

Rechtsprobleme des Computer-Leasing

Eine beträchtliche Zahl instanzgerichtlicher Urteile und BGH-Entscheidungen beruht auf Konstellationen, die für das Computerleasing charakteristisch sind. Dabei stellt sich zunächst das Problem der rechtlichen Einordnung von Standardsoftware auf der einen und Individualsoftware auf der anderen Seite, das in Rechtsprechung, Litera-

tur und Verwaltung kontrovers diskutiert wird. Besondere Berücksichtigung verdient darüber hinaus die Frage nach der Einheitlichkeit bzw. Trennung von Hardware- und Softwareverträgen und den sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen.

I. Der steuerrechtliche Aspekt

1. Die Judikatur der Finanzgerichte

Soweit ersichtlich, hat als erstes Gericht das *FG Berlin* in seinem Urteil vom 26.2.1975¹ darüber befunden, daß *Standardprogramme* nach § 19 BerlinFG begünstigt sind, weil sie zu den materiellen, nicht aber zu den immateriellen Wirtschaftsgütern zählen. Anders als Individualprogramme werden nämlich Standardprogramme in einer Vielzahl von Geschäftsfällen veräußert, weil die Standardisierung bedingt, das Programm im Wirtschaftsverkehr wie ein bewegliches materielles Wirtschaftsgut zu behandeln. Es fügt sich in dieses Bild, daß das *FG Berlin* mit Urteil vom 12.3.1975² entschieden hat, daß *Individualprogramme* in der Regel immaterielle Wirtschaftsgüter sind, die nicht nach § 19 BerlinFG begünstigt werden können. Das *FG Berlin* begründet seine Entscheidung damit, daß ein Individualprogramm nicht zu den »abnutzbaren« Wirtschaftsgütern im Sinn von § 19 Abs. 2 BerlinFG zu rechnen ist – ein Ergebnis, das auch durch die Parallele zu § 6 Nr. 1 EStG charakterisiert ist. Die darin zum Ausdruck gelangende Unterscheidung zwischen Standardprogrammen und Individualprogrammen wird auch durch die weitere Entscheidung des *FG Berlin* vom 8.7.1981³ bestätigt: Serienmäßig hergestellte Standardprogramme zählen danach zu den materiellen Wirtschaftsgütern, wobei es entscheidend darauf ankommt, ob die Verge-

genständlichung des geistigen Inhalts eine eigenständige Bedeutung erlangt, die neben dem Inhalt der Software von selbständiger Bedeutung ist. Demgegenüber lehnt der IV. Senat des *FG Berlin* in seiner Entscheidung vom 29.4.1982⁴ die Unterscheidung zwischen Individual- oder Standardprogrammen – serienmäßige Herstellung vorausgesetzt – ab und charakterisiert Computerprogramme schlechthin als immaterielle Wirtschaftsgüter. Denn der Datenträger werde eben nur erworben, um das darauf gespeicherte Wissen des Herstellers zu nutzen.

Dieser Tendenz entspricht im wesentlichen auch die Entscheidung des *FG Düsseldorf* in seinem Urteil vom 2.3.1982⁵: Danach zählt auch ein Standardprogramm, das in einer firmeneigenen Programmiersprache geschrieben ist, zu den immateriellen Wirtschaftsgütern, weil der geistige Inhalt des Programms im Vordergrund steht.

Der *BFH* hat in seinem Urteil vom 5.10.1979⁶ festgestellt, *Individualprogramme* seien zu den immateriellen Wirtschaftsgütern zu zählen. Wesentlich komme es bei dem Erwerbstatbestand nicht auf den Datenträger sondern auf den Programminhalt an. Von großer Bedeutung ist sodann die Entscheidung des *BFH* vom 3.12.1982⁷, in welcher das Gericht »nach erneuter Überprüfung der Rechtslage« seine Auffassung dahin präzisiert, ob EDV-Programme als materielle oder als immaterielle Wirtschaftsgüter zu behandeln sind, hänge maßgeblich von der Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung ab. Insbesondere hebt der *BFH* hervor, daß bei EDV-Programmen dem Benutzer regelmäßig ein nicht-ausschließliches Benutzungsrecht eingeräumt wird, und daß der Benutzer regelmäßig verpflichtet ist, die gezogenen Kopien des überlassenen Programms dem Hersteller der Software nach Beendigung des Vertrages wieder zurückzugeben. Darin liegen – so der *BFH* – wesentliche Indizien, das EDV-Programm ohne Rücksicht darauf, ob es sich um

1) *FG Berlin*, EFG 1975 S. 402.

2) *FG Berlin*, EFG 1975 S. 403.

3) *FG Berlin*, EFG 1982 S. 59.

4) *FG Berlin*, EFG 1983 S. 105.

5) *FG Düsseldorf*, EFG 1983 S. 248.

6) *BFH*, BStBl. II 1980 S. 17.

7) *BFH*, BStBl. II 1983 S. 647.

Standard- oder Individualsoftware handelt, als immaterielles Wirtschaftsgut zu qualifizieren. Für die Anerkennung als materielles Wirtschaftsgut ist nach Auffassung des *BFH* maßgebend, ob sich die ursprüngliche geistige Leistung in den erstellten Programmen so niedergeschlagen hat, daß sie sich im wirtschaftlichen Verkehr materialisieren kann.

2. Die Verwaltungsauffassung und die Meinungen in der Literatur

a) Das Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 20.7.1983⁸

Der Bundesminister der Finanzen hat die beiden *BFH*-Urteile vom 5.10.1979⁹ und vom 3.12.1982¹⁰ zum Anlaß genommen, unter dem 10.10.1983 einen Erlaß zu veröffentlichen, ob problemorientierte Computerstandardprogramme als materielle oder als immaterielle Wirtschaftsgüter zu behandeln sind.¹¹ Danach vertritt die Finanzverwaltung die Meinung, es hätte sich aus den Entscheidungen des *BFH* »noch keine endgültigen Kriterien für die Entscheidung der Frage ergeben, ob problemorientierte Computerstandardprogramme im Einzelfall immaterielle oder materielle Wirtschaftsgüter sind«. Demzufolge sollen – so der Erlaß der Finanzverwaltung – problemorientierte Standardcomputerprogramme bis auf weiteres »als immaterielle Wirtschaftsgüter«¹² behandelt werden – in der Erwartung, daß der *BFH* bald »eine endgültige Klärung herbeiführen wird«.¹³

Danach spricht also – verkürzt gesagt – die Einräumung eines nicht-ausschließlichen Nutzungsrechts an einem problemorientierten Computerstandardprogramm dafür, dieses als immaterielles Wirtschaftsgut zu behandeln.

b) Die Meinungen in der Literatur

Einvernehmen besteht in der Literatur¹⁴ darüber, daß *Individualprogramme* immaterielle Wirtschaftsgüter sind. Sie werden nämlich – definitionsbedingt – für die besonderen Bedürfnisse des individuellen Benutzers entwickelt.¹⁵ Regelmäßig ist es auch so, daß die Verfügungsrechte beim Produzenten der Software verbleiben, ohne daß hier die urheberrechtliche Komponente¹⁶ angesprochen ist.

Standardisierte Anwendungsprogramme (z. B. betreffend Finanzbuchhaltung, Auftragsbearbeitung) werden überwiegend in der Literatur als materielle Wirtschaftsgüter qualifiziert, weil in diesen Fällen der Datenträger keineswegs nur eine nebensächliche Bedeutung hat:¹⁷ »Die physisch-technische Komponente des Gutes tritt dadurch in den Vordergrund.«¹⁸ Soweit Standardprogramme für individuelle Verhältnisse des Anwenders angepaßt werden müssen, hängt die Einordnung davon ab, ob die Anschaffung oder die Herstellung im Vordergrund steht¹⁹ – ein Gesichtspunkt, der wohl regelmäßig dazu führen dürfte, den Herstellungsaspekt zu bejahen, was bedingt, daß insoweit ein immaterielles Wirtschaftsgut vorliegt.²⁰

Da für *Systemsoftware* bislang noch keine Judikatur vorliegt, wird in der Literatur die Meinung vertreten, eine unterschiedliche Behandlung von (standardisierter) Anwendungs- und Systemsoftware sei nicht geboten. Dies hat zur Konsequenz, auch für Systemsoftware von einem materiellen Wirtschaftsgut auszugehen.

c) Steuerliche Konsequenzen

Aus § 5 Abs. 2 EStG ergibt sich zwingend, daß für immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens ein Aktivposten nur anzusetzen ist, »wenn sie entgeltlich erworben wurden«. Soweit Software als materielles Wirtschaftsgut bewertet wird, kommt auch die Gewährung von Investitionszulagen gemäß § 19 BerlinFG bzw. nach § 4 InvZulG in Betracht; denn in beiden Fällen liegt ein »abnutzbares« Wirtschaftsgut vor. Soweit dies zutrifft, kommt auch § 6 Abs. 2 EStG zur Anwendung – freilich unter der weiteren Voraussetzung, daß das Tatbestandsmerkmal einer selbständigen Nutzungsfähigkeit erfüllt ist.

d) Software – Anwendbarkeit der Leasing-Erlasse?

Folgt man der in der Literatur vertretenen Auffassung, wonach standardisierte Anwendungssoftware, weil sie in größeren Mengen veräußert werden kann und veräußert/zur Nutzung überlassen wird, als materielles, d. h. »abnutzbares« Wirtschaftsgut behandelt wird, so steht der Anwendung der Leasing-Erlasse nichts entgegen.²¹ Da der Leasinggeber rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist, kommt es folglich auf den Erwerbsvorgang zwischen ihm und dem Hersteller der jeweiligen – standardisierten – Software an: Liegt, was selten der Fall ist, ein Kaufvertrag vor, so ist es selbstverständlich, daß der Leasinggeber auch im Hinblick auf die Software rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer ist. Dies gilt aber auch dann, wenn, was häufiger der Fall ist, ein Lizenzvertrag vereinbart wird. Denn anerkanntermaßen sind auf einen Lizenzvertrag über § 581 BGB die Vorschriften des Mietrechts gemäß §§ 535 ff BGB anwendbar.²² Im Vordergrund steht das dem Leasinggeber eingeräumte Nutzungsrecht, das sich im Rahmen des Leasingvertrages sowohl auf die Hardware als auch auf die Software als materielles Wirtschaftsgut bezieht – vorausgesetzt frei-

8) BStBl. I 1983 S. 446.

9) S. Fn. 6.

10) S. Fn. 7.

11) S. Fn. 8.

12) Ebenda.

13) Ebenda.

14) Hierzu *Walter*, DB 1980 S. 1766 ff; *Feldhahn*, DStR 1985 S. 336 ff; *Beermann*, CR 1986 S. 709 ff.

15) *Walter*, DB 1980 S. 1766, 1768.

16) *BGH*, CR 1985 S. 22; *Bauer*, CR 1985 S. 9 ff; *Sieber*, CR 1986 S. 699 ff.

17) *Walter*, DB 1980 S. 1815, 1817.

18) *Walter*, a.a.O., S. 1817; *Kröger*, NWB, Fach 17 a S. 859, 861.

19) Vgl. auch *Feldhahn*, DStR 1985 S. 336, 337.

20) Hierzu auch *Beermann*, CR 1986 S. 709, 712.

21) Hierzu *Feldhahn*, DStR 1986 S. 336, 338.

22) Statt aller *Palandt/Putzo*, 46. A. Einl. vor § 581 Anm. 2 f.

lich, der Leasinggeber ist berechtigt, dem Leasingnehmer eine Unterlizenz einzuräumen.²³

Dem steht – wie *Feldhahn*²⁴ gezeigt hat – nicht entgegen, daß der Vollamortisations-Erlaß vom 19.4.1971²⁵ nur »bewegliche« Wirtschaftsgüter betrifft; doch sind damit lediglich immaterielle Wirtschaftsgüter ausgenommen.²⁶ Daraus ergibt sich im Umkehrschluß: Handelt es sich um Individualsoftware, so daß ein immaterielles Wirtschaftsgut anzunehmen ist, scheidet von vornherein die Anwendung des Vollamortisations-Erlasses vom 19.4.1971²⁷ sowie die des Teilamortisations-Erlasses vom 22.12.1975²⁸ aus, weil hier der Leasinggeber nicht rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Individualsoftware sein kann. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist er nicht in der Lage, seinen bürgerlich-rechtlichen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB gegenüber dem Leasingnehmer geltend zu machen, weil ihm von vornherein lediglich ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt ist²⁹ – eine Konstellation, die in der Praxis häufig dazu führt, daß die Individualsoftware unmittelbar dem Leasingnehmer im Rahmen eines Lizenzvertrages zur Nutzung überlassen wird.

Daraus folgt: Abhängig von der jeweiligen Vertragsgestaltung ist der Leasinggeber bei standardisierter Anwendungssoftware rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Software, die wegen ihrer Fungibilität und Austauschbarkeit als materielles Wirtschaftsgut zu behandeln ist. Bezieht sich indessen der Vertrag auf Individualsoftware, so liegt ein immaterielles Wirtschaftsgut vor, so daß auch der Leasingnehmer als Anwender und nicht als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen ist. Bei Systemsoftware wird man in der Regel eine Parallele zur standardisierten Software ziehen können.

II. Rechtliche Einheit von Hardware- und Softwareverträgen?

Unabhängig davon, wie die Rechtsnatur von Softwareverträgen einzuordnen ist,³⁰ stellt sich regelmäßig im Zusammenhang mit EDV-Leasing die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen – und wenn ja: mit welchen rechtlichen Konsequenzen – Hardware- und Softwareverträge als rechtliche Einheit zu behandeln sind.³¹ Es leuchtet ja ohne weiteres ein, daß der Leasingnehmer ein vitales Interesse daran hat, bei einem Mangel der Software nicht verpflichtet zu sein, gegenüber dem Leasinggeber weiterhin die Leasingrate für die Hardware zu zahlen, weil diese für ihn – ohne die entsprechende Software – nutzlos ist. Unter dieser Perspektive interessiert freilich hier nur die Fallkonstellation, daß der Leasinggeber die Hardware im Rahmen eines Leasingvertrages dem Leasingnehmer zur Nutzung überläßt, während der Leasingnehmer seinerseits mit dem Hersteller/Lieferant der Software einen separaten Softwarevertrag abgeschlossen hat. Ist hingegen die Software Teil des Leasingvertrages – steuerrechtlich wird dies regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn die Software als materielles Wirtschaftsgut einzuordnen ist –, stellen sich keine besonderen Probleme: Die rechtliche und wirtschaftliche Einheit beider Verträge bereitet keine Schwierigkeiten; der Leasinggeber schuldet sowohl die Überlassung einer gebrauchstauglichen/funktionstüchtigen Hardware als auch die Nutzung einer kompatiblen, funktionsgerechten und den Bedürfnissen des Leasinggebers entsprechende Software.

1. Der Befund in der BGH-Judikatur

Obwohl sich der *BGH*³² in zahlreichen Entscheidungen mit Fällen des Computerleasing auseinandersetzen mußte, lag den bislang entschiedenen Urteilen keine Fallkonstellation zugrunde, bei der der Leasingnehmer die Hardware vom Leasinggeber, die Software hingegen von einem Dritten erworben hatte. Freilich folgt aus der Entscheidung vom 20.6.1984³³, daß Hardware und Software jedenfalls dann eine rechtliche Einheit bilden, wenn der Leasingvertrag als Leasingobjekt – hier: »Praxis-Computer-System« – sowohl Hardware als auch Software umfaßt.³⁴

Soweit in der BGH-Entscheidung vom 3.7.1985³⁵ Hardware- und Softwarevertrag voneinander getrennt sind, liegt der Schwerpunkt dieses Urteils nicht im Rahmen der hier interessierenden Problematik, weil der Lieferant der Hardware, der zugleich die Software lieferte, als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278 BGB behandelt wurde. Dies hatte zur Konsequenz, daß der *BGH* dem Leasingnehmer das Recht einräumte, gegenüber dem Leasinggeber Freistellung von der Verpflichtung aus dem Leasingvertrag zu verlangen, weil der Lieferant die ihm gegenüber dem Leasingnehmer obliegenden Aufklärungs- und Hinweispflichten als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers schuldhaft verletzt hatte.³⁶ Er hatte es nämlich unterlassen, den Leasinggeber davon in Kenntnis zu setzen, daß in den Vorverhandlungen zwischen ihm und dem

23) Vgl. *BFH*, BStBl. 1983 II S. 647.

24) *Feldhahn*, a.a.O.

25) Vgl. *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, 1984, 2. Auflage, Rz. 698.

26) Vgl. auch *BFH*, BStBl. 1979 II S. 634, 635.

27) Vgl. FN 25

28) Vgl. FN 25, Rz. 700

29) Vgl. hierzu *Bordewin*, Leasing im Steuerrecht, S. 69 ff.

30) Hierzu im einzelnen *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Rdrrn. 320 ff m.w.N.

31) Im einzelnen *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdrrn. 31 ff.

32) *BGH*, 6.6.1984, WM 1984 S. 1092; *BGH*, 20.6.1984, WM 1984 S. 1089; *BGH*, 27.2.1985, WM 1985 S. 573; *BGH*, 12.6.1985, WM 1985 S. 860; *BGH*, 3.7.1985, WM 1985 S. 906; *BGH*, 19.2.1986, WM 1986 S. 591; *BGH*, 19.3.1986, WM 1986 S. 673.

33) *BGH*, 20.6.1984, WM 1984 S. 1089; zu berücksichtigen ist freilich, daß in der Entscheidung des *BGH* vom 12.6.1985, WM 1985 S. 860, die »Mietrechnung« getrennt für Hardware und Betriebssystem einerseits und Anwendersoftware andererseits aufgemacht war, so daß insoweit eine – durchaus beachtliche – Trennung vorlag, wobei im Hinblick auf die »Anwendersoftware« die Frage zu stellen ist, ob es sich hierbei nicht um ein immaterielles Wirtschaftsgut handelt – eine Frage, die nicht weiter problematisiert wurde.

34) *BGH*, 20.6.1984, WM 1984 S. 1089, 1090.

35) *BGH*, 3.7.1985, WM 1985 S. 906: Trennung zwischen Hardware- und Softwarevertrag, wobei ursprünglich der Leasingnehmer unmittelbar vom Lieferanten sowohl den Hardware- als auch den Softwarevertrag kontrahiert hatte. Indessen kam der Hardwarevertrag nicht zur Ausführung, weil der Leasinggeber die Hardware-Computer-Anlage von der Lieferantin erwarb, um diese an den Leasingnehmer zu »vermieten«.

36) *BGH*, a. a. O., S. 909.

Leasingnehmer ein »qualifiziertes Rücktrittsrecht« vereinbart wurde, falls sich herausstellen sollte, daß die Softwarelösung die verlangten Aufgabenstellungen nicht ordnungsgemäß erfüllt.

Gerade die Vereinbarung eines »qualifizierten Rücktrittsrechts« zugunsten des Leasingnehmers ist hier – trotz formaler Trennung beider Verträge – ausreichender Grund, eine rechtliche Einheit zwischen beiden Verträgen anzunehmen, so daß es auch nicht zu beanstanden ist, wenn der *BGH* ausführt:

»Ein Schaden ist ihr (dem Leasingnehmer) aus dem versäumten Hinweis (das vereinbarte »qualifizierte Rücktrittsrecht«) aber nur entstanden, wenn sie (der Leasingnehmer) wegen Nichteinhaltung des Softwarevertrages einen Rücktrittsgrund gehabt hätte.«³⁷

2. Der Befund der instanzgerichtlichen Judikatur

Das *OLG Köln* hat in seiner Entscheidung vom 29.1.1981³⁸ die rechtliche Einheit zwischen Hardware- und Softwarevertrag damit begründet, daß in einem Bestätigungsschreiben das »Vertragswerk« »mit einem zusammenfassenden Begriff«³⁹ bezeichnet wurde, und daß beide Parteien sich darüber einig waren, daß der erzielte, besonders günstige Preis sich auf alle miteinander verknüpften Einzelteile bezog. Danach ist also der Parteiwille maßgebend, nicht der formale Gesichtspunkt, daß der Hardwarevertrag und der Softwarevertrag voneinander getrennt sind.

Dies bestätigt auch die Entscheidung des *OLG Frankfurt* vom 14.7.1981⁴⁰: Sind Hardware- und Softwarevertrag aufgrund einer vertraglichen Abrede zwischen beiden Parteien miteinander verbunden, so muß sich dies auch der Leasinggeber entgegenhalten lassen – ein Gesichtspunkt, der nach Auffassung des *OLG Frankfurt* jedenfalls dann gilt, wenn es sich um Herstellerleasing handelt, weil ein Mitarbeiter des Lieferanten zugleich Mitarbeiter einer Leasinggesellschaft war. Daß es ganz entscheidend auf die vertragliche Vereinbarung ankommt, wird auch nachhaltig durch die Entscheidung des *OLG Frankfurt* vom 28.4.1981⁴¹ unterstrichen: Der Leasingnehmer ist danach nicht berechtigt, Ansprüche gegenüber dem Leasinggeber – bezogen auf die Hardware – geltend zu machen, wenn und soweit ein Dritter die aus dem Softwarevertrag resultierenden Pflichten schuldhaft verletzt. Weder aus dem Rechtsgedanken von § 139 BGB noch aus § 469 Satz 2 BGB kann der Wegfall des einen Geschäfts – hier: des Softwarevertrages – die Existenz des anderen – hier: des Hardwarevertrages – beeinflussen. Dies gilt ungeachtet der Feststellung, daß es dem Leasingnehmer auf die Problemlösung durch Einsatz der Hardware und der Software ankam; denn derartige wirtschaftliche Erwägungen sind – so das *OLG Frankfurt* – nur dann maßgeblich, wenn sie in der »Vertragsgestaltung«⁴² ihren Niederschlag gefunden haben.

Dies deckt sich in der Sache mit dem Inhalt des Urteils des *OLG Stuttgart* vom 12.9.1985⁴³: Danach wird

die Gewährleistungsfrist des Hardwarevertrages nicht dadurch verlängert, daß zwischen beiden Parteien Einvernehmen besteht, die in einem getrennten, aber gleichzeitig abgeschlossenen Softwarevertrag zu erbringenden Leistungen sollten erst später erbracht werden.

Diesem – nahezu einheitlichen – Trend in der OLG-Judikatur stehen landgerichtliche Urteile entgegen, die – ungeachtet der rechtlichen Trennung von Hardware- und Softwarevertrag – entweder aus dem Gedanken der Geschäftsgrundlage eine »Einheit aus Hard- und Software«⁴⁴ folgern oder die Begründung der rechtlichen Einheit zwischen Hardware- und Softwarevertrag darin finden, daß von einem »Büro-Computer-System«⁴⁵ gesprochen wird, welches naturgemäß Hardware und Software einschließt.

3. Die Ansichten in der Literatur

*Zahrnt*⁴⁶ ist unter Bezugnahme auf eine ältere Entscheidung des *OLG Frankfurt*⁴⁷ der Auffassung, der Leasingnehmer könne sich grundsätzlich nicht gegenüber dem Zahlungsanspruch des Leasinggebers, der ihm lediglich die Nutzung einer gebrauchstauglichen/funktionsfähigen Hardware schuldet, Sachmängelansprüche aus dem Softwarevertrag gegenüber dem Lieferanten der Software mit Erfolg entgegenhalten. Denn:

»Der Leasingvertrag soll sogar von Einwendungen wegen Sachmängeln der Leasing Sache (Anlage) selbstmöglichst nicht berührt werden. Dann soll er erst recht nicht durch Vertragsstörungen aus dem anderen Vertrag über die Lieferung der Software beeinflusst werden. Der Leasinggeber selber hat keinerlei Zusage über die Zusammengehörigkeit von Hard- und Software gemacht und will zu Recht nicht in eine entsprechende Zusage des Lieferanten hineingezogen werden.«⁴⁸

*Moritz/Tybusseck*⁴⁹ meinen unter Bezugnahme auf die BGH-Judikatur,⁵⁰ trotz formaler Trennung der Verträge sei immer dann eine rechtliche Einheit zwischen Hardware- und Softwarevertrag sorgfältig zu

37) Ebenda.

38) *OLG Köln*, 29.1.1981, K/M-11, in: *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, 1983.

39) Ebenda, S. 67.

40) *OLG Frankfurt*, 17.7.1981, K-14, in: *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, 1983.

41) *OLG Frankfurt*, 28.4.1981, K/M-9, in: *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, 1983.

42) S. 62.

43) *OLG Stuttgart*, 12.9.1985, CR 1986 S. 381.

44) *LG München*, 12.8.1980, K/M-8, in: *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, 1983; *LG Nürnberg/Fürth*, 30.1.1984, BB 1984 S. 277 mit Anm. von *Zahrnt*.

45) *LG Oldenburg*, 14.1.1981, K/M-10, in: *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, 1983.

46) *Zahrnt*, BB 1984 S. 1007 ff.

47) *OLG Frankfurt*, 12.10.1976, L-3, in: *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, 1983: Hier hatte der Leasingnehmer sich die Hardware vom Leasinggeber, die Programme aber vom Lieferanten besorgt.

48) *Zahrnt*, BB 1984 S. 1007, 1010.

49) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnrn. 65 ff.

50) *BGH*, MDR 1977 S. 127 f. = NJW 1976 S. 1931; grundlegend jetzt *BGH*, CR 1987 S. 358, 362.

untersuchen, wenn es sich um den Erwerb eines Datenverarbeitungssystems durch einen Erstanwender handelt;⁵¹ gleiches soll dann gelten, wenn die Neuorganisation der Datenverarbeitung eines Altanwenders – gleichgültig, ob dies zur Gänze oder nur in wesentlichen Teilen geschieht – Gegenstand von getrennten Verträgen ist.⁵² Nicht zuletzt betonen *Moritz/Tybusseck*, es komme entscheidend auf die Werbung mit einer datenverarbeitungstechnischen »Lösung« gegenüber dem potentiellen Anwender an. Jedenfalls in all diesen Fällen sei die rechtliche Einheitlichkeit der getrennten Verträge »sorgfältig zu prüfen«.⁵³

4. Eigene Auffassung

Zunächst ist der dogmatische Ausgangspunkt zu klären. Ungeachtet der äußeren, formalen Trennung von Hardware- und Softwarevertrag ist gleichwohl ein einheitliches Rechtsgeschäft gemäß § 139 BGB dann anzunehmen, wenn unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten und ihres erklärten Willens mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ein »Einheitlichkeitswille« zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses ermittelt werden kann.⁵⁴ Ausreichend ist es allerdings auch, wenn ein solcher »Einheitlichkeitswille«⁵⁵ nur eines Vertragspartners vorliegt, dieser aber dem anderen Vertragspartner erkennbar war, von ihm gebilligt oder doch zumindest hingenommen wurde.⁵⁶ Mithin muß

die Einheitlichkeit von Hardware- und Softwarevertrag Vertragsinhalt sein; beide Verträge müssen miteinander stehen oder fallen. Daraus folgt unmittelbar: Ein Rückgriff auf das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB scheidet aus, weil anerkanntermaßen Umstände, die Vertragsinhalt geworden sind, nicht Geschäftsgrundlage sein können.⁵⁷ Ob also zwischen Hardware- und Softwarevertrag – ungeachtet ihrer formalen Trennung – ein einheitliches Rechtsgeschäft anzunehmen ist, hängt entscheidend vom Willen der Vertragspartner ab.⁵⁸

Soweit ein Leasingvertrag – gleiches gilt für den Finanzierungsleasingvertrag – abgeschlossen wird, gilt in der Sache nichts anderes. Der Auffassung von *Zahrnt*⁵⁹ ist deshalb entschieden zu widersprechen. Zum einen entspricht es der BGH-Judikatur, daß der Leasingnehmer im Falle eines Sachmangels berechtigt ist, aufgrund der leasingtypischen »Abtretungskonstruktion« bzw. der »Ermächtigungskonstruktion« Wandelung geltend zu machen – mit der Folge, daß dem Leasingvertrag »von vornherein«⁶⁰ die Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB fehlt, sobald die Wandelung im Verhältnis zwischen Leasinggeber – Lieferant/Hersteller/Händler des Leasingguts vollzogen ist. Bejaht man aber die Einheitlichkeit zwischen Hardware- und Softwarevertrag, besteht kein Grund, diese Judikatur nicht auch auf den Fall auszudehnen, daß der die Wandelung begründende Mangel im Softwarevertrag liegt.⁶¹ Unter Berücksichtigung der hier aufgezeigten Ausgangsposition sind deshalb folgende Fallkonstellationen zu differenzieren:

a) Die teilweise Mitfinanzierung der Software durch den Leasinggeber

Hat der Leasinggeber – gleichgültig, aus welchen Gründen – die Software als materielles oder als immaterielles Wirtschaftsgut teilweise mitfinanziert, so daß sich die vom Leasingnehmer zu entrichtenden Leasingraten nicht nur auf die Hardware beziehen, so liegt der geforderte »Einheitlichkeitswille«⁶³ regelmäßig vor. Macht dann der Leasingnehmer Einwendungen wegen etwaiger Mängel des Softwarevertrages gegenüber dem Leasinggeber geltend, so kann sich der Leasinggeber nicht mit Erfolg damit verteidigen, daß Hardware- und Softwarevertrag formal getrennte Verträge sind, daß insbesondere ein Dritter die Software geliefert/erstellt hat, mit dem er selbst keine Vertragsbeziehungen unterhält. Auch wenn der Leasinggeber die Software nur teilweise mitfinanziert hat, muß er die Einheitlichkeit von Hardware- und Softwarevertrag gegen sich gelten lassen, obwohl ein separates Rechtsverhältnis zwischen dem Lieferanten/Hersteller der Software einerseits und dem Leasingnehmer andererseits besteht. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Softwarevertrag Standardsoftware betrifft, so daß Kaufrecht Anwendung findet,⁶⁴ oder ob es sich um Individualsoftware handelt, für deren Nutzung der Leasingnehmer eine Lizenz an den Hersteller der Software zahlt.⁶⁵ Dies gilt selbst dann, wenn die Softwareerstellung derart anwenderspezifisch war, daß man von einem Werkvertrag ausgehen muß.⁶⁶

51) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 69.

52) Ebenda.

53) Ebenda.

54) S. Fn. 50; hierzu *Palandt/Heinrichs*, § 139 Anm. 3 a: Bei Aufnahme in eine Urkunde besteht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen eines Einheitlichkeitswillens, während die Aufnahme in getrennte Urkunden – nach ihrem ersten Anschein – für deren Selbständigkeitspricht; vgl. auch *BGH*, LM Nr. 34 zu § 139 BGB.

55) Ebenda.

56) *BGH*, LM Nr. 46 zu § 139 BGB.

57) Dies bedeutet freilich nicht, daß die Existenz des einen Vertrages nicht Geschäftsgrundlage für die des anderen ist; hierzu *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., m.w.N.

58) *BGH*, MDR 1977 S. 127 f. = NJW 1976 S. 1931 m. w. N. Es kommt stets auf die rechtliche und nicht nur auf die wirtschaftliche Einheitlichkeit eines Gesamtgeschäftes an: *BGHZ* 50 S. 8, 13; vgl. auch *BGH*, CR 1987 S. 358, 362.

59) S. Fn. 46; 48.

60) *BGH*, 16.9.1981, WM 1981 S. 1219, 1221; *BGH*, 5.12.1984, WM 1985 S. 226.

61) *BGH*, 20.6.1984, WM 1984 S. 1089, 1090; *BGH*, 27.2.1985, WM 1985 S. 573; *BGH*, 19.2.1986, WM 1986 S. 591, 592.

62) *BGH*, 12.6.1985, WM 1985 S. 860 – »Anwendersoftware«; *BGH*, 19.2.1986, WM 1986 S. 591 – Computeranlage mit Betriebssystem-Software.

63) S. Fn. 55.

64) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnrn. 339 f; *Engel*, BB 1985 S. 1159, 1162; *Mehrings*, GRUR 1985 S. 189, 191; *Lauer*, BB 1982 S. 1758, 1759.

65) *BGH*, NJW 1981 S. 2684; *BGH*, NJW 1982 S. 696; *Engel*, BB 1985 S. 1159, 1163 f; *Prinz zu Loewenstein*, BB 1985 S. 1696 ff. Von besonderer Bedeutung ist indessen, daß der *BGH* in den bisherigen Entscheidungen etwaige Fehler der Software stets der Sachmängelhaftung des Kaufrechts gem. §§ 459 ff BGB unterworfen hat, *BGH*, 20.6.1984, WM 1984 S. 1089, 1092; insbesondere *BGH*, 19.2.1986, WM 1986 S. 591, 593; vgl. auch *BGH*, 27.2.1985, WM 1985 S. 573 – allerdings aufgrund des Sachverhalts ist es in diesem Fall unklar, ob die Mängel in der Software oder in der Computeranlage begründet waren; jedenfalls wandte der *BGH* Kaufrecht an (S. 574). Jüngstens auch *Kilian*, Haftung für Mängel der Computersoftware, Karlsruhe, 1986.

66) *Engel*, BB 1985 S. 1159, 1161 f; vgl. auch *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnrn. 332 ff.

Etwas anderes gilt freilich dann, wenn in bezug auf die Software eine Trennung durchführbar ist, indem z. B. der Leasinggeber lediglich die *Systemsoftware* mitfinanziert, die Einwendungen des Leasingnehmers aber darauf zurückzuführen sind, daß die *Individualsoftware*, welche Gegenstand eines separaten Lizenzvertrages ist, mangelhaft ist. Denn die Systemsoftware dient dem Einsatz der EDV-Anlage; sie bedingt ihre Funktionstüchtigkeit, während die Individualsoftware – anwenderspezifisch – auf die individuellen Bedürfnisse des Leasingnehmers entwickelt und auf diese zugeschnitten ist.⁶⁷ Hier fehlt es in der Regel am erforderlichen »Einheitlichkeitswillen«, weil die Trennung zwischen der vom Leasinggeber mitfinanzierten Systemsoftware einerseits und der – unabhängig davon – kontrahierten Individualsoftware sachlich veranlaßt ist und eine klare Risikoverteilung erkennen läßt: Auch unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Gesichtspunkte übernimmt hier der Leasingnehmer – bezogen auf die von ihm kontrahierte Individualsoftware – das volle Leistungsrisiko. Daß der Leasinggeber von diesen Zusammenhängen Kenntnis hat, daß er insbesondere auch darüber unterrichtet ist, daß aus der Sicht des Leasingnehmers Hardware und Systemsoftware nur funktionstüchtig/gebrauchstauglich sind, wenn die Individualsoftware keine Mängel aufweist, steht dem – jedenfalls vom Grundsatz her betrachtet – nicht entgegen. Doch geben die Umstände des Einzelfalls stets Maß.

b) Die Übertragung der Auffassung von Moritz/Tybusseck auf Leasingverträge

Dies wird besonders deutlich, wenn man die Frage stellt, ob die von *Moritz/Tybusseck*⁶⁸ entwickelte Auffassung auf die Fälle übertragen werden kann, in denen das leasingtypische »Dreiecksverhältnis«⁶⁹ zwischen Leasinggeber – Leasingnehmer – Lieferant/Hersteller/Händler des Leasingguts durch ein »Vierecksverhältnis« erweitert ist, weil nämlich in der Regel ein Hersteller-unabhängiges Softwarehaus eingeschaltet worden ist.

Der Leasingnehmer als Erstanwender eines EDV-Systems

Ob unter Berücksichtigung der Judikatur zu § 139 BGB⁷⁰ von einem »Einheitlichkeitswillen«⁷¹ auszugehen ist, entscheidet sich ausschließlich aufgrund des Rechtsverhältnisses zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer. Ist für den Leasinggeber »erkennbar«⁷², daß der Leasingnehmer Erstanwender eines Datenverarbeitungssystems ist, so reicht dies – für sich allein genommen – sicherlich nicht aus, eine rechtliche Einheit zwischen dem Hardwareleasingvertrag einerseits und dem Softwarenutzungsvertrag andererseits zu konstituieren. Denn notwendige Voraussetzung für die Konkretisierung der rechtlichen Einheit ist auch hier, daß der Leasinggeber den auf die Einheitlichkeit von Hardware- und Softwarevertrag zielenden Willen des Leasingnehmers – bei Abschluß des Leasingvertrages – nicht nur erkannt, sondern billigend zur Kenntnis genommen hat.⁷³

Dabei sind – grundsätzlich gesehen – zwei Gesichtspunkte von Belang: Hat der Leasinggeber Kenntnis davon, daß der Leasingnehmer Erstanwender eines Datenverarbeitungssystems ist, so wird man in steuerrechtlicher Hinsicht zunächst prüfen müssen, ob die dem Leasinggeber überlassene Software – unter Berücksichtigung der zuvor aufgeführten Kriterien – ein materielles oder ein immaterielles Wirtschaftsgut ist. Trifft letzteres zu, dann spricht eine – freilich aufgrund von Indizien widerlegbare – Vermutung dafür, daß schon aus steuerrechtlichen Erwägungen heraus die Trennung von Hardware- und Softwarevertrag nicht nur geboten, sondern auch vom Willen von Leasinggeber und Leasingnehmer umfaßt ist. Denn der Leasinggeber ist insoweit nicht rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Software; die Leasingerlasse der Finanzverwaltungen sind weder direkt noch analog anwendbar.⁷⁴ Und es ist hinzuzufügen, daß dieses Ergebnis regelmäßig auch aus der Sicht des Lieferanten/Herstellers der Software geboten ist, weil und soweit ihm ein Urheberrecht an der von ihm erstellten Software zusteht.⁷⁵ Gerade wegen der steuerrechtlichen Prärogativen des erlaßkonformen Leasing wird man diesen Gedanken mit der weiteren Erwägung stützen können, daß nämlich die BGH-Judikatur⁷⁶ zu Recht den Anwendungsdurchgriff des »Bauherrn« gegenüber der finanzierenden Bank beim »Bauherrnmodell« versagt hat, weil die Spaltung der Verträge in diesen Fällen mit dem Ziel gewollt ist, dem »Bauherrn« Steuervorteile zu verschaffen. Soweit die im Nutzungsvertrag überlassene Software ein immaterielles Wirtschaftsgut ist, dürften also auch auf seiten des Leasingnehmers als Erstanwenders eines Datenverarbeitungssystems steuerrechtliche Gesichtspunkte relevant sein, die vor allem auf seiten des Leasinggebers den zu fordernden »Einheitlichkeitswillen«⁷⁷ in Frage stellen können.

Indessen handelt es sich hier nur um eine grundsätzliche Erwägung; es entscheiden stets die Umstände des Einzelfalls, weil es ja darum geht, den zu fordernden »Einheitlichkeitswillen«⁷⁸ gemäß §§ 133, 157 BGB auf seiten des Leasinggebers und auf seiten des Leasingnehmers zu ermitteln.

Demgegenüber – und dies ist der zweite Gedankenstrang – ist gerade dann, wenn der Leasingnehmer Erstanwender eines Datenverarbeitungssystems ist, auf das sorgfältigste zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, daß der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278 BGB ist. Ist dies im Hinblick auf den abzuschließenden und abgeschlossenen Leasingvertrag zu bejahen, so

67) S. Fn. 55.

68) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnrn. 59 ff.; Rdnr. 69.

69) *BGH*, 9.3.1977, WM 1977 S. 473, 474.

70) S. Fn. 54.

71) S. Fn. 55.

72) Ebenda.

73) Ebenda.

74) Hierzu *Feldhahn*, DStR 1985 S. 336 ff.

75) Hierzu *BGH*, CR 1985 S. 22 – Inkassoprogramm.

76) *BGH*, WM 1983 S. 652; *BGH*, WM 1980 S. 1446.

77) S. Fn. 55.

78) Ebenda.

wird man seine Erklärungen auch insoweit gegenüber dem Leasinggeber durchgreifen lassen müssen, als sie sich nicht unmittelbar auf die Hardware, sondern auf die von einem Dritten zu beschaffende Software beziehen. Denn gerade der Erstanwender eines Datenverarbeitungssystems ist in besonderem Maße darauf angewiesen, daß ihm die erforderlichen Aufklärungen und Hinweise erteilt werden, damit er eine wirtschaftlich sinnvolle und technisch vernünftige »Problemlösung« bekommt. Demzufolge ist der Leasinggeber in diesen Fällen verpflichtet, den Leasingnehmer – Verschulden und Kausalität auf seiten des Lieferanten/Herstellers/Händlers der Hardware vorausgesetzt – von den Verpflichtungen aus dem Leasingvertrag freizustellen.⁷⁹

Aus der Sicht des Leasingnehmers spricht darüber hinaus einiges dafür, daß in diesen Fällen etwaige Erklärungen des Lieferanten/Herstellers/Händlers der Hardware gemäß §§ 164 ff BGB dem Leasinggeber unmittelbar zugerechnet werden, so daß sogar § 166 Abs. 1 BGB zum Zuge kommt: Entscheidend ist deshalb, ob in der Person des Lieferanten/Herstellers/Händlers der Hardware die Voraussetzungen vorliegen, die nach der Judikatur zur Begründung des »Einheitlichkeitswillens«⁸⁰ erforderlich sind. Auf einen entgegenstehenden Willen des Leasinggebers käme es dann nicht mehr entscheidend an, und zwar auch nicht insoweit, als steuerrechtliche Erwägungen hierfür stützend herangezogen werden.

Bezogen auf die Schutzbedürftigkeit des Leasingnehmers als Erstanwender einer Datenverarbeitungsanlage ist dann ausschließlich das Verhältnis zum Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware entscheidend.

Neuorganisation der Datenverarbeitung beim Leasingnehmer

Hier gelten grundsätzlich die gleichen Erwägungen, die zuvor im einzelnen dargestellt wurden. Angesichts der rapide fortschreitenden Computertechnologie wird man auch in diesen Fällen den Leasingnehmer in gleicher Weise für schutz- und aufklärungsbedürftig ansehen müssen, wie dies in bezug auf die Erstanwendung dargelegt wurde: Das Vertrauen des Leasingnehmers zielt auf den Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware sowie auf den Lieferanten/Hersteller der Software. Wird in diesem Verhältnis ein »Einheitlichkeitswille«⁸¹ nachgewiesen, so führt dies nicht zur Begründung einer rechtlichen Einheit von formell-äußerlich getrennten Verträgen. Auch hier kommt es entscheidend auf die Personen des Leasingvertrages an; und es gelten auch hier die weiterführenden Gesichtspunkte, die in steuerrechtlicher Hinsicht Bedeutung haben sowie die

Fragebeantworten, ob der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers ist.

Werbung mit einer datenverarbeitungstechnischen »Problemlösung«

Auch in den Fällen, in denen dem Leasingnehmer – vor Abschluß des Leasingvertrages – eine spezifische »Lösung« seiner spezifischen EDV-Probleme angeboten wurde, gelten in der Sache keine anderen Gesichtspunkte.

Es kommt ausschließlich darauf an, ob der geforderte »Einheitlichkeitswille«⁸² im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer bejaht werden kann. Ein wesentliches Indiz ist dabei freilich die vom Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware bzw. der Software betriebene Werbung, sofern der Nachweis gelingt, daß diese dem Leasinggeber – etwa aufgrund langjähriger oder wiederholter Geschäftsbeziehungen – bekannt ist oder bekannt sein mußte. Läßt sich dies nachweisen, ist es unerheblich, ob der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware im konkreten Fall Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278 BGB war. Andererseits: Die zuvor angestellte steuerrechtliche Erwägung, die Trennung von Hardware- und Softwarevertrag zu stützen, behält gerade auch in diesem Zusammenhang ihre Berechtigung. Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware und der Software personenidentisch sind, weil es ja unter Berücksichtigung anerkannter Auslegungskriterien gemäß §§ 133, 157 BGB auf das im jeweiligen Vertrag verkörperte Leistungsaustauschverhältnis maßgeblich ankommt.⁸³

Das Verhältnis zwischen Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware und Lieferant/Hersteller der Software

Da es zur Ermittlung des erforderlichen »Einheitlichkeitswillens«⁸⁴ entscheidend auf die am Abschluß des Leasingvertrages beteiligten Personen ankommt, sind die Rechtsbeziehungen zwischen dem Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware einerseits und dem Lieferanten/Hersteller der Software andererseits grundsätzlich irrelevant. Sind beide personenidentisch, dann mag zwar – für sich allein genommen – die Frage berechtigterweise gestellt werden, ob hier nicht mehr oder weniger regelmäßig Einheitlichkeit beider Verträge zu bejahen ist.⁸⁵ Doch ist ein entsprechender »Einheitlichkeitswille«⁸⁶ auf seiten des Leasingnehmers nur dann bedeutsam, wenn der Leasinggeber seinerseits diesen Willen kennt und ihn billigend zur Kenntnis genommen hat.⁸⁷ Die Kenntnis auf seiten des Lieferanten/Herstellers/Händlers der Hardware ist dem Leasinggeber indessen – wie dargelegt – nur dann zuzurechnen, wenn die Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenschaft gemäß § 278 BGB bejaht werden können. Wegen der Selbständigkeit des Leasingvertrages gilt dies auch dann, wenn der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware empfehlend auf einen bestimmten Lieferanten/Hersteller von Software hingewiesen hat.⁸⁸ Gleiches gilt selbst dann, wenn der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware den Lieferanten/Hersteller der Software vermittelt hat.⁸⁹

79) Hierzu grundlegend *BGH*, 6.6.1984, *WM* 1984 S. 1092.

80) S. Fn. 55.

81) Ebenda.

82) Ebenda.

83) Hierzu auch *Palandt/Heinrichs*, a. a. O. § 139 Anm. 3 a m. w. N.

84) S. Fn. 55.

85) Vgl. Fn. 83.

86) S. Fn. 55.

87) *BGH*, LM Nr. 34 zu § 139 BGB.

88) *BGH*, 3.7.1985, *WM* 1985 S. 906, 909.

89) Die Trennlinie ist hierbei freilich fließend; vgl. auch *Graf von Westphalen*, ZIP 1985 S. 1033, 1035.

c) *Die Funktionstüchtigkeit der Software als Geschäftsgrundlage des Hardwareleasingvertrages*

Ergeben sich aus den Umständen des Einzelfalls, die stets sorgfältiger Prüfung unterzogen werden müssen, keine ausreichenden Indizien dafür, daß auf Seiten des Leasinggebers und des Leasingnehmers ein »Einheitlichkeitswille«⁹⁰ – trotz formaler Trennung von Hardware- und Softwarevertrag – bejaht werden kann, so steht zwar fest, daß die rechtliche Einheitlichkeit beider Verträge nicht Vertragsinhalt geworden ist. Aber es ist keineswegs ausgeschlossen, daß die mangelfreie Durchführbarkeit beider Verträge – aus der Sicht des Leasingnehmers – in der Weise miteinander verknüpft ist, daß die ordnungsgemäße Durchführbarkeit des Softwarevertrages Geschäftsgrundlage hinsichtlich des Hardwarevertrages ist.⁹¹ Von der Geschäftsgrundlage werden die bei Abschluß des Vertrages zutage getretenen gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Vertragspartner oder die dem anderen Vertragsteil erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des anderen Vertragspartners von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt oder dem Fortbestehen gewisser Umstände erfaßt, auf denen der Geschäfts- und Vertragswille der Parteien beruht.⁹² Abzugrenzen ist diese Definition des Begriffs Geschäftsgrundlage gegenüber den stets unbeachtlich bleibenden Motiven der Vertragspartner.⁹³ Verschiedentlich wird deshalb – in Abweichung von der zuvor aufgeführten Formel – die Meinung vertreten, es komme wesentlich auf die objektive, nicht nur auf die subjektive Geschäftsgrundlage an. Unter objektiver Geschäftsgrundlage wird dabei jeder Umstand verstanden, dessen Vorhandensein oder dessen Fortdauer objektiv erforderlich ist, damit der Vertrag entsprechend den Intentionen der Vertragspartner noch als eine sinnvolle Regelung bestehen kann.⁹⁴ Mit Recht haben deshalb *Moritz/Tybusseck*⁹⁵ die Meinung vertreten, der Erwerb einer »problemlösenden Software« könne Geschäftsgrundlage für den Hardwarevertrag werden, sofern nur der potentielle Anwender »seine Vorstellungen bei den Vertragsverhandlungen offenbart und sein Vertragspartner diese Vorstellungen nicht beanstandet«.⁹⁶

Auch in diesem Zusammenhang kommt es entscheidend darauf an, ob im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer in der Weise – bezogen auf die Software – eine Geschäftsgrundlage bestand, daß der Hardwarevertrag ohne die Software nicht durchgeführt werden sollte. Notwendig ist also auch in diesem Zusammenhang, daß dem Leasinggeber die auf eine solche Geschäftsgrundlage zielenden Vorstellungen des Leasingnehmers erkennbar sind und von ihm nicht beanstandet werden.⁹⁷ So gesehen geht es um die Verkoppelung von Hardware- und Softwarevertrag unter Berücksichtigung der Intentionen von Leasinggeber und Leasingnehmer. Zur Konsequenz hat dies, daß auch hier die Antwort von hoher Bedeutung ist, ob der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware – bei Abschluß des Leasingvertrages – Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278 BGB war.⁹⁸ Unter dieser Perspektive kommt den Verhandlungen vor Abschluß des Leasingvertrages wegweisende Bedeutung zu.

d) *Trennungsklauseln in den Leasing-AGB*

Soweit aufgrund des jeweiligen Individualvertrages eine Verkoppelung von Hardware- und Softwarevertrag entweder unter Berücksichtigung des ermittelten »Einheitlichkeitswillens«⁹⁹ oder deswegen festgestellt wurde, weil die »problemlösende Software«¹⁰⁰ Geschäftsgrundlage des Hardwareleasingvertrages ist, können entgegenstehende AGB-Klauseln keine trennende Wirkung entfalten. In der Sache gelten die gleichen Erwägungen, die den *BGH*¹⁰¹ dazu veranlaßt haben, eine Haftungsfreizeichnungsklausel des Leasinggebers wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz zu verwerfen, in der dieser die Risiken auf den Leasingnehmer abwälzte, die der Lieferant/Hersteller/Händler als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers gemäß § 278 BGB schuldhaft verursacht hatte. An der – individualvertraglich – begründeten Erfüllungsgehilfschaft des Lieferanten/Herstellers/Händlers der Hardware hat sich der Leasinggeber auch insoweit festhalten lassen, als dieser eine Einheitlichkeit von Hardware- und Softwarevertrag gegenüber dem Leasingnehmer begründet hat. Davon abgesehen verstößt eine Trennungsklausel allemal gegen das Vorrangprinzip des Individualvertrages gemäß § 4 AGB-Gesetz; sie ist deshalb nicht geeignet, einen etwa ermittelten »Einheitlichkeitswillen«¹⁰² zu beseitigen. Dies wäre auch mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unvereinbar, weil dann der auf Einheitlichkeit zielende Wille beider Parteien konterkariert und der Vertrag wieder in Hardware- und Software parzelliert würde.¹⁰³

Ob Hinweisklauseln auf eine Trennung zwischen Hardware- und Softwarevertrag – schon unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Vertragsurkunden – geeignet sind, die Position des Leasinggebers zu verbessern, erscheint fragwürdig.¹⁰⁴ Der Unterschied zu den von der *BGH*-Judikatur geforderten »Achtungsklauseln« beim finanzierten Abzahlungskauf¹⁰⁵ springt ins Auge: Diese Klauseln werden deshalb gefordert, um die juristische Realität angesichts eines wirtschaftlich einheitlich erscheinenden Vorgangs zu verdeutlichen, nämlich: Die Existenz zweier voneinander unabhängiger Verträge, die den wirtschaftlich einheitlichen Sachverhalt des finanzierten Abzahlungskaufs »aufspalten«.

90) S. Fn. 55.

91) Hierzu *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 74.

92) Statt aller *Palandt/Heinrichs*, § 242 Anm. 6 B a m.w.N.

93) *Palandt/Heinrichs*, a.a.O.

94) Ebenda.

95) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 69.

96) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 74.

97) *Palandt/Heinrichs*, § 242 Anm. 6 B a m.w.N.

98) *BGH*, 3.7.1985, WM 1985 S. 906.

99) S. Fn. 55.

100) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 74.

101) *BGH*, 3.7.1985, WM 1985 S. 906, 909.

102) S. Fn. 55.

103) Vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 Rdnr. 17; § 9 Rdnr. 27.

104) So aber wohl *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 81.

105) *BGHZ* 33 S. 293, 300 f.; *BGHZ* 33 S. 302, 303; *BGHZ* 47 S. 207, 214; *BGHZ* 47 S. 233, 239; *BGH*, WM 1973 S. 233, 235; *BGH*, WM 1975 S. 1298, 1299; *BGH*, WM 1979 S. 489, 490; *BGH*, WM 1979 S. 1180, 1182; hierzu im einzelnen auch *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnrn. 1418 ff.

Hier liegt jedoch der umgedrehte Fall vor: Läßt sich trotz der juristischen Trennung zwischen Hardware- und Softwarevertrag eine – juristische – Einheitlichkeit aufgrund eines ermittelten »Einheitlichkeitswillens«¹⁰⁶ feststellen, so kann auch eine Hinweisklausel in den Leasing-AGB diesen – individualvertraglich – begründeten Tatbestand nicht beseitigen.¹⁰⁷ Freilich ist eine Hinweisklausel, wonach Hardware- und Softwarevertrag voneinander getrennt sind, geeignet, im Rahmen der Auslegung als Indiz dafür herangezogen werden zu können, daß eben keine Einheitlichkeit gewollt ist. Freilich setzt dies voraus, daß die Hinweisklausel eindeutig, unmißverständlich und klar aufgebaut ist; sie muß sozusagen dem Leasingnehmer ins Auge springen; und sie muß ihm verdeutlichen, daß allein ihn die Risiken aus der Spaltung zwischen Hardware- und Softwarevertrag treffen. Doch bleiben letzten Endes auch hier die Umstände des Einzelfalls maßgebend; und es gilt der Obersatz: Individualvertragliche Indizien sind allemal gewichtiger als AGB-Klauseln – auch wenn sie noch so deutlich, auffallend gedruckt sind – nicht gelesen und nicht zur Kenntnis genommen werden.

e) Wirksame Trennung von Hardware- und Softwarevertrag

Der Haftungsstatbestand – Verschulden bei Vertragsabschluß

Sind nach dem zuvor Gesagten Hardware- und Softwarevertrag – in wirksamer Weise – voneinander getrennt, so kommt es im Hinblick auf die Rechte des Leasingnehmers maßgeblich darauf an, ob den Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware oder dem Lieferanten/Hersteller der Software der Vorwurf gemacht werden kann, die gegenüber dem Leasingnehmer geschuldeten Aufklärungs- und Beratungspflichten schuldhaft verletzt zu haben.¹⁰⁸ Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Leasingnehmer ein »besonderes Interesse«¹⁰⁹ daran hat, vollständig und richtig über den Einsatz einer Computeranlage sowohl von seiten des Lieferanten/Herstellers/Händlers der Hardware als auch von seiten des Lieferanten/Herstellers der Software aufgeklärt zu werden. Denn nur so ist sichergestellt, daß der Leasinggeber letztlich eine Investitionsentscheidung des Leasingnehmers finanziert, die für diesen wirtschaftlich sinnvoll und nützlich ist.

Mit den Worten des *BGH* formuliert:

»Die der Anschaffung einer EDV-Anlage vorausgehende Beratungstätigkeit begründet spezifische Sorgfaltspflichten des Herstellers/Lieferanten von Hardware und Software gegenüber dem an ihrer Erfüllung interessierten Kunden. Dazu tritt regelmäßig, wie auch im vorliegenden Fall von der Klägerin geltend gemacht worden ist, das Vertrauen des Laien in die Fachkunde des Herstellers.«¹¹⁰

Hat der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware oder der Lieferant/Hersteller der Software die ihm obliegenden Aufklärungs- und Beratungspflichten gegenüber dem Leasingnehmer schuldhaft verletzt, so kommt es entscheidend darauf an zu erkennen, daß Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß für fahrlässig unzutreffende Erklärungen insoweit ausgeschlossen sind, als sie sich auf Eigenschaften des Leasingguts beziehen.¹¹¹ Findet indessen eine eingehende Beratung des Leasingnehmers durch den Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware oder durch die Lieferanten/Hersteller der Software vor Abschluß des Leasingvertrages statt, die auf eine bestimmte »Problemlösung« zugunsten des Leasingnehmer abzielt, so ist der hierauf gestützte Schadensersatzanspruch nicht durch die Gewährleistungsbestimmungen des Kauf- oder Werkvertragsrechts gesperrt.¹¹² Dies dürfte in der Sache immer dann zu bejahen sein, wenn die EDV-Anlage für den Leasingnehmer schlechthin ungeeignet ist, er sie also bei pflichtgemäßer Beratung nicht erstanden hätte. Freilich ist anzumerken, daß – wie der *BGH* festgestellt hat¹¹³ – der auf solche Umstände gestützte Schadensersatzanspruch innerhalb der Frist der §§ 477, 638 BGB verjährt. In der Sache geht dieser Schadensersatzanspruch dahin, den Leasingnehmer von den Verpflichtungen des Leasingvertrages gegenüber dem Leasinggeber freizustellen, ohne daß es entscheidend darauf ankommt, ob der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware oder der Lieferant/Hersteller der Software Haftungsadressat ist.

Wirksamkeit von Haftungsfreizeichnungen?

Soweit der Leasinggeber – auch in bezug auf diese Ansprüche – von der leasingtypischen »Abtretungskonstruktion« bzw. der »Ermächtigungskonstruktion« Gebrauch gemacht hat, ist wie folgt zu differenzieren:

Macht der Leasinggeber Schadensersatzansprüche gegenüber dem Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware geltend, so ist eine »Ermächtigungskonstruktion« wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam, weil sie nicht dazu führt, dem Leasingnehmer den entstandenen Eigenschaden zu ersetzen. Macht hingegen der Leasingnehmer aufgrund der leasingtypischen »Abtretungskonstruktion« Ansprüche gegenüber dem Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware geltend, so scheidet eine etwaige Haftungsfreizeichnungsklausel in dessen AGB an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz oder an § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz. Maßgebendes Kriterium ist dabei, daß die vom Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware zu erfül-

106) S. Fn. 55.

107) Es handelt sich dann um einen Widerspruch zwischen dem Individualvertrag einerseits und der AGB-Klausel andererseits; hierzu *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, § 4 Rdnr. 14; Rdnrn. 31 ff; *Wolf/Horn/Lindacher*, § 4 Rdnr. 10.

108) Hierzu grundlegend *BGH*, 6.6.1984, WM 1984 S. 1092 ff; *Moritz/Tybussek*, a.a.O., Rdnrn. 83 ff; *Mehring*, NJW 1986 S. 1904, 1908; *Kilian*, CR 1986 S. 187, 195; *Mehring*, GRUR 1985 S. 189, 195; *Engel*, BB 1985 S. 1159, 1164; vgl. auch *Ellenberger*, ZIP 1982 S. 519 ff.

109) *BGH*, 6.6.1984, WM 1984 S. 1092, 1094.

110) S. 1095.

111) *BGH*, 12.5.1976, WM 1976 S. 740; *BGH*, 16.3.1973, WM 1973 S. 641; *BGH*, 6.6.1984, WM 1984 S. 1092, 1094.

112) *BGH*, 6.6.1984, WM 1984 S. 1092, 1094; *BGH*, NJW 1962 S. 1196; *BGH*, WM 1977 S. 1027, 1028; *BGH*, WM 1983 S. 987, 988.

113) *BGH*, 6.6.1984, WM 1984 S. 1092.

lende »spezifische Sorgfaltspflicht«¹¹⁴ – dies gilt jedenfalls in der Regel – auf einem typischen Vertrauensstatbestand beruht: Der Leasingnehmer als Laie vertraut sich dem höheren Know-how des Lieferanten/Herstellers/Händlers der Hardware an.¹¹⁵ Dies gilt uneingeschränkt insoweit, als sich die geschuldete Beratungspflicht auf Funktion, Einsatz und Eignung der Hardware bezieht; es gilt aber in gleicher Weise auch, als der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware empfehlend oder vermittelnd auf einen bestimmten Lieferanten/Hersteller von Software hinweist. Denn auch insoweit nimmt er Vertrauen des Leasingnehmers in Anspruch. Der individualvertraglich erzeugte Vertrauensstatbestand ist indessen Grundlage dafür, etwaige Haftungsfreizeichnungen des Lieferanten/Herstellers/Händlers der Hardware an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz oder an § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz scheitern zu lassen, zumal eine schuldhaft falsche Beratung zwingend dazu führt, die EDV-Investitionen des Leasingnehmers, wie sie sich dann im Abschluß eines entsprechenden Leasingvertrages dokumentieren, als sinn- und zwecklos zu bewerten – ein Umstand, den der Lieferant/Hersteller/Händler der Hardware kennt oder doch zumindest voraussehen muß.¹¹⁶

Aus diesem Grund sind auch – umgekehrt gewertet – Haftungsfreizeichnungsklauseln in den AGB des Lieferanten/Herstellers der Software wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz oder nach § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unwirksam, sofern der Leasingnehmer den Nachweis erbringen kann, daß der Lieferant/Hersteller der Software seine »spezifischen Sorgfaltspflichten«¹¹⁷ gegenüber dem Leasingnehmer schuldhaft verletzt hat – mit der Folge, daß die von ihm angebotene »problemlösende Software«¹¹⁸ entweder für den Leasingnehmer ungeeignet oder mit der vom Leasingnehmer erworbenen Hardware nicht kompatibel ist. Dies gilt besonders, wenn der Leasingnehmer »Erstanwender« ist.

Soweit ein Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß gegenüber dem Lieferanten/Hersteller/Händler der Hardware oder gegenüber dem Lieferanten/Hersteller der Software begründet ist, umfaßt der nach § 249 BGB zu ersetzende Schaden nicht nur die Freistellung des Leasingnehmers von den Verpflichtungen aus dem Hardwareleasingvertrag, sondern auch die Freistellung von den Verpflichtungen, die aus dem Softwarevertrag herrühren, soweit keine anderweitige EDV-Lösungsmöglichkeit gegeben ist, die der Leasingnehmer im Rahmen der Schadensminderungspflicht gemäß § 254 BGB anzustreben und zu realisieren verpflichtet ist. Deshalb ist auch dem Vorschlag von *Moritz/Tybusseck*¹¹⁹ zu widersprechen, die Leasinggesellschaften sollten eine Haftungsfreizeichnung gegenüber den Leasingnehmern in ihre Leasing-AGB aufnehmen, wonach zu Lasten des Leasingnehmers jede Haftung ausgeschlossen ist, die über die in dem Kaufvertrag zwischen Hersteller/Lieferant/Händler der Hardware und der Leasinggesellschaften vereinbarte Kaufsumme hinausgeht. Denn eine solche Haftungsbegrenzung benachteiligt den Leasingnehmer im Sinn von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz in unangemessener Weise, weil sie ihn an

den Obligationen aus dem Softwarevertrag festhält, die jedenfalls dann frustrierte Aufwendungen sind, wenn sich die Hardware als nicht geeignet für den Betrieb der Software erweist.

*Hat aber der Leasingnehmer auf eigene Faust mit einem Lieferanten/Hersteller von Software kontrahiert, beschränkt sich also die schuldhaft falsche Aufklärung und Beratung auf den Einsatz der Hardware, so ist auch für diesen Fall die von Moritz/Tybusseck*¹²⁰ vorgeschlagene Haftungsbegrenzungsklausel wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam, weil sie dem Leasingnehmer weder die Vertragskosten im Sinn von § 467 Satz 2 BGB noch einen nach § 463 BGB zu reklamierenden Nichterfüllungsschaden ersetzt. Gerade bei EDV-Anlagen, die sich für den Leasingnehmer als ungeeignet erweisen, ist dieser Schadensersatzanspruch in der Regel sehr erheblich, zumal wenn man die Leistungsbeschreibung als Eigenschaftszusicherung gemäß § 463 Satz 1 BGB bewertet.¹²¹

III. Rechtliche Konsequenzen der Trennung von Hardware- und Softwarevertrag

Es entspricht dem Grundtatbestand, daß sich der Leasingvertrag auf die Hardware bezieht, und daß der Leasingnehmer – jedenfalls für Individualsoftware – einen eigenen Nutzungsvertrag mit dem jeweiligen Lieferanten/Hersteller der Software abschließt. Tritt dann eine Leistungsstörung, bezogen auf den Hardwarevertrag, ein, so gelten die Grundsätze, die im einzelnen bereits dargestellt wurden. Zu erörtern bleiben aber die Fallgestaltungen, daß eine Leistungsstörung innerhalb des Softwarenutzungsvertrages eintritt, so daß die Frage beantwortet werden muß, welche rechtlichen Konsequenzen sich für den Leasingvertrag daraus ableiten lassen.

1. Die Rechtsnatur des Softwarevertrages

a) Der Befund der BGH-Judikatur

Wie Softwarenutzungsverträge rechtlich einzuordnen sind, steht auf Basis der BGH-Judikatur noch nicht abschließend fest. In seiner Entscheidung vom

114) S. 1095.

115) Ebenda: »Vertrauen des Laien in die Fachkunde des Herstellers«.

116) Hierzu auch *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 69; vgl. auch *LG München*, 12.8.1980, K/M-8, in: *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, 1983.

117) *BGH*, 6.6.1984, WM 1984 S. 1092, 1095.

118) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 74.

119) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnr. 86.

120) Ebenda.

121) *KG Berlin*, 24.1.1985, CR 1986 S. 643: »Angaben in einer dem Käufer anlässlich der Kaufverhandlungen ausgehändigten Leistungsbeschreibung gelten als Zusicherung, sofern nicht der Verkäufer vor Vertragsabschluß eindeutig auf eine demgegenüber eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Systems hinweist« – Leitsatz Nr. 2.

11.2.1971¹²² hat der *BGH* die Verpflichtung zur Herstellung eines tauglichen EDV-Programms nach den Regeln des Werkvertragsrechts beurteilt. Diese Qualifikation schließt aber keineswegs aus, unter Berücksichtigung des Inhalts der *BGH*-Entscheidung vom 3.6.1981¹²³ den Softwarenutzungsvertrag nach den Regeln des Know-how-Vertrages zu beurteilen, so daß in der Sache gemäß § 581 BGB Pachtrecht Anwendung findet.¹²⁴ In anderen Entscheidungen hat der *BGH*¹²⁵ im Rahmen der leasingtypischen »Abtretungskonstruktion« Kaufrecht sowohl in bezug auf die Hardware als auch im Hinblick auf die Software – diese als Einheit behandelnd – angewandt.

b) Der Befund in der Literatur

Die Literatur geht im allgemeinen davon aus, daß beim Erwerb von Standardsoftware ein Kaufvertrag vorliegt, sofern dem Benutzer ein Recht auf Dauer eingeräumt ist.¹²⁶ Liegt allerdings Individualsoftware vor, so spricht vieles dafür, den Herstellungsakt dem Werkvertragsrecht zu unterwerfen¹²⁷ und die Nutzungsüberlassung ähnlich Know-how-Verträgen oder Patentlizenzverträgen dem Pachtrecht gemäß § 581 BGB zuzuordnen.¹²⁸ Dabei ist durchaus anerkannt, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit herrscht¹²⁹ – ein Gesichtspunkt, der die Erkenntnis beflügelt, der Nutzungsüberlassungsvertrag sei bei der Software als Vertrag sui generis zu bewerten.¹³⁰ Bei der Beurteilung der Individualsoftware wird darüber hinaus entscheidendes Ge-

wicht auf den Urheberrechtsschutz¹³¹ gelegt,¹³² was nach allgemeinem Verständnis die Parallele zum Know-how-Lizenzvertrag oder zum Patentlizenzvertrag nahelegt, weil hier wie dort ein entgeltlicher Gebrauchsüberlassungsvertrag begründet wird.

c) Eigene Auffassung

Der h. M. ist im wesentlichen zu folgen. Doch scheint es angezeigt, die zuvor im einzelnen dargestellte steuerrechtliche Kategorisierung der Software als materielles oder als immaterielles Wirtschaftsgut auch hier fruchtbar zu machen: Liegt Standardsoftware vor, dann handelt es sich – je nach der Parteivereinbarung – entweder um einen Kaufvertrag oder um einen entgeltlichen Lizenzvertrag, der nach pachtrechtlichen Bestimmungen ausgerichtet ist.¹³³ Handelt es sich hingegen um Individualsoftware, so daß die Annahme eines immateriellen Wirtschaftsguts naheliegt, so wird die Parteivereinbarung in der Regel als Lizenzvertrag zu werten sein; dies gilt erst recht, wenn und soweit die Software urheberrechtsfähig ist.

2. Der Grundsatz der Einheitlichkeit

Immer dann, wenn der Leasingnehmer die Hardware im Rahmen eines Leasingvertrages benutzt, ist die Frage angezeigt, ob der Grundsatz der Einheitlichkeit – trotz formal getrennter Verträge – nicht auch aus der Perspektive des Lieferanten/Herstellers der Software beantwortet werden muß.

Daß nämlich ein »Einheitlichkeitswille«¹³⁴ auf seiten des Leasingnehmers vorhanden ist, liegt aus der Perspektive des Lieferanten/Herstellers der Software besonders nahe; denn jedem Lieferanten/Hersteller von Software ist – gleichgültig, wie man den Softwarevertrag qualifiziert – notwendigerweise bekannt, daß die Software nur in Verbindung mit der Hardware eingesetzt werden kann. Diese Kenntnis hat natürlich auch der Leasinggeber; doch ist ihm – mangels eindeutiger Indizien in bezug auf den erforderlichen »Einheitlichkeitswillen«¹³⁵ – nicht bekannt, welche Software für den Leasingnehmer geeignet ist; und es ist ihm auch grundsätzlich nicht ohne weiteres bekannt, aus welchen Gründen der Leasingnehmer einen separaten Softwarenutzungsvertrag abgeschlossen hat. Indessen gelten im Hinblick auf den beim Lieferanten/Hersteller der Software erforderlichen »Einheitlichkeitswillen«¹³⁶ hier in verstärktem Maße die gleichen Erwägungen, die zuvor im einzelnen dargestellt worden sind. Doch ist tendenziell das Risiko, daß zu Lasten des Lieferanten/Herstellers der Software ein »Einheitlichkeitswille«¹³⁷ bejaht wird, wesentlich größer als gegenüber dem Leasinggeber, der ja ohne Kenntnis der wesentlichen technischen und kommerziellen Details eine Investitionsentscheidung des Leasingnehmers finanziert. Derartige Kenntnisse aber sind beim Lieferanten/Hersteller von Software regelmäßig und – technisch bedingt – nahezu zwingend vorhanden.

- 122) *BGH*, 11.2.1971, WM 1971 S. 615: »Die Verpflichtung zur Herstellung eines tauglichen Programms für eine Datenverarbeitung ist nach den Regeln des Werkvertragsrechts zu beurteilen.«
- 123) *BGH*, 3.6.1981, ZIP 1981 S. 868; zum Problem der »Programmsperre« vgl. auch *OLG Stuttgart*, 3.1.1986, CR 1986 S. 639 mit Anm. von *Etter*: »Der Wegfall des Lizenzvertrages über die Software hat zur Folge, daß dem Anwender auch ein Festhalten am Kaufvertrag über die Hardware nicht mehr zugemutet werden kann, selbst wenn der die gelieferte Hardware mit der Software eines anderen Herstellers speisen könnte.« – Leitsatz Nr. 2 der Redaktion: Die Argumentation läuft über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 242 BGB; vgl. auch *Etter*, a.a.O., S. 641 f.
- 124) Verträge über Computerprogramme (Software) werden danach als Know-how-Verträge qualifiziert; *OLG Stuttgart*, a.a.O.; insbesondere auch *BGH*, 5.10.1981, NJW 1982 S. 696 – »Abrechnungsfähigkeit« von Krankenscheinen/Krankenkassen-Quartalsabrechnung – Mietrecht kam zur Anwendung.
- 125) *BGH*, 20.6.1984, WM 1984 S. 1089; *BGH*, 19.2.1986, WM 1986 S. 591.
- 126) *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Rdnr. 339; *Engel*, BB 1985 S. 1159, 1162; *Kindermann*, GRUR 1983 S. 152, 159; *Palandt/Putzo*, § 433 Anm. 1 c cc.
- 127) *Engel*, BB 1985 S. 1159, 1161; *Soergel*, in: MünchKomm, § 631 Rdnr. 70; *Mehring*, NJW 1986 S. 1904, 1907 ff; *Kilian*, CR 1986 S. 187, 194.
- 128) *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnrn. 347 ff; *Engel*, BB 1985 S. 1159, 1163 f; *Kindermann*, GRUR 1983 S. 152; *Prinz zu Loewenstein*, BB 1985 S. 1696 ff; *Kilian*, CR 1986 S. 187, S. 194 f.
- 129) Vgl. *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnrn. 334 ff m.w.N.
- 130) *Lauer*, BB 1982 S. 1758, 1759.
- 131) *BGH*, CR 1985 S. 22; vgl. auch *Prinz zu Loewenstein*, a.a.O.
- 132) Im einzelnen *Moritz/Tybusseck*, a.a.O., Rdnrn. 88 ff.
- 133) S. Fn. 123.
- 134) S. Fn. 55.
- 135) Ebenda.
- 136) Ebenda.
- 137) Ebenda.

3. Die Abnahme

Soweit entweder gegenüber dem Leasinggeber – trotz Trennung von Hardwareleasingvertrag und Softwarenutzungsvertrag – der erforderliche »Einheitlichkeitswille«¹³⁸ nachgewiesen werden kann oder soweit dieser gegenüber dem Lieferanten/Hersteller der Software gegeben ist, sind die Würfel gefallen. Muß der Leasinggeber Existenz und Durchführung des Softwarenutzungsvertrages gegen sich gelten lassen, weil er den Tatbestand der Einheitlichkeit billigend zur Kenntnis genommen hat, dann ist der Leasingnehmer berechtigt, die Abnahme der Hardware solange zu verweigern, bis die Funktionstüchtigkeit der Software zu seiner Zufriedenheit nachgewiesen ist. Umgekehrt: Liegt der erforderliche »Einheitlichkeitswille«¹³⁹ lediglich im Verhältnis: Leasingnehmer – Lieferant/Hersteller der Software vor, so ist der Leasingnehmer nicht berechtigt, die Abnahme der Hardware zu verweigern; er ist vielmehr verpflichtet, ohne Rücksicht auf Vorhandensein oder Funktionstüchtigkeit der Software die Hardware abzunehmen und dem Leasinggeber die fälligen Leasingraten zu zahlen. Verweigert er gleichwohl die Zahlung, so kann der Leasinggeber gemäß § 554 BGB den Leasingvertrag fristlos kündigen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dadurch wird der Leasingnehmer keineswegs unangemessen benachteiligt; daß eine Trennung zwischen Hardwareleasingvertrag einerseits und Softwarenutzungsvertrag andererseits vorliegt, ist ja nicht dem Leasinggeber anzulasten, sondern ist Ergebnis der freien unternehmerischen Entscheidung des Leasingnehmers.

Hat allerdings der Leasinggeber, was häufig vorkommt, einen Teil der Software mitfinanziert, so ist der erforderliche »Einheitlichkeitswille«¹⁴⁰ grundsätzlich zu bejahen, so daß der Leasinggeber nicht berechtigt ist, sich auf die formale Trennung der beiden Verträge mit Erfolg zu berufen. Wie weiter oben festgestellt, gilt dies freilich nicht, wenn der Leasinggeber Hardware und Systemsoftware als Teil eines einheitlichen Leasingvertrages behandelt, die Individualsoftware aber vom Leasingnehmer aufgrund eines separaten Nutzungsvertrages kontrahiert wird. Dann läßt sich der geforderte »Einheitlichkeitswille«¹⁴¹ nicht unter Berücksichtigung der Mitfinanzierung begründen; vielmehr bedarf es anderer Indizien, die gemäß §§ 133, 157 BGB in diesem Zusammenhang fruchtbar gemacht werden müssen.

Dabei muß man auch im Auge behalten, daß die Typizität der Abnahme eine je andere ist: Der Leasinggeber begnügt sich im Rahmen des Hardwareleasingvertrages damit, daß der Leasingnehmer ihm bestätigt, die körperlich ihm angelieferte Hardware übernommen zu haben. So gesehen liegt der Tatbestand des § 446 BGB vor. Demgegenüber ist die Typizität der Abnahme beim Softwarenutzungsvertrag – gleiches gilt aber auch beim Softwarekaufvertrag – eine andere: Hier herrschen die Kriterien des § 640 BGB vor; Abnahme bedeutet mithin Billigung, daß die im Rahmen eines Kauf- oder Nutzungsvertrages überlassene Software vertragsgemäß geliefert/erstellt wurde. Der Leistungsbeschreibung kommt hier wesentliche Bedeutung zu.¹⁴²

4. Gewährleistungsfälle – Leistungsstörungen

Soweit der erforderliche »Einheitlichkeitswille«¹⁴³ entweder auf seiten des Leasinggebers oder auf seiten des Lieferanten/Herstellers der Software bejaht werden kann, gilt der dogmatische Satz: Die Rechtsregeln von Gewährleistung und Leistungsstörungen richten sich – ungeachtet der vorgenommenen Vertragsverbindung – nach den Regeln, die die Teilbereiche beherrschen, in denen die jeweilige Gewährleistungshaftung oder Leistungsstörung ihre Ursache hat.¹⁴⁴

a) Gewährleistungshaftung des Lieferanten/Herstellers der Software

Es ist hier sicherlich nicht der Ort, im einzelnen die Voraussetzungen der Gewährleistungshaftung des Lieferanten/Herstellers der Software darzustellen. Es muß ausreichen, auf die einschlägigen Veröffentlichungen zu verweisen,¹⁴⁵ damit aber auch auf den grundlegenden Tatbestand: von einer gewissen Größenordnung an ist es technisch – objektiv betrachtet – nicht möglich, die Software fehlerfrei herzustellen.¹⁴⁶ Darüber hinaus ist es abhängig von der Parteiabrede, ob lediglich ein reproduzierbarer Fehler Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem Lieferanten/Hersteller der Software auslöst¹⁴⁷ und wieviele Nachbesserungsversuche dem Lieferanten/Hersteller der Software zuzubilligen sind,¹⁴⁸ bevor die weitergehenden Rechte auf Wandelung oder Minderung reklamiert werden können.¹⁴⁹

Ist der erforderliche »Einheitlichkeitswille«¹⁵⁰ auf seiten des Leasinggebers im Hinblick auf die rechtliche Einheit von Hardwareleasingvertrag und Softwarenutzungsvertrag anzunehmen, so liegt es nahe, den Rechtsgedanken von § 469 Satz 2 BGB zu bemühen. Doch steht dem entgegen, daß die Software – insbesondere dann, wenn ein Nutzungsvertrag für Individualsoftware abgeschlossen worden ist – keine Sache im Sinn von § 90 BGB ist.¹⁵¹ Deshalb ist die rechtliche Einheit zwi-

138) Ebenda.

139) Ebenda.

140) Ebenda.

141) Ebenda.

142) Hierzu auch *Kilian*, CR 1986 S. 137, 194; vgl. auch *LG Mannheim*, 8.10.1984, BB 1985 S. 144: Überlassung eines Benutzerhandbuchs ist Hauptpflicht, was im Hinblick auf die Abnahme gem. § 640 BGB entscheidende Bedeutung besitzt.

143) S. Fn. 55.

144) *OLG Köln*, 29.1.1981, K/M-11, in: *Zahrnt*, DV-Rechtsprechung, 1983; statt aller *Palandt/Heinrichs*, vor § 305 Anm. 3 c cc.

145) Hierzu im einzelnen *Engel*, BB 1985 S. 1159 ff.; *Kilian*, CR 1986 S. 187 ff.; *Mehring*s, NJW 1986 S. 1904 ff.; *Brandt-Dohrn*, CR 1986 S. 63 ff, jeweils m.w.N.

146) Hierzu *Kilian*, CR 1986 S. 632; ders., CR 1986 S. 187; a. M. *Müller-Hengstenberg*, CR 1986 S. 441; *Mehring*s, GRUR 1985 S. 189, 192 f.

147) *Bartel*, CR 1985 S. 13, 17 f.; *Engel*, BB 1985 S. 1165, 1169 f.

148) *KG*, 24.1.1985, CR 1986 S. 643; insbesondere *OLG Nürnberg*, 6.8.1985, CR 1986 S. 545; *OLG Stuttgart*, 11.5.1984, CR 1986 S. 559.

149) *KG*, 24.1.1985, CR 1986 S. 643; *OLG Stuttgart*, a.a.O.

150) S. Fn. 55.

151) Hierzu *Mehring*s, GRUR 1985 S. 189, 190 f.

schen Hardwareleasingvertrag und Softwarenutzungsvertrag – im Falle eines Mangels – nur aufgrund der vertraglichen Abreden zu begründen, weil der notwendige »Einheitlichkeitswille«¹⁵² entweder zu Lasten des Leasinggebers oder zu Lasten des Lieferanten/Herstellers der Software vorliegt – mit der Konsequenz, daß Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers auch dann begründet sind, wenn die Ursache in dem jeweils anderen Vertragswerk liegt. Notwendigerweise gilt die gleiche Distinktion, soweit der Leasingnehmer Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend macht, weil entweder der Hardware oder der Software eine zugesicherte Eigenschaft im Sinn der §§ 463 Satz 1, 635 BGB fehlt: Selbstverständlich umfaßt dabei das Schadensersatzrisiko auch die Ansprüche des Leasingnehmers, die aus der Nichterfüllung des jeweils anderen Vertrages resultieren.

Liegen ausreichende Indizien zur Bejahung des geforderten »Einheitlichkeitswillens«¹⁵³ vor, so macht es keinen Unterschied, ob Lieferant/Hersteller/Händler

von Hardware und Lieferant/Hersteller von Software personenidentisch sind, oder ob es sich um getrennte Unternehmen handelt. Diese Differenzierung ist allenfalls eine graduelle, nicht aber eine substantielle.

b) *Sonstige Leistungsstörungen*

Soweit Lieferunmöglichkeit oder Lieferverzug vorliegt, gelten in der Sache die gleichen Grundsätze, wie sie für den Bereich der Abnahme und den der Gewährleistung dargestellt worden sind.

c) *Die Grenzen der Haftungsfreizeichnung*

Es besteht kein sachlich rechtfertigender Grund dafür, den Lieferanten/Hersteller von Software anders zu behandeln als den Lieferanten/Hersteller/Händler des Leasingguts. Es gelten also die Haftungsgrenzen, die einerseits von § 11 Nr. 10b AGB-Gesetz, andererseits von § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz oder von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz vorgezeichnet sind. Denn alle diese Normen gelten auch im kaufmännischen Bereich gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz oder gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz.¹⁵⁴ Ist dem Lieferanten/Hersteller der Software deren Erstellung unmöglich, dann liegt häufig der Fall des subjektiven Unvermögens vor;¹⁵⁵ Haftungsfreizeichnungen sind in diesem Bereich nicht anzuerkennen, weil sie gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz verstoßen.¹⁵⁶

152) S. Fn. 55.

153) Ebenda.

154) *OLG Frankfurt*, 23.1. 1983, BB 1984 S. 300.

155) Hierzu auch *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, § 11 Nr. 1 Rdnr. 51; vgl. auch *Graf von Westphalen*, WM 1983 S. 974 ff.

156) *Graf von Westphalen*, WM 1983 S. 974, 978.