angewendet werden, weil § 477 BGB nur die Einräumung einer Untersuchungsmöglichkeit der Kaufsache voraussetzt.
- Im Vertrag sollte ein genau festgelegtes Abnahmeverfahren vorgesehen sein. Bei der Vereinbarung von Abnahmefiktionen und zeitlich unbestimmten Abnahmeverpflichtungen ist allerdings im Hinblick auf §§ 10 Nr. 1 und 5 AGBG Vorsicht geboten, wie das Beispiel der BVB-Überlassung und des Münchener Vertrags-handbuches zeigt.