

Dementsprechend erscheint es sachgerechter, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen. Hierdurch wird zugleich ein weiterer Verfahrensfehler behoben, der darin liegt, daß das Landgericht das Versäumnisurteil "im übrigen" aufgehoben hat. Hierzu wäre erst Veranlassung gegeben, wenn feststünde, daß die Klage im übrigen abzuweisen wäre (§ 343 S. 2 ZPO), was derzeit nicht der Fall ist.

(Eingesandt vom 19. Zivilsenat des OLG Köln.)

Modifizierte Standardsoftware als Individualsoftware

OLG Köln, Urteil vom 26. Juni 1992 (19 U 261/91) – nicht rechtskräftig –

Leitsätze

1. Dem Werkvertragsrecht unterfallende Individualsoftware liegt vor, wenn Standard-Software in zahlreichen Punkten auf die Bedürfnisse des Anwenders angepaßt werden soll (hier: 28 Funktionen, die teilweise im Programm völlig fehlten).
2. Von der Einheitlichkeit eines Rechtsgeschäfts (Hard- und Software) ist jedenfalls dann auszugehen, wenn dem Besteller schon in der Vertragsurkunde das Recht eingeräumt ist, bei System- oder Softwarefehlern insgesamt vom Vertrag zurückzutreten.

Tatbestand

Der EDV-Auftrag

Die Klägerin führt für Betreiber von Altenheimen die Verwaltung und Abrechnung durch. Am 25.8.1987 erteilte sie dem Beklagten einen Auftrag zur Lieferung einer EDV-Anlage (Hard- und Software) zum Gesamtpreis von netto 150.467,- DM; hiervon entfielen 123.242,- DM auf die Hard- und 27.225,- DM auf die Software. Die vom Beklagten zu liefernde Anlage sollte die von der Klägerin bisher genutzte Anlage vom Typ Data General ersetzen. Die Anlage wurde über die B AG geleast, die an den Beklagten am 2.10.1987 per Scheck 171.532,38 DM zahlte. Die monatliche Leasingrate wurde auf 3.464,95 DM ab 24.9.1987 festgesetzt. An Installationskosten zahlte die Klägerin 1987 und 1988 insgesamt 16.099,89 DM.

Die Mängelrügen

Nach Lieferung und Installation der Anlage bemängelte die Klägerin mehrfach, daß die Anlage nicht den vereinbarten Anforderungen entspreche; die Rügen betrafen durchgehend die Software. Sie forderte den Beklagten wiederholt unter Fristsetzung auf, die beanstandeten Mängel zu beheben. Der Beklagte versuchte dies. Am 4.5.1988 kam es zur Erstellung eines "Pflichtenheftes", in dem ebenso wie in einem nachfolgenden Schreiben der Klägerin vom 13.5.1988 die Anforderungen der Klägerin an das Programm aufgelistet wurden. In dem letztgenannten Schreiben setzte die Klägerin dem Beklagten eine letzte Frist zur Behebung der Beanstandungen bis zum 1.6.1988. Auch nach Ablauf dieser Frist versuchte der Beklagte mehrfach, die Anlage in den von der Klägerin geforderten Zustand zu versetzen, zuletzt am 8.7.1988; ob mit Erfolg, ist zwischen den Parteien streitig. Mit Schreiben vom 12.7. und 11.11.1988 forderte die Klägerin den Beklagten vergeblich zur Rücknahme der Anlage und Rückzahlung des von der Leasinggesellschaft gezahlten Kaufpreises auf. Diese hat ihre Ansprüche gegen den Beklagten auf Minderung, Wandlung sowie etwaige sonstige vertragliche und gesetzliche Gewährleistungsansprüche nach Ziffer 5 ihrer Allgemeinen Leasing-Bedingungen an die Klägerin abgetreten. Die Klägerin hat ihr Abrechnungssystem inzwischen wieder auf die von ihr zuvor benutzte Anlage Data General umgestellt.

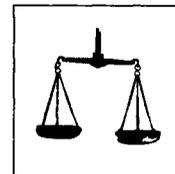
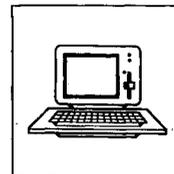
Behauptungen der Klägerin

Die Klägerin hat behauptet, die vom Beklagten gelieferte Anlage weise eine Vielzahl von Mängeln auf und erfülle auch nicht den Standard der zuvor genutzten Anlage, obwohl dies vereinbart gewesen sei. Sämtliche im Pflichtenheft vom 4.5.1988 aufgelisteten Mängel bestünden fort, die Nachbesserungsversuche des Beklagten seien erfolglos verlaufen. Dies gelte auch für den Vorführversuch vom 8.7.1988.

Die Anträge der Klägerin

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an die Firma B AG 71.532,38 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1.12.1988 zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe der EDV-Anlage Fortune mit Peripherie einschließlich Software bei der Klägerin;



2. festzustellen, daß sich der Beklagte mit der Rücknahme der vorstehend aufgeführten Anlage in Annahmeverzug befindet;
 3. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag von 170.404,52 DM zuzügl. 9 % Zinsen seit dem 1.12.1988 zu zahlen;
 4. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin die ab Juli 1991 noch fälligen Leasingraten zu zahlen;
- hilfsweise zu 1):
den Beklagten zu verurteilen, an sie 171.532,38 DM zzgl. 5 % Zinsen seit dem 1.12.1988 zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe der EDV-Anlage Fortune mit Peripherie einschließlich Software bei der Klägerin.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, die gelieferte Anlage sei mangelfrei, die von der Klägerin gestellten Anforderungen seien vertraglich nicht vereinbarte Zusatzwünsche. Dies gelte insbesondere auch für die Auflistungen im Pflichtenheft; die dort aufgeführten Ergänzungen seien im übrigen bis zum 8.7.1988 ordnungsgemäß in das Programm eingearbeitet worden. Mögliche Gewährleistungsansprüche der Klägerin seien verjährt.

Das Landgericht hat über die Behauptungen der Parteien Beweis erhoben durch Zeugenvernehmung und Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 171.532,38 DM nebst Zinsen an die B AG Zug um Zug gegen Herausgabe der gelieferten Anlage sowie zur Zahlung von 16.099,89 DM nebst Zinsen an die Klägerin verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Es hat festgestellt, daß das Wandlungsbegehren der Klägerin gerechtfertigt sei, weil die vom Beklagten gelieferte Anlage bis zuletzt solcherart mit Mängeln behaftet gewesen sei, daß eine ordnungsgemäße Nutzung nicht möglich gewesen sei. Eine Abnahme sei nicht erfolgt, so daß die Ansprüche der Klägerin auch nicht verjährt seien. Die für die Installation aufgewendeten Beträge könne die Klägerin als Schadensersatz gem. §§ 633 ff. BGB erstattet verlangen.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten und auch rechtzeitig begründeten Berufung macht der Beklagte geltend:

Die Ansprüche der Klägerin seien verjährt. Werkvertragsrecht finde keine Anwendung, weil es sich bei der gelieferten Software D um eine Standardsoftware gehandelt habe. Diese sei damals bereits vierzig- bis fünfzigmal bei anderen Anwendern installiert gewesen und dort einwandfrei gelaufen (Beweis: Zeugen V und W). Das Pflichtenheft sei erst nach Vertragsschluß erstellt worden. Hierbei handele es sich um eine Zusammenfassung der einzelnen von der Klägerin nach Vertragsschluß gestellten zusätzlichen Anforderungen. Sein Sinn habe darin gelegen, zusammenzufassen, in welcher Weise das mangelfrei gelieferte Standardprogramm den Bedürfnissen der Klägerin angepaßt und mit zusätzlichen Funktionen versehen werden sollte. Die Klägerin habe auch nicht bewiesen, daß der Beklagte den zusätzlichen Anforderungen nicht entsprochen habe. Der Zeuge W habe das Gegenteil bekundet. Das vom Landgericht eingeholte Sachverständigengutachten sei deshalb nicht aussagekräftig, weil der Sachverständige das Programm selbst nicht getestet habe. Wenn dies nicht mehr möglich sei, könne das nicht zu ihren Lasten gehen.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage in vollem Umfang abzuweisen; zu gestatten, Sicherheit auch durch Bürgschaft einer deutschen Großbank, einer Genossenschaftsbank oder einer öffentlichen Sparkasse erbringen zu können.

Die Klägerin beantragt,

die gegnerische Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Der Antrag des Beklagten

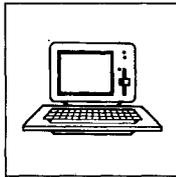
Die Behauptungen des Beklagten

Die Entscheidung des Landgerichts

Der Berufungsvortrag des Beklagten

Der Berufungsantrag des Beklagten

Der Berufungsantrag der Klägerin



Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Beklagten ist nicht begründet.

Das Landgericht ist zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß die vom Beklagten gelieferte Anlage mangelhaft war, so daß sie nicht bestimmungsgemäß genutzt werden konnte, und die Mängel von ihm auch nicht innerhalb der gesetzten Fristen behoben worden sind, so daß die Klägerin nach § 633, 634 BGB wandeln und nach § 635 BGB Ersatz der infolge der Mangelhaftigkeit nutzlos aufgewendeten Installationskosten verlangen kann.

Die gelieferte Anlage war mangelhaft.

Die Rechtsprechung des BGH zur Software-Überlassung

1. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, daß auf die Überlassung von Standardsoftware gegen einmaliges Entgelt Kaufrecht zumindest entsprechend anzuwenden ist (BGHZ 102, 135, 140ff, 145; BGH, Urteil vom 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88 = WM 1989, 1890 unter II 1a; BGH, Urteil vom 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89) und daß für die Herstellung von Individualsoftware Werkvertragsrecht gilt (BGHZ 102, 135, 140/141; BGH, Urteil vom 11. Februar 1971 – VII ZR 170/69 = WM 1971, 615 unter II 1; BGH, Urteil vom 23. Februar 1977 – ZR 312/75 = WM 1977, 390 unter II 2). Hiervon ausgehend ist das Landgericht zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß vorliegend Werkvertragsrecht Anwendung findet. Zwar mag es zutreffen, was die Berufungsbeurteilung behauptet, daß es sich bei dem Programm D um Standardsoftware handelt, die von den Betreibern von Alten- und Pflegeheimen angesetzt wird. Gleichwohl findet auch auf solche Programme Werkvertragsrecht Anwendung, wenn die Software auf die Bedürfnisse des Kunden umgearbeitet wird (BGH NJW 1987, 1259; Senat NJW 1988, 2477 und jur-pc 12/91, S. 1352; OLG Koblenz CR 1992 (3), 154). So liegt es hier. Schon aus dem vom Beklagten selbst formulierten Auftrag ergibt sich, daß die Software angepaßt werden sollte. Es heißt dort u. a.:

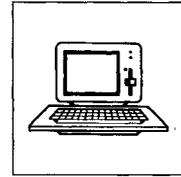
Der Anpassungsauftrag

“Wichtig: Für die Software gilt als vereinbart, daß die einzelnen Heimmodule den besprochenen Leistungsanforderungen der E entsprechen. Softwareanpassungen werden, sofern notwendig, von IMAGE ausgeführt ...”

Die Art der Anpassung folgt aus den dem Sachverständigen zur Verfügung gestellten Gesprächsprotokollen (Anlagehefter). Diese verdeutlichen, daß die Standardsoftware D nur die Basis der zu liefernden Software bildete und daß die Anpassungen so umfangreich sein sollten, daß als Ergebnis wiederum eine den individuellen Bedürfnissen der Klägerin angepaßte, mithin Individualsoftware, vorlag. Dem entspricht auch, was der Beklagte erstinstanzlich hat vortragen lassen: *“Die von der Klägerin gewünschten Programme wurden von dem Beklagten individuell erstellt”*.

Abnahme ist nicht erfolgt.

2. Eine Abnahme (§ 640 BGB) der Software durch die Klägerin ist nicht erfolgt. Eine Abnahme liegt dann vor, wenn der Besteller die Anlage körperlich entgegennimmt und ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, daß er die Leistung als in der Hauptsache vertragsgemäße Erfüllung anerkenne. Daß die Anlage ausdrücklich abgenommen worden ist, behauptet der Beklagte selbst nicht. Ein als stillschweigende Billigung zu wertendes Verhalten der Klägerin läge nur vor, wenn sie die Anlage bestimmungsgemäß genutzt hätte; das wiederum setzte voraus, daß die Software nach Einweisung des Personals des Auftraggebers und Überwindung immer wieder vorkommender Anfangsschwierigkeiten eine gewisse Zeit bei der Klägerin mangelfrei gearbeitet hätte (so OLG Düsseldorf ZIP 1989, 580, 582; Senat jur-pc, a. a. O.). Hiervon kann keine Rede sein, vielmehr ist davon auszugehen, daß die bereits 1987 installierte Anlage bis zur letzten Fristsetzung (1.6.1988) aufgrund der auftretenden Fehler nicht bestimmungsgemäß nutzbar war. Das ergibt sich aus dem unter dem 4.5.1988 vom Beklagten erstellten “Pflichtenheft”, dem der Beklagte allerdings eine andere Bedeutung beimessen möchte. Tatsächlich folgt schon aus seiner Einleitung (I Korrektur von Programmfehlern), daß es sich hier um eine Fehleraufstellung gehandelt hat. Völlig zweifelsfrei wird dies aufgrund der Aussagen der Zeugen X, Y, Z und auch W. Hiernach beinhaltete das Pflichtenheft eine von den Parteien gemeinsam vorgenommene Aufstellung aller beanstandeten Punkte, es wurde festgehalten, was nicht funktionierte. Hierzu hat der Sachverständige Prof. Dr. Vogler in seinem Gutachten vom 22.9.1990 festgestellt, daß die in dem Pflichtenheft dokumentierten Fehler dergestalt sind, *“daß sie die betriebliche Nutzung der Software (noch) nicht zuließen”*; nach seinen Feststellungen waren 28 der 40 im Pflichtenheft aufgeführten Punkte Software-Mängel, deren Behebung Voraussetzung für die Betriebsfähigkeit der Software war.



Bedenken gegen die Verwertbarkeit dieses Gutachtens bestehen nicht. Der Sachverständige hat zwar die Software selbst nicht testen können, weil er infolge fehlender Betriebsdisketten keinen Zugang zum Programm erlangte. Gleichwohl konnte er auch unter Zuhilfenahme des ihm von einer Partei zur Verfügung gestellten Schriftwechsels – theoretisch – feststellen, daß, wenn die im "Pflichtenheft" angesprochenen Punkte vorgelegen haben, es sich um Programmfehler gehandelt hat und welche Folgen diese Fehler hätten. Daß die der theoretischen Erörterung zugrundeliegende Annahme zutrifft, ist wiederum durch die Zeu- genaussagen belegt. Insoweit bedarf auch die Frage keiner Vertiefung, ob nicht die Beklagte in der Lage gewesen sein müßte, durch Lieferung der nötigen Startdisketten dem Sachver- ständigen den Zugang zu Programm zu ermöglichen.

Keine Bedenken gegen die Verwertbarkeit des Gutachtens

3. Ist die Anlage nicht abgenommen worden, so hat die Beklagte zu beweisen, fehlerfrei ge- liefert bzw. vorhandene Fehler fristgerecht beseitigt zu haben. Diesen Beweis hat sie nicht führen können, vielmehr ist vom Gegenteil auszugehen. Denn die Zeugen X, Y und Z ha- ben übereinstimmend bekundet, daß die Anlage bis zum Schluß gravierende Mängel aufge- wiesen habe, daß die Versuche des Beklagten, die im "Pflichtenheft" aufgeführten Mängel zu beheben, erfolglos geblieben seien. Das erscheint glaubhaft, denn welchen Grund sonst sollte die Klägerin gehabt haben, wieder auf ihre alte Datenanlage zurückzugreifen. Jeden- falls ist die abweichende Aussage des Zeugen W angesichts der übereinstimmenden anders- lautenden Zeu genaussagen nicht geeignet, die Behauptung des Beklagten, die Anlage habe fehlerfrei gearbeitet, zu belegen.

Der Beweis der fehlerfreien Lieferung (mangels Abnahme der Beklagten obliegend) ist nicht erbracht.

Soweit der Beklagte darauf verweist, daß 40 – 50 der Standardprogramme D beanstan- dungsfrei liefen, und hierzu Beweis antritt, ist dies unerheblich. Was die Klägerin erhalten sollte, war gerade kein Standardprogramm, sondern eine angepaßte Version. Ob diese An- passung gelungen ist, kann aber nicht durch das Standardprogramm belegt werden.

Berechtigung zur Wandlung

4. Da die Anlage nicht fehlerfrei gearbeitet hat, war die Klägerin bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen berechtigt, zu wandeln bzw. vom Vertrag zurückzutreten (§§ 634 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB). Die erforderliche (letzte) Fristsetzung ist mit Schreiben vom 13.5.1988 bis zum 1.6.1988 erfolgt; aus ihm in Verbindung mit Seite 4 des Auftrags ergibt sich klar, daß die Klägerin bei fruchtlosem Verstreichen von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch ma- chen würde, wie dies auch mit Schreiben vom 12.7.1988 erfolgt ist.

5. Das Wandlungsrecht umfaßt nach §§ 634 Abs. 1, 4 i. V. m. § 469 BGB den gesamten Ver- trag, weil sich aus dem Umständen des Vertragsschlusses und dem Inhalt der getroffenen Vereinbarungen ergibt, daß ein einheitlicher Werkvertrag vorliegt.

Zur Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen zwei an sich selbständige Vereinbarungen dann ein einheitliches Rechtsgeschäft dar, wenn nach den Vorstellungen der Vertragsschließenden die Vereinbarungen nicht nur für sich allein gelten, sondern ge- meinsam miteinander stehen und fallen sollen, und bei dem von vornherein nur eine voll- ständige Rückgängigmachung in Betracht kommt, wenn auch nur einer von mehreren Lei- stungsteilen nicht vertragsgemäß erbracht wird (BGH, Urteil vom 25. März 1987 – VIII ZR 43/86 = WM 1987, 1818 unter II). Insbesondere kann beachtlich sein, ob es dem Er- werber erkennbar gerade auf die einheitliche Lieferung bzw. Herstellung der Hard- und Software ankam, weil er nur so eine praktikable und wirtschaftliche Bewältigung der von ihm an die Anlage gestellten Aufgaben (mithin eine sog. "Gesamtlösung" seiner Probleme) erwarten konnte. Gegen eine Teilbarkeit der Leistungen kann in diesem Zusammenhang ein den Umständen zu entnehmendes, ernsthaftes Interesse des Erwerbers sprechen, bei späteren Betriebsstörungen nicht dem Streit verschiedener Lieferanten über die Ursachen ausgesetzt zu sein. Bedeutung kann schließlich eine Verpflichtung des Erwerbers gewin- nen, die gelieferte Software nur auf der vom gleichen Hersteller bezogenen Hardware zu benutzen (vgl. hierzu BGH WM 1990, 987 ff. = NJW 1990, 3011; Senat jur-pc 92/1, S. 1406 ff.; OLG Hamm CR 1992, 206 [207]; OLG Karlsruhe BB 1991 (Beilage 23), S. 6).

Nach diesen Kriterien kann von einem einheitlichen Vertrag ausgegangen werden. Hierfür spricht nicht nur die einheitliche Zusammenfassung in einer Urkunde, sondern insbeson- dere auch das in dieser Urkunde der Klägerin eingeräumte Rücktrittsrecht hinsichtlich der gesamten Anlage bei System- oder Softwarefehlern. Das macht den Willen der Parteien deutlich, die vom Beklagten angebotene Leistung als eine einheitliche zu behandeln, die einzelnen Leistungen sollten miteinander stehen und fallen.

Vorliegend: Einheitlicher Vertrag

6. Ist keine Abnahme erfolgt, greift auch die Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB nicht ein. Das Landgericht hat daher zu Recht den Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises an die Leasinggesellschaft und Rückerstattung der Installationskosten an die Klägerin verurteilt.

(Eingesandt vom 19. Zivilsenat des OLG Köln.)