

# Gewährleistung bei Softwareüberlassungsverträgen

Von Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster

## Inhalt

- |   |  |
|---|--|
| I. Einführung: Wirtschaftliche Vorüberlegungen        | 1. Die Schuldrechtsreform                              |
| II. Einordnung der Vertragsarten                      | 2. Gewährleistung im neuen Kaufrecht                   |
| 1. Standardsoftware                                   | 3. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 HGB        |
| 2. Standardsoftware Plus                              | 4. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels |
| 3. Individualsoftware                                 | 5. Verjährung (§ 438 BGB)                              |
| 4. Änderungen durch die Schuldrechtsreform            | 6. Rechtsfolgen  |
| III. Gewährleistung bei Softwareüberlassungsverträgen |  |

## I. Einführung: Wirtschaftliche Vorüberlegungen

Software ist das Gehirn der Informationsgesellschaft. Wo immer man hinsieht, findet man Computerprogramme. Kein PC, kein Server läuft ohne Software. Das Internet basiert auf HTML-Codierung und JAVA-Script-Programmen. Zunehmend halten Computerprogramme auch in die Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens Einzug. Der Softwaremarkt gewinnt dementsprechend immer weiter an Bedeutung. Aus vertragsrechtlicher Sicht ist er schillernd. Es finden sich verschiedene Arten von Vertragstypen. Ordnet man diese historisch, steht am Anfang ohnehin der **Hardwaremarkt**, insbesondere der Verkauf und die Vermietung von Hardware. Erst allmählich entwickelt ein Unternehmen Software zur Lösung individueller Kundenprobleme im Rahmen sog. **Software-Erstellungsverträge**. Die Individualsoftware wurde sehr schnell standardisiert und auf den Massenmarkt gebracht. Solche Standardlösungen wurden regelmäßig im Rahmen sog. **Softwareüberlassungsverträge** weitergegeben. Individuallösungen werden heutzutage hauptsächlich im Rahmen großer Datenverarbeitungs- (im folgenden: DV-) **Projektverträge** angeboten. Zunehmend löste sich die Software vom Datenträger, zunächst im Rahmen von Netzwerkvereinbarungen, dann auch von **Downloading-Verträgen**, die etwa das Laden von Software via Internet regeln. Sondermärkte sind der Vertrieb über **Public and Domain-Verträge** (Freeware/Shareware), die Vermarktung von PC-Software und CD-ROM-Produkten über **Schutzhüllenverträge** sowie der wirtschaftlich sehr bedeutende **DV-Servicemarkt**.

## II. Einordnung der Vertragsarten

### 1. Standardsoftware

Umstritten ist von Anfang an die **Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen** gewesen. In der Industrie werden solche Vereinbarungen immer noch gerne als „Lizenzverträge“ bezeichnet und als Verträge sui generis qualifiziert (s. zuletzt MÜLLER-HENGSTENBERG NJW 1994, 3128, 3134). Dem hat die Rechtsprechung frühzeitig einen Riegel vorgeschoben, indem sie die Überlassung nackter Software auf Dauer gegen ein Einmalentgelt als Sachkauf, zumindest sachkaufähnlichen Vertrag eingestuft hat. Diese Klassifizierung ist inzwischen durch mehrere Entscheidungen des BGH – insbesondere durch dessen Compiler-Entscheidung (BGH NJW 1988, 406, 407 f. = CR 1988, 124 ff.) – bestätigt worden. An der kaufrechtlichen Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen ändert sich nach der Schuldrechtsreform nichts. Die kaufrechtliche Qualifizierung wird vielmehr noch dadurch erleichtert, daß es auf die früher streitige Frage der Qualifizierung als Sache (s. BGH CR 1993, 681 = NJW 1993, 2436, 2437 f.; BGH CR 1988, 124 = NJW 1988, 406,

## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

408) angesichts der Regelung des § 453 Abs. 1 BGB nicht mehr ankommt. Denn hiernach gelten für den Sach- und Rechtskauf dieselben Regeln wie für den Verkauf sonstiger Gegenstände.

## 2. Standardsoftware Plus

Dann verblieb allerdings noch das Problem der **Qualifizierung von Verträgen zwischen Softwareüberlassung und Softwareerstellung**. Gemeint ist hierbei der Vertrieb von Standardsoftware, die allerdings durch zusätzliche Leistungen an die Bedürfnisse des Kunden angepaßt wird. Vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform bestanden die Oberlandesgerichte darauf, daß solche Verträge grundsätzlich werkvertraglich zu qualifizieren seien (s. z. B. OLG Köln JurPC 1991, 1352). Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung möchte seit einiger Zeit alle Softwareverträge als Werkverträge einstufen (vgl. OLG Köln JurPC 1991, 1352; OLG Hamm CR 1992, 206, 207; OLG Düsseldorf NJW 1989, 2627; vgl. auch MARLY, Softwareüberlassungsverträge, München 1991, S. 145 ff.; MEHRINGS NJW 1988, 2438, 2439 f.). Sie interpretiert hierzu die Compiler-Entscheidung des BGH, in der von der zumindest kaufvertragsähnlichen Einstufung von Softwareüberlassungsverträgen ausgegangen worden ist, restriktiv: In dieser Entscheidung sei es um den Erwerb eines einzelnen Compiler-Programms durch einen Händler gegangen. Nur bei einem solch Erwerb der „nackten“ Software könne man von einem Kaufvertrag sprechen. Komme aber zu dem Erwerb der Software eine irgendwie geartete werkvertragliche Nebenpflicht, so sei der gesamte Überlassungsvertrag als Werkvertrag einzustufen. So hieß es z. B. in dem Urteil des OLG Köln v. 11. 10. 1991 (OLG Köln JurPC 1991, 1352):

„Auf einen Vertrag, der den Erwerb von Standardsoftware zum Gegenstand hat, finden die Regeln des Werkvertrages Anwendung, wenn neben der Lieferung zusätzlich eine Anpassung der Software an die Bedürfnisse des Anwenders und eine Einarbeitung des Personals erfolgen soll“ (1. Leitsatz).

Ähnlich verwies das OLG Hamm in seinem Urteil v. 22. 8. 1991 (OLG Hamm CR 1992, 206, 207; ähnlich auch OLG Celle CR 1996, 539, 540) auf das Werkvertragsrecht:

„Wenn der Abnehmer jedoch ein nicht sachkundiger Endabnehmer ist, der eine Gesamtanlage zur Bewältigung bestimmter Aufgaben erwerben will, entspricht es nach den Erfahrungen des Senats eher den Vorstellungen von Lieferant und Abnehmer, daß eine werkvertragliche Leistung jedenfalls dann geschuldet wird, wenn der Lieferant die Verpflichtung übernimmt, den Abnehmer in den Gebrauch der Anlage einzuweisen und entsprechend zu schulen.“

Daß diese Auffassung dogmatisch nicht korrekt ist, dürfte offensichtlich sein. Denn hier wird jede Nebenpflicht ohne jegliche Gewichtung zum Anlaß für eine Einstufung einer Vereinbarung als Werkvertrag genommen. Aus der Sicht der Praxis ist die Zuordnung aber interessengerecht: Sie führt von den Mängeln des Kaufvertragsrechtes weg zur differenzierteren Regelung der §§ 633 ff. BGB. Sie begründet das Erfordernis einer Abnahme der Software, an die sich der Beginn der Verjährungsfrist knüpft. Sie impliziert ein Nachbesserungsrecht des Softwarehändlers, bevor der Kunde (nach ordentlicher Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung) Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verlangen kann (MARLY, a. a. O., Rn. 450).

### Hinweis:

Die EDV-Industrie bzw. ihre anwaltlichen Berater sollten demnach bei allen Verträgen, die über den Erwerb der baren Software hinaus auf die Errichtung eines funktionsfähigen DV-Ambientes zielen, auf die Einhaltung werkvertraglicher Vorschriften achten.

## 3. Individualsoftware

Die (in diesem Beitrag aus Platzgründen nicht behandelte) Erstellung von Individualsoftware erfolgt im Rahmen von Werkverträgen (BGH WM 1971, 615; BB 1986, 1319). Ähnlich wird der DV-Projektvertrag, bei dem es um die Erstellung besonderer auf die Bedürfnisse des Kunden abge-

## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

stellter DV-Lösungen geht, als Werkvertrag angesehen (s. dazu BGH NJW 1993, 1063 und 2436; BECKMANN, Computerleasing, Rn. 189).

#### 4. Änderungen durch die Schuldrechtsreform

Fraglich ist, ob diese Differenzierungen nach der Schuldrechtsreform bestehen bleiben können. Hier hat sich nämlich ein Problem dadurch ergeben, daß § 651 BGB in seiner Neufassung die **Grenzen zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht** verschiebt (s. dazu THEWALT CR 2002, 1 ff.). Ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien Verbraucher sind oder nicht, regelt nunmehr § 651 S. 1 BGB, daß das Kaufrecht auch auf Verträge zur Anwendung kommt, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben.

Aus dieser Vorschrift zieht ein Teil der Literatur die Konsequenz, daß für Softwareerstellungsverträge grundsätzlich nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern **Kaufvertragsrecht** zur Anwendung kommen soll (so z. B. HASSEMER ZGS 2002, 95, 102; THEWALT CR 2002, 1, 4 f.; WESTERHOLT/BERGER CR 2002, 81, 82 f.). Die nachteiligen Konsequenzen einer solchen Qualifizierung seien durch § 651 S. 3 BGB gemildert, der wichtige Vorschriften des Werkvertragsrechts für anwendbar erkläre. Diese Auffassung ist m. E. nicht zutreffend (ähnlich jetzt auch DIEDRICH CR 2002, 473 ff.). § 651 BGB stellt zentral darauf ab, was der „Gegenstand“, d. h. der Hauptzweck des Vertrages ist. Besteht der Hauptzweck des Vertrages in der (bloßen) Lieferung von Sachen, wird man sicherlich Kaufvertragsrecht zur Anwendung bringen müssen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn ein individueller Erfolg geschuldet wird und die Lieferung der Sache dabei nicht zum Gegenstand des Vertrages gemacht wird. Ein solcher Zustand ist bei der Lieferung von Individualsoftware der Fall, bei der es nicht darum geht, bloß ein Computerprogramm auf Disketten oder einer CD-ROM dem Anwender zu übergeben. Vielmehr richtet sich bei Individualsoftware das Interesse beider Parteien danach, eine auf die Bedürfnisse des Anwenders zugeschnittene Individuallösung in die Tat umzusetzen. Das Computerprogramm mit dem Datenträger ist dann nur eine Teilkomponente, die nicht das Gepräge des Softwareerstellungsvertrages ausmacht. Dies gilt noch deutlicher bei der Lieferung von Standardsoftware, wenn noch eine volle erhebliche Zusatzleistung hinzukommt. Hier wird man wie bisher danach unterscheiden müssen, welches Gewicht die einzelnen Leistungen haben und welche Leistungspflicht dem Vertrag sein Gepräge gibt. Kommt es zu Mischformen (z. B. bei einem Kauf mit Montageverpflichtung), wird danach differenziert, ob im Einzelfall werk- oder kaufvertragliche Elemente überwiegen (vgl. die Nachweise in: KÖNIG, Das Computerprogramm im Recht, 1991, S. 268 ff.).

### III. Gewährleistung bei Softwareüberlassungsverträgen

#### 1. Die Schuldrechtsreform

Mit Wirkung zum 7. 7. 1999 hat der Rat der EU die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter erlassen (ABl. EG Nr. L 171/2 v. 7. 7. 1999.). Bei der Umsetzung dieser Richtlinie hat man sich in Deutschland dafür entschieden, eine umfassende Reform des Schuldrechts durchzuführen. Diese umfaßt weitreichende **Änderungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts**, die hier nur kurz skizziert werden sollen (s. vertiefend zu den Gewährleistungsansprüchen nach der Schuldrechtsreform HERTEL ZAP F. 3, S. 179 ff.).

Eine Kaufsache muß hiernach dem Zustand entsprechen, den die Parteien vereinbart haben. Ansonsten gilt die Sache als vertragsgemäß, wenn

- sie einem Modell oder einer Beschreibung des Verkäufers entspricht,
- sie die vom Käufer gewünschten Eigenschaften aufweist,
- sie für den vertragsmäßigen Gebrauch geeignet ist,

## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

- sie die Eigenschaften aufweist, die man üblicherweise von einer Sache gleicher Art und Güte erwarten kann.

Vorgesehen sind Regreßansprüche gegen den Hersteller oder einen Zwischenhändler, sofern der Verkäufer nur unter Schwierigkeiten haftbar gemacht werden kann. Innerhalb der ersten sechs Monate gilt eine Beweislastumkehr; es wird vermutet, daß ein Mangel bereits bei Lieferung vorlag. Der Käufer kann stets unentgeltliche Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangen (nicht nur – wie jetzt – auf vertraglicher Basis), sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Die Nachbesserung oder Ersatzlieferung hat innerhalb einer angemessenen Frist zu erfolgen. Der Verbraucher kann ferner eine angemessene Minderung oder eine Vertragsauflösung verlangen, sofern eine Abhilfe nicht erfolgt ist. Dem Käufer obliegt eine zweimonatige Rügepflicht ab Entdecken eines Mangels. Die Gewährleistungsfrist beträgt zwei Jahre ab Lieferung, eine deutliche Verlängerung gegenüber der bisherigen sechsmonatigen Verjährung.

## 2. Gewährleistung im neuen Kaufrecht

Der Käufer eines mangelbehafteten Programms hat eine Reihe von Ansprüchen und Rechten: Er kann vor allem seine Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB geltend machen, d. h. er kann u. a. Lieferung mangelfreier Software verlangen, die gekaufte Software zurückgeben und seinen Kaufpreis zurückverlangen oder den zu zahlenden Kaufpreis um den Minderwert der Software reduzieren. Allerdings sind solche Rechte nur dann gegeben, wenn eine Reihe verschiedener Voraussetzungen erfüllt sind. Zunächst muß ein **Mangel der Software** vorliegen. Wie oben bereits skizziert, unterscheidet das BGB zwischen Sach- und Rechtsmängeln (§§ 434, 435). Vorrangig werden im weiteren die Regelungen zur Sachmängelhaftung und deren vertragliche Beschränkbarkeit skizziert. Eine Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie von der Sollbeschaffenheit abweicht. Eine solche Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit liegt vor, wenn der Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vertraglich vereinbarten (§ 437 Abs. 1 S. 1), vertraglich vorausgesetzten (§ 437 Abs. 1 S. 2) oder gewöhnlichen (§ 437 Abs. 1 S. 2) Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist.

### a) Fehler: Informatik versus Rechtswissenschaft

Diese Definition, die unten noch mit Leben gefüllt wird, unterscheidet sich fundamental vom Fehlerbegriff der Informatik. Ein **Informatiker** sieht jedes objektive technische Versagen der Software als Fehler an. Da aber bekannterweise eine technische Störung bei Computerprogrammen nie auszuschließen ist, schreiben Techniker gerne den berühmt-berüchtigten Satz in Softwareverträge: „Software kann nie fehlerfrei sein“.

Der **Jurist** sieht den Fehlerbegriff anders. So gibt es z. B. technische Fehler, die juristisch belanglos sind: Wenn ein Programm bei einer selten benutzten Tastaturkombination abstürzt, liegt aus juristischer Sicht nur ein geringes, unerhebliches Versagen vor, das die Gebrauchstauglichkeit des Systems kaum beeinträchtigt. Dementsprechend gibt es in einem solchen Fall – trotz Vorliegen eines technischen Fehlers – kein Rücktrittsrecht (§ 323 Abs. 5 S. 2 i. V. m. § 439 BGB). Umgekehrt kann ein Programm technisch fehlerfrei, aber juristisch mangelbehaftet sein. Soll ein Programm nach dem Vertrag bestimmte Funktionen aufweisen, so ist das Programm bei Fehlen dieser Funktionen mangelhaft, auch wenn es technisch einwandfrei arbeitet.

### b) Vereinbarte Beschaffenheit

Ein Fehler liegt bereits dann vor, wenn das Programm von seiner Ist-Beschaffenheit nicht den vertraglich vereinbarten Anforderungen entspricht. Diese Leistungsanforderungen können ausdrücklich – im Rahmen eines Pflichtenheftes (zur Definition s. DIN 69901) – festgelegt sein. Gerade diese Fehlergruppe ist aus der Sicht der Gerichte die erfreulichste: Es bedarf hier nicht umständlicher Sachverständigengutachten und Auseinandersetzungen zwischen den Parteien.

## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

Denn es geht hier nur noch darum, ob eine bestimmte Leistung des Programms entsprechend den Vereinbarungen vorhanden ist oder nicht.

### c) Vertraglich vorausgesetzte Verwendung

Schwierig ist die Abgrenzung von vertraglich **vereinbarter Bestimmung** und vertraglich **vorausgesetzter Verwendung**. M. E. umfaßt der Bereich der vertraglichen Vereinbarung die Sollbestimmungen, die ausdrücklich vertraglich vorgesehen wurden. Demgegenüber regelt der Bereich der vertraglich vorausgesetzten Verwendung den Bereich konkludent vereinbarter Kriterien. Dies wäre z. B. der Fall bei einer Leistungsbeschreibung. Ähnlich fällt darunter der Fall, daß die gewünschten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind (vgl. LG Frankfurt IuR 1987, 229).

### d) Gewöhnliche Verwendung

Abseits vertraglicher Regelungen ist die gewöhnliche Verwendung der wichtigste Prüfmaßstab für Softwaremängel. Der Nachweis einer gewöhnlichen Verwendung ist jedoch nicht einfach. Eine Reihe früherer Abgrenzungsschwierigkeiten (s. BGH NJW 1992, 134 ff.) bestehen jedoch nach der Schuldrechtsreform nicht mehr. So spielt die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschulden ebenso keine Rolle mehr wie die Abgrenzung zum aliud. Nach § 434 Abs. 3 BGB steht einem Sachmangel die Lieferung einer anderen Sache gleich.

#### (1) Fehlertypen

Schwierig wird es, wenn solche Leistungsanforderungen fehlen. Hier kann nur noch der gewöhnliche Gebrauch eines Programms als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Fraglich ist aber, ob es einen solchen Gebrauch bei einem bestimmten Standardprodukt überhaupt gibt (s. hierzu die Bedenken des OLG Stuttgart CR 1986, 381). Letztendlich können aus der Rechtsprechung nur **einige typische Fehlerarten** abgeleitet werden (vgl. hierzu auch HEUSSEN, in: Computerrechts-Handbuch, Stand 1992, Kap. 201 und SCHNEIDER, Praxis des EDV-Rechts, 1990, Rn. D 495 – 535).

#### (aa) Funktionsdefizite

Ein Programm muß bestimmte Funktionen enthalten, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden ist. So muß ein als „UNIX-kompatibles“ bezeichnetes Programm mehrplatzfähig sein (OLG Karlsruhe CR 1990, 266). Ferner muß ein Datenbankprogramm das „Überlaufen“ von Dateien verhindern (LG Duisburg CR 1989, 494, 495). Ganz allgemein muß jede Software HELP-Funktionen und Fehlerroutrinen enthalten, um Bedienungsfehler von vornherein zu vermeiden (LG Heilbronn CR 1989, 604; OLG Köln NJW 1988, 2477; OLG Hamm CR 1990, 716); eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn der Anwender als EDV-Fachmann (was auch immer darunter zu verstehen ist) gelten kann (OLG Düsseldorf CR 1987, 174). Kein Fehler soll es hingegen sein, wenn der Software ein Druckertreiber fehlt (OLG Frankfurt CR 1990, 127, 130; a. A. LG Tübingen CR 1995, 222) oder ein Bankenprogramm nicht manipulations sicher ist (OLG München I CR 1989, 295). Auch soll bei einem Branchenkompaktprogramm ein kleines Textverarbeitungsprogramm ausreichen (BGH NJW 1990, 3008, 3010).

#### (bb) Funktionsmängel

Eine weitere wichtige Fehlergruppe betrifft die Funktionsmängel, d. h. das **technische Versagen** einzelner Programmfunktionen. Software ist mangelbehaftet, wenn

- sie bei Verwendung in einem Gewerbebetrieb falsche Rechnungen hervorbringt (LG München I CR 1987, 364),
- sie nicht in der Lage ist, Umlaute auszugeben, sondern statt dessen beim Ausdruck programmbedingt nur Fragezeichen erscheinen (OLG München CR 1990, 646, 648),

## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

- sie seit dem Zeitpunkt, in dem vierstellige Jahreszahlen programmieretechnisch allgemein üblich sind (Mitte der neunziger Jahre), nicht 2000-fest ist (s. hierzu BARTSCH CR 1998, 193 ff.; HILDEBRAND CR 1998, 248 ff.),
- sie nicht die Abwicklung des Ein-/Verkaufs in Euro ermöglicht (LG Coburg CR 2002, 325; LG Stuttgart CR 2002, 255 [Ls.]).

**(cc) Kapazitätsmängel/Ungewöhnliches Antwortzeitverhalten**

Eine sehr wichtige Fallgruppe betrifft das ungewöhnliche Antwortzeitverhalten in einem EDV-System. Ist eine Software so konzipiert, daß sie zu einer **unerträglichen Verlangsamung** des Systems führt, liegt ein Fehler vor. Ein solcher Zustand soll etwa dann vorliegen, wenn die Antwortzeiten in einem Mehrplatzsystem auf 30 Sekunden herabsinken (LG Essen CR 1987, 431) oder sich die Geschwindigkeit des Druckers auf 20 % reduziert (KG CR 1990, 769; nach LG Stuttgart CR 1994, 286 ist das Fehlen von 5 % Festplattenplatz mangels Erheblichkeit kein Mangel).

**(dd) Programmsperren**

Unzulässig ist auch der Einbau von Programmsperren, sofern dadurch die Begleichung einer Forderung (LG Wiesbaden CR 1990, 652) oder der Abschluß eines Wartungsvertrages (BGH NJW 1987, 818) erzwungen werden soll. Zulässig könnte eine solche Sperre aber sein, sofern sie zum Schutz vor Softwarepiraterie erforderlich ist (BGH NJW 1981, 2684; OLG Köln NJW 1996, 733; OLG Köln CR 2000, 354). Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Käufer zur Beseitigung Systemdisketten benötigt, die sich nur im Besitz des Verkäufers befinden (OLG Köln CR 2000, 354). Zur Einbeziehung von solchen Sperren bedarf es der Hinweise auf der Verpackung oder in den Geschäftsbedingungen (LG München I CR 2000, 506).

**(ee) Fehlen oder Fehler der Dokumentation**

Letztendlich die „beliebteste“ Fehlergruppe ist das Fehlen oder die Lückenhaftigkeit der Dokumentation (s. hierzu auch ENDLER CR 1995, 7 ff.). Da sich Gerichte mit dem Nachweis eines Programmfehlers schwer tun, suchen sie in ihrer Not oft Fehler der mitgelieferten Handbücher. Dabei war vor der Schuldrechtsreform streitig, ob die Lieferung eines Handbuches eine Hauptleistungspflicht darstellt (OLG Düsseldorf CR 1990, 122; OLG Hamm CR 1986, 268 mit Anm. MEHRINGS; OLG Saarbrücken CR 1988, 470; LG Mannheim BB 1985, 144; LG Baden-Baden CR 1988, 308 f.) oder das Fehlen der Dokumentation als Mangel anzusehen ist (so OLG Hamm CR 1990, 716; OLG Karlsruhe NJW 1989, 2631; OLG Frankfurt CR 1986, 270 mit Anm. CZERMIN = NJW 1987, 3206; OLG München CR 1986, 365; im Grundsatz auch BGH NJW 1989, 3223; OLG Frankfurt NJW 1987, 2306). Nach der Schuldrechtsreform stellt sich die Rechtslage nicht anders dar. Insbesondere § 434 Abs. 3 BGB, der die Falsch- und Zuweniglieferung dem Sachmangel gleichstellt, ändert nichts daran, daß die teilweise Nichtlieferung eine Verzugsproblematik ist.

Einige Stimmen gehen davon aus, daß Dokumentation und Programm eine Einheit bilden; wenn die Dokumentation fehlt, ist dies als Mangel dieser Einheit anzusehen. Der Käufer kann in einem solchen Fall daher „nur“ die klassischen Gewährleistungsrechte des § 437 geltend machen. Der BGH (BGH NJW 1993, 461 = CR 1993, 203 m. Anm. BARTSCH CR 1993, 422; vgl. auch OLG Hamm CR 1995, 20; ENDLER CR 1995, 7, 9) geht hingegen davon aus, daß es beim Kauf einer aus Hard- und Software bestehenden Computeranlage an der Ablieferung fehle, solange die Lieferung der Softwaredokumentation noch nicht erfolgt sei. Das Fehlen der Dokumentation sei als **Nichtleistung** und nicht als Gewährleistungsfall anzusehen.

Liegt eine Dokumentation vor, ist diese nach Gewährleistungsrecht zu beurteilen. Wichtig ist, daß die Dokumentation **schriftlich** vorliegt (OLG Stuttgart NJW 1987, 3206; OLG Hamm CR 1992, 715; LG Mannheim BB 1985, 144; LG Stuttgart CR 1992, 277). Es reicht daher nicht aus, Benutzer vorab zu schulen und unter Berufung darauf keine Dokumentation mitzuliefern (s. a. OLG Frank-

## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

furt CR 1993, 93; OLG Hamm CR 1992, 335). Mangelhaft ist es auch, Bildschirmtexte in das Programm einzubauen oder als Dokumentation Text-Files auf Disketten mitzusenden. Die Dokumentation muß in **deutscher Sprache** verfaßt sein (OLG München CR 1986, 365 (Ls.); OLG Stuttgart CR 1987, 173; s. a. OLG Hamburg CR 1993, 408 mit Anm. HOEREN; a. A. BARTSCH CR 1993, 423). Die Lieferung eines englischsprachigen Handbuchs führt demnach dazu, daß der gesamte Kaufvertrag rückgängig gemacht oder der Kaufpreis gemindert werden kann. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nur, wenn die Parteien etwas anderes vereinbaren (ein Hinweis in der Werbung auf das englische Handbuch). In der Dokumentation müssen **alle Programmfehlermeldungen** vollständig aufgeführt sein (OLG Hamm CR 1990, 716; ähnlich LG Flensburg CR 1988, 132 f.).

**(2) Öffentliche Äußerungen des Herstellers/Händlers**

Neben dem Fehler können auch öffentliche Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seiner Gehilfen Gewährleistungsrechte auslösen. Das neue BGB hat sich damit vom alten Leitbild der zugesicherten Eigenschaft verabschiedet. Früher bedurfte es eines besonderen Haftungswillens (BGH NJW 1988, 1378, 1380), um eine Verkaufsaussage des Verkäufers zur verbindlichen Vertragsgrundlage zu machen; Aussagen des Herstellers spielten ohnehin für Gewährleistungsfälle kaum eine Rolle. Das hat sich jetzt mit der Schuldrechtsreform grundlegend geändert (vgl. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB). **Werbeaussagen** sind nunmehr grundsätzlich verbindlich, unabhängig von ihrer Quelle.

**(aa) Äußerungen**

Wann eine solche „öffentliche Äußerung“ im EDV-Vertrieb bejaht werden kann, ist abstrakt schwierig zu beantworten; letztendlich hängt dies vom Einzelfall ab. Man wird allenfalls sagen können, daß solche Äußerungen wahrscheinlich enthalten sind in verbindlichen Aussagen im Pflichtenheft, eindeutigen technischen Aussagen des Händlers (insbesondere zur Kompatibilität) (s. zur mangelnden Kompatibilität auch OLG Köln CR 1992, 468; OLG Saarbrücken CR 1990, 713; LG Baden-Baden CR 1994, 288; LG Stuttgart CR 1986, 382; AG Ulm CR 1995, 407) oder in Aussagen eines Verkäufers, der als Sachverständiger fungiert und insofern besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt. Eine Erklärung, wonach der Käufer einer EDV-Anlage ein Gerät auf dem „neuesten technischen Stand“ erwerbe, ist anders als nach alter Rechtsprechung des BGH (BGH CR 1996, 402 m. Anm. HEUSSEN) gewährleistungsrechtlich verbindlich.

**(bb) des Herstellers/Händlers**

Die Zurechnung erfolgt nicht bei allen Äußerungen beteiligter Verkehrskreise. Entscheidend sind vielmehr Aussagen des Herstellers sowie des Händlers selbst. Aussagen anderer Händler werden dem Softwareverkäufer nicht zugerechnet. Schwierigkeiten macht im Softwarebereich vor allem die Bestimmung des Begriffs „Hersteller“. Software ist kein Produkt maschineller Warenfertigung; es fällt daher schwer, bei komplexeren DV-Produkten den Hersteller zu benennen. Für Windows XP sitzt der Hersteller (Microsoft Inc.) in Richmond/USA. Es finden sich aber kaum Aussagen der Microsoft-Zentrale, die unmittelbar für den deutschen Markt bestimmt sind. Das Werbekonzept für den deutschen Markt stammt aus der deutschen Microsoft-Niederlassung.

**(cc) Ausschlußgründe**

Werbeaussagen haben keine gewährleistungsrechtliche Wirkung, wenn der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen mußte. Ferner kommt sie nicht zum Tragen, wenn die Aussage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtet war. Irrelevant ist sie schließlich auch, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

**(3) Montage**

Ein Mangel ist auch gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist (§ 434 Abs. 2 BGB). Der Bereich der Montage ist im Softwaresektor sehr relevant. Umfaßt ist hiervon auch die **Installation der Software** sowie die **Einrichtung des DV-Systems**. Die Montageleistung muß vertraglich vereinbart worden sein; daß der Händler rein tatsächlich bei der Installation behilflich ist, reicht nicht aus. Auch spielt es nach dem Gesetzeswortlaut keine Rolle, ob die Montage als Teil des Kaufvertrages oder unabhängig davon in einem separaten (Werk-) Vertrag vorgesehen worden ist.

**(4) Montageanleitungen**

Schließlich liegt ein Mangel auch bei mangelhaften Montageanleitungen vor (§ 434 Abs. 2 S. 2 BGB). Fraglich ist, ob Installationsanleitungen im DV-Sektor unter § 434 Abs. 2 subsumiert werden können. Die Begründung zum Regierungsentwurf erwähnt als Montage auch die fehlerhafte Installation (BT-Drucks. 14/6040, S. 215); insofern dürften auch fehlerhafte Installationsanleitungen Gewährleistungsrechte auslösen.

**3. Rügeobliegenheit nach §§ 377, 381 Abs. 2 HGB**

Nach § 377 HGB hat ein Kaufmann die von ihm gekauften Waren unverzüglich auf Mängel zu untersuchen und erkennbare Mängel unverzüglich zu rügen. Tauchen Mängel später auf, muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden. Kommt der Käufer dieser Pflicht nicht nach, so gilt die Ware als genehmigt.

Der **kaufmännische Anwender** muß bestellte Software daher unverzüglich am Ablieferungsort im Rahmen des zweckmäßigen Geschäftsgangs untersuchen und erkennbare Mängel sofort dem Verkäufer gegenüber anzeigen. Darüber hinaus sind verborgene Mängel nach ihrer Entdeckung unverzüglich anzuzeigen. Der **zeitliche Rahmen der Untersuchungs- und Rügepflicht** hängt vom Einzelfall ab. Nichtfachleute haben eine längere Probezeit zur Verfügung (RGZ 59, 75). Bei offenen, überprüfbaren Mängeln eines PC (hier fehlende IBM-Kompatibilität) kann die Frist kürzer als 11 Tage sein (OLG München CR 1991, 19). Für die Rüge ist eine Beschreibung der Programmfehler nicht erforderlich; es reicht, wenn die mangelhafte Wirkung des Programms für die einzelnen Arbeitsabläufe dargelegt wird (BGH CR 1986, 79; OLG Köln CR 1988, 726; vgl. auch REHMANN CR 1990, 575). Allerdings ist zu beachten, daß die Rügefrist erst mit vollständiger Ablieferung der Software einschließlich ihrer Installation beginnt. Soll ein Gesamtsystem von Hardware und Software geliefert werden, so läuft die Frist erst mit der kompletten Lieferung und Installation des Gesamtsystems (BGH WM 1990, 2000).

Zu den Rügepflichten für Kaufleute kommen **allgemeine Rügeobliegenheiten** für jedermann hinzu. Nach § 437 Nr. 1, 439 BGB kann der Käufer ohne weiteres bei mangelhafter Sache Nacherfüllung verlangen. Rechte auf Rücktritt, Minderung und Schadensersatz entstehen jedoch erst nach erfolglosem Ablauf einer Nachfrist. Dies ergibt sich für den Rücktritt aus dem Verweis in § 439 Nr. 2 auf § 323 Abs. 1 BGB, wonach der Rücktritt an den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gekoppelt ist.

**4. Vorbehaltlose Entgegennahme in Kenntnis des Mangels**

Nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, wenn er beim Vertragsschluß die Mängel der gekauften Sache kennt. Auch verliert er seine Rechte, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Gerade diese Voraussetzung ist bei größeren EDV-Projekten von Bedeutung (sofern in einem solchen Fall nicht ohnehin Werkvertragsrecht Anwendung findet): Hier werden oft Fehler während der Installations- und Schulungsphase offenbar, die dem Anwender eigentlich schon beim Vertragsschluß hätten klar sein müssen.



## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

Dies kann zur Folge haben, daß der Käufer seine Gewährleistungsrechte insoweit nach § 442 BGB verliert.

### 5. Verjährung (§ 438 BGB)

Nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB gilt bei Softwareüberlassungsverträgen für die Ansprüche auf Nachlieferung und Schadensersatz eine Verjährungsfrist von zwei Jahren von der Ablieferung an. Für Rücktritt und Minderung gilt § 438 Abs. 4 i. V. m. § 218 BGB. Diese Regelung verweist wiederum auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruches.

#### a) Der Begriff der „Ablieferung“

Die Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform versuchte zugunsten des Anwenders die Verjährungsfrist möglichst auszudehnen. Dies wurde dadurch bewirkt, daß der Zeitpunkt der „Ablieferung“ weit hinausgezogen wurde und dadurch die Verjährungsfrist erst sehr spät, zum Teil sogar nie zu laufen begann (OLG Köln JurPC 1991, 1352; ähnlich auch OLG Düsseldorf ZIP 1989, 580, 582). Mit der Schuldrechtsreform sollte diese Rechtsprechung modifiziert werden. Die Notwendigkeit, die Verjährungsfristen künstlich durch eine extensive Auslegung des Begriffs „Ablieferung“ zu verlängern, besteht nicht mehr. Die Verjährungsfristen sind nunmehr angemessen lang. Dies spricht für einen Gleichlauf von Übergabe und Ablieferung. Allerdings ist zu beachten, daß § 438 Abs. 2 BGB zwischen der „Übergabe“ (bei Grundstücken) und der „Ablieferung“ unterscheidet. Ähnlich wie in § 377 Abs. 1 HGB wird man auf den Zeitpunkt abstellen können, ab dem der Käufer die Sache so in seiner Gewalt hat, daß er sie untersuchen kann (so schon BGH NJW 1961, 730).

#### b) Verjährungshemmung

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 kann der Käufer die Verjährung hemmen, wenn er eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt. Tatsächlich wird in der Praxis meist übersehen, daß die ZPO für die Sicherung schwieriger Beweise ein gesondertes Verfahren anbietet (§§ 485 ff. ZPO). Ein solch vorgezogenes **Beweissicherungsverfahren** bietet sich vor allem an,

- wenn der Anwender mangelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen will,
- wenn bestimmte, selten auftretende Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können,
- wenn der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können, und
- wenn der Anwender möglichst schnell Gewißheit über die Fehlerhaftigkeit haben will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzulegen.

Der Lauf der Verjährungsfrist ist auch gehemmt bei Zustellung eines **Mahnbescheides** (§ 204 Nr. 3 BGB).

#### Hinweis:

Nicht zulässig ist allerdings die Stellung eines solchen Antrages wegen der Rückzahlung des gesamten Kaufpreises (Wandelung). Denn dieser Anspruch besteht nur dann, wenn der Käufer seinerseits auch die mangelbehaftete Software zurückgibt; für solche sog. Zug-um-Zug-Ansprüche ist das Mahnverfahren aber nicht statthaft (§ 688 Abs. 2 ZPO). Insoweit muß rechtzeitig Klage erhoben werden.

## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

Im übrigen kann der Käufer einer mangelbehafteten Sache auch **Klage** gegen den Verkäufer erheben und dadurch die Verjährung hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Ferner ist die Verjährung gehemmt, solange der Verkäufer mit der Nachlieferung eines mangelfreien Programms oder mit der Nachbesserung der mangelbehafteten Software beschäftigt ist (BGHZ 39, 287, 292; BGH NJW 1973, 698, 699; MünchKomm/WESTERMANN, § 477 BGB Rn. 18).

### d) Vereinbarung über die Verjährung

Letztendlich kann das Problem der Verjährung auch vertraglich geregelt werden (§ 202 BGB, s. dazu etwa die EVB-IT und dazu FEIL/LEITZEN CR 2002, 407 ff.). Dabei ist sowohl eine Verkürzung als auch eine Verlängerung der Frist individualvertraglich zulässig. Probleme wirft allerdings eine Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist auf, die über Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgenommen wird. Außer beim Verbrauchsgüterkauf (§ 475 Abs. 2 BGB) ist die Frist auf ein Jahr reduzierbar (§ 309 Nr. 8 b BGB).

## 6. Rechtsfolgen

### a) Einzelne Gewährleistungsrechte

Der Käufer von Software hat mehrere, untereinander abgestufte Rechte (§ 437 BGB): Er hat primär einen Nachlieferungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB). Verlangt der Käufer Nachlieferung, kommt der Verkäufer sofort in Verzug, da das Nachlieferungsverlangen als Mahnung anzusehen ist (ein Wandelungsrecht kommt nicht in Betracht, wenn nur der Datenträger fehlerhaft ist; hier kann der Anwender lediglich Nachlieferung verlangen, s. LG Köln, BB Beil. Nr. 19/1996, 8). Auf den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Nachfrist hin kann der Käufer Rücktritt, Minderung und Schadensersatz verlangen.

Die **Nacherfüllung** spielt im Bereich der Standardsoftware kaum eine Rolle. Denn hier gibt es bei Programmierfehlern keine mangelfreie Ware. Statt dessen ist davon auszugehen, daß der Lieferant nicht mehr zur Erfüllung des Vertrages in der Lage ist. Insofern liegt eigentlich ein Fall des subjektiven Unvermögens vor.

Im Rahmen der Rechtsfolgen ist auch die Frage der **Erheblichkeit von Mängeln** zu prüfen. Diese Frage spielt im Rahmen der Softwarebranche eine wichtige Rolle. Denn zahlreiche Softwareprodukte haben kleinere „bugs“; die verschiedenen Fehlerkonstellationen können bei keinem Produkt ausgetestet werden. Früher war die Erheblichkeitsschwelle ein Kriterium auf der Tatbestandsseite; unerhebliche Mängel schlossen Gewährleistungsrechte generell aus (s. § 459 Abs. 1 S. 2 BGB). Bagatellmängel sind nach der Schuldrechtsreform eine Fragestellung auf der Rechtsfolgen-seite. Der Nacherfüllungsanspruch wird durch § 439 Abs. 3 BGB dadurch beschränkt, daß der Verkäufer die Nacherfüllung bei unverhältnismäßigen Kosten verweigern kann. Das Rücktrittsrecht besteht nach § 323 Abs. 4 S. 2 BGB bei Unerheblichkeit der Pflichtverletzung nicht.

### b) Einheitliche Rückabwicklung bei Störung einer Teilleistung

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 **Gesamtabwicklungsrecht** hinsichtlich Hard- und Software, auch wenn die Hardware in sich mangelfrei war? Liegt ein solches Recht auch vor, wenn Hardware und Software in verschiedenen Verträgen bzw. von verschiedenen Lieferanten verkauft worden sind? Grundsätzlich sind alle Teilleistungen als rechtlich selbständig einzustufen; insofern ist prinzipiell bei Fehlen einer Teilleistung nur eine teilweise Rückabwicklung möglich.

### c) Computersystem als einheitliche Sache (§ 93 BGB)

Ein Gesamtabwicklungsrecht ist zunächst dann denkbar, wenn Soft- und Hardware als einheitliche Sache i. S. d. § 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/HEINRICH, § 93 BGB Rn. 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 einem bestimmten Hardwaretypus gebunden (s. auch OLG Düsseldorf CR 2000, 350).

#### Hinweis:

Nur in Ausnahmefällen kann es Fälle geben, in denen Hard- und Software eine Gesamteinheit bilden; hierzu zählen die Verwendung nicht Windows- oder UNIX-kompatibler „Exoten“-Hardware oder das ROM-BIOS sowie Betriebssysteme bei Großrechnern (vgl. BGH CR 1988, 129).

### d) Gesamtwandelung und Teilleistungen

Die bisherige Regelung zur **Gesamtwandelung** (§ 469 BGB a. F.) ist entfallen. An die Stelle kann nicht § 323 Abs. 5 S. 1 BGB treten (so schon zu Recht KOCH CR 2001, 569, 572 f.). Hiernach könnte der Gläubiger bei Teilleistungen vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Diese Regelung gilt nur dann, wenn der Schuldner Teilleistungen nicht vollständig erbracht hat; bei der hier zu prüfenden Konstellation hat der Verkäufer aber Hard- und Software geliefert.

Der Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsreform stattdessen gewollt, daß der Gläubiger bei einer **nur teilweise schlechten Leistung** vom gesamten Vertrag **zurücktreten** kann (s. a. BT-Drucks. 14/6040, S. 187). Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Allerdings läßt sich gerade aus letzterer Regelung auch eine Lösung des Problems finden, die den Grundgedanken der alten Regelung des § 469 aufgreift. So kommt ein Rücktritt nach § 323 überhaupt nur in Betracht, wenn es um einen Vertrag mit Teilleistungen geht. Liegen zwei Verträge vor, ist jeder separat und unabhängig vom anderen in bezug auf Rücktrittsrechte zu prüfen. Daher ist als erstes zu klären, ob ein Vertrag über Teilleistungen vorliegt (nachfolgend aa). Dann ist als zweites die Unerheblichkeit nach § 323 Abs. 5 S. 2 zu erörtern. Diese Frage läßt sich nur dann klären, wenn man die Nachteile für den Gläubiger betrachtet (nachfolgend bb). Damit sind beide Elemente des alten § 469 BGB in § 323 BGB integriert. Nur die Grundweichenstellung bleibt unterschiedlich. Das alte BGB ging von der Einzelwandelung als Grundsatz aus; die Gesamtwandelung war der Ausnahmefall. Das BGB geht in seiner Neufassung hingegen vom Grundsatz des Gesamtrücktritts aus.

#### aa) Vertrag über Teilleistungen

Die Regelung setzt einen einzelnen Vertrag über mehrere Teilleistungen voraus. Ob ein solcher Vertrag vorliegt, kann m. E. unter Berücksichtigung von § 469 S. 2 BGB a. F. geklärt werden. Denn schon nach dem alten BGB kam es entscheidend darauf an, daß Hardware und Software „als zusammengehörend“ verkauft worden sind. Eine solche Zusammenzugehörigkeit 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).

## Gewährleistung bei Softwareüberlassung

Keine Probleme ergeben sich hier, wenn beide Komponenten **von einer Hand in einem Vertrag** verkauft worden sind; wie der BGH bereits in seiner Entscheidung v. 4. 11. 1987 (NJW 1988, 406) betont hat, kann hier von einer Zusammengehörigkeit ausgegangen werden. 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. 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). Es komme darauf an, ob die verschiedenen Vereinbarungen rechtlich miteinander „stehen und fallen“ sollen (so BGH NJW 1987, 2004). Das OLG München hat einen solchen Fall z. B. bejaht, wenn Hard- und Software zur Bewältigung bestimmter Aufgaben eingesetzt werden (CR 1990, 640).

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. Greift man hier auf die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf zurück, so ist die erforderliche wirtschaftliche Einheit nur dann zu bejahen, wenn „über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus die beiden Geschäfte miteinander derart verbunden sind, das keines ohne das andere geschlossen worden wäre oder jeder der Verträge seinen Sinn erst durch das andere erhält“ (BGHZ 91, 9, 11). 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).

**bb) Interessenwegfall**

Weiterhin setzt § 323 Abs. 5 BGB voraus, daß der Gläubiger an der bereits erhaltenen Teilleistung kein Interesse hat. Auch hier läßt sich die Rspr. zu § 469 S. 2 BGB heranziehen, wonach Hard- und Software **nicht ohne Nachteil voneinander getrennt** werden können. Wann ein solcher Nachteil gegeben ist, ist in Lit. und Rspr. äußerst streitig (vgl. RUPPELT, Die Überlassung von Computerprogrammen, 1990, S. 99 f.; ZÄHRNT BB 1984, 1007 ff.; ders. IuR 1986, 59 ff.; ders., BB 1988, 1687 ff.). Nach Auff. des BGH (vgl. BGH NJW 1988, 406; NJW 1990, 3011) 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). Der Wegfall des Interesses ist beim normalen Kauf eines handelsüblichen Computers und der Überlassung von Standardsoftware nicht zu bejahen (BGH NJW 1987, 2004, 2008 = CR 1987, 358; OLG Köln CR 2000, 354). Anders ist der Fall, wenn der Käufer PC, Monitor und Software „aus einer Hand“ erwirbt. Denn in einem solchen Fall würde der Käufer bei isolierter Rückabwicklung eines Vertrages die Vorteile des Kaufes aus einer Hand verlieren (OLG Düsseldorf CR 2000, 350, 351). ◆