

f| Siehe auch ZAP Fach 6, Seite 173 ff. ||

Softwarefehler - Materielle Rechtslage und prozessuale Geltendmachung

von Dr. Thomas Hoeren, Münster

Inhalt

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> I. Werk oder Kaufvertragsrecht? II. Softwarefehler <ul style="list-style-type: none"> 1. Unterschiedlicher Fehlerbegriff in Jurisprudenz und Informatik 2. Softwarefehler im einzelnen <ul style="list-style-type: none"> a) Lückenhafte Dokumentation b) HELP-Funktionen und Fehlerrouninen c) Sicherungskopien d) Mangelhafte Berücksichtigung von Leistungsanforderungen e) Mängel bei der Bildung des Algorithmus f) Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten g) Fehlende Kompatibilität der Programme 3. Gebrauchstauglichkeit 4. Erheblichkeit des Fehlers 5. Rügepflicht nach § 377 Abs. 1 HOB | <ul style="list-style-type: none"> III. Nebenpflichten <ul style="list-style-type: none"> 1. Aufklärungspflicht 2. Schulungs- und Einweisungspflicht IV. Gesamtwandelung von Hardware- und Softwarevertrag <ul style="list-style-type: none"> 1. Computersystem als einheitliche Kaufsache (§93BGB) 2. Voraussetzungen des § 469 S. 2 BGB <ul style="list-style-type: none"> a) Hardware und Software „als zusammengehörend verkauft“ b) Nicht ohne Nachteil voneinander trennbar V. Praktische Ratschläge <ul style="list-style-type: none"> 1. Gerichtssprache 2. Klare Fehlerbeschreibungen 3* Richtiger Sachverständiger 4. Schlichtungsverfahren |
|---|--|

Softwarefehler stellen Anwälte immer wieder und immer mehr vor große Probleme: Auf der einen Seite nimmt die Zahl der Softwaremängelprozesse ständig zu, da die Softwarehersteller und -händler Beschwerden von Programmanwendern gegenüber härter reagieren: Wurden solche Reklamationen früher im Wege eines großzügigen „gentleman agreement“ gelöst und auf die Durchführung eines Mängelprozesses verzichtet, so sind Hersteller und Händler heute kaum noch bereit, von sich aus auftretende Mängel des Programms zu beseitigen. Sie lassen es vielmehr auf einen **Prozeß** ankommen und lehnen Nach- und Verbesserungswünsche der Anwender rigoros ab. Gleichzeitig sind auch die Anwender aufgeklärter und „mündiger“ geworden: Statt sich - wie früher - mit einer aktualisierten Version des Programms (sog. Update) abspesen zu lassen, klagen sie heute gegen den Softwarehersteller und verlangen Rückzahlung des Kaufpreises und Schadensersatz wegen Datenverlusts, entgangenem Gewinn etc.

Auf der anderen Seite sind viele Anwälte dieser neuen Flut von Softwareprozessen nicht gewachsen. Vielfach ist die komplizierte **Rechtsprechung** zur Gewährleistung bei Software für den einzelnen Anwalt nicht mehr nachvollziehbar. Darüber hinaus verfügt kaum ein Anwalt über ausreichende EDV-technische Kenntnisse, um die Mängel eines Computerprogramms vor Gericht hinreichend substantiiert benennen und darlegen zu können. Diese Schwierigkeiten potenzieren sich im Prozeß meist noch dadurch, daß weder der eigene Mandant noch das Gericht selbst die tatsächliche und rechtliche Problematik von Softwarefehlern durchdringen kann.

Im folgenden sollen daher die Grundzüge des Gewährleistungsrechts bei Softwarefehlern anhand der aktuellen Rechtsprechung skizziert und Ratschläge für die erfolgreiche Durchführung eines Mängelprozesses gegeben werden. Dabei soll im wesentlichen die Rechtslage bei **standardisierter Massensoftware** dargestellt werden: Zwar lassen sich die dabei gefundenen

Grundsätze auch auf „maßgeschneiderte“ Individualsoftware übertragen; der Vertrag über die Erstellung solcher Individualsoftware weist aber einige Besonderheiten auf, die in einem eigenen Beitrag thematisiert werden sollen.

I. Werk - oder Kaufvertragsrecht?

Das erste Problem hinsichtlich der Gewährleistung bei Standardsoftware taucht bereits bei der Frage auf, welche **Rechtsnatur** ein Vertrag über die Überlassung von Standardsoftware besitzt: Handelt es sich bei einem solchen Überlassungsvertrag um einen (Sach- oder Rechts-) Kaufvertrag, einen Werkvertrag oder einen Vertrag sui generis? Gelten für einen solchen Vertrag die Gewährleistungsregeln der §§ 459 ff. BGB oder der §§ 633 ff. BGB?

Früher wurde vereinzelt die Ansicht vertreten, Softwareüberlassungsverträge könnten nicht den Vertragstypen des BGB zugeordnet werden, vielmehr seien sie als Verträge sui generis einzustufen. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, daß Software nur ein immaterielles Gut sei, an dem der Anwender kein Eigentum, sondern ein bloßes Nutzungsrecht erwerbe (vgl. die Nachweise bei HOEREN ZAP F. 6, S. 115). Die inzwischen wohl h. M. geht aber zu Recht davon aus, daß

- die dauerhafte Überlassung von **Standardsoftware** auf der Grundlage von Kaufverträgen erfolgt und insofern auch den normalen Gewährleistungsregeln des Kaufrechts unterliegt, während
- die Erstellung von **Individualsoftware auf werkvertraglicher Grundlage** vorgenommen wird und insofern §§ 633 ff. BGB unterliegt (so etwa BGH NJW 1984, 2938, 2939; NJW 1985, 129; DB 1987, 1291 - CR 1987, 829 f.; IuR 1987, 429 - BB 1988, 20, 22 - DB 1988, 105, 106; weitere Nachweise bei HOEREN, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, Rn. 33 und JUNKER NJW 1990, 1575, 1576).

Abweichend davon schlägt MEHRINGS (JR 1988, 504 f.; ders. NJW 1988, 2439 f.) neuerdings vor, Softwareüberlassungsverträge zwar als **Kaufverträge** einzustufen, **bei Mängeln** der Software aber die gewährleistungsrechtlichen Vorschriften des **Werkvertragsrechts** (§§ 633 ff. BGB) anzuwenden: Diese Vorschriften eröffneten dem Softwarelieferanten die zusätzliche Möglichkeit, dem Anwender bei Mängeln der Software Nachbesserung anzubieten (§ 633 Abs. 2 BGB). Erst nach fruchtlosem Ablauf einer vom Anwender für die Mängelbeseitigung gesetzten Frist stehe ihm gem. § 634 Abs. 1 BGB ein Wandlungs- oder Schadensersatzanspruch zu. Ähnliche Ansichten werden inzwischen auch von einzelnen Gerichten vertreten (vgl. etwa OLG Düsseldorf WM 1989, 459).

Wer aber A sagt, muß auch B sagen. Rechtsdogmatisch ist es nicht möglich, einen Vertrag als Kaufvertrag einzuordnen und ihn dann gewährleistungsrechtlich als Werkvertrag zu behandeln. Aufgrund der in § 305 BGB geschützten Gestaltungsfreiheit bleibt es zwar den Parteien eines Kaufvertrages grundsätzlich unbenommen, einen Nachbesserungsanspruch in ihren Vertrag aufzunehmen; auch könnte der Gesetzgeber de lege ferenda einen solchen Anspruch in das Kaufvertragsrecht integrieren. Solange das aber nicht geschieht, gelten bei Kaufverträgen ausschließlich die Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. BGB, so reformbedürftig diese auch sein mögen (ähnlich auch BGH DB 1988, 105; zur Kritik siehe auch JUNKER NJW 1990, 1579; HOEREN, Handbuch der modernen Datenverarbeitung, 1989, Heft 146, S. 24).

II. Softwarefehler

Softwaremängel sind dann als Fehler i. S. des § 459 Abs. 1 BGB anzusehen, wenn die Istbeschaffenheit der Software von der vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Sollbeschaffenheit in erheblichem Maße abweicht; darüber hinaus kann ein Mangel gem. § 459 Abs. 2 BGB vorliegen, wenn eine zugesicherte Eigenschaft der Software nicht vorhanden ist.

Diese gewährleistungsrechtlichen Voraussetzungen klingen zunächst in sich klar und prägnant. Bei näherem Blick wirft die Anwendung dieser Kriterien auf den Softwarebereich aber erhebliche Schwierigkeiten auf:

1. Unterschiedlicher Fehlerbegriff in Jurisprudenz und Informatik

Juristen und Informatiker verfügen nicht über den gleichen Fehlerbegriff. Für Juristen liegt ein Fehler dann vor, wenn eine Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit objektiv vorliegt und als Folge davon der Gebrauch der Sache beeinträchtigt ist. Insofern ist das Kriterium der **subjektiven Gebrauchstauglichkeit** einer Sache ein wesentliches Merkmal des juristischen Fehlerbegriffs (vgl. auch SCHNEIDER, Praxis des EDV-Rechts, 1990, D 467 ff.). Liegen die soeben genannten Voraussetzungen vor, so hat der Verkäufer für den Fehler unabhängig davon einzustehen, ob er diesen Fehler verschuldet hat oder der Mangel für ihn unvermeidbar war.

Informatiker gehen hingegen davon aus, daß Software nie fehlerfrei erstellt werden könne. Es sei niemals möglich, alle Fehlerpotentiale eines Programms im Entwicklungsprozeß herauszufinden, da das Austesten der Programme auf diese Fehler hin einen enormen zeitlichen und personellen Aufwand erforderte. Dieser Ansicht liegt ein besonderes Verständnis des Fehlerbegriffs zugrunde, wonach jede **objektive Abweichung** der Ist- von der Sollbeschaffenheit - unabhängig von der Auswirkung auf die Gebrauchstauglichkeit - ein Fehler sein soll (so grundlegend BONS, Fehler und Fehlerauswertungen, in: GORNY/KILIAN [Hg.], Computer-Software und Sachmängelhaftung, 1985, S. 35).

Diese unterschiedlichen Interpretationsweisen führen sehr schnell zu Mißverständnissen: So ist es z. B. den Informatikern zu „verdanken“, daß sich in vielen Softwareverträgen die Klausel findet: „Software ist nie fehlerfrei“⁴. Diese - aus der Sicht des Informatikers durchaus verständliche - Klausel ist gewährleistungsrechtlich irrelevant, da sich die Gewährleistung formularmäßig nicht ausschließen läßt (§ 11 Nr. 10 AGBG).

Informatiker verstehen die spezifischen Fragen des Softwaremängelprozesses nicht. Sei es in der Rolle des Sachverständigen oder der Prozeßpartei - meist kommen Informatiker nicht damit zurecht, daß **jede** erhebliche Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit einen gewährleistungsrechtlichen Anspruch begründet. Ihnen ist nicht klar, daß es weder auf die bloße Abweichung von der Sollbeschaffenheit noch auf die Unzumutbarkeit von umfangreichen Fehlertests ankommt. Der Anwalt muß hier den Sachverständigen oder Mandanten aufklären und auf die spezifische Bedeutung des **juristischen Fehlerbegriffs** hinweisen, wie es z. B. das LG Siegen besonders ausdrücklich getan hat (Urt. v. 21. 6.1971, zit. nach SCHNEIDER, a. a. O., D 510):

„Bei der Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Werks kommt es nicht darauf an, ob das Werk bei abstrakter Betrachtungsweise technisch einwandfrei ist oder nicht. Entscheidend ist (allein), ob es zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch geeignet ist,... so daß eine zur Wandelung berechtigende Mangelhaftigkeit der Anlage auch dann vorliegen kann, wenn die Anlage technisch einwandfrei arbeitet.“

2. Softwarefehler im einzelnen

Was gilt nun aber alles als Softwarefehler i. S. des § 459 Abs. 1 BGB? Im einzelnen streiten sich die Gerichte und EDV-Rechtler über die richtige Beantwortung dieser Frage; im Streitfall hilft hier nur das Urteil eines Sachverständigen. Derzeit sind jedoch folgende Mängel als **„klassische“⁶⁴ Softwarefehler** von der Rechtsprechung anerkannt:

a) Lückenhafte Dokumentation

Einer der immer wieder auftretenden Mängel ist das Fehlen einer Bedienungsanleitung bzw. Benutzerdokumentation.

Nach inzwischen herrschender Rechtsprechung trifft den Softwareverkäufer die Pflicht, neben dem Programm auch eine umfassende, schriftliche und in sich verständliche **Bedienungsanleitung** zu liefern (vgl. etwa OLG Frankfurt CR 1986,270; OLG Stuttgart IuR 1987,153; OLG Hamm CR 1986, 268). Diese Pflicht besteht auch dann, wenn dies im Vertrag nicht ausdrück-

Fach6, Seite 128

lich vorgesehen ist (OLG Frankfurt, a. a. O.). Allerdings ist in der Rechtsprechung streitig, ob das Fehlen einer Bedienungsanleitung einen **Mangel** der Software begründet **oder** als (teilweise) **Nichterfüllung** anzusehen ist (vgl. BGH DB 1989, 2163; OLG Frankfurt CR 1988, 294; OLG Saarbrücken IuR 1988, 29).

Ähnlich gilt inzwischen auch die Lieferung eines unverständlichen oder **lückenhaften Handbuchs** als Fehler i. S. des § 459 Abs. 1 BGB (vgl. BGH DB 1989, 2163; OLG Köln NJW 1988, 2477; LG Flensburg CR 1988, 132). In diesem Sinne soll sogar die Lieferung einer englischsprachigen Bedienungsanleitung Gewährleistungsansprüche auslösen, sofern es sich bei dem Anwender nicht um einen EDV-Fachmann handelt (vgl. OLG München CR 1986, 365 = IuR 1986, 113; OLG Düsseldorf CR 1987, 173).

b) HELP-Funktionen und Fehlerrouinen

Grundsätzlich gehen **Bedienungsfehler** zu Lasten des Anwenders: Kann der Verkäufer nachweisen, daß Störungen auf einem Bedienungsfehler des Anwenders beruhen, so liegt kein gewährleistungsrelevanter Fehler des Programms vor (vgl. OLG Nürnberg CR 1986,811). Das OLG Düsseldorf vertritt darüber hinaus die Ansicht, daß der Anwender das Nichtvorliegen eines Bedienungsfehlers nachzuweisen habe, wenn ein Mangel **auch** durch einen Bedienungsfehler hervorgerufen sein kann (CR 1987, 173).

Der Verkäufer muß aber im Programmablauf auch **Vorsorge** für Bedienungsfehler getroffen haben: Nach Ansicht der Rechtsprechung gehören HELP-Funktionen, Fehlerrouinen und Plausibilitätskontrollen zum Stand der EDV-Technik; der Programmierer müsse mit bestimmten Bedienungsfehlern rechnen und dessen eingedenk bestimmte Kontroll- und Hilfsfunktionen in das Programm integrieren (so etwa OLG Köln CR 1989,391; OLG Karlsruhe CR 1986, 549; OLG Nürnberg CR 1986, 811; LG Heilbronn CR 1989, 603 mit Anm. SCHNELL; LG Flensburg IuR 1986,463; a. A. PALANDT/PUTZO, BGB, 50. Aufl., § 459 Anm. 5d, wonach diese Rechtsprechung „sehr bedenklich“ sei).

c) Sicherungskopien

Grundsätzlich ist es Pflicht des Anwenders, Sicherungskopien von dem erworbenen Programm und den damit erstellten Daten anzufertigen; fehlt eine solche Sicherungskopie, kann der Anwender wegen **Verlusts des Programms** oder der **Daten** keinen Schadensersatz geltend machen (vgl. OLG Nürnberg CR 1986, 811; LG Freiburg CR 1988, 829; LG München I, Urt. v. 1. 10. 1981, zit. nach BRANDI-DOHRN, Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln, 1988, S. 63). Eine etwas modifizierte Auffassung vertritt hingegen das LG München I, wonach beim Erwerb eines Betriebssystems das Programm nicht nur auf Festplatte zu installieren, sondern auf gesondertem Datenträger zur Verfügung zu stellen ist (LG München I CR 1988, 831).

d) Mangelhafte Berücksichtigung von Leistungsanforderungen

Haben die Vertragsparteien vor Abschluß des Softwarevertrags bestimmte Leistungsanforderungen des Programms festgelegt, so muß das Programm diese Anforderungen erfüllen, da ansonsten der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt ist (vgl. BGH BB 1981,2030; OLG Celle IuR 1986, 311; KG CR 1986, 643). In diesem Sinne ist es dem Käufer eines Programms nur anzuraten, vor dem Kauf ein **Pflichtenheft** zu erstellen und dieses zum Vertragsgegenstand zu machen (vgl. LG Düsseldorf IuR 1986,458 mit Anm. ZAHRT; LG Essen CR 1987, 428).

Dementsprechend bestimmt auch die vom Verkäufer herausgegebene **Produktbeschreibung** den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch; diese Beschreibung kann sogar eine Zusicherung i. S. des § 459 Abs. 2 BGB beinhalten (KG Berlin CR 1986,643 f.; vgl. zu diesem Problem auch BRANDI-DOHRN, a. a. O., S. 45 ff.).

e) Mängel bei der Bildung des Algorithmus

Funktioniert das Programm bereits deshalb nicht, weil der Algorithmus (d. h. die dem Programm zugrunde liegende **Rechenregel**) falsch gebildet worden ist, liegt eindeutig ein Fehler i. S. des § 459 Abs. 1 BGB vor. Berechnet ein Buchhaltungsprogramm z. B. Zinsen falsch, stehen dem Käufer Gewährleistungsansprüche zu.

f) Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten

Eine klassische Fallgruppe stellt das ungewöhnliche Antwortzeitverhalten eines Programms dar. Wie das LG Oldenburg bereits 1981 betonte, liegt ein Mangel vor, wenn „die Arbeitsweise der Anlage - gemessen an Anlagen mit Direktzugriffsspeicher oder gemessen am heutigen Stand der Technologie -(...) verhältnismäßig langsam und zeitaufwendig ist“ (Urt. v. 14. 1. 1981, zit. nach SCHNEIDER, a. a. O., D 522). In diesem Sinne sind inzwischen lange **Laufzeiten** eines Programms und zu hohe **Ausdruckzeiten** als Fehler i. S. des § 459 Abs. 1 BGB anerkannt (vgl. etwa LG Essen CR 1987, 428; LG Bielefeld IuR 1986, 76; LG München I CR 1986, 803).

g) Fehlende Kompatibilität der Programme

Liefert der Verkäufer ein Programm mit der Angabe, es sei „**100 % IBM-kompatibel**“ oder „unter EGA -Bildschirmen einsetzbar“, so liegt darin eine Zusicherung i. S. des § 459 Abs. 2 BGB (LG Stuttgart CR 1986, 382).

Weitere Fehlertypen werden bei SCHNEIDER (a. a. O., D. 494 ff.) und JUNKER (Computerrecht, 1988, Rn. 428 ff.) skizziert.

3. Gebrauchstauglichkeit

Im Softwarebereich scheitern viele Mängelprozesse daran, daß dem Anwender/Käufer nicht der Nachweis gelingt, daß die oben aufgeführten Fehler die vertraglich vorausgesetzten oder sonst üblichen Einsatzmöglichkeiten eines Programms einschränken. Dabei läßt sich die Sollbeschaffenheit eines Programms noch am leichtesten feststellen, wenn die Anwendungsmöglichkeiten des Softwareprodukts in Spezifikationen, **Pflichtenheften**, **Produktbeschreibungen** oder **Werbefroschüren** festgelegt sind. In solchen Fällen kann ein vertraglich vorausgesetzter Gebrauch konkretisiert werden, so daß der Nachweis einer Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit verhältnismäßig einfach zu führen ist.

Schwieriger sind jedoch die Fälle, in denen die Fehlerbestimmung nicht über den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch, sondern über die „Tauglichkeit zum **gewöhnlichen Gebrauch**“ erfolgt (vgl. hierzu OLG Stuttgart CR 1986, 382). So ergeben sich große gewährleistungsrechtliche Schwierigkeiten, wenn ein Anwender z. B. ein Lohnbuchhaltungsprogramm erwirbt und vom Vorliegen bestimmter Programmfunktionen stillschweigend ausgeht - nach der Devise: „Das muß ein Lohnbuchhaltungsprogramm doch können! Das kann doch jedes vergleichbare Programm.“

In solchen Fällen kommt man ohne das Gutachten eines **Sachverständigen** nicht aus. Der Sachverständige steht aber vor der kaum lösbaren Aufgabe, festlegen zu müssen, was ein „gewöhnliches“ Lohnbuchhaltungsprogramm können muß (vgl. für das konkrete Beispiel OLG Schleswig ZIP 1982, 457, 458). Diese Aufgabe löst im Prozeß jeder Sachverständige unterschiedlich, so daß hier erhebliche Unsicherheiten und Risiken bestehen (vgl. hierzu ausführlich BÖMER, Die Pflichten im Computersoftwarevertrag, 1988, S. 162 ff.)

4. Erheblichkeit des Fehlers

Problematisch ist auch die Klärung der Frage, wann ein Softwarefehler erheblich ist. Diese Frage macht dann Schwierigkeiten, wenn ein Computerprogramm nur „hin und wieder“ einmal ausfällt. Die Rechtsprechung geht hier - im Anschluß an ein Urt. des OLG Nürnberg

(CR 1986, 545) - davon aus, daß 10 % **fehlerbedingter Ausfallzeit** von der Gesamtjahresbetriebszeit noch im Rahmen des Üblichen liege und vom Anwender noch hinzunehmen sei. Zwar hatte das OLG Nürnberg in seiner Grundsatzentscheidung die 10 %-Marge aber nur für die Frage herangezogen, ab wie vielen Mängeln eine Nachbesserung des Programms für den Anwender unzumutbar sei. In der Zwischenzeit wird die 10 %-Marge aber auch für die Frage der Erheblichkeit des Fehlers herangezogen.

Wenn Ausfallzeiten keine Rolle spielen, sondern **andere Fehler** vorliegen, gelten die „normalen“ Auslegungsgrundsätze zur Klärung der Erheblichkeit. Ein Fehler soll danach nicht erheblich sein, wenn „er in Kürze von selbst verschwindet oder vom Käufer mit nur ganz unerheblichem Aufwand selbst beseitigt werden kann“ (so PALANDT/THOMAS, a. a. O., § 459 Anm. 30- Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, läßt sich nur mit Hilfe eines Sachverständigen klären.

5. Rügepflicht nach § 377 Abs. 1 HGB

Besondere Bedeutung im kaufmännischen Bereich kommt der Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers beim Handelsgeschäft zu (vgl. §377 Abs. 1, 2 HGB): Der Käufer muß die erworbene Ware **unverzüglich** nach der Ablieferung untersuchen und eventuelle Mängel unverzüglich dem Verkäufer anzeigen; ansonsten gilt die Ware als genehmigt. Diese Regelung gilt jedoch nur für Kaufverträge über Waren und Werklieferungsverträge über unvertretbare Sachen (vgl. §§ 377 Abs. 1, 381 Abs. 2 HGB).

Problematisch ist hierbei nur, ob die Überlassung von Standardsoftware im Rahmen eines Kaufvertrags über Waren erfolgt. Dies war früher streitig; durch eine Grundsatzentscheidung des BGH (BGH NJW 1990, 320) ist inzwischen jedoch klargestellt, daß **Softwareüberlassungsverträge als Sachkauf** einzustufen sind (vgl. zum alten Streitstand HOEREN, Recht der Datenverarbeitung, 1988, 118 f.; ders., Softwareüberlassung als Sachkauf, a. a. O., Rn. 55 ff.). **Streitig** und bislang noch ungeklärt ist jedoch die Frage, ob §§ 377,378 HGB auf die Erstellung von **Individualsoftware** zumindest entsprechend anwendbar ist (vgl. hierzu OLG Hamm BB 1989, Beil. 15, S. 6 Nr. 4; JUNKER NJW 1990, 1578 m. w. N.)

III. Nebenpflichten

Neben der Hauptpflicht, fehlerfreie Software zu liefern, treffen den Hersteller von Software noch eine Reihe von Nebenpflichten, deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht wegen positiver Forderungsverletzung (pW) oder culpa in contrahendo (c.i.c.) begründet.

1. Aufklärungspflicht

So trifft den Hersteller z. B. eine umfassende Aufklärungspflicht. Er hat den Anwender u. a. darüber aufzuklären, daß die zur Auswahl stehende Software aus Kapazitätsgründen nicht zur **Bewältigung** der innerbetrieblichen **Aufgaben** in der Lage ist (BGH BB 1984, 1895, 1896). Wenn er **Programmiersperren** oder **Kopierschutz** einbaut, trifft ihn die Pflicht, den Anwender darüber zu informieren (BGH NJW 1981,2684,2685). Immer wenn der Hersteller mit späteren **Funktionsstörungen** rechnen muß, ist der Anwender daraufhinzuweisen (OLG Celle IuR 1986, 311, 312; LG Saarbrücken IuR 1986, 358, 359).

Ob diese Rechtsprechung sich so halten läßt, ist m. E. fraglich. Stillschweigende und nicht hinterfragte Prämisse der Urteile ist die Annahme, daß der Anwender ein absoluter **EDV-Laie** ist, der über keine Erfahrungen im Umgang mit und in der Beurteilung von Software verfügt. Hier taucht der Verdacht auf, daß die Gerichte von ihrer eigenen Unsicherheit in EDV-Angelegenheiten auf die Situation des Anwenders schließen. Heutzutage verfügen die meisten Anwender über ein solides DV-Grundwissen und beschäftigen in ihren Unternehmen häufig gut geschultes DV-Personal. Es fragt sich daher, ob die Gerichte angesichts des ständig steigenden EDV-Know-How auf Anwenderseite noch an einer generellen Beratungspflicht festhalten sollten oder ob nicht der Blick auf die **individuellen Kenntnisse** im zu entscheidenden Fall zu sachgerechteren Ergebnissen führen würde.

Erste Ansätze in diese Richtung finden sich in Urteilen des OLG Düsseldorf (IuR 1986, 360 f.) und Oldenburg (CR 1986, 552): Dort wurde betont, daß der DV-Käufer nicht bar jeder Kenntnis sein dürfe und ihm zuzumuten sei, sich selbst kundig zu machen. Wenn der Käufer eines EDV-Systems **umfassende Beratung** wünsche, müsse er den Hersteller daraufhinweisen und von sich aus entsprechende Informationen übermitteln, etwa indem „er seine Betriebsstruktur und alle Betriebsabläufe im einzelnen offenlegt“ (OLG Düsseldorf IuR 1986, 361).

2. Schulungs- und Einweisungspflicht

Weiterhin soll den Hersteller auch bei der Überlassung von Standardsoftware eine Schulungs- und Einweisungspflicht treffen.

So hat derjenige, der das Programm „Symphony“ zusammen mit einem Computer kauft, nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart (IuR 1987, 191 f.) einen Anspruch auf **kostenlose** Einweisung. Diese Einweisung habe solange zu dauern, bis der Anwender das Programm tatsächlich selbständig bedienen kann. Hier liegt - auf der Grundlage des oben skizzierten Bilds vom „Laien“-Anwender ein Fehlurteil vor. Wer sich „Symphony“ kauft, muß selbst für den Erwerb notwendiger Grundkenntnisse sorgen. Nicht ohne Grund gibt es für solche Softwareklassiker einen wachsenden Handbuch- und Schulungsmarkt.

IV. Gesamtwandelung von Hardware- und Softwarevertrag

Ein weiteres Problem des EDV-Vertragsrechts betrifft die Frage, ob und wann der Anwender bei mangelhafter Software auch die Hardware an den Verkäufer zurückgeben kann: Gibt es ein Gesamtwandelungsrecht hinsichtlich Hard- und Software, auch wenn die **Hardware** in sich **mangelfrei** war? Liegt ein solches Gesamtwandelungsrecht auch vor, wenn Hardware und Software in **verschiedenen Verträgen** bzw. von verschiedenen **Lieferanten** (vgl. hierzu unten 2a) verkauft worden sind?

Allgemein besteht ein Recht zur Gesamtwandelung beim Erwerb mehrerer Gegenstände nur dann, wenn alle erworbenen Gegenstände eine einheitliche Kaufsache i. S. des § 93 BGB bilden (vgl. unten 1). Ist dies nicht der Fall, kann sich ein solches Recht nur unter den Voraussetzungen des § 469 S. 2 BGB ergeben (vgl. unten 2). Ansonsten mutet es das BGB dem Käufer zu, alle mangelfreien Gegenstände zu behalten (§ 469 S. 1 BGB).

1. Computersystem als einheitliche Kaufsache (§ 93 BGB)

Ein Gesamtwandelungsrecht ist zunächst dann denkbar, wenn Soft- und Hardware als einheitliche Kaufsache i. S. des § 93 BGB anzusehen sind. Das setzt voraus, daß Soft- und Hardware nicht voneinander getrennt werden können, ohne daß die eine oder andere zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird. Dabei ist nur auf die **Verkehrsanschauung**, nicht aber auf den Parteiwillen abzustellen (vgl. allgemein BGHZ 36, 50; PALANDT/HEINRICHS, a. a. O., § 93 Anm. 3).

Die Voraussetzungen des § 93 **BGB** sind **im Regelfall** im Softwarebereich **nicht** gegeben: Während in den 60er und 70er Jahren Soft- und Hardware meist zusammen vertrieben worden ist (sog. Bundling), hat sich der Softwaremarkt heute weitestgehend vom Hardwaremarkt abgekoppelt (sog. Unbundling). Computerprogramme sind daher heutzutage nicht mehr an einen bestimmten Hardwaretypus gebunden. Vielmehr besteht dank des IBM- und UNIX-Standards die Möglichkeit, Software auf verschiedensten Rechnern einzusetzen. Insofern bilden Computerprogramme in der heutigen Zeit keine untrennbare Einheit mehr mit der Hardware. Nur in Ausnahmefällen - etwa bei der Verwendung nicht IBM- oder UNIX-kompatibler „Exoten“-Hardware - kann es Fälle geben, in denen Hard- und Software eine Gesamteinheit bilden.

2. Voraussetzungen des § 469 S. 2 BGB

Wie oben bereits betont, geht das BGB davon aus, daß der Käufer nur hinsichtlich der Kaufgegenstände die Wandelung erklären kann, die mangelhaft sind: bezüglich der anderen (mangelfreien) Gegenstände scheidet eine Wandelungsmöglichkeit auch dann aus, wenn hinsichtlich aller Gegenstände ein **Gesamtpreis** festgelegt worden war (vgl. §§ 469 S. 1, 471 BGB).

Ausnahmsweise soll nach § 469 S. 2 BGB eine Gesamtwandelung möglich sein, wenn die Kaufgegenstände als zusammengehörend verkauft worden sind (vgl. unten a) und nicht ohne

<

Nachteil voneinander trennbar sind (vgl. unten b).

a) Hardware und Software „als zusammengehörend verkauft“

Hard- und Software müßten zunächst als zusammengehörend verkauft worden sein. Eine solche **Zusammengehörigkeit** liegt vor, „wenn die Parteien den Kauf nur in der durch den gemeinschaftlichen Zweck der Sachen hergestellten Verbindung abschließen wollen, so daß die Sachen dazu bestimmt erscheinen, zusammenzubleiben“ (OLG München CR 1987, 506).

Keine Probleme ergeben sich hier, wenn beide Komponenten von **einer Hand** in einem Vertrag verkauft worden sind; wie der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 4. 11. 1987 betont hat, kann hier von einer Zusammengehörigkeit ausgegangen werden (BGH NJW 1988, 406 = DB 1988, 105 = BB 1988, 20).

In der Zwischenzeit steht auch fest, daß der Anwender auch dann hinsichtlich Hard- und Software wandeln kann, wenn diese im Rahmen **unterschiedlicher Verträge**, aber **von einer Hand** erworben worden sind. Zwar stelle „das äußere Bild der getrennten Urkunden“ ein Indiz für getrennte Verträge dar (so OLG Köln, Urt. v. 29. 1. 1981, zit. nach ZHRNT, DV-Rechtsprechung, Band 1, 1983, K/M-11). Dieses Indiz könne aber z. B. dadurch entkräftet werden, daß Hard- und Software nach dem Willen der Parteien als Gesamtsystem aufeinander abgestimmt und als einheitliches Paket verkauft worden sind (OLG Stuttgart IuR 1987, 61; OLG Hamm CR 1988, 297; LG Augsburg CR 1989, 22; LG München I CR 1987, 364; vgl. ZHRNT, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, 1987, S. 116 ff. m. w. N.). Es komme darauf an, ob die verschiedenen Vereinbarungen rechtlich miteinander „stehen und fallen“ sollen (soder BGH NJW 1987, 2004).

Schwierigkeiten tauchen jedoch auf, wenn es sich bei dem **Lieferanten** des Computers und dem der Software um **verschiedene Personen** handelt; die Rechtsprechung hierzu ist noch im Fluß. Am sinnvollsten ist hier eine ausdrückliche Verknüpfung der Hard- und Softwareverträge erforderlich, da ansonsten die **Zusammengehörigkeit** nur schwer nachgewiesen werden kann (OLG Frankfurt CR 1987, 769; vgl. auch BGH CR 1987, 358). Zum Teil wird auch für ausreichend erachtet, daß die Parteien bei den Verkaufsgesprächen vom Kauf einer einheitlichen Computeranlage ausgegangen sind (OLG Stuttgart CR 1988, 296). Der BGH betont in diesem Zusammenhang, daß es dem Erwerber erkennbar gerade auf einheitliche Lieferung bzw. Herstellung der Hard- und Software ankommen müsse; Hard- und Software müßten aus seiner Sicht als eine „Gesamtlösung seiner Probleme“ erscheinen (BGH NJW 1990, 3012). Die bloße Tatsache, daß Soft- und Hardware zeitlich gleichzeitig abgeschlossen worden sind, reicht jedoch im Rahmen des § 469 S. 2 BGB nicht aus (OLG München CR 1988, 130).

Es ist daher aus Anwendersicht dringend anzuraten, in die EDV-Verträge bereits eine **Kopplungsklausel** einzubauen. Wie eine solche Klausel aussehen könnte, zeigt die dem Urteil des OLG Frankfurt vom 17. 2. 1987 (a. a. O.) zugrunde liegende Vereinbarung:

„Die Abnahme der Hardware und Betriebs-Software kann vom Kunden unberücksichtigt des vereinbarten Liefertermins verweigert werden, wenn die vom Software-Hersteller zu liefernde Anwender-Software nicht (den Anforderungen) entspricht.“**

b) Nicht ohne Nachteil voneinander trennbar

Weiterhin setzt § 469 S. 2 BGB voraus, daß Hard- und Software nicht ohne Nachteil voneinander getrennt werden können.

Wann ein solcher Nachteil gegeben ist, ist in Literatur und Rechtsprechung äußerst streitig (vgl. JERSCH Jura 1988, 580, 584; RUPPELT, Die Überlassung von Computerprogrammen, 1990, S. 99 f.; ZHRNT BB 1984, 1007 ff.; ders. IuR 1986, 59 ff.; ders. BB 1988, 1687 ff.), Der BGH hat jedoch in zwei neuen Entscheidungen versucht, Licht in diese Diskussion zu bringen (vgl. BGH NJW 1988, 406; NJW 1990, 3011). Danach soll ein Nachteil insbesondere dann vorliegen, wenn die Beschaffung eines passenden Ersatzteils nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet. Solche Schwierigkeiten sollen u. a. dann gegeben sein, „wenn gleichwertige Spezialsoftware von anderen Lieferanten nur zu **erheblich höheren Preisen** oder nur zu **unzumutbaren Lieferzeiten** zu erhalten wäre“ (BGH NJW 1990,3013; ähnlich auch OLG Köln BB 1989, Beil. 5, S. 9 Nr. 8; OLG Oldenburg CR 1989, 107 m. Anm. RUPPELT; KÖHLER CR 1987,827,834; MEHRINGS NJW 1988,2438,2441). Ein vergleichbarer Fall wäre dann gegeben, wenn die Installation des Ersatzprogrammes aufwendig wäre oder das neue Programm eine völlig andere Struktur aufwiese, so daß der Anwender sich neu in das Programm **einarbeiten** müßte (vgl. RUPPELT, a. a. O., S. 100).

V. Praktische Ratschläge

An dieser Stelle können keine speziellen Einzelratschläge für die Durchführung des Softwaremängelprozesses erteilt werden; vielmehr sollen **fundamentale Fehler** von Anwälten aufgezeigt werden, die in der Vergangenheit oft zum Mißlingen der Prozeßführung geführt haben.

1. Gerichtssprache

Wie man § 184 GVG entnehmen kann, ist die Gerichtssprache vor deutschen Gerichten **deutsch** - und nicht englisch: Oft neigen gerade jüngere Anwälte dazu, ihren Klagevortrag im EDV-Prozeß mit dem typischen EDV-Englisch zu garnieren. Da wird „geswicht“, „gebootet“, „gescrollt“; da werden „Editor“, „Cursor“, „Floppies“ betätigt und am „Screen“ ge-„hackt“. Insbesondere ältere Richter, die den Umgang mit EDV nicht gewohnt sind, reagieren auf einen solchen Vortrag meist sehr abweisend; oft schon wurde eine Klage nur wegen der **Verwendung** einer **unverständlichen Terminologie** als un schlüssig abgewiesen. Eine gute Prozeßführung setzt hier ein besonderes sprachliches Gespür voraus: Alle EDV-Termini sollten möglichst in deutscher Sprache verwendet werden. **Fachbegriffe** sind in der Klageschrift zu **erläutern**.

[

2. Klare Fehlerbeschreibungen

Die Unsicherheit mancher Richter bezüglich eines Softwaremängelprozesses erstreckt sich auch auf die Beschreibung der Programmfehler. Solche Fehler sind möglichst konkret und umfassend zu beschreiben. Am besten wäre es dabei, wenn eine **Fehlerliste** mit Angabe des Erscheinungsbilds des Fehlers sowie von Ort, Zeit und Zeugen seines Auftretens vorgelegt werden kann. Mit der Fehlerliste sind alle dem Anwender zugänglichen **Dokumentationen** (Pflichtenheft; Leistungsbeschreibung; Werbebroschüren, Benutzerhandbuch) dem Gericht zugänglich zu machen.

3. Richtiger Sachverständiger

Der Sachverständige ist die Crux des Softwaremängelprozesses; von ihm hängt der Verlauf des Verfahrens und die Entscheidung des Gerichts entscheidend ab. Daher ist es wichtig, sich über die Person des Sachverständigen frühzeitig Gedanken zu machen. Dabei kann sich auch eine **Einigung** über den konkreten Sachverständigen mit der Gegenseite empfehlen (vgl. § 404 Abs. 4 ZPO); oft ist auch der beklagte Verkäufer damit einverstanden, daß nicht irgendein selbsternannter, unkundiger Sachverständiger über den Ausgang des Verfahrens entscheidet. Im übrigen empfiehlt sich gerade in EDV-Prozessen auch die Durchführung eines **Beweissicherungsverfahrens** (vgl. §§ 485 ff. ZPO)

Fach 6, Seite 134

Wie kommt man nun zum richtigen Sachverständigen? Die einfachste Möglichkeit ist ein Anruf bei der **Industrie- und Handelskammer** zu Köln (Unter Sachsenhausen 10-26, 5000 Köln I, Tel. 02 21/16 40-0, Fax 02 21/1 64 01 23). Dort wird eine Liste der von den Industrie- und Handelskammern in der Bundesrepublik öffentlich bestellten und vereidigten EDV-Sachverständigen bereit gehalten. Dabei ist besonders auf die **Sachgebiete** des Sachverständigen zu achten, da es EDV-Sachverständige für die unterschiedlichsten Teilgebiete der Datenverarbeitung gibt (allgemein hierzu vgl. BARTSCH/HILDEBRAND [Hg.], Der EDV-Sachverständige, 1987).

Hierbei ist zunächst eine grobe Differenzierung zwischen technischen und kaufmännischen Sachverständigen vorhanden. Darüber hinaus werden die Sachverständigen für einzelne Spezialgebiete bestellt. Solche **Spezialgebiete** können z. B. sein:

- Software und Programmierung
- Computergesteuerte Fertigungssysteme
- Betriebswirtschaftliche EDV-Systeme
- Integrierte Schaltungen
- Steuerungstechnik und Mikroelektronik
- Datenschutz, Ergonomie und Arbeitssicherung.

Im übrigen sollte die Hinzuziehung von nicht **vereidigten** EDV-Sachverständigen, insbesondere von EDV-Beratern, unterbleiben. Gerade unter dem Etikett des EDV-Beraters tummeln sich manche „schwarzen Schafe“, die von EDV keine Ahnung haben; denn dieser Beruf setzt keine besondere Zulassung oder Qualifikation voraus.

4. Schlichtungsverfahren

Viel zu wenig wird von der Möglichkeit eines **Schiedsverfahrens** im Softwarebereich Gebrauch gemacht. Gerade ein solches informelles, nicht-öffentliches Verfahren hat den großen Vorteil, Konflikte bei Softwaremängeln durch kompetente und EDV-rechtlich erfahrene Schiedsrichter klären zu lassen; auch die Kosten eines Schiedsverfahrens liegen unter den Kosten eines in mehreren Instanzen durchgeführten ordentlichen Verfahrens. Dabei ist allerdings darauf zu achten, daß die entsprechende Schiedsgerichtsvereinbarung unter **Nichtkaufleuten** schriftlich in einer vom Hauptvertrag getrennten Urkunde geschlossen werden muß (§ 1027 Abs. 1 ZPO). Unter **Vollkaufleuten** können Schiedsverträge allerdings formlos (selbst über ein Bestätigungsschreiben) geschlossen werden (vgl. BGHZ 7, 187). Selbst in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann eine Schiedsklausel enthalten sein, sofern dies branchenüblich ist (vgl. BGH AWD 1970, 410).

Derzeit haben sowohl die Industrie- und Handelskammer zu Köln als auch die Deutsche Gesellschaft für Informationstechnik und Recht (Frankfurt), die derzeit bedeutendste EDV-rechtliche Vereinigung, spezielle **EDV-Schiedsgerichte** eingerichtet, deren Zuständigkeit durch einfache Schiedsklausel vereinbart werden kann.