

# IT-Verträge

Neubearbeitung  
Stand: Juni 2008

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster  
Richter am OLG Düsseldorf

# IT-Verträge

## Übersicht

	Rdnr.
<b>I. Wirtschaftliche Vorüberlegungen</b> .....	1
<b>II. Einordnung der Vertragsarten</b> .....	2
1. Individualsoftware .....	3
2. Standardsoftware .....	4
3. Standardsoftware Plus .....	5
4. Application Service Providing .....	7
5. Hardwareverträge .....	8
<b>III. Verschaffung der Nutzungs- und Verwertungsrechte</b> .....	9
1. Weiterverkaufsverbote .....	10
a) Vereinbarkeit mit dem Urheberrecht .....	11
b) Wirksamkeit nach dem BGB .....	16
2. Weitervermietungsverbote .....	21
3. CPU-Klauseln .....	24
a) Urheberrechtliche Zulässigkeit .....	25
b) Wirksamkeit nach dem BGB .....	27
4. Fehlerbeseitigung und Umgestaltung .....	31
5. Andere Nutzungsbeschränkungen .....	33
<b>IV. Gewährleistung bei Softwareüberlassungsverträgen</b> .....	36
1. Gewährleistung im neuen Kaufrecht .....	37
a) Mangel .....	38
b) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft .....	39
2. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 HGB .....	55
3. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels .....	56
4. Verjährung (§ 438 BGB) .....	57
a) Der Begriff der „Ablieferung“ .....	58
b) Verjährungshemmung .....	59
c) Vereinbarung über die Verjährung .....	61
5. Rechtsfolgen .....	62
a) Einzelne Gewährleistungsrechte .....	62
b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung .....	64
c) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB) .....	65
d) Teilleistungen .....	66
<b>V. Haftung im Rahmen von Softwareüberlassungsverträgen</b> .....	70
1. Haftung für Mängel im Kaufrecht .....	70
2. Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§ 280 Abs. 1 BGB) .....	71
a) Vorüberlegungen .....	71
b) Auskunftspflichten .....	72
c) Abgrenzung zum selbstständigen Beratungsvertrag .....	74
3. Haftung wegen der Verletzung von Vertragsdurchführungspflichten .....	75
a) Treuepflichten .....	75
b) Schutzpflichten .....	76
c) Updatepflicht .....	77
d) Mitwirkungspflichten .....	78
e) Schulungspflicht .....	79
4. Haftung nach ProdHaftG .....	80
a) Vorgeschichte .....	80
b) Anwendbarkeit auf Software .....	81
c) Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs .....	82
5. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB .....	84
<b>VI. Regelung der Gewährleistung und Haftung durch AGB</b> .....	87
1. Ausschluss der Gewährleistung (§ 309 Nr. 8 b aa BGB) .....	93
2. Nacherfüllung (§ 309 Nr. 8 b bb BGB) .....	97
3. Beschränkungen der Nacherfüllung .....	98
a) Reichweite von § 309 Nr. 8 b bb) BGB .....	98

b) Reichweite von § 307 BGB	100
c) Reichweite von § 475 BGB	101
4. Kosten der Nacherfüllung	102
a) Reichweite von § 309 BGB	102
b) Reichweite von § 307 BGB	103
c) Reichweite von § 475 BGB	104
d) Reichweite von § 138 BGB	105
5. Rügepflichten	106
a) Reichweite von § 309 BGB	106
b) Reichweite von § 307 BGB	108
c) Reichweite von § 475 BGB	109
d) Reichweite von § 138 BGB	110
7. Abnahmebestätigungen	111
8. Ausschluss der Haftung	112
a) Reichweite von § 309 BGB	112
b) Reichweite von § 307 BGB	116
c) Reichweite von § 475 BGB	117
d) Reichweite von § 138 BGB	118
9. Vertragsaufspaltung durch AGB	119
10. Verjährung	120
a) Reichweite von § 309 BGB	120
b) Reichweite von § 307 BGB	121
c) Reichweite von § 475 BGB	122
d) § 138 BGB	123
e) Verjährungsverlängerung	124
11. Musterklausel Gewährleistung/Haftung	125
<b>VII. Besonderheiten bei Softwareerstellungsverträgen</b>	126
1. Rechtsnatur	128
2. Probleme der werkvertraglichen Gewährleistung	131
a) Fehler iSd § 633 BGB	131
b) Gewährleistungsrechte	132
c) Abnahme im Sinne des § 640 Abs. 1 BGB	138
d) Verjährung	143
3. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel	144
4. Vertragliche Regelungen	147
5. Kündigung	151
6. Auditierungsklauseln	154
<b>VIII. Softwaremiete</b>	160
1. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen	161
2. Beschränkung der Gewährleistung	163
a) Bestätigung als „vertragsgemäß“	164
b) Ausschluss der Gewährleistung	166
c) Schadensersatzansprüche	168
<b>IX. Softwarepflege</b>	172
1. Rechtsnatur	172
2. Der allgemeine Servicevertrag	174
a) Hauptleistungspflichten	175
b) Nebenpflichten	182
c) Nicht- und Schlechterfüllung	184
d) Beendigung des Servicevertrages	189
3. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Updates/Upgrades: Kaufvertrag	193
4. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag	195
a) Abgrenzung AUG	195
b) Problem: AGB-rechtliche Vergütungsregeln	197
c) Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	198
<b>X. Sonstige IT-Verträge</b>	207
1. Shrink-Wrap Licensing	207
2. Open Source und GPL	210

## I. Wirtschaftliche Vorüberlegungen

Software ist das Gehirn der Informationsgesellschaft, Hardware ihre Schädeldecke. Wo immer man hinsieht, findet man Computerprogramme. Das Internet basiert auf HTML-/PHP-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 der Hardwaremarkt, insbesondere der Verkauf und die Vermietung von Hardware. Erst allmählich entwickelt ein Unternehmen Software zur Lösung individueller Kundenprobleme im Rahmen so genannter Softwareerstellungsverträge. Die Individualsoftware wurde sehr schnell standardisiert und auf den Massenmarkt gebracht. Solche Standardlösungen wurden regelmäßig im Rahmen so genannter 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.\*

Die Hardware hat demgegenüber ein wechselhaftes Schicksal erfahren. Wurde noch in den siebziger Jahren Software als (günstige) Draufgabe zu der (teuren) EDV-Anlage gesehen, hat sich das Verhältnis umgekehrt. Aufgrund der steigenden Kapazitäten von PCs und dem drastischen Preisverfall im Hardwarebereich übersteigt der Preis für Software den der Hardware um ein Vielfaches.

## II. Einordnung der Vertragsarten

Im Rahmen der AGB-Kontrolle sind die Vorgaben von §§ 307–309\*\* zu beachten. Diese setzen voraus, dass der jeweilige gesetzliche Vertragstypus festgestellt wird. So verweist § 307 Abs. 2 Nr. 1 auf die wesentlichen Grundgedanken des Vertragsrechts des BGB. § 307 Abs. 2 Nr. 2 verbietet Beschränkungen vertragswesentlicher Pflichten und Rechte, die sich aus der „Natur des Vertrages“ ergeben. § 309 wiederum nimmt in vielfältiger Weise auf kauf- oder werkvertragliche Spezifika Bezug.

### 1. Individualsoftware

Die Erstellung von Individualsoftware erfolgt traditionell im Rahmen von Werkverträgen.<sup>1</sup> Ähnlich wird der DV-Projektvertrag, bei dem es um die Erstellung besonderer, auf die Bedürfnisse des Kunden abgestellter DV-Lösungen geht, als Werkvertrag angesehen.<sup>2</sup>

\* Wegen der Spezialität der Thematik sind in dieser Veröffentlichung einige Spezialorgane zitiert, die (noch) nicht allgemein bekannt sind:

CR = Computer + Recht (Zeitschrift) Verlag D. Schmidt;  
 ECR = Entscheidungssammlung zum Computerrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln;  
 JurPC = Online-Zeitschrift zum Computerrecht;  
 K & R = Kommunikation und Recht, RWS-Verlag  
 ITRB = IT-Rechtsberater, Verlag O. Schmidt  
 MarlyRC = Rechtsprechung zum Computerrecht, Verlag C. H. Beck

\*\* Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB

1 BGH, NJW 1987, 1259.

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

Unter das Werkvertragsrecht fällt auch ein Vertrag, in dem sich der Programmierer zur Umstellung der Software auf andere Betriebssysteme (sog. Portierung) verpflichtet.<sup>3</sup>

Werden Hard- und Softwareleistungen in verschiedenen Verträgen geregelt, schließt dies nicht die Annahme eines rechtlich einheitlichen Geschäftes aus. Vielmehr ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ein Wille der Parteien zur sachlichen Verbindung der Verträge angenommen werden kann. Dabei genügt es, wenn die Leistung für einen Vertragspartner unteilbar ist und dies dem anderen erkennbar ist.

Fraglich ist, ob die werkvertragliche Qualifizierung nach der Schuldrechtsreform bestehen bleiben kann. Hier hat sich nämlich ein Problem dadurch ergeben, dass § 651 in seiner Neufassung die Grenzen zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht verschiebt.<sup>4</sup> Grundlage war Art. 1 Abs. 4 der EU-Richtlinie zur Gewährleistung über einen Verbrauchsgüterkauf.<sup>5</sup> Nach Art. 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, dass das Kaufrecht auch auf Verträge zur Anwendung kommt, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben.<sup>6</sup>

Aus dieser Vorschrift zieht ein Teil der Literatur die Konsequenz, dass für Softwareerstellungsvträge grundsätzlich nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern Kaufvertragsrecht zur Anwendung kommen soll.<sup>7</sup> Die nachteiligen Konsequenzen einer solchen Qualifizierung seien durch § 651 Satz 3 gemildert, der wichtige Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwendbar erkläre. Diese Auffassung ist meines Erachtens nicht zutreffend.<sup>8</sup> § 651 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 Softwareerstellungsvtrages ausmacht. Dies gilt noch deutlicher bei der Lieferung von Standardsoftware, wenn noch eine 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.<sup>9</sup>

3 BGH, CR 2002, 93, erörtert bei Junker, NJW 2003, 2792 (2797); Mankowski, MDR 2003, 854, 856; Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 162; Redeker, CR 2004, 88, 91.

4 S. dazu Thewalt, CR 2002, 1 ff.

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

6 Zur Anwendung von § 651 BGB auf Datenlieferungsverträge siehe OLG Düsseldorf, K&R 2005, 41 = ZUM-RD 2005, 58 = DuD 2005, 171.

7 So z. B. Hassemer, ZGS 2002, 95, 102; Thewalt, CR 2002, 1, 4 f.; Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 82 f.; Kothoff, K&R 2002, 105; Meub, DB 2002, 131, 134; Mankowski, MDR 2003, 854, 857; Schneider, CR 2003, 317, 322.

8 Ähnlich jetzt auch Diedrich, CR 2002, 473 ff.; Barbel, CR 2001, 649, 655; im Ergebnis auch Müller-Hengstenberg/Kremer, CR 2002, 599; Stichtenroth, K&R 2003, 105 ff.

9 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.

## 2. Standardsoftware

Umstritten ist von Anfang an die Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen gewesen.<sup>10</sup> In der Industrie werden solche Vereinbarungen immer noch gerne als „Lizenzverträge“ bezeichnet und als Verträge sui generis qualifiziert.<sup>11</sup> Dem hat die Rechtsprechung frühzeitig einen Riegel vorgeschoben, indem sie die Überlassung nackter Software auf Dauer gegen ein Einmalentgelt als Sachkauf, zumindest sachkaufähnlichen Vertrag eingestuft hat.<sup>12</sup> Diese Klassifizierung ist durch mehrere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) – insbesondere durch dessen Compiler-Entscheidung<sup>13</sup> – bestätigt worden. An der kaufrechtlichen Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen hat sich auch nach der Schuldrechtsreform nichts geändert. Die kaufrechtliche Qualifizierung wird vielmehr noch dadurch erleichtert, dass es auf die früher streitige Frage der Qualifizierung als Sache<sup>14</sup> angesichts der Regelung des § 453 Abs. 1 nicht mehr ankommt. Denn hiernach gelten für den Sach- und Rechtskauf dieselben Regeln wie für den Verkauf sonstiger Gegenstände.<sup>15</sup>

## 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.<sup>16</sup> Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung möchte seit einiger Zeit alle Softwareverträge als Werkverträge einstufen.<sup>17</sup> 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 werkvertragliche Nebenpflicht, so sei der gesamte Überlassungsvertrag als Werkvertrag einzustufen. So hieß es z. B. in dem Urteil des OLG Köln vom 11. Oktober 1991:<sup>18</sup>

„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. August 1991<sup>19</sup> 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

10 Siehe hierzu Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rdnr. 33; Martinek III, 11 ff.

11 Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128, 3134; Lauer, BB 1982, 1758.

12 BGH, BGHZ 102, 135, 139 ff.; BGHZ 109, 97, 99; BGH, CR 1998, 393, 394.

13 BGH, NJW 1988, 406, 407 f.

14 Siehe BGH, NJW 1993, 2436, 2437 f.; BGH, NJW 1988, 406, 408; Palandt/Heinrichs, BGB, § 90, Rdnr. 2.

15 Vgl. Palandt/Putzo, BGB, § 453, Rdnr. 8.

16 So z. B. OLG Köln, JurPC 1991, 1352.

17 So die Tendenz, die sich in folgenden Entscheidungen deutlich dokumentiert: OLG Köln, NJW-RR 1992, 1327 = CR 1992, 1327; OLG Hamm, CR 1992, 206, 207; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2627; OLG Dresden, Urt. v. 20. 2. 2002 – 11 U 1679/01; vgl. hierzu auch Marly, Softwareüberlassungsverträge, München 1991, S. 145 ff.; Mehrings, NJW 1988, 2438, 2439 f.

18 OLG Köln, Urt. v. 11. Oktober 1991 – 19 U 87/91 = NJW-RR 1992, 1327.

19 OLG Hamm, Urt. v. 22. August 1991 – 31 U 260/90 = CR 1992, 206, 207; ähnlich auch OLG Celle, CR 1996, 539, 540.

werkvertragliche Leistung jedenfalls dann geschuldet wird, wenn der Lieferant die Verpflichtung übernimmt, den Abnehmer in den Gebrauch der Anlage einzuweisen und entsprechend zu schulen.“

- 6 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 jedoch interessengerecht: Sie führt von den Mängeln des Kaufvertragsrechtes weg zur differenzierteren Regelung der §§ 633 ff. und begründet das Erfordernis einer Abnahme der Software, an die sich der Beginn der Verjährungsfrist knüpft. Sie impliziert ein Nacherfüllungsrecht des Softwarehändlers, bevor der Kunde (nach ordentlicher Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung) Selbstvornahme, Minderung, Rücktritt oder Aufwendungs-/Schadensersatz verlangen kann.<sup>20</sup> 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. Application Service Providing

- 7 Wird Software einem Anwender entgeltlich per Internet oder Standleitung zur Nutzung bereitgestellt und verbleibt diese selbst beim Anbieter, dem sog. Application Service Provider-, erhält der Anwender lediglich die Möglichkeit, sich das Programm zeitweilig auf dem Bildschirm anzeigen zu lassen und damit arbeiten zu können. Ein solches Nutzungskonzept unterliegt dem Mietrecht.<sup>21</sup>

#### 5. Hardwareverträge

- 8 Hardware wird (zusammen mit der dazugehörigen Betriebssystemsoftware)<sup>22</sup> in den klassischen Formen des Vertragsrechts vertrieben.<sup>23</sup> Steht die Übereignung von Hardware im Vordergrund, handelt es sich um einen (Sach-)Kaufvertrag.<sup>24</sup> Soll die Hardware dem Kunden jedoch nur für eine begrenzte Zeit zur Verfügung stehen, liegt regelmäßig ein Mietvertrag vor.<sup>25</sup> Im EDV-Leasinggeschäft gelten weitgehend die normalen Regelungen zum Leasing.<sup>26</sup> Soweit in einem Vertrag Installationspflichten vereinbart werden,<sup>27</sup> sind diese einheitlich nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.<sup>28</sup>

### III. Verschaffung der Nutzungs- und Verwertungsrechte

- 9 Softwareverträge bestehen typischerweise aus zwei Blöcken: In einem ersten Teil werden die zu übertragenden Rechte konkretisiert und Verwendungsbeschränkungen vorgegeben. Im zweiten Teil finden sich Regelungen zur Gewährleistung und Haftung. Im Folgenden sollen zunächst die Klauseln zur Rechtsverschaffung dargelegt werden.

20 Marly, Rdnr. 793 ff.

21 BGH, NJW 2007, 2394, 1; Junker, NJW 2003, 2792, 2797; Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 78; Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 84; Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 731; Grütmacher, ITRB 2001, 61; Koch, ITBR 2001, 39, 40.

22 Betriebssystem und Hardware bilden regelmäßig eine vertragsrechtliche Einheit; siehe etwa LG Aachen, CR 1988, 216; Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 64; Redeker, Rdnr. 318; zur Pflicht, ein Betriebssystem mitzuliefern, siehe OLG Karlsruhe, CR 1991, 410.

23 So bereits Lauer, BB 1982, 1758; Junker, Rdnr. 261; Redeker, Rdnr. 318, 367.

24 BGH, NJW 1983, 1903; OLG Karlsruhe, CR 1986, 549 m. Anm. Seitz; KG, CR 1986, 643 m. Anm. Kropshofer/Spurzem.

25 BGH, NJW 1982, 696.

26 Weitere Hinweise bei Schneider, Jochen, Handbuch EDV-Recht, F 235 ff.

27 Diese gehören nicht grundsätzlich zum Inhalt des Hardwarekaufs; siehe OLG Karlsruhe, Urteil v. 3. Juli 1985, in: Zahmt, DV-Rechtsprechung II, HE-3; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2627; Schneider, Jochen, F 359.

28 LG Stuttgart, CR 1986, 203 m. Anm. Klaas-Kabelbrand.

#### 1. Weiterverkaufsverbote

In vielen Softwareverträgen finden sich Klauseln, die den Weiterverkauf der Computertprogramme an Dritte untersagen.<sup>29</sup> Zweifelhaft ist, ob diese Klauseln mit dem geltenden Urheberrecht (a), dem Kartellrecht (b) und dem BGB (c) vereinbar sind. Dabei ist zu beachten, dass die Vorgaben des Urheberrechts über § 307 Abs. 2 Nr. 1 als wesentliche Grundgedanken in die AGB-Kontrolle einfließen.

##### a) Vereinbarkeit mit dem Urheberrecht

Weiterverkaufsverbote könnten mit § 69 c Nr. 3 UrhG kollidieren, der den sog. Erschöpfungsgrundsatz statuiert. Hiernach ist der Weiterverkauf von Softwarekopien nach § 69 c Nr. 3 UrhG unbeschränkt zulässig, wenn sie zuvor mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden sind. Dabei wird man beim Vertrieb von Software – nach den obigen Ausführungen – regelmäßig vom Vorliegen eines Kauf- oder Werkvertrages ausgehen können. Der Lieferant hat zwar auch die Möglichkeit, die Software mittels Mietverträgen auf den Markt zu bringen,<sup>30</sup> er müsste dann aber nach § 538 die volle Gewährleistung und Haftung für Softwaremängel während der gesamten Mietzeit übernehmen. Von daher ist nach Auffassung der Gerichte der Erschöpfungsgrundsatz auf Softwareverträge unmittelbar anzuwenden.<sup>31</sup> Der Softwarelieferant kann sich nicht mit Berufung auf seine urheberrechtliche Stellung darauf berufen, dass der Weiterverkauf von Software in sein Verbreitungsrecht eingreife.

Allerdings ist beim Erschöpfungsgrundsatz zu beachten, dass dieser nur für den Bereich der EU gilt (genauer für den Bereich der EU und der EFTA-Staaten). Eine internationale Schöpfung ist nicht vorgesehen, auch wenn einzelne europäische Staaten (voran die skandinavischen Staaten und die Niederlande) über solche Ausweitungen der Erschöpfungslehre diskutieren. Daraus ergibt sich, dass Software, die in den USA oder in Asien erworben worden ist, selbst dann nicht nach Europa eingeführt werden kann, wenn es sich um Originalprodukte handelt.

Der Erschöpfungsgrundsatz gilt im Übrigen nach herrschender Auffassung nicht für den Online-Download.<sup>32</sup> Zur Begründung kann vor allem die neue EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft herangezogen werden, nach deren Präambel der Erschöpfungsgrundsatz nur auf den Bereich der Verbreitung körperlicher Vervielfältigungsstücke bezogen werden kann. Einige Stimmen der Literatur wollen jedoch differenzieren, je nachdem, ob der Vertrieb im Internet als wirtschaftliches Äquivalent zum Offline-Vertrieb angesehen werden kann.<sup>33</sup>

Streitig ist, inwieweit das Verbreitungsrecht dinglich beschränkt werden kann mit der Folge, dass auch entsprechende Beschränkungen innerhalb der Erschöpfung vorzunehmen wären. § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG sieht vor, dass ein Nutzungsrecht mit dinglicher Wirkung beschränkt werden kann. Allerdings setzt eine solche Beschränkung voraus, dass ein eigener wirtschaftlich unabhängiger Markt ausgegrenzt wird. Eine solche Begrenzung liegt nicht vor, wenn lediglich bestimmte Personengruppen ausgegrenzt werden sollen.<sup>34</sup> Es bedarf der Benennung eines eigenen Marktes für Anwendungen im Bereich einer abtrennbaren Nutzungsart. Für die Verwendung im Bereich Open Source und Linux wird eine solche eigenständige Nutzungsart angenommen.<sup>35</sup> Ähnlich wurde für Shareware an-

29 Vgl. die Nachweise in Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rdnr. 126.

30 Siehe dazu Nordemann, CR 1996, 5, 6 f.

31 So schon LG Bielefeld, CR 1986, 444; OLG Nürnberg, CR 1990, 118; OLG Frankfurt, NJW-RR 1997, 494. Anderer Ansicht gegen die hM Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., Anh. § 310 BGB Rdnr. 785.

32 Schrickler/Loewenheilm, Urheberrecht, 3. Aufl., § 69 c Rdnr. 33; Zahmt, CR 1994, 455, 457.

33 So etwa Koch, GRUR 1997, 417, 426 f.; Mäger, CR 1996, 522, 525 f.; ausführlicher dazu Hoeren, CR 1996, 517.

34 So OLG München, CR 1998, 265 sowie CR 1996, 531.

35 Koch, CR 2000, 333, 336.

genommen, dass die gewerbliche Nutzung eines Programms mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden könne.<sup>36</sup> Für die vertragliche Trennung zwischen OEM- und Nicht-OEM Versionen gilt § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht. Nach Kontroversen in der obergerichtlichen Entscheidungspraxis<sup>37</sup> hat der BGH vertragliche Beschränkungen für die Weitergabe von OEM-Versionen für nichtig erklärt.<sup>38</sup> Microsoft sei es nicht mit dinglicher Wirkung möglich, die Kunden vertraglich dahingehend zu binden, dass diese die OEM-Versionen ihrer Software nur zusammen mit der Hardware veräußern dürfen. Urheberrechtlich unwirksam seien auch Hinweise auf der Verpackung der OEM-Versionen, wonach das jeweilige Programm nur mit einem neuen PC vertrieben werden darf. Offen gelassen hat jedoch der BGH die Möglichkeit, dass Microsoft „im Rahmen des kartell- und AGB-rechtlich Zulässigen“ ihre Vertragspartner vertraglich binden kann.

14 Ähnliches gilt für Klauseln, die den Weiterverkauf von Altversionen eines Softwareproduktes verhindern wollen.<sup>39</sup> Ebenso sind vertragliche Beschränkungen des Nutzers im Hinblick auf die private Nutzung oder die Nutzung zu Ausbildungszwecken unwirksam.<sup>40</sup> Beim Verkauf von Software auf Test-CDs hat ein Vermerk „not for resale“ keine dingliche Wirkung, sondern vermag allenfalls denjenigen zu binden, der sich vertraglich verpflichtet hat, den Weiterverkauf zu unterlassen.<sup>41</sup>

15 Fraglich ist, ob auch im Online-Bereich eine Erschöpfung angenommen werden kann. Zum Teil wird dies verneint.<sup>42</sup> Dabei wird auch darauf abgestellt, dass ohnehin die Nutzung von Software den Eingriff in weitere Rechte impliziert, etwa das Recht zum Laden in den Arbeitsspeicher. Andere Gerichte argumentieren zu Recht damit, dass es keinen Unterschied mache, ob Software via DVD oder über das Netz vertrieben werde; in beiden Fällen müsse wirtschaftlich und juristisch im Hinblick auf eine Erschöpfung gleich argumentiert werden.<sup>43</sup>

Probleme bereiten auch Fälle, in denen ein Nutzungsrecht an Software nur bezogen auf einen Konzern übertragen wurde; wird die Software dann in abgespaltenen Unternehmensteilen genutzt, ist dies nach Auffassung des OLG Düsseldorf<sup>44</sup> urheberrechtswidrig.

#### b) Wirksamkeit nach dem BGB

16 Das BGB enthält mehrere Klauselkataloge:

In § 309 finden sich Klauseln, die automatisch, ohne jede weitere Prüfung unwirksam sind (sog. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit).

In § 308 sind Klauseln aufgeführt, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten und deren Unwirksamkeit nur nach genauer Prüfung des Einzelfalls festgestellt werden kann (sog. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit).

§ 307 enthält schließlich eine Generalklausel, die insbesondere für Klauseln wichtig ist, die im kaufmännischen Verkehr verwendet werden.<sup>45</sup> Wenn eine Vertragsbestim-

36 OLG Düsseldorf, CR 1995, 730.

37 Das KG hatte eine Anwendung von § 32 UrhG befürwortet; siehe CR 1996, 531 m. Anm. Witte und Erben/Zahrnt; ähnlich KG, CR 1998, 137 sowie LG Berlin, CR 1996, 730, 732. Dagegen OLG München, CR 1998, 265 und OLG Frankfurt, CR 1999, 7; kritisch auch Witte, CR 1999, 65 sowie Erben/Zahrnt, CR 1996, 141.

38 CR 2000, 651 m. Anm. Witte 654 sowie Chroziel und Lehmann 738.

39 OLG München, CR 1998, 265.

40 Fromm/Nordemann/Vinck, § 69 c Nr. 3 Bem. 6.

41 OLG Düsseldorf, CR 1999, 150.

42 LG München I, MMR 2006, 175 = CR 2006, 159 mit Anm. Haines/Scholz; OLG München, MMR 2006, 748 mit Anm. Stögmüller = CR 2006, 655 mit Anm. Lehmann. Siehe dazu Hoeren, CR 2006, 573 ff.

43 So etwa LG Hamburg, MMR 2006, 827 = CR 2006, 812; OLG Hamburg, MMR 2007, 317 mit Anm. Hüsch/Meuser. Siehe dazu auch Rössel, ITRB 2007, 105. Ähnlich Grützmaker, ZUM 2006, 302; ders. CR 2007, 549; Sosnitzer, K & R 2006, 206.

44 CR 2006, 656.

45 Siehe BGH, NJW 1981, 1501; NJW 1984, 2941; NJW 1988, 1785.

mung nicht unter § 308 oder § 309 fällt, so kann sie dennoch nach § 307 unwirksam sein, wenn

– sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweicht, unvereinbar ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1)

– wesentliche Rechte und Pflichten eines Vertrages beschränkt (§ 307 Abs. 2 Nr. 2)

– oder in anderer Art und Weise den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1).

§ 307 ist von besonderer Bedeutung für Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Denn für diesen Fall gelten die Klauselverbote der §§ 308 und 309 nicht; allerdings sind die Wertungen der §§ 308 und 309 bei der Prüfung des § 307 zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 1).

aa) *Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1.* Wenn Weiterverkaufsverbote nicht mit § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG vereinbar sind, sind sie zugleich wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam. Der in § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG verankerte Grundsatz der Erschöpfung des Weiterverbreitungsrechts stellt eines der zentralen Prinzipien des gesamten Immaterialgüterrechts dar: Wenn der Berechtigte durch Veräußerung die Verfügungsmöglichkeit über die Werkstücke endgültig verliert, dann darf die weitere Verbreitung dieser Werkstücke nicht durch daran fortbestehende Rechte behindert werden. Mit dieser gesetzgeberischen Wertung sind generelle Weitergabeverbote prinzipiell nicht zu vereinbaren, da diese eine Umgehung des § 17 Abs. 2 UrhG beinhalten und die Fungibilität der Programmkopien entscheidend einschränken.<sup>46</sup>

bb) *Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2.* Nun könnte man allerdings auf folgendes Argument verfallen: Sofern ein Computerprogramm ausnahmsweise nicht urheberrechtsfähig ist, können Weiterverkaufsbeschränkungen gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 verstoßen.<sup>47</sup> Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 führt eine Klausel im Zweifel zur unangemessenen Benachteiligung, wenn sie wesentliche, sich aus der Natur des Vertrages ergebende Rechte und Pflichten in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise einschränkt, ohne durch besondere Interessen des Verwenders gerechtfertigt zu sein.

Aufgrund des Kauf- bzw. Werkvertrages mit dem Anwender trifft den Softwarelieferanten gem. §§ 433 Abs. 1 S. 1, 631 Abs. 1 die Kardinalpflicht zur vollen Übertragung des Eigentums an der Programmkopie. Dabei ist es Bestandteil dieser Pflicht, dass der Anwender nicht nur formell Eigentümer der Programmkopie wird, sondern sie auch wie ein Eigentümer nutzen kann. Diese in § 903 kodifizierte Freiheit, ein zum Eigentum erworbenes Produkt grundsätzlich frei nutzen zu können, ist durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG mit Verfassungsrang geschützt und darf deshalb nicht einseitig durch AGB ausgehöhlt werden.

Ein wesentliches Recht jedes Eigentümers ist aber die Möglichkeit, sein Eigentum gem. §§ 929 ff. frei weiterübertragen zu können. Diese Chance wird ihm durch die Weitergabeverbote genommen und somit der Zweck jedes Kaufvertrages – die Einräumung von Eigentümerbefugnissen – ad absurdum geführt. Da diese Beschränkung auch nicht durch schutzwürdige Interessen des Softwarelieferanten gerechtfertigt ist, sind die Voraussetzungen des § 307 Abs. 2 Nr. 2 gegeben.

Im Ergebnis sind somit Weiterverkaufsverbote wegen unangemessener Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 i. V. m. § 307 Abs. 2 Nr. 1; § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG und § 307 Abs. 2 Nr. 2; §§ 433 Abs. 1 S. 1, 631 unwirksam.

#### 2. Weitervermietungsverbote

Anders ist die Rechtslage bei Klauseln, die nicht die Weitergabe als solche bzw. den Weiterverkauf, sondern ausschließlich die Weitervermietung von Software an Dritte untersagt. Das Erschöpfungsrecht umfasst nicht das Recht der Weitervermietung der Software (§ 69 c Nr. 3 UrhG am Ende).

46 So auch OLG Nürnberg, CR 1990, 118, 121.

47 Vgl. Bartsch, CR 1987, 9; Hubmann, FuR 1984, 496 f.

Solche Klauseln galten bis zur Schallplattenaufkleber-Entscheidung des BGH<sup>48</sup> als unbedenklich. Erst in der genannten Grundsatzentscheidung wurde klargestellt, dass auch die Weitervermietung vom Erschöpfungsgrundsatz umfasst und daher nicht vertraglich beschränkbar sei.<sup>49</sup> Die EU-Softwareschutzrichtlinie und infolge dessen § 69c Nr. 3 UrhG stellten diese Rechtsprechung auf den Kopf. Hiernach ist die Weitervermietung kein Bestandteil der Erschöpfungswirkung. Eine Weitervermietung bedarf nunmehr einer ausdrücklichen Sonderzustimmung des Rechteinhabers. Zu beachten ist dabei § 31 Abs. 5 UrhG, wonach bei Fehlen ausdrücklicher Regelungen nach dem Zweck des jeweiligen Vertrages zu bestimmen ist, ob eine entsprechende Vermietung vom Vertragszweck umfasst ist.

22 Dies macht besondere Schwierigkeiten im Bereich des Computerleasings. Hier wird typischerweise (neben der Vermietung von Hardware) auch eine Vermietung entsprechender Grundcomputerprogramme vorgenommen. Hier kann Art. 11 S. 3 des TRIPS-Abkommens herangezogen werden, wonach von einem Weitervermietungsverbot nicht der Fall umfasst ist, dass das Programm ein unwesentlicher Gegenstand der Vermietung ist. Auf diese Weise wäre es möglich, bei Hardwarevermietung oder -leasing die darin enthaltene Mitlieferung von Betriebssystemsoftware zu legitimieren und nicht von zusätzlichen Zustimmungserfordernissen abhängig zu machen.

23 Der Bereich des Verleihs ist nicht von dieser Regelung umfasst; für den insoweit zustimmungsfrei zulässigen Verleih von Software (z. B. über öffentliche Bibliotheken) steht dem Urheber nur ein Vergütungsanspruch über die Verwertungsgesellschaft Wort zu (§ 27 Abs. 2 S. 1, 3 UrhG).

Im Ergebnis bedarf der Händler oder Anwender für die Weitervermietung (inklusive Leasing) von Software stets der Zustimmung des Urhebers. Damit bestehen auch keine kartellrechtlichen oder AGB-rechtlichen Bedenken gegen Weitervermietungsverbote.

### 3. CPU-Klauseln

24 In Überlassungsverträgen finden sich immer wieder Bestimmungen, wonach der Anwender die erworbene Software nur auf einer einzigen, im Vertrag genauer bestimmten Zentraleinheit einsetzen darf. Ein typisches Beispiel einer solchen Nutzungsbeschränkung (im Folgenden „CPU-Klausel“ genannt) findet sich in den Lizenzvereinbarungen der UNIX Europe Ltd.: „UEL grants to LICENSEE a personal, nontransferable and non-exclusive right to use ... each SOFTWARE PRODUCT ... solely on or in conjunction with DESIGNATED CPU's for such SOFTWARE PRODUCT.“ Meistens wird dem Vertrag eine Liste beigelegt, aus der sich Hersteller, Typen- oder Modellnummer und Seriennummer der vom Anwender verwendeten Hardwarekonfiguration ergeben.

#### a) Urheberrechtliche Zulässigkeit

25 Ein kleiner Teil der Literatur vertritt die Ansicht,<sup>50</sup> dass CPU-Klauseln urheberrechtlich zulässig seien: Jedes Laden des Computerprogramms in den Arbeitsspeicher des Computers stelle nämlich eine Vervielfältigung des Programms dar, die ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig sei. Der Urheber könne aber seine Zustimmung auf einen bestimmten Computer beschränken (vgl. §§ 31 Abs. 1 S. 2, 16 Abs. 1 UrhG). Wie oben dargelegt, ist die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Position durch die EG-Softwareschutzrichtlinie

48 BGH, NJW-RR 1986, 1183 – Schallplattenaufkleber. Ähnlich spätere Entscheidungen etwa OLG Düsseldorf, GRUR 1990, 188 – Vermietungsverbot. Diese Judikatur entsprach auch dem europäischen Mainstream; siehe der niederländische Hoge Raad, Urt. v. 20. 11. 1987, GRUR Int. 1990, 235 mit Besprechung Krawczyk, GRUR Int. 1990, 196.

49 Das BVerfG hat diese Rechtsprechung als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft; siehe BVerfGE 81, 12.

50 So etwa Kindermann, GRUR 1983, 156 und Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., Anh. § 310 BGB Rdnr. 784.

nicht festgestellt worden. Nach § 69c Nr. 1 UrhG bedarf das Laden in den Arbeitsspeicher der Zustimmung des Rechteinhabers, sofern das Laden eine Vervielfältigung darstellt. Ob das Laden eine Vervielfältigung darstellt, lässt das Gesetz offen.

Wie bereits an anderer Stelle ausführlich dargestellt,<sup>51</sup> sprechen die besseren Argumente 26 gegen die Einstufung des Ladens als Vervielfältigung. Zwar wird beim Laden des Programms eine vorübergehende ‚Kopie‘ des Programms für die kurze Zeit des Programmablaufs im Arbeitsspeicher hergestellt; dies merkt man daran, dass die Diskette, auf der das Programm gespeichert ist, nach dem Laden nicht mehr benötigt wird. – Diese ‚Kopie‘ wird jedoch automatisch in dem Moment, in dem der Anwender ein neues Programm benutzt oder seinen Computer abschaltet, gelöscht. Es handelt sich insofern nur um eine unbeständige und flüchtige Zwischenspeicherung des Programms, die aber keine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts sein kann. Denn nach § 16 Abs. 1 UrhG sind nur körperliche Festlegungen, die wie Bücher oder Schallplatten während eines nicht unerheblichen Zeitraums körperlich fixiert sind, als „Vervielfältigung“ einzustufen.<sup>52</sup> Zu beachten ist hier auch Art. 5 Abs. 1 der EU-Richtlinie über Urheberrecht in der Informationsgesellschaft und parallel § 44a UrhG, wonach vorübergehende Kopiervorgänge nur dann unter den Vervielfältigungsbegriff fallen, wenn sie keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Speichervorgänge im RAM sind jedoch rein technisch bedingt und bringen zumindest im PC-Bereich dem Nutzer keinen eigenständigen Nutzen. Insofern liegt darin auch kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Der Anwender braucht daher für das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher keine Erlaubnis des Urhebers; insofern hat der Urheber auch nicht die Möglichkeit, dem Anwender vorzuschreiben, auf welchem Computer die Software eingesetzt werden darf. Es bleibt vielmehr beim Erschöpfungsgrundsatz (§ 69c Nr. 3 UrhG; s. o.): Hat der Anwender die Software als Eigentum erworben, steht ihm kraft seiner Eigentümerstellung auch die Befugnis zu, den Einsatz- und Anwendungsbereich des Programms zu bestimmen. Der Hersteller/Händler hat mit der Veräußerung der Programme alle Möglichkeiten verloren, die lokale und räumliche Verwendung der Programme zu bestimmen.

#### b) Wirksamkeit nach dem BGB

aa) *Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1, 2.* CPU-Klauseln verstoßen auch gegen § 307 27 Abs. 2 Nr. 1: Sie beschränken die dem Anwender in § 69c Nr. 3 UrhG garantierte Möglichkeit, das erworbene Programm frei nutzen zu können.<sup>53</sup> Darüber höhlen sie vertragswesentliche Rechte des Anwenders aus und sind daher mit § 307 Abs. 2 Nr. 2 inkompatibel. Da Softwareverträge als Kauf- bzw. Werkverträge einzustufen sind (s. o.), trifft den Softwarelieferanten die Pflicht, dem Anwender das Eigentum an der Programmkopie (§ 903) zu übertragen und damit auch eine sinnvolle Nutzung des Eigentums möglich zu machen: Ein Überlassungsvertrag, in dem dem Anwender formell die Stellung eines Eigentümers eingeräumt wird, sie aber de facto durch unzählige und gravierende Nutzungsbeschränkungen wieder genommen wird, entspricht nicht dem Leitbild eines Kaufvertrages und verstößt deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2.

Mangels urheberrechtlicher Schranken steht dem Anwender grundsätzlich gem. § 903 das Recht zu, die von ihm erworbene Programmkopie auf jeder beliebigen EDV-Anlage zu nutzen. Dieses Recht ist für den Anwender auch von besonderer Bedeutung: Angesichts der schnellen technischen Entwicklung auf dem Hardwaremarkt sieht er sich sehr häufig genötigt, seine EDV-Anlage durch eine neue Hardwarekonfiguration zu ersetzen. Wäre der Softwarelieferant berechtigt, den Einsatz des Programms auf der neuen CPU zu

51 Vgl. Hoeren in Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 69c Rdnr. 5; Hoeren/Schubmacher, CR 2000, 137; Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989, Rdnr. 87 ff.

52 Vgl. dazu auch die Begründung zum RegE 1962 des UrhG, BT-Drs. IV/270, 47; ähnlich BGH, NJW 1955, 1276; BGH, GRUR 1982, 102.

53 So auch Bartsch, CR 1987, 13; Salje, Festschr. Lukes 1989, 14.

verhindern, so wäre der Anwender in seiner Nutzungsmöglichkeit trotz seiner Eigentümerstellung erheblich eingeschränkt. Diese Beschneidung von Eigentümerrechten steht daher prinzipiell im Widerspruch zu der in §§ 433 Abs. 1 S. 1, 631 Abs. 1 statuierten Eigentumsverschaffungspflicht des Softwarelieferanten.<sup>54</sup>

28 bb) *Schutzwürdige Interessen des Softwarelieferanten?* Fraglich ist aber, ob CPU-Klauseln ausnahmsweise aufgrund schutzwürdiger Interessen des Softwarelieferanten gerechtfertigt werden können.

- Vergütungsinteresse des Lieferanten

Häufig wird zur Rechtfertigung der CPU-Klauseln von Hersteller- und Händlerseite auf das Vergütungsinteresse hingewiesen: Der Anwender soll, statt die von ihm erworbene Programmkopie auf einem anderen Computer einzusetzen, eine neue Kopie kaufen. Dies wird damit begründet, dass das Wandern einer Programmkopie von einer EDV-Anlage zur anderen als Mehrfachnutzung des Programms anzusehen sei, die zu einem höheren Preis führen müsse.<sup>55</sup>

Oben wurde aber bereits darauf hingewiesen, dass die Annahme einer Mehrfachnutzung unzutreffend ist: Wer eine Programmkopie hintereinander auf verschiedenen Rechnern einsetzt, nutzt immer nur die eine Kopie. Insbesondere stellt das Laden des Programms in die verschiedenen Arbeitsspeicher eine rein EDV-technische Zwischenspeicherung ohne urheberrechtliche Relevanz dar. Die Situation ist insofern vergleichbar der Nutzung einer Schallplatte:

Wenn jemand eine Schallplatte kauft und diese nacheinander auf verschiedenen Plattenspielern abspielt, würde niemand auf die Idee kommen, darin eine zusätzliche, vergütungspflichtige Nutzung zu sehen. Es ist nicht einzusehen, warum bei Computerprogrammen etwas anderes gelten soll: Der Anwender hat einen bestimmten Kaufpreis an den Lieferanten dafür gezahlt, dass er eine Programmkopie als Eigentümer nutzen und auf seinen Anlagen einsetzen kann. Er verfügt über ein Vervielfältigungsstück im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG, das er als solches überall nach Belieben einsetzen und nutzen kann. Warum sollte er dann noch einmal für die Einfachnutzung der Programmkopie auf einer anderen DV-Anlage bezahlen müssen? Im Ergebnis kann daher das Vergütungsinteresse nicht zur Rechtfertigung von CPU-Klauseln herangezogen werden.

- Piraterierisiko

29 Zur Legitimierung von CPU-Klauseln könnte darüber hinaus auf das Piraterierisiko hingewiesen werden: Wenn der Hersteller oder Händler weiß, auf welcher EDV-Anlage die Software eingesetzt wird, kann er natürlich leichter kontrollieren, ob und von wem Raubkopien des Programms erstellt worden sind.

Selbst wenn man aber dieses Kontrollinteresse berücksichtigt, kann dies nicht dazu führen, dass die Bindung an einen bestimmten Computer für AGB-rechtlich zulässig erachtet wird:

– Fällt die im Überlassungsvertrag benannte CPU des Anwenders zeitweilig aus, ist es für den Anwender wichtig, seine Programmkopie vorübergehend auch auf einer anderen Anlage einsetzen zu können. CPU-Klauseln genügen nur dann den Anforderungen des BGB, wenn sie dem Anwender in dieser Notlage einen Wechsel der CPU gestatten.

– Häufig taucht bei der Nutzung von Software die Situation auf, dass die CPU ganz ausfällt und der Anwender sich gezwungen sieht, die erworbenen Programme auf anderen CPUs laufen zu lassen. Schließt der Lieferant jeden CPU-Wechsel aus, kann der Anwender die von ihm erworbene Programmkopie überhaupt nicht mehr einsetzen. CPU-Klauseln dürfen aber nicht dazu führen, dass eine Nutzung der Programmkopie unmöglich wird.

– Darüber hinaus kann dem Kontrollinteresse bereits dadurch Rechnung getragen werden, dass der Anwender den Lieferanten über einen CPU-Wechsel informieren muss.

<sup>54</sup> Vgl. Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, a. a. O., R.dnr. 216 ff.

<sup>55</sup> Vgl. auch Zahmt, CR 1989, 965 ff.

Ein Zustimmungserfordernis schießt insofern über das Ziel hinaus und genügt nicht mehr den Anforderungen des BGB.

Die Einführung eines Zustimmungserfordernisses bei CPU-Wechseln verstößt somit gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1, 2 und ist aus diesem Grund unwirksam.

- Rufschädigungsrisiko

30 Wenn das Programm jedoch in seiner Ablauffähigkeit, seiner Performance oder sonstigen Besonderheiten darauf angewiesen ist, nur auf einem bestimmten Computertyp eingesetzt zu werden, und wenn jeder Einsatz auf einem anderen Rechner die Gefahr mit sich bringt, dass Ablaufschwierigkeiten auftreten können, die den Ruf des Softwareherstellers gefährden, ist ausnahmsweise ein schutzwürdiges Interesse zu bejahen.<sup>56</sup>

#### 4. Fehlerbeseitigung und Umgestaltung

31 Nach § 69 d Abs. 1 UrhG hat der Anwender das Recht, die Software zur Herstellung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs umzugestalten. Gedeckt ist hiervon u. a. die Fehlerbeseitigung und die Anpassung der Software an neue technische oder wirtschaftliche Anforderungen. Fraglich ist, ob diese Regelung AGB-fest ist. § 69 d Abs. 1 UrhG verweist auf die Möglichkeit anderweitiger „besonderer vertraglicher Regelungen“. Ein Teil der Literatur sieht § 69 d Abs. 1 UrhG generell als dispositiv an. Jedwede vertragliche Beschränkung des Selbsthilferechts soll zulässig sein. Diese Ansicht widerspricht jedoch dem Wortlaut der EU-Softwareschutzrichtlinie, die im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung zur Interpretation heranzuziehen ist. Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie lässt andere vertragliche Bestimmungen zu, die die Rechte des Benutzers beschränken. Diese Möglichkeit widerspricht jedoch der Präambel der Richtlinie, die ausdrücklich betont, dass „acts of loading and running for the use of a copy of a program which has been a lawfully obtained and the act of correction of its errors may not be prohibited by contract“. Dies hat zur Folge, dass vertragliche Beschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie zulässig wären, die durch die Präambel verboten sind.<sup>57</sup> Zum Teil wurde die Annahme vertreten, dass die Präambel nicht binde, so dass Art. 5 Abs. 1 der EU-Softwareschutzrichtlinie Vorrang habe. Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch eine andere Sichtweise angenommen. Er geht davon aus, dass die in § 69 d Abs. 1 UrhG erwähnten Handlungen des Anwenders nicht vertraglich verboten werden können. Es könne vielmehr nur die Art und Weise, wie diese Handlungen ausgeführt werden können, durch Vertrag spezifiziert werden.<sup>58</sup> Diese Unterscheidung führt jedoch zu einigen Rechtsunsicherheiten; dies ist der Grund, warum die Bundesregierung den Gerichten eine Klärung der zwingenden Substanz von § 69 d Abs. 1 UrhG überlassen will.<sup>59</sup>

32 Man sollte insoweit versuchen, die beiden Aussagen in einen sinnvollen Zusammenhang zu bringen. Dabei wird man sich auf die Begrifflichkeit der „besonderen Vereinbarungen“ stützen können. Erlaubt ist hiernach nicht der pauschale Ausschluss des Selbsthilferechts, der ohnehin mit dem Gedanken eines zwingenden Kerns der Vorschrift unvereinbar wäre. Der Hinweis auf die „besonderen Vereinbarungen“ signalisiert eher, dass detailliertere Ersatzbestimmungen an die Stelle der Schranke treten können. Wenn der Sinn und Zweck der Schranke auch durch vertragliche Vereinbarungen realisiert werden kann, scheidet das Recht auf Herstellung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aus. Dies verweist auf die im Kaufvertrag rechtsgeschäftlich vorsehbare und im Werkvertrags-

<sup>56</sup> OLG Frankfurt, CR 1994, 398 = NJW-RR 1995, 182; OLG Frankfurt, Urt. v. 14. 12. 1999 – 11 U 7/99, CR 2000, 146 f.

<sup>57</sup> Vgl. Moritz/Tybusseck, Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. Aufl. München 1992, 174 ff.

<sup>58</sup> BT-Drucks. 12/4022, S. 12: „Artikel 5 Abs. 1 der Richtlinie – und damit auch § 69 d Abs. 1 – stellt die Möglichkeit der bestimmungsgemäßen Verwendung eines Programms sicher, wenn die näheren Einzelheiten der Benutzung nicht vertraglich geregelt sind“.

<sup>59</sup> BT-Drucks. 12/4022, S. 12.



recht gesetzlich verankerte Möglichkeit des Distributors zur Nachbesserung (Verzug bei Änderung?). Wenn und soweit der Lieferant seinerseits einen hinreichenden Update- und Pflegedienst anbietet, ist dem Kunden die Selbsthilfe verwehrt. Insoweit ist der Hinweis auf die besonderen Vereinbarungen im Hinblick auf das BGB zu lesen, das Nichtleistung und Gewährleistung dem Lieferanten ein Abhilferecht nach Maßgabe vertraglicher Regelungen einräumt.

### 5. Andere Nutzungsbeschränkungen

- 33 Unzulässig sind Nutzungsbeschränkungen in Bezug auf die Nutzung der Software in Netzwerken. So sind manche Lieferanten dazu übergegangen, dem Anwender die Nutzung von Software über Netzwerke zu untersagen bzw. ihn zur Entrichtung eines gesonderten Entgelts für jede Einsatzmöglichkeit zu verpflichten. Solche Vereinbarungen sind unwirksam, da dem Urheber nur die Verwertungsrechte in bezug auf das Bereithalten zum Abruf in öffentlichen Netzen zusteht (§ 69c Nr. 4 UrhG). Die Abrufbarkeit im nicht-öffentlichen Bereich ist hingegen urheberrechtsfrei. Öffentlichkeit ist die Bestimmung für eine Mehrzahl von Personen, es sei denn, der Kreis ist bestimmt abgegrenzt und durch gegenseitige Beziehungen oder Beziehungen zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden (§ 15 Abs. 3 UrhG). An der Öffentlichkeit fehlt es, wenn lediglich der Zweck verfolgt wird, die Programme in dem überschaubaren und durch vertragliche Beziehungen verbundenen Unternehmenskreis für eigene Datenverarbeitungszwecke zu nutzen.<sup>60</sup> Insofern bedarf die Nutzung von Software im Rahmen lokaler Netzwerke, die von kleinen, überschaubaren Nutzerkreisen genutzt werden, nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers. An einer persönlichen Verbundenheit fehlt es bei den Beschäftigten eines Betriebes.<sup>61</sup> Hier fehlt es meist aufgrund der Größe des Betriebes an der persönlichen Verbundenheit. Bedenklich erscheinen demgegenüber pauschale Netzwerkbeschränkungen, LAN-Verbote und Netzlizenzen, da solche Regelungen ohne urheberrechtliche Rechtfertigung in die Eigentümerfreiheit des Anwenders eingreifen und damit regelmäßig gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 nichtig sind.
- 34 Vertraglich nicht beschränkbar ist das in § 69d Abs. 2 UrhG aufgeführte Recht auf Erstellung einer Sicherungskopie; entgegenstehende Bestimmungen sind nichtig (§ 69g Abs. 2 UrhG). Das gesetzliche Beschränkungsverbot umfasst Standardklauseln und Individualverträge. Wenn in einem Softwarevertrag daher das Recht zur Erstellung von Softwarekopien untersagt werden soll, muss ein Vorbehalt in Bezug auf die zwingende Regelung des § 69d Abs. 2 UrhG in den Vertrag aufgenommen werden. Dem Nutzer ist allerdings nur die Erstellung einer einzelnen Sicherungskopie erlaubt („Die Erstellung einer Sicherungskopie“). Auch ist das Recht daran gekoppelt, dass die Kopie „für die Sicherung künftiger Benutzung erforderlich ist“. Bietet der Lieferant seinerseits einen Backup-Service an, kommt das Selbsthilferecht des Nutzers nicht zum Tragen.
- 35 Nichtig sind auch vertragliche Beschränkungen der Dekompilierungsfreiheit und der Testfreiheit (§ 69 Abs. 3 und § 69e i. V. m. § 69g Abs. 2 UrhG). In der Praxis spielt diese Schranke keine Rolle. Dies hängt zum einen damit zusammen, dass eine Dekompilierung, d. h. die Rückübersetzung des Quellcodes aus dem Objektcode, technisch aufwändig und nicht immer erfolgreich ist. Zum anderen ist die Dekompilierung nach § 69e UrhG nur zur Herstellung interoperabler, unabhängig geschaffener Programme zulässig; andere technisch denkbare Zwecke, z. B. die Pflege der Software, legitimieren die Dekompilierung nicht. Für die Vertragsgestaltung ist die Regelung des § 69e UrhG dennoch wichtig. Denn Nutzungsbeschränkungen müssen den Bereich des § 69e UrhG ausdrücklich ausklammern.

60 FG Berlin, Urt. v. 21. 1. 2003 – 7 K 7087/02 = EFG 2004, 226.

61 BGHZ 17, 376, 380 f. – Betriebsfeier; Kotthoff, GRUR 1997, 597, 600.

## IV. Gewährleistung bei Softwareüberlassungsverträgen

Für eine Inhaltskontrolle von Geschäftsbedingungen ist die Kenntnis der gesetzlichen Vorgaben zentral. Denn nach § 307 Abs. 3 S. 1 ist die Leistungsbeschreibung, d. h. die vertragliche Regelung von Art und Umfang der vertragsrechtlichen Hauptleistungspflichten, nicht der Inhaltskontrolle unterworfen. Kontrollfähig sind hingegen Klauseln, die die Hauptleistung über die gesetzlichen Vorgaben hinaus einschränken, verändern oder modifizieren.<sup>62</sup>

### 1. Gewährleistung im Kaufrecht

Der Käufer eines mangelbehafteten Programms hat eine Reihe von Ansprüchen und Rechten: Er kann vor allem seine Gewährleistungsrechte aus § 437 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.

#### a) Mangel

Als Nächstes muss ein Mangel der Software vorliegen. 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 oder gewöhnlichen (§ 437 Abs. 1 S. 2) Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist.

#### b) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft

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 berühmten 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 einem solchen Fall – trotz Vorliegen eines technischen Fehlers – kein Rücktrittsrecht (§§ 437 Nr. 2, 440 i. V. m. § 323 Abs. 5 S. 2). 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.

aa) *Vereinbarte Beschaffenheit.* 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 Pflichtenheftes<sup>63</sup> – festgelegt sein. Irrelevant sind allerdings Angaben zu den Eigenschaften in der Dokumen-

62 BGH, NJW 1993, 2369; siehe hierzu auch Graf von Westphalen im vertragsrechtlichen Teil dieses Handbuchs unter *Preis/Preisnebenabrede*.

63 Vgl. zum alten Recht OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 345, 346; LG Trier, CR 1995, 221; Ihde, CR 1999, 409; Zur Definition des Pflichtenheftes siehe DIN 69 901, wonach es um eine ausführliche Beschreibung der Leistungen (...), die erforderlich sind oder gefordert werden, damit die Ziele des Projekts erreicht werden, geht.

tation, da diese erst nach dem Verkauf für den Anwender einzusehen ist.<sup>64</sup> 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.

41 bb) *Vertraglich vorausgesetzte Verwendung.* 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 vorgegeben 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.<sup>65</sup> Im Hardwarebereich gelten als Mängel z.B. abweichende Speicherkapazitäten,<sup>66</sup> zu geringe Zugriffsraten auf den Speicher<sup>67</sup> oder Abweichungen der Zugriffsgeschwindigkeiten auf eine Festplatte von den Herstellerangaben.<sup>68</sup> Vertraglich vorausgesetzt kann auch eine aus älteren Softwareversionen entstandene DV-Konfiguration sein, wenn sie als lang erprobt und in der Anwendung allein die sichere Gewähr des für einen Geschäftsbetrieb lebensnotwendigen ungestörten und zuverlässigen Funktionierens bietet.<sup>69</sup>

42 cc) *Gewöhnliche Verwendung.* Abseits vertraglicher Regelungen ist die gewöhnliche Verwendung der wichtigste Prüfmaßstab für Softwaremängel. Der Nachweis einer gewöhnlichen Verwendung ist nicht einfach. Eine Reihe früherer Abgrenzungsschwierigkeiten<sup>70</sup> bestehen jedoch seit der Schuldrechtsreform nicht mehr. So spielt die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschulden ebenso keine Rolle mehr wie die Abgrenzung zum Alind. Nach § 434 Abs. 3 steht einem Sachmangel die Lieferung einer anderen Sache oder einer zu geringen Menge gleich.

• Fehlertypen

43 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.<sup>71</sup> Letztendlich können aus der Rechtsprechung nur einige typische Fehlerarten abgeleitet werden.<sup>72</sup>

(1) Funktionsdefizite

44 Ein Programm muss bestimmte Funktionen enthalten, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden ist. So muss ein als „UNIX-kompatibel“ bezeichnetes Programm mehrplatzfähig sein.<sup>73</sup> Ferner muss ein Datenbankprogramm das Überlaufen von Dateien verhindern.<sup>74</sup> Ganz allgemein muss jede Software HELP-Funktionen und Fehlerrouninen enthalten, um Bedienungsfehler von vornherein zu vermeiden;<sup>75</sup> eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Anwender als EDV-Fachmann (was auch immer darunter zu verstehen ist) gelten kann.<sup>76</sup> Kein Fehler soll es hingegen sein, wenn der Software ein Dru-

64 OLG Stuttgart, Urt. v. 27. März 2000, ECR OLG 328 (vgl. Fußnote \* vor Fn. 1).

65 Vgl. LG Frankfurt, IuR 1987, 229.

66 OLG Köln, NJW-RR 1992, 118; LG München I, CR 1992, 554 (L) = ECR LG 10.

67 LG Karlsruhe, CR 1993, 499.

68 LG Tübingen, CR 1993, 772.

69 OLG Brandenburg, Urt. v. 1. Dezember 1998, ECR OLG 319.

70 BGH, NJW 1992, 566.

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

72 Vgl. hierzu auch Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, Kap. 201 mit weiteren Beispielen und Schneider, Jochen, Rdnr. D 818 - D 1034.

73 OLG Karlsruhe, CR 1990, 266.

74 LG Duisburg, CR 1989, 494, 495.

75 LG Heilbronn, CR 1989, 603 = NJW-RR 1989, 1327; OLG Köln, NJW 1988, 2477; OLG Hamm, CR 1990, 716.

76 OLG Düsseldorf, CR 1987, 174.

ckertreiber fehlt<sup>77</sup> oder ein Bankenprogramm nicht manipulationssicher ist.<sup>78</sup> Auch soll bei einem Branchenkompaktprogramm ein kleines Textverarbeitungsprogramm ausreichen.<sup>79</sup>

(2) Funktionsmängel

Eine weitere wichtige Fehlergruppe betrifft die Funktionsmängel, d.h. das technische 45 Versagen einzelner Programmfunktionen. Ein solcher Mangel liegt bei jedem Absturz des Programms vor,<sup>80</sup> sofern dieser nicht nachweislich auf einen Bedienungsfehler zurückzuführen ist. Die Darlegungs- und Beweislast trägt beim Verbrauchsgüterkauf innerhalb der ersten sechs Monate der Händler (§ 476); ansonsten liegt diese Last während der zweijährigen Gewährleistungsfrist beim Kunden. Kann dieser allerdings den Absturz reproduzieren und sind Bedienungsfehler nicht nachweisbar, liegt ein Gewährleistungsfall vor. Der Händler kann seinerseits nicht darauf verweisen, dass dies ein Problem des Herstellers sei. Auch ist es ihm verwehrt, allgemein darauf zu rekurrieren, dass Software ja nie fehlerfrei sein könne. Ein besonderes Problem liegt hier bei sog. Bananensoftware, wie manchen Produkten von Microsoft. Hier wird ein Produkt zunächst erst einmal auf den Markt gebracht, obwohl schwerwiegende Funktionsmängel nicht ausgeschlossen werden können. Die Software soll – wie eine Banane – nachträglich beim Kunden reifen, d.h. er soll die Mängel hinnehmen müssen und wird z.T. auch noch auf (kostenpflichtige) Releases und Updates verwiesen. Diese Praxis ist zum einen AGB-rechtlich bedenklich, zum anderen ändert sie nichts daran, dass jeder Funktionsmangel Gewährleistungsrechte auslöst.

Hardware ist in diesem Sinne mangelhaft bei Ausfall des Bildschirms,<sup>81</sup> die Lieferung einer amerikanischen statt der deutschen Tastatur<sup>82</sup> oder ungewöhnlichen Geräuschen beim Rechnerbetrieb.<sup>83</sup> Kein Mangel ist es, wenn die einzelnen Komponenten von verschiedenen Herstellern stammen.<sup>84</sup> Dies gilt allerdings nicht, wenn die Lieferung eines bestimmten Markengeräts ausdrücklich vereinbart worden ist.<sup>85</sup>

Software ist im Übrigen mangelbehaftet, wenn

- sie bei Verwendung in einem Gewerbebetrieb falsche Rechnungen hervorbringt,<sup>86</sup>
- sie nicht in der Lage ist, Umlaute auszugeben, sondern stattdessen beim Ausdruck programmbedingt nur Fragezeichen erscheinen,<sup>87</sup>
- sie seit dem Zeitpunkt, in dem vierstellige Jahreszahlen programmiertechnisch allgemein üblich sind (Mitte der neunziger Jahre), nicht 2000-fest ist,<sup>88</sup>
- sie nicht die Abwicklung des Ein-/Verkaufs in Euro ermöglicht.<sup>89</sup>

(3) 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 Verlangsamung des Systems führt, liegt ein Fehler vor. Ein solcher Zustand soll etwa dann vorliegen, wenn die Antwortzeiten in einem Mehrplatzsystem auf 30 Sekunden herabsinken<sup>90</sup> oder sich die Geschwindigkeit des Druckers auf 20% reduziert.<sup>91</sup> Konkrete Zahlen

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

78 OLG München I, CR 1989, 295.

79 BGH, NJW 1990, 3008, 3010.

80 OLG Köln, NJW-RR 1998, 1353.

81 OLG München, CR 1987, 506.

82 OLG München, CR 1987, 506.

83 LG München I, CR 1987, 20 = IuR 1986, 113; OLG Köln NJW 1993, 3143.

84 AG Nürtingen, CR 1995, 406.

85 OLG Oldenburg, CR 1989, 107; LG Saarbrücken, Urt. v. 2. Juli 1987 - 1 O 340/86 = MarlyRC 1987 Nr. 12.

86 LG München I, CR 1987, 364.

87 OLG München, CR 1990, 646, 648.

88 LG Leipzig, Urt. v. 23. Juli 1999, ECR LG 302. Siehe hierzu Bartsch, CR 1998, 193 ff.; ders., Software und das Jahr 2000 - Haftung und Versicherungsschutz für ein technisches Großproblem, Baden-Baden 1998, S. 58 ff.; Westphalen/Langheid/Streit, Der Jahr-2000-Fehler, Köln 1999; Hildebrand, CR 1998, 248 ff.

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

90 LG Essen, CR 1987, 431.

lassen sich aber insgesamt nicht benennen; es wird im Einzelfall auf die Beurteilung des vom Gericht bestellten Sachverständigen ankommen.

(4) Programmsperren

- 48 Unzulässig ist auch der Einbau von Programmsperren, sofern dadurch die Begleichung einer Forderung<sup>92</sup> oder der Abschluss eines Wartungsvertrages<sup>93</sup> erzwungen werden soll. Zulässig könnte eine solche Sperre aber sein, sofern sie zum Schutz vor Softwarepiraterie erforderlich ist.<sup>94</sup> Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Käufer zur Beseitigung Systemdisketten benötigt, die sich nur im Besitz des Verkäufers befinden.<sup>95</sup> Zur Einbeziehung von solchen Sperren bedarf es der Hinweise auf der Verpackung oder in den Geschäftsbedingungen.<sup>96</sup> Auch die Produktaktivierung bei Windows XP ist insbesondere nach dem Wegfall der Bagatallgrenze des § 459 Abs. 1 Satz 2 a.F. als Mangel anzusehen.<sup>97</sup> Zur Einbeziehung von solchen Sperren bedarf es der Hinweise auf der Verpackung oder in den Geschäftsbedingungen.<sup>98</sup> Solche Hinweise wirken sich auf die Sollbeschaffenheit aus und schließen die Bejahung eines Mangels aus. Auch impliziert der deutliche Hinweis auf eine Sperre, dass der Anwender die technische Sperre kennt und insofern nach § 442 Abs. 1 keine Mängelrüge erheben kann.<sup>99</sup> Der Besteller einer Standardsoftware kann ferner deren Abnahme verweigern, wenn der Verkäufer die Unterzeichnung einer vom Hersteller der Software geforderten Erklärung verlangt, wonach die Software ausschließlich zu „Forschungs- und Auswertungsvorschlägen“ verwendet werden darf.<sup>100</sup> Auch sind entsprechende Verträge wegen widerrechtlicher Drohung anfechtbar; denn wenn der Lizenzgeber eine Programmsperre aktiviert, die die Nutzung der Software auf leistungsfähiger Hardware unmöglich macht, und erklärt, die Sperre nur aufzuheben, wenn der Lizenznehmer der Änderung des Systemsverzeichnisses unter Anfall einer neuen Lizenzgebühr zustimmt, handelt es sich um eine Drohung.<sup>101</sup>

(5) Fehlen oder Fehler der Dokumentation

- 49 Letztendlich die „beliebteste“ Fehlergruppe ist das Fehlen oder die Lückenhaftigkeit der Dokumentation.<sup>102</sup> 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 bei Hard- und Softwareverträgen eine Hauptleistungspflicht darstellt<sup>103</sup> oder das Fehlen der Dokumentation als Mangel anzusehen ist.<sup>104</sup> 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.

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

92 LG Wiesbaden, CR 1990, 652.

93 BGH, NJW-RR 2000, 393.

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

95 OLG Köln, CR 2000, 354.

96 LG München I, CR 2000, 506; OLG München, MMR 2001, 395 = CR 2001, 11.

97 So auch Faust, K&R 2002, 583; Runte, CR 2001, 657, 661. Das LG München I sah in Programmsperren mit Registrierungszwang einen Wettbewerbsverstoß und nahm ein Verwertungsverbot bezüglich der Daten an; CR 2000, 506; ähnlich OLG München, CR 2001, 11.

98 LG München I, CR 2000, 506.

99 Koch, CR 2002, 629.

100 OLG Köln, NJW 1997, 1016 = CR 1996, 406.

101 OLG Frankfurt, CR 2000, 146. Ähnlich bereits LG Frankfurt, CR 1999, 147.

102 Siehe hierzu auch Endler, CR 1995, 7 ff.; Bergmann, CR 1999, 455 ff. und Ulmer, ITRP 2001, 61 ff.

103 OLG Düsseldorf CR 1990, 122; OLG Hamm, CR 1986, 268 m. Anm. Mehrings; 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.

104 So OLG Hamm, CR 1990, 716; OLG Karlsruhe, NJW 1989, 2631; OLG Frankfurt, CR 1986, 270 m. 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 Bolkemann, CR 1990, 194, 195; Schneider, CR 1989, 193.

Einige Stimmen gehen davon aus, dass Dokumentation und Hard- und Software 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 BGH<sup>105</sup> geht hingegen davon aus, dass es beim Kauf einer aus Hard- und Software bestehenden Computeranlage an der Ablieferung fehle, solange die Lieferung der DV-Dokumentation noch nicht erfolgt sei. Das Fehlen der Dokumentation ist demzufolge als (teilweise) Nichterfüllung und nicht als Gewährleistungsfall anzusehen. Zu beachten ist, dass eine Klausel, wonach eine Benutzerdokumentation nicht geliefert wird, unwirksam ist.<sup>106</sup> Dies gilt bei Hardwareerzeugnissen sowie auch bei No-Name-Produkten,<sup>107</sup> Grafikkarten<sup>108</sup> und bei Druckern.<sup>109</sup>

Liegt eine Dokumentation vor, ist diese nach Gewährleistungsrecht zu beurteilen. Wichtig ist, dass die Dokumentation schriftlich vorliegt.<sup>110</sup> Es reicht daher nicht aus, Benutzer vorab zu schulen und unter Berufung darauf keine Dokumentation mitzuliefern.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> 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 ist.<sup>113</sup> Ein zweisprachiges Handbuch ist stillschweigend geschuldet, wenn der Besteller sich ausbedungen hat, dass das gesamte System zweisprachig laufen solle.<sup>114</sup> Anders ist die Rechtslage auch bei Hardwaredokumentationen. Bei Hardware ist es regelmäßig ausreichend, wenn die grundlegenden, für die Inbetriebnahme des Rechners notwendigen Informationen, soweit sie sich an den Laien wenden, in deutscher Sprache angeboten werden und lediglich weiterführende Hinweise den zu den einzelnen Hardware-Komponenten mitgelieferten englischsprachigen „Manuals“ vorbehalten bleiben.<sup>115</sup> Der durchschnittliche Anwender kommt bei seiner alltäglichen Arbeit in der Regel nur mit dem Betriebssystem, einer Betriebssystemerweiterung und der Anwender-Software in Kontakt und ist hierfür auf eine entsprechende, auf seine Bedürfnisse zugeschnittene Software-Dokumentation angewiesen. Soweit Systemerweiterungen vorgegeben sind, etwa durch Einbau eines CD-Rom-Laufwerks oder einer Soundkarte, bieten die diesen Peripheriegeräten beiliegenden Dokumentationen in der Regel die für die Systemerweiterung erforderlichen Informationen. Änderungen der Systemkonfiguration sind ebenso wie Erweiterungen des Arbeitsspeichers, der Installation einer weiteren Festplatte und Ähnlichem dem fortgeschrittenen Anwender vorbehalten. Diesem kann jedoch zugemutet werden, die erforderlichen Informationen in englischer Sprache zu lesen.<sup>116</sup>

105 BGH, NJW 1993, 461 = CR 1993, 203 m. Anm. Bartsch, CR 1993, 422; ähnlich bereits BGH, NJW 1987, 1259; OLG Köln, NJW-RR 1998, 343; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1997, 558; OLG Hamm, CR 1995, 20; siehe ferner Endler, CR 1995, 7, 9.

106 So auch Zahmt, CVR, 6.2.1 sub. 1.5.

107 LG Karlsruhe, Urt. v. 11. Juni 1991 – KfH O 18/90 (unveröff.).

108 LG Bielefeld, ECR LG 76.

109 LG Frankfurt, Urt. v. 14. November 1988 – 2/24 S 2/88, ECR LG 28.

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

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

112 OLG München, CR 1986, 365 = 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 m. Anm. Hoeren. Anderer Ansicht Bartsch, CR 1993, 423.

113 OLG Düsseldorf, CR 1987, 174.

114 OLG Köln, CR 2000, 585.

115 LG Koblenz, NJW-RR 1995, 942.

116 Ähnlich auch OLG Düsseldorf, CR 1987, 173 für ein japanisches PC-Modell.

In der Dokumentation müssen alle Programmfehlerrmeldungen vollständig aufgeführt sein.<sup>117</sup> Der Anwender muss anhand der Dokumentation feststellen können, was bestimmte Fehlermeldungen bedeuten und wie er auf einen Fehler zu reagieren hat.<sup>118</sup> Auch muss in der Dokumentation angegeben werden, wenn ein Softwareprodukt nur mit bestimmten Druckern zusammenarbeitet.<sup>119</sup>

51 dd) *Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers.* Neben dem Fehler können auch öffentliche Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seiner Gehilfen Gewährleistungsrechte auslösen. Diese können in jeder Form, also mündlich, schriftlich, durch gedruckte Werbeprospekte oder in elektronischen Medien erfolgt sein. Werbeaussagen sind grundsätzlich verbindlich, unabhängig von ihrer Quelle.

• Äußerungen

52 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 solche Äußerungen wahrscheinlich enthalten sind in verbindlichen Aussagen im Pflichtenheft, eindeutigen technischen Aussagen des Händlers (insbesondere zur Kompatibilität)<sup>120</sup> 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 BGH<sup>121</sup> gewährleistungsrechtlich verbindlich.

• des Herstellers/Händlers

53 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/Vista 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.

• Ausschlussgründe

54 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 im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtet war. Irrelevant ist sie schließlich auch, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

(1) Montage: Ein Mangel ist auch gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist (§ 434 Abs. 2 S. 1). Der Bereich der Montage ist im Softwaresektor sehr relevant. Umfasst werden 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.

(2) 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

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

118 OLG Köln, NJW 1988, 2477.

119 LG Bonn, Urt. v. 10. März 1999, ECR LG 309.

120 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.

121 BGH, NJW 1996, 1465 = CR 1996, 402 m. Anm. Heussen.

erwähnt als Montage auch die fehlerhafte Installation,<sup>122</sup> insofern dürften auch fehlerhafte Installationsanleitungen Gewährleistungsrechte auslösen. Ansonsten dürften aber Handbücher und Programmdokumentationen nicht unter § 434 Abs. 2 S. 2 fallen. Diese beinhalten im Kern keine Installations-, sondern eine Bedienungsanleitung für den laufenden Betrieb der Software. Allerdings gelten Mängel der Dokumentation als Mängel der Software und sind daher gewährleistungsrechtlich relevant.

## 2. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 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.

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.<sup>123</sup> Bei offenen, überprüfbaren Mängeln eines PCs (hier: fehlende IBM-Kompatibilität) kann die Frist kürzer als 11 Tage sein.<sup>124</sup> Für die Rüge ist eine Beschreibung der Programmfehler nicht erforderlich; es reicht, wenn die mangelhafte Wirkung des Programms für die einzelnen Arbeitsabläufe dargelegt wird.<sup>125</sup> 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 an.<sup>126</sup>

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 zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzten angemessenen Frist. Dies ergibt sich für den Rücktritt aus dem Verweis in § 437 Nr. 2 auf § 323 Abs. 1.

## 3. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels

Nach § 442 Abs. 1 S. 1 verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, wenn er beim Vertragsschluss den Mangel der gekauften Sache kennt. Auch verliert er seine Rechte, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 442 Abs. 1 S. 2). 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.

## 4. Verjährung (§ 438)

Nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 gilt bei Softwareüberlassungsverträgen für die Ansprüche auf Nachlieferung und Schadensersatz eine Verjährungsfrist von zwei Jahren von der Abliefe-

122 BT-Drs. 14/6040, 215.

123 RGZ 59, 75.

124 OLG München, CR 1991, 19.

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

126 BGH, WM 1990, 2000.

zung (§ 438 Abs. 2) an. Für Rücktritt und Minderung gelten § 438 Abs. 4 und 5 i. V. m. § 218. Diese Regelung verweist wiederum auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruches.

#### a) Der Begriff der „Ablieferung“

- 58 Seit der Schuldrechtsreform besteht nicht mehr die Notwendigkeit, Verjährungsfristen künstlich durch eine extensive Auslegung des Begriffs „Ablieferung“<sup>127</sup> zu verlängern; der BGH kam damit zu seinem Recht.<sup>128</sup> Die Verjährungsfristen sind nunmehr angemessen lang. Dies spricht für einen Gleichlauf von Übergabe und Ablieferung. Allerdings ist zu beachten, dass § 438 Abs. 2 zwischen der „Übergabe“ (bei Grundstücken) und der „Ablieferung“ (bei Sachen) 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.<sup>129</sup> Entscheidend ist damit die rein tatsächliche Verfügungsmöglichkeit des Käufers über die Sache.<sup>130</sup>

#### b) Verjährungshemmung

- 59 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,
- wenn bestimmte, selten auftretende Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können,
- wenn der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können,
- wenn 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 Abs. 1 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. 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 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Insoweit muss rechtzeitig Klage erhoben werden.

- 60 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.<sup>131</sup>

127 Vgl. OLG Köln, NJW-RR 1992, 1327 = CR 1992, 1327; ähnlich auch OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 580, 582. Vgl. auch BGH, NJW 1990, 1290; OLG Hamm, NJW 1989, 1041; 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).

128 Vgl. BGH, NJW 2000, 1415 = CR 2000, 207 m. Anm. Chrocziel. Siehe dazu auch Ulmer, CR 2000, 493 ff.

129 So schon BGH, NJW 1961, 730.

130 BGH, NJW 1985, 1333, 1334.

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

#### c) Vereinbarung über die Verjährung

Letztendlich kann das Problem der Verjährung auch vertraglich geregelt werden (§ 202; 61 siehe dazu unten).<sup>132</sup> 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. Diese ist – auch beim Verbrauchsgüterkauf von gebrauchten Sachen (§ 475 Abs. 2) – auf ein Jahr reduzierbar (§ 309 Nr. 8 b) ff.).

#### 5. Rechtsfolgen

##### a) Einzelne Gewährleistungsrechte

Der Käufer von Software hat mehrere, untereinander abgestufte Rechte (§ 437): Er hat 62 primär einen Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439). Verlangt der Käufer Nacherfüllung, kommt der Verkäufer sofort in Verzug, da das Nachlieferungsverlangen als Mahnung anzusehen ist. Auf den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Nachfrist hin kann der Käufer Rücktritt, Minderung, Schadens- oder Aufwendungsersatz verlangen.

Die Nacherfüllung spielt im Bereich der Standardsoftware kaum eine Rolle. Denn hier gibt es bei Programmierfehlern keine mangelfreie Ware. Stattdessen ist davon auszugehen, dass der Lieferant nicht mehr zur Erfüllung des Vertrages in der Lage ist. Insofern liegt eigentlich ein Fall der subjektiven Unmöglichkeit vor. Die Nachlieferungspflicht würde dann ersatzlos entfallen (§ 275 Abs. 1) und der Käufer stattdessen nur Rücktritt (§ 326 Abs. 5) und Minderung (§ 441) 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.<sup>133</sup>

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 63 zahlreiche Softwareprodukte haben kleinere „bugs“; die verschiedenen Fehlerkonstellationen können bei keinem Produkt ausgetestet werden. Der Nacherfüllungsanspruch (für Bagatellschäden) wird seit der Schuldrechtsreform durch § 439 Abs. 3 S. 1 dadurch beschränkt, dass der Verkäufer die Nacherfüllung bei unverhältnismäßigen Kosten verweigern kann. Das Rücktrittsrecht besteht nach § 323 Abs. 5 S. 2 bei Unerheblichkeit der Pflichtverletzung nicht.<sup>134</sup> In der Nacherfüllungsphase hat der Käufer keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Ersatzvornahme (etwa aus § 326 Abs. 2 Satz 2 analog).<sup>135</sup> Die Ersatzvornahme ist ein Instrument des Werkvertragsrechts, das nicht unbeschadet in das Kaufvertragsrecht hineingelesen werden kann.

§ 439 Abs. 4 sieht mit Verweis auf § 346 Abs. 1 vor, dass der Käufer, der Nacherfüllung im Wege der Neulieferung verlangt, Ersatz für tatsächlich aus dem Gebrauch der mangelhaften Sache gezogene Nutzungen zu leisten hat. Gerade für Software ist diese Regelung wichtig, denn es kommt dort häufig vor, dass der Softwareanwender die mangelhafte Software trotz ihrer Fehlerhaftigkeit eine Zeitlang nutzen konnte. Die Pflicht zum Ersatz des Nutzungsausfalls wurde auch ausdrücklich vom Bundestag bejaht, der sich eingehend mit der Richtlinienkonformität einer solchen Regelung auseinandergesetzt und diese bejaht hat.<sup>136</sup> Allerdings wird die Vorschrift auch kritisiert. Hingewiesen wird darauf, dass die

132 Siehe dazu etwa die EVB-IT und dazu Feil/Leitzen, CR 2002, 407 ff.

133 So Bartsch, CR 2001, 649, 654.

134 Beachte für die Minderung § 441 Abs. 1 S. 2 BGB.

135 BGH, NJW 2005, 1348; ebenso OLG Celle, NJOZ 2005, 2025; LG Aachen, DAR 2004, 452, 453; AG Kempen, ZGS 2003, 397; a. A. Lorenz, ZGS 2003, 398; Ebert, NJW 2004, 1761, 1763.

136 BT-Drucks. 14/6040 S. 232 ff.

bereits gezogenen Nutzungen wegen der Aufrechterhaltung des Kaufvertrags mit dem Kaufpreis abgegolten sind, den der Verkäufer für die Zeit bis zur Nachlieferung ja seinerseits auch nicht verzinsen muss. Im Übrigen betont die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dass die Nacherfüllung „unentgeltlich“ zu erfolgen hat (Art. 3 Abs. 2, 3). Den beachtlichen Bedenken haben das OLG Nürnberg<sup>137</sup> und das LG Nürnberg-Fürth durch eine teleologische Reduktion der Norm Rechnung getragen,<sup>138</sup> indem sie einen Anspruch auf Nutzungsersatz unter Berufung auf den Wortlaut der Regelung verneint haben (in § 439 Abs. 4 sei nur von „Rückgewähr“ die Rede). Der BGH hat allerdings die Möglichkeit verneint, die gesetzliche Regelung des § 439 Abs. 4 im Sinne des OLG Nürnberg im Wege der Auslegung zu korrigieren. Gleichzeitig hat der BGH Zweifel, ob die Vorschrift mit dieser verbraucherfeindlichen Konsequenz den Vorgaben der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entspricht. Art. 3 Abs. 2–4 dieser Richtlinie sehen vor, dass die Ersatzlieferung unentgeltlich sein muss. Der BGH hat deshalb nach Art. 234 EGV das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH zur Vorabentscheidung der Rechtsfrage vorgelegt.<sup>139</sup>

#### b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung

- 64 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 mangelfrei war? Liegt ein solches Recht auch vor, wenn Hard- und Software in verschiedenen Verträgen bzw. von verschiedenen Lieferanten verkauft worden sind? Grundsätzlich sind alle Teilleistungen als rechtlich selbstständig einzustufen; insofern ist prinzipiell bei Fehlen einer Teilleistung nur eine teilweise Rückabwicklung möglich.

#### c) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93)

- 65 Ein Gesamtabwicklungsrecht ist zunächst dann denkbar, wenn Hard- und Software als einheitliche Sache im Sinne des § 93 anzusehen sind. Das setzt voraus, dass Hard- und Software 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.<sup>140</sup>

Die Voraussetzungen des § 93 sind im Regelfall im Softwarebereich nicht gegeben: Während in den 60er und 70er Jahren Hard- und Software 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.<sup>141</sup> Nur in Ausnahmefällen kann es Fälle geben, in denen Hard- und Software eine Gesamteinheit bilden; hierzu zählen die Verwendung von nicht Windows- oder UNIX-kompatiblen „Exoten“-Hardware oder das ROM-BIOS sowie Betriebssysteme bei Großrechnern.<sup>142</sup>

#### d) Teilleistungen

- 66 Nach § 323 Abs. 5 S. 1 kann der Gläubiger bei Teilleistungen vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Diese Re-

137 OLG Nürnberg, ZIP 2005, 1831. Ähnlich auch Gsell, NJW 2003, 1969 ff.; Rott, BB 2004, 2478 ff. und Woitkewitsch, VuR 2005, 1 ff.

138 LG Nürnberg-Fürth, NJW 2005, 2558.

139 BGH, NJW 2006, 3200.

140 Vgl. allgemein BGHZ 36, 46, 50; Palandt/Heinrichs § 93 BGB Rn. 3.

141 OLG Düsseldorf, CR 2000, 350 = NJW-RR 2000, 1223.

142 Vgl. BGH, NJW 1988, 406.

gelung gilt jedoch 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 aber gewollt, dass der Gläubiger bei einer nur teilweise schlechten Leistung vom gesamten Vertrag zurücktreten kann.<sup>143</sup> Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2). Allerdings lässt sich gerade aus letzterer Regelung auch eine Lösung des Problems finden. 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 (Un-)Erheblichkeit im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 2 zu erörtern. Diese Frage lässt sich nur dann klären, wenn man die Nachteile für den Gläubiger betrachtet (bb).

aa) *Vertrag über Teilleistungen.* Die Regelung setzt einen einzelnen Vertrag über mehrere Teilleistungen voraus. Dabei kommt es – in Anlehnung an § 469 S. 2 a. F. – entscheidend darauf an, dass Hardware und Software „als zusammengehörend verkauft“ worden sind. Eine solche Zusammengehörigkeit 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“.<sup>144</sup> 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.<sup>145</sup> Ein Indiz für getrennte Verträge – insbesondere das äußere Bild getrennter Urkunden<sup>146</sup> – könne aber etwa dadurch entkräftet werden, dass Hard- und Software nach dem Willen der Parteien als Gesamtsystem aufeinander abgestimmt und als einheitliches Paket verkauft worden sind.<sup>147</sup> Dies gilt auch, wenn ein PC nach den Anforderungen des Käufers zusammengestellt ist.<sup>148</sup> Es kommt daher allein auf den Parteiwillen an, der anhand der Umstände des Einzelfalls erforscht werden muss und dahingehend umschrieben wird, entscheidend sei, ob die verschiedenen Vereinbarungen rechtlich für sich allein gelten oder miteinander „stehen und fallen“ sollen.<sup>149</sup> Das OLG München hat einen solchen Fall zum Beispiel bejaht, wenn Hard- und Software zur Bewältigung bestimmter Aufgaben eingesetzt werden.<sup>150</sup> Für die Vertragseinheit soll auch sprechen, dass die Software nach den AGB nur auf der erworbenen Hardware laufen darf,<sup>151</sup> wenn der Lieferant die Software auf der von ihm gelieferten Hardware installieren soll oder wenn die bezogenen Geräte der Umstellung eines Betriebsablaufs dienen.<sup>152</sup>

Schwierigkeiten tauchen jedoch auf, wenn es sich bei dem Lieferanten des Computers und dem der Software um verschiedene Personen handelt. Die insoweit ersichtlich einzigen gerichtlichen Entscheidungen zu diesem Problem stützen sich auch hier im wesentlichen auf das Vorliegen verschiedener Vertragsurkunden, welche eine Vermutung gegen die rechtliche Einheitlichkeit begründe.<sup>153</sup> Greift man hier zusätzlich auf die Rechtspre-

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

144 OLG München, CR 1987, 506.

145 BGH, NJW 1988, 406, ähnlich LG Dessau, Urt. v. 1. Februar 2000, ECR LG 312.

146 Vgl. BGH, MDR 1966, 749; OLG Köln DV-Rechtsprechung Bd. 1, S. 66, 67 f.

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

148 LG Bonn, Urt. v. 14. April 1999, ECR LG 306.

149 Vgl. BGH, NJW 1997, 933, 934; NJW 1994, 2885; NJW 1993, 3196; OLG Hamm, CR 1995, 535, 537.

150 CR 1990, 640.

151 OLG München, a. a. O.; Wirksamkeit der Klausel allerdings streitig; s. o.

152 OLG Köln, CR 1991, 154, 156.

153 Vgl. OLG Hamm, CR 1990, 200, 201; OLG München, BB 1988, 1693 f.; LG Frankfurt, CR 1993, 285 f.

chung 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“. <sup>154</sup> Am sinnvollsten ist hier eine ausdrückliche Verknüpfung der Hard- und Softwareverträge erforderlich, da ansonsten die Zusammengehörigkeit nur schwer nachgewiesen werden kann. <sup>155</sup> Zum Teil wird auch für ausreichend erachtet, dass die Parteien bei den Verkaufsgesprächen vom Kauf einer einheitlichen Computeranlage ausgegangen sind. <sup>156</sup> 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. <sup>157</sup> Die bloße Tatsache, dass Hard- und Softwarevertrag zeitlich gleichzeitig abgeschlossen worden sind, reicht jedoch nicht aus. <sup>158</sup> Ebenso wenig reicht für die Annahme einer rechtlichen Einheit beider Verträge ein bloßes Interesse des Anwenders, die Hard- und Software gemeinschaftlich verwenden zu können, nicht aus. <sup>159</sup>

- 69 bb) *Interessenwegfall*. Weiterhin setzt § 323 Abs. 5 S. 1 voraus, dass der Gläubiger an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Hier lässt sich die Rechtsprechung zu § 469 S. 2 a. F. heranziehen, wonach Hard- und Software nicht ohne Nachteil voneinander getrennt werden können. Nach Auffassung des BGH <sup>160</sup> 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“. <sup>161</sup> Ein vergleichbarer Fall wäre dann gegeben, wenn die Installation des Ersatzprogrammes aufwändig wäre oder das neue Programm eine völlig andere Struktur aufwiese, so dass der Anwender sich neu in das Programm einarbeiten müsste. <sup>162</sup> Der Wegfall des Interesses ist beim normalen Kauf eines handelsüblichen Computers und der Überlassung von Standardsoftware nicht zu bejahen. <sup>163</sup> 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. <sup>164</sup>

## V. Haftung im Rahmen von Softwareüberlassungsverträgen

### 1. Haftung für Mängel im Kaufrecht

- 70 Seit der Schuldrechtsreform ist ein Anspruch auf Schadensersatz (statt/neben der Leistung) bei jedem Softwaremangel, gleichrangig neben Rücktritt und Minderung (§ 437 Nr. 3), möglich. Erforderlich ist allerdings der erfolglose Ablauf einer angemessenen Nachfrist (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1). Der Schadensersatzanspruch verjährt wie das Rücktritts- und Minderungsrecht binnen zwei Jahren ab Ablieferung der Software (§ 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2). Nach § 325 schließt der Rücktritt von einem gegenseitigen

154 BGHZ 91, 9, 11.

155 OLG Frankfurt, CR 1987, 769; vgl. auch BGH, NJW 1987, 2004.

156 OLG Stuttgart, CR 1988, 296.

157 BGH, NJW 1990, 3011.

158 OLG München, CR 1988, 130.

159 Vgl. OLG München, MarlyRC 1987, Nr. 52f.; Marly, R.dnr. 318.

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

161 BGH, NJW 1990, 3011, 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.

162 Vgl. Ruppelt, a. a. O., S. 100.

163 BGH, NJW 1987, 2004, 2008; OLG Köln, CR 2000, 354.

164 OLG Düsseldorf, CR 2000, 350, 351.

Vertrag zudem nicht das Recht aus, Schadensersatz zu verlangen; der Gläubiger kann Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1 und 3, 311 a Abs. 2 i. V. m. §§ 281, 282, 283), den Verzögerungsschaden (§ 280 Abs. 2 i. V. m. § 286) und Begleitschäden (§ 280 Abs. 1) fordern. <sup>165</sup>

### 2. Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1)

#### a) Vorüberlegungen

Neben der Gewährleistung ist die Haftung wegen Pflichtverletzung (§ 280) von großer Bedeutung. Eine Vertragspartei muss selbst dann für Schäden aufkommen, wenn sie eine fehlerfreie Sache geliefert hat oder es gar nicht zum Abschluss eines Vertrages kam. Jede Nichterfüllung vertraglicher Pflichten ist eine Pflichtverletzung und führt zur Schadensersatzpflicht, soweit der Lieferant nicht nachweisen kann, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 S. 2). Zusätzlich kann der Anwender bei jeder nicht unerheblichen Pflichtverletzung nach erfolgloser Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung verlangen (§§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1) und/oder vom Vertrag zurücktreten (§ 323 Abs. 1).

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass einen Verkäufer/Unternehmer bereits im Vorfeld der Vertragsverhandlungen bestimmte Sorgfaltspflichten nach § 241 Abs. 2 treffen. Erfüllt der Verkäufer/Unternehmer diese Pflicht schuldhaft nicht, so muss er für eintretende Schäden haften. Die Gerichte nannten dieses Rechtsinstitut „culpa in contrahendo“ (Verschulden bei Vertragsschluss). Dieser Haftungstatbestand hilft nun gerade im EDV-Prozess, falls ein Mangel nicht oder nur schwer nachweisbar ist. Die Gerichte wollen in dieser Situation dem Anwender helfen, indem sie eine Art Minderungs- und Schadensersatzanspruch über culpa in contrahendo (c. i. c.) begründen.

#### b) Auskunftsspflichten

Die Rechtsprechung bejaht einen Anspruch des Käufers/Bestellers wegen c. i. c. dann, wenn der Verkäufer vor Abschluss des Vertrages seinen Aufklärungs- und Hinweispflichten fahrlässig nicht nachgekommen ist. <sup>166</sup> So haftet der Verkäufer, falls er fahrlässig einen falschen Rat oder eine unrichtige Auskunft erteilt, wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht neben dem Gewährleistungsrecht auf Schadensersatz. <sup>167</sup> Dieses Haftungsrisiko ist besonders dann hoch, wenn die Einführung der Software mit einer Betriebsumstellung verbunden ist.

Neben der Haftung für falsche Ratschläge geht die (hier sehr anwenderfreundliche) Rechtsprechung von weitreichenden Aufklärungspflichten des Verkäufers/Unternehmers vor dem Erwerb von EDV-Produkten aus. So muss der Softwarehändler auf alle evtl. auftretenden Folge- und Nebenkosten hinweisen. <sup>168</sup> Er soll die Pflicht haben, die Wünsche und Erwartungen des Kunden hinsichtlich des Produktes zu ermitteln; alle Unklarheiten sollen dabei zu seinen Lasten gehen. <sup>169</sup> Den Lieferanten trifft auch die Pflicht, auf Restriktionen bei der Anwendung (etwa ungeeignete Hardware des Anwenders) hinzuweisen. <sup>170</sup> Hierzu gehört auch eine Hinweispflicht auf mögliche Kapazitätsprobleme. <sup>171</sup> Schließlich soll der Lieferant sogar den Kunden darauf hinweisen, dass die Erstellung eines Pflichtenheftes sinnvoll sei; der Lieferant muss zusätzlich das Angebot zur Erstellung des Pflichten-

165 Palandt/Heinrichs, BGB, § 325 Rdnr. 2 und 3.

166 Vgl. BGH, NJW 1984, 2938; KG, CR 1995, 151; OLG Köln, NJW 1994, 1355 = CR 1994, 212; Siehe hierzu auch OLG Celle, CR 1996, 538.

167 Palandt/Heinrichs, BGB, § 311 Rdnr. 28.

168 LG Arnsberg, DV-Rechtsprechung Bd. 2, 99.

169 LG Augsburg, CR 1989, 26; ähnlich LG Saarbrücken IuR 1986, 358.

170 OLG Celle, CR 1988, 305.

171 LG Köln, CR 1987, 508.

heftes machen.<sup>172</sup> Allerdings hat er keine Pflicht, ohne entsprechenden Auftrag ein solches Pflichtenheft zu erstellen.<sup>173</sup>

Der Verkäufer kann sich nicht dadurch entlasten, dass er auf Ausführungsanweisungen des Kunden verweist. Er ist aufgrund seiner Fachkunde verpflichtet, auf Bedenken gegen Ausführungswünsche hinzuweisen; erst wenn der Kunde trotz der Bedenken des Verkäufers auf seinem Wunsch beharrt, trifft den Verkäufer kein Verschulden.<sup>174</sup> Allerdings soll der Umfang der Hinweispflicht von der Sachkunde des Anwenders abhängen.<sup>175</sup>

- 73 Gelingt dem Anwender der Nachweis, dass ihn der Lieferant fahrlässig vor Abschluss des Vertrages nicht richtig über vertragswesentliche Umstände informiert hat, so hat er mehrere Möglichkeiten. Er kann Rückgängigmachung des Vertrages verlangen,<sup>176</sup> Ersatz seiner nutzlosen Aufwendungen geltend machen oder die Software behalten und den (ihm entgangenen) günstigeren Preis verlangen.<sup>177</sup>

Dieser Anspruch verjährt ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis innerhalb von drei Jahren (§§ 195, 199 Abs. 1). Fehlt es an der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis kommt es zur 10-jährigen Verjährung, sofern der Anspruch schon entstanden ist (§ 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1). Ist der Anspruch nicht entstanden, gilt eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis (§ 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 2). Allerdings greift die kürzere zweijährige Verjährungsfrist (§ 438 Abs. 1 Nr. 3), wenn der Verkäufer unrichtige Angaben über die Beschaffenheit der Kaufsache gemacht hat.<sup>178</sup>

### c) Abgrenzung zum selbstständigen Beratungsvertrag

- 74 Noch besser sind die Rechte des Anwenders, wenn er mit dem Lieferanten neben dem Kauf-/Werkvertrag einen zusätzlichen Beratungsvertrag geschlossen hat (§§ 311 Abs. 1, 675 Abs. 2). Dabei bedarf es für einen solchen Vertrag keiner besonderen Vereinbarung oder gar eines schriftlichen Vertrages. Vielmehr ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofes ein solcher Auskunftsvertrag stillschweigend abgeschlossen, wenn eine Auskunft des Lieferanten erkennbar von erheblicher Bedeutung und Grundlage wichtiger Entscheidungen des Anwenders war.<sup>179</sup> In einem solchen Fall kann der Anwender vollen Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 (s. u.) verlangen.

### 3. Haftung wegen der Verletzung von Vertragsdurchführungspflichten

- 75 Neben den vorvertraglichen Nebenpflichten kennt die Rechtsprechung auch eine Reihe vertraglicher Nebenpflichten, deren fahrlässige Nichteinhaltung seitens des Verkäufers/Unternehmers eine Haftung aus § 280 Abs. 1 auslöst.

#### a) Treuepflichten

Wichtig sind hier zunächst die Treuepflichten. Anwender und Lieferant von Software stehen aufgrund ihres Vertrages in einem besonderen Treueverhältnis. Dieses Verhältnis wird u. a. verletzt durch den Einbau von Programmiersperren seitens des Lieferanten zwecks Abschluss eines Wartungsvertrages<sup>180</sup> oder durch Softwarepiraterie und unerlaubte Netzwerknutzung seitens des Anwenders.

172 OLG Stuttgart, CR 1989, 600.

173 BGH, NJW-RR 1992, 556; OLG Celle, CR 1991, 611; OLG Köln, CR 1994, 213; siehe auch Junker, NJW 1993, 829; Schaub, CR 1993, 332.

174 LG Osnabrück, CR 1985, 32.

175 LG Frankfurt, BB 1989 Beil. 11 S. 5; OLG Frankfurt, CR 1990, 130; OLG Hamm, BB 1989, Beil. 15 S. 4.

176 Vgl. BGH, NJW 1985, 1769, 1771.

177 BGH, NJW 1990, 1661.

178 BGH, NJW 1984, 2938, 2939; NJW 1985, 1769, 1772.

179 BGH, NJW 1999, 3192, 3193; NJW 1997, 3227, 3229; NJW 1992, 2080, 2082; NJW 1991, 352; 1989, 1029; NJW 1986, 180.

180 BGH, NJW-RR 1990, 142; OLG Stuttgart, CR 1986, 640.

#### b) Schutzpflichten

Zusätzlich trifft vor allem den Lieferanten die Pflicht, bei der Konstruktion, Lieferung 76 und Installation von Software sorgfältig vorzugehen und hierbei keine Schäden an der Hardware oder sonstigen Rechtsgütern des Anwenders hervorzurufen.

Diese Pflicht wird verletzt

- bei unvorsichtiger Installation der Software,<sup>181</sup>
- bei einer Software, deren Installation mit einem rücksichtslosen Neuformatieren der Festplatte verbunden ist,
- bei der Offenbarung von Know-How oder anderen Geheimnissen, die der Lieferant während der Installation oder Reparatur erfahren hat (besonderes Problem bei Anwälten, Ärzten, Notaren und Banken).

Im Übrigen soll bei der erstmaligen Veräußerung eines umfangreicheren Softwarepakets die Erstinstallation zu den übernommenen Pflichten des Lieferanten gehören.<sup>182</sup>

#### c) Updatepflicht

Streitig ist, ob sich aus § 242 auch eine Pflicht des Verkäufers zum Bereitstellen von 77 Updates und zur Wartung/Pflege ergibt. In der Literatur wird eine Pflicht zur Ersatzteilbelieferung für mindestens fünf Jahre bejaht.<sup>183</sup>

#### d) Mitwirkungspflichten

Den Anwender wiederum treffen eine Reihe von Mitwirkungspflichten vornehmlich 78 bei der Lieferung und Installation der Software. So hat er geeignete Hardware für die Installation bereitzustellen und bei der Fehlersuche und -beseitigung mitzuwirken. Auch hat er eine Pflicht zur Datensicherung, so dass er bei Datenverlust regelmäßig wegen Mitverschuldens keinen Schadensersatz verlangen kann.<sup>184</sup>

#### e) Schulungspflicht

Nach einer (Fehl-)Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart<sup>185</sup> besteht für einen 79 Softwarelieferanten die Pflicht, das Personal kostenlos in den Einsatz von Symphony, einem Standardprogramm, einzuweisen. Aus diesem Urteil lässt sich jedoch ableiten, dass der Anwender auch deshalb von einem IT-Vertrag zurücktreten kann, weil der Händler/Hersteller nicht zur ordnungsgemäßen Einweisung und Einarbeitung in die Software fähig ist oder nicht ausreichend qualifiziertes Personal beschäftigt.<sup>186</sup>

Kommt der Lieferant oder Anwender diesen Pflichten fahrlässig<sup>187</sup> nicht nach und entsteht deshalb ein Schaden bei der anderen Vertragsseite, so kann diese Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Bei bestimmten Vertragstypen, zu denen auch der Kauf- und Werkvertrag gehört, findet nach § 280 Abs. 1 S. 2 hinsichtlich des Verschuldens eine Beweislastumkehr statt. So muss sich der Schuldner hinsichtlich seines Verschuldens entlasten, wenn entweder feststeht, dass er objektiv gegen die ihn treffenden Pflichten verstoßen hat und dadurch der behauptete Schaden entstanden ist<sup>188</sup> oder die Ursache für den eingetretenen Schaden, vor den seinen Vertragspartner zu bewahren zu den Pflichten des Unternehmers gehört hat, in dessen Herrschafts- und Verantwortungsbereich zu suchen ist.<sup>189</sup>

181 BGH, NJW 1983, 2813, 2814.

182 OLG Hamm, CR 1998, 202.

183 Vgl. Kühne, BB 1986, 1527.

184 BGH, NJW 1996, 2924; OLG Karlsruhe, CR 1996, 348 f.; ähnlich LG Hagen, Urt. v. 20. April 2000, ECR LG 316.

185 CR 1987, 173. Anderer Ansicht LG Köln, CR 1986, 23; LG Verden, CR 1986, 26.

186 OLG Stuttgart, CR 1986, 559, 561; CR 1987, 172, 173; LG Berlin, Urt. v. 22. März 2000, ECR LG 315.

187 Die Darlegungs- und Beweislast für das Verschulden trägt nicht der Kunde, sondern der Lieferant muss nachweisen, dass ihn keine Schuld an der Pflichtverletzung trifft.

188 BGHZ 42, 16, 18; 61, 118, 128; BGH, VersR 1980, 1027, 1028.

189 Vgl. BGHZ 3, 162, 174; 67, 383, 397; BGH, NJW 1991, 1540, 1541.



Dabei verjähren die Ansprüche aus §§ 280 ff. in der regelmäßigen Frist der §§ 195, 199 Abs. 1. Allerdings gilt eine kürzere (zweijährige) Verjährungsfrist gem. § 438 analog, wenn die Schäden in unmittelbarem Zusammenhang mit Sachmängeln stehen.<sup>190</sup>

#### 4. Haftung nach ProdHaftG

80 In Betracht kommt ferner eine Haftung nach dem ProdHaftG.<sup>191</sup>

##### a) Vorgeschichte

Das ProdHaftG beruht auf einer entsprechenden Richtlinie, die der Rat der Europäischen Gemeinschaften am 30. Juli 1985 erlassen hat. Aufgrund dieser Richtlinie waren alle Mitgliedsstaaten zur Angleichung ihrer nationalen Rechtsvorschriften bis zum 30. Juli 1988 verpflichtet (Art. 19); entsprechende Umsetzungsgesetze gibt es inzwischen in allen EU-Mitgliedstaaten.<sup>192</sup> Das deutsche ProdHaftG trat zum 1. Januar 1990 in Kraft.

##### b) Anwendbarkeit auf Software

81 Die Anwendung des ProdHaftG auf Software ist streitig. Die Europäische Kommission hat auf die Anfrage eines Abgeordneten des Europäischen Parlaments eine Anwendbarkeit des Gesetzes auf jede Form von Software bejaht.<sup>193</sup> In der deutschen Literatur wird die Anwendung hingegen oft mit Berufung darauf abgelehnt, dass Software kein beweglicher Gegenstand und damit auch kein Produkt im Sinne des ProdHaftG sei. Das neue ProdHaftG ist auf jeden Fall auch für *Standardsoftware* anwendbar, da diese eine bewegliche Sache im Sinne des § 90 ist. Dieser Standpunkt entspricht sowohl der nationalen „*opinio communis*“<sup>194</sup> als auch dem Stand der internationalen Produkthaftungsdiskussion.<sup>195</sup>

In Bezug auf Individualsoftware ist sich die bisherige Literatur nicht ganz einig. Für die Einbeziehung der Individualsoftware spricht, dass das ProdHaftG auch handwerkliche Produkte umfasst.<sup>196</sup> So heißt es in der Begründung: „Ohne Bedeutung ist für die Qualifikation als Produkt die Herstellungsart. Neben der industriell gefertigten Sache werden damit z.B. auch handwerklich oder kunstgewerblich gefertigte Sachen erfasst.“<sup>197</sup> – Auf der anderen Seite ist aber zu berücksichtigen, dass das ProdHaftG von seinem Sinn und Zweck her das Problem der Haftung für den Fall eines mehrstufigen Absatzes von Massenprodukten regelt, seien sie nun maschinell oder handwerklich gefertigt. Gerade deshalb

190 BGH, NJW 1990, 908; NJW 1989, 2118.

191 Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 15. Dezember 1989 (BGBl. I, 2198).

192 Vgl. den Überblick bei Hollmann, RIW 1988, 81 ff.

193 Vgl. Erklärung der EG-Kommission vom 5. Juli 1988, ABl. EG vom 8. Mai 1989 – Nr. C 114/42.

194 Vgl. H. Bartl, Produkthaftung nach dem neuen EG-Recht (ProdHaftG), Landsberg 1989, 142; H. Taschner, Produkthaftung, München 1986, 84; A. Junker (Fußn. 27), Computerrecht, RdNr. 478 ff.; Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 4. November 1987, in: Recht der Datenverarbeitung 1988, 115, 119; ders., Softwarehaftung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, in: Handbuch der modernen Datenverarbeitung, Heft 146/1989, 22, 30 f.; A. Junker, Ist Software Ware? Diebstahl von Computerprogrammen im Steuer- und im Bilanzrecht, beim Leasing, im Warenzeichenrecht, im Schuldvertragsrecht und in der Produkthaftung, in: WM 1988, 1217 ff., 1249 ff.

195 So etwa C. Stuurman, Product Liability for Software in Europe. A discussion of the EC-directive of 25 July 1985, in: Vandenberghe (Hg.), Advanced Topics of Law and Information Technology, Deventer 1989, 110, 112 ff.; ders. (Fußn. 33), Softwarefouts, 122, 132 ff.; S. Whittaker, European Product Liability and Intellectual Products, in: LQR 105 (1989), 125, 138 ff.; Christopher M. Bown, Liability for Defective Software in the United Kingdom, in: Software Protection 1/1986, 1, 12; G. Vandenberghe, Software Bugs: A matter of Life and Liability, in: Computer Law Association (Hg.), Distribution, Access & Communications, Amsterdam 1988, 103, 112 f.; Chr. Reed, Product Liability for Software, in: Computer Law & Practice 4 (1988), 149 ff.

196 So die Argumentation von A. Junker, Computerrecht, RdNr. 480.

197 Begründung zu dem Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, zit. n. PHI Sonderdruck/87, 106. Vgl. hierzu auch ausführlich Taschner, Produkthaftung, 46 f.

spricht die Entwurfsbegründung immer wieder davon, dass „ein Produkt in Verkehr gebracht und verwendet“ wird,<sup>198</sup> und bezieht sich immer wieder auf „Warenhersteller“ und „Verbraucher“.<sup>199</sup> Ein „Inverkehrbringen“ liegt nach der Begründung nur dann vor, wenn ein Produkt „in die Verteilungskette gegeben wurde“;<sup>200</sup> das Gesetz geht daher offensichtlich von einem hierarchisierten und differenzierten Vertriebsnetz vom Hersteller über den Importeur und Händler bis hin zum Endverbraucher aus. Ein solches Netz fehlt bei der Erstellung von Individualsoftware völlig; hier stehen sich Hersteller und Anwender direkt gegenüber und sind miteinander unmittelbar durch Vertrag verbunden. Insofern ist das ProdHaftG von seiner Grundkonzeption her nicht auf solch maßgeschneiderte Einzelprogramme anwendbar.

##### c) Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs

Ein Anspruch nach dem ProdHaftG setzt zunächst voraus, dass ein Fehler im Sinne von § 3 Abs. 1 ProdHaftG vorliegt. Hiernach hat ein Produkt einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigterweise erwartet werden kann. Hier ist problematisch, dass in der IT-Branche Sicherheitsstandards nicht allgemein definiert sind. Es gibt kaum Regelwerke, die allgemein verbindliche Regeln für die Entwicklung sicherer Programme festlegen. Es muss daher auf die allgemeine Üblichkeit bestimmter Sicherheitserwartungen abgestellt werden.

Als besonders problematisch erweist es sich, dass der Schadensersatzanspruch nur bei Gesundheitsschäden oder der Beschädigung *anderer* Sachen gewährt wird, sofern gewöhnlicherweise privat genutzt wird (§ 1 Abs. 1, S. 1 und 2 ProdHaftG). Diese Regelung führt dazu, dass das ProdHaftG im Softwarebereich kaum akut wird. Hinsichtlich denkbarer medizinischer Schäden spielt das Gesetz nur bei Navigationssoftware (z.B. Flugsteuerung) und im Bereich der medizinischen Datenverarbeitung eine Rolle. Die Beschädigung anderer, privat genutzter Sachen kommt nur dann in Betracht, wenn z.B. softwarebedingt der Rechner des Nutzers explodiert. Für Schäden an gewerblich genutzten Gegenständen ist das Gesetz von vornherein nicht anwendbar. Hinzu kommt, dass das Gesetz für den Fall der Sachbeschädigung von einer Selbstbeteiligung in Höhe von 500 € ausgeht (§ 11 ProdHaftG). Es dürfte allerdings sehr selten sein, dass der Schaden eines Verbrauchers beim Einsatz von Software diesen Betrag übersteigt. Von daher ist das Gesetz eine Totgeburt, die zumindest in der IT-Branche kaum von Bedeutung ist. Das Gesetz spielt nur deshalb eine (bescheidene) Rolle, weil die Haftung nach dem ProdHaftG vertraglich nicht ausschließbar ist (§ 14 Satz 1 ProdHaftG). Dies führt dazu, dass in jeder Haftungsklausel der Verweis auf die unbeschränkte Haftung nach dem ProdHaftG aufgenommen werden muss. Im Übrigen bleibt die deliktische Haftung nach § 823 neben dem ProdHaftG bestehen (§ 15 Abs. 2 ProdHaftG), was für Sachschäden unter 500 € und Schäden an gewerblich genutzten Sachen eine zentrale Bedeutung hat.

#### 5. Haftung nach § 823 Abs. 1

Bei § 823 Abs. 1 kommt es entscheidend darauf an, dass Leib, Leben, Gesundheit, Eigentum oder ein sonstiges absolutes Rechtsgut verletzt wird. Abseits der berühmten Beispiele medizinischer Software oder Computerprogrammen im Bereich der Flugsteuerung ist fraglich, wann Software in der Praxis einmal ein absolutes Rechtsgut verletzt. Diese Frage stellt sich insbesondere beim softwarebedingten Datenverlust. Die herrschende Mei-

198 Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 105; vgl. PHI Sonderdruck/87, 94: „Ausgangspunkt für diese Haftung ist die Verletzung einer Gefahrensteuerungs- und abwendungspflicht, wobei diese die Produkthaftung begründende Pflicht an die Herstellung oder das Inverkehrbringen von Waren anknüpft.“

199 Vgl. Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 94, 101 u. a.

200 Entwurfsbegründung, PHI Sonderdruck/87, 102 mit Verweis auf Art. 2 lit. d des Europäischen Übereinkommens vom 27. Januar 1977 über die Produkthaftung und Tötung.

nung sieht hierin mangels Körperlichkeit der Daten keine Eigentumsverletzung.<sup>201</sup> In der Zwischenzeit wird dieser Konsens durch eine Reihe von Urteilen aufgebrochen, die die Veränderung der Magnetisierung eines Datenträgers als Sachbeschädigung einordnen wollen.<sup>202</sup> Der BGH sieht bei vertraglichen Beziehungen den Datenbestand eines Computerbenutzers als ein selbständiges vermögenswertes Gut, das schadensrechtlich als Schädigungsobjekt beachtlich und schützenswert ist.<sup>203</sup>

85 Allerdings ist dann zu beachten, dass der Datenverlust auch als Mitverschulden des Anwenders anzusehen ist, der sich nicht um eine ordnungsgemäße Datensicherung gekümmert hat.<sup>204</sup> Datensicherung ist eine allgemein bekannte Selbstverständlichkeit.<sup>205</sup> Angesichts der mannigfachen Gefahren eines Datenverlustes und der daraus regelmäßig folgenden schweren wirtschaftlichen Schäden für den EDV-Anwender gilt die Datensicherung als unverzichtbar.<sup>206</sup> So hatte das OLG Hamm<sup>207</sup> sich mit der Haftung für Datenverlust bei Gelegenheit von Wartungsarbeiten durch eine beauftragte Computerfirma zu befassen. Die Hammer Richter betonen, dass den Auftraggeber von Wartungsarbeiten ein überragendes Mitverschulden für den Datenverlust treffe, wenn er nicht vor Durchführung der Arbeiten an der EDV-Anlage selbst eine Datensicherung vornimmt. Dies dürfe von Auftragnehmern bei der Ausführung von Arbeiten an solchen Anlagen auch als selbstverständlich vorausgesetzt werden.<sup>208</sup> Zusätzliche Überprüfungspflichten bestehen jedoch dann, wenn ernsthafte Zweifel vorliegen, dass eine Datensicherung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist oder das Sicherungssystem nicht funktioniert.<sup>209</sup> Auf dem Hintergrund bestehender Datensicherungspflichten ist es auch zulässig, in AGB die Haftung für die Wiederherstellung von Kundendaten an die Existenz einer regelmäßigen Datensicherung zu knüpfen.<sup>210</sup>

86 Im Übrigen ist kein Grund dafür ersichtlich, dass Standardsoftware nicht den normalen Regeln des Deliktsrechts (§§ 823 ff.) unterliegen sollte. Führen Fehler in einem Computerprogramm dazu, dass das Eigentum des Anwenders oder eines Dritten verletzt wird, so haftet der Hersteller – wie jeder andere Produzent auch – gem. § 823 Abs. 1 für den entstandenen Schaden. Für die Erstellung von Individualsoftware geht die inzwischen herrschende Meinung zu Recht davon aus, dass diese ebenfalls unter §§ 823 ff. fällt.

Nicht nur den Hersteller, sondern auch den Händler treffen Produktbeobachtungspflichten, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 auslösen. In welchem Umfang eine solche Beobachtungspflicht des Händlers besteht, ist unklar. Der BGH bejaht hier Ansprüche des Kunden gegen einen Händler nach § 823 Abs. 1: Die Beklagte habe als Händlerin die ihr obliegenden Verkehrssicherungspflichten verletzt. Zwar treffe grundsätzlich den Warenhersteller die umfassende Verantwortung für einen in seinem Wissens- und Tätigkeitsbereich entstandenen Produktfehler. Der Händler sei demgegenüber nur eingeschränkt an produktbezogene Gefahrabwendungspflichten gebunden. Insbesondere treffe ihn nicht deshalb der volle Haftungsumfang eines Warenherstellers, weil er durch Verwendung eigener Markenzeichen „wie ein Hersteller“ auftrete. Eine besondere

201 So etwa LG Konstanz, Urt. v. 10. Mai 1996 – 1 S 292/95, NJW 1996, 2662 = BB Beil. 19/1996, 8. Ähnlich AG Überlingen, Urt. v. 22. November 1995 – 3 C 504/95 (unveröff.).

202 OLG Karlsruhe, Urt. v. 7. November 1995, ECR OLG 121.

203 BGH, NJW 1996, 2924.

204 LG Hagen, Urt. v. 20. April 2000, ECR LG 316.

205 BGH, NJW 1996, 2924; vgl. OLG Karlsruhe, CR 1996, 348 f.; AG Kassel, NJW-RR 1998, 1326 = RDV 1998, 74–75.

206 Vgl. Becker, NJW-CoR 1992, 17.

207 OLG Hamm, MMR 2004, 487 = CR 2004, 654; ähnlich LG Stuttgart, CR 2002, 487.

208 Vgl. OLG Karlsruhe, CR 1996, 348 = NJW-RR 1997, 554; ähnlich OLG Köln, CR 1994, 532 = NJW-RR 1994, 1262.

209 So auch OLG Hamm, CR 2000, 289; BGH, NJW 1996, 2924; OLG Karlsruhe, NJW 1996, 2000; OLG Köln, CR 1996, 407 = NJW-RR 1997, 558; OLG Köln, CR 1994, 532 = NJW-RR 1994, 1262.

210 Klauselbeispiel bei Redeker, in: Schneider/Graf v. Westphalen (Hg.), Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, R.dnr. D 547.

Stellung komme jedoch einem Händler zu, der allein die betreffende Ware im Inland vertreibt. In einer solchen Konstellation trete der (Alleinvertriebs-)Händler aufgrund der inländischen Monopolstellung als Bindeglied zwischen dem deutschen Verbraucher und dem ausländischen Hersteller auf. Der BGH lässt es in einem solchen Fall dahinstehen, ob die Beklagte in einer solchen Stellung eine Pflicht zur sog. Produktbeobachtung gehabt habe, d. h. dass sie zum Aufbau einer Betriebsorganisation zwecks Beschaffung von Informationen über die praktische Bewährung des Produkts verpflichtet gewesen wäre. Statt dessen bejaht der Senat „zumindest“ die Pflicht zur passiven Produktbeobachtung, d. h. zur Überprüfung von Beanstandungen des Produktes.

## VI. Regelung der Gewährleistung und Haftung durch AGB

Im Folgenden soll dargelegt werden, wie man die Frage der Gewährleistung und Haftung vertraglich in den Griff bekommen kann.<sup>211</sup> Zunächst ist die Frage zu klären, welche Bestimmungen überhaupt die Inhaltskontrolle regeln. Das BGB enthält in den §§ 305 ff. spezielle Vorschriften über das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Darüber hinaus enthält das BGB zwingende Bestimmungen zugunsten des Verbrauchers beim Verbrauchsgüterkauf (§ 475). Schließlich gilt die allgemeine Sperrung des § 138 fort.

Das BGB regelt als derogationsfreundlichsten Teil die Beziehung zwischen Unternehmen oder zwischen Verbrauchern aufgrund individueller Vereinbarung am wenigsten. Hier kommt zunächst die allgemeine Sperrung des § 138 zum Tragen. Hiernach sind Verträge insoweit nichtig, als sie gegen die guten Sitten verstoßen. Hinzu kommt der allgemeine Haftungsausschluss aus § 444, wonach der Verkäufer bei arglistigem Verschweigen eines Mangels oder der Übernahme einer Garantie für die Beschaffenheit der Sache seine Verantwortlichkeit nicht beschränken kann. Der Bereich der Garantie umfasst den früheren Bereich der Eigenschaftszusicherung. Der Verkäufer muss folglich für bestimmte Eigenschaften eintreten wollen und hierzu eine Erklärung abgegeben haben. Entscheidend ist die Sicht des Käufers; wenn dieser nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass der Verkäufer für die Folgen der Unrichtigkeit seiner Garantieerklärung eintreten will, liegt eine Garantie vor.<sup>212</sup>

Beim Verbrauchsgüterkauf kommt neben §§ 138 und 444 auch noch die besondere Bestimmung des § 475 Abs. 1 zum Tragen. Hiernach kann sich der Unternehmer nicht darauf berufen, dass er eine Vereinbarung über Mitteilung eines Mangels getroffen habe, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433–435, 437, 439–443 abweicht. Gleiches gilt für Abweichungen von den Bestimmungen der §§ 474–479. Diese Regelungen sollen auch zum Tragen kommen, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden (§ 475 Abs. 1 S. 2). Unklar ist allerdings, was das Gesetz dogmatisch mit „kann der Unternehmer sich nicht berufen“ meint; der Regierungsentwurf sprach deutlich davon, dass eine abweichende Vereinbarung „unwirksam“ sei.

Bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen kommt für den Bereich zwischen Unternehmen oder Verbrauchern neben §§ 138, 444 auch noch eine Anwendung von §§ 307, 309 in Betracht. Es fällt auf, dass § 475 wie ein Störfaktor wirkt, denn hiermit sind in Individualverträgen zu Lasten der Verbraucher Regelungen ausgeschlossen, die im Rahmen der Inhaltskontrolle auch bei Verträgen mit Verbrauchern wiederum ausdrücklich für wirksam erachtet werden (s. § 309). Allerdings steht § 309 unter dem Vorbehalt „auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist“. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass zwingende Bestimmungen des BGB vorrangig zu

211 Dazu auch eingehend Westphalen, in: Schneider/Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, R.dnr. I 1 ff.

212 BGH, NJW 1991, 1880 zu § 463 BGB aF. Siehe dazu auch v. Westphalen, in: Henssler/v. Westphalen (Hg.), Praxis der Schuldrechtsreform, § 444 R.dnr. 9.

prüfen sind. Gemeint ist vor allem die Regelung in § 475 zugunsten des Verbrauchsgüterkaufs. Der Gesetzgeber hat sich insoweit bei der Schuldrechtsreform dafür entschieden, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in engstem Umfang, rein nach Wortlaut umzusetzen. Dadurch entstehen jedoch Wertungswidersprüche, die kaum noch auflösbar sind, wie im Weiteren zu zeigen sein wird.

- 90 Fraglich ist vor allem, welcher Anwendungsbereich für § 309 bleibt. Diese Regelung gilt ja nicht für Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer vereinbart werden (§ 310 Abs. 1). Insofern gilt § 309 hauptsächlich für C2C sowie für die Bereiche der Geschäfte mit Verbrauchern, die vom Begriff des Verbrauchsgüterkaufs nicht umfasst sind. Das sind der Verkauf unbeweglicher Sachen (§ 474 Abs. 1 S. 1) und die Zwangsversteigerung gebrauchter Sachen (§ 474 Abs. 1 S. 2). Hinzu kommen abseits des Kaufrechts insbesondere die Bereiche des Werkvertragsrechts, voran das Recht der Bauleistungen; bei letzterem gelten allerdings die Bestimmungen des § 309 Nr. 8 bb) und ff) nur eingeschränkt. Im Übrigen ist zu bedenken, dass auch bei B2C im Bereich der Haftung abweichende Vereinbarungen zulässig sind (§ 475 Abs. 2).
- 91 Nach § 307 Abs. 1 sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treue und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmungen nicht klar und verständlich sind (§ 307 Abs. 1 S. 2). Nach § 310 Abs. 1 S. 2 ist allerdings bei der Auslegung dieser Vorschrift auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessene Rücksicht zu nehmen. Für die Beziehungen zwischen Unternehmer und Verbraucher im AGB-Recht gelten die Klauselverbote der §§ 307–309, die den bisherigen Bestimmungen in §§ 9–11 ABGB weitgehend entsprechen.
- 92 Fraglich ist allerdings, ob § 475 eine Leitbildfunktion im Rahmen von § 307 für Verträge zwischen Unternehmen hat.<sup>213</sup> Man könnte aus § 475 die Konsequenz ziehen, dass die dort genannten Regelungen des Kaufrechts AGB-fest sind. Dagegen spricht jedoch die klare Aufteilung der verschiedenen Vertragstypen mit der jeweiligen Abgrenzung von B2B und B2C. Entscheidend ist das *argumentum e contrario*. Wenn das BGB nunmehr infolge der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Anwendungsbereich der zwingenden Bestimmungen in § 475 eng auslegt, kann daraus nur der Rückschluss gezogen werden, dass in den Bereichen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs der Grundsatz der Vertragsautonomie gilt. Über § 307 die Grundgedanken des § 475 und der darin verwiesenen Vorschriften einfließen zu lassen, würde dieses Grundmodell konterkarieren. § 475 gilt jedoch nicht, wenn der Käufer dem Verkäufer einen gewerblichen Verwendungszweck vortäuscht.<sup>214</sup> Die Angaben des Verkäufers über das Vorliegen eines Gewerbes auf seiner Seite sind irrelevant.<sup>215</sup> Für C2C-Geschäfte gilt § 475 nicht.<sup>216</sup>

### 1. Ausschluss der Gewährleistung (§ 309 Nr. 8 b aa)

- 93 Nach § 309 Nr. 8 b aa) ist eine Klausel unwirksam, die bei Kauf- oder Werkverträgen über neue Sachen und Leistungen jegliche Gewährleistung ausschließt oder auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte (insbesondere den Hersteller) beschränkt. Dabei ist zu beachten, dass diese Regelung sowohl Rechts- wie Sachmängel umfasst. Auch zwischen Kaufleuten ist eine solche Klausel unwirksam.<sup>217</sup> Der Anwendungsbereich des § 309 Nr. 8 b) ist jedoch gegenüber dem vorherigen § 11 Nr. 10 ABGB erheblich eingeschränkt. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass nunmehr beim Verkauf von Software im Verhältnis B2C (sog. Verbrauchsgüterkauf) die zwingende Regelungswirkung des § 475

213 Siehe dazu die Bedenken von Westermann, JZ 2001, 530, 535 f.

214 BGH, NJW 2005, 1045.

215 LG Trier, Urt. v. 8. 6. 2005 – 1 S 87/03.

216 So für den Privatverkauf von "Bastlerautos" OLG Oldenburg, ZGS 2004, 75.

217 Siehe dazu BGH, NJW 1991, 2631; NJW 1991, 2631; NJW-RR 1993, 560.

Abs. 1 zu beachten ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Neu- oder Gebrauchsgüter handelt. Gleiches gilt gem. § 651 für einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat. Neben dem im Hinblick auf die Verwendung von AGB eher unbedeutenden Bereich des C2C erfasst § 309 Nr. 8 b) somit lediglich Vertragsgestaltungen in Bezug auf neu hergestellte, unbewegliche Sachen sowie auf Werkleistungen, die nicht unter § 651 fallen.

Insofern kommt die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, § 310 Abs. 1 zum Tragen. Auch beim Verbrauchsgüterkauf ist ein solcher Gewährleistungsausschluss unzulässig. § 475 Abs. 1 S. 1 verbietet eine Abweichung von § 437 zum Nachteil des Verbrauchers. Nach § 437 hat der Käufer das Recht, Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz zu verlangen. Diese Beschränkung von § 437 Nr. 1 und 2 rechtfertigt die Annahme, dass eine entsprechende Vereinbarung gegen § 475 Abs. 1 verstößt. Unwirksam ist im Übrigen die genannte Klausel auch nach § 138. Zu beachten ist ferner der Bereich der Arglist und der Garantien (§ 444).

Unwirksam sind danach vor allem folgende, typischerweise in den AGB von Softwarelieferanten auftauchenden Klauseln:

- „Jegliche Gewährleistung ist ausgeschlossen.“<sup>218</sup>
- „Der Käufer bestätigt bei der Anlieferung, dass die gelieferte Ware bei Übergabe in einwandfreiem Zustand ist.“<sup>219</sup>

Zulässig ist eine Regelung, wonach sich die Gewährleistung nicht auf Fehler erstreckt, die auf ein Bedienungsversagen des Kunden zurückzuführen sind.<sup>220</sup> Fraglich ist allerdings, ob eine solche Klausel sinnvoll ist, da sie letztendlich nur die gesetzliche Regelung wiedergibt. Die Gewährleistung darf nicht von der Benutzung eines bestimmten Zubehörs oder der Einhaltung besonderer Installationsbedingungen abhängig gemacht werden.<sup>221</sup> Unzulässig ist auch eine Klausel wie „Die Gewährleistung erlischt, sofern der Käufer oder ein Dritter die Software verändert/umprogrammiert/disassembliert bzw. in die Hardware eingreift.“<sup>222</sup> Der Kunde darf nach § 69 e UrhG die Software unter bestimmten Voraussetzungen reassemblieren; er darf auch in die Hardware eingreifen. Erst dann wenn es dadurch zu Störungen kommt, erlischt die Gewährleistung; doch dies ergibt sich bereits aus dem Gesetz und bedarf nicht gesonderter vertraglicher Regelungen.

Ein Gewährleistungsausschluss für „Schnäppchen“ ist unwirksam, etwa dergestalt: „Wir übernehmen keine Gewähr für Sonderangebote und Abholwaren.“<sup>223</sup> Ebenso unwirksam ist der Hinweis: „Software ist nie fehlerfrei.“<sup>224</sup> Der Käufer muss wissen, dass der Verkäufer subsidiär weiter haftet.<sup>225</sup> Der Händler darf den Kunden auch nicht darauf verweisen, dass dieser seine Gewährleistungsansprüche direkt beim Hersteller bzw. dessen inländischer Vertriebsgesellschaft geltend macht („Bei Mängeln hat sich der Käufer zunächst an den Hersteller/Lieferanten zu wenden.“).<sup>226</sup>

### 2. Nacherfüllung (§ 309 Nr. 8 b bb)

Nach § 309 Nr. 8 b bb) darf der Lieferant von Software die Gewährleistungsansprüche des Kunden nicht auf ein bloßes Recht zur Nacherfüllung beschränken. Zulässig ist nur, zunächst Nacherfüllung vorzusehen und dann für den Fall des Fehlschlagens der Nacher-

218 Diese Klausel ist auch gegenüber Kaufleuten unwirksam; vgl. BGH, NJW 1991, 2631.

219 So auch KG Berlin, NJW 1991, 2630 = ZIP 1981, 1105; OLG Hamm NJW 1989, 1041.

220 Bartl, CR 1985, 13, 20.

221 Braun, Rz. 419; Schneider, F 62; anders Zahmt, 6.3.7 zu 12.4.

222 So auch BGH, NJW 1980, 831; OLG Karlsruhe, ZIP 1983, 1091 f.; LG Stuttgart EzBGB § 309 Nr. 8 b Nr. 18, sofern neue Waren.

223 LG Berlin EzBGB § 309 Nr. 8 b Nr. 17.

224 Siehe hierzu BGH, NJW-RR 1989, 625 für den Ausschluss der Gewährleistung bei handelsüblichen Holzmusterabweichungen.

225 BGH, NJW 1980, 2800.

226 BGH, NJW 1980, 2800.

füllung dem Kunden die Möglichkeit zur Minderung oder zum Rücktritt zu belassen.<sup>227</sup> Die Fehlerbeseitigung hat nach § 269 am Ort der Lieferung zu erfolgen. Daher muss der Lieferant bei Bring- und Schickschulden den Rechner vor Ort reparieren oder zumindest zur Reparatur abholen. Der Anwender ist dann nicht zur Rücksendung der Hardware verpflichtet.<sup>228</sup> Klauseln, die die Fehlerbeseitigung auf den Sitz des Lieferanten fixieren wollen, sind nach § 307 unwirksam.

Bei einem Computer, auf welchen der Verwender in der Regel für seine Arbeit angewiesen ist und den er demzufolge kaum entbehren kann, sind mehrere Nachbesserungsversuche unzumutbar. Soweit in den AGB des Händlers das Wandelungsrecht vom Fehlschlagen von drei Nachbesserungsversuchen abhängig gemacht wird, ist diese Regelung nach § 309 Nr. 8 b bb) unwirksam.<sup>229</sup> Ferner ist es dem Käufer eines Laptops nicht zumutbar, dass das Gerät nach einer Mängelrüge nicht direkt der schnellstmöglichen Prüfung und Nachbesserung zugeführt wird. Auch eine Ausfallzeit von mehr als einem Monat gilt als unzumutbar, wenn der Käufer des PCs auf dessen Nutzbarkeit aus beruflichen Gründen dringend angewiesen ist.<sup>230</sup>

### 3. Beschränkungen der Nacherfüllung

#### a) Reichweite von § 309 Nr. 8 b bb)

98 Im Rahmen von § 309 Nr. 8 b bb) ist eine Beschränkung der Rücktritts- und Minderungsrechte durch eine vorgeschaltete Nacherfüllungsphase zulässig. Zu beachten ist allerdings die Abgrenzung zu §§ 474, 475. Denn für den Verbrauchsgüterkauf bleibt es zwingend dabei, dass der Käufer wahlweise Nacherfüllung, Minderung oder Rücktritt verlangen kann. Nur bei Verbrauchergeschäften, die nicht unter den Verbrauchsgüterkauf fallen, kommt § 309 Nr. 8 zum Tragen (siehe oben).

Unzulässig dürften bisherige Klauseln sein, die ein „Nachbesserungsrecht“ des Käufers vorsahen. Allein schon die bloße Formulierung „der Käufer kann Nachbesserungen der Ware verlangen“ verstößt bereits deshalb gegen § 309 Nr. 8 b, weil der rechtsunkundige Käufer den Eindruck haben könnte, dass er außer der Nachbesserung keine weiteren Rechte geltend machen kann. § 309 Nr. 8 b bb) sieht allerdings vor, dass dem anderen Vertragsteil ausdrücklich das Recht vorbehalten sein muss, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder Absatz von Bauleistungen nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten. Dem Kunden muss somit auch ein Recht auf Rücktritt oder Minderung bei fehlgeschlagenen Nacherfüllungen verbleiben.

Ein bloßer Hinweis auf die „Nachbesserung“ verstößt ferner gegen die Vorgaben des § 309 Nr. 8 insofern, als damit der Eindruck erweckt würde, es könne nur eine Nachbesserung verlangt werden.<sup>231</sup> Nach §§ 437, 439 geht der Begriff der Nacherfüllung jedoch weit über den der Nachbesserung hinaus. Er umfasst sowohl die Beseitigung des Mangels wie die Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1). Denkbar ist allerdings eine Beschränkung auf eine der beiden Nachbesserungsmöglichkeiten, etwa durch deutlichen Verweis auf die Möglichkeit der Mängelbeseitigung.

Wie bei der bisherigen Rechtsprechung<sup>232</sup> könnte auch der Begriff der „Minderung“ problematisch sein. Allerdings wurde der frühere Begriff „Herabsetzung der Vergütung“ durch den Terminus „Minderung“ ersetzt (s. §§ 437 Nr. 2, 441). Hierin ist ein Indiz dafür zu sehen, dass auch in AGB von Minderung geredet werden darf. Anders als nach der

227 Däubler, NJW 2001, 3729, 3732.

228 OLG München, CR 1987, 506.

229 AG Mannheim, Urt. v. 24. Mai 1996 – 1 C 1033/95.

230 AG Mannheim, a. a. O.

231 BGH, NJW 1981, 1501; OLG Hamm, BB 1980, 177; OLG Köln NJW 1988, 2477; vgl. auch OLG Stuttgart CR 1988, 296.

232 BGH, NJW 1982, 331; BGH, NJW 1982, 2380; anderer Ansicht OLG Saarbrücken, BB 1979, 1064; OLG Stuttgart BB 1984, 495.

Rechtsprechung zum AGBG ist der Verweis auf die „Minderung“ im nichtkaufmännischen Verkehr unwirksam, da das Gesetz nunmehr den Begriff selbst als terminus technicus verwendet.

Zulässig dürfte eine Formulierung sein, die der Bundesgerichtshof in einer früheren 99 Entscheidung einmal gebilligt hat: „Solange wir unseren Verpflichtungen zur Nacherfüllung, insbesondere zur Behebung von Mängeln oder zur Lieferung einer mangelfreien Sache, nachkommen, hat der Kunde kein Recht, eine Herabsetzung der Vergütung zu verlangen oder den Rücktritt vom Vertrag zu erklären, sofern nicht ein Fehlschlagen der Nacherfüllung vorliegt.“<sup>233</sup>

Zulässig ist ferner auch eine Beschränkung der Zahl der Nacherfüllungsversuche. Von der Rechtsprechung wurde die Einführung einer Duldungspflicht des Kunden für drei Nachbesserungsversuche für zulässig erachtet.<sup>234</sup> Jetzt ist auf § 440 S. 2 abzustellen, der ein Fehlschlagen der Nachbesserung nach zwei Versuchen annimmt.

§ 439 Abs. 4 sieht ferner die Möglichkeit vor, dass der Verkäufer vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache bei Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. Eine solche Rückgewährspflicht wird man auch AGB-rechtlich verankern können. Ferner kann die Nacherfüllung davon abhängig gemacht werden, dass der Kaufpreis zu einem angemessenen Teil bezahlt ist (§ 309 Nr. 8 b dd)).

#### b) Reichweite von § 307

100 Im Rahmen von § 307 kommt das Grundmodell von § 308 ebenfalls zum Tragen. Erlaubt ist es, Rücktritt und Minderung vom Fehlschlagen der Nacherfüllung abhängig zu machen. Die beiden Primärrechte dürfen dann aber nicht beschränkt werden.<sup>235</sup> Eine Beschränkung zum Beispiel auf das Minderungsrecht ist auch zwischen Unternehmen AGB-mäßig unzulässig.<sup>236</sup>

Gestärkt sind die Rückgriffsrechte des Handels gegenüber den „Hintermännern“. Nach § 478 kann der Unternehmer im Falle des Verbrauchsgüterkaufs seine Lieferanten einfacher in Anspruch nehmen. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass der Mangel der Kaufsache ja nicht vom Händler selbst, sondern vom Hersteller zu vertreten ist. Insofern kann der Endverkäufer bei seinen „Hintermännern“ bis zu fünf Jahren Rückgriff nehmen (§ 479 Abs. 1, Abs. 2). Auch hierzu regelt das Gesetz Fragen der vertraglichen Dispositivität. Nach § 478 Abs. 4 kann eine Vereinbarung zum Nachteil des Unternehmers nicht erfolgen, wenn dem Rückgriffsgläubiger kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird. Diese Regelung soll jedoch nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz gelten (§ 478 Abs. 4 S. 2). Ein gleichwertiger Ausgleich kann etwa im Rahmen von pauschalisierten Abrechnungssystemen eingeführt werden.

#### c) Reichweite von § 475

101 Diese inhärente Beschränkung macht die Klausel auch für Verbrauchsgüterkaufvereinbarungen gegenüber Verbrauchern unwirksam, da insofern eine Einschränkung des § 439 vorliegt, die nach § 475 nicht zum Nachteil des Verbrauchers vereinbart werden kann. Dies gilt jedoch nur, wie die systematische Stellung dieser Regelung belegt, für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, d. h. für Kaufverträge über bewegliche Sachen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer, § 474 Abs. 1. Nach § 475 Abs. 1, S. 1 haben die Vorschriften über die Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln zwingenden Charakter, so dass weder das Recht des Käufers auf Nacherfüllung/Nachlieferung noch die Rechte auf Minderung oder Rücktritt nachteilig verändert, bzw. ausgeschlossen werden dürfen. Bei einem Vertrag zwischen einem Verbraucher/Käufer und einem Unternehmer/Verkäufer ist daher in Zukunft eine Regelung, die ein primäres Nacherfüll-

233 BGH, NJW-RR 1990, 886. Siehe auch OLG Köln, CR 2000, 503.

234 AG Offenburg, CR 1997, 86.

235 BGH, NJW 1981, 1501; NJW-RR 1986, 52, 53.

236 BGH, NJW 1981, 1501; 1993, 2436.

lungsrecht des Verkäufers anordnet, ab dem 1. 1. 2002 als unwirksam gem. § 475 Abs. 1 S. 1 zu qualifizieren. Denn eine Verkoppelung von Nacherfüllungsmöglichkeit mit subsidiärer Minderungs- oder Rücktrittsmöglichkeit würde die Rechte des Käufers nach § 439 beschränken.

Allerdings wird diese Rigidität dadurch abgemildert, dass § 437 Nr. 2 für den Rücktritt auf §§ 323, 326 Abs. 5 und § 440 verweist. Ähnliches gilt für die Minderung (§ 437 Nr. 2 i. V. m. § 441). Das Gesetz ist zwar insofern unklar, als die Abhängigkeit der Minderung vom Vorliegen eines Rücktrittsrechts nicht deutlich wird. Allgemein wird jedoch davon ausgegangen, dass der Käufer auch vor der Minderung erst den Anspruch auf Nacherfüllung durchzusetzen hat.<sup>237</sup> Man kann insofern einen Umkehrschluss aus § 441 Abs. 1 S. 2 ziehen. Nach § 323 kommt ein Rücktritt vom Verträge nur in Betracht, wenn dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt worden ist. Eine Fristsetzung ist in bestimmten Fällen (§ 323 Abs. 2) zulässig, wobei hierzu auch die Konstellation zählt, dass die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlergeschlagen ist (§ 440 S. 1). Insofern geht auch das gesetzliche Modell davon aus, dass grundsätzlich vor dem Rücktritt erst eine Nacherfüllungsphase einzuhalten ist und u. a., beim Fehlschlagen der Nacherfüllung der Wechsel zum Rücktritt erfolgen kann. Allerdings ist der Rücktritt nicht erst beim Fehlschlagen der Nacherfüllung möglich; vielmehr nennen §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 und § 440 S. 2 eine Reihe von Gründen, bei denen eine Fristsetzung entbehrlich ist. Eine AGB-mäßige Beschränkung von Rücktritt und Minderung auf das Fehlschlagen der Nachbesserung würde damit §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 und § 440 S. 2 konterkarieren und wäre damit ein Verstoß gegen § 475 Abs. 1.

#### 4. Kosten der Nacherfüllung

Wie so häufig versuchen Verkäufer, die Kosten der Nacherfüllung auf den Käufer abzuwälzen.

##### a) Reichweite von § 309

102 Verboten sind Klauseln, wonach die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen auf den Käufer übertragen werden sollen (§ 309 Nr. 8b cc). Nichtig ist daher eine Klausel: „Erforderliche Ersatzteile und die anfallende Arbeitszeit werden nicht berechnet.“ Denn hierdurch entsteht der Eindruck, dass der Käufer sich im Übrigen an den Kosten zu beteiligen habe.<sup>238</sup> Gleiches gilt für die Formulierung: „Der Transport der Ware zum Zwecke der Reparatur erfolgt auf Kosten und Gefahr des Kunden.“<sup>239</sup> Besonders gefährlich ist der Versuch, Wartung/Pflege von Software mit der Gewährleistung zu verquicken. Typisch hierfür ist folgende Klausel: „Die Nachbesserung erfolgt aufgrund einer gesonderten Auftragserteilung des Käufers/im Rahmen eines gesonderten Wartungsvertrages.“ Solche Versuche sind sämtlich unwirksam.<sup>240</sup> Dies gilt auch für die entsprechenden Wartungsverträge, die Mängelbeseitigung zur (entgeltlichen!) Wartungs-/Pflegeleistung erklären. Der Kunde kann das für solche Leistungen gezahlte Entgelt zurückverlangen; der Wartungsvertrag selbst ist insoweit nichtig.

##### b) Reichweite von § 307

103 Sollte im kaufmännischen Verkehr der Versuch unternommen werden, Nacherfüllungskosten auf den Käufer abzuwälzen, bleibt § 307 zu prüfen. Zu bedenken sind insofern die gesetzlich vorgeschriebenen Rechte des Käufers nach §§ 437 Nr. 1, 439, wonach dieser Nacherfüllung verlangen kann. Die Nacherfüllung besteht nach Wahl des Käufers in der Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1).

237 Siehe Dauner-Lieb u. a., Fälle zum neuen Schuldrecht, Heidelberg 2002, 143.

238 BGH, NJW 1981, 867.

239 LG München EzAGBG § 11 Nr. 10 c Nr. 3; ähnlich OLG München, NJW-RR 1986, 604.

240 OLG Köln, NJW-RR 1987, 1192. Dazu auch ausführlich Peter, in: Schneider/Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Rdur. G 165 ff.

§ 439 Abs. 2 bestimmt darüber hinaus, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat. Diese vertragswesentlichen Pflichten des Verkäufers lassen sich nicht zu Lasten des Käufers abwälzen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2). Insofern kann auf die ältere Literatur zur Abbedingung von § 476 a im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verwiesen werden. Allerdings ist im Unterschied zur damaligen Wertung zu beachten, dass der Nacherfüllungsanspruch nunmehr gesetzlich verankert ist, während er nach altem Recht ein dispositives Recht war, das vor allem zugunsten des AGB-Verwenders nachträglich in die Geschäftsbedingungen aufgenommen worden ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bereits § 439 Abs. 2 davon ausgeht, dass dem Verkäufer die gesetzliche Pflicht zur Tragung von Aufwendungen für die Nacherfüllung obliegt. Man wird daher aus dieser Vorschrift auch den gesetzgeberischen Befehl entnehmen müssen, einer Abbedingung dieser Kostentragungspflicht im Verhältnis B2B durch eine entsprechende AGB-Kontrolle entgegen zu treten.

##### c) Reichweite von § 475

Diese Überlegungen gelten auch für den Verbrauchsgüterkauf. § 475 schließt ausdrücklich eine Regelung aus, die die Rechte des Verbrauchers nach § 439 schmälern würde. Hierzu zählt auch jedweder Versuch, Kosten für eine Nacherfüllung in Rechnung zu stellen.

##### d) Reichweite von § 138

105 Sofern Unternehmer mit Unternehmern individualvertraglich eine Übernahme von Nacherfüllungskosten vereinbaren, kann aus § 475 e contrario geschlossen werden, dass Individualverträge im Bereich B2B hinsichtlich der Kostenübernahme zulässig sind.

#### 5. Rügepflichten

Häufig wird versucht, den Käufer dazu zu verpflichten, Mängel zu rügen. Zu beachten ist hier, dass sich aus §§ 377, 378 HGB Rügepflichten für Kaufleute ergeben. Für Verbraucher gibt es solche Pflichten auf gesetzlicher Grundlage nicht. Fraglich ist, ob man diese vertraglich einführen kann.

##### a) Reichweite von § 309

Nach § 309 Nr. 8b ee) kann der Verwender für nicht-offensichtliche Mängel eine Anzeigefrist setzen; diese darf aber nicht kürzer sein als die gesetzliche Gewährleistungsfrist. Dabei muss der Begriff „offensichtlicher Mangel“ verwendet werden; daher sind Formulierungen, die auf die Sichtbarkeit,<sup>241</sup> die Erkennbarkeit<sup>242</sup> oder die Reproduzierbarkeit<sup>243</sup> des Mangels abstellen, unwirksam. Als angemessene Frist ist ein Zeitraum von einer Woche zu knapp bemessen;<sup>244</sup> auch 10 Tage sind zu wenig.<sup>245</sup> Als ausreichend ist wohl eher ein Zeitraum von vier Wochen ab Übergabe anzusehen. – In Einkaufsbedingungen ist eine Abbedingung der sofortigen Untersuchungspflicht zulässig.<sup>246</sup>

Unwirksam sind daher Klauseln wie:

- „Mängel müssen unverzüglich nach Feststellung schriftlich geltend gemacht werden.“<sup>247</sup>
- „Versteckte Mängel sind unverzüglich nach Sichtbarwerden schriftlich zu rügen.“<sup>248</sup>
- „Alle Mängel sind binnen drei Monaten anzuzeigen.“
- „Mängel müssen unverzüglich bei Ablieferung gerügt werden. Ansonsten ist jegliche Gewährleistung und Haftung für solche Mängel ausgeschlossen.“<sup>249</sup>

241 BGH NJW 1985, 855; OLG Stuttgart, BB 1979, 908; LG Köln, NJW 1986, 67.

242 LG München I EzAGBG § 11 Nr. 10 e Nr. 9.

243 Vgl. Zahrnt, 6.3.7 sub 1.2.

244 LG Stuttgart, Urt. v. 3. November 1992 – 10 O 406/91, n. V.

245 LG München I, Urteil vom 30. September 1993 – 7 O 15 605/92, n. V.

246 BGH, NJW 1985, 2526.

247 OLG Stuttgart, BB 1979, 1468.

248 BGH, NJW 1985, 855.

249 BGH, NJW-RR 1986, 52; ähnlich OLG Hamm, NJW-RR 1987, 311.

107 In Allgemeinen Geschäftsbedingungen darf allerdings eine Pflicht eingeführt werden, offensichtliche Mängel binnen einer angemessenen Frist zu rügen. Dabei muss der Begriff „offensichtlicher Mangel“ verwendet werden; daher sind folgende Formulierungen unwirksam:

- „Sichtbare Mängel sind unverzüglich zu rügen.“<sup>250</sup>
- „Erkennbare Mängel sind schriftlich binnen vierzehn Tagen geltend zu machen.“<sup>251</sup>

Hinsichtlich des Zeitraumes für die Rüge ist ein Zeitraum von vier Wochen ab Übergabe ausreichend. Anderweitige Vereinbarungen, die einen kürzeren Zeitraum vorsehen oder den Beginn der Frist nicht genau definieren, sind jedenfalls im nichtkaufmännischen Bereich nichtig, so etwa:

- „Offensichtliche Mängel sind unverzüglich schriftlich zu rügen.“<sup>252</sup>
- „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen schriftlich zu rügen.“

Zu beachten ist, dass allenfalls eine schriftliche Erklärung der Rüge verlangt werden kann. Die Einführung einer Pflicht, Rügen mittels Einschreibens oder besonderer Formulare zu erklären, ist bei Nichtkaufleuten gem. § 309 Nr. 13 unwirksam.<sup>253</sup> Zulässig ist demgegenüber eine Klausel des Wortlauts: „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen ab Übergabe der Ware schriftlich zu rügen.“

Wichtig ist eine Vergegenwärtigung des weiten Mangelbegriffs des BGB. Zum Mangel zählen auch die Fälle der Falsch- und Zuweniglieferung (§ 434 Abs. 3). Diese beiden Konstellationen sind auch Gegenstand einer denkbaren Regelung zur Rügepflicht und sollten auch in den AGB als solche ausdrücklich genannt werden.

#### b) Reichweite von § 307

108 Zwischen Unternehmern ist zu bedenken, dass im Rahmen von § 310 die Rügepflichten zwischen Kaufleuten eine zentrale Rolle spielen. §§ 377, 378 HGB verpflichten die Kaufleute für Mängel und Falschliefereien zu einer unverzüglichen Prüfung und Rüge. Kommen sie diesen Pflichten nicht nach, sind sie mit der Geltendmachung von Ansprüchen aus diesen Mängeln ausgeschlossen. Dabei stellt das HGB auf die Erkennbarkeit der Mängel ab und unterscheidet sich insofern von der Grundkonzeption des BGB, das auf die Offensichtlichkeit abstellt. Es lässt sich daher aus § 309 Nr. 8 nicht der Rückschluss ziehen, dass auch bei offensichtlichen Mängeln im unternehmerischen Bereich eine Beschränkung der Gewährleistung ausgeschlossen ist. Im Übrigen kommt eine Anwendung der Grundzüge zur Inhaltskontrolle nicht in Betracht, sofern lediglich die Rügepflichten aus dem HGB in die AGB integriert werden (§ 305 b). Ausgeschlossen sind allerdings erhebliche Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des HGB, insbesondere auf die Länge der Prüfungspflichten. Unzulässig ist es ferner, das Rügerecht an anderen Umständen festzumachen, etwa an einer Bearbeitung oder Umgestaltung der Ware.<sup>254</sup>

#### c) Reichweite von § 475

109 Beim Verbrauchsgüterkauf kommt eine Einführung von Rügepflichten nicht in Betracht. § 437 sieht Rechte des Käufers ohne Rücksicht auf die Einhaltung von Rügepflichten vor. § 475 Abs. 1 verbietet die Abweichung von diesem gesetzlichen Modell zulasten des Verbrauchers. Diese harte Regelung wird durch § 442 Abs. 1 S. 2 ein wenig abgemildert. Hiernach kann der Käufer bei grob fahrlässiger Unkenntnis eines Mangels Gewährleistungsrechte nicht geltend machen (es sei denn es liegt ein Fall der Arglist oder einer Garantie vor). Insofern unterliegt der Käufer schon kraft Gesetzes bestimmten Prüfungspflichten, sofern ihm schon beim Vertragsschluss Mängel offensichtlicher Art bekannt

250 OLG Stuttgart, BB 1979, 908; BGH NJW 1985, 855; LG Köln, NJW 1986, 67.

251 LG München I EzAGBG § 11 Nr. 10 e Nr. 9.

252 LG Köln, NJW 1986, 69.

253 OLG München, NJW-RR 1987, 661, 664.

254 BGH, NJW 1985, 3016.

sein müssten. Wenn Produkte Fehler aufweisen, steht dem Verbraucher unter anderem ein Umtauschrecht zu. Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), wonach die Ware innerhalb einer Woche nach Empfang zurück gesandt werden muss, ist nach einer Entscheidung des Kammergerichts nichtig.<sup>255</sup> Damit gaben die Richter einem Online-Shopbetreiber Recht, der von einem Mitbewerber die Nichtverwendung derartiger AGB verlangte. Aber auch andere Bedingungen, wie beispielsweise der Ausschluss des zweiwöchigen Widerrufsrechts, seien unzulässig. Mit der Verkürzung der Mängelrüge hat sich auch das LG Hamburg beschäftigt und einem großen Internetversandhaus die Klausel „Bitte reklamieren Sie Materialfehler sofort gegenüber uns oder dem Mitarbeiter, der die Artikel anliefern“ verboten.<sup>256</sup> Im gleichen Urteil untersagten die Hanseaten gleichfalls eine AGB-Klausel zur Ersatzlieferung, wonach der Kunde bei nicht mehr lieferbarer Ware auf einen „qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel“ verwiesen wurde. Nach einem weiteren Richterspruch des LG Waldshut-Tiengen können Online-Händler das Rückgaberecht mangelhafter Ware auch nicht dadurch ausschließen, dass sie in ihren AGB die Rückgabe ausschließlich der Originalverpackung erlangen.<sup>257</sup>

#### d) Reichweite von § 138

Individualvertraglich bestehen gegen die Einführung von Rügepflichten keine Bedenken, soweit diese nicht auf einen faktischen Gewährleistungsausschluss *ipso* hinauslaufen (z. B. „Der Käufer bestätigt bei Vertragsschluss die Mängelfreiheit der Ware.“).

Neben der Verkürzung der Mängelrüge haben einige Händler in der Vergangenheit mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen darüber hinaus versucht, das für so genannte Fernabsatzverträge geltende Widerrufsrecht auszuschließen. Demnach kann der Kunde gemäß § 312d Abs. 1 Waren ohne Wenn und Aber sowie ohne Angaben von Gründen zwei Wochen lang zurückgeben, wenn er diese über einen Onlineshop geordert hat. Nach einem Urteil des LG Memmingen gilt dies auch für telefonische Bestellungen.<sup>258</sup> In der gleichen Entscheidung hat das Gericht ebenfalls festgelegt, dass das Widerrufsrecht nicht mittels AGB ausgeschlossen werden kann. Begründung: Ein derartiger genereller Ausschluss verstoße gegen die guten Sitten im Wettbewerb. Das Widerrufsrecht gilt aber nicht uneingeschränkt. Sobald etwa die Versiegelungen von CDs, DVDs oder CD-ROMs entfernt wurden, ist die Rückgabe ausgeschlossen. Gleiches gilt für Waren, die speziell nach den Wünschen des Bestellers angefertigt wurden. Für den Internetversand von zusammengesetzten PCs, die nach Vorgaben des Kunden konfiguriert wurden, hat der BGH ein richtungweisendes Urteil statuiert: Soweit die einzelnen Komponenten wie ISDN-Karte oder zusätzliche Akkus leicht wieder voneinander getrennt werden können, bleibt das zweiwöchige Widerrufsrecht trotz Anweisung des Verbrauchers bestehen.<sup>259</sup>

#### 7. Abnahmebestätigungen

In der EDV-Branche sind Abnahmebestätigungen beliebt. Meist scheitern sie aber AGB-rechtlich daran, dass sie einem Gewährleistungsausschluss nahe kommen und deshalb nach § 309 Nr. 8 b aa) (s. o.) unwirksam sind.<sup>260</sup> Dies gilt etwa für Klauseln wie „Der Käufer erkennt die Ware als mangelfrei an.“<sup>261</sup> oder „Anlage in Ordnung übergeben.“<sup>262</sup>

Im Übrigen sieht § 308 Nr. 5 vor, dass eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners als abgegeben gilt, unwirksam ist, sofern dem Vertragspartner nicht we-

255 KG Berlin, CR 2005, 255 = MMR 2005, 466.

256 LG Hamburg, MMR 2004, 190 = CR 2004, 136.

257 LG Waldshut, WRP 2003, 1148.

258 LG Memmingen, K&R 2004, 359 = ITRB 2004, 198.

259 BGH, NJW 2003, 1665.

260 Vgl. im Übrigen § 11 Nr. 15 BGB und das dort festgesetzte Erfordernis der gesonderten Erklärung (mit Unterschrift).

261 LG Frankfurt, NJW-RR 1986, 1055; BGH, NJW 1983, 2026.

262 OLG Düsseldorf, CR 2002, 324.

nigstens eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird. Aus diesem Grund ist folgende Formulierung unbrauchbar: „Die Software gilt als abgenommen, wenn der Anwender nicht innerhalb von zwei Wochen schwerwiegende Mängel mitteilt.“

## 8. Ausschluss der Haftung

112 Es fragt sich als Nächstes, ob abseits der Gewährleistung Beschränkungen der Haftung eingeführt werden können.

### a) Reichweite von § 309

Zunächst fragt sich, welche Wertungen § 309 für den Bereich der B2C-Transaktionen abseits des Verbrauchsgüterkaufs vorsieht.

aa) *Trennung Gewährleistung – Haftung.* Problematisch erscheint schon der Versuch, Gewährleistung und Haftung in unterschiedlichen Klauseln zu regeln. Früher sah man Gewährleistung und Haftung als unterschiedliche Regelungskomplexe an. Dementsprechend gingen die Unternehmen dahin, jeweils getrennte Klauseln für die Gewährleistung und die Haftung vorzusehen, um damit gerade dem Risiko einer Gesamtnichtigkeit einer einheitlichen Verantwortlichkeitsregel vorzubeugen. Eine solche Trennung wird heute kaum möglich sein. § 437 geht vom Grundgedanken aus, dass Haftung und Gewährleistung nebeneinander bestehende Rechte sind und sich wechselseitig ergänzen. Würde daher ein Unternehmen in seine Geschäftsbedingungen aufnehmen „es besteht eine Gewährleistung für den gesetzlichen Zeitraum“, könnte der Verdacht aufkommen, dass über die Gewährleistung hinaus eine Haftung nicht in Betracht kommt. Dies wiederum wäre ein Verstoß gegen § 307 bzw. § 475 Abs. 1.

113 bb) *Klauselverbote in § 309.* Die Haftung für Sachmängel ist kaum beschränkbar.

Das BGB verbietet Beschränkungen der Haftung für

- arglistiges Verhalten (§ 444),
- das Bestehen von Garantien (§ 444),
- die Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit (§ 309 Nr. 7a)),
- die Haftung für grobes Verschulden (§ 309 Nr. 7b)),
- Ansprüche aus Produkthaftungsgesetz (§ 14 ProdHaftG).

Zu beachten ist, dass das Element der Garantie den alten Gedanken der Zusicherung ersetzt hat. Im Übrigen hat die Rechtsprechung zum AGBG, insbesondere zu den Kardinalpflichten bei § 9 Abs. 2 AGBG, Bestand. Denn § 307 Abs. 2 Nr. 2 wiederholt insoweit den Wortlaut des AGBG. Allerdings sieht der BGH auch bei B2B-Verträgen ein Transparenzproblemen darin, ohne nähere Erläuterung den Begriff der Kardinalpflichten in den AGB zu verwenden.<sup>263</sup> Der BGH hatte jüngst den Vertrag zwischen einem Kfz-Hersteller und einem Vertragshändler zu prüfen. Wie in vielen Vertragshändlerverträgen war in diesem Vertrag auch die Haftung bei sog. „Kardinalpflichten“ geregelt. Der BGH hielt diesen Begriff für intransparent. Von einem durchschnittlichen Vertragshändler als juristischem Laien könne nicht erwartet werden, dass er den Inhalt der BGH-Rechtsprechung zu den so genannten „Kardinalpflichten“ kenne. Ihm erschließe sich deshalb ohne nähere Erläuterung auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre des Vertrags nicht, was mit „Kardinalpflichten“ gemeint ist. Möglich, aber auch ausreichend sei eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne dass die für den Typus des Vertragshändlervertrags wesentlichen Vertragspflichten, bei deren Verletzung der Vertragszweck gefährdet ist, abschließend aufgezählt werden müssten. Der BGH schlägt selbst eine Formulierung vor: „soweit es sich nicht um eine die Verletzung einer Pflicht handelt, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig ver-

263 BGH, NJW-RR 2005, 1496.

trauen darf.“ Noch ungeklärt ist, ob durch die Verwendung dieser neuen Formel eine Haftungsbegrenzungsklausel „gerettet“ werden kann.<sup>264</sup>

Darüber hinaus sind die Verweise auf Gesundheitsschäden und Garantien zu beachten. 114 Hier ist besonders der Rekurs auf die „Garantien“ fatal. Hierunter verstand man freiwillige Herstellerzusagen. Solche Garantien sollen von Haftungsfreistellungen ausgenommen werden. Hat der AGB-Verwender individualvertraglich ein Beschaffungsrisiko i.S.v. § 276 oder eine Garantie i.S.v. § 444<sup>265</sup> übernommen, so hat er damit seine unbedingte – verschuldensunabhängige – Einstandspflicht begründet. Eine Klausel, die sich dem zuwider am Schuldmaßstab des § 276 ausrichtet und eine Haftung nur bei Verschulden vorsieht, verstößt dann gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2, wenn die Erreichung des Vertragszwecks offensichtlich gefährdet ist. Auf der Ebene von Einkaufsbedingungen folgt daraus gleichzeitig, dass es dem Verwender als Besteller nicht in die Hand gegeben ist, die Voraussetzungen einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung formularmäßig auszubedingen, wenn und soweit eine derartige Einstandspflicht nicht Ergebnis eines Individualvertrags, sondern nur eine Beschaffensvereinbarung gem. § 434 bzw. § 634 ist.<sup>266</sup>

Unwirksam sind folgende Vertragsbestimmungen:

- „Jede Haftung für Mängel wird ausgeschlossen.“
- „Für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers wird nicht gehaftet.“<sup>267</sup>
- „Wir haften nicht für Mangelfolgeschäden, Datenverlust und entgangenen Gewinn.“<sup>268</sup>
- „Wir haften für Schäden (...) bis zur Höhe von ... Euro.“<sup>269</sup>
- „Wir schließen jegliche Haftung, soweit gesetzlich zulässig, aus.“<sup>270</sup>
- „Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus.“<sup>271</sup>
- „Wir haften für grob fahrlässig verursachte Schäden nur dann, wenn diese unverzüglich gemeldet werden.“<sup>272</sup>
- „Wir haften deshalb nicht für Schäden, die nicht im Liefergegenstand unmittelbar entstanden sind; insbesondere haften wir nicht für entgangenen Gewinn oder sonstige Vermögensschäden des Käufers. Vorstehende Haftungsbefreiung gilt nicht, sofern der Schaden auf Vorsatz, grober Fahrlässigkeit oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, Verletzung vertragswesentlicher Pflichten, Leistungsverzug, Unmöglichkeit, sowie Ansprüche nach §§ 1, 4 des Produkthaftungsgesetzes beruht. Für die Wiederherstellung von Daten haften wir nicht, es sei denn, dass wir den Verlust vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht haben und der Käufer sichergestellt hat, dass eine Datensicherung erfolgt ist, so dass die Daten mit vertretbarem Aufwand rekonstruiert werden können.“<sup>273</sup>

Zulässig bleibt nur eine Klausel wie folgt:

„Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern 115 Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien

264 Dazu Graf v. Westphalen, in: Schneider/Graf v. Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Rdnr. 1 Rdnr. 37 ff.

265 Gleiches gilt für § 639 BGB im Werkvertragsrecht.

266 v. Westphalen, NJW 2002, 12, 18.

267 OLG Köln, DAR 1982, 403.

268 OLG Hamm, CR 2000, 289, 290; LG Bayreuth, DB 1982, 1400.

269 Diese Klausel war nach § 11 Nr. 11 AGBG für den Bereich der zugesicherten Eigenschaften als unwirksam angesehen worden. Sie wurde für Ansprüche wegen c.i.c. oder pVV nur zugelassen, wenn alle vertragstypischen und vorhersehbaren Schäden abgedeckt waren (BGH, NJW 1985, 3016; BGH, NJW 1980, 1953; Erman/Hefermehl, § 11 Nr. 7 AGBG, Rdnr. 15). Wann dies in concreto der Fall war, ließ sich jedoch kaum feststellen; demnach war und ist die Klausel auf jeden Fall zu gefährlich.

270 Ein solcher Rettungsanker ist nicht erlaubt; er gilt als unzulässige salvatorische Klausel. Siehe BGH, NJW 1987, 1815; NJW 1985, 623, 627; OLG Stuttgart, NJW 1981, 1105.

271 BGH, NJW 1968, 1567 = BGHZ 49, 356, 363.

272 BGH, NJW 1999, 1031. Über das Setzen solcher kurzen Ausschlussfristen hinaus ist auch in der Abkürzung der Verjährungsfrist eine unzulässige Haftungserleichterung zu sehen, vgl. BGH, VersR 1983, 339.

273 <http://www.wave-computer.de/includes/TermsConditionsPrint.html>.

betreffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgelhilfen.“

Fraglich ist allerdings, ob es wirklich noch Sinn macht, eine solche Klausel in ein Vertragswerk aufzunehmen. Denn schließlich muss der Lieferant für alle wichtigen Pflichtverletzungen und Leistungsstörungen aufkommen und kann die Haftung insoweit auch nicht ausschließen.

#### b) Reichweite von § 307

- 116 Für den Bereich des B2B kommt § 307 zum Tragen. Nach der Parallelrechtsprechung zu § 9 Abs. 2 AGBG ist die Haftung für Zusicherungen ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung und daher auch für den kaufmännischen Verkehr nicht beschränkbar. Dem entspricht im neuen BGB die Regelung des § 444 mit Verweis auf die Garantien. AGB-mäßig tabu ist auch der Bereich der Arglist (§ 444). Zudem kann die Haftung für grob fahrlässiges Handeln nicht abbedungen werden.<sup>274</sup> Die Wertung des § 309 Nr. 7b kommt daher im Rahmen von § 307 Abs. 1 zur Anwendung. Die Verletzung von Kardinalpflichten spielt im Rahmen der Inhaltskontrolle eine Rolle;<sup>275</sup> man wird in Anlehnung an das AGBG annehmen dürfen, dass Haftungsklauseln den Bereich der Verletzung von Kardinalpflichten ausnehmen müssen.

Wirksam sind Haftungsbegrenzungen auf nicht vorhersehbare Schäden.<sup>276</sup> Nach Auffassung des BGH ist darüber hinaus ein Haftungsausschluss für entfernter liegende Schäden möglich.<sup>277</sup> Dies sieht auch das UN-Kaufrecht in Art. 74 so vor. Auch kann in den AGB die Haftung auf eine bestimmte Höchstsumme begrenzt werden. Dies gilt jedoch nicht für typischerweise vorhersehbare Schäden.<sup>278</sup>

#### c) Reichweite von § 475

- 117 § 475 Abs. 3 enthält eine bemerkenswerte Lockerung der starren Verbraucherschutzbestimmungen im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs. Hiernach gelten die Bestimmungen zur Unabdingbarkeit von Käuferrechten nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz. Insofern bleibt das Gesetz (m.E. unnötigerweise) im Korsett der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stecken.

Allerdings gilt dies nur „unbeschadet der §§ 307 bis 309“. Es verbleibt daher insofern bei der Inhaltskontrolle insbesondere nach § 309 Nr. 7b und den dazu oben angestellten Überlegungen.

#### d) Reichweite von § 138

- 118 Für Individualverträge kommt § 138 zum Tragen, der einen gänzlichen Haftungsausschluss verbietet, im Übrigen aber Spielraum für Beschränkungen zulässt.

### 9. Vertragsaufspaltung durch Allg. Geschäftsbedingungen

- 119 Fraglich ist, ob Lieferanten ihre Verträge über AGB aufspalten können. Denkbar wäre etwa, dass in den AGB darauf hingewiesen wird, dass die Ausübung von Gewährleistungsrechten keinen Einfluss auf weitere Verträge haben soll.<sup>279</sup> Ein Teil der Literatur sieht darin eine überraschende Klausel im Sinne von § 305 c Abs. 1.<sup>280</sup> Diese Meinung reduziert

274 BGH, NJW 1978, 1918.

275 Siehe zum AGBG BGH, NJW 1993, 335; NJW 1985, 3016; BGH, NJW-RR 2005, 1496.

276 Siehe BGH, NJW 1984, 1350, 1351.

277 Siehe dazu BGH, DB 1993, 221, 222 = NJW 1993, 335; NJW 1985, 3016, 3018.

278 Siehe dazu BGHZ, 77, 126, 130 = NJW 1980, 1953; BGH, NJW 1993, 335, 336; siehe auch OLG Köln, Verbraucher und Recht 1997, 363.

279 Siehe Zahmt, 6.4.1. zu 3.2.

280 So etwa Moritz/Tybusseck, Rdnr. 70.

aber das Problem der Trennungsklauseln auf die Frage der äußerlichen Deutlichkeit solcher Bestimmungen. Ebenso wenig überzeugt der Hinweis auf § 305b. Zwar verweisen einige Stimmen in der Literatur darauf, dass die Parteien in diesen Fällen regelmäßig eine vorrangige Individualabrede annehmen, die der klauselmäßigen Entkoppelung vorgeht.<sup>281</sup> Häufig findet sich aber eine solche Individualabrede nicht. Dem Richter stehen dann nur die AGB zur Auslegung des Vertragsinhalts zur Verfügung. Entscheidend ist demnach die Weichenstellung über § 307 Abs. 2 Nr. 2. Enthält ein Klauselwerk eine Trennungsklausel, kann diese zunächst einmal die Tatsache wiederholen, dass Hard- und Softwarevertrag getrennt zu betrachten sind. Trifft dies aber nicht zu, schafft die Klausel eine Trennung, wo keine ist. Sie umgeht die gesetzlichen Regelungen, die einen Zusammenhang zwischen beiden Verträgen nahe legen und nimmt dem Kunden das zentrale Recht zum Gesamtrücktritt. Ein solcher Eingriff führt dann zur Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 2.<sup>282</sup>

### 10. Verjährung

Schwierig ist die Beurteilung von Klauseln, die die Verjährung von Ansprüchen erschweren oder (umgekehrt) erleichtern.

#### a) Reichweite von § 309

Nach § 309 Nr. 8 lit. a ff) sind Vereinbarungen im B2C-Verhältnis unzulässig, die eine Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen der §§ 438 Abs. 1 Nr. 2 und § 634a Abs. 1 Nr. 1 erleichtern. „In sonstigen Fällen“ darf keine zu einer weniger als ein Jahr betragenden Verjährungsfrist ab der gesetzlichen Verjährungsfrist erreicht werden. § 438 Abs. 1 Nr. 2 regelt die Haftung bei Bauwerken und -materialien; § 634a Abs. 1 Nr. 1 die Haftung für Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht. Insofern besteht eine fünfjährige Verjährungsfrist, etwa für den Erwerb von Baumaterialien, die AGB-fest ist. Abseits dieser Spezialfälle greift der Verweis in § 309 Nr. 8a auf die Möglichkeit der Beschränkung der Verjährung auf ein Jahr. Es ist also möglich, durch AGB die zweijährige Gewährleistungsfrist auf ein Jahr zu verkürzen, sofern es um (den seltenen Fall) einer Lieferung neuer Sachen außerhalb von Verbrauchsgüterkaufverträgen sowie Werkverträge im B2C-Bereich geht.

Zu beachten ist ferner § 309 Nr. 7a und b. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist steht im Haftungsfälle einer Beschränkung der gesetzlichen Haftung gleich.<sup>283</sup> Insofern stehen Verjährungsregelungen unter dem doppelten Vorbehalt der unzulässigen Verkürzung und der verkappten Gewährleistungsbeschränkung.

Allerdings ergeben sich hier schwere Abgrenzungsprobleme. § 309 Nr. 8b gilt nur für den Fall der „Mängel“, wie sich aus der Überschrift ergibt. Umfasst sind davon also nur die Fälle, in denen sich ein Recht aus der Mangelhaftigkeit der Sache oder Leistung selbst ergibt. Andere Schadensersatzansprüche fallen nicht unter die Verjährungsregelung. Insofern kommt es für die Zulässigkeit einer Verjährungsregelung entscheidend darauf an, ob die Anspruchsgrundlage mit einem Mangel in Verbindung steht oder nicht. Damit taucht spätestens hier noch einmal die alte Streitfrage auf, ob ein Schaden auf den Mangelwert einer Sache zurückzuführen ist oder nicht. Für nicht-mangelbezogene Ansprüche kann die Verjährung im Rahmen von § 307 geregelt werden, wobei gleichzeitig zu bedenken ist, dass § 202 Abs. 1 eine Verjährungsverkürzung in Bezug auf vorsätzliches Handeln ausschließt.

281 Kühler, in: Lehmann, Rdnr. 112; Schmidt, in: Lehmann, Rdnr. 21, Zahmt, 6.4.1. zu 3.2.

282 So auch Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rdnr. 210 f. Fußn. 3; Schmidt, in: Lehmann (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. Köln 1998, XV Rdnr. 21; Graf v. Westphalen, CR 1987, 484 f.; ders., Computer-Leasing, Rdnr. 23.

283 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 440.



§ 309 Nr. 8 gilt ferner nur für die Lieferung neuer Waren. Gebrauchte Produkte fallen nicht unter die Regelung. Hier ist auf § 307 zu achten (siehe dazu unten).

#### b) Reichweite von § 307

- 121 Diese Überlegungen dürften auch für den Fall der B2B-Geschäftsbedingungen gelten. Hier kommt nach § 307 der Rekurs auf vertragswesentliche Pflichten zum Tragen. Als Minimum für eine Verkürzung der Verjährung kommt hier der genannte Ein-Jahres-Zeitraum in Betracht. Denkbar ist aber auch eine großzügigere Behandlung in Bezug auf die Besonderheiten des kaufmännischen Verkehrs. § 309 Nr. 8 lit. a entfaltet auch Indizwirkung für den kaufmännischen Verkehr.<sup>284</sup> Anders als nach altem Recht spielt aber bei der geforderten Gesamtbetrachtung nicht mehr die Rolle, dass die gesetzlichen Verjährungsfristen unangemessen kurz sind. Aus der alten Rechtsprechung lässt sich vielmehr nur der Grundgedanke entnehmen, dass die Verkürzung der Verjährung dem Käufer noch die Gelegenheit geben muss, verborgene Mängel zu entdecken. So dürfte eine Verkürzung der Gewährleistung von fünf Jahren bei Bauwerken auf sechs Monate auch nach neuem Recht unzulässig sein.<sup>285</sup> Unwirksam ist ebenfalls eine Vorverlegung des Verjährungsbeginns vor dem Moment der Ablieferung.<sup>286</sup> Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, jedenfalls für den Regelfall eine Verkürzung auf unter einem Jahr auch für den rein unternehmerischen Bereich nicht zuzulassen.

#### c) Reichweite von § 475

- 122 § 475 verbietet Vereinbarungen, die von den Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf (Untertitel 3) abweichen. Zu diesen gesetzlichen Vorgaben zählt auch § 479 Abs. 2, der die Verjährung von Regressansprüchen des Unternehmers gegen seinen Lieferanten regelt (§ 478 Abs. 2). Allerdings sind diese Ansprüche keine, die das Verhältnis Unternehmer – Verbraucher betreffen. Insofern greift § 475 Abs. 1 nicht. Wichtiger ist § 475 Abs. 2, wonach die Verjährung beim Verbrauchsgüterkauf vor Mitteilung eines Mangels nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden kann, sofern die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt. Nun beträgt die gesetzliche Verjährungsfrist bei den meisten Kaufgegenständen zwei Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 3). Insofern lässt das BGB beim Verbrauchsgüterkauf eine Verkürzung der Verjährung allenfalls für gebrauchte Sachen zu.

#### d) § 138

- 123 Individualvertraglich sind Abreden zur Verjährungsverkürzung zulässig. Zu beachten ist, dass die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden darf (§ 202 Abs. 1). Ausgenommen von Verjährungsregelungen sind ferner der Bereich der Garantie (§ 444), da eine Verjährungsverkürzung insofern einem unzulässigen Gewährleistungsausschluss gleichkäme.

#### e) Verjährungsverlängerung

- 124 Hinsichtlich einer Verjährungsverlängerung war die Rechtsprechung früher großzügig.<sup>287</sup> Sie erlaubte weitreichende Ausdehnungen der Verjährungsfristen zugunsten des Kunden, um auf diese Weise die als zu kurz angesehene gesetzliche Verjährungsfrist bei Gewährleistungsfällen parteiautonom ausgleichen zu können. Dieser Grundgedanke zieht jetzt nicht mehr. Zunächst ist zu bedenken, dass die Verjährung über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren hinaus nicht erschwert werden darf (§ 202 Abs. 2). Damit sind zwar verjährungsverlängernde Vereinbarungen in den Grenzen von § 202 Abs. 2 nunmehr erlaubt, dies aber nur in Individualvereinbarungen. Für die AGB-Prüfung ist entscheidend, dass die

284 BGH, NJW 1993, 2054.

285 BGH, NJW 1981, 1510, 1511.

286 BGH, NJW 1981, 1510, 1511. Siehe auch Redeker, in: Schneider/Westphalen (Hg.), Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Rdnr. D 531.

287 Siehe, BGH ZIP 1990, 237, 238.

Gewährleistungsfristen bereits gesetzlich sehr zugunsten des Kunden verändert worden sind. Damit ist es nicht mehr notwendig, eine wesentliche Verlängerung der Verjährungsfristen über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus zuzulassen. Eine übermäßige Kundensicherung und damit einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 wird man wahrscheinlich schon bei einer Verlängerung von 24 auf 36 Monaten bejahen können.

#### 11. Musterklausel Gewährleistung/Haftung

Bei allen Gefahren und Risiken, die in Musterklauseln und Geschäftsbedingungen stecken (siehe oben unter I.), sei hier abschließend der Versuch gewagt, eine halbwegs brauchbare und wirksame Gewährleistungs- und Haftungsklausel vorzustellen. Dabei übernimmt der Verfasser selbstverständlich keine Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit dieser Klauseln. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Klauseln zu Gewährleistung und zu den Rüceplichten nicht für den Verbrauchsgüterkauf gelten. In diesem Bereich sind Klauseln zur Gewährleistung generell nicht sinnvoll; stattdessen empfiehlt sich hier (lediglich) eine Regelung zur Haftung.

##### AGB-Vorschläge zur Gewährleistung (nicht für Verbrauchsgüterkauf) Gewährleistung

1. Mängel der gelieferten Sache einschließlich der Handbücher und sonstiger Unterlagen werden vom Lieferanten innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von zwei Jahren ab Ablieferung nach entsprechender Mitteilung durch den Anwender behoben. Dies geschieht nach Wahl des Käufers durch kostenfreie Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Im Falle der Ersatzlieferung ist der Käufer verpflichtet, die mangelhafte Sache zurückzugewähren.

2. Kann der Mangel nicht innerhalb angemessener Frist behoben werden oder ist die Nachbesserung oder Ersatzlieferung aus sonstigen Gründen als fehlgeschlagen anzusehen, kann der Käufer nach seiner Wahl Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Von einem Fehlschlagen der Nachbesserung ist erst auszugehen, wenn dem Lieferanten hinreichende Gelegenheit zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung eingeräumt wurde, ohne dass der gewünschte Erfolg erzielt wurde, wenn die Nachbesserung oder Ersatzlieferung ermöglicht ist, wenn sie vom Lieferanten verweigert oder unzumutbar verzögert wird, wenn begründete Zweifel hinsichtlich der Erfolgsaussichten bestehen oder wenn eine Unzumutbarkeit aus sonstigen Gründen vorliegt.

##### Untersuchungs- und Rüceplicht

(1) Der Käufer ist verpflichtet, die gelieferte Ware auf offensichtliche Mängel, die einem durchschnittlichen Kunden ohne weiteres auffallen, zu untersuchen. Zu den offensichtlichen Mängeln zählen auch das Fehlen von Handbüchern sowie erhebliche, leicht sichtbare Beschädigungen der Ware. Ferner fallen Fälle darunter, in denen eine andere Sache oder eine zu geringe Menge geliefert werden. Solche offensichtlichen Mängel sind beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach Lieferung schriftlich zu rügen.

(2) Mängel, die erst später offensichtlich werden, müssen beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach dem Erkennen durch den Anwender gerügt werden.

(3) Bei Verletzung der Untersuchungs- und Rüceplicht gilt die Ware in Ansehung des betreffenden Mangels als genehmigt.

##### Vorschläge zur Haftung (incl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 475 Abs. 3)

##### Haftung

Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern sie nicht Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betrifft oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.

## VII. Besonderheiten bei Softwareerstellungsverträgen

126 Softwareerstellungsverträge, d.h. die Verträge über die Erstellung von Individualsoftware, sind historisch gesehen die ersten Formen von Vereinbarungen über Computerprogramme gewesen. In der Frühzeit der Datenverarbeitung bestand noch kaum ein Markt für Standardsoftware. Problemlösungen wurden individuell programmiert und auf den einzelnen Kunden zugeschnitten. Erst allmählich kam die Idee auf, die ehemaligen Individuallösungen mehrfach zu vermarkten. Mit dem PC-Markt und später auch im Großrechnerbereich über SAP erweiterten sich die Möglichkeiten, Standardkomponenten einzusetzen. Dennoch ist heute der Bereich der Individualsoftware immer noch von großer Bedeutung. Zum einen bestehen immer noch Spezialbereiche, für die Standardsoftware noch nicht entwickelt worden ist und zum Teil auch nicht entwickelt werden kann. Zum anderen werden heute im Rahmen größerer IT-Projekte Standardpakete zu Individuallösungen zusammengesetzt und auf die Bedürfnisse des einzelnen Kunden hin angepasst (Customizing).<sup>288</sup>

Der typische Softwareerstellungsvertrag ist ein komplexer Langzeitvertrag.<sup>289</sup> Mit der Erstellung und Abnahme der Programme ist es in den seltensten Fällen getan. Sehr häufig werden die Anforderungen an die Software in einem langwierigen und aufwändigen Trial- and Error-Verfahren erst gemeinsam von den Parteien entwickelt. Die Abnahme erfolgt in einzelnen Verfahrensabschnitten, die sich insgesamt über einen mehrjährigen Zeitraum erstrecken können. Auch nach der Abnahme wird die Software noch gepflegt und auftretende Störungen beseitigt, wobei die Grenze zwischen Erstellungsvertrag und Pflegevereinbarung fließend ist.

127 Wichtig ist eine klare Planung einer solch komplexen Vertragsbeziehung.<sup>290</sup> Idealerweise beginnt ein IT-Projekt mit einer umfassenden Vorabermittlung des gewünschten Anforderungsprofils, das die Software erfüllen soll. Am besten mit Hilfe qualifizierter IT-Berater prüft der Anwender, was er will und wie dies am besten IT-technisch umgesetzt werden kann. Dieses Profil wird in einem Pflichtenheft dokumentiert. Auf Grund des Pflichtenheftes wird dann eine Ausschreibung vorgenommen; geeignete Softwarehäuser werden um die Übersendung von Kostenvoranschlägen gebeten. Schon in dieser Vorphase sollte man Letters of Intent und Vertraulichkeitsvereinbarungen mit allen Beteiligten abschließen, da diese sehr viele Betriebsinterna sowohl aus der Sphäre des Softwarehauses, als auch aus der des Anwenders erfahren.<sup>291</sup> Der Software-Erstellungsvertrag selbst besteht aus einem relativ kurzen Hauptvertrag mit ergänzenden Service-Level-Agreements, etwa zum Reporting, den Mitwirkungspflichten des Kunden, zum Pricing und zur Auditierung sowie zum Feinkonzept.<sup>292</sup>

### 1. Rechtsnatur

128 Wie der BGH bereits 1971 feststellte,<sup>293</sup> handelt es sich bei der Erstellung von Individualsoftware um eine Leistung, die typischerweise als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Allerdings ist dabei zu bedenken, dass das Leitbild des Werkvertrages hinsichtlich der Gewährleistung und Abnahme nicht hinreichend mit dem komplexen Langzeitcharakter mancher Erstellungsverträge in Einklang zu bringen ist.

288 Dazu ausführlich Witzel, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Kap. F.

289 Siehe dazu grundlegend Nicklisch (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, 1987.

290 Siehe das Beispiel von Change-Request-Verfahren, in: Hoeren, IT-Vertragsrecht, Köln 2007, Rz. 532ff, 570.

291 Siehe Muster einer Vertraulichkeitsvereinbarung, in: Hoeren, IT-Vertragsrecht, Köln 2007, Anhang, Rz. 569.

292 Siehe dazu Berger, Service-Level-Agreements, Köln 2007; Schreibauer/Tarschka, CR 2003, 557; Söbbing, ITRB 2004, 257; Bischof/Witzel, ITRB 2003, 31.

293 Vgl. BGH, NJW 1987, 1259; OLG Stuttgart, CR 1987, 857.

Unter das Werkvertragsrecht fallen auch Verträge, bei denen Standardsoftware auf die Bedürfnisse des Kunden hin angepasst wird, sofern die Anpassung der Software wirtschaftlich im Vordergrund steht („Umstricken“ bzw. „Customizing“).<sup>294</sup> Im Vordergrund steht für den Anwender das Herbeiführen des Erfolges aus vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffen und die Übereignung des fertigen Werkes (vgl. § 651 Abs. 1). Der Interessenlage beider Parteien entsprechen daher auch ohne Vereinbarung eher die werkvertraglichen Gewährleistungsregeln, insbesondere wegen der Möglichkeit der Nachbesserung sowie der klareren Regelung der Abnahme.<sup>295</sup> Ist die Anpassungsleistung jedoch von untergeordneter Bedeutung, kommt ein Kaufvertrag mit werkvertraglicher Anpassungsleistung zustande.

Im Übrigen nehmen die Berufungsgerichte Werkvertragsrecht bereits dann an, wenn zu 129 der Lieferung von Standardsoftware noch eine Zusatzleistung (Installation; Schulung) erbracht wird. Wie oben bei den Softwareüberlassungsverträgen bereits dargestellt, nehmen die Gerichte an, dass in einem solchen Fall nicht der Erwerb des nackten Standardprodukts im Vordergrund stehe, sondern die Herstellung eines für den Kunden lauffähigen Systems. Diese Ansicht überzeugt dogmatisch nicht. Man muss bedenken, dass die Lösung auch auf dem Hintergrund gewählt wurde, dass die Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts von vielen Gerichten als überholt und unangemessen angesehen werden.

Verpflichtet sich der Lieferant neben der Lieferung von Standardsoftware zu nicht unerheblichen Anpassungsleistungen („Umstricken“ bzw. „Customizing“) an die individuellen Bedürfnisse des Anwenders, ist umstritten, ob bei einem Software-Fehler die kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften anzuwenden sind.<sup>296</sup> Im Vordergrund stehen für den Anwender das Herbeiführen des Erfolges aus vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffen und die Übereignung des fertigen Werkes.<sup>297</sup> Der Interessenlage beider Parteien entsprechen daher auch ohne Vereinbarung eher die werkvertraglichen Gewährleistungsregeln, insbesondere wegen der Möglichkeit der Nachbesserung sowie der klareren Regelung der Abnahme.<sup>298</sup> Dies gilt auch im Falle eines Vertrages über die Erweiterung eines betriebsinternen Netzwerkes.<sup>299</sup> Eine Anwendung des Kaufrechts kommt allenfalls in Betracht, wenn die Anpassung im Verhältnis zur Lieferung der Software nebensächlich und unbedeutend ist.<sup>300</sup> Unbedeutend ist aber z.B. noch nicht per se eine Anpassungsleistung, deren Wert ungefähr 10 v.H. des Gesamtwertes der Leistung erreicht.<sup>301</sup> Im Übrigen ist zu klären, ob die Software erst durch die Anpassung für den Kunden nutzbar wird oder ob dies bereits zuvor – wenn auch nur eingeschränkt – der Fall war.

Bei IT-Projekten ist auch die Abgrenzung zum Dienstvertragsrecht von Bedeutung.<sup>302</sup> 130 So ist häufig streitig, ob der Unternehmer durch eine Änderungskündigung bessere Konditionen für das Projekt erzwingen kann. Beim Werkvertrag ist dies nicht möglich; hier hat der Besteller einen Anspruch auf Herstellung und Ablieferung eines (mangelfreien) Werkes. Die Abgrenzung zum Dienstvertrag richtet sich nach der Erfolgsorientiertheit des Vertragszweckes: Beim Dienstvertrag ist die Arbeit als solche geschuldet, beim Werkver-

294 Vgl. Dörner/Jersch, IuR 1988, 142; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2627 = CR 1990, 122; OLG Hamm, CR 1992, 206; BB 1991, Beilage 23 S. 3; OLG Köln, CR 1992, 544; für Kaufrecht LG Konstanz, CR 1991, 1993.

295 Vgl. Mehrings, NJW 1986, 1904; ders., 1988, 2438; Hoeren, IT-Vertragsrecht, Köln 2007, Rz. 360; Diedrich, CR 2002, 473, 475; Spindler/Klöhn, CR 2003, 81, 82f.; anders: Redeker, CR 2004, 88, 89ff.; Stichtenoth, K&R 2003, 105, 109.

296 Vgl. Dörner/Jersch, IuR 1988, 142; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2627 = CR 1990, 122; OLG Hamm, CR 1992, 206; BB 1991, Beilage 23 S. 3; OLG Köln, CR 1992, 544; für Kaufrecht LG Konstanz, CR 1991, 93.

297 Vgl. § 651 Abs. 1 BGB.

298 So auch LG Hamburg; Urteil vom 16. 11. 2005.: – 302 O 47/04 –Vgl. Mehrings, NJW 1986, 1904; 1988, 2438.

299 OLG Celle, Urt. v. 31. 5. 2001 – 13 U 221/00.

300 OLG Köln, NJW-RR 1993, 1529; Staudinger/Peters, Vor § 631 Rz. 66.

301 OLG Köln, NJW-RR 1993, 1529; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 345.

302 BGH, NJW 2002, 3232.

trag hingegen ein durch Arbeit herbeizuführender Erfolg.<sup>303</sup> Bei detaillierter Beschreibung des bezweckten Erfolges wird demnach regelmäßig ein Werkvertrag vorliegen. Verträge ohne Beschreibung des Erfolges und ohne zeitlichen Rahmen sind demgegenüber Dienstverträge.<sup>304</sup> Schwierig ist auch die Einordnung der Personen, die bei IT-Projekten neben Auftraggeber und Auftragnehmer tätig sind. So finden sich hier eine Fülle von Beratern, die zum Teil auch in die Projektsteuerung einbezogen werden. Hier ist zu beachten, dass reine Beratungs-, Berichterstattungs- und Informationsleistungen lediglich dienstvertraglichen Charakter haben.<sup>305</sup> Im Zweifel wird man auch bei „begleitenden Maßnahmen“ oder im Vertrag erwähnten Leistungen des „Mitwirkens am Projekt“ von einem Dienstvertrag ausgehen müssen.<sup>306</sup> Kommt es hingegen vor allem während der Projektlaufzeit zur Kontrolle und Überprüfung, kann darin ähnlich der Überwachung von Bauobjekten durch Architekten ein werkvertragliches Element gesehen werden.<sup>307</sup> Unter das Werkvertragsrecht fallen auch die Zeitplanung sowie das Kostencontrolling.

## 2. Probleme der werkvertraglichen Gewährleistung

### a) Fehler iSd § 633

- 131 Die Regelung zum Sachmangel ähnelt der des Kaufrechts. Gewährleistungsrechte lösen nach § 633 Abs. 2 nicht nur Abweichungen von der vereinbarten oder vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit, sondern auch Differenzen zur gewöhnlichen Verwendung aus. Die Regelung des § 434 Abs. 1 S. 3 in Bezug auf Werbeaussagen wurde hingegen nicht übernommen; der Gesetzgeber ging davon aus, dass eine Werbung Dritter im Werkvertragsrecht faktisch kaum eine Rolle spielt. Da Händler und Hersteller im Werkvertragsrecht regelmäßig identisch sind, sind Werbeaussagen des Unternehmers Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarungen und lösen daher Gewährleistungsrechte aus. Zu beachten ist ferner, dass die im Kaufrecht bereits bei Ablieferung geschuldete Dokumentation (s. o.) im Werkvertragsrecht erst mit dem Abschluss der Arbeiten an dem Programm geschuldet ist.<sup>308</sup> Bei der Sollbeschaffenheit wird primär auf eine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung abgestellt. Daran fehlt es, wenn die Software ohne konkretes Pflichtenheft oder abseits eines solchen Pflichtenheftes ständig weiterentwickelt wird. Fehlt jedoch ein Pflichtenheft, so schuldet der Auftragnehmer eine Softwarelösung entsprechend dem Stand der Technik bei Einhaltung eines mittleren Ausführungsstandards.<sup>309</sup>

### b) Gewährleistungsrechte

Der Besteller, nicht der Lieferant, hat die Wahl zwischen folgenden Gewährleistungsrechten:

- 132 aa) *Nacherfüllung*. Der Besteller kann zunächst Mängelbeseitigung durch Nacherfüllung verlangen (§ 634 Nr. 1 i. V. m. § 635). Anders als beim Kaufvertrag (§ 439 Abs. 1) kann der Besteller beim Werkvertrag nicht nach freier Wahl Mängelbeseitigung oder Neuherstellung verlangen. Das Wahlrecht liegt vielmehr nach § 635 Abs. 1 beim Unternehmer; er kann frei darüber entscheiden, in welcher Form er dem Begehren nach Nacherfüllung nachkommt. Der Unternehmer ist mit dem Herstellungsprozess befasst und kann daher aufgrund größerer Sachkunde besser beurteilen als der Besteller, 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>310</sup> Der Unternehmer kann die Nacherfüllung verweigern, wenn sie

303 BGH, NJW 1984, 2406.

304 Vgl. OLG Köln, CR 1988, 734 = JuR 1988, 151; Müller-Hengstenberg, CR 1988, 633.

305 OLG Dresden, NJW-RR 2000, 652; ähnlich OLG Düsseldorf, Baurecht 1999, 508.

306 S. OLG Düsseldorf, NJW 1999, 3129 = MDR 2000, 28.

307 Stemmer/Wierer, Baurecht 1997, 935 ff.

308 BGH, CR 2001, 367 m. Anm. Hoene = NJW 2001, 1718.

309 LG Hamburg, Urteil vom 16. 11. 2005 – 302 O 47/04; siehe auch OLG Düsseldorf, CR 1997, 732.

310 BT-Drs. 14/6040, S. 265.

einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 635 Abs. 3) oder sie unmöglich ist (§ 275 Abs. 1). Im übrigen ist der Verweis in AGB auf Fehlerumgehungsmöglichkeiten nicht mit § 307 vereinbar, da sich der Anwender nicht auf (u. U. unzumutbare) Umgehungsmöglichkeiten einlassen muss.<sup>311</sup>

Ein Selbstbeseitigungsrecht des Bestellers mit Anspruch auf Kostenvorschuss und Kostenerstattung besteht, wenn der Unternehmer mit der Nacherfüllung in Verzug ist und – das ist ein Unterschied zum alten Recht – eine Nachfristsetzung keinen Erfolg hatte (§ 637 Abs. 1, 3). 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>312</sup>

Die Nachfristsetzung ist ihrerseits entbehrlich, wenn der Werkunternehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert hat oder wenn dem Werkvertrag ein Fixgeschäft zugrunde liegt (§ 637 Abs. 2 i. V. m. § 323 Abs. 2). Ferner ist die Fristsetzung unnötig, wenn die Mängelbeseitigung fehlgeschlagen oder dem Besteller unzumutbar ist (§ 637 Abs. 2 S. 2). Ungeklärt ist, wie viele Nacherfüllungsversuche der Besteller dem Unternehmer zugestehen muss, bis von einem „Fehlgeschlagen“ ausgegangen werden kann. Im Übrigen ist die Fristsetzung unbeachtlich, wenn die Parteien sich nachträglich auf eine Weitergeltung des Vertrages verständigen.<sup>313</sup>

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

bb) *Rücktritt oder Minderung*. Darüber hinaus kann der Besteller die Vergütung mindern oder vom Vertrag zurücktreten (§ 634 Nr. 3 i. V. m. §§ 636, 638). Das setzt allerdings nach § 281 voraus, dass er dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Nach dem Wortlaut von § 281 Abs. 1 ist nicht mehr Voraussetzung, dass der Besteller erklärt, die Beseitigung des Mangels nach Ablauf der Frist ablehnen zu wollen. Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn die Beseitigung des Mangels nicht möglich ist, vom Unternehmer verweigert wird oder die sofortige Geltendmachung des Anspruchs durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt ist (§§ 281 Abs. 2, 636). Bei nur unerheblicher Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes ist der Rücktritt nicht möglich (§ 323 Abs. 5 S. 2).

Die Frage der Erheblichkeit ist in Softwarefällen entscheidend. Denn sehr häufig wird vom Softwareentwickler behauptet, die geltend gemachten Mängel seien angesichts der üblichen Mängelproblematik bei Software und im Hinblick auf die Komplexität des Pflichtenheftes unerheblich. Im Übrigen dürfte dem Kunden meist mehr an der Minderung als am Rücktritt liegen; denn im Werkvertragsrecht obsiegt das Interesse beider Parteien daran, das Projekt zu einem glimpflichen Ende zu bringen.

Meist spielt der Rücktritt bei Softwareerstellungsverträgen keine Rolle, da aufgrund der besonderen Bindung der Parteien eine Rückabwicklung des Vertrages nicht wünschenswert ist; dem Anwender geht es meist mehr darum, dass das Projekt endlich zu einem positiven Ende gebracht wird. Anders als nach altem Recht ist für die Fristsetzung eine dazugehörige Ablehnungsandrohung nicht mehr erforderlich. Insofern bedarf es nicht

311 Dazu Redeker, in: Schneider/Westphalen (Hg.), Software-Erstellungsverträge, Rdnr. D 540.

312 LG Karlsruhe, Ur. v. 19. Oktober 2000 = ECR LG 320.

313 OLG Köln, CR 2001, 437.

mehr deutlicher Schreiben, die auf ein Ende des IT-Projektes hinweisen. Kommt es zu einem Rücktritt, beauftragt der Anwender typischerweise einen anderen Programmierer mit der Realisierung des Projektes und verlangt vom ursprünglichen Softwarehaus Erstattung der erhöhten Programmierungskosten sowie des entgangenen Gewinns.

- 137 Im Übrigen trägt der Anwender das Verzögerungsrisiko, wenn die Verzögerungen aufgrund einer Verletzung seiner Mitwirkungspflichten zustande gekommen sind.<sup>314</sup> Ohne die Mitwirkung des Anwenders gelingt kein größeres IT-Projekt. Der Softwarehersteller braucht zahlreiche Eckdaten aus dem Haus des Anwenders; er muss Zugang zu Räumlichkeiten, zu Rechnern und zum technischen Know-How vor Ort bekommen. Es ist daher wichtig, solche Mitwirkungspflichten in SLAs festzuschreiben und deren Verletzung im Rahmenvertrag etwa durch Pönale zu sanktionieren. Ohne entsprechende Klarstellung im Vertrag<sup>315</sup> wird die Mitwirkungspflicht nicht als (einklagbare) Nebenleistungspflicht, sondern als bloße Obliegenheit gesehen.<sup>316</sup> Kommt der Anwender seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, droht ihm auf jeden Fall eine Kündigung des Vertrages durch den Softwarehersteller nach Maßgabe von §§ 643, 649. Er muss in diesem Fall den Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen des Herstellers zahlen.

### c) Abnahme im Sinne des § 640 Abs. 1

- 138 Wie im Kaufrecht die Ablieferung ist im Werkvertragsrecht die Abnahme iSd. § 640 Abs. 1, insbesondere Voraussetzung für den Beginn der zweijährigen Verjährung (§ 643 a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 634 Abs. 2). Die Erklärung der Abnahme ist eine vertragliche Hauptpflicht; 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>317</sup>

Unter Abnahme „des vertragsmäßig hergestellten Werkes“ ist die körperliche Hinnahme im Wege der Besitzübertragung verbunden mit der Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als der Hauptsache nach vertragsgemäßer Leistung anerkennt, zu verstehen.<sup>318</sup> In Erweiterung zur Ablieferung iSd. § 438 Abs. 2 erfordert die Abnahme eine ausdrückliche oder stillschweigende Billigung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß.<sup>319</sup> Früher war streitig, ob Software überhaupt abnahmefähig ist.<sup>320</sup> Heute wird dies aber bejaht.<sup>321</sup> Bei Computerleistungen ist Voraussetzung für eine Billigung durch den Abnehmer die Möglichkeit der Untersuchung der Ware, also deren vollständige und ordnungsgemäße Ablieferung, weil nur dann der Kunde das „Zusammenpassen“ überprüfen kann.<sup>322</sup>

- 139 Das Fehlen einer die Bedienung der örtlich installierten Hard- und Software betreffenden Dokumentation und die sich daraus ergebende Betriebsuntauglichkeit der Anwendungssoftware stellt einen zur Abnahmeverweigerung berechtigenden Mangel dar.<sup>323</sup> Bei Softwareerstellungverträgen ist der Entwickler daher regelmäßig auch zur Überlassung einer Dokumentation an den Besteller verpflichtet.<sup>324</sup> Diese muss so gestaltet sein, dass der Besteller mit dem System arbeiten kann; geschuldet ist insofern eine umfassende schriftliche

314 BGH, NJW-RR 1992, 1141.

315 Individualvertraglich ist eine Regelung vertraglicher Natur möglich, nicht aber in AGB; so jedenfalls Redeker, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, D Rdnr. 275.

316 Siehe Ihde, CR 1999, 409, 413; Müglic/Lapp, CR 2004, 801.

317 BGH, NJW 1972, 99; Siehe zur Abnahme bei Softwareerstellung auch Redeker, in: Schneider/von Westphalen (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Rz. 312 ff.

318 Vgl. Palandt/Thomas, § 640 Rdnr. 2 mwN.

319 Vgl. für Computerleistungen Feuerborn, CR 91, 1 ff., Feuerborn/Hoeren, CR 91, 513 ff.; OLG Hamm, NJW 1989, 1041 = CR 1989, 385.

320 Zweifelnd OLG Celle, IuR 1986, 311, da Tauglichkeit erst bei Gebrauch feststellbar.

321 Siehe etwa OLG Hamburg, CR 1986, 83.

322 Vgl. BGH, NJW 1990, 1290.

323 OLG Düsseldorf, CR 2002, 324; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1997, 558.

324 BGH, NJW 2001, 1718, 1719; BGH, NJW 1987, 1259; BGH, NJW 1993, 461; ähnlich OLG Köln, NJW-RR 1998, 343 (für Softwareüberlassung).

che Fixierung der Funktions- und Bedienungsregeln.<sup>325</sup> Die Übergabe einer solchen Dokumentation ist eine (ungeschriebene) Hauptpflicht. Selbst wenn nichts im Vertrag ausdrücklich zur Dokumentationspflicht geregelt ist, besteht eine solche.<sup>326</sup> Geschuldet ist die Dokumentation allerdings nach Herstellung der Software, d.h. nach Abschluss der geschuldeten Programmierung.<sup>327</sup> Es kann nicht erwartet werden, dass der Softwareentwickler ohne Rücksicht auf mögliche Änderungen jedes Stadium seiner Arbeiten dokumentiert.

Die Billigung des Abnehmers durch stillschweigende Erklärung kann gesehen werden in einem dauernden produktiven Einsatz trotz vorhandener Mängel<sup>328</sup> sowie in der Fortsetzung des Einsatzes der Ware nach Kenntnis der Mängel.<sup>329</sup> Dies gilt allerdings nicht bei sog. Notbenutzung zur Minderung drohender Schäden.<sup>330</sup> Gegen die stillschweigende Billigung des Bestellers spricht ein umfangreicher Schriftwechsel zwischen den Parteien mit Mängelrügen und Aufforderungen zur Nachbesserung.<sup>331</sup>

Bloßes Schweigen des Bestellers reicht in der Regel nicht aus. Eine endgültige Abnahmeverweigerung des Bestellers setzt die Verjährungsfrist in Gang.<sup>332</sup> Eine vom Abnehmer unterzeichnete Übernahmebestätigung beinhaltet trotz des oft anders lautenden Wortlauts keine Abnahme iSd § 640, da die Gebrauchsfähigkeit eines Computersystems 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>333</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>334</sup>

Denkbar ist auch die Aufteilung der Abnahme in Teilabnahmen.<sup>335</sup> Teilabnahmen können erklärt 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>336</sup> Diese muss unmissverständlich gefasst sein.

Der Abnahme kommt im Werkvertragsrecht eine zentrale Bedeutung zu, unter anderem für

- die Konkretisierung auf das abgenommene Werk,
- den Verlust des Rechts auf Neuherstellung,
- den Übergang von Erfüllungsansprüchen zu Gewährleistungsansprüchen,
- die Fälligkeit der Vergütung (§ 641),
- den Übergang der Vergütungsgefahr (§§ 644, 645),
- den Verjährungsbeginn für Gewährleistungsansprüche (§ 634 a Abs. 2),
- den Ausschluss bekannter, nicht vorbehaltenen Mängel (§ 640 Abs. 2).

Schließlich ist bei Softwareerstellungverträgen auch an § 645 zu denken. Gem. § 645 kann der Unternehmer einen Teil der Vergütung verlangen, soweit das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder wegen einer Anweisung des Bestellers unausführbar geworden ist. Liegt der Grund des Scheiterns eines Softwareprojektes an den falschen Anweisungen des Bestellers, trägt dieser unter Umständen das Risiko in der Form, dass er dem Softwareersteller (dem Softwarehaus)

325 OLG Celle, NJW-RR 1993, 432.

326 BGH, NJW 2001, 1718, 1719; BGH, NJW 1987, 1259; BGH, NJW 1993, 461.

327 BGH, NJW 2001, 1718, 1719 und 1721.

328 LG Hamburg, Urteil vom 16. 11. 2005 – 302 O 47/04; OLG München, CR 1991, 19; OLG Hamm, CR 1989, 1091.

329 OLG München, CR 1991, 609.

330 BGH, NJW 1974, 95.

331 OLG Hamm, CR 1989, 1091.

332 OLG Hamm, CR 1991, 411; OLG München, CR 91, 609; siehe auch BGH, NJW 1990, 3008.

333 Vgl. OLG Düsseldorf, CR 2002, 324; OLG Hamm, BB 1991, Beilage 23 S. 5; OLG Koblenz, CR 1988, 463; OLG Saarbrücken, CR 1988, 470.

334 Vgl. OLG Hamm, NJW 1989, 1041.

335 BGH, NJW-RR 2006, 1248.

336 BGH, BGHZ 125, 111, 115 = NJW 1994, 1276.

einen Teil der Vergütung schuldet. Ähnliches gilt für „Stoff“-Mängel. Dieser Mangelbegriff ist weit auszulegen. Unter diesen wird auch ein ungeeignetes Implementierungsumfeld gefasst.

#### d) Verjährung

- 143 Problematisch ist es, die richtige Verjährungsfrist für Gewährleistungsrechte zu finden. Nach § 634a wird unterschieden zwischen der fünfjährigen Verjährung bei Bauwerken (§ 634a Abs. 1 Nr. 2)<sup>337</sup> und der zweijährigen Verjährung bei Werken, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen hierfür besteht. (§ 634a Abs. 1 Nr. 1). Liegt keiner der beiden Spezialfälle vor, kommt die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis zum Tragen (§ 634a Abs. 1 Nr. 3). Die Frage ist nun, in welche Kategorie Software einzuordnen ist. Zum Teil wird vertreten, dass Software unter § 634a Abs. 1 Nr. 3 zu subsumieren sei.<sup>338</sup> Es handele sich um eine unkörperliche, geistige Leistung, die ähnlich wie bei Gutachten, der Erstellung einer Planung oder Beratungsverträgen eine längere Verjährung rechtfertige. Solche Stimmen übersehen, dass gerade der Bereich der Planung unter § 634a Abs. 1 Nr. 1 fällt. Die Grenze zwischen Standard- und Individualsoftware ist fließend; es ist daher nicht zweckgemäß, die beiden Softwarekategorien unterschiedlichen Verjährungsmodellen zu unterwerfen. Auch wird die Mängelhaftung bei Anwendung der kenntnisabhängigen allgemeinen Verjährungsfrist zum unkalkulierbaren Risiko. Von daher scheint eine Anwendung der zweijährigen Frist i. S. v. § 634a Abs. 1 Nr. 1 sachgerechter.<sup>339</sup>

Ergänzend zu den obigen Ausführungen zur Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche ist auf den wichtigen Unterbrechungstatbestand des Anerkenntnisses i. S. d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 zu verweisen. Dieses kann z. B. in der Vornahme einer Nachbesserungshandlung in dem Bewusstsein, zur Gewährleistung verpflichtet zu sein, gesehen werden.<sup>340</sup> Ob in der Vornahme einer Nachbesserung ein Unterbrechungstatbestand zu sehen ist, ist danach zu entscheiden, ob aus der Sicht des Bestellers unter Berücksichtigung von Umfang, Dauer und Kosten der Nachbesserung ein Anerkenntnis des Gewährleistungsanspruches durch den Lieferanten vorlag. Ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung vor Verjährungseintritt ist zwar unwirksam, gem. § 242 ist aber das Berufen auf die Verjährungseinrede bis zum Ablauf der festgesetzten Frist oder dem Scheitern der Verhandlungen zusätzlich einer kurzen Überlegungsfrist bei einem ausgesprochenen Verzicht treuwidrig.<sup>341</sup>

### 3. Besonderheiten bei der Haftung für Softwaremängel

- 144 Im Werkvertragsrecht kann der Besteller neben Minderung und Rücktritt auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstand beruht (§§ 634 Nr. 4, 636 i. V. m. §§ 280, 281, 283). Dieser Anspruch unterscheidet sich – anders als nach altem Recht – nicht mehr von den Schadensersatzregelungen im Kaufrecht (s. o.). Es handelt sich – wie im alten Recht – um eine Verschuldenshaftung, wobei die Darlegungslast für das (Nicht-)Verschulden beim Unternehmer liegt (§ 280 Abs. 1 S. 2). Im Falle von Beschaffenheitsgarantien verschiebt sich der Verschuldensmaßstab zu Lasten des Unternehmers (§ 276 Abs. 1). Schadensersatz statt der Leistung darf der Besteller erst verlangen, wenn er dem Unternehmer erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (§ 281). Der Schadensersatzanspruch steht neben den Rechten auf Rücktritt und Minderung (§ 325).

337 OLG Düsseldorf, NJW 2003, 3140; siehe dazu auch BGH, NJW-RR 2003, 1320 (Software zur Steuerung von Futtermühlen).

338 Jan Maifeld, Werkvertragsrecht, in: Westermann (Hg.), Das neue Schuldrecht 2002, Stuttgart 2002, 251, 271 f.

339 Siehe Westphalen, in: Hensler/Westphalen (Hg.), Praxis der Schuldrechtsreform, § 634a Rdnr. 6.

340 Vgl. BGH, NJW 1988, 254; OLG Hamm, MDR 90, 243.

341 Vgl. BGH, NJW 1974, 1285; 1979, 866; 1986, 1861.

Der Besteller kann wahlweise die Sache behalten und den restlichen Schaden ersetzt verlangen oder aber die Sache zurückgeben und die Erstattung seines kompletten Schadens begehren. Macht er seine Rechte auf Schadensersatz geltend, verliert er sein Recht auf Rücktritt oder Minderung.

Der Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 umfasst

- die Kosten der Fehlerdiagnose,<sup>342</sup>
- den Eigenaufwand zur Schadensermittlung,<sup>343</sup>
- den Eigenaufwand zur Fehlerbeseitigung inkl. fiktiver MwSt, aber ohne den kalkulierten Unternehmervorgewinn,<sup>344</sup>
- den entgangenen Gewinn.<sup>345</sup>

Der Anspruch verjährt binnen zwei Jahren ab Abnahme. Hinfällig ist die alte Unterscheidung zwischen Mangelschäden, engeren und entfernteren Mangelfolgeschäden.<sup>346</sup> Alle Schäden werden nun gleichermaßen von § 634 Nr. 4 umfasst.

146 Im Übrigen stellt sich die Frage, ob der Softwarehersteller seinerseits Ersatz für Aufwendungen verlangen kann, die aufgrund ihm nicht zurechnender Funktionsfehler entstehen. Zu denken ist hier an eine Situation, in der der Besteller fälschlicherweise behauptet, eine Systemstörung sei durch einen herstellerbedingten Programmierfehler ausgelöst. Auf den Hersteller können bei der Analyse der denkbaren Störungsursachen hohe finanzielle und personelle Aufwendungen zukommen. Diese Aufwendungen sind m. E. aus dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683, 670) in Höhe der notwendigen Ersatzkosten ersatzfähig. Der BGH hat jüngst über einen solchen Anspruch auf Schadensersatz nach einem unberechtigten Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers entschieden.<sup>347</sup> Ein solcher Anspruch bestehe, wenn der Kunde mit seiner Aufforderung zur Mangelbeseitigung eine gegenüber dem IT-Unternehmen bestehende vertragliche Pflicht schuldhaft verletzt hat (§ 280 Abs. 1). Ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen nach § 439 Abs. 1 stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel des Kaufgegenstands nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt. Dadurch wird das Recht des Käufers, Mängelbeseitigung zu verlangen, nicht entwertet. Er muss im Rahmen seiner Möglichkeiten lediglich sorgfältig überprüfen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die nicht dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzuordnen ist. Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich ein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt. Da es bei der Prüfungspflicht des Käufers lediglich darum geht, Ursachen in seinem eigenen Einflussbereich auszuschließen, kommt es auf besondere Fachkenntnisse, über die unter Umständen nur der Verkäufer verfügt, nicht an.

### 4. Vertragliche Regelungen

Das Werkvertragsrecht geht anders als das Kaufrecht stark von der Dispositivität aller Bestimmungen aus. Insbesondere fehlt es an einem Pendant zu § 475; das Verhältnis zwischen Werkunternehmer und Verbraucher ist weitgehend frei aushandelbar. Im Übrigen

342 BGH, NJW 1986, 922; OLG Düsseldorf, WM 1989, 459, 462.

343 BGH, NJW 1980, 1518.

344 BGHZ 54, 82, 87 f., 61, 56, 58; BGH, NJW 1980, 1518, 1519; BGH, NJW 1996, 2924, 2. Unzutreffenderweise geht das OLG Köln davon aus, dass Arbeitszeit von Mitarbeitern stets zu ersetzen ist; siehe BB Beil. 16/1995, 7 = ECR OLG 161; ähnlich LG Oldenburg, ECR LG 173; LG München I, ECR LG 192.

345 BGHZ 62, 103; siehe auch Chrocziel, CR 1988, 385.

346 Vgl. BGHZ 39, 366; 46, 238.

347 NJW 2008, 1147.

verweist § 651 ohnehin auch für Werklieferungsverträge stärker als bisher auf das Kaufrecht und damit auch auf § 475.

Individualverträge unterliegen im B2B- und B2C-Sektor der Privatautonomie.<sup>348</sup> Eine Grenze betrifft die Sittenwidrigkeit (§ 138) und den Bereich der Arglist sowie der Garantie (§ 639). Erst bei Verwendung vorformulierter Bedingungen kommt der Bereich der Inhaltskontrolle nach §§ 307, 309 (bei B2C) und § 307 (bei B2B) zum Tragen.

- 148 Wichtig bei der AGB-Kontrolle sind § 309 Nr. 7 und 8b. Auf die obigen Parallelüberlegungen zum Kaufrecht kann verwiesen werden. § 309 Nr. 7 regelt die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen; unzulässig ist vor allem die Reduzierung der Haftung bei Verletzung bestimmter Rechtsgüter sowie bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. § 309 Nr. 8b verbietet den Ausschluss der Gewährleistung, die Kostenpflichtigkeit der Nacherfüllung sowie die Beschränkung der Rücktritts- und Minderungsrechte. Der Softwareersteller kann das Nacherfüllungsrecht des Bestellers aber auf eine der beiden Arten beschränken. Im Gegensatz zum Kaufrecht kann er gemäß § 635 Abs. 1 wählen, ob er den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen will. Der Softwareersteller kann vom Besteller gemäß § 635 Abs. 4 die Rückgabe des mangelhaften Werkes verlangen, wenn er ein neues Werk hergestellt hat. E contrario § 309 Nr. 8b dd) ergibt sich, dass er die Nacherfüllung auch von der vorherigen Zahlung eines verhältnismäßigen Teils des Werklohns abhängig machen darf. Unzulässig ist danach nur eine Klausel, wonach das gesamte Entgelt oder ein unverhältnismäßiger Teil zuvor gezahlt werden soll. Dabei ist auf das Verhältnis des Werklohns zum geminderten Wert des Werkes abzustellen.<sup>349</sup> Die Vorauszahlungspflicht der Hälfte des Werklohns ist z.B. dann unzulässig, wenn durch den Mangel die Benutzbarkeit der Sache ausgeschlossen wird, nicht aber, wenn nur kleinere Fehler ausgebessert werden müssen. Problematisch ist dabei der Versuch, dem Kunden die Nacherfüllungskosten aufzuerlegen, indem die Nacherfüllung an den Abschluss eines gesonderten Vertrags geknüpft wird. Dabei handelt es sich um die Verquickung von Wartung und Pflege mit der Gewährleistung. Solche Klauseln sind auch im Werkvertragsrecht sämtlich unwirksam.<sup>350</sup> Durch das Fehlen des § 475 bedingt, ist auch bei Verbrauchern im Werkvertragsrecht eine Beschränkung der Verjährung bis auf ein Jahr zulässig (§ 309 Nr. 8b ff)).

- 149 Zu beachten ist schließlich die Regelung des § 632 Abs. 3, wonach ein Kostenanschlag im Zweifel nicht zu vergüten ist. Eine AGB-rechtliche Abwälzung der Kosten auf den Besteller ist wegen Verstoßes gegen gesetzliche Grundgedanken nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam. Diese Regelung macht im Softwarebereich Probleme, da dort oft im Rahmen der Vorverhandlungen Pflichtenhefte erstellt werden. In diesen Heften wird ein umfangreiches Leistungsgerüst erstellt, die Planung bis hin zur produktiven Nutzung der Software beschrieben und entsprechende Zahlungsziele definiert. Fraglich ist, ob ein solches Pflichtenheft als Kostenanschlag im Sinne von § 632 Abs. 3 anzusehen ist, mit der Konsequenz, dass der Softwareentwickler für die Erstellung des Pflichtenheftes regelmäßig keine Vergütung verlangen kann. Die Literatur bejaht eine Ausdehnung der Regelung auf dem Kostenanschlag vergleichbare Vorarbeiten.<sup>351</sup> M.E. ist zu bedenken, dass der Kostenanschlag nur eine vorläufige Beschreibung der Kosten beinhaltet. Die detaillierte Projektplanung hat mit dieser Kostenschätzung nichts zu tun. Man wird dem Unternehmer nur anraten können, strikt zwischen Kostenanschlag und Pflichtenheft zu unterscheiden.

- 150 Im Rahmen eines Vertrags über die Herstellung einer Individualsoftware obliegt die Erstellung eines möglichst umfassenden Pflichtenheftes nicht einseitig dem Anwender.<sup>352</sup> Der Anbieter muss z.B. von sich aus die innerbetrieblichen Bedürfnisse ermitteln, darauf drängen, dass der Anwender sie in einem Pflichtenheft niederlegt, für ihn erkennbare Un-

348 Siehe dazu auch Westphalen, in: Schneider/Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Rdnr. H 1 ff.

349 Basedow, in: MünchKomm/BGB, Bd. 2a, 4. Aufl., § 309 Nr. 8, Rz. 59.

350 OLG Köln, NJW-RR 1987, 1192.

351 Siehe Westphalen, in: Hensler/Westphalen (Hg.), Praxis der Schuldrechtsreform, § 632 Rdnr. 9.

352 OLG Köln, NJW-RR 199, 51.

klarheiten und Bedürfnisse aufklären, bei der Formulierung der Aufgabenstellung mitwirken und einen Organisationsvorschlag zur Problemlösung unterbreiten. Versäumt der Anbieter diese Pflicht, ist er verantwortlich dafür, dass einem Programm die erforderliche Unkompliziertheit und Eignung für die individuellen Bedürfnisse des Anwenders fehlt. Grundsätzlich ist es Sache des Bestellers, für den Auftragnehmer das für die Programmierung der Software erforderliche Anforderungsprofil zu erstellen.<sup>353</sup> Der Auftragnehmer muss daran aber in der Weise mitwirken, dass er von sich aus die innerbetrieblichen Bedürfnisse, Wünsche und Vorstellungen ermittelt, für ihn erkennbare Unklarheiten aufklärt, bei der Formulierung der Bedürfnisse hilft und Organisationsvorschläge zur Problemlösung unterbreitet.<sup>354</sup> Streitig ist allerdings, ob er für solche Zusatzleistungen eine Vergütung verlangen kann.<sup>355</sup> Meines Erachtens wird man einen solchen Anspruch aus dem Grundgedanken einer Geschäftsführung ohne Auftrag bejahen müssen. Letztendlich unterstützt der Auftraggeber hier in einem für ihn zumindest auch fremden Geschäfts- und Interessenkreis. Ihm steht dann auch ein Ersatz der notwendigen Aufwendigen, einschließlich der üblichen Arbeitsvergütung zu.

## 5. Kündigung

Nach § 649 Satz 1 kann der Anwender jeden Werkvertrag bis zur Vollendung kündigen. Er muss dann aber nach § 649 Satz 2 die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen entrichten. Dieses Kündigungsrecht kann man in AGB ausschließen.<sup>356</sup> Im Übrigen besteht immer ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 314. Streitig ist, ob eine Kündigung, die fälschlicherweise auf einen wichtigen Grund gestützt wird, in eine Kündigung nach § 649 umgedeutet werden kann.<sup>357</sup>

Fraglich ist, inwieweit dieses ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Individualvertraglich kann das Kündigungsrecht grundsätzlich abbedungen werden.<sup>358</sup> Anders ist die Lage bei AGB. § 309 enthält kein Verbot einer solchen Klausel. Über § 307 findet aber die Wertung des § 649 Satz 1 Anwendung. Das Kündigungsrecht ist nach dem Willen des Gesetzgebers eine vertragswesentliche Pflicht, von der nicht abgewichen werden darf.<sup>359</sup> Eine unzulässige Abweichung ist dabei nicht nur der totale Ausschluss des Kündigungsrechts, sondern z.B. auch die Klausel: „Die Kündigung des Vertrags ist nur aus wichtigem Grund möglich ...“.<sup>360</sup> Umgekehrt kann sich der Besteller von Software nicht ein völlig freies Kündigungsrecht in AGB einräumen.<sup>361</sup>

Nach § 649 Satz 2 hat der Unternehmer einen Kostenerstattungsanspruch. Ersparte Aufwendungen muss er sich dabei anrechnen lassen. Eine Klausel, nach der der Anwender dem Softwareersteller „alle durch seine Kündigung entstandenen Kosten“ zu erstatten hat, ist deshalb wohl ebenfalls unwirksam.<sup>362</sup> Möglich ist aber eine angemessene Pauschalierung, soweit dem Besteller der Gegenbeweis vorbehalten bleibt.<sup>363</sup> Das gilt für Verträge sowohl zwischen Unternehmern als auch gegenüber Verbrauchern.

353 Vgl. OLG Köln NJW-RR 1993, 1529, 1530; OLG Köln, 1995, 1460, 1462. Ähnlich jetzt auch OLG Köln, Urt. v. 29. 7. 2005 – 19 U 4/05 BeckRS 2005, 10355.

354 Vgl. OLG Köln, NJW-RR 1993, 1528; OLG Köln, 1999, 51, 52.

355 Offengelassen bei Schneider, in: Schneider/von Westphalen (Hg.), Software-Erstellungsverträge, Rdnr. B 146.

356 BGH, NJW 1999, 3261.

357 Dafür OLG Düsseldorf, ECR OLG 228; zweifelnd Redeker, in: Schneider/Westphalen (Hg.), Software-Erstellungsverträge, Rdnr. D 479.

358 OLG Celle, MDR 1961, 318, 319.

359 So zu § 649 BGB a.F. BGH, NJW 1999, 3261, 3262; Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. §§ 9–11 AGBG, Rz. 212.

360 BGH, NJW 1999, 3261, 3262; Basedow, in: MünchKomm/BGB, § 307 Rz. 116.

361 BGH, NJW 1997, 2043, 2044; OLG Köln, CR 1988, 32; Redeker, in: Schneider/Westphalen (Hg.), Software-Erstellungsverträge, Rdnr. D 480.

362 In diese Richtung BGH, NJW 1997, 259, 260.

363 So zu § 649 BGB a.F.: BGH, NJW 1978, 1054, 1055; BGH, NJW 1983, 1489, 1491; BGH, NJW 1985, 632; OLG Rostock, NJW-RR 1998, 310, 311.

Gefährlich wäre allerdings ein Rückruf nach § 41 UrhG, der zu einem Rechtfertigen führen würde. Diese Vorschrift kommt vor allem dann zum Tragen, wenn ein Softwareentwickler merkt, dass sein Vertriebspartner die Software nicht vermarkten kann. Der Entwickler kann dann mit Berufung auf § 41 UrhG sein einmal übertragenes Nutzungsrecht zurückrufen. Allerdings geht dies nicht im Arbeitsverhältnis, etwa zugunsten angestellter Programmierer.<sup>364</sup> Auch wenn nicht von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist, scheidet ein Rückruf des Urhebers von Computerprogrammen aus, wenn vom Auftraggeber eine Pauschalvergütung und keine laufende Lizenzgebühr gezahlt wurde.<sup>365</sup>

- 153 Fraglich sind die Auswirkungen eines solchen Rückrufs auf die bereits übertragenen Nutzungsrechte an der Software. Ist die Nutzungsrechtseinräumung mit dem Bestand der schuldrechtlichen Rechtseinräumungsverpflichtung kausal verknüpft, besteht nach erfolgter Kündigung des Vertrages das Nutzungsrecht womöglich nicht mehr. So wird die Anwendung des Abstraktionsprinzips in Rechtsprechung und Literatur zum Teil abgelehnt.<sup>366</sup> Das Nutzungsrecht sei derart mit dem beim Urheber verbleibenden Mutterrecht (§ 29 Satz 2 UrhG) verbunden, dass es bei Wegfall des vorgegebenen Zwecks automatisch an den Urheber zurückfalle. Das Recht des Urhebers erstarke damit wieder zum Vollrecht.<sup>367</sup> Ist das Abstraktionsprinzip tatsächlich im Rahmen des Urhebervertragsrechts – entgegen der diesseitig vertretenen Auffassung – nicht gültig, wäre eine gesonderte Rückübertragung auf den Urheber nach Erlöschen des zu Grunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts nicht erforderlich.<sup>368</sup>

Der Rückruf wirkt nach allgemeiner Ansicht *ex nunc*. Mit dem Rückruf wird lediglich eine weitere Verwertung des Werkes durch den bisherigen Nutzungsberechtigten unterbunden. Nutzungshandlungen, die bereits abgeschlossen sind, lassen sich nicht mehr zurückrufen.<sup>369</sup> Das Werkexemplar selbst muss nicht herausgegeben werden.<sup>370</sup> Im Übrigen wirkt sich der Rückruf nur auf die Mutterrechte aus, nicht jedoch auf die Einzelrechte (etwa bei einer Unter-„Lizenzierung“). Diese bleiben trotz Kündigung bestehen.<sup>371</sup>

## 6. Auditierungsklauseln

- 154 Alle Jahre wieder gehen die großen Softwareunternehmen ihren Kunden an und verlangen den Zugriff auf deren EDV im Rahmen eines „Software licensing audit“. Gefürchtet ist auch die Auditierungspolicy der Business Software Alliance (BSA).<sup>372</sup> Sie berufen sich dazu auf vertragliche Audit-Klauseln, die ihnen eine Überprüfung der vor Ort genutzten „Lizenzen“ ermöglicht. Die AGB-rechtliche Wirksamkeit solcher Klauseln ist jedoch noch nicht Gegenstand einer eingehenden Prüfung in Literatur und Rechtsprechung geworden. Eine solche zeigt aber, dass die Audit-Klauseln regelmäßig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam sind.

- 155 Die genannten Auditierungsmaßnahmen<sup>373</sup> dienen dazu, die Einhaltung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse zu überprüfen. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass das Urheberrecht ein sehr enges System der Auskunftspflichten vorsieht. Wie das OLG Köln in

364 Vinck/Hertin, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 43/44, Rz. 5.

365 Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69 a, Rz. 72; Link, GRUR 1986, 141, 146.

366 OLG Köln, MMR 2006, 750 = CR 2007, 7. Siehe dazu auch Schmid, ITRB 2007, 59 und Hoeren, CR 2005, 773.

367 Hertin, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, vor § 31 Rz. 10; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, § 83 II. Siehe auch LG München I, ZUM 2005, 336, 339.

368 Ohne nähere Begründung BGH, GRUR 1966, 567, 569 – GELU; BGH, GRUR 1982, 308, 309 – Kunsthändler. So jetzt auch LG Köln, CR 2006, 372.

369 Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 42, Rz. 29.

370 OLG Celle, NJW 2000, 1579 = ZUM 2000, 325 – Dissertationsexemplare; Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 42, Rz. 12.

371 OLG Köln, Ur. v. 14. 7. 2006–6 U 224/05.

372 Siehe dazu <http://scottandscottllp.com/media-library.asp> und <http://www.bsadefense.com/resources.asp>.

373 Die Details einer solchen Auditierung sind geregelt in der Norm ISO/IEC 27 001:2005.

seinem Grundsatzurteil vom 17. März 1995 bereits festgestellt hat,<sup>374</sup> steht einem Rechteinhaber nach bewusster gesetzgeberischer Entscheidung kein Anspruch auf Bucheinsicht zu. Das Urheberrecht beschränkt die Rechte in der Überprüfung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse auf einen Auskunftsanspruch nach § 101 UrhG, der allenfalls und in wenigen Ausnahmen die Vorlage von Geschäftsunterlagen rechtfertigen kann.<sup>375</sup> Ein Anspruch auf Einsicht in Unterlagen insbesondere vor Ort gewährt das Urheberrecht nicht.<sup>376</sup> Der Gesetzgeber hat diesen engen bezogenen Rahmen bewusst aufgestellt, um eine unvertretbare Bevorzugung der Interessen des Schutzrechtsinhabers gegenüber den Interessen des Verletzers an der Wahrung seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu vermeiden.<sup>377</sup> Der Gesetzgeber hielt einen solchen Eingriff in die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als mit dem geltenden Rechtssystem unvereinbar. Stattdessen sollte es ausreichen, den Verletzer zur Auskunft und eidesstattlichen Versicherung nach § 259 Abs. 2 veranlassen zu können. Das OLG Köln hat in der oben erwähnten Entscheidung auch abgelehnt, entsprechende Vorschriften aus dem HGB (§ 97c) oder dem BGB (§§ 242, 259) analog anzuwenden.<sup>378</sup> Die genannten rechtsstaatlichen Bedenken, insbesondere im Hinblick auf die weiten Möglichkeiten der Einsichtnahme in Betriebsinterna, müssen erst recht zum Tragen kommen, wenn noch gar nicht klar ist, dass der Nutzer rechtsverletzende Benutzungshandlungen vorgenommen hat. In diesem Sinne würde sich aus dem Urheberrechtsgesetz niemals ein allgemeiner Anspruch auf Auditierung ableiten lassen.

Nun dürfte gerade letztere Überlegungen der Hintergrund dafür sein, dass große IT-Unternehmen die Auditierungspflicht vertraglich verankern. Auch diese Verträge sind typischerweise Standardverträge. Selbst wenn sie im B2B-Bereich abgeschlossen werden, gelten für sie die Grenzen des § 307. Hier ist nun § 307 Abs. 2 Nr. 1 zu bedenken, der Klauseln verbietet, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar sind: Nun ist es in der Rechtsprechung üblich, die Wertung des Urheberrechtsgesetzes genau über diese Vorschrift in die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle einfließen zu lassen.<sup>379</sup> Das Urheberrecht geht vom Leitbild aus, dass für die Geltendmachung urheberrechtlicher Ansprüche eine Bucheinsicht nicht vorgesehen ist. Wie oben dargestellt, ist das Recht auf Bucheinsicht gesetzgeberisch bewusst nicht ins UrhG aufgenommen worden, um dem vorrangigen Interesse des betroffenen Unternehmens am Schutz seiner Betriebsgeheimnisse Rechnung zu tragen. Diese Überlegung muss erst recht gelten, wenn es sich bei dem in Anspruch genommenen gar nicht um einen Rechtsverletzer handelt, sondern erst einmal eine abstrakte Prüfung des Nutzungsverhaltens vorgenommen wird. Dieses Leitbild des Urheberrechts fließt in die Inhaltskontrolle ein. Es kann nicht sein, dass man klare Schutzabsichten des urheberrechtlichen Gesetzgebers dadurch unterläuft, dass man eine Auditierung vertraglich absichert. Auditierungsklauseln, die einem Externen Zugriff auf die IT des Unternehmen geben sollen, sind folglich nicht mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 vereinbar.

Eine derartige Regelung ist auch im unternehmerischen Verkehr bei einem Softwarevertrag so ungewöhnlich, dass der Kunde mit ihr nicht zu rechnen braucht. Insofern geht also auch eine auch bei § 307 Abs. 2 Nr. 1 notwendige Güterabwägung zugunsten des Kunden aus. Denn zu beachten sind auch die denkbaren Folgen einer weit gefassten Auditierung. Das auditierende Unternehmen kann auf diese Weise – wie schon der Gesetz-

374 OLG Köln, GRUR 1995, 676.

375 BGH, GRUR 2001, 841, 845 – Entfernung von Herstellnummern II; GRUR 2002, 709, 712 – Entfernung der Herstellungsnummer III.

376 Ähnliches gilt auch im Patentrecht; auch dort wird das Recht der Bucheinsicht mit Hinweis auf Begr. Entwurf PMZ 1990, 173 (183) etwa von Mes PatG/GebrMG, 1997, § 140 b Rdnr. 12 verneint.

377 BT-Drs. 11/4792, 32f.

378 OLG Köln, GRUR 1995, 676, 678.

379 OLG Düsseldorf, MMR 2002, 238, 241; OLG Nürnberg, NJW 1989, 2634; BGH, GRUR 1984, 45, 52 – Honorarbedingungen – Sendervertrag.

geber bei der Begründung des Urheberrechts gesehen hat – in das betriebliche Know-how des Nutzers eingreifen. Das Prüfunternehmen erfährt von zahlreichen Details des Innenlebens eines Unternehmens und bekommt auch eine Vorstellung davon, wann, wo, wie, an welchen Projekten innerhalb eines Unternehmens gearbeitet wird. Insofern berührt sich die Auditierung dem Schutz von Know-how im Rahmen von § 17 UWG. Zu beachten ist im übrigen auch die neuere Tendenz der Rechtsprechung zur Bejahung eines Persönlichkeitsrecht für juristische Personen.<sup>380</sup>

158 Ferner ist eine Auditierung in Fällen des § 203 StGB problematisch, etwa wenn es sich bei dem zu überprüfenden Unternehmen um ein Unternehmen aus dem medizinischen oder anwaltlichen Bereich handelt. Sollte das prüfende Unternehmen von medizinischen Daten Kenntnis erlangen, wäre vorab eine Einwilligung der Betroffenen einzuholen. Insofern ähnelt sich die Sach- und Rechtslage eher bei der Frage der Drittwartung von IT-Diensten im medizinischen Bereich.<sup>381</sup> Selbst wenn man aber keinen Fall des § 203 StGB hat, müssen die datenschutzrechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Ein Audit-Unternehmen erfährt einiges, was in den Bereich der personenbezogenen Daten fällt, etwa über den Datenzugriff einzelner Mitarbeiter und deren IT-Nutzungsverhalten. Typischerweise ist das auditierende Unternehmen kein Beauftragter i. S. v. § 11 BDSG; insofern fehlt es an einem Weisungsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Prüfer. Insofern könnte eine Kenntnisaufgabe von Daten mit Personenbezug nur im Rahmen von § 28 Abs. 1 BDSG legitimiert werden. Zur Anwendung käme dann allerdings nur der Tatbestand des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG, der auf eine umfassende Güterabwägung zwischen dem Übermittlungsinteresse des Kunden und den Schutzinteressen der Betroffenen führt. Der Kunde könnte zwar als Übermittlungsinteresse darauf verweisen, dass er sich vertraglich gegenüber dem IT-Unternehmen zur Auditierung verpflichtet hat. Er müsste dann aber noch abwägen, ob dieses vertragliche Interesse den Vorrang haben kann vor den Schutzinteressen der Betroffenen. Dies dürfte ihm insofern schwer fallen, als er gar keinen Einfluss auf den von einem Externen vorgenommenen Auditierungsprozess hat. Er weiß also gar nicht, welche personenbezogenen Daten unter Umständen bei der Auditierung mit offenbart werden. Damit gerät er in eine gefährliche Zwickmühle: Er soll auf der einen Seite seine vertraglichen Auditierungspflichten erfüllen, steht aber auch gleichzeitig den Betroffenen in Bezug auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben in oblige. Die unkonturierte Auditierungsverpflichtung kann den IT-Kunden zu einem permanenten Rechtsbruch verleiten und ist auch schon aus diesen Gründen nicht als sachgemessene anzusehen.

159 Auditierungsklauseln sind folglich regelmäßig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie von jeglichen Grundgedanken des Urheberrechts, nämlich in Gedanken der Beschränkung von Prüfungsrechten auf die Auskunftserteilung, erheblich abweichen. Diese Marke der Rechtswidrigkeit wird noch durch die Überlegung verstärkt, dass durch die vertragliche Verpflichtung auch noch zusätzliche Probleme auf den Kunden im Hinblick auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben hinzukommen. Die Alternative ist einfach: Der Kunde wird zum Selbstaudit verpflichtet; bei Zweifeln an der Richtigkeit der Selbstauskunft gibt der Kunde eine eidesstattliche Versicherung ab. Sollten dann noch Zweifel bleiben, bleibt der Weg über die Staatsanwaltschaft bzw. die allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten zur Einsichtnahme und Beschlagnahme in Unterlagen.

## VIII. Softwaremiete

160 Im Softwarebereich durchaus möglich ist neben Kauf- und Werkvertrag eine Vermietung von Software. Man wird davon ausgehen können, dass jede zeitlich begrenzte Über-

380 BVerfG, NJW 2005, 883; BVerfGE 106, 28, 42 f. = NJW 2002, 3619.

381 Ehmann, CR 1991, 294; Otto, wistra 99, 203.

lassung von Nutzungsrechten an Software als Mietvertrag oder Rechtspacht angesehen werden kann. Das Mietrecht spielt im Übrigen für das Softwareleasing eine Rolle. Auch für den Bereich des Application Service Providing spielt die Vermietung von Software eine Rolle.<sup>382</sup>

### 1. Anwendbare Bestimmungen bei Mietverträgen

Der Anwendung von Pachtrecht steht schon entgegen, dass eine Fruchtziehungsbefugnis zugunsten des Anwenders von Software in der Regel nicht besteht. Die Einräumung eines wirtschaftlichen Verwertungsrechts der Software im Sinne des Urheberrechtsgesetzes ist von den Softwareerstellern typischerweise nicht beabsichtigt.<sup>383</sup>

Vorgedruckte, im Handel erhältliche Mietverträge sind der typische Anwendungsfall des AGB-Rechts. Diese Formulärmietverträge sind gerade auch bei Softwaremiete verbreitet. Hier werden überwiegend vorformulierte Vertragstexte verwendet, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. unterliegen. Werden in einem Produktschein über eine EDV-Konfiguration die Parteien als Käufer und Verkäufer bezeichnet, so soll die Individualvereinbarung „Vermieten bis Zeitpunkt X – Leasing ab Zeitpunkt Y“ der Annahme eines Kaufvertrages nicht entgegenstehen; diese Individualvereinbarung sei vielmehr als eine Finanzierungsregelung anzusehen, wonach der Kaufpreis bis zum Zeitpunkt X gestundet wurde und der Käufer als Gegenleistung „Miete“ zahlen sollte.<sup>384</sup>

Bei zeitlich befristeten Softwareverträgen hat der BGH CPU-Klauseln für wirksam erachtet, die den Einsatz der Software auf einem leistungsfähigeren Rechner gegen weitere Lizenzzahlungen gestatten. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass eine Aufspaltung urheberrechtlicher Nutzungsrechte bezogen auf unterschiedliche Hardware nicht möglich ist. Außerhalb der urheberrechtlichen Lizenzvereinbarung können schuldrechtliche Vereinbarungen dieser Art jedoch getroffen werden. Sie unterliegen dem AGB-Recht. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass die Angemessenheit von CPU-Klauseln wesentlich davon abhängt, ob es sich um Verträge handelt, die die dauerhafte Überlassung von Software gegen Einmalzahlung zum Gegenstand haben, oder die zeitlich befristete Überlassung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses.<sup>385</sup>

### 2. Beschränkung der Gewährleistung

Der Vermieter muss die Sache während der Mietdauer in einem brauchbaren Zustand halten. Dies gilt zum Beispiel auch für den Fall, dass sich nachträglich Vorschriften ändern und das Programm entsprechend angepasst werden muss. Zwar wird teilweise in der Rechtsprechung für einen solchen Fall das Vorliegen eines Mangels verneint.<sup>386</sup> Auch ein solcher nachträglicher Grund für die Unbrauchbarkeit eines EDV-Systems stellt jedoch einen Mangel dar.

Es entspricht der üblichen Vertragsgestaltung auch bei IT-Mietverträgen, dass der Vermieter in vorformulierten Standardverträgen seine Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel der überlassenen Mietsache so weit wie möglich einzuschränken versucht. Fraglich ist, ob und in welchem Umfang eine solche Beschränkung zulässig ist.

#### a) Bestätigung als „vertragsgemäß“

Häufig finden sich in Mietverträgen Klauseln, in denen der Mieter von Software den vertragsgemäßen Zustand der Sache bestätigt: „Dem Mieter sind die wesentlichen Funk-

382 Der BGH sieht ASP-Verträge als Mietverträge; siehe BGH, NJW 2007, 2394; So etwa zur Megede NJW 1989, 2581, 2582; Dana/Jersch, IuR 1988, 137, 146; a. A. OLG Köln, Urt. v. 14. 2. 2001 – 19 U 176/95, das von einem Lizenzvertrag spricht und diesen dem Werkvertragsrecht unterstellen will.

383 LG Köln, Beilage zu BB 1996, 9.

384 OLG Köln, NJW-RR 1992, 1326.

385 BGH, NJW 2003, 2014.

386 OLG Hamm, CR 1990, 37.



tionalitäten des überlassenen Computerprogramms bekannt. Er erkennt sie als ordnungsgemäß, zweckentsprechend und zum vertragsgemäßen Gebrauch tauglich an.<sup>387</sup> Durch diese Klauseln versucht der Verwender seine Gewährleistung aus § 536, der die bisherigen Regelungen in § 537 und § 541 a. F. ersetzt, für vorhandene Softwaremängel vollständig auszuschließen, indem er sich die vorhandenen Mängel als vertragsgemäß bestätigen lässt.

Die Wirksamkeit solcher Klauseln bestimmt sich – abseits der Spezialregelungen zur Wohnraummiete in § 536 Abs. 4 – nach den §§ 308, 309. Anders als im Kaufrecht sind mietvertragliche Gewährleistungsbeschränkungen nicht schon nach § 309 Nr. 8 b unzulässig, da diese Vorschrift auf Mietverträge nicht anwendbar ist. Eine Klausel, in der die Kenntnis des Mieters vom mangelhaften Zustand der Mietsache und die Anerkennung als vertragsgemäß unterstellt wird, stellt jedoch eine unzulässige Beweislastumkehr i. S. v. § 309 Nr. 12 dar. Nach § 536 b stehen dem Mieter von Software nämlich keine Gewährleistungsrechte zu, wenn er vorhandene Programmängel bei Vertragsschluss kannte. Die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis des Mieters trägt der Softwarelieferant.<sup>388</sup> Eine Klausel, in der pauschal die Kenntnis des Kunden von allen vorhandenen Softwaremängeln fingiert wird, stellt daher eine unzulässige Änderung der Beweislast zum Nachteil des Mieters dar.

165 Zulässig und empfehlenswert ist es jedoch, vorhandene Softwaremängel explizit im Vertrag aufzuführen, da der Mieter dann durch den Vertragsabschluss tatsächliche Kenntnis von den konkreten Mängeln erlangt, wodurch Gewährleistungsansprüche (wegen dieser Mängel) nach § 536 b Satz 1 ausgeschlossen werden. Hinreichend ist auch der Hinweis, dass es sich bei der überlassenen Software um eine Betaversion handelt, da dadurch dem Nutzer die Üblichkeit bestimmter Verwendungsrisiken klar gemacht wird.

Bei Softwaremietverträgen mit Unternehmern ist § 309 nicht anwendbar. Beweislastumkehrklauseln und Tatsachenbestätigungen zwischen Unternehmern unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle des § 307. Hiernach ist auch im unternehmerischen Bereich eine pauschale Klausel unwirksam, wonach der Unternehmer erklärt, dass ihm die Softwaremängel bekannt sind.<sup>389</sup> Unzulässig ist daher auch bei Mietverträgen mit Unternehmern eine Regelung, in der der Mieter pauschal die Mängelfreiheit der Mietsache attestiert: „Der Mieter bestätigt bei Vertragsschluss die Vertragsgemäßheit der Mietsache.“

#### b) Ausschluss der Gewährleistung

166 Anders als im Kaufrecht ist im Mietrecht, dem eine den §§ 444, 475 entsprechende Regelung fehlt, ein individualvertraglicher Ausschluss der Gewährleistung für Mängel der Mietsache grundsätzlich zulässig.<sup>390</sup>

In allgemeinen Geschäftsbedingungen ist sowohl gegenüber Verbrauchern als auch im geschäftlichen Bereich die Grenze des § 307 Abs. 1 zu beachten. Hiernach darf der Gewährleistungsausschluss nicht dazu führen, dass der Mieter von IT-Produkten rechtlos gestellt wird. Eine vollständige Freizeichnung des Vermieters von der mietvertraglichen Mängelgewährleistung, z. B. durch eine Klausel „Auf tretende Mängel an der Software hat der Mieter auf eigene Kosten beseitigen zu lassen; eine Minderung der Miete wegen Mängeln ist ausgeschlossen“ und widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des § 536 und stellt damit eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 dar. Eine Ausnahme bilden IT-Leasingverträge, bei denen der Leasingnehmer trotz Mangelhaftigkeit des Leasingguts durch einen Gewährleistungsausschluss zugunsten des Leasinggebers nicht schutzlos ist, wenn ihm der Leasinggeber unmittelbar und vorbehaltenlos die (kaufrechtlichen) Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten abtritt.<sup>391</sup>

387 Vgl. LG Berlin, Grundeigentum 1985, 829.

388 BGH, WM 1962, 1379.

389 Vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 245, 246.

390 BGH, NJW-RR 1993, 519.

391 BGH, NJW 1987, 1072.

Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters kann gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 auch darin liegen, dass durch die Beschränkung der Mängelgewährleistung der Zweck des Mietvertrags gefährdet wird. Klauseln, die die Gewährleistung pauschal für alle Mängel ausschließen, laufen dem Vertragszweck zuwider, da hierdurch auch Mängel erfasst werden, die den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache verhindern.<sup>392</sup>

Ein vollständiger Ausschluss von Gewährleistungsrechten durch allgemeine Geschäftsbedingungen wird auch im Mietrecht als Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 angesehen. Zulässig soll allerdings sein, in Bezug auf das Minderungsrecht den Minderungsberechtigten auf seine Ansprüche aus Bereicherungsrecht hinsichtlich der zuviel gezahlten Miete zu verweisen.<sup>393</sup> Zu beachten ist auch das Recht des Mieters auf Mängelbeseitigung (§ 535). Hinzu kommt das aus dem Werkvertragsrecht bekannte Recht auf Selbstvornahme, in Fällen des Verzugs mit der Mängelbeseitigung. Wie im Werkvertragsrecht auch, ist der Vermieter bei einer solchen Ersatzvornahme für den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen erstattungspflichtig (§ 136 a Abs. 2). Im Übrigen steht dem Mieter von Software ein Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 zu, wenn erhebliche Mängel trotz Festsetzung und entsprechender Androhung nicht beseitigt werden.

#### c) Schadensersatzansprüche

Ebenso wie das Kaufrecht unterscheidet das Mietrecht zwischen Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen. Nach § 536 a Abs. 1 haftet der Vermieter für anfängliche Mängel verschuldensunabhängig und für nachträgliche Mängel, sofern er sie zu vertreten hat. § 536 a Abs. 1 ist damit für Schadensersatzansprüche wegen Sach- und Rechtsmängeln lex specialis zur Neuregelung des § 280 Abs. 1. Im Unterschied zum Minderungsrecht aus § 536 existiert für Schadensersatzansprüche nach § 536 a Abs. 1 keine Sonderregelung für Mietverhältnisse über Wohnraum. Die Haftung des Vermieters aus § 536 a ist damit grundsätzlich für alle Mietverhältnisse vertraglich abdingbar. Dies gilt auch für Formularverträge, bei denen jedoch – wie schon an anderer Stelle dargelegt – die allgemeine Grenze des § 309 Nr. 7 für klauselmäßige Haftungsausschlüsse zu beachten ist.

Eine formularmäßige Klausel, in der die Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel ausgeschlossen wird, ist daher unbedenklich: „Die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Software wird ausgeschlossen.“<sup>394</sup> Durch die Beschränkung dieser Klausel auf die verschuldensunabhängige Haftung liegt kein Fall des § 309 Nr. 7 vor. Zu weitgehend wäre eine Klausel, durch die pauschal „die Haftung des Vermieters für Mängel der Software ausgeschlossen“ wird. Da dieser Ausschluss auch schuldhaftige Pflichtverletzungen i. S. v. § 309 Nr. 7 umfaßt, ist ein solch undifferenzierter Haftungsausschluss unwirksam (§ 307 im Unternehmensbereich).

Zu bedenken ist auch noch die Rückgabeverpflichtung aus § 546 Abs. 1. Der Mieter von Software muß die Computerprogramme nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückgeben. Technisch ist zu berücksichtigen, dass eine Rückgabe von Software in Form der Aushändigung körperlicher Kopien nicht möglich ist. Meist ist die Software auf einer Festplatte installiert. Eine Rückgabe dieser Installationskopien scheidet regelmäßig aus. Stattdessen ergibt sich aus § 546 Abs. 1 eine entsprechende Löschungsverpflichtung. Allerdings ist es mit einer Löschung durch Betätigung der DEL-Taste nicht getan. Die DEL-Taste bewirkt nur eine Streichung der gespeicherten Inhalte in der Index-Zeile. Zur Löschung bedarf es eigentlich einer Neuformatierung der Festplatte, die allerdings als solche sehr aufwendig ist und unverhältnismäßig sein dürfte. Insofern geht man in der Praxis wohl davon aus, dass die Rückgabeverpflichtung aus § 546 Abs. 1 durch die Rückgabe physischer Kopien und die Abgabe einer eidesstattlichen Erklärung erfüllt wird, wonach der IT-Mieter die Nutzung der überlassenen Software unterlässt. Diese Erklärung kann

392 BGH, NJW 1988, 2664 zum Betrieb einer Gaststätte.

393 BGH, NJW-RR 1993, 519.

394 BGH, NJW-RR 1991, 74.

man auch durch eine entsprechende Vertragsstrafe absichern, ohne dass dies AGB-rechtlich mit den Vorgaben von § 309 Nr. 6 kollidieren würde.<sup>395</sup> Gibt der Mieter die Software nicht nach Beendigung des Mietverhältnisses zurück, kommt auf jeden Fall als eine Art Mindestschaden die Verpflichtung auf den Mieter zu, die vereinbarte Softwaremiete weiter zu bezahlen (§ 546a Abs. 1). Schadensersatzansprüche bleiben insofern unberührt (§ 546a Abs. 2). Diese Ansprüche können sich aus Verzug des Mieters mit der Rückgabe (§§ 286, 280 Abs. 2) sowie aus dem Gedanken der positiven Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1) ergeben. Hinzu kommt ein eventueller Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 erste Variante.<sup>396</sup>

- 171 Für wirksam erachtet wird eine Koppelung der IT-Miete mit einem Verbot zur Nutzung von Anlagen anderer Hersteller.<sup>397</sup> Es ist allerdings meines Erachtens nicht einzusehen, wieso man dem Mieter verwehren soll, Software anderer Hersteller zu nutzen. Sollte eine Verbindung mit dem IT-Equipment Dritter technisch negative Folgen haben, wird man zugunsten des Vermieters einen entsprechenden Ausschluss in der Haftung für eventuelle Schäden annehmen können. Ein pauschaler Ausschluss in der Verbindung mit Drittgeräten und Drittsoftware würde den Mieter über Gebühr belasten, insbesondere in Fällen, in denen durch den Anschluss solcher Geräte keine Risiken für die vermietete Software und deren Einsatz bestehen.

## IX. Softwarepflege

### 1. Rechtsnatur

- 172 Die Rechtsnatur von Serviceverträgen ist derzeit noch ungeklärt. Die Bandbreite der vertretenen Ansichten reicht von der Einordnung als Werk-,<sup>398</sup> Miet-,<sup>399</sup> Dienstverträge<sup>400</sup> über die Qualifizierung als Verträge sui generis bis hin zur Betrachtung als Versicherungsverträge.<sup>401</sup> Meines Erachtens gibt es „den“ Servicevertrag nicht. Vielmehr sind eine Fülle von Einzelleistungen zu unterscheiden, die allerdings auf der Grundlage eines einheitlichen Schuldverhältnisses, dem allgemeinen Servicevertrag, erbracht werden.

Zu unterscheiden sind verschiedene Stufen der Software-Pflege-Vereinbarung. Da sind zunächst die Basisverträge. Die Basisverträge konzentrieren sich auf z. B. die Lieferung von Hardware, die als kaufvertraglich anzusehen ist. Auch die Lieferung „nackter“ Software erfolgt regelmäßig im Rahmen von Kaufverträgen. Dahingegen ist die Lieferung von Individual-Software sowie die Anpassung von Standard-Software an die besonderen Bedürfnisse des Kunden im Rahmen werkvertraglicher Vertragsgestaltungen typisch.

- 173 Auf der zweiten Stufe liegt der allgemeine Service-Vertrag. Es handelt sich um einen Dienstvertrag als Dauerschuldverhältnis, der im Kern zunächst einmal nur die allgemeine Bereitschaft des Pflegeunternehmens ausdrückt, für die Bedürfnisse des Anwenders da zu sein. Ferner beinhaltet der allgemeine Servicevertrag ein Angebot des Pflegeunternehmens zum Abschluss von Einzelverträgen.

Insofern verweist der allgemeine Service-Vertrag auf die Verträge dritter Stufe, nämlich die Einzelverträge über die Einzelleistungen. Diese Einzelleistungen haben völlig unterschiedliche Gepräge. Geht es um die individuelle Instandhaltung und Instandsetzung, haben wir es mit einem Werkvertrag zu tun.<sup>402</sup> Die Lieferung von Updates und Upgrades ist

395 LG Lüneburg, CR 1989, 606.

396 BGH, NJW 1966, 248; NJW 1977, 675.

397 Redeker, IT-Recht in der Praxis, Rz. 616.

398 Siehe etwa BGHZ 91, 316, 320; OLG Frankfurt, ZIP 1983, 702; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 9 W 11.

399 Löwe, CR 1987, 219.

400 Beise, DB 1979, 1214.

401 BVerwG, NJW-RR 1988, 343; BGH, NJW-RR 1988, 319.

402 Siehe auch Schneider, CR 2005, 695.

im Wesentlichen kaufvertraglich zu qualifizieren. Eine Hotline und sonstige Formen der Beratung erfolgen auf der Basis dienstvertraglicher Verpflichtungen.

Die Übernahme einer 24 Stunden-Verfügbarkeitsgarantie durch eine mit der Wartung von Computersoftware spezialisierte Firma verstößt nicht gegen § 307. Denn ist es nicht ersichtlich, dass durch die Übernahme dieser Pflicht eine solche Firma entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werde. Es ist vielmehr einsichtig und deshalb angemessen, dass ein Unternehmen, dessen an verschiedenen Stellen arbeitende Dienststellen miteinander kommunizieren müssen, sicherstellen muss, dass ein etwaiger Ausfall des Systems kurzfristig behoben wird. Die Wartungsfirma kann als ausgewiesene Spezialistin bei Vertragsschluss dieses Risiko auch sehr genau einschätzen.<sup>403</sup>

### 2. Der allgemeine Servicevertrag

Der allgemeine Servicevertrag wird von den Parteien frei geschlossen. Ein Anspruch auf Abschluss eines solchen Vertrages kann allenfalls nach Maßgabe kartellrechtlicher Vorgaben (§ 20 Abs. 2 GWB bzw. Art. 82 EGV) bejaht werden, wenn ein Unternehmer Serviceverträge abschließt und einem einzelnen Anwender ohne sachlichen Grund den Abschluss verweigert.

#### a) Hauptleistungspflichten

aa) *Pflichten des Dienstverpflichteten.* Dienstverträge verpflichten zu Diensten jeder Art (§ 611 Abs. 2). Durch den Servicevertrag verpflichtet sich der Unternehmer insbesondere zum

- Bereithalten von Personal auf Abruf
- Bereithalten von Maschinen.

Primärer Anspruch des Dienstberechtigten gegen den Dienstverpflichteten ist der Erfüllungsanspruch aus dem Dienstvertrag (§§ 611, 241), den der Dienstberechtigte im Wege einer Erfüllungsklage geltend machen kann. Allerdings ist eine Vollstreckung aus dem Erfüllungstitel im Regelfall gemäß § 888 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

Hinsichtlich der näheren Konkretisierung des Leistungsumfanges werden im typischen Fall in Pflegeverträgen Szenarien für die Reaktionszeiten und den Reaktionsumfang vorgenommen. Solche Szenarien sind typischerweise einer AGB-Kontrolle entzogen, da damit Hauptleistungspflichten konkretisiert werden. Allerdings gilt auch bei der Konkretisierung von Hauptleistungspflichten das Transparenzgebot. Insofern hat der BGH zu Recht eine Klausel untersagt, wonach Dienstpflichten nur im Rahmen des „technisch Möglichen“ erbracht werden.

Die aus einem Software-Pflege-Vertrag hinsichtlich einer Kanzleisoftware verpflichtete Partei muss bei Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen die Software an die geänderten Bestimmungen anpassen und eine auf dem vereinbarten Betriebssystem lauffähige Version bereitstellen.<sup>404</sup>

Wird in einem Softwarepflegevertrag vereinbart, dass die Wartungsleistungen grundsätzlich über Telefon, online oder Modem/ISDN erbracht werden sollen, kann der Kostenaufwand für den vom Leasingnehmer ausdrücklich gewünschten Vor-Ort-Service gesondert in Rechnung gestellt werden. Auch besteht ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung, wenn die Stundenzahl für ein mitgeleastes Training auf der neu erworbenen Software bei weitem überschritten wird.<sup>405</sup>

AGB-rechtlich unproblematisch ist eine Klausel in AGB, wonach die Wartung in Form der Instandhaltung auf Abruf des Auftraggebers erfolgt.<sup>406</sup> Wird die Wartung schlecht durchgeführt und gerät die Anlage dann insgesamt in einen störanfälligen Zustand, liegt

403 OLG Köln, K&R 2003, 573.

404 OLG Köln, Urteil vom 15. 11. 2002, 19 U 115/02.

405 LG Cottbus, CR 2004, 260.

406 OLG Hamm, Urt. v. 10. 4. 1989, BB Beilage 15/1989, 8.

darin eine mangelhafte Werkleistung.<sup>407</sup> Die Beweislast für einen Mangel der Wartung liegt beim Kunden.<sup>408</sup> Wird eine Wartung auf Abruf sowie eine feste Mindestlaufzeit des Wartungsvertrages vorgesehen, bedarf es keiner Abnahme; die Abnahme gilt insofern als konkludent abbedungen.<sup>409</sup> Einer gesonderten Abnahme bedarf es auch deshalb nicht, weil die Pflegeleistungen ja kontinuierlich vorgenommen werden müssen.<sup>410</sup> Wird eine Hotline kostenlos angeboten, können trotzdem Auskünfte einer solchen Hotline eine Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit mitbringen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anbieter dem Kunden mitteilt „für weitere Fragen stehen ich Ihnen gerne zur Verfügung“.<sup>411</sup>

- 178 bb) *Das Pflegeunternehmen.* Welche Leistung der Dienstverpflichtete schuldet, ist im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln. Nach neuem Recht ist dabei zu beachten, dass durch die Einbeziehung von standardisierten Arbeitsverträgen in die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle nunmehr auch die Hauptkonditionen des Dienstvertrages auf dem Prüfstand des § 307 Abs. 1 Satz 1 stehen können. Zwar erstreckt sich die Inhaltskontrolle der §§ 307ff. gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 nur auf Bestimmungen, durch die von Rechtsvorschriften abgewichen wird. Außerhalb des Arbeitsrechts bleibt es damit bei der alten Rechtslage, wonach die Hauptleistungspflichten, insbesondere die Angemessenheit der Vergütung, nicht der richterlichen Inhaltskontrolle unterliegen, da die Primärpflichten der Dienstvertragsparteien nicht gesetzlich fixiert sind.

Wie und wann Personal und Maschinen bereitzustehen haben, wird durch das Direktionsrecht des Dienstberechtigten konkretisiert. Im Zweifel ist die Leistung jedoch persönlich vom Dienstverpflichteten zu erbringen (§ 613 Satz 1). Erbringen fremde Serviceunternehmen Dienstleistungen anstelle des Dienstverpflichteten, liegt darin keine Erfüllung des Dienstvertrages. Ohne Genehmigung braucht der Dienstberechtigte sich keinen anderen Vertragspartner gefallen zu lassen (§ 415). Zwar kann der Dienstverpflichtete die Möglichkeit eines solchen Wechsels vereinbaren. Dabei hat er aber die Grenzen des AGB-Rechts zu beachten. Hiernach ist eine Bestimmung unwirksam, wonach bei Dienstverträgen ein Dritter in die vertraglichen Pflichten eintritt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Dritte namentlich bezeichnet ist oder dem Dienstberechtigten das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen. Die Kündigungsfrist ist zu lang, wenn der Anwender erst nach einem Monat den Vertrag auflösen kann.<sup>412</sup> Auch bei Kaufleuten ist ein freier Wechsel nicht im Rahmen von AGB vorsehbar.<sup>413</sup>

- 179 Umgekehrt kann der Dienstberechtigte im Zweifel nicht seinen Anspruch auf die Dienste auf Dritte übertragen (§ 613 Satz 2). Insbesondere ist es ihm verwehrt, den Dienstverpflichteten darauf zu verweisen, dass dessen Leistungen für ihn keinen Sinn mehr hätten und dieser daher für ein anderes Unternehmen tätig werden solle. Auch verstoßen Klauseln etwa in Einkaufsbedingungen, die einen solchen freien Wechsel vorsehen, gegen das AGB-Recht. Eine Übertragung der Pflichten aus dem Pflegevertrag auf einen Dritten kann nicht AGB-rechtlich vorgesehen werden.<sup>414</sup> Zulässig ist allerdings die Übertragung von Pflichten im Rahmen der Subunternehmenschaft. In der Literatur wird aber eine solche uneingeschränkte Möglichkeit zur Übertragung von Pflichten auf Erfüllungsgehilfen im Hinblick auf die besondere Sensibilität des Pflegebereichs für bedenklich erachtet.<sup>415</sup>

In Einkaufsbedingungen kann durchaus eine 24-Stunden-Verfügbarkeitsgarantie durch eine mit der Wartung von Computersoftware spezialisierte Firma vereinbart werden, ohne dass dies mit § 307 Abs. 2 unvereinbar wäre (siehe auch Rz. 447). Denn es ist nicht er-

407 OLG München, CR 1989, 283 f.

408 OLG München, CR 1989, 283 f.

409 OLG Karlsruhe, CR 1987, 232, 234.

410 Seitz, CR 1988, 332; ähnlich Löwe, CR 1987, 219 f.

411 AG Maulbronn, NJW-RR 1994, 1077.

412 LG Köln, NJW-RR 1987, 885, 886.

413 KG Berlin, CR 1987, 234.

414 OLG Bamberg, Urt. v. 1. 10. 1985, CR 1987, 234.

415 Schneider, K 220.

sichtlich, dass durch die Übernahme dieser Pflicht eine solche Firma entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werde. Es ist vielmehr einsichtig und deshalb angemessen, dass ein Kunde sicherstellen muss, dass ein etwaiger Ausfall des Systems kurzfristig behoben wird.<sup>416</sup>

- 180 c) *Pflichten des Dienstberechtigten.* Der Dienstberechtigte hat die Serviceleistungen zu vergüten. Die Vergütung kann nach Leistung (§ 614 Satz 1) oder Zeit (§ 614 Satz 2) berechnet werden. Eine Vorauszahlungspflicht ist zumindest dann unwirksam, wenn es um eine Vorauszahlung für ein Jahr im Voraus geht.<sup>417</sup> Zu beachten ist hier vor allem das Leitbild des Dienstvertragsrechts (§ 624) sowie des Mietrechts (§ 551), wonach die Vergütung zum Ende des einzelnen Zeitabschnittes fällig wird. In der Literatur wird vorgeschlagen, zumindest eine vierteljährliche Vorauszahlung als wirksam anzusehen.<sup>418</sup>

Wird bei der Pflege ein „Zirkapreis“ vereinbart, kann das Pflegeunternehmen seinen nachträglich höheren Aufwand nur bis zu 110% des Zirkapreises in Rechnung stellen.<sup>419</sup> Eine Berechnung der jeweils geschuldeten Pauschale zu Beginn eines Kalenderjahres ist AGB-rechtlich unzulässig.<sup>420</sup> Eine Vorauszahlungklage soll allerdings zulässig sein.<sup>421</sup>

- 181 Zu beachten ist, dass Preisvereinbarungen nicht einer AGB-Kontrolle unterliegen. Eine (scheinbare) Ausnahme gilt nur für Preisnebenabreden, die die Art und Weise der Preisberechnung zum Gegenstand haben. Hinsichtlich der Abdingbarkeit von § 614 ist zu bedenken, dass eine Klausel, die eine Vergütung für ein Jahr im Voraus vorsieht, wohl kaum einer Inhaltskontrolle standhalten dürfte. Vereinbaren Vertragsparteien im Rahmen eines Softwarepflege- und Betreuungsvertrages die regelmäßige Zahlung einer pauschalen Servicegebühr zum Ersten des jeweiligen Monats, so ist diese Vergütung unabhängig davon, ob im entsprechenden Zeitraum tatsächlich Leistungen erbracht bzw. ein bestimmter Erfolg herbeigeführt wurden, für die dauerhafte Bereithaltung von Personal und Material über einen längeren Zeitraum geschuldet.<sup>422</sup>

#### b) Nebenpflichten

- 182 Neben die Hauptleistungspflichten treten Nebenpflichten, die sich als Gebote redlichen Verhaltens aus § 242 ableiten lassen. Ein Verstoß gegen diese Pflichten führt bei schuldhaftem Verhalten zu Schadensersatzansprüchen aus pVV (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2) und cic (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1).

Der Dienstverpflichtete übernimmt auch eine Reihe von Nebenpflichten. Dazu zählt die Pflicht zur Anzeige drohender Schäden. Ferner ist er verpflichtet, richtige Informationen über wichtige Eckdaten der Pflege zu geben. Dazu gehört auch eine Aufklärung über Alternativen, etwa der Möglichkeit eines kostenlosen Updates oder der sinnvollen Aktualisierung auf einen anderen Programmstand.<sup>423</sup> Da er im Rahmen seiner Pflegeverpflichtung eine Fülle von Betriebsgeheimnissen erfahren kann, trifft ihn auch eine implizite Pflicht zur Wahrung dieser Betriebsgeheimnisse. Dies gilt insbesondere im Verhältnis zu Anwendern, die der Amtsverschwiegenheit unterliegen (§ 203 StGB), allen voran Anwälte und Ärzte. Ferner trifft den Anwender die Pflicht zur Einrichtung einer ordnungsgemäßen Datensicherung, zur Bereitstellung von pflegenotwendigen Unterlagen und zur Bereitstellung eines technisch versierten Ansprechpartners für Rückfragen.

- 183 Der Dienstberechtigte ist seinerseits als Nebenpflicht dazu verpflichtet, alles zu tun, um Schäden an Leib und Leben des Pflegeunternehmens zu vermeiden. Ihn treffen umfangreiche Mitwirkungs- und Unterrichtungspflichten, insbesondere im Hinblick auf die Rea-

416 OLG Köln, Urt. v. 31. 1. 2003 – 19 U 151/02 = BeckRS 2003, 08424.

417 OLG München, CR 1992, 401, 402 = VuR 1991, 246; a. A. LG Köln, RuS 1995, 313 = ECR LG 197.

418 Schneider, K 210T; Zahmt, CR 1992, 404.

419 LG Köln, Urt. v. 30. 3. 1992 – 90 O 282/82.

420 OLG München, CR 1992, 401.

421 OLG München, CR 1992, 401, 402.

422 LG Berlin, CR 2001, 743 = ZUM-RD 2002, 296.

423 AG Düren, CR 2004, 734.

lisierung des Vertragszwecks. Übernimmt der Anwender nebenvertraglich die Pflicht zur regelmäßigen Datensicherung, scheiden Schadensersatzansprüche gegen Wartungsunternehmen wegen Datenverlust regelmäßig aus.<sup>424</sup> Streitig ist es, ob er verpflichtet ist, den neuesten Programmstand zu übernehmen. Für das Pflegeunternehmen ist es oft ein Problem, dass der Anwender auf der Basis veralteter Programmstände Pflege erwartet. Eine solche Pflege kann im Laufe der Jahre sehr zeit- und kostenintensiv werden. Es ist daher verständlich, dass Pflegeunternehmen vertraglich den Anwender verpflichten, jeweils den neuesten Programmstand einzuarbeiten. Schwierig ist die Frage, ob AGB-mäßig hohe Frequenzen von Updates als Übernahmepflicht für den Kunden vorgesehen werden können. Im Hinblick auf die allgemeine Auslegung im Rahmen von § 307 Abs. 2 wird man darauf abstellen müssen, ob dem Kunden noch Alternativen bleiben, etwa in Form der Rücksetzung der Software bei verbleibenden Fehlern in der neuen Version.<sup>425</sup> Auch wird man dem Kunden die Möglichkeit einräumen müssen, für einen etwas längeren Zeitraum nach Freigabe der neuen Version die Pflege noch auf der Grundlage der alten Version verlangen zu dürfen.<sup>426</sup>

### c) Nicht- und Schlechterfüllung

184 Das Dienstvertragsrecht in den §§ 611 ff. kennt keine eigenen Gewährleistungsregeln. Vertraglichen Vereinbarungen durch Verwendung vorformulierter Geschäftsbedingungen, die das Haftungsrisiko für Leistungsstörungen regeln, kommt daher im Dienstvertragsrecht eine zentrale Bedeutung zu. Die Generalklausel des § 280 Abs. 1, die als zentrale Norm des Leistungsstörungsrechts leistungsbezogene Pflichtverletzungen jeder Art erfasst, wirkt sich als Regelung des allgemeinen Schuldrechts auch auf Leistungsstörungen im Softwarepflegebereich aus. Danach hat der Dienstherr neben dem weiterhin bestehenden Erfüllungsanspruch einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch die schuldhaft Verletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenleistungspflicht verursacht wird; eine selbständige Minderung der Vergütung wegen Schlechtleistung kennt das Dienstvertragsrecht auch weiterhin nicht.

Leistungsstörungen im Softwarepflegevertrag unterfallen während seiner Laufzeit dem allgemeinen Schuldrecht.<sup>427</sup> Erst nach Laufzeitende ist das Gewährleistungsrecht einschlägig.

185 Die Rückabwicklung des Softwarepflegevertrages kann im Einzelfall auch den zugrunde liegenden Softwarevertrag erfassen, sofern Pflege- und Softwarevertrag Teile eines Gesamtgeschäftes sind. Dabei reicht es für die Einheitlichkeit aus, wenn nur einer der Vertragspartner einen Einheitlichkeitswillen hat und dieser dem anderen Partner erkennbar war und von diesem gebilligt oder mindestens hingenommen wurde. Zur Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts ist es nicht notwendig, dass zwischen den mehreren Akten ein rechtlicher Zusammenhang bereits durch rechtsgeschäftliche Bedingungen hergestellt wird. Ebenso wenig brauchen die mehreren Vereinbarungen demselben rechtlichen Geschäftstypus anzugehören; sie können durchaus wesensungleich sein. Eine Geschäftseinheit wird selbst dadurch nicht ausgeschlossen, dass an den mehreren Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.

186 Eine Softwaredokumentation ist mangelhaft, wenn in ihr in nennenswertem Umfang Bildschirmdialoge nicht (mehr) aktuell sind, nicht mit den im Programm vorhandenen Dialogen übereinstimmen oder gar nicht dokumentiert sind, wenn ein Inhaltsverzeichnis fehlt oder wenn sie den Anwender nicht in die Lage versetzt, die Software im Bedarfsfalle erneut oder auf einer anderen Anlage zu installieren. Der Pflegegläubiger hat einen Anspruch auf eine aktualisierte Softwaredokumentation bei jedem „Update“ der Software.<sup>428</sup>

424 LG Stuttgart, CR 2002, 487.

425 Anders Peter, in: Schneider/Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Köln 2006, Rdnr. G 218 ff., der solche Klauseln als Leistungsbeschreibungen für nicht kontrollfähig ansieht.

426 Schneider, K 154.

427 LG Bonn, CR 2004, 414 = K&R 2004, 353.

428 LG Bonn, CR 2004, 414 = K&R 2004, 353 = <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040109.htm>.

Hat der Gläubiger an der Erfüllung des Dienstvertrages wegen Verzögerung oder Schlechtleistung kein Interesse mehr oder ist diese ihm nicht mehr zuzumuten, so gewähren § 280 Abs. 2 und 3 unter den Voraussetzungen der §§ 281, 282 einen Anspruch auf Schadensersatz *statt* der Leistung. In der Praxis dürfte diese Rechtsfolge, die u. a. auf Ersatz der Kosten einer durch Nacherfüllung noch durchführbaren Leistung gerichtet ist,<sup>429</sup> vor allem bei Dienstverträgen relevant werden, bei denen die Dienstleistung nicht im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses, sondern als einmalige Leistung erbracht wird, z. B. bei Beratungsleistungen im Rahmen eines Mandatsverhältnisses (Steuerberater, Rechtsanwalt). Von einer Schlechtleistung ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Dienstverpflichtete seiner Arbeitspflicht zwar nachkommt, aber eine mit Mängeln behaftete Arbeitsleistung erbringt. Im Bereich der nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten, die in § 282 i. V. m. § 241 Abs. 2 geregelt sind, liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn bei der (ordnungsgemäßen) Erbringung der Dienstleistung anderweitige Rechtsgüter und Vermögensinteressen des Dienstberechtigten geschädigt werden.<sup>430</sup> Hiervon kann etwa im Bereich des Gesellschaftsrechts bei wiederholten Verstößen gegen ein nebenvertragliches Konkurrenzverbot durch einen Gesellschafter ausgegangen werden.<sup>431</sup>

Im Falle der Nichterfüllung von Pflegepflichten kann der Anwender auf Erfüllung klagen. Hier gibt es auch die Möglichkeit einer Ersatzvornahme im Rahmen von § 887 ZPO. Ferner kann er das vereinbarte Entgelt verweigern (§ 320 Abs. 1). Sind die Dienste vor allem wegen Zeitablauf nicht mehr nachholbar, liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor. Bei verspäteter Erfüllung greifen die allgemeinen Regeln zum Verzug.

Die Gewährleistung richtet sich nach den allgemeinen Regeln der Schlechterfüllung im Dienstvertragsrecht. Es greift insofern § 280. Die Haftung für Pflegemängel ist verschuldensabhängig. Allerdings gelten die Regelungen zur Verschiebung der Darlegungs-/Beweislast nach § 280 Abs. 2. Einen Anspruch auf Nacherfüllung gibt es nicht. Allerdings bestehen die sonstigen Gewährleistungsrechte aus dem Kaufrecht in entsprechender Weise, insbesondere der Anspruch auf Minderung des Pflegeentgelts sowie auf Rücktritt vom Vertrag.

### d) Beendigung des Servicevertrages

In der Rechtsprechung finden sich viele Entscheidungen, die sich mit der Wirksamkeit von Kündigungserklärungen bei Serviceverträgen auseinandersetzen.

aa) *Ordentliche Kündigung.* Ein Dienstvertrag endet mit Ablauf des Zeitraumes, für den er abgeschlossen worden ist (§ 620). Zu beachten ist, dass eine mehr als zweijährige Laufzeit nicht vereinbart werden kann.<sup>432</sup>

Abseits solcher befristeter Verträge sieht das BGB besondere Fristen für die ordentliche Kündigung vor (§ 621). Ist die Vergütung nach Vierteljahren bemessen, liegt die Kündigungsfrist bei sechs Wochen für den Schluss des Kalenderjahres (§ 621 Nr. 4). Zwar ist das Recht zur ordentlichen Kündigung uneingeschränkt abdingbar. Allerdings muss der Anwender spätestens nach zwei Jahren eine erste Möglichkeit zur Kündigung haben.<sup>433</sup> Stillschweigende Verlängerungen dürfen nicht länger als ein Jahr dauern. Zu Lasten des Anwenders ist auch eine längere Kündigungsfrist als drei Monate nicht einföhrbar. Diese Regelungen gelten aber nicht im kaufmännischen Verkehr. Hier sind die jeweiligen Handelsbräuche und Gewohnheiten zu beachten. Diese können es angezeigt sein lassen, eine zehnjährige Bindung an einen Vertrag zuzulassen.<sup>434</sup>

429 Dauner-Lieb, Schuldrecht, § 280 Rz. 63, Bonn 2002.

430 Jousen, NZA 2001, 745, 747; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 141.

431 Vgl. BGH, NJW-RR 1996, 949.

432 Im Detail ist dies allerdings streitig. Fest steht, dass der BGH zehnjährige Laufzeiten für unwirksam erachtet hat; siehe NJW 2003, 886 und Peter, in: Schneider/Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Rdnr. G 246 ff.

433 Siehe dazu auch Merveldt, CR 2006, 721; Kaufmann, CR 2005, 841.

434 OLG Hamm, NJW-RR 1986, 1248, 1249; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1991, 1460, allg. zur Kündigung von Softwarepflegeverträgen; Kaufmann, CR 2005, 841.

190 Die Verwirkung eines Kündigungsrechtes – auch eines außerordentlichen – kann auch bei einem IT-Wartungsvertrag mit 24-Stunden-Verfügbarkeitsgarantie nicht vor Ablauf von zwei Monaten angenommen werden.<sup>435</sup> Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der Schuldner vor Kündigung des Vertrages die Möglichkeit haben musste, sich um eine Ersatzlösung zu bemühen.

Ohne individuell getroffene vertragliche Absprache über eine langfristige Softwarewartungsdauer besteht keine generelle Pflicht des Wartungsunternehmens, die vereinbarten Leistungen für den gesamten „Lebenszyklus“ einer verkauften Software sicherzustellen.<sup>436</sup> In Literatur und Rechtsprechung werden in seltenen Einzelfällen Kündigungsausschlüsse diskutiert, z. B. für den Fall, dass das Wartungsunternehmen bei noch neuer und aktuell auf dem Markt vertriebener Software sich bewusst einem bereits bei Vertragsschluss erkennbar gewordenen Anpassungsbedarf (Umstellung auf das Jahr 2000, Euroumstellung u. a.)<sup>437</sup> entziehen will oder aber in dem Fall, in dem durch eine Kündigung der Kunde zur Zahlung von nicht geschuldeten Leistungen gebracht werden soll.<sup>438</sup> Es liegt jedoch grundsätzlich in der Autonomie und Verantwortung der Vertragsparteien, eine Mindestvertragszeit – sofern gewollt – selbständig frei auszuhandeln. Daher kann es keinen Abschluss von Kündigungsrechten für die ersten Jahre unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben geben.<sup>439</sup>

191 bb) Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626). Nach § 626 kann jeder Dienstvertrag aus wichtigem Grund gekündigt werden. Dieses Recht zur außerordentlichen Kündigung ist nicht abdingbar.<sup>440</sup> Auch eine Beschränkung auf bestimmte wichtige Gründe ist unzulässig.<sup>441</sup> Gleiches gilt für Kündigungserschwernisse, etwa die Einführung einer „Schadenspauschale“. Wirksam ist lediglich ein Verzicht auf dieses Recht nach dessen Entstehung.

Was bei EDV-Serviceverträgen als wichtiger Grund anzusehen ist, ist im Einzelnen streitig. Mangelhafter Service kann – regelmäßig nach Abmahnung – zur Kündigung aus wichtigem Grund führen, insbesondere bei häufiger Schlechterfüllung und schlechten Reaktionszeiten. Zweifelhaft dürfte es sein, ob eine Kündigung auch bei anwenderseitigem Ende der Nutzung der DV-Anlage zulässig ist. Es dürfte wohl kein Kündigungsgrund sein, als Anwender auf die Unzumutbarkeit neuer Versionen zu verweisen. Höhere Gewalt kann wiederum eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.<sup>442</sup>

192 cc) Kündigung auf Grund besonderen Vertrauens (§ 627). Ein besonderes außerordentliches Kündigungsrecht sieht § 627 bei Diensten vor, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Dieses Recht ist individualvertraglich abdingbar. Ob eine Klausel aber der Inhaltskontrolle standhält, ist streitig.<sup>443</sup>

### 3. Die Einzelverträge – Die Lieferung von Updates/Upgrades: Kaufvertrag

193 Wichtig ist hier die Unterscheidung zwischen Updates und Upgrades. Upgrades umfassen Programmanpassungen auf eine leistungsstärkere Hardwareumgebung, während Updates die bloße Fehlerbeseitigung auf der Basis der bestehenden Hardwareinfrastruktur bezeichnet. Typischerweise sind in Pflegeverträgen nur Updates geschuldet, nicht aber zusätzliche Wartungs- und Fehlerbeseitigungsmaßnahmen vor Ort. Aus dieser Unterscheidung ergibt sich auch, dass das Update an die vertraglich vorausgesetzten Hardwarebedin-

435 OLG Köln, K&R 2003, 573; s. für den Fall eines Quasi-Vertragshändlers: BGH, NJW 1994, 722.

436 OLG Koblenz, MMR 2005, 472 = CR 2005, 482.

437 S. OLG Köln, CR 1998, 720 f. sowie Bartsch, NJW 2002, 1526 ff., 1530.

438 Vgl. OLG Koblenz NJW 1993, 3144 ff.

439 OLG Koblenz, MMR 2005, 472; a. A. LG Köln, CR 1999, 218 ff.

440 BGH, NJW 1986, 3134; OLG Karlsruhe, BB 1983, 725, 728.

441 Unklar Peter, in: Schneider/Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Rdnr. G 255, der eine Definition einzelner wichtiger Gründe „in engen Grenzen“ für wirksam erachtet. Siehe dazu auch Schreiber/Taraschka, CR 2003, 557.

442 Kündigungsrecht bejaht durch BGH, NJW 1986, 3134.

443 Für Wirksamkeit AG Bremen, NJW-RR 1987, 1007.

gungen angepasst sein muss. Fehlt es an einer Kompatibilität des Updates mit der Hardware, liegt darin ein Mangel der Pflegeleistung. Auch vertraglich darf der Kunde nicht verpflichtet werden, bei jeder Programmänderung die Software erneut entgeltlich zu erwerben.<sup>444</sup> Wollen die Softwarepflegeunternehmen eine pflegeältere Programmversion nicht mehr vornehmen, müssen sie die üblichen Fristen für die ordentliche Kündigung beachten. Alte Fehler, die nicht hinreichend durch ein Update beseitigt werden, führen zum Wiederaufleben der alten Gewährleistungsrechte. Hinzu kommt eine Pflichtverletzung aus dem Pflegevertrag (§ 280). Streitig ist, ob Pflegeleistungen mit entsprechenden Dokumentationen versehen sein müssen; für den Bereich der Hardwarewartung wurde eine solche (stillschweigende) Dokumentationspflicht abgelehnt.<sup>445</sup>

Bei der Lieferung von Updates und Upgrades ist das Kaufrecht zu beachten. Soweit die Updates Softwaremängel beseitigen, ist die Regelung des § 308 Nr. 8 zu beachten. Die Nacherfüllung hat kostenlos zu geschehen, so dass eine Umwälzung von Kosten auf den Anwender unzulässig ist. Als problematisch erweist sich die Mischung von Update und Upgrade, d. h. die Kombination von Gewährleistung und Verbesserungsprogramm. Noch ungeklärt ist die Frage, ob in solchen Fällen ein Hinweis auf die Unterscheidung notwendig ist, um den Anwender über die tatsächlich entstandenen Kosten ins richtige Licht zu setzen. Für die Fehlerbeseitigung läuft keine neue Gewährleistungsfrist. Anders ist die Rechtslage für Verbesserungen. Hier läuft eine neue Verjährungsfrist für alle gewährleistungsrechtlichen Fragen.

### 4. Die Instandsetzung/Vollpflege: Werkvertrag

#### a) Abgrenzung AÜG

Von Arbeitnehmerüberlassung – häufig auch als Leiharbeitsverhältnis bezeichnet – wird gesprochen, wenn ein selbständiger Unternehmer (Verleiher) einen Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer), mit dem er einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, gelegentlich oder kurzfristig an einen anderen Unternehmer (Entleiher) „ausleiht“. Nach § 1 Abs. 1 AÜG liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Arbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber gewerbsmäßig einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen wird. Es sind somit mindestens drei Beteiligte erforderlich. Zwischen zwei der Beteiligten besteht ein Arbeitsvertrag (Verleiher und Leiharbeitnehmer). Der Verleiher überlässt den Arbeitnehmer einem Dritten, dem Entleiher. Das schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Verleiher und dem Entleiher wird als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet. Der Entleiher erwirbt das vom Arbeitgeber, d. h. dem Verleiher, abgeleitete Recht, vom Leiharbeitnehmer die Leistung der zur Erfüllung des Überlassungsvertrages zu verrichtenden Arbeiten zu fordern und durch nähere Weisungen konkretisieren zu können (Direktionsrecht). Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht fort, d. h. der Verleiher haftet für die Vergütung, Vergütungsfortzahlung bei Urlaub und Krankheit usw. Jedoch steht dem Entleiher ein Direktionsrecht zu, d. h. der Leiharbeitnehmer unterliegt dessen Weisungen.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gilt nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Die Überlassung von Arbeitnehmern wird gewerbsmäßig durchgeführt, wenn sie vom verleihenden Unternehmen nicht nur gelegentlich, sondern dauerhaft mit dem Ziel der Gewinnerwirtschaftung betrieben wird. Ob das verleihende Unternehmen tatsächlich Gewinn erwirtschaftet, ist unerheblich. Nicht um eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes handelt es sich, wenn es sich bei dem Vertrag zwischen Unternehmer (Arbeitgeber) und Drittem um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt.<sup>446</sup> Organisiert der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen

444 AG Hanau, Urt. v. 26. 6. 1998 – 31 C 709/98–11.

445 OLG München, CR 1988, 38.

446 Siehe auch LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17. 10. 1991, BB Beil. 1992, Nr. 10, 11–12.

Erfolgs notwendigen Handlungen selbst, bleibt er für die Erfüllung der im Vertrag mit dem Dritten vorgesehenen Dienste oder für die Erstellung des dem Dritten vertraglich geschuldeten Werks verantwortlich. Bedient er sich dabei der seinen Weisungen unterliegenden Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen, so liegt ein Dienst- oder Werkvertrag vor. Bleibt jedoch nach dem Vertragsinhalt dem Dritten, in dessen Bereich die Arbeitskräfte tätig werden, die Entscheidung überlassen, wie und wann er die Arbeitnehmer für welche Arbeiten einsetzt, so liegt Arbeitnehmerüberlassung vor.<sup>447</sup>

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung bedarf, neben der Gewerbeanmeldung, der Erlaubnis nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht ein Anspruch, wenn keiner der Versagungsgründe des § 3 AÜG vorliegt.

Die Abgrenzung der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Vertragstypen oder zu der erlaubnisfreien Arbeitnehmerüberlassung ist nicht nur für die Anwendung des AÜG von Bedeutung. Sie betrifft neben dem Arbeitsrecht auch das Sozialversicherungs-, das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Wird fehlerhaft von einer erlaubnisfreien Form des dritbezogenen Personaleinsatzes ausgegangen und besitzt der Verleiher keine gültige Verleiherlaubnis, so treffen sowohl den Verleiher als auch den Entleiher nachteilige Folgen. Zur Feststellung, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, stellt das BAG konsequent auf den wirklichen Geschäftsinhalt entsprechend der praktischen Durchführung des Vertrages ab.

#### b) Problem: AGB-rechtliche Vergütungsregeln

- 197 Verboten im Werkvertragsrecht ist eine Vergütungsregelung in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die für das reine Tätigwerden eine Entgeltspflicht vorzieht. Zu solchen verboten Klauseln zählen z.B. Regelungen wie „Fahrzeiten gelten als Arbeitszeiten“. Verboten ist auch eine Klausel wie „nach Wahl Neuteile oder Austauschteile“. Als untauglichen Versuch, für das reine Tätigwerden Geld zu verlangen, gilt auch die Klausel „Angefangene Stunden werden als volle Stunden berechnet.“. Als zulässig wird hingegen angesehen, wenn der Softwareersteller nach Stunden abrechnet<sup>448</sup> oder im Rahmen von Individualverträgen eine Regelung vorsieht, wie „Kfz-Kostenanteil pauschal so und soviel Euro“.<sup>449</sup>

#### c) Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

- 198 Die oben dargestellten Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts sind vertraglich abdingbar. Da das Dienstvertragsrecht, anders als etwa § 475 im Kaufrecht, keine Grenzen für eine vertragliche Modifikation des Leistungsstörungenrechts enthält, richtet sich die Zulässigkeit haftungsbeschränkender Klauseln in Standarddienstverträgen nach den §§ 307 ff.
- 199 aa) *Ausschluss und Beschränkung der Haftung.* Anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht stellt sich im Dienstvertragsrecht nicht das Problem unterschiedlicher Regelungskomplexe für Gewährleistung und Haftung. Geschäftsbedingungen in Dienstverträgen, die sich auf die „Gewährleistung“ beziehen, sind daher – sofern sie nicht schon nach § 307 Abs. 1 Satz 2 wegen Verstoßes gegen das materielle Transparenzgebot unwirksam sind – am Maßstab des § 309 Nr. 7 zu messen. Unwirksam ist daher die häufig in Verträgen über Telekommunikations- und Internet-Dienstleistungen anzutreffende Klausel „Unsere Haftung ist auf vorsätzliches Handeln begrenzt“. Die Unwirksamkeit dieser Haftungsbeschränkung gegenüber dem Endverbraucher lässt sich auch nicht durch einen salvatorischen Zusatz „es sei denn, dem stehen zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegen“ vermeiden.<sup>450</sup>

447 Siehe auch LAG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 2. 8. 2005 – 8 TaBV 33/04, Beck RS 2006 41646 (zu der vergleichbaren Frage der Einordnung fremder Arbeitnehmer unter § 98 BetrVG).

448 OLG Stuttgart, NJW-RR 1991, 252.

449 BGH, NJW 1992, 688.

450 Vgl. BGH, NJW 1987, 1815.

Unwirksam sind auch Klauseln, die die „Haftung auf Grund von gesetzlichen Bestimmungen auf die zulässige Mindestsumme begrenzen“. Diese inhaltsleere Floskel hält weder dem Klauselverbot des § 309 Nr. 7 noch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 stand, da für den Vertragspartner nicht erkennbar ist, auf welche Haftungsfälle sich die Begrenzung bezieht und woraus sich die „zulässige Mindestsumme“ ergibt. Zulässig bleibt daher – wie schon an anderer Stelle aufgezeigt – lediglich eine Klausel, die nur die Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzung ausschließt und eine Ausnahme für vertragswesentliche Pflichten, Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit sowie Ansprüche aus dem ProdHaftG<sup>451</sup> enthält.

bb) *Beschränkung von Leistungspflichten.* In zahlreichen Dienstverträgen finden sich Klauseln, in denen (z.T. sogar unter der Überschrift „Gewährleistung“) die Leistungspflichten des Verwenders beschränkt werden, um hierdurch eine Haftung für Leistungsstörungen generell auszuschließen. Schon nach bisheriger Rechtslage war dies nach § 11 Nr. 7 AGBG und gegenüber Unternehmern nach § 9 AGBG als (mittelbarer) Haftungsausschluss unzulässig, wenn hierdurch schon die Vertragspflicht, deren Verletzung die Grundlage der Schadensersatzhaftung ist, eingeschränkt wird.<sup>452</sup> Gleiches gilt für eine fehlerhafte vertragstypologische Einordnung der geschuldeten Leistungspflichten, etwa indem eine Dienstleistung als Werkleistung bezeichnet wird und der Vertragspartner auf die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts verwiesen wird.<sup>453</sup>

Klauseln wie „Eine hundertprozentige Nutzbarkeit des Systems kann nicht gewährleistet werden.“ oder „Bei unerwarteten Systemausfällen oder vorübergehenden Einschränkungen von Leistungsmerkmalen haften wir nur, wenn die Störung nicht innerhalb von ... Tagen von uns beseitigt wird.“ sind unwirksam. Gegenüber Verbrauchern ergibt sich dies unmittelbar aus § 309 Nr. 7, da nicht danach differenziert wird, ob die Leistungsstörung auf einer nur leicht fahrlässigen Pflichtverletzung einer nicht vertragswesentlichen Pflicht beruht. Zudem verbietet § 307 Abs. 2 Nr. 2 sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern eine Gefährdung des Vertragszwecks durch Einschränkung vertragswesentlicher Rechte und Pflichten. Bei Dienstleistungsverträgen ist es daher regelmäßig unzulässig, eine Hauptleistungspflicht in einer AGB-Klausel wieder einzuschränken (um der Haftung für schuldhaft Pflichtverletzungen zu entgehen), wenn der primäre Vertragszweck gerade in der Erbringung dieser Dienstleistung besteht. Die Möglichkeit von Systemausfällen sollte daher schon bei der positiven Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden, etwa durch Vereinbarung einer bestimmten Toleranzgrenze bezüglich der Anzahl und Dauer von Ausfällen pro Zeiteinheit.<sup>454</sup>

Dennoch kann es auch bei unbeschränkter Leistungszusage sinnvoll sein, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine rein deklaratorische Klausel aufzunehmen, in der auf mögliche systemimmanente Störungen hingewiesen wird. Zwar kann hierdurch die Haftung für Leistungsstörungen infolge schuldhaft verursachter Pflichtverletzungen nicht beschränkt werden. Wird der Vertragspartner jedoch rechtzeitig bei Vertragsschluss auf die Möglichkeit unverschuldeter, systemimmanenter Leistungsstörungen hingewiesen, so reduziert sich für den Verwender das Risiko, dass er sich nach § 280 Abs. 1 oder § 282 i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 3 wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht schadensersatzpflichtig macht. Gleiches gilt für vorformulierte Hinweise auf mögliche Risiken bei Beratungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen von Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern.

Umgekehrt können Klauseln, in denen eine bestimmte Güte der Dienstleistung zugesichert wird („Wir garantieren eine Nutzbarkeit unserer Systeme von 99,99%“), haftungsver-

451 Die Haftung nach dem ProdHaftG kann bei Dienstleistungsverträgen relevant werden, wenn die zur Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlichen Geräte (etwa Modems o. ä.) zur Verfügung gestellt werden.

452 Vgl. Schlosser, WM 1978, 558, 564.

453 Ähnlich auch BGH, NJW 1992, 3158, 3161: Vermittlungsvertrag statt Reisevertrag.

454 Vgl. Jessen, ZUM 1998, 282, 287; Cichon, Internetverträge, Köln 2000, S. 21.

schärfend sein. Der Gesetzgeber hat zwar darauf verzichtet, den Rechtsbegriff der „Garantie“ außerhalb des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts (§§ 443, 444) als Anknüpfungspunkt für eine allgemeine Gewährleistung für alle Vertragstypen zu verwenden. Durch Klauseln, die eine bestimmte Qualität der Dienstleistung versprechen („wir garantieren“), wird jedoch die vertraglich geschuldete Leistung dahingehend konkretisiert, dass eine schuldhaftige Nichteinhaltung der zugesicherten Dienste eine Pflichtverletzung i.S.v. §§ 280 ff. darstellt. Die ausdrückliche Zusicherung einer bestimmten Dienstqualität kann zudem eine entsprechende vertragswesentliche Pflicht zur Gewährleistung des zugesagten Qualitätsmerkmals begründen („24h-Erreichbarkeit“, „99,99% Sicherheit“, „virengeprüft“).<sup>455</sup> In diesen Fällen sind Haftungsbeschränkungen, durch die vorangehende Zusicherungen eingeschränkt werden („Wir haften nicht für nur kurzfristige Ausfälle, es sei denn, wir haben hierfür eine ausdrückliche Garantie übernommen.“), bereits wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 (widersprüchliche AGB) unwirksam. Im Übrigen gilt auch hier, dass die Haftung für eine – auch leicht fahrlässige – Verletzung von vertragswesentliche Pflichten nicht ausgeschlossen werden kann.

203 cc) Verkürzung der Verjährung für Schadensersatzansprüche. Auch eine Verkürzung der Verjährung von Schadensersatzansprüchen ist als Begrenzung der Haftung i.S.v. § 309 Nr. 7 anzusehen.<sup>456</sup> Für AGB in Dienstverträgen bedeutet dies, dass in den von § 309 Nr. 7 erfassten Fällen (s. o.) eine Verkürzung der in § 199 geregelten Verjährungsfristen für Schadensersatzforderungen unzulässig ist.

Anders ist dies bei Verjährungsklauseln in Standarddienstverträgen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Hier ist § 309 Nr. 7 nicht anwendbar (§ 310 Abs. 1), so dass sich die Zulässigkeit von Verjährungsabreden nach der Generalklausel des § 307 richtet. Anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht kann dabei im Dienstvertragsrecht nicht auf gewährleistungsrechtliche Regelfristen zurückgegriffen werden. Der Gesetzgeber hat außerhalb des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts auf die Festlegung von gesetzlichen Mindestfristen bewusst verzichtet und in § 202 lediglich eine allgemeine Höchstfrist von 30 Jahren festgelegt. Allerdings ist der dem Gewährleistungsrecht zu Grunde liegende allgemeine Rechtsgedanke, dass der Vertragspartner auch bei einer Verkürzung der Verjährung noch die Gelegenheit haben muss, die Vertragsgemäßheit der Leistung zu prüfen und Rechtsverfolgungsmaßnahmen zu ergreifen, auch auf Dienstverträge übertragbar.

Im Ergebnis ist im unternehmerischen Bereich zu prüfen, ob die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist bewirkt, dass die Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche weitgehend verhindert würde.<sup>457</sup>

204 dd) Änderungsvorbehalte. § 308 Nr. 4 untersagt nunmehr auch im Arbeitsrecht die klauselmäßige „Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Teil zumutbar ist.“

Da es sich hierbei um ein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit handelt, sind Änderungsvorbehalte nicht generell unzulässig. Unbeachtlich sind hiernach z.B. Gründe in der Kalkulation und der Kostensteigerung auf Seiten des Verwenders.<sup>458</sup> Nach Ansicht der Rechtsprechung sind auch Klauseln unzulässig, die den Dienstverpflichteten zur Delegation der geschuldeten Dienstleistung ohne sachlichen Grund an einen Dritten berechtigen.<sup>459</sup> Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die geschuldete Dienstleistung nach

455 Vgl. dazu LG Hamburg, NJW 2001, 3486.

456 Hennrichs, in: Dauner-Lieb u. a., Schuldrecht, § 309, Rz. 11; so schon zur alten Rechtslage BGH, NJW-RR 1987, 1252, 1253.

457 Vgl. zum bisherigen Recht BGH, NJW-RR 1988, 559, 561; BGH, NZA 2001, 723; zur neuen Rechtslage siehe Mansel, in: Dauner-Lieb u. a., Schuldrecht, § 202 Rz. 15 ff.

458 Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 10 Nr. 4, Rn 16.

459 OLG Düsseldorf, VersR 1996, 637, 638.

dem gesetzlichen Leitbild des § 613 S. 1 eine höchstpersönliche Pflicht sei. Daher sei ein formularmäßiger Änderungsvorbehalt auch dann unwirksam, wenn er sich auf vorhersehbare Verhinderungen (Urlaub) erstrecke.<sup>460</sup> Zudem wird bei Dienstleistungen, denen ein besonderes persönliches Vertrauensverhältnis zu Grunde liegt (IT-Beratung), im Regelfall von der Unzumutbarkeit einer einseitigen Änderung des Dienstleisters auszugehen sein. In der Praxis sollte daher verstärkt darauf geachtet werden, dass für eine Delegation bei einer vorhersehbaren Verhinderung des Dienstverpflichteten eine ausdrückliche, individualvertragliche Vereinbarung getroffen wird. Einseitige Auftragsweiterungsvorbehalte für entgeltpflichtige Zusatzleistungen sind unzulässig.<sup>461</sup> In bezug auf Geschäftsbedingungen in Pay-TV-Verträgen<sup>462</sup> und Tk-Verträgen<sup>463</sup> hat der BGH erklärt, dass Änderungsvorbehalte unwirksam seien, wenn der Kunde bei Vertragsschluss nicht absehen könne, welche Änderungen er nach Vertragsbeginn ohne seine Zustimmung hinzunehmen hätte. Es reiche nicht aus, dass sich eine Leistungsänderung für die Mehrheit der Abonnenten vorteilhaft auswirke. Auch entsprechende Preisanpassungsklauseln seien wegen Unbestimmtheit nichtig, wenn sie ganz allgemein an eine Erhöhung der nicht näher umschriebenen Bereitstellungskosten anknüpften und weder die Voraussetzungen noch den Umfang einer Preiserhöhung näher regelten. Die Unangemessenheit einer solchen Preisanpassungsklausel werde nicht dadurch kompensiert, dass dem Kunden ein Kündigungsrecht für den Fall eingeräumt werde, dass die Preiserhöhung 5% oder mehr des ursprünglichen Preises ausmache.

ee) Änderungen der AGB. Dienstverträge sind typischerweise Dauerschuldverhältnisse, die auf eine längere Vertragslaufzeit ausgerichtet sind. In der Praxis finden sich in vielen AGB Änderungsklauseln, die gerade wegen der Planungsrisiken ein vorbehaltloses Änderungsrecht des Verwenders enthalten: „Wir behalten uns vor, diese AGB jederzeit zu ändern. Hierüber wird der Kunde rechtzeitig in Kenntnis gesetzt“. Derartige Klauseln, die eine unbeschränkte, einseitige Änderung der AGB vorsehen, sind nach h.M. wegen einseitiger Bevorzugung des Klauselverwenders unzulässig.<sup>464</sup> Ein einseitiges Änderungsrecht ist im Geltungsbereich von §§ 307, 309 nur zulässig, wenn die Änderung der Vertragsbedingungen unter dem Vorbehalt steht, dass sie für den Vertragspartner zumutbar ist. Hiervon kann nur ausgegangen werden, wenn mit den geänderten Vertragsbedingungen keine wirtschaftlichen Nachteile für den Kunden verbunden sind, was z.B. bei einer Änderung der bisherigen Haftungsregelungen zum Nachteil des Kunden nicht der Fall ist.

Unbedenklich ist hingegen eine Änderungsklausel, in der dem Kunden das Recht zur Kündigung des Vertrages eingeräumt wird, wenn er sich mit den geänderten Vertragsbedingungen nicht einverstanden erklärt, anderenfalls nach Ablauf einer angemessenen Frist das Einverständnis fingiert wird. Derartige Klauseln müssen allerdings den Anforderungen des § 308 Nr. 5 genügen, d. h. die Klausel muss vorsehen, dass der Verwender dem Vertragspartner die neuen AGB mitteilt, ihm eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung einräumt und der Kunde bei Beginn der Frist auch darauf hingewiesen wird, dass das Vertragsverhältnis ohne seinen Widerspruch oder seine Kündigung mit den neuen AGB fortgesetzt wird.<sup>465</sup>

Macht der Kunde von seinem Widerspruchsrecht, das ihm bei nachteiligen Änderungen zwingend eingeräumt werden muss, Gebrauch, wird der Vertrag zunächst zu den bisherigen Bedingungen fortgesetzt. Es obliegt dann dem Diensteanbieter, den Vertrag ordentlich zu kündigen und so einen Neuabschluss zu den geänderten AGB zu erzwingen. Allein der

460 OLG Hamm, NJW 1995, 794.

461 Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444, 445; zur Auftragsweiterungsvorbehalten in Werkverträgen vgl. BGH, NJW 1987, 2818.

462 BGH NJW 2008, 360.

463 BGH, NJW-RR 2008, 134.

464 Vgl. BGH, NJW 1998, 454, 455 f.

465 Hennrichs, in: Dauner-Lieb u. a., § 308, Rz. 7.

Widerspruch des Nutzers gegen die neuen AGB rechtfertigt indes keine fristlose Kündigung durch den Anbieter.<sup>466</sup>

- 206 Einfacher ist die Änderung von AGB bei Dienstleistungen, die nicht im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses, sondern jeweils unter Abschluss eines neuen Vertrages bei sofortiger Leistungserbringung angeboten werden (Call-by-Call-Systeme etc.). Für diese Dienstleistungen gilt für die Einbeziehung der AGB das oben Gesagte, so dass neue AGB unter den Voraussetzungen des § 305a Nr. 2b) durch die Inanspruchnahme der Dienstleistung einbezogen werden.

## X. Sonstige IT-Verträge

### 1. Shrink-Wrap Licensing

- 207 Um direkte Vereinbarungen mit dem Anwender schließen zu können, bedient sich die Softwareindustrie der sog. Schutzhüllenverträge (Shrink-Wrap-Licensing). Solche Verträge kommen in der Regel wie folgt zustande: Ein Anwender geht in ein Softwarehaus, kauft dort ein Softwarepaket und geht damit nach Hause. Dort entdeckt er, dass dieses Paket eingeschweißt bzw. der Datenträger mit einem Aufkleber verplombt ist. Darüber hinaus findet er anbei einen Zettel, auf dem die AGB des Herstellers abgedruckt sind – verbunden mit dem Hinweis, dass der Anwender mit dem Öffnen der Schutzhülle bzw. der Beseitigung des Aufklebers diesen AGB zustimmt. Zusätzlich ist dem Anwender das Recht eingeräumt, das Softwarepaket zurückgeben zu dürfen, wenn er die Versiegelung nicht beseitigt hat und mit den AGB nicht einverstanden ist.

Ähnlich legen die Softwareersteller dem Programmpaket oft ihre AGB bei (ENTER-Vereinbarungen) und verweisen den Anwender beim Programmstart darauf, dass die Benutzung der Software gleichzeitig eine konkludente Zustimmung zu den Hersteller-AGB beinhaltet.

- 208 Die rechtliche Struktur solcher Vertragsmodelle ist bizarr. Man spricht hier von End User License Agreements (EULA) und vermittelt dadurch den Eindruck, es gehe hier um Verträge, die der Endkunde mit dem Hersteller abschließen müsse. Auch der Begriff der „Lizenz“ ist nebulös; das deutsche Urheberrecht kennt keine „Lizenz“. Der Endnutzer braucht keine „Lizenz“ vom Hersteller; er hat Verträge mit dem Händler, die ihn zur Nutzung berechtigen. Alle zur Nutzung des Programms notwendigen Nutzungshandlungen sind ihm schon kraft § 69 Abs. 1 UrhG und des darin enthaltenen gesetzlichen Nutzungsrechts erlaubt. In den USA hat man versucht, EULA-Vertragsmodelle über Spezialgesetze wirksam werden zu lassen. So sollten nach dem UCITA Lizenzverträge auch dann Gültigkeit haben, wenn der Anwender sie erst nach dem Kauf der Software einsehen kann. Außerdem sollen die Softwareersteller ein Recht haben, die „Lizenz“ technisch auszuschalten. Das Gesetzesvorhaben hat sich nie durchgesetzt; es kam nur in wenigen Bundesstaaten (in Maryland und Virginia)<sup>467</sup> zur Anwendung.

- 209 Juristisch handelt es sich bei den EULA um den Versuch des Herstellers, mit dem Anwender einen zweiten Vertrag – neben der Vereinbarung mit dem Händler – zu schließen. Das Softwarepaket mit der erwähnten Schutzhülle und den sichtbaren Vertragsbedingungen ist das rechtlich wirksame Angebot des Herstellers an den Erwerber, einen „Lizenzvertrag“ abzuschließen. Das Aufreißen der Schutzhülle durch den Erwerber ist jedoch eine Handlung, die unmittelbar nur den Sinn hat, ein Hindernis für die Nutzung der Software zu beseitigen. Eine direkte Annahmeerklärung liegt also nicht vor.<sup>468</sup> Ein

466 OLG Köln, NJW 1996, 1065.

467 Carlyle C. Ring, Jr., An Overview of the Virginia UCITA, 8 RICH. J. L. & TECH. 1 (Fall 2001) at <http://www.law.richmond.edu/jolt/v8i1/article1.html>.

468 Schumacher, CR 2000, 642; Anders die Ansicht in den USA; Brower v. Gateway 2000, Inc., 246 A.D.2d 246, 250 – 51, 676 N.Y.S.2d 569 (1998); Hill v. Gateway 2000, Inc., 105 F.3d 1147 (7th Cir.), cert. denied, 522 U.S. 808 (1997); ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

unmittelbar lediglich auf einen tatsächlichen Erfolg zielendes Verhalten kann aber mittelbar einen Rechtsfolgewillen zum Ausdruck bringen, d.h. als Willenserklärung gewertet werden. Schutzhüllenverträge sind folglich mangels Zustimmung des Anwenders zum Vertragsschluss unwirksam.<sup>469</sup> Ähnliches gilt für Versuche, einen Vertragsschluss mittels Drücken der Enter-Taste zu konstruieren.<sup>470</sup>

### 2. Open Source und GPL

Die „General Public License“ (GNU/GPL) in der Version 3 aus dem Jahr 2007<sup>471</sup> gilt als Grundmodell für Open Source Software Lizenzen. Dem Nutzer wird unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt; er übernimmt aber auch die Verpflichtung, seine Umgestaltungen wiederum zur allgemeinen Nutzung nach den GPL-Bedingungen freizustellen. Streitig ist die Rechtsnatur von Open Source-Konstellationen. Teilweise wird hier mit Schenkungsrecht argumentiert.<sup>472</sup> Andere stellen stärker auf gesellschaftsrechtliche Strukturen ab. Schließlich könnte man auch darauf rekurren, dass es sich hier angesichts des kommerzialisierten Gedankens des Weitervertriebs um normale Kauf- und Werkverträge handelt.

Die in der Version 2 der GPL zu findende Formulierung „provided that the following conditions are met“ bezieht sich nach herrschender Meinung auf eine Nutzungseinräumung, die mit einer auflösenden Bedingung i.S.v. § 158 Abs. 2 gekoppelt ist.<sup>473</sup> Diese Bedingungsstruktur soll auch für den Vertrieb von Open Source unter der Version GPL 3 gelten, obwohl dieser Text nicht mehr von „condition“ spricht.<sup>474</sup>

Mit dem Ziel der Einräumung eines weitestgehenden Verwertungsrechts für den Nutzer erlauben die GPL die freie Vervielfältigung und Veränderung des Quellcodes. Das Bearbeitungsrecht umfasst dabei die Erlaubnis zur Umarbeitung und Weiterentwicklung sowie die Befugnis zum Dekompilieren und Kompilieren. Diese veränderten Werke dürfen die Nutzer wiederum frei vervielfältigen und verbreiten unter der Voraussetzung, dass sie wieder unter die GPL gestellt werden und kein Entgelt dafür verlangt wird (§ 2). Die GPL möchte sicherstellen, dass bei der Vermarktung der bearbeiteten Computerprogramme kein Gewinn erzielt wird. Es ist lediglich erlaubt, ein Entgelt in Höhe der eigenen Kostendeckung zu verlangen. Durch die sog. „Linux-Klausel“ in § 32 Abs. 3 Satz 3 UrhG ist für das deutsche Recht der wirksame Ausschluss der Vergütungsansprüche der einzelnen Urheber sichergestellt.

Vorgeschrieben ist in allen Lizenzformen, dass ein Hinweis auf die Ursprungsquelle der Software in das Marketing aufgenommen werden muss. Unwirksam sind die Hinweise darauf, dass die Software unter Ausschluss jedweder Haftung genutzt werden kann. Eine solche Klausel ist als Disclaimer nicht mit deutschem Recht vereinbar (§§ 309 Nr. 7 und 8b, 475). Selbst im Falle einer Schenkung bleibt nach deutschem Verständnis eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bestehen (§§ 276 Abs. 3, 521, 523, 524).

Im Einzelnen führt dieses Vertragsstück im deutschen Recht jedoch zu zahlreichen Auslegungsfragen, insbesondere im Hinblick auf die im Urhebervertragsrecht geltende Zweckübertragungstheorie. Strittig ist erstens die wirksame Einbeziehung neuer Nut-

469 Anderer Ansicht ohne nähere Begründung OLG Stuttgart, NJW 1989, 2633 = CR 1989, 685 = DuD 1990, 97. Siehe auch Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. Köln 2007, Anh. § 310 BGB Rdnr. 773, der darauf abstellt, dass hier ein Vertrag „zugunsten Dritter“ (!) zustande komme.

470 Specht v. Netscape Communications, Nos. 00 CIV 4871, 00 CIV 6219, 00 CIV 6249, 2001 WL 755 396 (S. D. N. Y. 07/05/01)

471 Siehe dazu [http://www.ifross.de/ifross\\_html/gpl-seite.html](http://www.ifross.de/ifross_html/gpl-seite.html)

472 Metzger, in: Jaeger, Open Source-Software 2002, 137 ff.

473 S. zu der Möglichkeit einer bindenden Rechteinräumung BGH, NJW 1958, 1583; für Open Source ausdrücklich LG München, CR 2004, 774, 775 f. und jetzt auch LG Frankfurt, CR 2006, 729.

474 Metzger, GRUR 2008, 131.



zungsarten gem. § 31 Abs. 4 UrhG. Da die GPL im Kern aus dem Jahre 1991 stammt, aber stets aufs Neue mit dem Urheber vereinbart wird, ist bei neueren Lizenzvereinbarungen problematisch, ob auch andere Nutzungsarten umfasst sind. Zweifellos ist der Vermerk in § 9 GPL, das alle späteren Versionen umfasst sind, darauf keine Antwort. Eine Lösung für zukünftige Verträge soll durch den Hinweis auf die Version der GPL erreicht werden. Bei früheren Vereinbarungen hilft dies jedoch nicht weiter. Es wird teilweise dafür plädiert, auf den Zeitpunkt der ersten Verbreitung der Software abzustellen. Bei einer sukzessiven Bearbeitung einer Software nach diesem Ansatz wären dann aber zwei verschiedene Lizenzen notwendig.

Zu klären ist auch, welche Verwertungsrechte in die GPL einbezogen sind. Ausdrücklich umfassen die GPL nur das Vervielfältigungs-, Verbreitungs- und Bearbeitungsrecht. Nicht durch diesen Vertrag eingeräumt werden nach deutschem Recht also das Vermietrecht, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und zur öffentlichen Zugänglichmachung. Bezüglich des Rechts aus § 19a UrhG ist problematisch, dass einer der bedeutendsten Verbreitungswege, das Internet, dadurch abgeschnitten würde. Gegen eine ergänzende Auslegung spricht hier jedoch eindeutig § 31 Abs. 5 UrhG.

- 212 Ein weiteres Problem wirft die dogmatische Einordnung der Bedingungen zur Einräumung des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts auf. Vertreten wird, dass die Bedingungen zur Vereinbarung einer auflösenden Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 2 führten. Andere gehen dagegen von einer dinglichen Beschränkung im Sinne einer eigenen Nutzungsart aus. Nach Auffassung des LG München enthält die GPL Allgemeine Geschäftsbedingungen, die in Deutschland nach den §§ 305 ff. wirksam in Nutzungsrechtsverträge einbezogen werden können. Die Verpflichtungsklauseln in den Ziff. 2 und 3 der GPL verstoßen insbesondere nicht gegen § 307. Verstößt ein Nutzer gegen die Pflichten aus der GPL, erlöschen seine Nutzungsrechte und er kann vom Rechtsinhaber wegen Urheberrechtsverletzungen in Anspruch genommen werden.<sup>475</sup>

#### Literaturhinweise:

Gaulke, Markus, Risikomanagement in IT-Projekten, München 2002; Hoeren, Thomas, IT-Vertragsrecht, Köln 2007; Junker, Abbo/Benecke, Martina, Computerrecht, 3. Aufl. Baden-Baden 2003; Koch, Frank, Computervertragsrecht, 5. Aufl. 2000; Marly, Jochen, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. München 2004; Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, Band III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München 1993; Müller-Hengstenberg, Claus Dieter, Vertragsbedingungen für Softwareverträge der öffentlichen Hand, 7. Aufl. Berlin 2008; Redeker, Helmut, Der EDV-Prozeß, 2. Aufl. München 2000; ders. (Hg.), Handbuch der IT-Verträge, Loseblatt Köln Stand 2007; Ruppelt, Martin, Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990; Schneider, Jochen, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. Köln 2003; ders./von Westphalen, Friedrich Graf, Software-Erstellungsverträge, Köln 2006; Schneider, Jörg, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, München 1989; Schröder, Gerhard, Softwareverträge. Lizenzierung, Erstellung und Kauf, 2. Aufl. München 2002; Söbbing, Thomas (Hg.), IT-Outsourcing, 3. Aufl. Heidelberg 2006; Ullrich, Hanns/Lejeune, Mathias (Hg.), Der internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. Frankfurt 2006; Weyers, H.-L. (Hg.), Datenverarbeitungsprogramme als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Baden-Baden 1992; Zahmt, Christoph, Projektmanagement von IT-Verträgen. Ein Ratgeber für Auftragnehmer und Auftraggeber, Heidelberg 2002; ders./Erben, Meinrad, IT-/DV-Verträge. Wirksame und unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2001.

475 LG München I, MMR 2004, 693 = ZUM 2004, 861 = CR 2004, 774; Schulz, „Open Source Software vor Gericht“ MMR 2004, 573. Ähnlich auch LG Frankfurt, CR 2006, 729 m. Anm. Grätzmacher.

#### Fundstellenverzeichnis der zitierten BGH-Entscheidungen

Datum	Aktenzeichen	NJW *NJW-RR	WM	BB * DB	MDR/ Sonstige	BGHZ * BeckRS
27. 9. 1951	IV ZR 155/50	1952, 23				3, 162
18. 5. 1955	I ZR 8/54	1955, 1276		* 1955, 721		17, 266
24. 6. 1955	I ZR 178/53	1955, 1356				17, 376
15. 4. 1958	I ZR 31/57	1958, 1583			GRUR 1958, 504	27, 91
21. 12. 1960	VIII ZR 9/60	1961, 730	1961, 228	1961, 228	1961, 315	
25. 10. 1961	V ZR 30/60	1962, 149				36, 46
22. 5. 1963	VIII ZR 49/62	1963, 1452		1963, 747	1963, 671	39, 287
30. 5. 1963	VII ZR 236/61	1963, 1827		1963, 834	1963, 754	39, 366
25. 5. 1964	VII ZR 239/62	1964, 1791		1964, 864	1964, 742	42, 16
10. 11. 1965	VIII ZR 12/64	1966, 248				44, 241
25. 2. 1966	Ib ZR 30/64				GRUR 1966, 567	
20. 5. 1966	V ZR 214/64		1966, 899	* 1966, 1390	1966, 749	
6. 12. 1966	VI ZR 32/65			1967, 330	1967, 664	46, 238
28. 1. 1968	II ZR 18/65	1968, 1567			1968, 564	49, 356
					JZ 1968, 430	
26. 5. 1970	VI ZR 168/68	1970, 1454		1970, 903	1970, 751	54, 82
30. 9. 1971	VII ZR 20/70	1972, 99		1972, 39		
21. 2. 1973	VIII ZR 212/71	1973, 698		* 1973, 719	1973, 580	60, 212
19. 6. 1973	VI ZR 46/72	1973, 1647/1971		1973, 1414	1974, 216	61, 56
5. 7. 1973	VII ZR 12/73	1973, 1688	1973, 1015	1973, 1043	1973, 841	61, 118
15. 11. 1973	VII ZR 110/71	1974, 95	1974, 221	* 1974, 40	1974, 220	
1. 2. 1974	IV ZR 2/72	1974, 895/1281	1974, 304	1974, 435	1974, 567	62, 103
26. 3. 1974	VI ZR 217/72	1974, 1285				
9. 12. 1976	II ZR 205/74	1977, 501			1977, 473	67, 383
16. 12. 1976	KVR 2/76	1977, 675			GRUR 1977, 269	68, 23
2. 12. 1977	I ZR 29/76	1978, 1918	1978, 303	* 1978, 392	1978, 637	
26. 1. 1978	VII ZR 50/77	1978, 1054				
12. 12. 1978	VI ZR 159/77	1979, 866			1979, 482	
28. 11. 1979	VIII ZR 317/78	1980, 831	1980, 130	1980, 388 * 1980, 494	1980, 486	
26. 2. 1980	VI ZR 53/79	1980, 1518			1980, 660	76, 216
					VersR 1980, 675	
12. 5. 1980	VII ZR 166/79	1980, 1953		1980, 1821		77, 126
1. 7. 1980	VI ZR 112/79	1980, 2186			VersR 1980, 1027	
10. 7. 1980	VII ZR 139/79	1980, 2800	1980, 1147	* 1980, 2337	1980, 1014	
10. 12. 1980	VIII ZR 295/79	1981, 867	1981, 244	1981, 389 * 1981, 1130	1981, 491 ZMR 1984, 196	79, 117
25. 2. 1981	VIII ZR 35/80	1981, 1501	1981, 558	1981, 1177 * 1981, 1515	1981, 839 ZIP 1981, 504	
9. 4. 1981	VII ZR 194/80	1981, 1510	1981, 681	1981, 935	1981, 837	
3. 6. 1981	VIII ZR 153/80	1981, 2648	1981, 954	1981, 185 * 1981, 1977	1982, 222 ZIP 1981, 868	
3. 7. 1981	I ZR 106/79				GRUR 1982, 102	* 1982, 230056
5. 10. 1981	VII ZR 259/80	1982, 696	1981, 1358	1981, 2030 * 1982, 538	1982, 538	
7. 10. 1981	VIII ZR 229/80	1982, 331	1982, 9	1982, 146	JZ 1982, 111	82, 21
21. 1. 1982	I ZR 182/79				1982, 640 GRUR 1982, 308	
18. 2. 1982	I ZR 81/80				1983, 113 GRUR 1984, 45	

## IT-Verträge

Datum	Aktenzeichen	NJW *NJW-RR	WM	BB * DB	MDR/ Sonstige	BGHZ * BeckRS
30. 6. 1982 2. 12. 1982	VIII ZR 259/81 I ZR 176/80	1982, 2380	1982, 1028	1982, 2072 1983, 552	1983, 127 VersR 1983, 339	* 1982, 30380875
27. 1. 1983	I ZR 76/81	1983, 2026	1983, 595	1983, 1120 * 1983, 1596	1983, 817 GRUR 1983, 1596	
10. 3. 1983	III ZR 169/81	1983, 2813	1983, 795		1983, 1000 ZMR 1983, 303	
10. 3. 1983	VII ZR 302/82	1983, 1489			JR 1983, 459	87, 112
23. 3. 1983	VII ZR 335/81	1983, 1903	1983, 685	1983, 2354	1983, 1017	
19. 1. 1984	VII ZR 220/82	1984, 1350			JZ 1984, 475	89, 363
23. 2. 1984	VII ZR 274/82	1985, 3016	1984, 1224	1984, 393 * 1984, 2342	1984, 1018 ZIP 1984, 971	
29. 3. 1984	III ZR 24/83	1984, 1755	1984, 649	1984, 1119 * 1984, 1461	1984, 741 ZIP 1984, 682	91, 9
28. 5. 1984	III ZR 231/82	1984, 2941	1984, 1174	1984, 1829 1984, 2556 * 1985, 375	1985, 299 ZIP 1984, 1324	91, 316
5. 6. 1984 6. 6. 1984	X ZR 75/83 VIII ZR 83/83	1984, 2160 1984, 2938	1984, 1092	1984, 1895 * 1984, 2132	1985, 316 JZ 1984, 1045	
19. 6. 1984	X ZR 93/83	1984, 2406			GRUR 1984, 756	
8. 11. 1984	VII ZR 256/83	1985, 632			DNotZ 1985, 298	
26. 11. 1984 6. 12. 1984	VIII ZR 214/83 VIII ZR 227/83	1985, 623 1985, 855	1985, 199	1985, 193 * 1985, 483	1985, 398 BauR 1985, 192	93, 29
16. 1. 1985	VIII ZR 317/83	1985, 1769	1985, 463	1985, 1561 * 1985, 1385	1985, 488	
30. 1. 1985	VIII ZR 238/83	1985, 1333	1985, 518	1985, 546 * 1985, 1226	1985, 1019 JR 1985, 364 A	93, 338
22. 5. 1985	VIII ZR 140/84	1985, 2526	1985, 975	1985, 1354 * 1985, 2348	1985, 927 JZ 1985, 755	
3. 7. 1985 17. 9. 1985	VIII ZR 152/84 VI ZR 73/84	* 1986, 52 1986, 180	1985, 1145 1985, 1531	1985, 2071 1986, 25 * 1986, 422	1986, 50 ZIP 1985, 1506	
7. 11. 1985	VII ZR 270/83	1986, 922	1986, 291	1986, 761 * 1986, 530	1986, 401	96, 221
30. 1. 1986	I ZR 242/83	1987, 1259	1986, 1002	1986, 1319	1986, 910 CR 1986, 337	
20. 2. 1986	VII ZR 142/85	1986, 1861	1986, 717	1986, 971 * 1986, 1221	1986, 838 ZIP 1986, 789	
6. 3. 1986	I ZR 208/83	* 1986, 1183			GRUR 1986, 736	
26. 5. 1986 17. 12. 1986	VIII ZR 218/85 VIII ZR 279/85	1986, 3134 1987, 1072	1986, 1059	* 1986, 2224	AP 1986, 233 1987, 575	
4. 3. 1987 4. 3. 1987	IVa ZR 122/85 IVa ZR 122/85	1987, 1815 1987, 1815			ZIP 1987, 240 JZ 1987, 723	100, 117 100, 117
25. 3. 1987	VIII ZR 43/86	1987, 2004	1987, 818	1987, 1277	1987, 926 CR 1987, 358	
4. 6. 1987	I ZR 159/85	* 1987, 1252				
8. 7. 1987	VIII ZR 274/86	1988, 254	1987, 1200	1987, 1904 * 1987, 2197	1988, 138 ZIP 1987, 1320	
14. 7. 1987 4. 11. 1987	X ZR 38/86 VIII ZR 314/86	1987, 2818 1988, 406	1987, 1492	1988, 20	JZ 1987, 1129 CR 1988, 124	101, 307 102, 135
21. 12. 1987 3. 3. 1988	II ZR 177/87 X ZR 54/86	* 1988, 559 1988, 1785	1988, 666	* 1988, 1155	1988, 579 ZIP 1988, 515	
22. 6. 1988	VIII ZR 232/87	1988, 2664			1988, 1052 WuM 1988, 302	

## X. Sonstige IT-Verträge

Datum	Aktenzeichen	NJW *NJW-RR	WM	BB * DB	MDR/ Sonstige	BGHZ * BeckRS
11. 10. 1988 18. 1. 1989	XI ZR 1/88 VIII ZR 142/88	1989, 1029 * 1989, 625	1989, 538	1989, 1293 * 1989, 874	1989, 167	
26. 4. 1989 5. 7. 1989	VIII ZR 312/87 VIII ZR 334/88	1989, 2118 1989, 3222	1989, 911 1989, 1574	1989, 1436 1989, 2163	JZ 1990, 412 1990, 146 CR 1990, 189 1990, 330 ZMR 1990, 54	107, 249
11. 10. 1989	VIII ZR 142/88	* 1990, 142	1990, 78	* 1990, 219		
18. 10. 1989 21. 11. 1989	VIII ZR 325/88 VI ZR 350/88	1990, 320 1990, 908	1990, 564	1990, 445	1990, 531 JZ 1980, 199 1990, 527 JZ 1990, 342	109, 97
8. 12. 1989	V ZR 259/87	1990, 1661	1990, 479		1990, 537 ZIP 1990, 237 1990, 537 JZ 1990, 972	110, 88
17. 1. 1990	VIII ZR 292/88	1990, 2065	1990, 720	1990, 373 * 1990, 578	ZIP 1990, 237 1990, 510	110, 130
24. 1. 1990	VIII ZR 22/89	1990, 1290	1990, 510	1990, 510	JZ 1990, 972 1990, 814 ZIP 1990, 511	
21. 2. 1990	VIII ZR 216/89	* 1990, 886	1990, 886	1990, 950	1990, 1103 CR 1990, 711	
7. 3. 1990	VIII ZR 56/89	1990, 3011	1990, 987	* 1990, 1123	CR 1991, 89	
15. 5. 1990	X ZR 128/88	1990, 3008	1990, 1628	BB-Beil. 1991, 18/H, 26		
27. 6. 1990	VIII ZR 72/89	* 1990, 1462	1990, 2000	1990, 2003 * 1990, 2016	1991, 237 CR 1986, 79	
4. 10. 1990 16. 10. 1990	XII ZR 46/90 XI ZR 165/88	* 1991, 74 1991, 352	1992, 316		VersR 1991, 311 1991, 846 VersR 1991, 310	
18. 12. 1990	VI ZR 169/90	1991, 1540			1991, 1136	
17. 4. 1991	VIII ZR 114/90	1991, 1880	1991, 1224	1991, 1451 * 1991, 2183		
26. 6. 1991	VIII ZR 231/90	1991, 2631	1991, 1591	1991, 1522 * 1991, 2234	1992, 25 ZIP 1991, 1362 CR 1992, 543 1992, 231	115, 286 116, 117
24. 9. 1991 9. 10. 1991 19. 11. 1991 13. 2. 1992	X ZR 85/90 VIII ZR 88/90 X ZR 63/90 III ZR 28/90	* 1992, 556 1992, 566 1992, 688 1992, 2080	1992, 34 1992, 147	1992, 23	VersR 1992, 964	
5. 5. 1992	X ZR 115/90	* 1992, 1141				
9. 7. 1992 3. 11. 1992	VII ZR 7/92 X ZR 83/90	1992, 3158 1993, 1063	1993, 561	* 1993, 531	1993, 421 CR 1993, 352	119, 152
4. 11. 1992 11. 11. 1992	VIII ZR 165/91 VIII ZR 238/91	1993, 461 1993, 335	1993, 111 1993, 24	1992, 2460 * 1993, 221	1993, 212 ZIP 1993, 46 1993, 1058 ZMR 1993, 320	
26. 1. 1993 27. 1. 1993 20. 4. 1993	X ZR 90/91 XII ZR 141/91 X ZR 67/92	* 1993, 560 * 1993, 519 1993, 2054	1993, 914 1993, 1414	1993, 1395 * 1993, 1716	1994, 349 ZIP 1993, 1091 1993, 841 VersR 1993, 957	122, 241 123, 83
23. 6. 1993	IV ZR 135/92	1993, 2369				
14. 7. 1993	VIII ZR 147/92	1993, 2436	1993, 1639	1993, 1755 * 1993, 1871	1993, 950	
30. 9. 1993 15. 12. 1993	VII ZR 178/91 VIII ZR 157/92	1993, 3196 1994, 722	1994, 74 1994, 645	1993, 2182 1994, 815 * 1994, 728	1993, 1206 1994, 457	
10. 2. 1994 14. 7. 1994	VII ZR 20/93 IX ZR 110/93	1994, 1276 1994, 2885	1994, 1215 1994, 1711	* 1994, 2335	1994, 480 1995, 139	125, 111

## IT-Verträge

Datum	Aktenzeichen	NJW *NJW-RR	WM	BB * DB	MDR/ Sonstige	BGHZ * BeckRS
14. 2. 1996	VIII ZR 89/95	1996, 1465	1996, 831	* 1996, 1327	1996, 674 CR 1996, 402	
13. 3. 1996	VIII ZR 99/94	* 1996, 949				
2. 7. 1996	X ZR 64/94	1996, 2924	1996, 1695	Beil. 19, 2 * 1996, 2075	1997, 26 CR 1996, 663	
10. 10. 1996	VII ZR 250/94	1997, 259	1997, 129	1996, 2588 * 1997, 272	1997, 139	
4. 12. 1996	VIII ZR 360/95	1997, 933	1997, 418	1997, 383	1997, 329	
4. 3. 1997	X ZR 141/95	1997, 2043	1997, 1586	* 1997, 1508	1997, 913	
23. 7. 1997	VIII ZR 238/96	1997, 3227	1997, 2315	1997, 2131 * 1997, 2071	1998, 91	
8. 10. 1997	IV ZR 220/96	1998, 454	1998, 558	1997, 2551 * 1998, 466	1998, 90	136, 394
10. 3. 1998	X ZR 70/96	1998, 2132	1998, 1294	1998, 1283	1998, 1021	
21. 1. 1999	III ZR 289/97	1999, 1031	1999, 914		1999, 407 ZIP 1999, 401	
23. 6. 1999	VIII ZR 84/98	1999, 3192	1999, 1898	1999, 1999 * 1999, 1848	1999, 1184	
8. 7. 1999	VII ZR 237/98	1999, 3261	1999, 2123	1999, 1997 * 1999, 2307	1999, 1378	
15. 9. 1999	I ZR 98/97	* 2000, 393	2000, 74	2000, 585		
22. 12. 1999	VIII ZR 299/98	2000, 1415	2000, 485	2000, 638	2000, 442 CR 2000, 207 ZIP 2000, 456	143, 307
13. 12. 2000	10 AZR 168/00			2001, 938 * 2001, 928	2001, 821 NZA 2001, 723	* 2000, 30149407
20. 2. 2001	X ZR 9/99	2001, 1718	2001, 917	2001, 803 * 2001, 1141	CR 2001, 367 ZIP 2001, 1141	
17. 5. 2001	I ZR 291/98		2001, 1830	* 2002, 680	2002, 228 GRUR 2001, 841	BGHZ 148, 26
9. 10. 2001	X ZR 58/00				CR 2002, 93	* 2001, 30210232
21. 2. 2002	I ZR 140/99	* 2002, 1119			GRUR 2002, 709	
3. 7. 2002	XII ZR 327/00	2002, 3232	2003, 389		2002, 1361	
24. 10. 2002	I ZR 3/00	2003, 2014			GRUR 2003, 416	152, 233
17. 12. 2002	X ZR 220/01	2003, 886	2003, 448	* 2003, 608	ZIP 2003, 533	
19. 3. 2003	VIII ZR 295/01	2003, 1665	2003, 1025	* 2003, 1109	2003, 732 CR 2003, 480	154, 239
20. 5. 2003	X ZR 57/02	* 2003, 1320	2004, 798		2003, 1045	
22. 12. 2004	VIII ZR 91/04	2005, 1045	2005, 1612	2005, 626 * 2005, 718	2005, 503	
23. 2. 2005	VIII ZR 100/04	2005, 1348	2005, 945	2005, 909 * 2005, 997	2005, 673	162, 219
20. 7. 2005	VIII ZR 121/04	* 2005, 1496	2005, 2002		CR 2006, 228 ZIP 2005, 1785	164, 11
11. 5. 2006	VII ZR 300/04	* 2006, 1248			2006, 1221	* 2006, 07174
16. 8. 2006	VIII ZR 200/05	2006, 3200		2006, 2207	ZIP 2006, 1867	
15. 11. 2006	XII ZR 120/04	2007, 2394	2007, 467		2007, 257	
11. 10. 2007	III ZR 63/07	* 2008, 134	2007, 2202	2007, 2644	MMR 2008, 36	
15. 11. 2007	III ZR 247/06	2008, 360	2008, 308		2008, 189	
23. 1. 2008	VIII ZR 246/06	2008, 1147	2008, 561	2008, 1086	2008, 373	