

THOMAS HOEREN

EDV-Gewährleistungsrecht – Aktuelle Entwicklungen

Der Verfasser zeigt im folgenden auf, welche neuen Entwicklungen das Gewährleistungsrecht in bezug auf das EDV-Recht prägen. Er berichtet über die Tendenz der Rechtsprechung, Softwareüberlassungsverträge gewährleistungsrechtlich als Werkverträge einzustufen. Ferner

wird dargelegt, welche Konsequenzen sich aus der Einstufung des Kaufes von Standardsoftware als Gattungskauf ergeben. Abschließend skizziert er die Überlegungen einer Kommission des Bundesjustizministeriums zur Reform des Schuldrechts.

Seit einigen Monaten hat sich das Gewährleistungsrecht im Hinblick auf EDV-Produkte – fast unbemerkt von der EDV-rechtlichen Literatur – verändert. Bislang war der Stand der Dinge einfach zusammenzufassen: Verträge über die Entwicklung von Individualsoftware wurden gewährleistungsrechtlich als Werkverträge, Vereinbarungen über den Erwerb von Standardsoftware als zumindest kaufvertragsähnlich eingestuft. Dementsprechend wandte man auf den ersten Vertragstyp §§ 633 ff. BGB und auf den zweiten Vertragstyp §§ 459 ff. BGB an. Kam es zu Mischformen, wurde

danach differenziert, ob im Einzelfall werk- oder kaufvertragliche Elemente überwiegen.¹

I. Softwareüberlassung als Werkvertrag

Die Rechtsprechung möchte seit einiger Zeit alle Softwareverträge als Werkverträge einstufen.² Sie interpretiert hierzu die Compiler-Entscheidung des *Bundesgerichtshofs*,³ in der die zumindest kaufvertragsähnliche Einstufung von Softwareüberlassungsverträgen gegangensei, 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 heißt es z. B. in dem Urteil des *OLG Köln* vom 11. Oktober 1991⁴: »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 verweist das *OLG Hamm* in seinem Urteil vom 22. August 1991⁵ auf das Werkvertragsrecht: »Wenn der Abnehmer jedoch ein nicht sachkundiger Endabnehmer ist, der eine Gesamtanlage zur Bewälti-

1. Man möge es mir verzeihen, wenn ich auf die Zierung von Literatur zu diesem Themenkreis ausnahmsweise verzichte. Diese Literatur hat bereits solch krebisförmige Auswüchse angenommen, daß sie nicht mehr überschaubar ist. Im übrigen finden sich dort meist nur gleiche Argumentationen und Ergebnisse. Wer auf der Suche nach Literaturhinweisen ist, kann weitere Angaben in den Werken von König, *Das Computerprogramm im Recht*, Köln 1991, 268 ff. und Sandhovel, *Gewährleistung beim Erwerb von Software*, Diss. Bonn 1991, 208 ff. finden.

2. So die Tendenz, die sich in folgenden Entscheidungen deutlich dokumentiert: *OLG Köln*, Urz. v. 11.10.1991 – 19 U 87/91 = CR 1992, 153; *OLG Hamm*, Urz. v. 22.8.1991 – 31 U 260/90 = CR 1992, 206, 207; *OLG Düsseldorf*, Urz. v. 9.6.1989 – 16 U 209/88 = NJW 1989, 2627 = CR 1990, 122. Vgl. hierzu auch *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, München 1991, S. 145 ff.; *Mehrings*, NJW 1988, 2438, 2439 f. Man mag die oben angegebene Rechtsprechung als typisch »norddeutsch« abtun; meines Frachmens ist aber in Zukunft damit zu rechnen, daß sich auch andere Oberlandesgerichte dieser Linie anschließen werden.

3. *BGH*, Urz. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86 = NJW 1988, 406, 407 f. = CR 1988, 124, 125 f.

4. *OLG Köln* FN 1.

5. *OLG Hamm* FN 1.

gung bestimmter Aufgaben erwerben will, entspricht es nach den Erfahrungen des Senats eher den Vorstellungen von Lieferant und Abnehmer, daß eine werkvertragliche Leistung jedenfalls dann geschuldet wird, wenn der Lieferant die Verpflichtung übernimmt, den Abnehmer in den Gebrauch der Anlage einzuweisen und entsprechend zu schulen.«

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

II. Softwarekauf als Gattungsschuld

Die herrschende Meinung sieht den Erwerb von Standardsoftware (ohne nähere Begründung) als Stückschuld an und prüft daher bei Softwarefehlern § 459 BGB. Diese Ansicht ist jedoch unzutreffend: Im Regelfall will der Anwender nicht eine bestimmte Kopie des Programms erwerben, sondern ein Exemplar der entsprechenden Programmattung. Daher ist der Kauf von Standardsoftware als Gattungskauf zu qualifizieren und § 480 statt § 459 BGB bei Programmfehlern einschlägig.⁶

Dadurch ändert sich an den Voraussetzungen der Gewährleistung nichts: Bei Gattungskäufen liegt ein Fehler vor, wenn eine Sache zwar aus der Gattung stammt, aber nicht mittlerer Art und Güte (§ 243 Abs. 1 BGB bzw. § 360 HGB) entspricht. Die Standards mittlerer Art und Güte sind wiederum bei allen Abweichungen der Ist- von der Sollbeschaffenheit nicht eingehalten, wenn dadurch der Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch aufgehoben oder nicht unerheblich gemindert ist. Insofern ist der Mangelbegriff des § 459 BGB in § 480 BGB hineinzulesen.

Unterschiedlich sind allerdings die Rechtsfolgen: Grundsätzlich bleibt bei Mängeln im Rahmen eines Gattungskaufes der Erfüllungsanspruch bestehen. Erst in einer zweiten Stufe, ab der Übergabe der Sache, wandelt sich der Erfüllungsanspruch in einen Nachlieferungsanspruch um (§ 480 Abs. 1 S. 1 BGB). Verlangt der Käufer Nachlieferung, kommt der Verkäufer sofort in Verzug, da das Nachlieferungsverlangen als Mahnung anzusehen ist. Falls der Käufer die Sache als »Erfüllung« akzeptiert (vgl. § 363 BGB),⁵ kann er nur

noch Wandelung oder Minderung verlangen und verliert seinen Nachlieferungsanspruch.

Problematisch ist insofern vor allem, daß bei echten Programmfehlern die gesamte Gattung als fehlerhaft anzusehen ist: Wenn z.B. bei einem Textverarbeitungsprogramm eine wichtige Funktion fehlt, haftet dieser Mangel an allen Programmkopien, so daß der Händler partout keine fehlerfreie Ware nachliefern kann. Wie kann der Käufer dann bei solchen Fehlern seine Rechte geltend machen?

In einem solchen Fall ist davon auszugehen, daß der Lieferant nicht mehr zur Erfüllung des Vertrages in der Lage ist. Insofern liegt ein Fall des subjektiven Unvermögens vor, bei dem jegliches Verschulden oder Nichtverschulden des Lieferanten gemäß § 279 unbeachtlich ist. Damit müßte man eigentlich zu dem Ergebnis kommen, daß dem Anwender gemäß § 325 I BGB gegen den Lieferanten ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag oder ein Anspruch aus Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Nachlieferung zusteht. Diese Konsequenz wird von der herrschenden Meinung^{8a} aber nicht gezogen: Sie geht davon aus, daß der Anspruch auf Nachlieferung bei Fehlern der gesamten Gattung ersatzlos entfällt und der Käufer nur noch die Rechte auf Wandelung und Minderung des Vertrages hat.

Fraglich könnte allerdings sein, ob nicht der Softwarekauf selbst als beschränkte Vorratsschuld einzustufen ist. Dies hätte zur Konsequenz, daß im Falle des oben beschriebenen Gattungsfehlers kein subjektives Unvermögen, sondern objektive Unmöglichkeit vorliegt; die in § 279 BGB statuierte verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Schuldners entfiel damit.⁹ Das Vorliegen einer Vorratsschuld setzt voraus, daß sich die Parteien von vornherein auf die Lieferung aus einem bestimmten Vorrat geeinigt haben. Eine solche Einigung kann auch stillschweigend erfolgen und ist etwa beim Kauf einer Ware mit besonderen Eigenarten vom Hersteller anzunehmen.¹⁰ Beim normalen Softwareüberlassungsvertrag zwischen Händler und Anwender ist jedoch im Regelfall nicht vom Vorliegen einer Vorratsschuld auszugehen.

6: So bislang nur *Marly* (FN 1), S. 190 und *Malzer*, Der Softwarevertrag, Köln 1991, 95 ff. und 153 ff.

7: Die Anwendbarkeit der Regeln über die Schlechtermittlung ist vom *BGH* allerdings bei beiderseitigen Handelskäufen insofern erweitert worden, als die §§ 459 ff. BGB auch bei einem genehmigungsfähigen aloud Anwendung finden, vgl. *BGH*, Urf. v. 9.10.1991 – VIII ZR 85/90 = NJW 1992, 566.

8: Davon ist nach der Rechtsprechung nur dann auszugehen, wenn »die Software nach Einweisung des Personals und der Überwindung immer wieder vorkommender Anfangsschwierigkeiten eine gewisse Zeit im Betrieb des Auftraggebers mangelfrei gearbeitet hat«; so *OLG Köln* (FN 1).

8a: Vgl. *Staudinger-Honsell*, § 480 Rdnr. 4, *Erman-Weitzner*, § 480 Rdnr. 3; MünchKomm *Westermann*, § 480 Rdnr. 5; *Knöpple*, Der Fehler beim Kauf, München 1989, 308 ff.; siehe auch *BGH*, Urf. v. 29.5.1968 – VIII ZR 77/66 = BGHZ 50, 200, 206.

9: Vgl. hierzu auch *Medicus*, Bürgerliches Recht, 14. Aufl. Köln 1989, Rdnr. 256. Andere Ansicht, aber herrschende Meinung, wonach § 306 nicht greift, sondern ein Recht zur Wandelung und Minderung bleibt; vgl. *Staudinger-Honsell*, § 480 Rdnr. 2.

10: Vgl. auch MünchKomm *Emmerich*, 2. Aufl. München 1985, § 243 Rdnr. 11 mit Bezug auf Fälle aus dem Bereich der Landwirtschaft, Rdnr. 12. Ähnlich auch *Soergel-Teichmann*, 12. Aufl. Stuttgart 1990, § 243 Rdnr. 3.

Die Reform des Schuldrechts

Die oben skizzierten Diskussionen um die Rechtsnatur von Standardsoftwareverträgen könnten sich in wenigen Jahren als überflüssig erweisen. Denn seit einigen Monaten liegt der Abschlußbericht der vom Bundesjustizministerium eingesetzten Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts vor, der weitgreifende Änderungen der Vorschriften des BGB zu Leistungsstörungen und zur Verjährung vorsieht.¹¹ Der Schuldrechtskommission gehören eine Reihe von namhaften Rechtsprofessoren (*Medicus, Diederichsen, Kötz, Schlechtriem*), Praktikern (*Brambring, Heinrichs* u.a.) sowie Ministerialjuristen an. Bereits zu früheren Zeiten wurden mehrere (inzwischen berühmte) Gutachten für die Reform des Schuldrechts erstellt.¹² Nunmehr haben die Kommissionsmitglieder aus diesen Gutachten die Konsequenz gezogen und konkrete Vorschläge für die Novellierung des BGB vorgelegt, die in absehbarer Zeit das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren durchlaufen werden.

Hinsichtlich des Rechtes der Leistungsstörungen ist eine völlige Neukonzeption in Anlehnung an das UN-Kaufrecht vorgesehen: Eine besondere Regelung des Gewährleistungsrechtes wird es nicht mehr geben; statt dessen werden die Ansprüche des Käufers wegen Unmöglichkeit, Verzug, Gewährleistung und anderer Leistungsstörungen weitestgehend einheitlich geregelt. Nach § 434 des Kommissionsentwurfes (im folgenden als BGB-KE bezeichnet) soll der Verkäufer verpflichtet sein, die verkaufte Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu liefern. Erfüllt er diese Pflicht (durch Lieferung einer mangelbehafteten Sache) nicht, ist dies ein Fall der Nichterfüllung.

Daher kann der Käufer in diesem Fall grundsätzlich erst einmal (nur) Nacherfüllung (Reparatur oder Nachlieferung einer mangelfreien Sache) verlangen (§ 438 BGB-KE). Erst wenn er dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos verstreicht, kann der Käufer

- Minderung des Kaufpreises verlangen (§ 440 BGB-KE),
- vom Vertrag zurücktreten (§§ 323, 439 BGB-KE),
- Schadensersatz verlangen, sofern der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat (§§ 280, 283, 441 BGB-KE).

Damit werden alle bisherigen dogmatischen Unterschiede im Gewährleistungsrecht hinfällig. Insbesondere verschwindet die oben erwähnte Unterscheidung von Stück- und Gattungsschuld. Auf die Besonderheiten des Kauf- und Werkvertragsrechts kommt es nicht mehr an, da das Kaufrecht nunmehr werkvertraglich konzipiert ist.¹³

Im übrigen sollen nunmehr alle aus Vertrag hergeleiteten Ansprüche (einschließlich Ansprüche wegen positiver Forderungsverletzung und culpa in contrahendo) binnen drei Jahren verjähren (§§ 195 Abs. 1, 197 BGB-KE). Die Kommission hält diese gegenüber § 477 BGB stark ausgedehnte Verjährungsfrist für dringend notwendig: Zwar bringe diese Verlängerung der Frist »für Verkäufer und Werkunternehmer zusätzliche Belastungen mit sich; diese müssen aber hingenommen werden, damit die Vertragspartner eine faire Chance erhalten, ihre Ansprüche geltend zu machen.«¹⁴

Dabei soll die Verjährung bei Gewährleistungsansprüchen bei Kaufverträgen mit der Übergabe, bei Werkverträgen mit der Abnahme und bei Ansprüchen wegen Verletzung einer vertraglichen oder vorvertraglichen Nebenpflicht im Zeitpunkt der Pflichtverletzung beginnen (§ 196 Abs. 3 und 4 BGB-KE). Diese Regelung ist mißlungen: Durch diese Unterscheidung werden die totgesagten Divergenzen von Werk- und Kaufvertragsrecht wieder lebendig. Letztendlich wird die Rechtsprechung auch nach der Novellierung des BGB wieder darüber streiten müssen, ob ein Softwarevertrag werk- oder kaufvertraglich einzustufen sei oder ob ein Schaden noch unter § 463 oder unter pVV falle. Warum man nicht im Kaufrecht auch eine Abnahme vorsehen will, bleibt ein Rätsel.

IV. Ergebnis

In der Zukunft sollte die EDV-Branche mit wichtigen Änderungen des Gewährleistungsrechtes rechnen, die das Marktverhalten von Herstellern, Händlern und Anwendern nachhaltig beeinflussen werden. Es gilt bereits jetzt, sich rechtzeitig auf diese Änderungen einzustellen.

1. Vgl. zum folgenden den Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1992.

2. Vgl. hierzu die dreibändige Ausgabe der »Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts«, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1981 – 1983.

3. Vgl. hierzu auch den Abschlußbericht, FN 11, S. 33 f.

4. Abschlußbericht, FN 11, S. 47.