

# Produkthaftung für Software – Zugleich eine kritische Erwiderung auf Bauer, PHI 89, 38 ff. und 98 ff.

**Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kirchenrecht der Universität Münster und Verfasser zahlreicher Beiträge zu computerrechtlichen Fragestellungen.**

Die Frage nach der Reichweite des Produkthaftungsrechts verängstigt zur Zeit weite Kreise der Softwareindustrie. Die Vertreter dieser Branche weisen immer wieder darauf hin, daß die Anwendbarkeit insbesondere der neuen Produkthaftungsgesetze auf Softwareprodukte europaweit unklar sei und insofern eine große Rechtsunsicherheit zu befürchten sei. So warnte John J. Borking<sup>1</sup> bei der jüngsten Tagung der Computer Law Association in Amsterdam eindringlich davor, daß "this kind of legislation would be a time-bomb under the industry, especially for the small computer services companies".<sup>2</sup>

Vor kurzem hat sich nun Bauer in dieser Zeitschrift ausführlich mit der Frage der Produkthaftung bei Software beschäftigt. Seinen Ausführungen kommt der große Verdienst zu, das derzeitige Haftungsrecht im Hinblick auf die Herstellung und den Vertrieb von Software kenntnisreich und fundiert dargestellt zu haben. Dennoch bleiben bei näherer Lektüre einige Zweifelsfragen und Bedenken, die im folgenden spezifiziert und mit Blick auf grundlegendere Fragen systematisiert werden sollen.

## 1 Software als Information

Um Bauers Ausführungen zu verstehen, muß man sich sein Verständnis von Software vergegenwärtigen. Software sei "eine bloße Folge von binären Informationen"<sup>3</sup> bzw. "Bits und Bytes an bestimmten Adressen"<sup>4</sup>; allein wegen dieser Binärinformationen werde Software überhaupt vom Anwender erwor-

ben. Aus dieser Prämisse resultiert sofort die prinzipielle Nichtanwendbarkeit des gesamten Produkthaftungsrechts, soweit es Software betrifft: Dieses Haftungsrecht sei nämlich auf das Vorliegen von Produkten zugeschnitten, eine Haftung für Informationen sei diesem Recht fremd.<sup>5</sup>

Dieser rein technische Softwarebegriff mag zwar aus der Sicht eines Informatikers sach- und interessen-gerecht sein; er geht allerdings an den wirtschaftlichen Gegebenheiten des Softwaremarkts vorbei. Dem Softwareanwender geht es sicherlich nicht darum, Binärinformationen im Maschinencode zu erwerben: Da diese Angaben nur dem Computer 'verständlich' und im übrigen kaum entzifferbar sind, haben sie für den Anwender als solche keinen Informationswert. Dem Erwerber eines Softwarepakets geht es vielmehr um bestimmte Problemlösungen bzw. spezifizierte Aufgaben, die das Programm übernehmen soll. Allein um der Erfüllung dieser Aufgaben wil-

<sup>1</sup> John J. Borking ist Managing Director der niederländischen Computer Services and Software Association (COSSO).

<sup>2</sup> Borking, An overview of the 1987 Software & Services Marketplace in Western Europe, Speech delivered at the CLA Meeting in Amsterdam, June 1-3, 1988, S. 6 (unveröffentlicht).

<sup>3</sup> PHI 89, 102.

<sup>4</sup> PHI 89, 106.

<sup>5</sup> Die Thesen Bauers sind übrigens nicht neu. Sie finden sich bereits bei Freed, Products liability in the computer age, in: Jurimetrics Journal 1977, 270 ff. Ähnlich auch Borking, Risico's voortvloeiend uit produktaansprakelijkheid voor programmatuurmakers, in: Informatie 1987, Nr. 10, 929, 931.

len setzt der Anwender ein Computerprogramm auf seinem Rechner ein. Es geht beim Erwerb von Software daher nie um den Transfer von Informationen, sondern um die Nutzung des Programminhalts für bestimmte Zwecke.<sup>6</sup>

## 2 Bedeutungslosigkeit des Datenträgers

Bauer betont im weiteren, daß "isolierte", d.h. nicht in ein Produkt integrierte Software — insbesondere Standardsoftware — nie als Sache im Sinne des § 90 BGB eingestuft werden könne.<sup>7</sup> Der Tatsache, daß Software auf einem Datenträger gespeichert sei, komme für die produkthaftungsrechtliche Einstufung keine Bedeutung zu. Zwar werde Software oft über Datenträger (Diskette, Magnetplatte) vertrieben. Denkbar sei aber auch, daß die Installation der Software auf dem Rechner direkt durch den Händler erfolge oder daß "der Anwender die Software im Wege der Datenfernübertragung erwirbt und installiert".<sup>8</sup> Die Wahl des Datenträgers und die Form der Installation hänge daher nur von technischen Zufälligkeiten ab, die keinen Einfluß auf die juristische Beurteilung von Haftungsfolgen haben sollten.

Die Ablehnung der Sachqualität insbesondere von Standardsoftware ist aber m. E. unzutreffend.<sup>9</sup> Der Vertrieb solcher "konfektionierter"<sup>10</sup> Software ist ohne die Verkörperung des Programms auf einem Datenträger nicht möglich. Erst dadurch, daß Softwarehersteller ihre Programme auf Datenträgern materialisiert und in dieser Form in den

Handel gegeben haben, ist es zur Herausbildung eines Standardsoftwaremarkts gekommen. Gerade deshalb werden alle größeren Standardprogramme — nicht nur im PC-Bereich, sondern gerade im Großrechnerbereich<sup>11</sup> — immer datenträgergebunden vertrieben. Diese Materialisierung des Programms auf einem Datenträger ist auch für den Anwender wichtig: Erst der Besitz des 'bespielten' Datenträgers gibt ihm die Chance, Sicherheitskopien zu erstellen oder das Programm in seinen Arbeitsspeicher zu laden. Wie bei Büchern oder Videokassetten<sup>12</sup> ist eine "Trennung des Vehikulums von dem transportierten Geistesgut"<sup>13</sup> deshalb nicht möglich. Im Zentrum des Vertriebs von Standardsoftware steht daher "ein Datenträger mit dem darin verkörperten Programm, also eine verkörperte Sache".<sup>14</sup>

Demgegenüber ist auch der Verweis Bauers auf die technische Möglichkeit der Direktinstallation des Programms nicht überzeugend. Derzeit sind keine Hersteller bekannt, die dem Anwender ihr Produkt direkt auf den Rechner installieren, statt ihm — zumindest zuzätzlich — eine Programmkopie auf einem Datenträger zu überlassen. Eine solche Direktinstallation würde einen hohen Aufwand an Personalkosten für den Hersteller implizieren; der Anwender sähe sich der Gefahr ausgesetzt, ohne Sicherheitskopien arbeiten zu müssen und im Notfall hohen Ausfallzeiten ausgesetzt zu sein.<sup>15</sup>

Auch der — inzwischen sattsam bekannte<sup>16</sup> — Hinweis auf die Möglichkeiten der Datenfernüber-

tragung entkräftet die Annahme einer Sachqualität von Standardsoftware nicht. Bauer suggeriert seinen Lesern hier, daß ein und dieselbe Software je nach freier Wahl des

6 Vgl. hierzu allgemein Dreiss, *Patente und Urheberrechte als Transfer-Instrument (erscheint demnächst in CR)*. — Mein besonderer Dank gilt Herrn Dr. Dreiss für die Überlassung des Manuskripts.

7 PHI 89, 99 ff.

8 PHI 89, 100; vgl. auch PHI 89, 101.

9 Vgl. zum folgenden auch Hoeren, *Softwareüberlassung als Sachkauf. Ausgewählte Rechtsprobleme beim Erwerb von Standardsoftware*, München 1989, Rn. 75 ff.

10 So OLG Stuttgart, *Urt. v. 23.6.1986* — 2 U 252/85 = *IuR* 1987, 191.

11 Der an mich gerichtete Vorwurf von Bauer, meine Überlegungen seien allenfalls aus der Sicht eines PC-Besitzers angemessen (vgl. PHI 89, 100 Anm. 36), ist insoweit unzutreffend. Auch der Anwender von Großrechnern oder der Erwerber von Netzwerksoftware erhält vom Verkäufer eine Programmkopie auf einem Datenträger (meist Magnetband), die die Grundlage für spätere Sicherheitskopien und Softwareanpassungen und insoweit für den Anwender von eminenter Bedeutung ist. Vgl. hierzu auch ausführlich Hoeren, a.a.O. (Fn. 9), *Softwareüberlassung*, Rn. 293 ff. m.w.N.

12 Vgl. zu diesem Vergleich Hoeren, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 77.

13 Schenz, *Das urheberrechtlich geschützte Werk als Ware?*, in: *FuR* 1982, 613, 616.

14 So BGH, *Urt. v. 4.11.1987* — VIII ZR 314/86 = *DB* 1988, 106 = *BB* 1988, 22; vgl. FG Berlin, *Urt. v. 18.9.1985* — II 292/82 = *CR* 1986, 719, 721; Dörner/Jersch, *Die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge*, in: *IuR* 1988, 137, 141 ff.

15 Vgl. hierzu ausführlich Hoeren, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 348 f.

16 So bereits Zahrt, *Gewährleistung bei der Überlassung von Standardprogrammen*, in: *IuR* 1986, 252 f.; ähnlich Schneider, *Softwarevertragsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht*, München 1989, 66 f.; Mehrings, *Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Software*, in: *NJW* 1988, 2438, 2439.

Händlers über Datenträger oder Datenfernübertragung vertrieben werden könne. Was Bauer aber mit Datenfernübertragung meint, bleibt unklar; derzeit ist jedenfalls ein sinnvoller Handel mit Telesoftware nur über Bildschirmtext (Btx) möglich. Im Rahmen von Btx werden aber aus technischen Gründen nur billige Programme (insbes. Public-Domain-Programme) angeboten.<sup>17</sup> Insofern ist der Kunden- und Händlerkreis ein ganz anderer als beim Vertrieb von 'klassischer' Standardsoftware. — Selbst wenn man die Vergleichbarkeit von Btx und datenträgergebundenem Softwarehandel bejaht, hat man sich als nächstes der von Bauer übersehenen Frage zu stellen, ob nicht auch Telesoftware unter die Regeln des Produkthaftungsrechts fällt. Keine Probleme ergeben sich insoweit beim geltenden Deliktsrecht: Beschädigt Telesoftware — etwa aufgrund eines Fehlers — das Eigentum des Anwenders oder eines Dritten, so hat der Softwarehersteller dafür einzustehen. In bezug auf das künftige Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG) kommt eine analoge Anwendung für Telesoftware in Betracht, gerade wenn man den Unterschied zwischen diesen Computerprogrammen und der normalen Software als technisch bedingte Zufälligkeit ansieht.<sup>18</sup> Der Hinweis Bauers auf den Vertrieb von Telesoftware geht somit ins Leere.

### **3 Die Unterscheidung von isolierter und integrierter (produktbezogener) Software**

Ausgehend von seinen oben dargestellten Vorüberlegungen lehnt

Bauer die Unterscheidung von Standard- und Individualsoftware als produkthaftungsrechtlich belanglos ab.<sup>19</sup> Diese Unterscheidung biete "ein viel zu großes Raster, um danach Haftungsfolgen zu differenzieren". Bauer wendet sich vor allem gegen die in der Literatur anzutreffende Behauptung, daß die Produkthaftung nur für Standard-, nicht aber für Individualsoftware gelten solle.<sup>20</sup>

Bauer schlägt als Alternative vor, zwischen isolierter und integrierter (produktbezogener) Software zu unterscheiden.<sup>21</sup> Isolierte Software zeichne sich dadurch aus, daß sie "ohne konkreten Bezug zu bestimmten Anwendungen" erstellt worden sei. Es handele sich hier um eine bloße "Informationssammlung oder Informationsfolge zur Erstellung eines maschinenlesbaren oder maschinenablauffähigen Programms".<sup>22</sup> Bauer verweist als Beispiel auf Textverarbeitungs-, Datenbank- und CAD-Software sowie Compiler. — Demgegenüber erfolge die Entwicklung bzw. der Einsatz integrierter Software "von vornherein produktbezogen",<sup>23</sup> wie das Beispiel der Maschinensteuerung, des CIM oder der Software im ROM zeige. Auf der Grundlage dieser Unterscheidung kommt Bauer nun sehr schnell zu scheinbar auf der Hand liegenden Ergebnissen im Hinblick auf das anzuwendende Produkthaftungsrecht: Bei integrierter Software unterliege allein der Hersteller des Endprodukts, nicht aber der Zulieferer von bloßer Software der "Haftung nach der deliktischen Produkthaftung und der Produkthaftung nach dem ProdHaftG".<sup>24</sup> Bei isolierter Software

kommt eine Haftung nach dem ProdHaftG mangels Vorliegen einer beweglichen Sache nicht in Betracht;<sup>25</sup> allenfalls das geltende Deliktsrecht könne in sehr seltenen Ausnahmefällen<sup>26</sup> eine Haftung des Softwareherstellers begründen.<sup>27</sup>

Fraglich ist allerdings bereits, ob die Unterscheidung zwischen isolierter und integrierter Software wirklich Neues bietet.<sup>28</sup> Bauer selbst verweist darauf, daß es sich bei der produktbezogenen Software "überwiegend . . . um Individualsoftware" handelt.<sup>29</sup> Die andere Softwaregruppe umschreibt Bauer an mehreren Stellen mit "isolierter

17 Vgl. dazu Baums, *Das große Buch zu Btx*, Düsseldorf 1987, 172 ff.; Hoeren, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 365.

18 Vgl. Dörner/Jersch, a.a.O. (Fn. 14), IuR 1988, 137, 142; Hoeren, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 371.

19 PHI 89, 40.

20 Bauer, PHI 89, 40 mit Hinweis auf Engel, *Produzentenhaftung für Software*, in: CR 1986, 702, 707, und Hackemann, *Die Produzentenhaftung des Software-Herstellers — Ein Problem für die Praxis?*, in: Gorny/Kilian (Hg.), *Computersoftware und Sachmängelhaftung*, Stuttgart 1985, 191, 197.

21 Vgl. PHI 89, 41.

22 PHI 89, 44.

23 PHI 89, 41.

24 PHI 89, 102; vgl. PHI 89, 43: "Der Hersteller eines Endproduktes haftet also für den Hard- und Softwareanteil nach den allgemeinen Grundsätzen."

25 PHI 89, 100 f.

26 PHI 89, 45 f.

27 Vgl. die Zusammenfassung in PHI 89, 107.

28 Die Unterscheidung findet sich bereits bei Junker, *Computerrecht*, Baden-Baden 1988, Rn. 481 ff. Vgl. auch BFH, Urt. v. 3.7.1987 — III ZR 147/86 = BFHE 150, 490 = IuR 1988, 149.

29 PHI 89, 41.

(Standard-) Software“;<sup>30</sup> auch die oben aufgezählten Beispiele Bauers umfassen nur Standardprogramme. Es scheint daher, daß sich Bauer von der Differenzierung zwischen Standard- und Individualsoftware nicht loslösen konnte und diese Unterscheidung unter anderem Namen fortgeführt hat. Weitere Probleme ergeben sich daraus, daß Bauer den Begriff der Integration offen läßt. Wann ist Software in einem Produkt integriert und wann nicht? Angesichts der Tatsache, daß Bauer der Beantwortung dieser Frage große Bedeutung beimißt, verwundert es, daß er keine genaueren Kriterien für das Maß der Integration und Produktbezogenheit mitteilt. Dabei hat gerade die von Bauer mehrfach zitierte Konsultativnote des britischen Ministeriums für Handel und Industrie aus dem Jahre 1985 deutlich betont, daß die „Grenze zwischen diesen Fällen . . . nicht immer einfach zu ziehen“ ist, „insbesondere auf dem Gebiet neuer Technologien, wo die Unterscheidung zwischen Software und Hardware zunehmend verwischt“.<sup>31</sup>

#### 4 Sachbeschädigung bei Computersoftware

Am Ende seines Aufsatzes beschäftigt sich Bauer mit einem Problem, das derzeit Schlagzeilen macht: Computerviren.<sup>32</sup> Ihn interessieren bei diesem Thema die haftungsrechtlichen Konsequenzen eines Datenverlusts durch Virenbefall.<sup>33</sup> Er geht dabei davon aus, daß hier weder eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB noch eine Sachbeschädigung im Sinne des § 1 Abs. 1 ProdHaftG vorliege.

Diese Ansicht ist aber sehr fragwürdig: Der größte Teil gerade der strafrechtlichen Literatur geht davon aus, daß gespeicherte Daten über das Eigentum am Datenträger unter den Schutzbereich des § 303 StGB (Sachbeschädigung) fallen.<sup>34</sup> So hat Welp erst kürzlich darauf hingewiesen, daß jeder Eingriff in gespeicherte Daten die Polarität des magnetischen Materials des Datenträgers verändert und somit eine Einwirkung auf die Sachsubstanz impliziert.<sup>35</sup> Daraus ergibt sich aber die Konsequenz, daß die Veränderung von gespeicherten Programmen zivilrechtlich als Sachbeschädigung über § 823 Abs. 2 i.V.m. § 303 StGB sowie über § 1 Abs. 1 ProdHaftG geahndet werden kann. Darüber hinaus erscheint es durchaus vertretbar, den Erwerber von Standardsoftware als Eigentümer einer Programmkopie, d.h. eines mit einem Programm bespielten Datenträgers aufzufassen,<sup>36</sup> so daß Programmveränderungen durch Computerviren auch als Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB zu verstehen sind.

#### 5 Konsequenzen

Obige Kritik führt für die Frage nach der Produkthaftung zu folgenden Konsequenzen:

##### 5.1 Das klassische Deliktsrecht

Nach den bisherigen Ausführungen ist kein Grund dafür ersichtlich, daß Standardsoftware nicht den normalen Regeln des Deliktsrechts (§§ 823 ff. BGB) 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 BGB für den entstandenen Schaden.

Für die Erstellung von Individualsoftware hingegen geht die inzwi-

<sup>30</sup> PHI 89, 103.

<sup>31</sup> *Implementation of the EC Directive on Product Liability — An explanatory and consultative note*, Nov. 1985, S. 12, Anm. 47, zit. nach der Übersetzung in Smith/Hamill, PHI 88, 85.

<sup>32</sup> *Erstaunlicherweise geht Bauer auf den Standardaufsatz von Volesky/Scholten zu diesem Thema nicht ein*; vgl. Volesky/Scholten, *Computersabotage — Sabotageprogramme — Computerviren*, in: *IuR* 1987, 280 ff.

<sup>33</sup> PHI 89, 105 ff.

<sup>34</sup> So Blei, *Rezension zu Lampe*, GA 1985, 1 ff., in: JA 1975, 169 f.; Winkelbauer, *Computerkriminalität und Strafrecht*, in: CR 1985, 40, 44; Welp, *Rezension zu Schlüchter*, *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Heidelberg 1987, in: *IuR* 1987, 353, 354; Bühler, *Ein Versuch, Computerkriminalität das Handwerk zu legen: Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in: MDR 1987, 448, 455 m.w.N. Ähnlich für das Löschen von Tonbändern Merkel, *Ist rechtswidriges Löschen von Tonbändern Sachbeschädigung?*, in: NJW 1956, 778.

Vgl. auch im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Diebstahlsvorschriften Vandenberghe, *Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht!*, in: *Computerrecht 1986*, Nr. 1; Stuurman, *Softwarefouten; Een "Zaak" Van Leven Of Dood?*, in: *Nederlands Juristenblad 1989*, Anm. 42 (erscheint demnächst); Hoeren, *Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht*, in: GRUR 1988, 340, 343, Fn. 44, m.w.N.

<sup>35</sup> Welp, *Datenveränderungen (§ 303a StGB) — Teil 2*, in: *Sonderheft IuR 1988*, 434, 438 m.w.N.

<sup>36</sup> Vgl. zur Eigentümerstellung des Erwerbers von Standardsoftware Hoeren (Fn. 34), GRUR 1988, 344 ff.; ders. (Fn. 9), Rn. 84 ff. m.w.N.

schen herrschende Meinung zu Recht davon aus, daß diese nicht unter §§ 823 ff. BGB fällt. Deutsche Juristen verweisen zur Begründung meist pauschal darauf, daß der Softwareerstellungsvertrag ein Werkvertrag sei und eine Übertragung der Produzentenhaftung auf Werkleistungen allgemein abgelehnt werde.<sup>37</sup> Diese Begründung ist m.E. zu pauschal und zu leicht zu erschüttern. Stringenter erscheint mir die Argumentation von Prince.<sup>38</sup> Danach fehlt der Individualsoftware jeder Massencharakter und jede Serienfertigung. Sie wird nur für einen einzelnen Kunden entwickelt, der zugleich Vertragspartner des Softwareherstellers ist; dabei kann das Kostenrisiko bei Softwarefehlern nicht auf eine Vielzahl von Kunden verteilt werden.

## 5.2 Das Produkthaftungsgesetz

Das neue Produkthaftungsgesetz ist auf jeden Fall auch für Standardsoftware anwendbar, da diese eine bewegliche Sache im Sinne des § 90 BGB ist. Dieser Standpunkt entspricht sowohl der nationalen 'opinio communis'<sup>39</sup> als auch dem Stand der internationalen Produkthaftungsdiskussion.<sup>40</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>41</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>42</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 spricht die Entwurfsbegründung des öfteren davon, daß "ein Produkt in Verkehr gebracht und verwendet" wird,<sup>43</sup> und bezieht sich immer wieder auf "Warenhersteller" und "Verbraucher".<sup>44</sup> Ein "Inverkehrbringen" liegt nach der Begründung nur dann vor, wenn ein Produkt "in die Verteilungskette gegeben wurde";<sup>45</sup> das Gesetz geht daher offensichtlich von einem hierarchisierten und differenzierten Vertriebsnetz vom Hersteller über den 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.

37 So Junker, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 479; vgl. Engel, a.a.O. (Fn. 20), CR 1986, 706.

38 Prince, Negligence: Liability for Defective Software, in: Oklahoma LR 33 (1980), 848, 851 ff.

39 Vgl. Bartl, Produkthaftung nach dem neuen EG-Recht (ProdHaftG), Landsberg 1989, 142; Taschner, Produkthaftung, München 1986, 84; 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.; Junker, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 478 ff.; ders., Ist Software Ware? Die Behandlung von Computerprogrammen im Steuer- und im Bilanzrecht, beim Leasing, im Warenzeichenrecht, im Schuldvertragsrecht und in der Produkthaftung, in: WM 1988, 1217 ff., 1252 ff.

40 So etwa 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., a.a.O. (Fn. 33), Softwarefouren, 122, 132 ff.; Whittaker, European Product Liability and Intellectual Products, in: LQR 105 (1989), 125, 138 ff.; Bown, Liability for Defective Software in the United Kingdom, in: Software Protection 1/1986, 1, 12; Vandenberghe, Software Bugs: A matter of Life and Liability, in: Computer Law Association (Hg.), Distribution, Access & Communications, Amsterdam 1988, 103, 112 f.; Reed, Product Liability for Software, in: Computer Law & Practice 4 (1988), 149 ff.

Vgl. auch für das amerikanische Recht Massingale/Borthick, Risk Allocation for Injury Due to Defective Medical Software, in: Journal of Products Liability 11 (1988), 181, 186 ff.

41 So die Argumentation von Junker, a.a.O. (Fn. 28), Computerrecht, Rn. 480.

42 Begründung zu dem Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, BT-Drs. 11/2447, 17 = PHI Sonderdruck/87, 106. Vgl. Hierzu auch ausführlich Taschner, a.a.O. (Fn. 39), Produkthaftung, 46 f.

43 Entwurfsbegründung, a.a.O. (Fn. 42), BT-Drs. 11/2447, 17 = PHI Sonderdruck, 87, 105; vgl. BT-Drs. 11/2447, 7 = 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."

44 Vgl. Entwurfsbegründung, a.a.O. (Fn. 42), BT-Drs. 11/2447, 7, 13 = PHI Sonderdruck/87, 94, 101 u.a.

45 Entwurfsbegründung, a.a.O. (Fn. 42), BT-Drs. 11/2447, 14 = PHI Sonderdruck/87, 102 mit Verweis auf Art. 2 lit. d) des Europäischen Übereinkommens vom 27. Januar 1977 über die Produkthaftung und Tötung.

### 5.3 Die "Risiken" der Produkthaftung

Impliziert die Annahme einer Anwendbarkeit der §§ 823ff. BGB sowie des ProdHaftG nicht unübersehbare Haftungsrisiken für den Hersteller von Standardsoftware? Bauer vertritt hier den Standpunkt, daß eine solche Annahme tatsächlich zu "einer unbedachten und nicht sorgfältig vorbereiteten Produkthaftung für Informationen aller Art und für Computersoftware" führen könnte.<sup>46</sup> Wie bereits an anderer Stelle ausführlich erörtert,<sup>47</sup> werden hier Ängste aufgebaut, die sich nicht bewahrheiten müssen:

— Gegen die Angst vor einer überdehnten Produkthaftung spricht bereits § 1 des ProdHaftG, wonach der Hersteller nur für Sachschäden an gewöhnlich privat genutzten Gegenständen haftet. Insofern scheidet eine Haftung für Schäden innerhalb eines Unternehmens — insbesondere Schadensersatz wegen entgangenem Gewinn — von vornherein aus.<sup>48</sup>

— Weiterhin ist der besondere Fehlerbegriff des Produkthaftungsrechts zu berücksichtigen. Ein Programmfehler spielt deliktsrechtlich nur dann eine Rolle, wenn er die Sicherheit des Softwareprodukts beeinträchtigt; ob er die Tauglichkeit des Programms für den gewöhnlichen Gebrauch herabsetzt, ist nur im Vertragsrecht (vgl. § 459 Abs. 1 BGB), nicht aber im Deliktsrecht von Bedeutung.<sup>49</sup>

Daraus ergibt sich, daß der derzeit vor bundesdeutschen Gerichten ausgefochtene Streit um die Ge-

währleistung bei Standardsoftware<sup>50</sup> für die Frage der Produzentenhaftung keine Rolle spielt.<sup>51</sup>

— Im übrigen bestimmt sich ein Sicherheitsmangel nach der objektiven Verkehrsauffassung in der Softwarebranche.<sup>52</sup> Hierzu verweist bereits die Begründung zum ProdHaftG zu Recht darauf, daß "bei einigen Produkten . . . Nebenwirkungen negativer Art hingenommen werden" müssen, "weil es bekannt ist, daß sie in anderer Weise nicht herstellbar sind oder weil die Nebenwirkungen . . . gleichsam produktimmanent sind".<sup>53</sup> Gerade Software läßt sich aber technisch nie fehlerfrei herstellen, da "die vielfältigen Einsatzmöglichkeiten eines Computerprogramms für den Hersteller nicht vorsehbar, simulierbar und damit austestbar sind".<sup>54</sup> Bestimmte Sicherheitsrisiken müssen daher von jedem Anwender getragen werden, da "die vielfältigen Einsatzmöglichkeiten eines Computerprogramms für den Hersteller nicht vorsehbar, simulierbar und damit austestbar sind".<sup>55</sup> Der Hersteller kann sich aus diesem Grund darauf berufen, daß Sicherheitsmängel im Softwarebereich grundsätzlich produktimmanent sind und vom Anwender hingenommen werden müssen. Der Anwender hat dann nachzuweisen, daß ein konkreter Defekt auf einer Unterschreitung der in der Softwarebranche üblichen Mindestsicherheitsanforderungen beruht.

— Schließlich erlaubt der in § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG eingeräumte Einwand des "State of the Art" dem Softwarehersteller, sich weitestgehend von Entwicklungsrisiken zu

entlasten: Aufgrund der derzeitigen Standardisierungswelle in der Infor-

46 Bauer, *PHI* 89, 108; ähnlich *PHI* 89, 101. Ähnlich bereits Borking, a.a.O. (Fn. 2), *Overview*, 6, der von einer "time-bomb under the industry" spricht.

47 Hoeren, *EEC computer law*, in: Reed, *Computer Law*, London 1989 (erscheint im Juli/August 1989).

48 In der Praxis kommt eine Softwarehaftung nach dem neuen ProdHaftG im wesentlichen nur im medizinischen Bereich oder im Bereich der Maschinensteuerung (CIM-Software; Roboter- oder Flugsteuerung) zum Tragen; vgl. Brannigan/Dayhoff, *Liability for Personal Injuries Caused by Defective Medical Computer Programs*, in: *American Journal of Law and Medicine* 7 (1981—1982), 123 ff.; Hackemann, a.a.O. (Fn. 20), 195.

49 So auch die Entwurfsbegründung zum ProdHaftG, a.a.O. (Fn. 42), BT-Drs. 11/2447, 17 = *PHI Sonderheft/87*, 107.

50 Vgl. hierzu ausführlich Brandi-Dohrn, *Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln*, München 1988, 54 ff.

51 Vgl. zum Verhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung bei Software Hoeren, a.a.O. (Fn. 39), *HMD* 146/1989, 22, 27 f. und allgemein Reinicke/Tiedtke, *Stoffgleichheit zwischen Mangelunwert und Schäden im Rahmen der Produzentenhaftung*, in: *NJW* 1986, 10 ff.

52 Vgl. die Entwurfsbegründung, a.a.O. (Fn. 42), BT-Drs. 11/2447, 18 = *PHI Sonderdruck/87*, 107 mit Verweis auf BGH, *VersR* 1972, 559.

53 Entwurfsbegründung, a.a.O. (Fn. 42), BT-Drs. 11/2447, 18 = *PHI Sonderdruck/87*, 108.

54 Müller-Hengstenberg, *Bemerkungen zum Software-Gewährleistungsrecht*, in: *CR* 1986, 441, 442; ähnlich Massingale/Borthick, a.a.O. (Fn. 40), *Journal of Products Liability* 11 (1988), 181, 191. Nach Angaben von Prof. Dirlewanger (Univ. Kassel) würde allein das Austesten aller möglichen Tastaturkombinationen und ihrer Folgen für den Einsatz eines Softwarepakets zeitlich mehr als ein Menschenleben dauern; vgl. den Vortrag von Dirlewanger zum Thema "Leistungsbeschreibung und Leistungsmessung von DV-Systemen" im Rahmen des DGIR-Jahreskongresses 1987 in Karlsruhe (unveröff.).

55 Müller-Hengstenberg, *Bemerkungen zum Software-Gewährleistungsrecht*, in: *CR* 1986, 441, 442.

matik finden sich — entgegen der Ansicht Bauers<sup>56</sup> — genügend Möglichkeiten, den Stand der Technik über ISO- bzw. ANSI-Standards, Elemente der strukturierten Programmierung oder des Software Engineering zu ermitteln.<sup>57</sup> Wenn ein Softwarehersteller solche Standards bei der eigenen Softwareentwicklung berücksichtigt, kann er sich später darauf berufen, daß der Fehler nach dem damaligen Stand der Technik objektiv nicht erkennbar war.<sup>58</sup> Die Tatsache, daß das in einer Software enthaltene Know-how Dritten meist nicht zugänglich ist, spielt demgegenüber keine Rolle.

## 6 Ergebnis

Bauers Ausführungen zur Frage der Produzentenhaftung bei Software erweisen sich insgesamt als profilierte und facettenreiche, wenn auch an mehreren Punkten hinterfragbare Studie. Die Probleme Bauers mit der m. E. auf der Hand liegenden Einstufung von Standardsoftware als "Waren" bzw. "Produkte" rühren aber letztlich auf einer rechtstheoretischen Prämisse, die an einer eher versteckten Stelle bei Bauer manifest wird. Bauer schreibt hier: "Überläßt man diese Frage (sc. der Einordnung von Standardsoftware) der Praxis, insbesondere der Rechtsprechung, so bindet man damit der Praxis die Hände. Sie darf dabei jedenfalls nicht offen rechtspolitisch argumentieren, sondern hat das juristische Handwerkszeug — aber nicht mehr — anzuwenden. Das läuft aber auf reine Begriffsjuristerei hinaus."<sup>59</sup>

Diese Ausführungen implizieren, daß die Anwendung des juristischen Handwerkszeugs im Softwarebereich automatisch Begriffsjuristerei bedeutet und damit zu unsachgemäßen Ergebnissen führt. Auch hier zeigt sich wieder die mehrfach kritisierte<sup>60</sup> EDV-Euphorie unter Juristen: EDV-rechtliche Fragestellungen gelten allzuoft als 'einzigartig' und 'noch nie dagewesen'. Das BGB sei nur auf die Situation zur Zeit der Jahrhundertwende zugeschnitten und die klassische Rechtsdogmatik mit dem Phänomen "Computer" daher überfordert. Statt auf die Stärken der juristischen Forschung zu vertrauen, erfolgt gleich der Ruf nach dem allgegenwärtigen Gesetzgeber. Die Folgen sind unausgegorene Sondergesetze (wie etwa das neue Halbleiterschutzgesetz), die bereits wenige Jahre nach Verabschiedung durch die rapide technische Entwicklung überholt sind. — Die junge Disziplin des EDV-Rechts sollte m. E. stattdessen der Schärfe ihres eigenen 'klassischen' Instrumentariums vertrauen und damit der Warnung Rilkes Rechnung tragen: "Alles Erworbene zerstört die Maschine, solange sie sich erdreistet, im Geist, statt im Gehorchen, zu sein."<sup>61</sup>

<sup>56</sup> Vgl. Bauer, PHI 89, 104 f.; ähnlich Stuurman, a.a.O. (Fn. 40), 17.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu ausführlich Scott, *The Evolution of Standards and Their Effect on Litigation in the Computer Industry*, in: *Computer Law Association (Hg.), Distribution, Access & Communications, Amsterdam 1988*, 211 ff.; Tobergte, *Standards und Normen als Vorgaben für die Qualitätsprüfung*, in: *CR 1987*, 638 ff. Zu den Möglichkeiten des Software Engineerings vgl. Bender, *Software — Der Stoff, der die Computer treibt*, in: *Blick durch die Wirtschaft v. 19.3.1987*, 11 ff.; Belli/Bonin, *Qualitätsvorgaben im Hinblick auf Softwarefehler*, in: *CR 1987*, 46, 57 (insbesondere die Ausführungen zur zweiten These).

<sup>58</sup> Beim Auftreten unbekannter Fehler trifft den Softwarehersteller allerdings eine Produktbeobachtungspflicht, derzufolge er die Anwender vor den neuen Fehlern zu warnen hat und sein Softwareprodukt notfalls aus dem Verkehr ziehen muß; vgl. Engel, a.a.O. (Fn. 20), *CR 1986*, 703; Hoeren, a.a.O. (Fn. 39), *HMD 146/1989*, 22, 27.

<sup>59</sup> Bauer, PHI 89, 99. — Im übrigen bestehen auch rechtstheoretische Bedenken gegen die Annahme Bauers (PHI 89, 101), daß die "vertragliche Gewährleistung im Rahmen der Vertragsfreiheit anders geregelt werden" könne. Bauer übersieht hier die besonderen Grenzen der Gestaltungsfreiheit beim Abschluß von Softwareüberlassungsverträgen; vgl. hierzu ausführlich Hoeren, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 58 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 39), *HMD 146/1989*, 22, 24.

<sup>60</sup> Vgl. Hoeren, *Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf*, in: *CR 1988*, 908, 917; ders., a.a.O. (Fn. 9), Rn. 480 ff.

<sup>61</sup> Rilke, *Sonette an Orpheus*, Zweiter Teil, X.