

THOMAS HOEREN

Ausschluß der Gewährleistung bei Gebrauchtssoftware

Der folgende Kurzbeitrag wendet sich der Frage zu, ob die Gewährleistung bei Gebrauchtssoftware in allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. § 11 Nr. 10 AGBG völlig ausgeschlossen werden kann. Dabei soll der Nachweis geführt werden, daß die traditionelle Rechtsprechung zu gebrauchten Waren keine Anwendung findet, da Software keine altersbedingten Mängel aufweisen kann. Wer dem-

nach bei Softwareverträgen nur auf den Erwerb des Computerprogramms (losgelöst vom Datenträger) abstellt, muß zum Ergebnis kommen, daß ein Gewährleistungsausschluß nach § 11 Nr. 10 lit. a AGBG unwirksam ist. Eine sachgerechtere Lösung ist nur über die Klassifizierung von Software als Einheit von Datenträger und Programm möglich.

I. Das Problem

Im folgenden soll untersucht werden, ob und inwieweit die Gewährleistung für Mängel bei gebrauchter Software durch allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann.

Das Problem der Gewährleistung für Gebrauchtssoftware wird in nächster Zukunft akut: Durch die EG-Richtlinie zum Softwareschutz¹ soll das Schutzniveau für Computerprogramme – gerade im Vergleich zur deutschen Rechtsprechung² – deutlich herabgesenkt werden.³ Damit könnten weitere Bereiche der Softwareindustrie in den Genuß eines urheberrechtlichen Schutzes gegen Piraterie kommen. Somit wird sich in den nächsten Jahren mancher Raubkopierer überlegen, ob er nicht die Früchte seiner Piraterie vernichtet und statt dessen auf den Erwerb von Originalsoftware umsteigt. Die meisten Softwareprodukte sind aber von ihrem Preis her teuer; es werden sich daher alternative Erwerbsformen für Billigprogramme entwickeln. Hierzu zählt etwa der Sharewarehandel oder eben der Ver-

trieb von gebrauchter Software. Letzterer wird vor allem deshalb an Bedeutung zunehmen, weil die EG-Richtlinie zum Softwareschutz ausdrücklich den Weiterverkauf von Programmkopien als Bestandteil des Erschöpfungsgrundsatzes statuiert (Art. 4 lit. c).

Damit taucht aber zwangsläufig auch die Frage auf, wie die Gewährleistung für solche Second-hand-Software formularmäßig gestaltet werden kann.

II. Rechtslage

Nach § 11 Nr. 10 AGBG ist es generell unzulässig, die Gewährleistung gänzlich auszuschließen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte oder auch Nachbesserung zu beschränken. Allerdings greift diese Vorschrift nur bei »Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen und Leistungen«. Bei Verträgen über den Kauf gebrauchter Sachen wird der formularmäßige Ausschluß der Gewährleistung grundsätzlich für zulässig erachtet.⁴ So sollen die Formeln »wie es steht und liegt«⁵ oder »wie besichtigt unter Ausschluß jeder Gewährleistung«⁶ die Gewährleistung auch für verborgene Mängel der Kaufsache wirksam ausschließen.

Ist damit aber auch für Gebrauchtssoftware ein umfassender Gewährleistungsausschluß zulässig?

III. Lösung

Es stellt sich hier die zentrale Frage, ob Gebrauchtssoftware »neu« im Sinne des § 11 Nr. 10 AGBG ist oder nicht. Nach der herrschenden Meinung ist eine Sache »neu«, solange sie noch nicht in ihren bestimmungsmäßigen Gebrauch genommen wurde.⁷ Legt man diese Definition zugrunde, ist Gebrauchtssoftware nicht neu, da sie regelmäßig vor dem Weiterverkauf eingesetzt und verwendet worden ist. Fraglich ist aber, ob diese

1: EG-Richtlinie zum Softwareschutz vom 14. Mai 1991, ABl. EG Nr. L 122/42 vom 17. Mai 1991, 382; vgl. hierzu auch Erdmann/Bornkamm, Schutz von Computerprogrammen, Rechtslage nach der EG-Richtlinie, GRUR 1991, 877 ff.; Marly, Urheberrechtsschutz für Computerprogramme – neuer Stoff für Cervantes?, IurPC 1991, 1347 f.

2: Vgl. jüngst die Entscheidung des BGH vom 10. Oktober 1991 – I ZR 147/89, CR 1992, 162, Leitsatz.

3: Ob die EG-Richtlinie dieser Zielsetzung wirklich gerecht wird, wurde bereits an anderer Stelle bezweifelt; vgl. Hoeren, CR 1991, 463 ff. Die dort begründete Kritik wird inzwischen durch die Entscheidung des BGH vom 10. Oktober 1991 – FN 2) bestätigt.

4: BGHZ 63, 369, 373 ff.; BGH NJW 1980, 1619, 1621; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., Stuttgart 1990, § 459 Rdnr. 124; kritisch allerdings Peters, JZ 1991, 385.

5: Vgl. BGH BB 1964, 906; Soergel/Huber, FN 4; § 459 Rdnr. 119.

6: BGH MDR 1958, 509; NJW 1977, 1055 = WM 1977, 584, 585; OLG Hamm BB 1978, 63 = MDR 1978, 314.

7: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 6. Aufl., Köln 1989, § 11 Nr. 10, Rdnr. 5; Soergel/Stren, AGBG § 11 Rdnr. 92.

Umschreibung wirklich dem Sinn des § 11 Nr. 10 AGBG gerecht wird und darüber hinaus den Spezifika von Software entspricht.

1. Auslegung des § 11 Nr. 10 AGBG

§ 11 Nr. 10 AGBG zielt auf einen gerechten Interessenausgleich zwischen Käufer und Verkäufer beim Erwerb neuer oder gebrauchter Sachen: Ist eine Sache neu, so weist sie keine Mängel auf, die aufgrund früheren Gebrauchs entstanden sind.⁸ Insofern darf der Käufer einer »neuen« Sache erwarten, daß diese ohne besondere Abnutzungsmängel geliefert wird.⁹ Der Verkäufer soll dementsprechend bei solchen Waren die Garantie für deren volle Gebrauchstauglichkeit übernehmen.¹⁰

Gebrauchte Sachen jedoch leiden unter Abnutzungs- und Verschleißerscheinungen, die der Verkäufer meist nicht zuverlässig feststellen kann. Andererseits muß der Käufer beim Erwerb gebrauchter Waren damit rechnen, daß der Wert und die Tauglichkeit solcher Waren abnutzungsbedingt gemindert ist. Daher ist es nur billig, den Käufer das Risiko eines solchen Erwerbs tragen zu lassen und dem Verkäufer die Möglichkeit eines Ausschlusses der Gewährleistung zuzubilligen.¹¹

Die Ratio des § 11 Nr. 10 AGBG und der darin zugrunde gelegten Unterscheidung von »neuen« und »gebrauchten« Sachen liegt in dem Vorliegen von Abnutzungs- und Verschleißerscheinungen bei Second-hand-Produkten. Insofern liegt eine »gebrauchte« Sache im Sinne des § 11 Nr. 10 AGBG nur dann vor, wenn sie verschleifen kann und wenn sie bereits in ihren bestimmungsmäßigen Gebrauch genommen worden ist.

2. Verschleiß bei Software?

Software ist ein Gut, das keinem Verschleißprozeß unterliegen kann. Computerprogramme »existieren« zum Beispiel auf einer Festplatte oder auf einer Diskette nur in Gestalt einer Magnetisierung.¹² Eine solche Magnetisierung unterliegt aber »keinerlei physisch-chemischen Stabilitätsgesetzen«.¹³

Daraus ergibt sich für die Anwendbarkeit des § 11 Nr. 10 AGBG, daß Software als solche immer als »neu« einzustufen ist. Stellt man nur auf das Computerprogramm ab, ist der Ausschluß der Gewährleistung auch bei Gebrauchsoftware im Rahmen der Klauselverbote des § 11 Nr. 10 AGBG unwirksam.

3. Verschleiß des Datenträgers?

Allerdings ist Software regelmäßig auf einem Datenträger materialisiert: dieser Datenträger (meist eine Diskette) kann jedoch bestimmten Verschleiß- und Abnutzungserscheinungen unterliegen. So kann z.B. die mitgelieferte Diskette aufgrund häufiger Verwendung beschädigt und dadurch nicht mehr verwendbar sein.

Fraglich ist, welche Konsequenzen sich aus diesem Faktum ergeben. Zu Recht hat Kötz¹⁴ darauf hingewiesen, daß bei der Lieferung eines gebrauchten Pkws mit einem fabrikneu eingebauten Motor § 11 Nr. 10

AGBG nur teilweise anwendbar sei: Es sei eben zwischen dem (nichtigen) Gewährleistungsausschluß hinsichtlich des Motors und dem (wirksamen) Ausschluß hinsichtlich des Fahrzeugs zu trennen. Diese Unterscheidung läßt sich unter Umständen auch auf Software übertragen: Die (leider) noch herrschende Meinung¹⁵ geht davon aus, daß Datenträger und Programm keine einheitliche Sache im Sinne der §§ 90, 93 BGB darstellen. Sie kann daher auch gedanklich zwischen der rechtlichen Beurteilung des Datenträgers und der Bewertung der Software trennen. Aus dieser Perspektive heraus rechtfertigt sich ein Gewährleistungsausschluß nur im Hinblick auf den abnutzungsanfälligen Datenträger, nicht aber bezüglich des gebrauchten Programms. Insofern greift § 11 Nr. 10 AGBG dann weiterhin für Beschränkungen der Gewährleistungen für Programmfehler.

Diese Argumentation kann aber a priori nicht greifen, wenn man – wie an anderer Stelle ausführlich begründet¹⁶ – von Software als einer wirtschaftlich untrennbaren Einheit von Datenträger und Programm ausgeht. Hier kann man nicht zwischen gebrauchten und neuen Gegenständen differenzieren; vielmehr liegt in diesem Fall eine einheitliche Sache im Sinne des § 93 BGB vor. Diese Programmkopie ist insgesamt als »gebraucht« anzusehen, da einer ihrer wesentlichen Bestandteile, der Datenträger, Verschleiß- und Abnutzungserscheinungen aufweisen kann.

IV. Ergebnis

Geht man mit der herrschenden Meinung von einer Trennbarkeit von Datenträger und Programm aus, so ist ein Gewährleistungsausschluß bei gebrauchter Software allenfalls hinsichtlich des Datenträgers, nicht aber bezüglich des Computerprogramms als solchem zulässig. Denn das Computerprogramm unterliegt selbst keinen Abnutzungserscheinungen und wäre damit immer als »neue« Sache im Sinne des § 11 Nr. 10 AGBG anzusehen.

Geht man hingegen von Software als einer wirtschaftlich untrennbaren Einheit von Datenträger und Programm aus, muß es wegen der Abnutzungserscheinungen am Datenträger möglich sein, die Gewährleistung für Gebrauchsoftware auszuschließen. § 11 Nr. 10 AGBG ist insofern mangels Vorliegen einer »neuen« Sache nicht einschlägig.

8. So Staudinger/Staudinger, AGBG, § 11 Nr. 10 Rdnr. 5; Löwe Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, 2. Aufl. Heidelberg 1983, Einl. zu § 11 Nr. 10, Rdnr. 5.

9. Koch/Stäubing, § 11 Nr. 10 Rdnr. 8.

10. Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, München 1984, Einl. § 11 Nr. 10 Rdnr. 2.

11. So auch Wolf/Horn/Lindacher, FN 10., Rdnr. 16; Löwe von Westphalen/Trinkner, FN 8., Rdnr. 6.

12. Vgl. König, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991, Rdnr. 382.

13. Schaub, Gewährleistung für Softwaremängel, Diss. Bielefeld 1991, S. 6; vgl. Lesschaffé/Ulmer, CR 1988, 814.

14. MünchKommKortz, AGBG § 11 Nr. 10a, Rdnr. 85.

15. Vgl. die Nachweise in Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989, Rdnr. 72.

16. Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf (FN 15.), Rdnr. 74 ff.; ebenso auch Marly, Softwareüberlassungsverträge, München 1991, S. 31 ff.; König, Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung, NJW 1990, 1584 ff.