

THOMAS HOEREN

## Der Softwareprojektvertrag – Lehren aus dem Baurecht

Manfred Wolf war der Nestor des deutschen Vertragsrechts. Die Gestaltung von Verträgen lag ihm als Forschungsthema ebenso am Herzen wie die korrekte Einbindung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>1</sup> Einem so fachlich und menschlich beeindruckenden Kollegen gebührt daher auch in der ihm gewidmeten Gedächtnisschrift der Blick auf das moderne Vertragsrecht.

Ein wichtiger Bereich des IT-Vertragsrechts sind die Softwareerstellungsverträge, d. h. die Verträge über die Erstellung von Individualsoftware. Dabei umfassen die folgenden Ausführungen nicht nur die Programmierung von Software nach genau spezifizierten, individuellen Anforderungen des Anwenders, sondern auch die Anpassung von Standardsoftware an die spezifischen Bedürfnisse einzelner Anwender (sog. Customizing)<sup>2</sup> und die IT-Projektverträge. Gerade das IT-Projektgeschäft prägt den Softwaremarkt. Meist wissen weder Anwender noch Programmierer am Anfang ihrer Geschäftsbeziehung, was sie eigentlich wollen. Software lässt sich nicht wie ein Rock maßschneidern. Die Bedürfnisse und Wünsche des Kunden lassen sich erst im Laufe der Vertragsbeziehung ermitteln und umsetzen. Softwareverträge sind daher meist komplexe Langzeitverträge,<sup>3</sup> auf die das BGB auch im Werkvertragsrecht nicht zugeschnitten ist. Dadurch entstehen zahlreiche rechtliche Verwerfungen, die bis heute kaum zufriedenstellend gelöst sind.

Die nachfolgenden Überlegungen gehen von einer einfachen, aber bislang kaum in der Forschung thematisierten These aus: IT-Projektvertragsrecht kann viel vom Baurecht, insbesondere von der ausdifferenzierten Rechtsprechung zum Anlagenbau profitieren. Weiße Flecken von der Landkarte verschwinden, wenn man sich die Judikatur zur Abnahme oder den Mitwirkungspflichten des Auftraggebers im Baurecht anschaut.

### *I. Vorvergütung und Vergütung*

Besondere Probleme bestehen bei Projektverträgen im Hinblick auf die Vorvergütungsregelungen.

Einseitige Leistungsänderungen sind auf Auftraggeberseite grundsätzlich nicht möglich; entsprechende Rechte bedürfen einer besonderen Vereinbarung der Par-

<sup>1</sup> Siehe etwa dessen Übersichten zum Werkvertragsrecht in der NJW etwa NJW 1994, 838. Im Übrigen unübertroffen *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999.

<sup>2</sup> Dazu ausführlich *Witzel*, in: *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, 2006, Kap. F.

<sup>3</sup> Siehe dazu grundlegend *Nicklisch* (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag*, 1987.

teien. Ausnahmen können sich allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Änderung der Geschäftsgrundlage aus dem Gedanken von Treu und Glauben ergeben.<sup>4</sup> Verschieben sich die Termine aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers, kommt eine zusätzliche Vergütung in Betracht. Entscheidend sind insofern einseitige Maßnahmen des Auftraggebers oder seines dazu berechtigten Vertreters.<sup>5</sup> Insofern geht es um Maßnahmen, die aus dem Risikobereich des Auftraggebers stammen. Eine Vergütung fällt noch nicht an, wenn der Auftragnehmer seinerseits Mitwirkungspflichten durch Unterlassen nicht befolgt.<sup>6</sup> Unverbindliche Vorschläge oder Wünsche des Auftraggebers fallen noch nicht unter den Begriff der Anordnung.<sup>7</sup> Es reichen aber konkludente Anordnungen aus, etwa wenn der Auftraggeber in Kenntnis geänderter Umstände erweiterte Leistungen widerspruchslos geschehen lässt.<sup>8</sup> Unvorhergesehene Ereignisse lösen keine Preisänderungen aus, etwa bei unvorhergesehenen Schwierigkeiten bei der Programmierung oder der Zulieferung. Zur Abgrenzung zwischen unmittelbar vereinbarten und zusätzlichen Leistungen ist auf die vertraglichen Abreden abzustellen, wobei das bloße Wollen von zusätzlichen Leistungen und deren schlichte Entgegennahme als solches noch nicht zu einer Vertragserweiterung führen.<sup>9</sup> Unwirksam sind Klauseln in AGB, wonach der Auftraggeber im Vertrag nicht genannte Leistungen ohne besondere Vergütung verlangen darf, wenn sie zur Erfüllung der vertraglichen Leistungen notwendig sind. Ähnlich hat der BGH Klauseln für unwirksam erklärt, wonach jegliche Nachforderungen ausgeschlossen sind, wenn sie nicht auf schriftlichen Zusatz- und Nachtragsaufträgen des Auftraggebers beruhen.<sup>10</sup> Der BGH sah das Hauptproblem darin, dass mit einer solchen Klausel auch gesetzliche Ansprüche etwa aus Bereicherungsrecht oder GoA ausgeschlossen werden. Aus dem gleichen Grund hat die Rechtsprechung eine AGB-Klausel für unwirksam erachtet, die den Vergütungsanspruch für zusätzliche Leistungen von einer schriftlichen Preisvereinbarung abhängig machen.<sup>11</sup> Ohnehin sind vertraglich vereinbarte Schriftformklauseln jederzeit formfrei wieder aufhebbar.

Vorarbeiten sind z. B. im Werkvertragsrecht typischerweise nicht zu vergüten. Eine Ausnahme gilt nur bei einem separaten Vertrag, für den der Auftragnehmer darlegungs- und beweispflichtig wäre.<sup>12</sup> Selbst bei umfangreichen Projektierungsarbeiten kommt ein Vergütungsanspruch daher nur in Betracht, wenn eine entsprechende Vergütungspflicht für den Fall der Nichterteilung des Auftrags ausdrücklich vereinbart wurde.<sup>13</sup> Dementsprechend sind Bestimmungen in AGB, wonach für Kostenvoranschläge eine Bearbeitungsgebühr berechnet werden kann,

---

<sup>4</sup> BGH Baurecht 1996, 378.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 730.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 730; OLG Celle Baurecht 1995, 552.

<sup>7</sup> KG Baurecht 2000, 575; OLG Braunschweig Baurecht 2001, 1739, 1741.

<sup>8</sup> OLG Brandenburg Baurecht 2003, 761.

<sup>9</sup> BGH NJW 1997, 1982; BGH BB 1997, 1438.

<sup>10</sup> BGH Baurecht 2005, 94; Baurecht 2004, 488 = NJW 2004, 502.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf Baurecht 1989, 335.

<sup>12</sup> So auch BGH NJW 1979, 2202; NJW 1982, 765; OLG Düsseldorf Baurecht 1991, 613.

<sup>13</sup> BGH NJW 1979, 2202; OLG Hamm BB 1975, 112.

unwirksam.<sup>14</sup> Ausnahmen kommen nur dann in Betracht, wenn man dem Auftraggeber Arglist nachweisen kann, etwa weil er Vorarbeiten einfordert, obwohl er diese nur für eine eigene Planung unentgeltlich verwerten will.<sup>15</sup>

Kommt es zum Vertrag, schuldet der Auftraggeber den vereinbarten Preis. Hier ist die Beweislast zu beachten. Typischerweise trägt die Beweislast derjenige, der eine Vergütung behauptet. Ist allerdings die ursprüngliche Preisvereinbarung unstreitig, trägt der Auftraggeber die Beweislast für eine davon später abweichende Vergütungsabrede.<sup>16</sup> Ähnliches gilt für den Fall, dass anfänglich keine feste Preisvereinbarung getroffen wurde, der Auftraggeber aber eine Festpreisvereinbarung behauptet.<sup>17</sup> Individualvertraglich können Preisklauseln, Wertsicherungsvorbehalte und Preisvorbehalte vereinbart werden. Probleme ergeben sich immer bei den AGB-rechtlichen Vorgaben. So sind Preiserhöhungsklauseln für eine Zeit von maximal vier Monaten nach Vertragsabschluss verboten (§ 309 Nr. 1 BGB). Insofern sind auch Klauseln unwirksam, die generell alle Preise als „freibleibend“ angeben.<sup>18</sup> Lohn- und Materialpreisgleitklauseln müssen so klar bezeichnet sein, dass ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz ausgeschlossen ist. Insofern müssen die Grundsätze der Kalkulation offen liegen und der Auftragnehmer den Nachweis erbringen, welche Kosten zu einer Erhöhung des Preises geführt haben.<sup>19</sup> Der Verweis darauf, dass der Auftraggeber das Recht zur Bestimmung des Werkes nach billigem Ermessen hat, bedarf besonderer Gründe und ist im Übrigen insbesondere bei der Vereinbarung einer Preisbestimmung nach freiem Belieben des Auftraggebers unwirksam.<sup>20</sup> Bei der Vereinbarung von Circa-Preisen oder unverbindlichen Richtpreisen ist eine Überschreitung grundsätzlich nicht möglich. Wenn überhaupt kann der Unternehmer eine solche Überschreitung nur rechtfertigen, wenn er auf Aufwendungen verweist, die den „Circa-Preis“ deutlich überschreiten.<sup>21</sup> Lassen sich die Parteien eines Softwarevertrages mit der Festlegung des Festpreises Zeit und vereinbaren einen „Festpreise bis zum“, so kann der Auftragnehmer auf jeden Fall die „übliche Vergütung“ verlangen (§ 632 Abs. 2 BGB).<sup>22</sup> Das OLG Düsseldorf hatte für diesen Fall die Auffassung vertreten, dass die Vertragsbeziehungen zur vereinbarten Frist als beendet anzusehen seien. Eine besondere Rolle spielt insbesondere bei Subunternehmervereinbarungen die Abrede „Pay-when-paid“. Hiernach bekommt der Subunternehmer erst dann Werklohn vom Hauptunternehmer, wenn dieser seinerseits vom Auftraggeber Werklohn erhalten hat. Eine solche Vereinbarung ist individualvertraglich wohl zulässig, im Rahmen des AGB-Rechts allerdings als Verstoß nach § 307 BGB im Hinblick auf die unangemessene Benachteiligung des Subunternehmers anzusehen. Dogmatisch ist die Abrede als Zahlungsaufschub zu qualifizieren, die die Existenz des Werklohnanspruchs nicht in

<sup>14</sup> BGH NJW 1982, 765.

<sup>15</sup> Siehe dazu auch OLG Köln Baurecht 1992, 98.

<sup>16</sup> OLG Frankfurt NJW – RR 1997, 276.

<sup>17</sup> OLG Hamm NJW 1996, 199 = MDR 1985, 672.

<sup>18</sup> BGH NJW 1985, 855 = MDR 1985, 398.

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf DB 1982, 537.

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf Baurecht 1981, 392.

<sup>21</sup> OLG Celle BB 1972, 65.

<sup>22</sup> Andere Ansicht OLG Düsseldorf Baurecht 1983, 473.

Frage stellt. Bei der Preiskalkulation übernimmt der Auftragnehmer das Risiko entsprechender Fehlkalkulationen.<sup>23</sup> Allerdings kann nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden, dass der Auftragnehmer sich auf die rechtlichen Regelungen des BGB und der entsprechenden Rechtsprechung zum Kalkulationsirrtum beruft.<sup>24</sup> Im Übrigen ist zu beachten, dass es keine Beschreibungspflicht des Auftraggebers für die zu erbringenden Leistungen gibt.<sup>25</sup> Allerdings muss er bei einer detaillierten Beschreibung der zu erbringenden Leistungen die entsprechenden Positionen eindeutig und erschöpfend skizzieren.<sup>26</sup> Aus dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont sind entsprechende Pflichtenhefte zu analysieren, wobei auf Wortlaut, Umstände des Einzelfalls und die Grundsätze von Treu und Glauben Rücksicht zu nehmen sind.<sup>27</sup> So darf der Auftraggeber dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufbürden.<sup>28</sup> Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgt, dass der Auftraggeber die in seinem Risikobereich liegenden Risiken genauer beschreiben muss. Gleichzeitig treffen aber auch den Auftragnehmer Prüfungs- und Hinweispflichten bezüglich der Einzelheiten der geplanten Auftragsausführung.<sup>29</sup> Der Auftragnehmer darf ein erkennbar oder erkanntes lückenhaftes Pflichtenheft nicht einfach hinnehmen, sondern muss entsprechende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären und entsprechende Hinweise geben.<sup>30</sup> Angaben ins Blaue hinein gelten als spekulativ und sogar „frivol“. <sup>31</sup> Zu prüfen ist daher auch vom Auftragnehmer, ob die Planung zur Verwirklichung des geschuldeten Leistungserfolgs geeignet ist.

Für unterlassene Prüfungen und Mitteilungen ist der Auftragnehmer verantwortlich, wenn er Mängel mit den bei einem Fachmann seines Gebietes zu erwartenden Kenntnissen hätte erkennen können. Allerdings muss der Auftragnehmer, wenn er die gebotene Prüfung und Mitteilung unterlässt, für die daraus folgenden Schäden nicht allein verantwortlich sein. Vielmehr können Mängel der Planung und der sonstigen Ausführungsunterlagen ein Mitverschulden des Auftraggebers gemäß § 254 BGB begründen.<sup>32</sup> Ein Mitverschulden des Auftraggebers und seiner Erfüllungsgehilfen kommt freilich überhaupt nur in Betracht, wenn der Auftragnehmer seine Prüfungs- und Hinweispflichten nur fahrlässig verletzt hat. Unterlässt der Auftragnehmer den Hinweis auf Mängel, die er erkannt hat, so ist er immer allein für den Schaden verantwortlich.<sup>33</sup> Erkannte Mängel müssen im Übrigen den Auftraggeber veranlassen, das Pflichtenheft auf weitere Mängel besonders sorgfältig zu untersuchen.<sup>34</sup> Er kann sich insofern nicht darauf verlassen, dass die Planungen

<sup>23</sup> BGH NJW 1980, 180; OLG Thüringen OLGR 2002, 219; OLG Düsseldorf NJW RR 1996, 1419.

<sup>24</sup> BGH NJW 1983, 1671; anderer Ansicht OLG Düsseldorf Versicherungsrecht 1982, 1147.

<sup>25</sup> Quack, Baurecht 1998, 381 ff.

<sup>26</sup> Siehe dazu OLG Koblenz Baurecht 2001, 1442.

<sup>27</sup> BGH Baurecht 2002, 935.

<sup>28</sup> Siehe dazu Pries, Neue Zeitschrift für Baurecht 2004, 87, 88.

<sup>29</sup> BGH NJW-RR 1988, 785; BGH NJW-RR 1987, 1306; BGH NJW 1966, 498.

<sup>30</sup> BGH NJW-RR 1988, 785; OLG Dresden Baurecht 2000, 1341.

<sup>31</sup> So BGH NJW-RR 1988, 785.

<sup>32</sup> Siehe dazu BGH NJW-RR 1991, 271.

<sup>33</sup> BGH Baurecht 1973, 190 = NJW 1973, 518.

<sup>34</sup> BGH Baurecht 1978, 222, 224.

von Experten stammen. Insofern ist der Gedanke des Vertrauensschutzes Maßstab für die Abwägungen der jeweiligen Beiträge von Auftragnehmer und Auftraggeber in Bezug auf den Schaden. Nur soweit der Auftragnehmer auf Planungen und sonstige Unterlagen tatsächlich vertraut hat und vertrauen durfte, kann er entlastet werden.<sup>35</sup> Insofern geht der BGH von einer Verantwortlichkeit deutlich zu Gunsten des Auftraggebers zu Lasten des Auftragnehmers aus.<sup>36</sup>

Diese auftragnehmerfeindliche Haltung des BGHs wird häufig kritisiert;<sup>37</sup> in der Tat kann ein Auftraggeber eine schlechte Ausschreibung machen und damit dem Auftragnehmer enorme Wagnisse und Risiken zuweisen. Plädiert wird dafür, den Auftragnehmer nach den Regeln des Verschuldens bei Vertragsschluss in Fällen unvollständiger Pflichtenhefte in Anspruch nehmen zu können.<sup>38</sup> Insbesondere soll auch dann, wenn das Pflichtenheft von einem Expertenbüro erstellt wird und der Auftragnehmer seinerseits nicht über entsprechend weitgehende Fachkenntnisse verfügt, eine Hinweispflicht des Auftragnehmers nicht bestehen.<sup>39</sup> Die Erstellung eines richtigen Pflichtenheftes wird zu den Kardinalpflichten des Auftraggebers; insofern hat der BGH auch eine Klausel für intransparent erachtet: „mit der Abgabe des Angebotes übernimmt der Bieter die Gewähr, dass das Angebot alles enthält, was zur Erstellung des Werkes gehört“ oder „nach Angebotsabgabe kann sich der Bieter auf Unklarheiten in den Angebotsunterlagen oder über Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistung nicht berufen“.<sup>40</sup>

Findet sich keine Vergütungsregelung in dem Vertrag, kann der Unternehmer nach § 632 Abs. 2 BGB auf jeden Fall die übliche Vergütung vom Auftraggeber verlangen. Vorrangig ist allerdings immer die vertragliche Vereinbarung zu prüfen, unter Einbeziehung auch stillschweigender Vereinbarungen. Im Übrigen muss überhaupt ein wirksamer Vertrag geschlossen worden sein, was nicht der Fall ist, wenn es noch an einer Einigung etwa über die genaue Höhe der Vergütung fehlt. Dem Auftragnehmer obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seine Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (Argumentum ex § 632 Abs. 1 BGB).<sup>41</sup> Er muss zumindest Umstände nachweisen, nach denen die Übernahme der übertragenen Leistung nur gegen eine Vergütung erwartet werden kann.<sup>42</sup> Bei Vorliegen solcher Umstände besteht eine Vermutung für die Entgeltlichkeit. Selbst wenn zwischen den Parteien freundschaftliche Bindungen bestehen, rechtfertigt dies noch nicht die Behauptung der Unentgeltlichkeit bei nicht unerheblichen gewerbsmäßigen Leistungen.<sup>43</sup> Behauptet der Auftraggeber eine besonders günstige Preisvereinbarung trifft den Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast für

<sup>35</sup> BGH Baurecht 1977, 420, 421.

<sup>36</sup> Siehe BGH NJW-RR 1991, 276; KG Baurecht 2003, 1902, 1903; OLG Koblenz Baurecht 2001, 1442.

<sup>37</sup> Bühl, Baurecht 1992, 26, 29 f.

<sup>38</sup> Siehe dazu KG Baurecht 2003, 1905, 1907.

<sup>39</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 82.

<sup>40</sup> BGH NJW-RR 1997, 1530.

<sup>41</sup> BGH NJW 1987, 242.

<sup>42</sup> BGH NJW 1965, 2226.

<sup>43</sup> BGH NJW 1987, 2742.

eine angemessene oder übliche Vergütung.<sup>44</sup> Bei diesem Negativbeweis muss der Auftragnehmer die Umstände widerlegen, die für die Vereinbarung des behaupteten Werklohns sprechen könnten.<sup>45</sup>

Besteht zwischen den Parteien ein Werkvertrag mit Pauschalpreisabrede, können darin nicht vorgesehene zusätzliche Werkleistungen auch ohne Abschluss eines sie betreffenden zusätzlichen Werkvertrags vom Besteller zu vergüten sein. Ein solcher erhöhter Vergütungsanspruch setzt allerdings voraus, dass zu dem Leistungsinhalt, der einer Pauschalpreisvereinbarung zu Grunde liegt, erhebliche, zunächst nicht vorgesehene Leistungen auf Veranlassung des Bestellers hinzukommen, unabhängig davon, ob die Parteien über die neue Preisgestaltung eine Einigung erzielt haben.<sup>46</sup>

## II. Abnahme

Ein weiteres Problem resultiert aus der Tatsache, dass nach § 641 Abs. 1 S. 1 BGB die Vergütung erst bei Abnahme des Werkes zu entrichten ist. Insofern ist es für die Fälligkeit der Vergütung notwendig, dass der Auftraggeber die Abnahme erklärt.

### 1. Pflicht zur Abnahme

Hier gibt es besondere Probleme deshalb, weil unter Umständen selbst bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrages der Auftraggeber die Abnahme verweigern kann. Wie im Kaufrecht die Ablieferung ist im Werkvertragsrecht die Abnahme i. S. d. § 640 Abs. 1 BGB insbesondere Voraussetzung für den Beginn der zweijährigen Verjährung (§ 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB i.V.m. § 634a Abs. 2 BGB). Die Abnahme ist eine Hauptpflicht des Auftraggebers, auf die isoliert geklagt werden kann.<sup>47</sup> Erklärt der Besteller trotz Mangellosigkeit des Werkes die Abnahme nicht, kann der Unternehmer nach erfolgloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.<sup>48</sup> Bis zur Abnahme trägt der Auftragnehmer die Vergütungsgefahr (§§ 644, 645 BGB). Er trägt so lange noch das Risiko eines zufälligen Untergangs, der zufälligen Verschlechterung oder der zufällig eintretenden Unausführbarkeit der Werkleistungen.

Die Abnahme ist nicht mehr erforderlich, wenn der Auftraggeber trotz Verweigerung der Abnahme ausdrücklich weder Fertigstellung noch Mängelbeseitigung, sondern ausschließlich Schadensersatz und Minderung verlangt.<sup>49</sup> Eine ausdrück-

<sup>44</sup> BHG NJW 1983, 1782; anderer Ansicht v. Mettenheim, NJW 1971, 20 gegen Schumann, NJW 1971, 495.

<sup>45</sup> BGH Versicherungsrecht 1966, 1021, 1022.

<sup>46</sup> BGH NJW-RR 2002, 2740; a. A. für das Baurecht BGH NJW 2004, 502, 505.

<sup>47</sup> BGH NJW-RR 1996, 1749.

<sup>48</sup> BGH NJW 1972, 99. Siehe zur Abnahme bei Softwareerstellung auch Redeker, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2006, Rn. 312 ff.

<sup>49</sup> BGH NJW 2000, 3019; OLG Düsseldorf BauR 1999, 494.

liche Abnahme liegt bei Erklärungen des Auftraggebers oder eines bevollmächtigten Vertreters vor, er sei mit der Werkleistung einverstanden, die Werkleistung sei in Ordnung, man sei mit der Software „zufrieden“. Gibt der Auftraggeber nur „vorläufige“ Erklärungen ab, liegt darin keine Abnahme.<sup>50</sup> „Vorabnahmen“ haben keine rechtlichen Wirkungen, es sei denn, die Parteien hätten dies ausdrücklich im Vertrag geregelt.

Die Abnahme darf seit der Änderung des § 640 Abs. 2 S. 2 BGB zum 1. Mai 2000 nicht mehr wegen unwesentlicher Mängel verweigert werden. Für die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln ist darauf abzustellen:

- den Umfang der Maßnahme zur Mängelbeseitigung,<sup>51</sup>
- die Konsequenzen des Mangels für die Funktionsfähigkeit der Gesamtwerkleistungen,
- die Zumutbarkeit der Nutzung trotz entsprechender Beeinträchtigung,
- die Schutzwürdigkeit des Auftraggebers im Hinblick auf eine Beseitigung vor Abnahme.<sup>52</sup>

Abnahmereife liegt z. B. auch vor, wenn vorhandene Restmängel nach allen Umständen des Einzelfalls an Bedeutung soweit zurücktreten, dass es unter Abwägung beiderseitiger Interessen dem Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Vertragsabwicklung nicht aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteilen zu bestehen, die sich ihm vor Abnahme bieten.<sup>53</sup> Hat der Auftraggeber das nicht abgenommene Werk veräußert, ist eine Verweigerung der Abnahme nicht mehr möglich, sofern dadurch weitere Nachbesserungen verhindert worden sind.<sup>54</sup>

## 2. Voraussetzungen der Abnahme

Unter Abnahme „des vertragsmäßig hergestellten Werkes“ ist die körperliche Hin- nahme im Wege der Besitzübertragung, verbunden mit der Erklärung des Bestel- lers, dass er das Werk als der Hauptsache nach vertragsgemäßer Leistung anerkenne, zu verstehen.<sup>55</sup> Früher war streitig, ob Software überhaupt abnahmefähig ist.<sup>56</sup> Heute wird dies aber grundsätzlich bejaht.<sup>57</sup> In Erweiterung zur Ablieferung i. S. d. § 438 Abs. 2 BGB erfordert die Abnahme eine ausdrückliche oder stillschweigende Billigung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß.<sup>58</sup> Bei Computerleis- tungen setzt die Billigung die Möglichkeit der Untersuchung der Software voraus, also deren vollständige und ordnungsgemäße Ablieferung, weil der Kunde nur

<sup>50</sup> OLG Köln OLGR 1998, 127.

<sup>51</sup> BGH NJW 2000, 2818; BGH NZBau 2000, 507.

<sup>52</sup> BGH NJW 1981, 1448.

<sup>53</sup> OLG Dresden BauR 2001, 949.

<sup>54</sup> BGH NJW-RR 1996, 883.

<sup>55</sup> Vgl. Palandt/Thomas, § 640 Rn. 3 m. w. N.

<sup>56</sup> Zweifelnd OLG Celle IuR 1986, 311, da Tauglichkeit erst bei Gebrauch feststellbar.

<sup>57</sup> Siehe etwa OLG Hamburg CR 1986, 83.

<sup>58</sup> Vgl. für Computerleistungen Feuerborn, CR 1991, 1 ff., Feuerborn/Hoeren, CR 1991, 513 ff.; OLG Hamm NJW 1989, 1041 = CR 1989, 385.

dann das „Zusammenpassen“ überprüfen kann.<sup>59</sup> Ein Arbeitsnachweis mit dem Vermerk „Anlage in Ordnung übergeben“ reicht nicht aus.<sup>60</sup>

Die konkludente Abnahme ist zulässig und beinhaltet ein vom Willen des Auftraggebers getragenes Verhalten, mit dem der Auftraggeber zum Ausdruck bringt, dass er das Bauwerk als im Wesentlichen vertragsgerecht ansieht.<sup>61</sup> Eine schlüssige Abnahme liegt z. B. in

- der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme,<sup>62</sup>
- der rügellosen Benutzung des Werkes,
- der Veräußerung der Software,<sup>63</sup>
- der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohns,<sup>64</sup>
- dem Einbehalt des Betrages für gerügte Mängel im Rahmen des Schlussgespräches.<sup>65</sup>

Ist die Leistung nur teilweise und vertragswidrig ausgeführt, kommt eine konkludente Abnahme nicht in Betracht.<sup>66</sup> Auch liegt in einer Kündigung keine konkludente Abnahme.<sup>67</sup> Ebenfalls kann die Nutzung der Software „unter Druck“ nicht als stillschweigende Abnahme angesehen werden. Abschlagszahlungen begründen ebenfalls keine konkludente Abnahme.<sup>68</sup>

Die Billigung des Abnehmers durch stillschweigende Erklärung kann sowohl in einem dauernden produktiven Einsatz trotz vorhandener Mängel<sup>69</sup> als auch in der Fortsetzung des Einsatzes der Ware nach Kenntnis der Mängel gesehen werden.<sup>70</sup> Dies gilt allerdings nicht bei sog. Notbenutzung zur Minderung drohender Schäden.<sup>71</sup> Gegen die stillschweigende Billigung des Bestellers spricht ein umfangreicher Schriftwechsel zwischen den Parteien mit Mängelrügen und Aufforderungen zur Nachbesserung.<sup>72</sup> Die Abnahme einer im Rahmen eines Werkvertrages erstellten Anwendungssoftware setzt die Inbetriebnahme in dem Unternehmen voraus, für das sie entwickelt worden ist. Ein Arbeitsnachweis mit dem Vermerk „Anlage in Ordnung übergeben“ belegt demgegenüber lediglich die mangelfreie Lieferung der zum Betrieb mit dem Programm vorgesehenen Anlage, nicht das Funktionieren der Anwendungssoftware.<sup>73</sup> Auch die Zahlung soll konkludent als Abnahme angesehen werden können.<sup>74</sup> Vor Vollendung der Software ist eine konkludente

<sup>59</sup> Vgl. BGH NJW 1990, 1290.

<sup>60</sup> OLG Düsseldorf CR 2002, 324.

<sup>61</sup> BGH NJW 1993, 1063; NJW 1974, 95.

<sup>62</sup> BGH NJW 1985, 731.

<sup>63</sup> BGH NJW-RR 1996, 883, 884.

<sup>64</sup> BGH BauR 1970, 48; OLG Köln BauR 1992, 514, 515.

<sup>65</sup> OLG Köln NJW-RR 1994, 786.

<sup>66</sup> OLG Hamm NJW-RR 1996, 86.

<sup>67</sup> BGH NJW 2003, 1450; BGH BGHZ 153, 244.

<sup>68</sup> Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., 2010, Rn. 1356.

<sup>69</sup> Vgl. OLG München CR 1991, 19; OLG Hamm CR 1989, 1091.

<sup>70</sup> Vgl. OLG München CR 1991, 609.

<sup>71</sup> Vgl. BGH NJW 1974, 95.

<sup>72</sup> Vgl. OLG Hamm CR 1989, 1091.

<sup>73</sup> OLG Düsseldorf CR 2002, 324.

<sup>74</sup> LG Aachen NJW-RR 1993, 1399.



Abnahmeerklärung undenkbar; insofern kann die Abnahme hier frühestens ab Aushändigung des Benutzerhandbuchs erklärt worden sein.<sup>75</sup>

Eine schlüssige Abnahme kommt ferner auch in Betracht, wenn die Software weiter veräußert worden ist.<sup>76</sup> Selbst der Einbehalt eines Betrages für gerügte Mängel soll eine unschlüssige Abnahme mit sich bringen.<sup>77</sup> Generell sollen Mängelrügen oder Mängelvorbehalte im Abnahmetermin eine konkludente Abnahme nicht ausschließen.<sup>78</sup> Lehnt der Auftraggeber allerdings die Abnahme ausdrücklich ab, besteht kein Raum mehr für die Annahme einer konkludenten Abnahme.<sup>79</sup> Auch bei unvollständiger Erbringung der Werkleistung, etwa bei fehlender Dokumentation kommt eine stillschweigende Abnahme nicht in Betracht.<sup>80</sup> Die Abnahme wirkt nur auf der jeweiligen Vertriebsstufe, so dass eine Abnahme im Verhältnis Generalunternehmer-Auftraggeber nichts für die Frage der Abnahme im Verhältnis General- und Subunternehmer bedeutet.<sup>81</sup>

### 3. Abnahmefiktionen und Abschlüge

Bloßes Schweigen des Bestellers reicht i. d. R. nicht aus. Eine endgültige Abnahmeverweigerung des Bestellers setzt die Verjährungsfrist in Gang.<sup>82</sup> Eine vom Abnehmer unterzeichnete Übernahmebestätigung beinhaltet trotz des oft anders lautenden Wortlauts keine Abnahme i. S. d. § 640 BGB, da die Gebrauchsfähigkeit für alle Beteiligten ersichtlich zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Bestätigung noch gar nicht beurteilt werden kann, so dass von einer Billigung des Bestellers nicht ausgegangen werden kann.<sup>83</sup> Eine in den AGB des Anbieters enthaltene Abnahmefiktion ist grundsätzlich unwirksam, z. B. die Abnahme bei Verweigerung der Unterschrift des Kunden unter die Abnahmebescheinigung.<sup>84</sup> Die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Softwarelieferanten enthaltene Klausel: „Zahlungsbedingungen: 30% vom Auftragsvolumen zahlbar bei Auftragserteilung, 40% nach Abschluss der Installation und Einweisung und 30% vier Wochen nach Umstellung“ ist unklar und auslegungsbedürftig. Die dem Kunden günstigste Auslegung soll bei einer solchen Klausel ergeben, dass auch die 40%-Rate Abnahmureife voraussetzt.<sup>85</sup>

Außerdem kommt die Anwendung von § 641a BGB im Hinblick auf die Fertigstellungsbescheinigung in Betracht. Verweigert der Anwender die Abnahme, kann

<sup>75</sup> BGH Beil. zu BB 1993, 4.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 821.

<sup>76</sup> So etwa im Baurecht BGH NJW-RR 1996, 883, 884.

<sup>77</sup> OLG Koblenz NJW-RR 1994, 786.

<sup>78</sup> OLG Hamm OLG-RR 1996, 207.

<sup>79</sup> BGH NJW-RR 1999, 1246 = BGH BauR 1999, 1186.

<sup>80</sup> BGH BauR 2004, 337.

<sup>81</sup> OLG Düsseldorf OLGR 1996, 1; a. A. allerdings OLG Köln NJW-RR 1997, 756.

<sup>82</sup> Vgl. OLG Hamm CR 1991, 411; OLG München CR 1991, 609; siehe auch BGH NJW 1990, 3008.

<sup>83</sup> Vgl. OLG Hamm BB 1991, Beilage 23 S. 5; OLG Koblenz CR 1988, 463; OLG Saarbrücken CR 1988, 470.

<sup>84</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 1989, 1041.

<sup>85</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 821.

sich das Softwarehaus von einem Gutachter eine Bescheinigung über die Fertigstellung der Software geben lassen. Als Gutachter kommt regelmäßig nur ein von der Industrie- und Handelskammer bestimmter öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger in Betracht (§ 641a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB). Die Begutachtung ist mit einem Besichtigungstermin verbunden (§ 641a Abs. 3 BGB). Mit der Erteilung der Bescheinigung an die Unternehmer kommt die Abnahmefiktion zum Tragen. Damit ist auch eine Vermutung der Mängelfreiheit verbunden.

Denkbar ist auch die Aufteilung der Abnahme in Teilabnahmen. Teilabnahmen können vereinbart werden, soweit es sich um selbständig bewertbare Teile der Gesamtleistung handelt. Ein Softwareentwickler kann eine Abnahme in Teilen nur auf Grund einer entsprechenden Vereinbarung verlangen.<sup>86</sup> Diese muss unmissverständlich gefasst sein.<sup>87</sup>

Denkbar sind auch Abschlagszahlungen nach § 632a BGB, der zum 1. Mai 2000 in Kraft getreten ist. Hiernach kann der Unternehmer von dem Auftraggeber eine Abschlagszahlung verlangen, wenn er eine in sich abgeschlossene Teilleistung vertragsmäßig erbracht hat oder wenn er Stoffe oder Bauteile eigens angefertigt oder angeliefert hat und wenn er dem Auftraggeber Eigentum an den Teilen des Werkes, an denen Stoffen oder Bauteilen übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet hat. Auf diese Weise sollen die Unternehmer davor geschützt werden, dass sie bis zur Abnahme die entsprechenden Leistungen in vollem Umfang vorfinanzieren müssen. Der Anspruch auf Abschlagszahlung entsteht deshalb auch unabhängig von der Stellung einer Rechnung oder Abnahme.<sup>88</sup> Eine Rechnung oder vergleichbare Aufstellung wird auf jeden Fall dann notwendig sein, wenn sich die Höhe der Abschlagszahlung nur danach berechnen und prüfen lässt. Der Begriff der abgeschlossenen Teilleistung ist in Anlehnung an § 12 Nr. 2 VOB/B danach zu bestimmen, dass die Funktionalität unabhängig von anderen Komponenten gewährleistet ist. In der baurechtlichen Literatur wird darauf hingewiesen, dass man mit dem Begriff großzügiger verfahren solle und darauf abstellen müsse, dass die Leistung selbständig werthaltig, eigenständig nutzbar und damit auch abrechnungsfähig sei.<sup>89</sup> Unter dem Begriff der vertragsmäßigen Leistung ist zu verstehen, dass die Leistung keine Mängel aufweisen darf. Bei unwesentlichen Mängeln wird man die Abschlagsforderung entsprechend beschränken, auch im Hinblick auf das Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers gemäß § 641 Abs. 3 BGB.<sup>90</sup> Die Voraussetzungen des § 632a BGB können individualrechtlich verändert werden, nicht jedoch in AGB.<sup>91</sup> Wichtig für Voraus- und Abschlagszahlungen sind Abrechnungen der Leistungen.<sup>92</sup> Ohne eine solche Abrechnung kann der Auftraggeber eine eigene Rechnung vornehmen und sich dabei auf den Abschlag für das beschränken, das seinem

<sup>86</sup> BGH BGHZ 125, 111, 115.

<sup>87</sup> BGH NZBau 2006, 519 = NJW-RR 2006, 1248 = NJW-Spezial 2006, 409 = IBR 2006, 450.

<sup>88</sup> So auch Kirberger, BauR 2001, 492, 499; anderer Ansicht Kiesel, NJW 2000, 1675.

<sup>89</sup> Siehe z. B. Kniffka, ZfBR 2000, 227, 229.

<sup>90</sup> Siehe Erkelenz, ZfBR 2000, 435, 437; anderer Ansicht Rodemann, Baurecht 2002, 863, 866, wonach der Anspruch auf Abschlagszahlung vollständige Mängelfreiheit voraussetzt.

<sup>91</sup> Siehe Böhme, Baurecht 2001, 525, 532.

<sup>92</sup> BGH NJW-RR 2002, 1097.

Kenntnisstand bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zugänglichen Quellen entspricht.<sup>93</sup> Der Auftragnehmer ist ferner nach Abschluss der Leistungen zur Auskunft darüber verpflichtet, ob die Abschlagszahlung die endgültige Zahlungsverpflichtung deckt oder noch zusätzliche Zahlungen zu erbringen sind.<sup>94</sup> Kommt es zur Überzahlung, ergeben sich Ansprüche auf Rückzahlungen nicht aus Bereicherungsrecht, sondern aus einer stillschweigend getroffenen Abrede.<sup>95</sup> Weigert sich der Auftraggeber die geforderte Abschlagszahlung zu entrichten, ist der Auftragnehmer zur fristlosen Kündigung des Vertrages ohne weitere Nachfristsetzung berechtigt. Die Verpflichtung zur Zahlung von Abschlägen lässt das Recht unberührt, im Wege der Aufrechnung Gegenforderungen einzubehalten. Bei Mängeln bleibt auch ein Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf die Abschlusszahlungen bestehen.<sup>96</sup> § 641 Abs. 3 BGB gibt dem Auftraggeber auch die Befugnis, mindestens das Dreifache der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten einzubehalten. Insofern käme es dann im Prozesswege zur Verurteilung Zug um Zug Abschlag gegen Mängelbeseitigung.<sup>97</sup> Nach Erteilung der Schlussrechnung gibt es keinen Anspruch mehr auf vereinbarte Abschlagszahlungen.<sup>98</sup> Ähnliches gilt für Kündigungen des Auftragsverhältnisses oder die vollständige Leistungserbringung.<sup>99</sup> Das Recht zur vorläufigen Abrechnung erlischt mit Erteilung der Schlussrechnung.<sup>100</sup> Eine entsprechende Klage wäre daraufhin umzudeuten, dass nur noch ein Teilbetrag der Schlussrechnung geltend gemacht wird.<sup>101</sup>

Von dem geschuldeten Werklohn kann der Auftraggeber einen Sicherheitsbetrag abziehen, sofern eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt.<sup>102</sup> Die Tatsache, dass in einem Vertrag ein Einbehalt von 5% geregelt ist, ist noch nicht eine Vereinbarung einer Sicherheitsleistung.<sup>103</sup> In AGB können solche Vereinbarungen vorgesehen werden, allerdings muss eine 5%ige Sicherheitsleistung damit gekoppelt sein, dass der Auftragnehmer die Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft oder Zahlung auf ein Sperrkonto ablösen kann.<sup>104</sup> Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrechte werden durch die Sicherheitsleistung nicht ausgeschlossen. Allerdings ist die Sicherheitsleistung bei der Höhe der Leistungsverweigerung zu berücksichtigen. Die Sicherheitsleistungen können in der Form eines Einhalts von Werklohn oder der Stellung einer Bürgschaft erbracht werden. Typisch sind Kombinationen (z. B. 5% Sicherheitseinbehalt auf zwei Jahre, Ablösung durch Bankbürgschaft möglich). Die formularmäßige Vereinbarung einer Bürgschaft auf erste Anforderung ist AGB-rechtlich nicht möglich.<sup>105</sup>

<sup>93</sup> BGH NJW-RR 2002, 1097; BGH NJW 1999, 1867.

<sup>94</sup> BGH NJW 1999, 1867.

<sup>95</sup> BGH BauR 2002, 1407; BGH NJW 1999, 1867.

<sup>96</sup> BGH NJW 1991, 565.

<sup>97</sup> BGH NJW 1981, 2801.

<sup>98</sup> BGH NJW 1991, 565; NJW 1985, 1840; OLG Nürnberg OLGR 2000, 253.

<sup>99</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 1373; NJW-RR 2000, 231.

<sup>100</sup> BGH BauR 2004, 1146; BGH MDR 2004, 993.

<sup>101</sup> BGH NJW-RR 2004, 957.

<sup>102</sup> BGH BauR 2000, 1498, 1499.

<sup>103</sup> BGH NJW-RR 1988, 851.

<sup>104</sup> BGH BauR 2004, 325; BGH NJW 2004, 443.

<sup>105</sup> BGH BauR 2002, 1239.

### III. Nacherfüllungsrechte

Der Besteller kann im Werkvertragsrecht zunächst Mängelbeseitigung durch Nacherfüllung verlangen (§ 634 Nr. 1 BGB i.V.m. § 635 BGB). Anders als beim Kaufvertrag (§ 439 Abs. 1 BGB) kann der Besteller beim Werkvertrag nicht nach freier Wahl Mängelbeseitigung oder Neuherstellung verlangen.

#### 1. Wahlrechte

Das Wahlrecht liegt vielmehr nach § 635 Abs. 1 BGB beim Softwarehaus; dieses kann frei darüber entscheiden, in welcher Form es dem Begehren auf Nacherfüllung nachkommt. Der Unternehmer ist mit dem Herstellungsprozess befasst und kann daher auf Grund größerer Sachkunde besser als der Besteller beurteilen, welche Maßnahme angebracht ist. Ist dem Besteller die vom Unternehmer gewählte Form der Nacherfüllung unzumutbar, ist er nach Treu und Glauben berechtigt, die Vorgehensweise des Unternehmers abzulehnen.<sup>106</sup> Dies dürfte etwa dann der Fall sein, wenn die Mängelbeseitigung zu unzumutbaren Folgekosten auf Anwenderseite führt, etwa wegen erhöhter Schulungs- und Personalkosten. Der Unternehmer kann die Nacherfüllung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 635 Abs. 3 BGB) oder sie unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Eine Mängelbeseitigung ist etwa dann unzumutbar, wenn die Software auch nach zahlreichen Mängelbeseitigungsversuchen nicht läuft oder der hohe Entwicklungsaufwand bei der Mängelbeseitigung in keiner Relation zur Bedeutung des Fehlers steht. Eine Nacherfüllung kann auch unmöglich werden, wenn der Anwender eine notwendige Mitwirkung verweigert. Bei kurzlebigen Wirtschaftsgütern – wie z. B. Softwareprogrammen – ist eine nach Ablauf mehrerer Jahre seit der Lieferung wirtschaftlich nicht mehr sinnvolle Nachbesserung jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger selbst die Entscheidung über seinen Antrag auf Ermächtigung der Ersatzvornahme über mehrere Jahre verzögert hat.<sup>107</sup>

Ein Selbstbeseitigungsrecht des Bestellers mit Anspruch auf Kostenvorschuss und Kostenerstattung besteht, wenn der Unternehmer mit der Nacherfüllung in Verzug ist und eine Nachfristsetzung keinen Erfolg hatte (§ 637 Abs. 1, 3 BGB). Dabei spielt es für die Kostenerstattung keine Rolle, dass die Kosten für die Ersatzvornahme im Softwarebereich gerade wegen der schwierigen Fehlersuche hoch sein können.<sup>108</sup>

Die Nachfristsetzung ist entbehrlich, wenn der Softwareersteller die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert hat oder wenn dem Werkvertrag ein Fixgeschäft zu Grunde liegt (§ 637 Abs. 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB). Ferner ist die Fristsetzung unnötig, wenn die Mängelbeseitigung fehlgeschlagen oder

<sup>106</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 265.

<sup>107</sup> OLG Celle, Beschl. v. 10. 2. 1998 – 4 W 321/9, InVo 1999, 361.

<sup>108</sup> LG Karlsruhe ECR LG 320.

dem Besteller unzumutbar ist (§ 637 Abs. 2 S. 2 BGB). Ungeklärt ist, wie viele Nacherfüllungsversuche der Besteller dem Unternehmer zugestehen muss, bis von einem „Fehlschlagen“ ausgegangen werden kann. Im Übrigen ist die Fristsetzung unbeachtlich, wenn die Parteien sich nachträglich auf eine Weitergeltung des Vertrages verständigen.<sup>109</sup>

Die Nacherfüllung ist einschließlich der Selbstvornahme eine der zentralen Behelfe in Softwaremängelfällen. Dem Besteller geht es meist nicht darum, nachträglich vom Vertrag zurückzutreten oder den Werklohn zu mindern. Vielmehr will er, nachdem bereits aufwendige Projektvorarbeiten und Testphasen durchlaufen sind, endlich die lauffähige Software. Auch spielt die Abgrenzung zwischen Nachbesserung und Neulieferung – anders als im Kaufrecht – regelmäßig keine große Rolle. Hier liegen keine festgelegten Produkttypen vor. Nachbesserung und Neulieferung eines neuen Produktes sind aus der Sicht des Kunden gleichgültig, wenn nur die Software am Ende läuft und die vorgesehenen Funktionalitäten erfüllt.

## 2. Rechtsfolgen

Klagt der Auftraggeber vor Abnahme auf Beseitigung von Mängeln, braucht er nur einen Beweis des ersten Anscheins für einen Mangel gleich darzulegen. Der Unternehmer ist für die Erfüllung des Vertrages darlegungs- und beweispflichtig. Ihm obliegt die Pflicht zum Nachweis der Mängelfreiheit des hergestellten Werkes bis zur Abnahme des Werkes. Nach der Abnahme erlischt der Erfüllungsanspruch und reduziert sich auf die Pflicht zur Beseitigung der Mängel. Dies schließt allerdings neben der Nachbesserung auch die Neuherstellung ein, wenn nur so die Mängel nachhaltig beseitigt werden können.<sup>110</sup> Ist der Mangel durch eine ausdrückliche Anweisung des Auftraggebers verursacht worden, treffen den Unternehmer keine Nachbesserungs- oder Nacherfüllungspflichten. Allerdings gilt dies nur, wenn er den Auftraggeber auf die negativen Folgen der Anweisungen hingewiesen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Auftraggeber erkennbar keine eigene Expertise mitbringt.<sup>111</sup> In einem Fall ausdrücklicher Anweisungen kann der Unternehmer einen Zuschuss zu den Kosten der Nachbesserung und Nacherfüllung verlangen.<sup>112</sup> Werden im Zuge der Nachbesserung Leistungen erforderlich, die der Unternehmer nach dem Vertrag nicht zu erbringen hatte, sind diese so genannten Sowieso-Kosten zu erstatten.<sup>113</sup> Dies gilt allerdings nicht, wenn der Auftragnehmer nach dem Vertrag einen bestimmten Erfolg zu einem bestimmten Preis versprochen hat und sich die vertraglich vorgesehene Ausführungsart später als unzureichend darstellt.<sup>114</sup> Bekommt der Auftraggeber in Folge der Nachbesserung einen sonstigen

<sup>109</sup> OLG Köln CR 2001, 437.

<sup>110</sup> BGHZ 96, 111.

<sup>111</sup> RGZ 64, 295; BGH JZ 1957, 442.

<sup>112</sup> BGH NJW 1999, 416; BGH BauR 1999, 252.

<sup>113</sup> BGH NJW 1984, 2457.

<sup>114</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 1999, 1694.

Vorteil wie z. B. eine Verbesserung des Wertes, können die Grundsätze des Vorteilsausgleichs eingreifen. Wie der Auftragnehmer die Mängel beseitigt, entscheidet er selbst.<sup>115</sup> Der Auftraggeber ist nicht weisungsberechtigt. Ausnahmen gelten nur dann, wenn der Unternehmer eine völlig unzureichende Nachbesserung plant, die von vornherein nicht zur nachhaltigen Mängelbeseitigung führen kann. Allerdings kann der Auftraggeber den Unternehmer aus seiner Haftung für Baumängel entlassen, soweit dieser sich an die Nacherfüllungswünsche des Bestellers halte. Die Kosten der Nachbesserung trägt der Unternehmer (§ 635 Abs. 2 BGB). Dies schließt die Kosten von Vor- und Nebenarbeiten ein. Der zur Mängelbeseitigung verpflichtete Unternehmer hat nicht nur die dazu erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Er muss auch Schäden an sonstigem Eigentum des Bestellers beheben, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen.<sup>116</sup> Der Verdienstausfall ist nicht Teil dieses Aufwendungsersatzanspruches; dieser kann nur als Teil des Schadensersatzes begründet werden.<sup>117</sup> Der Auftragnehmer kann die Beseitigung eines Mangels verweigern, wenn damit ein unverhältnismäßiger Aufwand verbunden ist (§ 635 Abs. 3 BGB). Von Unverhältnismäßigkeit kann allerdings nur ausgegangen werden, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung mit Rücksicht auf das objektive Interesse des Bestellers an der ordnungsgemäßen Erfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist.<sup>118</sup> Im Grundsatz kann ein Unternehmer nicht einen Erfüllungsanspruch abwehren, indem er darauf verweist, dass die ordnungsgemäße Mängelbeseitigung für ihn zu teuer sei. Ist der Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit verursacht worden, greift der Einwand des unverhältnismäßig hohen Aufwandes nicht.<sup>119</sup> Kommt es zu spürbaren Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Werkes ist ebenfalls der Hinweis auf die Unverhältnismäßigkeit nicht zulässig.<sup>120</sup> Lehnt der Auftragnehmer die Nachbesserung/Nacherfüllung zu Unrecht ab, kann der Auftraggeber ohne weitere Nachfristsetzung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Setzt er trotzdem unnötigerweise dem Unternehmer eine Frist, ist er daran erst einmal gebunden.<sup>121</sup> Der Auftraggeber kann eine Mängelbeseitigung nur bei Unzumutbarkeit verweigern. Lehnt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwands ab, geht er seiner Mängelrechte verlustig. Lässt er notwendige Vorarbeiten anderer Unternehmer nicht ausführen, besteht ebenfalls kein Anspruch auf Nachbesserung/Nacherfüllung.<sup>122</sup>

<sup>115</sup> BGH BauR 1976, 430, 432.

<sup>116</sup> BGHZ 72, 33.

<sup>117</sup> BGH NJW 1985, 381; OLG Düsseldorf BB 1996, 658.

<sup>118</sup> BGH BauR 2002, 613, 616; OLG Hamm NJW-RR 2001, 1460.

<sup>119</sup> OLG Düsseldorf BauR 2001, 1922, 1923.

<sup>120</sup> BGH NJW 1996, 3629.

<sup>121</sup> OLG Frankfurt am Main MDR 1983, 755.

<sup>122</sup> OLG München BauR 2003, 720.

### 3. Ersatzvornahme

Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, so kann der Auftraggeber im Wege der Ersatzvornahme den Mangel selbst beseitigen oder beseitigen lassen. Ihm steht ferner ein Anspruch auf Ersatz seiner erforderlichen Aufwendungen zu. Kündigt der Auftraggeber eine Ersatzvornahme an, liegt darin nicht eine Abnahme der Werkleistungen.<sup>123</sup> Das Selbsthilferecht setzt Verzug des Unternehmers voraus, insbesondere muss der Auftraggeber den konkret abgemahnten Mangel nicht fristgerecht beseitigt haben.<sup>124</sup> Entscheidend ist nach § 637 Abs. 1 BGB, dass der Unternehmer die ihm gesetzte angemessene Nacherfüllungsfrist fruchtlos verstreichen lässt. Ist eine Nacherfüllung von dem Unternehmer zu Recht verweigert worden, entfällt auch das Recht des Auftraggebers auf Ersatzvornahme. Eine Fristsetzung ist in den Fällen entbehrlich, in denen das Vertrauen des Auftraggebers in den Erfolg einer solchen Nacherfüllung oder an die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers nachhaltig erschüttert ist. Dem Auftragnehmer muss eine angemessene Frist für die Mängelbeseitigung eingeräumt werden. Die Dauer dieser Frist richtet sich nach dem Einzelfall. Bei umfangreichen und schwierigen Arbeiten muss der Auftragnehmer allerdings die Nacherfüllung schleunigst, jedenfalls binnen zumutbarer Frist beginnen und zügig vollenden.<sup>125</sup> Reagiert der Auftragnehmer nicht, muss der Auftraggeber nicht noch einmal eine weitere Frist setzen. In der Praxis ist eine doppelte Fristsetzung wichtig, zunächst einmal eine erste Erklärungsfrist bezüglich des Ob der Mängelbeseitigung und dann eine weitere Frist zur Mängelbeseitigung selbst. Ist der Auftraggeber gezwungen, selbst bzw. mit Hilfe Dritter die Mängelbeseitigung vorzunehmen, hat er einen Kostenerstattungsanspruch aus § 637 Abs. 1 BGB. Zu erstatten sind die eigenen Aufwendungen des Auftraggebers.<sup>126</sup> Die Kosten für die Feststellung der Mängel durch einen Drittunternehmer<sup>127</sup> sowie die Mehrwertsteuer, nicht aber entgangener Gewinn.<sup>128</sup> Bei der Frage der Erforderlichkeit der Aufwendungen ist der Auftraggeber nicht gehalten, besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den günstigsten Drittunternehmer zu finden. Er muss insbesondere nicht verschiedene Angebote einholen oder Ausschreibungen organisieren. Der Auftraggeber ist im Übrigen auch berechtigt, den voraussichtlichen Mängelbeseitigungsaufwand als Vorschuss vom Auftragnehmer zu verlangen (§ 637 Abs. 3 BGB). Diese Vorschusspflicht entfällt, wenn die Mängelbeseitigung bereits durch den Fremdunternehmer vorgenommen und abgerechnet wurde.<sup>129</sup> Führt der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht in überschaubarer Zeit durch, ist der Vorschuss ebenfalls zu versorgen.<sup>130</sup> Der Vorschuss muss abge-

<sup>123</sup> *BGH* BauR 1994, 242, 244.

<sup>124</sup> Siehe zur Bestimmtheit zur Mängelbeseitigungsmahnung *BGH* BauR 2000, 261; *BGH* BauR 2002, 784.

<sup>125</sup> *BGH* BauR 1982, 496.

<sup>126</sup> *BGHZ* 59, 328.

<sup>127</sup> *OLG Frankfurt am Main* NJW 1983, 456; *OLG Köln* NJW-RR 1995, 211.

<sup>128</sup> *OLG Dresden* BauR 2001, 424, 425.

<sup>129</sup> *BGH* NJW 1990, 1475; *OLG Koblenz* NJW-RR 1990, 981, 982.

<sup>130</sup> *OLG Nürnberg* NZBau 2003, 614.

rechnet werden; insbesondere hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf vollständige Auskunft über die Verwendung des Vorschusses. Überschüssige Beträge müssen nun aus Vertrag zurückgezahlt werden. Ein überschüssiger Vorschuss kann aber einbehalten werden, wenn sich nach der Vorschussanforderung weitere Mängel zeigen.<sup>131</sup> Es steht ihm dann gegenüber dem Rückzahlungsbegehren des Auftragnehmers ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB zu.

#### IV. Fazit

„Seine Fähigkeit zum Blick auf die Zivilrechtsordnung als Ganze“<sup>132</sup> wurde schon oft gewürdigt – und insofern hofft der Verfasser, mit diesem Beitrag einen der Großen unserer Disziplin zu ehren, der hoffentlich auch seine Freude daran gehabt hätte, den gemeinsamen Strukturen von IT-Vertragsrecht und Baurecht nachzugehen. Jedenfalls scheint es notwendig, den Blick vom angeblichen Sui-generis-Charakter der IT-Verträge wegzulenken auf parallele Phänomene und das kleinste gemeinsame Vielfache – das gute, alte BGB.

---

<sup>131</sup> BGH NJW 1970, 2019.

<sup>132</sup> Pfeiffer, NJW 2007, 2535.