

von Thomas Hoeren

I. Einführung

1. Wirtschaftliche Vorüberlegungen

Software ist das Gehirn der Informationsgesellschaft. Wo immer man hinsieht, findet man Computerprogramme. Das Internet basiert auf HTML-Codierung und JAVA-Script-Programmen. Der klassische Softwaremarkt gewinnt neben dem Internet immer weiter an Bedeutung. Der Softwaremarkt ist allerdings vertragsrechtlich schillernd. Es finden sich verschiedene Arten von Vertragstypen. Ordnet man diese historisch, steht am Anfang ohnehin der Hardwaremarkt, insbesondere der Verkauf und die Vermietung von Hardware. Erst allmählich entwickelt ein Unternehmen Software zur Lösung individueller Kundenprobleme im Rahmen sogenannter Software-Erstellungsverträge. Die Individualsoftware wurde sehr schnell standardisiert und auf den Massenmarkt gebracht. Solche Standardlösungen wurden regelmäßig im Rahmen sogenannter Softwareüberlassungsverträge weitergegeben. Individuallösungen werden heutzutage hauptsächlich im Rahmen großer DV-Projektverträge angeboten. Zunehmend löste sich die Software vom Datenträger, zunächst im Rahmen von Netzwerkvereinbarungen, dann auch von Downloading-Verträgen, die etwa das Laden von Software via Internet regeln. Sondermärkte sind der Vertrieb über Public and Domain-Verträge (Freeware/Shareware), die Vermarktung von PC-Software und CD-Rom-Produkten über Schutzhüllenverträge sowie der wirtschaftlich sehr bedeutende DV-Servicemarkt.

- * Allgemeine Literaturhinweise: *Marly, Jochen*, Softwareüberlassungsverträge, 3. Aufl. München 2000; *Martinek, Michael*, Moderne Vertragstypen, Band III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München 1993; *Müller-Hengstenberg, Claus Dieter*, BVB-Computersoftware, 2. Aufl. 1989; *Nicklisch, Rudolf* (Hg.), Verträge über Computertechnik in Forschung, Verwaltung, Wirtschaft und Technik, Heidelberg 1989; *von Ohlen, Jürgen*, Die rechtliche Einordnung der Softwareüberlassungsverträge, Göttingen 1990; *Pres, Andreas*, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, Köln 1994; *Redeker, Helmut*, Der EDV-Prozeß, München 1992; *Ruppelt, Martin*, Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990; *Schneider, Jochen*, Handbuch des EDV-Rechts, 2. Aufl. Köln 1997; *Schneider, Jörg*, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, München 1988; *Sickingler, Mirko*, Vertrieb von Standardsoftware, Köln 1993; *von Westphalen, Friedrich Graf/Seidel, Ulrich*, Aktuelle Rechtsfragen der Software-, Vertrags- und Rechtspraxis, 2. Aufl. 1988; *Weyers, H.-L.* (Hg.), Datenverarbeitungsprogramme als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Baden-Baden 1992; *Zahrnt, Christoph*, Datenverarbeitungsverträge – aus der Praxis für die Praxis, 2. Aufl. München 1981; *ders.*, DV-Verträge: Rechtsprobleme – Einführung in die Vertragsgestaltung, München 1985; *ders.*, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Halbergmoos 1987; *ders.*, DV-Verträge: Gestaltung durch den Anwender, Halbergmoos 1987; *ders.*, DV-Rechtsprechung, Bd. 1: München 1983, Bd. 2: Halbergmoos 1987; *ders.*, Vertragsrecht für Datenverarbeiter, 3. Aufl. Heidelberg 1996; *ders./Erben, Meinhardt*, IT-/DV-Verträge. Wirksame und unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2001.

2. Die Schuldrechtsreform

Mit Wirkung zum 7. 7. 1999 hat der Rat die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter erlassen.¹ Bekanntlich hat man sich bei der Umsetzung dieser Richtlinie in Deutschland dafür entschieden, eine umfassende Reform des Schuldrechts durchzuführen. Diese umfasst weitreichende Änderungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, die hier nur kurz skizziert werden sollen.

Eine Kaufsache muss hiernach dem Zustand entsprechen, den die Parteien vereinbart haben. Ansonsten gilt die Sache als vertragsgemäß, wenn

- sie einem Modell oder einer Beschreibung des Verkäufers entspricht,
- sie die vom Käufer gewünschten Eigenschaften aufweist,
- sie für den vertragsmäßigen Gebrauch geeignet ist,
- sie die Eigenschaften aufweist, die man üblicherweise von einer Sache gleicher Art und Güte erwarten kann.

Vorgesehen sind Regressansprüche gegen den Hersteller oder einen Zwischenhändler, sofern der Verkäufer nur unter Schwierigkeiten haftbar gemacht werden kann. Innerhalb der ersten sechs Monate gilt eine Beweislastumkehr; es wird vermutet, dass ein Mangel bereits bei Lieferung vorlag. Der Käufer kann stets unentgeltliche Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangen (nicht nur – wie jetzt – auf vertraglicher Basis), sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Die Nachbesserung oder Ersatzlieferung hat innerhalb einer angemessenen Frist zu erfolgen. Der Verbraucher kann ferner eine angemessene Minderung oder eine Vertragsauflösung verlangen, sofern eine Abhilfe nicht erfolgt ist. Dem Käufer obliegt eine zweimonatige Rügepflicht ab Entdecken eines Mangels. Die Gewährleistungsfrist beträgt zwei Jahre ab Lieferung, eine deutliche Verlängerung gegenüber der bisherigen sechsmonatigen Verjährung.

3. Gewährleistung im neuen Kaufrecht

Der Käufer eines mangelbehafteten Programms hat eine Reihe von Ansprüchen und Rechten: Er kann vor allem seine Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB geltend machen, d.h. er kann u.a. Lieferung mangelfreier Software verlangen, die gekaufte Software zurückgeben und seinen Kaufpreis zurückverlangen oder den zu zahlenden Kaufpreis um den Minderwert der Software reduzieren. Allerdings sind solche Rechte nur dann gegeben, wenn eine Reihe verschiedener Voraussetzungen erfüllt sind.

II. Einordnung der Vertragsarten

1. Standardsoftware

Umstritten ist von Anfang an die Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen gewesen.² In der Industrie werden solche Vereinbarungen immer noch gerne als »Lizenzverträge« bezeichnet und als Verträge sui generis qualifiziert.³ Dem hat die Rechtsprechung

1 ABl. L 171/2 vom 7. 7. 1999.

2 Siehe hierzu *Martinek*, 11 ff.

3 Zuletzt *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128, 3134.

frühzeitig einen Riegel vorgeschoben, indem er die Überlassung nackter Software auf Dauer gegen ein Einmalentgelt als Sachkauf, zumindest sachkaufähnlichen Vertrag eingestuft hat. Diese Klassifizierung ist inzwischen durch mehrere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) – insbesondere durch dessen Compiler-Entscheidung⁴ – bestätigt worden. An der kaufrechtlichen Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen ändert sich nach der Schuldrechtsreform nichts. Die kaufrechtliche Qualifizierung wird vielmehr noch dadurch erleichtert, daß es auf die früher streitige Frage der Qualifizierung von Sachen⁵ angesichts der Regelung des § 453 Abs. 1 BGB nicht mehr ankommt. Denn hiernach gelten für den Sach- und Rechtskauf dieselben Regeln wie für den Verkauf sonstiger Gegenstände.

2. Individualsoftware

Die (in diesem Beitrag aus Platzgründen nicht behandelte) Erstellung von Individualsoftware erfolgt im Rahmen von Werkverträgen.⁶ Ähnlich wird der DV-Projektvertrag, bei dem es um die Erstellung besonderer, auf die Bedürfnisse des Kunden abgestellter DV-Lösungen geht, als Werkvertrag angesehen.⁷ Unter das Werkvertragsrecht fällt auch ein Vertrag, in dem sich der Programmierer zur Umstellung der Software auf andere Betriebssysteme (sog. Portierung) verpflichtet.⁸

3. Standardsoftware Plus

Dann verblieb allerdings noch das Problem der Qualifizierung von Verträgen zwischen Softwareüberlassung und Softwareerstellung. Gemeint ist hierbei der Vertrieb von Standardsoftware, die allerdings durch zusätzliche Leistungen an die Bedürfnisse des Kunden angepasst wird. Vor In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform bestanden die Oberlandesgerichte darauf, dass solche Verträge grundsätzlich werkvertraglich zu qualifizieren seien.⁹ Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung möchte seit einiger Zeit alle Softwareverträge als Werkverträge einstufen.¹⁰ Sie interpretiert hierzu die Compiler-Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der von der zumindest kaufvertragsähnlichen Einstufung von Softwareüberlassungsverträgen ausgegangen worden ist, restriktiv: In dieser Entscheidung sei es um den Erwerb eines einzelnen Compiler-Programms durch einen Händler gegangen. Nur bei einem solchen Erwerb der »nackten« Software könne man von einem Kaufvertrag sprechen. Komme aber zu dem Erwerb der Software eine irgendwie geartete

4 BGH, NJW 1988, 406, 407f. = CR 1988, 124, 125f.

5 Siehe BGH, CR 1993, 681 = NJW 1993, 2436, 2437f.; BGH, CR 1988, 124 = NJW 1988, 406, 408.

6 BGH, WM 1971, 615; BGH, BB 1986, 1319.

7 Siehe dazu BGH, NJW 1993, 1063 und 2436; Beckmann, Computerleasing, Rdnr. 189; Brandi-Dohrn, Gewährleistung, 3; Martinek, 36.

8 BGH, CR 2002, 93.

9 Siehe z.B. OLG Köln, Iur-PC 1991, 1352.

10 So die Tendenz, die sich in folgenden Entscheidungen deutlich dokumentiert: OLG Köln, 1991, 1352; OLG Hamm, CR 1992, 206, 207; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2627. Vgl. hierzu auch Marly, Softwareüberlassungsverträge, München 1991, S. 145ff.; Mehrings, NJW 1988, 2438, 2439f.

werkvertragliche Nebenpflicht, so sei der gesamte Überlassungsvertrag als Werkvertrag einzustufen. So hieß es z. B. in dem Urteil des OLG Köln vom 11. 10. 1991:¹¹

»Auf einen Vertrag, der den Erwerb von Standardsoftware zum Gegenstand hat, finden die Regeln des Werkvertrages Anwendung, wenn neben der Lieferung zusätzlich eine Anpassung der Software an die Bedürfnisse des Anwenders und eine Einarbeitung des Personals erfolgen soll« (1. Leitsatz).

Ähnlich verwies das OLG Hamm in seinem Urteil vom 22. 8. 1991¹² auf das Werkvertragsrecht:

»Wenn der Abnehmer jedoch ein nicht sachkundiger Endabnehmer ist, der eine Gesamtanlage zur Bewältigung bestimmter Aufgaben erwerben will, entspricht es nach den Erfahrungen des Senats eher den Vorstellungen von Lieferant und Abnehmer, dass eine werkvertragliche Leistung jedenfalls dann geschuldet wird, wenn der Lieferant die Verpflichtung übernimmt, den Abnehmer in den Gebrauch der Anlage einzuweisen und entsprechend zu schulen.«

Dass diese Auffassung dogmatisch nicht korrekt ist, dürfte offensichtlich sein. Denn hier wird jede Nebenpflicht ohne jegliche Gewichtung zum Anlaß für eine Einstufung einer Vereinbarung als Werkvertrag genommen. Aus der Sicht der Praxis ist die Zuordnung aber interessengerecht: Sie führt von den Mängeln des Kaufvertragsrechtes weg zur differenzierteren Regelung der §§ 633 ff. BGB. Sie begründet das Erfordernis einer Abnahme der Software, an die sich der Beginn der Verjährungsfrist knüpft. Sie impliziert ein Nachbesserungsrecht des Softwarehändlers, bevor der Kunde (nach ordentlicher Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung) Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verlangen kann.¹³ Die EDV-Industrie sollte demnach bei allen Verträgen, die über den Erwerb der baren Software hinaus auf die Errichtung eines funktionsfähigen DV-Ambientes zielen, auf die Einhaltung werkvertraglicher Vorschriften achten.

4. Änderungen durch die Schuldrechtsreform

Fraglich ist, ob diese Differenzierungen nach der Schuldrechtsreform bestehen bleiben können. Hier hat sich nämlich ein Problem dadurch ergeben, daß § 651 BGB in seiner Neufassung die Grenzen zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht verschiebt.¹⁴ Grundlage war Artikel 1 Abs. 4 der EU-Richtlinie zur Gewährleistung über einen Verbrauchsgüterkauf.¹⁵ Nach Artikel 1 Abs. 4 gelten auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter als Kaufverträge im Sinne der Richtlinie. Ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien Verbraucher sind oder nicht, regelt nunmehr § 651 Satz 1 BGB, dass das Kaufrecht auch auf Verträge zur Anwendung kommt, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben. Aus dieser Vorschrift zieht ein Teil der Literatur die Konsequenz, dass für Softwareerstellungsverträge grundsätzlich nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern Kaufvertrags-

11 OLG Köln, Iur-PC 1991, 1352.

12 OLG Hamm, CR 1992, 206, 207. Ähnlich auch OLG Celle, CR 1996, 539, 540.

13 *Marly*, Rdnr. 450.

14 Siehe dazu *Thewalt*, CR 2002, 1 ff.

15 Richtlinie 1999/44/EG v. 25. 5. 1999, ABl. EG Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, 12.

recht zur Anwendung kommen soll.¹⁶ Die nachteiligen Konsequenzen einer solchen Qualifizierung seien durch § 651 Satz 3 BGB gemildert, der wichtige Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwendbar erkläre. Diese Auffassung ist meines Erachtens nicht zutreffend.¹⁷ § 651 BGB stellt zentral darauf ab, was der »Gegenstand«, d. h. der Hauptzweck des Vertrages ist. Besteht der Hauptzweck des Vertrages in der (bloßen) Lieferung von Sachen, wird man sicherlich Kaufvertragsrecht zur Anwendung bringen müssen. Etwas Anderes gilt jedoch, wenn ein individueller Erfolg geschuldet wird und die Lieferung der Sache dabei nicht zum Gegenstand des Vertrages gemacht wird. Ein solcher Zustand ist bei der Lieferung von Individualsoftware der Fall, bei der es nicht darum geht, bloß ein Computerprogramm auf Disketten oder einer CD-Rom dem Anwender zu übergeben. Vielmehr richtet sich bei Individualsoftware das Interesse beider Parteien danach, eine auf die Bedürfnisse des Anwenders zugeschnittene Individuallösung in die Tat umzusetzen. Das Computerprogramm mit dem Datenträger ist dann nur eine Teilkomponente, die nicht das Gepräge des Softwareerstellungsvertrages ausmacht. Dies gilt noch deutlicher bei der Lieferung von Standardsoftware, wenn noch eine volle erhebliche Zusatzleistung hinzukommt. Hier wird man wie bisher danach unterscheiden müssen, welches Gewicht die einzelnen Leistungen haben und welche Leistungspflicht dem Vertrag sein Gepräge gibt. Kommt es zu Mischformen (z. B. bei einem Kauf mit Montageverpflichtung), wird danach differenziert, ob im Einzelfall werk- oder kaufvertragliche Elemente überwiegen.¹⁸

III. Der Mangel bei der Softwareüberlassung

1. Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft

Wie oben bereits skizziert, unterscheidet das BGB zwischen Sach- und Rechtsmängeln (§§ 434, 435). Vorrangig werden im weiteren die Regelungen zur Sachmängelhaftung und deren vertraglichen Beschränkbarkeit skizziert. Eine Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie von der Sollbeschaffenheit abweicht. Eine solche Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit liegt vor, wenn der Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vertraglich vereinbarten (§ 437 Abs. 1 S. 1), vertraglich vorausgesetzten (§ 437 Abs. 1 S. 2) oder gewöhnlichen (§ 437 Abs. 1 S. 2) Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist.

Diese Definition, die unten noch mit Leben gefüllt wird, unterscheidet sich fundamental vom Fehlerbegriff der Informatik. Ein Informatiker sieht jedes objektive technische Versagen der Software als Fehler an. Da aber bekannterweise eine technische Störung bei Computerprogrammen nie auszuschließen ist, schreiben Techniker gerne den berühmt-berüchtigten Satz in Softwareverträge: »Software kann nie fehlerfrei sein«. Der Jurist sieht den Fehlerbegriff anders. So gibt es z. B. technische Fehler, die juristisch belanglos sind: Wenn ein Programm bei einer selten benutzten Tastaturkombination abstürzt, liegt aus juristischer Sicht nur ein geringes, unerhebliches Versagen vor, das die Gebrauchstauglichkeit des Systems kaum beeinträchtigt. Dementsprechend gibt es in

¹⁶ So z. B. *Hassemer*, ZGS 2002, 95, 102; *Thewalt*, CR 2002, 1, 4f.; *Westerholt/Berger*, CR 2002, 81, 82f.

¹⁷ Ähnlich jetzt auch *Diedrich*, CR 2002, 473 ff.

¹⁸ Vgl. die Nachweise in *König*, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991, 268 ff. und *Sandhövel*, Gewährleistung beim Erwerb von Software, Diss. Bonn 1991, 208 ff.

einem solchen Fall – trotz Vorliegen eines technischen Fehlers – kein Rücktrittsrecht (§ 323 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 439). Umgekehrt kann ein Programm technisch fehlerfrei, aber juristisch mangelbehaftet sein. Soll ein Programm nach dem Vertrag bestimmte Funktionen aufweisen, so ist das Programm bei Fehlen dieser Funktionen mangelhaft, auch wenn es technisch einwandfrei arbeitet.

2. Die gesetzlichen Merkmale

a) Ein Fehler liegt bereits dann vor, wenn das Programm von seiner Istbeschaffenheit nicht den vertraglich vereinbarten Anforderungen entspricht. Diese Leistungsanforderungen können ausdrücklich – im Rahmen eines Pflichtenheftes¹⁹ – festgelegt sein. Gerade diese Fehlergruppe ist aus der Sicht der Gerichte die erfreulichste: Es bedarf hier nicht umständlicher Sachverständigengutachten und Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. Denn es geht hier nur noch darum, ob eine bestimmte Leistung des Programms entsprechend den Vereinbarungen vorhanden ist oder nicht.

b) Schwierig ist die Abgrenzung von vertraglich vereinbarter Bestimmung und vertraglich vorausgesetzter Verwendung. M.E. umfasst der Bereich der vertraglichen Vereinbarung die Sollbestimmungen, die ausdrücklich vertraglich vorgehen wurden. Demgegenüber regelt der Bereich der vertraglich vorausgesetzten Verwendung den Bereich konkludent vereinbarter Kriterien. Dies wäre zum Beispiel der Fall bei einer Leistungsbeschreibung. Ähnlich fällt darunter der Fall, dass die gewünschten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind.²⁰

c) Abseits vertraglicher Regelungen ist die gewöhnliche Verwendung der wichtigste Prüfmaßstab für Softwaremängel. Der Nachweis einer gewöhnlichen Verwendung ist jedoch nicht einfach. Eine Reihe früherer Abgrenzungsschwierigkeiten²¹ bestehen jedoch nach der Schuldrechtsreform nicht mehr. So spielt die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschulden ebenso keine Rolle mehr wie die Abgrenzung zum Aliud. Nach § 434 Abs. 3 steht einem Sachmangel die Lieferung einer anderen Sache gleich.

3. Fehlertypen

Schwierig wird es, wenn solche Leistungsanforderungen fehlen. Hier kann nur noch der gewöhnliche Gebrauch eines Programms als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Fraglich ist aber, ob es einen solchen Gebrauch bei einem bestimmten Standardprodukt überhaupt gibt.²² Letztendlich können aus der Rechtsprechung nur einige typische Fehlerarten abgeleitet werden.²³

19 Zur Definition des Pflichtenheftes siehe DIN 69901, wonach es um eine ausführliche Beschreibung der Leistungen (...), die erforderlich sind oder gefordert werden, damit die Ziele des Projekts erreicht werden, geht.

20 Vgl. LG Frankfurt, IuR 1987, 229.

21 BGH, NJW 1992, 134 ff. Hier ist noch vieles in der Diskussion; erst in Zukunft wird man eine Klärung etwa der Frage erwarten können, was unter einer genehmigungsfähigen Falschlieferung zu verstehen ist.

22 Siehe hierzu die Bedenken des OLG Stuttgart, CR 1986, 381.

23 Vgl. hierzu auch Heussen, in: Computerrechts-Handbuch, München Stand 1992, Kap. 201 mit weiteren Beispielen und Schneider, Praxis des EDV-Rechts, Köln 1990, Rdnr. D 495 – D 535.

a) *Funktionsdefizite*

Ein Programm muß bestimmte Funktionen enthalten, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden ist. So muss ein als »UNIX-kompatibel« bezeichnetes Programm mehrplatzfähig sein.²⁴ Ferner muss ein Datenbankprogramm das Überlaufen von Dateien verhindern.²⁵ Ganz allgemein muss jede Software HELP-Funktionen und Fehlerrou-tinen enthalten, um Bedienungsfehler von vornherein zu vermeiden;²⁶ eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Anwender als EDV-Fachmann (was auch immer darunter zu verstehen ist) gelten kann.²⁷ Kein Fehler soll es hingegen sein, wenn der Software ein Druckertreiber fehlt²⁸ oder ein Bankenprogramm nicht manipulations-sicher ist.²⁹ Auch soll bei einem Branchenkompaktprogramm ein kleines Textverarbeitungsprogramm ausreichen.³⁰

b) *Funktionsmängel*

Eine weitere wichtige Fehlergruppe betrifft die Funktionsmängel, d.h. das technische Versagen einzelner Programmfunktionen.

Software ist mangelbehaftet, wenn

- sie bei Verwendung in einem Gewerbebetrieb falsche Rechnungen hervorbringt,³¹
- sie nicht in der Lage ist, Umlaute auszugeben, sondern statt dessen beim Ausdruck programmbedingt nur Fragezeichen erscheinen,³²
- sie seit dem Zeitpunkt, in dem vierstellige Jahreszahlen programmiertechnisch all-gemein üblich sind (Mitte der neunziger Jahre), nicht 2000-fest ist,³³
- sie nicht die Abwicklung des Ein-/Verkaufs in Euro ermöglicht.³⁴

c) *Kapazitätsmängel/Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten*

Eine sehr wichtige Fallgruppe betrifft das ungewöhnliche Antwortzeitverhalten in einem EDV-System. Ist eine Software so konzipiert, dass sie zu einer unerträglichen Verlang-samung des Systems führt, liegt ein Fehler vor. Ein solcher Zustand soll etwa dann vor-liegen, wenn die Antwortzeiten in einem Mehrplatzsystem auf 30 Sekunden herabsin-ken³⁵ oder sich die Geschwindigkeit des Druckers auf 20% reduziert.³⁶ Konkrete Zahlen lassen sich aber insgesamt nicht benennen; es wird im Einzelfall auf die Beurtei-lung des vom Gericht bestellten Sachverständigen ankommen.

24 OLG Karlsruhe, CR 1990, 266.

25 LG Duisburg, CR 1989, 494, 495.

26 LG Heilbronn, CR 1989, 604; OLG Köln, NJW 1988, 2477; OLG Hamm, CR 1990, 716.

27 OLG Düsseldorf, CR 1987, 174.

28 OLG Frankfurt, CR 1990, 127, 130. Anderer Ansicht LG Tübingen, CR 1995, 222.

29 OLG München I, CR 1989, 295.

30 BGH, NJW 1990, 3008, 3010.

31 LG München I, CR 1987, 364.

32 OLG München, CR 1990, 646, 648.

33 Siehe hierzu *Bartsch*, CR 1998, 193ff.; *ders.*, Software und das Jahr 2000 – Haftung und Ver-sicherungsschutz für ein technisches Großproblem, Baden-Baden 1998, 58ff.; *v. Westphalen/Langheid/Streitz*, Der Jahr-2000-Fehler, Köln 1999; *Hildebrand*, CR 1998, 248ff.

34 LG Coburg, CR 2002, 325; LG Stuttgart, CR 2002, 255 (Leitsatz).

35 LG Essen, CR 1987, 431.

36 KG, CR 1990, 769. Nach Auffassung des LG Stuttgart, CR 1994, 286 ist das Fehlen von 5% Festplattenplatz mangels Erheblichkeit kein Mangel.

d) Programmsperren

Unzulässig ist auch der Einbau von Programmsperren, sofern dadurch die Begleichung einer Forderung³⁷ oder der Abschluß eines Wartungsvertrages³⁸ erzwungen werden soll. Zulässig könnte eine solche Sperre aber sein, sofern sie zum Schutz vor Softwarepiraterie erforderlich ist.³⁹ Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Käufer zur Beseitigung Systemdisketten benötigt, die sich nur im Besitz des Verkäufers befinden.⁴⁰ Zur Einbeziehung von solchen Sperren bedarf es der Hinweise auf der Verpackung oder in den Geschäftsbedingungen.⁴¹

4. Insbesondere: Fehlen oder Fehler der Dokumentation

Letztendlich die »beliebteste« Fehlergruppe ist das Fehlen oder die Lückenhaftigkeit der Dokumentation.⁴² Da sich Gerichte mit dem Nachweis eines Programmfehlers schwer tun, suchen sie in ihrer Not oft Fehler der mitgelieferten Handbücher. Dabei war vor der Schuldrechtsreform streitig, ob die Lieferung eines Handbuches eine Hauptleistungspflicht darstellt⁴³ oder das Fehlen der Dokumentation als Mangel anzusehen ist⁴⁴. Nach der Schuldrechtsreform stellt sich die Rechtslage nicht anders dar. Insbesondere § 434 Abs. 3, der die Falsch- und Zuweniglieferung dem Sachmangel gleichstellt, ändert nichts daran, dass die teilweise Nichtlieferung eine Verzugsproblematik ist.

Einige Stimmen gehen davon aus, daß Dokumentation und Programm eine Einheit bilden; wenn die Dokumentation fehlt, ist dies als Mangel dieser Einheit anzusehen. Der Käufer kann in einem solchen Fall daher »nur« die klassischen Gewährleistungsrechte des § 437 geltend machen. Der BGH⁴⁵ geht hingegen davon aus, daß es beim Kauf einer aus Hard- und Software bestehenden Computeranlage an der Ablieferung fehle, solange die Lieferung der Softwaredokumentation noch nicht erfolgt sei. Das Fehlen der Dokumentation sei als Nichtleistung und nicht als Gewährleistungsfall anzusehen.

Liegt eine Dokumentation vor, ist diese nach Gewährleistungsrecht zu beurteilen. Wichtig ist, dass die Dokumentation schriftlich vorliegt.⁴⁶ Es reicht daher nicht aus, Benutzer vorab zu schulen und unter Berufung darauf keine Dokumentation mitzulie-

37 LG Wiesbaden, CR 1990, 652.

38 BGH, NJW 1987, 818.

39 BGH, NJW 1981, 2684; OLG Köln, NJW 1996, 733; OLG Köln, CR 2000, 354.

40 OLG Köln, CR 2000, 354.

41 LG München I, CR 2000, 506.

42 Siehe hierzu auch *Endler*, CR 1995, 7 ff.

43 OLG Düsseldorf, CR 1990, 122; OLG Hamm, CR 1986, 268 mit Anm. *Mehbrings*; OLG Saarbrücken, CR 1988, 470; LG Mannheim, BB 1985, 144; LG Frankfurt, DV Rechtsprechung, Bd. 1 S. 219; LG Baden-Baden, CR 1988, 308 f.

44 So OLG Hamm, CR 1990, 716; OLG Karlsruhe, NJW 1989, 2631; OLG Frankfurt, CR 1986, 270 mit Anm. *Czermin* = NJW 1987, 3206; OLG München, CR 1986, 365; im Grundsatz auch BGH, NJW 1989, 3223; OLG Frankfurt, NJW 1987, 2306 = CR 1988, 294 u. CR 1990, 270. Ähnlich *Bokelmann*, CR 1990, 194, 195; *Schneider*, CR 1989, 193.

45 BGH, NJW 1993, 461 = CR 1993, 203 mit Anm. *Bartsch*, CR 1993, 422; vgl. auch *Bartsch*, CR 1993, 352; OLG Hamm, CR 1995, 20; *Endler*, Cr 1995, 7, 9.

46 OLG Stuttgart, NJW 1987, 3206 = CR 1986, 271; OLG Hamm, CR 1992, 715; LG Mannheim, BB 1985, 144; LG Stuttgart, CR 1992, 277.

fern.⁴⁷ Mängelhaft ist es auch, Bildschirmtexte in das Programm einzubauen oder als Dokumentation Text-Files auf Disketten mitzusenden.

Die Dokumentation muß in deutscher Sprache verfasst sein.⁴⁸ Die Lieferung eines englischsprachigen Handbuchs führt demnach dazu, daß der gesamte Kaufvertrag rückgängig gemacht oder der Kaufpreis gemindert werden kann. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nur, wenn die Parteien etwas anderes vereinbaren (ein Hinweis in der Werbung auf das englische Handbuch kann ausreichen) oder wenn der Anwender als EDV-Fachmann anzusehen ist⁴⁹. Ein zweisprachiges Handbuch ist stillschweigend geschuldet, wenn der Besteller sich ausbedungen hat, dass das gesamte System zweisprachig laufen solle.⁵⁰

In der Dokumentation müssen alle Programmfehlerrmeldungen vollständig aufgeführt sein.⁵¹ Der Anwender muss anhand der Dokumentation feststellen können, was bestimmte Fehlermeldungen bedeuten und wie er auf einen Fehler zu reagieren hat.⁵²

5. Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers

Neben dem Fehler können auch »öffentliche Äußerungen« des Verkäufers, des Herstellers oder seiner Gehilfen Gewährleistungsrechte auslösen. Das neue BGB hat sich damit vom alten Leitbild der zugesicherten Eigenschaft verabschiedet. Früher bedurfte es eines besonderen Haftungswillens⁵³, um eine Verkaufsaussage des Verkäufers zur verbindlichen Vertragsgrundlage zu machen; Aussagen des Herstellers spielten ohnehin für Gewährleistungsfälle kaum eine Rolle. Das hat sich jetzt grundlegend geändert. Werbeaussagen sind nunmehr grundsätzlich verbindlich, unabhängig von ihrer Quelle.

a) Äußerungen

Wann eine solche »öffentliche Äußerung« im EDV-Vertrieb bejaht werden kann, ist abstrakt schwierig zu beantworten; letztendlich hängt dies vom Einzelfall ab. Man wird allenfalls sagen können, daß eine solche Äußerung wahrscheinlich enthalten ist in verbindlichen Aussagen im Pflichtenheft, eindeutigen technischen Aussagen des Händlers (insbesondere zur Kompatibilität)⁵⁴ oder in Aussagen eines Verkäufers, der als Sachverständiger fungiert und insofern besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt. Eine Erklärung, wonach der Käufer einer EDV-Anlage ein Gerät auf dem neuesten technischen Stand erwerbe, ist anders als nach alter Rechtsprechung des BGH⁵⁵ gewährleistungsrechtlich verbindlich.

47 Siehe auch OLG Frankfurt, CR 1993, 93; OLG Hamm, CR 1992, 335.

48 OLG München, CR 1986, 365 (Leitsatz) = DV-Rechtsprechung Bd. 3, 106; OLG Stuttgart, CR 1987, 173; LG München I, Beil. Nr. 19/1996, 11. Siehe auch OLG Hamburg, CR 1993, 408 mit Anm. Hoeren. Anderer Ansicht Bartsch, CR 1993, 423.

49 OLG Düsseldorf, CR 1987, 174.

50 OLG Köln, CR 2000, 585.

51 OLG Hamm, CR 1990, 716. Ähnlich bereits LG Flensburg, CR 1988, 132 f.

52 OLG Köln, NJW 1988, 2477.

53 BGH, NJW 1988, 1378, 1380.

54 Siehe zur mangelnden Kompatibilität auch OLG Köln, CR 1992, 468; OLG Saarbrücken, CR 1990, 713; LG Baden-Baden, CR 1994, 288; LG Stuttgart, CR 1986, 382; AG Ulm, CR 1995, 407.

55 BGH, CR 1996, 402 mit Anm. Heussen.

b) des Herstellers/Händlers

Die Zurechnung erfolgt nicht bei allen Äußerungen beteiligter Verkehrskreise. Entscheidend sind vielmehr Aussagen des Herstellers sowie des Händlers selbst. Aussagen anderer Händler werden dem Softwareverkäufer nicht zugerechnet. Schwierigkeiten macht im Softwarebereich vor allem die Bestimmung des Begriffs Hersteller. Software ist kein Produkt maschineller Warenfertigung; es fällt daher schwer, bei komplexeren DV-Produkten den Hersteller zu benennen. Für Windows XP sitzt der Hersteller (Microsoft Inc.) in Richmond/USA. Es finden sich aber kaum Aussagen der Microsoft-Zentrale, die unmittelbar für den deutschen Markt bestimmt sind. Das Werbekonzept für den deutschen Markt stammt aus der deutschen Microsoft-Niederlassung.

c) Ausschlussgründe

Werbeaussagen haben keine gewährleistungsrechtliche Wirkung, wenn der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen mußte. Ferner kommt sie nicht zum Tragen, wenn die Aussage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war. Irrelevant ist sie schließlich auch, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

6. Montage

Ein Mangel ist auch gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist (§ 434 Abs. 2). Der Bereich der Montage ist im Softwaresektor sehr relevant. Umfaßt ist hiervon auch die Installation der Software sowie die Einrichtung des DV-Systems. Die Montageleistung muss vertraglich vereinbart worden sein; dass der Händler rein tatsächlich bei der Installation behilflich ist, reicht nicht aus. Auch spielt es nach dem Gesetzeswortlaut keine Rolle, ob die Montage als Teil des Kaufvertrages oder unabhängig davon in einem separaten (Werk-) Vertrag vorgesehen worden ist.

Montageanleitungen

Schließlich liegt ein Mangel auch bei mangelhaften Montageanleitungen vor (§ 434 Abs. 2 S. 2). Fraglich ist, ob Installationsanleitungen im DV-Sektor unter § 434 Abs. 2 subsumiert werden können. Die Begründung zum Regierungsentwurf erwähnt als Montage auch die fehlerhafte Installation⁵⁶; insofern dürften auch fehlerhafte Installationsanleitungen Gewährleistungsrechte auslösen.

IV. Rügeverlust und vorbehaltlose Entgegennahme

1. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 II HGB

Nach § 377 HGB hat ein Kaufmann die von ihm gekauften Waren unverzüglich auf Mängel zu untersuchen und erkennbare Mängel unverzüglich zu rügen. Tauchen Mängel später auf, muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden. Kommt der Käufer dieser Pflicht nicht nach, so gilt die Ware als genehmigt.

56 BT-Drs. 14/6040, 215.

Der kaufmännische Anwender muß bestellte Software daher unverzüglich am Ablieferungsort im Rahmen des zweckmäßigen Geschäftsgangs untersuchen und erkennbare Mängel sofort dem Verkäufer gegenüber anzeigen. Darüber hinaus sind verborgene Mängel nach ihrer Entdeckung unverzüglich anzuzeigen. Der zeitliche Rahmen der Untersuchungs- und Rügepflicht hängt vom Einzelfall ab. Nichtfachleute haben eine längere Probezeit zur Verfügung.⁵⁷ Bei offenen, überprüfbaren Mängeln eines PCs (hier fehlende IBM-Kompatibilität) kann die Frist kürzer als 11 Tage sein.⁵⁸ Für die Rüge ist eine Beschreibung der Programmfehler nicht erforderlich; es reicht, wenn die mangelhafte Wirkung des Programms für die einzelnen Arbeitsabläufe dargelegt wird.⁵⁹ Allerdings ist zu beachten, daß die Rügefrist erst mit vollständiger Ablieferung der Software einschließlich ihrer Installation beginnt. Soll ein Gesamtsystem von Hardware und Software geliefert werden, so läuft die Frist erst mit der kompletten Lieferung und Installation des Gesamtsystems.⁶⁰

Zu den Rügepflichten für Kaufleute kommen allgemeine Rügeobliegenheiten für jedermann hinzu. Nach § 437 Nr. 1, 439 kann der Käufer ohne weiteres bei mangelhafter Sache Nacherfüllung verlangen. Rechte auf Rücktritt, Minderung und Schadensersatz entstehen jedoch erst nach erfolglosem Ablauf einer Nachfrist. Dies ergibt sich für den Rücktritt aus dem Verweis in § 439 Nr. 2 auf § 323 Abs. 1, wonach der Rücktritt an den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gekoppelt ist.

2. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels

Nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, wenn er beim Vertragsschluss die Mängel der gekauften Sache kennt. Auch verliert er seine Rechte, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Gerade diese Voraussetzung ist bei größeren EDV-Projekten von Bedeutung (sofern in einem solchen Fall nicht ohnehin Werkvertragsrecht Anwendung findet): Hier werden oft Fehler während der Installations- und Schulungsphase offenbar, die dem Anwender eigentlich schon beim Vertragsschluss hätten klar sein müssen. Dies kann zur Folge haben, daß der Käufer seine Gewährleistungsrechte insoweit nach § 442 verliert.

V. Verjährung (§ 438)

Nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB gilt bei Softwareüberlassungsverträgen für die Ansprüche auf Nachlieferung und Schadensersatz eine Verjährungsfrist von zwei Jahren von der Ablieferung an. Für Rücktritt und Minderung gelten § 438 Abs. 4 i. V. m. § 218. Diese Regelung verweist wiederum auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruches.

57 RGZ 59, 75.

58 OLG München, CR 1991, 19.

59 BGH, CR 1986, 79; OLG Köln, CR 1988, 726; vgl. auch *Rehmann*, CR 1990, 575.

60 BGH WM 1990, 2000.

1. Der Begriff der »Ablieferung«

Die Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform versuchte zugunsten des Anwenders die Verjährungsfrist möglichst auszudehnen. Dies wurde dadurch bewirkt, daß der Zeitpunkt der »Ablieferung« weit hinausgezogen wurde und dadurch die Verjährungsfrist erst sehr spät, zum Teil sogar nie zu laufen begann.⁶¹ Mit der Schuldrechtsreform sollte diese Rechtsprechung modifiziert werden. Die Notwendigkeit, die Verjährungsfristen künstlich durch eine extensive Auslegung des Begriffs »Ablieferung« zu verlängern, besteht nicht mehr. Die Verjährungsfristen sind nunmehr angemessen lang. Dies spricht für einen Gleichlauf von Übergabe und Ablieferung. Allerdings ist zu beachten, dass § 438 Abs. 2 BGB zwischen der »Übergabe« (bei Grundstücken) und der »Ablieferung« unterscheidet. Ähnlich wie in § 377 Abs. 1 HGB wird man auf den Zeitpunkt abstellen können, ab dem der Käufer die Sache so in seiner Gewalt hat, daß er sie untersuchen kann.⁶² Entscheidend ist damit die rein tatsächliche Verfügungsmöglichkeit des Käufers über die Sache.⁶³

2. Verjährungshemmung

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 kann der Käufer die Verjährung hemmen, wenn er eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt. Tatsächlich wird in der Praxis meist übersehen, dass die Zivilprozessordnung für die Sicherung schwieriger Beweise ein gesondertes Verfahren anbietet (§§ 485 ff. ZPO). Ein solch vorgezogenes Beweissicherungsverfahren bietet sich vor allem an, wenn

- der Anwender mangelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen will,
- bestimmte, selten auftretende Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können,
- der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können,
- der Anwender möglichst schnell Gewissheit über die Fehlerhaftigkeit haben will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzulegen.

Der Lauf der Verjährungsfrist ist auch gehemmt bei Zustellung eines Mahnbescheides (§ 204 Nr. 3). Will der Anwender daher seinen Kaufpreis teilweise zurückerstattet haben, so kann er bei dem für ihn zuständigen Amtsgericht gegen den Verkäufer einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides stellen. Nicht zulässig ist allerdings die Stellung eines solchen Antrages wegen der Rückzahlung des gesamten Kaufpreises (Wandelung). Denn dieser Anspruch besteht nur dann, wenn der Käufer seinerseits auch die mangelbehaftete Software zurückgibt; für solche sog. Zug-um-Zug-Ansprüche ist das Mahnverfahren aber nicht statthaft (§ 688 II ZPO). Insoweit muß rechtzeitig Klage erhoben werden.

61 OLG Köln, Iur-PC 1991, S. 1352; ähnlich auch OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 580, 582. Vgl. auch BGH, NJW 1990, 1290; OLG Hamm, NJW 1989, 1041; OLG Hamm, CR 1992, 335; OLG München, CR 1991, 19 und 609; OLG Düsseldorf, CR 1991, 154; CR 1990, 122; OLG Saarbrücken, CR 1990, 713; OLG Bremen, BB 1991, Beil. 7 S. 2 = CR 1991, 673; OLG Köln, CR 1995, 605; OLG Celle, CR 1996, 538, 539; OLG Hamburg, CR 1997, 87 (Leitsatz).

62 So schon BGH, NJW 1961, 730.

63 BGH, NJW 1985, 1333, 1334.

Im übrigen kann der Käufer einer mangelbehafteten Sache auch Klage gegen den Verkäufer erheben und dadurch die Verjährung hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 1). Ferner ist die Verjährung gehemmt, solange der Verkäufer mit der Nachlieferung eines mangelfreien Programms oder mit der Nachbesserung der mangelbehafteten Software beschäftigt ist.⁶⁴

3. Vereinbarung über die Verjährung

Letztendlich kann das Problem der Verjährung auch vertraglich geregelt werden (§ 202).⁶⁵ Dabei ist sowohl eine Verkürzung als auch eine Verlängerung der Frist individualvertraglich zulässig. Probleme wirft allerdings eine Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist auf, die über Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgenommen wird. Außer beim Verbrauchsgüterkauf (§ 475 Abs. 2 BGB) ist die Frist auf ein Jahr reduzierbar (§ 309 Nr. 8 b).

VI. Rechtsfolgen

1. Einzelne Gewährleistungsrechte

Der Käufer von Software hat mehrere, untereinander abgestufte Rechte (§ 437 BGB): Er hat primär einen Nachlieferungsanspruch (§ 437 Nr. 1, 439). Verlangt der Käufer Nachlieferung, kommt der Verkäufer sofort in Verzug, da das Nachlieferungsverlangen als Mahnung anzusehen ist.⁶⁶ Auf den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Nachfrist hin kann der Käufer Rücktritt, Minderung und Schadensersatz verlangen.

Die Nacherfüllung spielt im Bereich der Standardsoftware kaum eine Rolle. Denn hier gibt es bei Programmierfehlern keine mangelfreie Ware. Statt dessen ist davon auszugehen, dass der Lieferant nicht mehr zur Erfüllung des Vertrages in der Lage ist. Insofern liegt eigentlich ein Fall des subjektiven Unvermögens vor. Die Nachlieferungspflicht würde dann ersatzlos entfallen und der Käufer statt dessen nur Rücktritt und Minderung verlangen können. Denkbar wäre aber auch eine wirtschaftliche Betrachtung. Hiernach kann der Kunde in solchen Fällen nicht den Anspruch auf Reparatur, sondern auf Lieferung eines neuen Programmstandes verlangen. Abgestellt wird auf § 439 Abs. 3 S. 2 (»ohne erhebliche Nachteile«). Daraus soll sich auch eine Pflicht des Kunden zur Übernahme des neuen Releases ergeben, wobei er für zusätzliche Funktionalitäten nach dem Muster »neu für alt« zu zahlen hat.⁶⁷

Im Rahmen der Rechtsfolgen zu prüfen ist auch die Frage der Erheblichkeit von Mängeln. Diese Frage spielt im Rahmen der Softwarebranche eine wichtige Rolle. Denn zahlreiche Softwareprodukte haben kleinere »bugs«; die verschiedenen Fehlerkonstellationen können bei keinem Produkt ausgetestet werden. Früher war die Erheblichkeitsschwelle ein Kriterium auf der Tatbestandsseite; unerhebliche Mängel schlossen Gewährleistungsrechte generell aus (siehe § 459 Abs. 1 S. 2 BGB). Bagatellmängel sind nach der

64 BGHZ 39, 287, 292 = NJW 1963, 1452; BGH, NJW 1973, 698, 699; MünchKommBGB/Westermann, § 477 Rdnr. 18.

65 Siehe dazu etwa die EVB_IT und dazu Feil/Leitzen, CR 2002, 407ff.

66 Ein Wandlungsrecht kommt nicht in Betracht, wenn nur der Datenträger fehlerhaft ist; hier kann der Anwender lediglich Nachlieferung verlangen. Siehe LG Köln, BB Beil. Nr. 19/1996, 8.

67 So Bartsch, CR 2001, 649, 654.

Schuldrechtsreform eine Fragestellung auf der Rechtsfolgenseite. Der Nacherfüllungsanspruch wird durch § 439 Abs. 3 dadurch beschränkt, dass der Verkäufer die Nacherfüllung bei unverhältnismäßigen Kosten verweigern kann. Das Rücktrittsrecht besteht nach § 323 Abs. 4 S. 2 bei Unerheblichkeit der Pflichtverletzung nicht.

2. Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung

Ein weiteres Problem des EDV-Vertragsrechts betrifft die Frage, ob und wann der Anwender bei mangelhafter Software auch die Hardware an den Verkäufer zurückgeben kann: Gibt es ein Gesamtabwicklungsrecht hinsichtlich Hard- und Software, auch wenn die Hardware in sich mängelfrei war? Liegt ein solches Recht auch vor, wenn Hardware und Software in verschiedenen Verträgen bzw. von verschiedenen Lieferanten verkauft worden sind? Grundsätzlich sind alle Teilleistungen als rechtlich selbständig einzustufen; insofern ist prinzipiell bei Fehlen einer Teilleistung nur eine teilweise Rückabwicklung möglich.

a) Ein Gesamtabwicklungsrecht ist zunächst dann denkbar, wenn Soft- und Hardware als *einheitliche Sache im Sinne des § 93 BGB* anzusehen sind. Das setzt voraus, daß Soft- und Hardware nicht voneinander getrennt werden können, ohne daß die eine oder andere zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird. Dabei ist nur auf die Verkehrsanschauung, nicht aber auf den Parteiwillen abzustellen.⁶⁸

Die Voraussetzungen des § 93 BGB sind im Regelfall im Softwarebereich nicht gegeben: Während in den 60er und 70er Jahren Soft- und Hardware meist zusammen vertrieben worden ist (sog. Bundling), hat sich der Softwaremarkt heute weitestgehend vom Hardwaremarkt abgekoppelt (sog. Unbundling). Computerprogramme sind daher heutzutage nicht mehr an einem bestimmten Hardwaretypus gebunden. Vielmehr besteht dank des Windows- und UNIX-Standards die Möglichkeit, Software auf verschiedensten Rechnern einzusetzen. Insofern bilden Computerprogramme in der heutigen Zeit keine untrennbare Einheit mehr mit der Hardware. Kauft jemand einen PC nebst Software liegt darin jedoch regelmäßig keine einheitliche Kaufsache.⁶⁹ Nur in Ausnahmefällen kann es Fälle geben, in denen Hard- und Software eine Gesamteinheit bilden; hierzu zählen die Verwendung nicht Windows- oder UNIX-kompatibler »Exoten«-Hardware oder das ROM-BIOS sowie Betriebssysteme bei Großrechnern.⁷⁰

b) Die bisherige Regelung über die *Gesamtwandelung* (§ 469 BGB aF) ist entfallen. An die Stelle kann nicht § 323 Abs. 5 S. 1 treten.⁷¹ Hiernach kann der Gläubiger bei Teilleistungen vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Diese Regelung gilt nur dann, wenn der Schuldner Teilleistungen nicht vollständig erbracht hat; bei der hier zu prüfenden Konstellation hat der Verkäufer aber Hard- und Software geliefert. Der Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsreform statt dessen gewollt, daß der Gläubiger bei einer nur teilweise schlechten Leistung vom gesamten Vertrag zurücktreten kann.⁷² Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2). Allerdings lässt sich gera-

68 Vgl. allgemein BGHZ 36, 50; Palandt/Heinrichs, § 93, Rdnr. 3.

69 OLG Düsseldorf, CR 2000, 350.

70 Vgl. BGH, CR 1988, 129.

71 So schon zu Recht Koch, CR 2001, 569, 572f.

72 Siehe auch BT-Drs. 14/6040, 187.

de aus letzterer Regelung auch eine Lösung des Problems finden, die den Grundgedanken der alten Regelung des § 469 aufgreift. So kommt ein Rücktritt nach § 323 überhaupt nur in Betracht, wenn es um einen Vertrag mit Teilleistungen geht. Liegen zwei Verträge vor, ist jeder separat und unabhängig vom anderen in Bezug auf Rücktrittsrechte zu prüfen. Daher ist als Erstes zu klären, ob ein Vertrag über Teilleistungen vorliegt (aa). Dann ist als Zweites die Unerheblichkeit nach § 323 Abs. 5 S. 2 zu erörtern. Diese Frage lässt sich nur dann klären, wenn man die Nachteile für den Gläubiger betrachtet (bb). Damit sind beide Elemente des alten § 469 BGB in § 323 BGB integriert. Nur die Grundweichenstellung bleibt unterschiedlich. Das alte BGB ging von der Einzelwandelung als Grundsatz aus; die Gesamtwandelung war der Ausnahmefall. Das BGB geht in seiner Neufassung hingegen vom Grundsatz des Gesamtrücktritts aus.

(aa) Die Regelung setzt einen einzelnen *Vertrag über mehrere Teilleistungen* voraus. Ob ein solcher Vertrag vorliegt, kann m.E. unter Berücksichtigung von § 469 S. 2 BGB aF geklärt werden. Denn schon nach dem alten BGB kam es entscheidend darauf an, dass Hardware und Software »als zusammengehörend verkauft« verkauft worden sind. Eine solche Zusammenzugehörigkeit liegt vor, »wenn die Parteien den Kauf nur in der durch den gemeinschaftlichen Zweck der Sachen hergestellten Verbindung abschließen wollen, so dass die Sachen dazu bestimmt erscheinen, zusammenzubleiben«. ⁷³ Keine Probleme ergeben sich hier, wenn beide Komponenten von einer Hand in einem Vertrag verkauft worden sind; wie der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 4.11.1987 betont hat, kann hier von einer Zusammengehörigkeit ausgegangen werden. ⁷⁴ In der Zwischenzeit steht auch fest, daß der Anwender auch dann hinsichtlich Hard- und Software wandeln kann, wenn diese im Rahmen unterschiedlicher Verträge, aber von einer Hand erworben worden sind. Zwar stelle »das äußere Bild der getrennten Urkunden« ein Indiz für getrennte Verträge dar. ⁷⁵ Dieses Indiz könne aber z.B. dadurch entkräftet werden, dass Hard- und Software nach dem Willen der Parteien als Gesamtsystem aufeinander abgestimmt und als einheitliches Paket verkauft worden sind. ⁷⁶ Es komme darauf an, ob die verschiedenen Vereinbarungen rechtlich miteinander »stehen und fallen« sollen. ⁷⁷ Das OLG München hat einen solchen Fall zum Beispiel bejaht, wenn Hard- und Software zur Bewältigung bestimmter Aufgaben eingesetzt werden. ⁷⁸ Für die Vertragseinheit soll auch sprechen, daß die Software nach den AGB nur auf der erworbenen Hardware laufen darf. ⁷⁹ § 469 S. 2 BGB wurde auch angewandt, wenn der Lieferant die Software auf der von ihm gelieferten Hardware installieren soll. Ähnliches gilt, wenn die bezogenen Geräte der Umstellung eines Betriebsablaufs dienen. ⁸⁰

Schwierigkeiten tauchen jedoch auf, wenn es sich bei dem Lieferanten des Computers und dem der Software um verschiedene Personen handelt; die Rechtsprechung hierzu ist

73 OLG München, CR 1987, 506.

74 BGH, NJW 1988, 406 = DB 1988, 105 = BB 1988, 20.

75 OLG Köln v. 29.1.1981, zit. n. *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, Band 1, München 1983, K/M-11.

76 OLG Stuttgart, IuR 1987, 61; OLG Hamm, CR 1988, 297; LG Augsburg, CR 1989, 22; LG München I, CR 1987, 364; vgl. *Zahrnt*, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Hallbergmoos 1987, S. 116ff. mit weit. Nachw.

77 So der BGH, NJW 1987, 2004.

78 OLG München, CR 1990, 640.

79 OLG München, CR 1990, 640; Wirksamkeit der Klausel allerdings streitig; s. o.

80 OLG Köln, CR 1991, 154, 156.

noch im Fluss. Greift man hier auf die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf zurück, so ist die erforderliche wirtschaftliche Einheit nur dann zu bejahen, wenn »über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus die beiden Geschäfte miteinander derart verbunden sind, dass keines ohne das andere geschlossen worden wäre oder jeder der Verträge seinen Sinn erst durch das andere erhält«. ⁸¹ Am sinnvollsten ist hier eine ausdrückliche Verknüpfung der Hard- und Softwareverträge erforderlich, da ansonsten die Zusammengehörigkeit nur schwer nachgewiesen werden kann. ⁸² Zum Teil wird auch für ausreichend erachtet, dass die Parteien bei den Verkaufsgesprächen vom Kauf einer einheitlichen Computeranlage ausgegangen sind. ⁸³ Der BGH betont in diesem Zusammenhang, dass es dem Erwerber erkennbar gerade auf einheitliche Lieferung bzw. Herstellung der Hard- und Software ankommen müsse; Hard- und Software müssten aus seiner Sicht als eine »Gesamtlösung seiner Probleme« erscheinen. ⁸⁴ Die bloße Tatsache, dass Soft- und Hardwarevertrag zeitlich gleichzeitig abgeschlossen worden sind, reicht jedoch nicht aus. ⁸⁵

(bb) Weiterhin setzt § 323 Abs. 5 BGB voraus, dass der Gläubiger an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Auch im Zusammenhang mit dem *Interessewegfall* lässt sich die Rechtsprechung zu § 469 S. 2 BGB heranziehen, wonach Hard- und Software nicht ohne Nachteil voneinander getrennt werden können. Wann ein solcher Nachteil gegeben ist, ist in Literatur und Rechtsprechung äußerst streitig. ⁸⁶ Nach Auffassung des BGH ⁸⁷ soll ein Nachteil insbesondere dann vorliegen, wenn die Beschaffung eines passenden Ersatzteils nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet. Solche Schwierigkeiten sollen u. a. dann gegeben sein, »wenn gleichwertige Spezialsoftware von anderen Lieferanten nur zu erheblich höheren Preisen oder nur zu unzumutbaren Lieferzeiten zu erhalten wäre«. ⁸⁸ – Ein vergleichbarer Fall wäre dann gegeben, wenn die Installation des Ersatzprogrammes aufwendig wäre oder das neue Programm eine völlig andere Struktur aufwiese, so dass der Anwender sich neu in das Programm einarbeiten müsste. ⁸⁹ Der Wegfall des Interesses ist beim normalen Kauf eines handelsüblichen Computers und der Überlassung von Standardsoftware nicht zu bejahen. ⁹⁰ Anders ist der Fall, wenn der Käufer PC, Monitor und Software »aus einer Hand« erwirbt. Denn in einem solchen Fall würde der Käufer bei isolierter Rückabwicklung eines Vertrages die Vorteile des Kaufes aus einer Hand verlieren. ⁹¹

81 BGHZ 91, 9, 11.

82 OLG Frankfurt, CR 1987, 769; vgl. auch BGH, CR 1987, 358.

83 OLG Stuttgart, CR 1988, 296.

84 BGH, NJW 1990, 3012.

85 OLG München, CR 1988, 130.

86 Vgl. *Jersch*, Jura 1988, 580, 584; *Ruppelt*, S. 99f.; *Zahrnt*, BB 1984, 1007ff.; *ders.*, IuR 1986, 59ff.; *ders.*, BB 1988, 1687ff.

87 Vgl. BGH, NJW 1988, 406; BGH, NJW 1990, 3011.

88 BGH, NJW 1990, 3013; ähnlich auch OLG Köln, BB 1989, Beil. 5, S. 9 Nr. 8; OLG Oldenburg, CR 1989, 107 m. Anm. *Ruppelt*; *Köhler*, CR 1987, 827, 834; *Mehrings*, NJW 1988, 2438, 2441.

89 Vgl. *Ruppelt*, S. 100.

90 BGH, NJW 1987, 2004, 2008 = CR 1987, 358; OLG Köln, CR 2000, 354.

91 OLG Düsseldorf, CR 2000, 350, 351.