

denkgesetzlich notwendig, um den Erfolg zu erreichen. Außerdem sind diese Mittel üblicher Art. Bedeutung im Rahmen der Gewichtung kommt erst der für den Erfolg entscheidenden Rechenoperation zu. Diese beruht jedoch auf einer im wesentlichen von markt- und betriebswirtschaftlichen Aspekten beeinflussten gedanklich-logischen Lehre. Die Mittel zur automatischen Datenübermittlung an den Rechner und von dort zur Treibstoffdurchsatzsteuerung sind zwar technischer, aber ebenfalls üblicher Art. Außerdem haben sie im Rahmen der Problemlösung nur eine dienende Funktion.

Was endlich die Änderungen des Treibstoffdurchsatzes und der Geschwindigkeit angeht, so führen diese nicht unmittelbar den erstrebten Erfolg der Kostensenkung herbei; sie sind allein keine vollständige Problemlösung, sondern liefern im Rahmen des hier streitigen Verfahrens zwar wichtige, aber letztlich für den erstrebten Erfolg nicht allein entscheidende Kriterien einer Berechnung, deren Art und Weise nur unter Berücksichtigung markt- und betriebswirtschaftlicher Kriterien den entscheidenden Wert erbringt, der für die Erreichung des Erfolges ausschlaggebend ist.

Bei dieser Sachlage rechtfertigt es die Mitursächlichkeit der eingesetzten Naturkräfte nicht, der Gesamtheit der Lehre einen technischen Charakter im Sinne der zitierten Senatsrechtsprechung zuzubilligen.

Der technische Charakter der beanspruchten Lehre kann entgegen der Ansicht des Beklagten weder daraus

hergeleitet werden, daß es sich im Kern um eine besondere (neue) Betriebsweise (Verwendung) eines Flugzeuges handele, noch daraus, daß die im Flugzeug vorhandenen Meßgeräte für den Treibstoffdurchsatz und die Geschwindigkeit eine neue Verwendung erführen. Diese Ansicht des Beklagten richtet ihren Blick einseitig nur auf Teilaspekte der beanspruchten Lehre und läßt die Einbeziehung der markt- und betriebswirtschaftlichen Werte und der Berechnungsregel in die beanspruchte Lehre, insbesondere aber deren überwiegende und entscheidende Bedeutung für die Erreichung des erstrebten Erfolges, der auch wirtschaftlicher Art ist, außer Betracht.“

Anmerkung

Betten erklärt in seinem Aufsatz „Patentschutz von Computerprogrammen“ (CuR 1986, 311 ff), daß ihn das Urteil nicht befriedige. „Bei dem Regelungsverfahren handelt es sich eindeutig um eine technische Lehre. Daß nun in zwei konstanten Werten, die während des Ablaufs der Regelung überhaupt nicht verändert werden, der Charakter des Regelungsverfahrens liegen soll, ist unverständlich und abwegig.“

Das sind starke Worte, die ich um so weniger akzeptieren kann, als mich die ganze Aufgabenstellung stark an ein Operations-Research-Problem erinnert, womit ich es als Student der Volkswirtschaft zu tun hatte, und nicht an ein technisches, was mir immer fremd ist.

(chr. z.)

Fehlermeldungen in Abnahmephase

OLG Celle, Urteil vom 8. November 1985 (11 U 212/84)

Nichtamtliche Leitsätze

1. Ist bei einem Vertrag über die Erstellung eines Individualprogramms die Aufgabenstellung nur vage umrissen, hat der Auftragnehmer die Einzelheiten festzustellen.

2. Behält der Auftraggeber eines Individualprogramms dieses nach der Einweisung, so ist darin noch keine Abnahme zu sehen. Denn ein Programm ist zur sofortigen Abnahme nicht geeignet, da sich seine Tauglichkeit erst im Gebrauch herausstellt und etwaige Mängel nicht sofort zu erkennen sind.

3. Die kaufmännische Rügepflicht gemäß § 377 HGB gilt über § 381 Abs. 2 HGB auch bei Verträgen über die Erstellung von Programmen.

4. An die Rüge- und Mitwirkungsobliegenheit des Auftraggebers, der EDV-Laie ist, dürfen nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden. Als Laie braucht er nur aufzuzählen, in welchen Punkten er mit den Programmen unzufrieden war, und die bislang aufgefallenen Auswirkungen möglicher Mängel angeben.

Die Pflicht des Auftragnehmers zur Fehlerbeseitigung wird nicht dadurch eingeschränkt, daß der Auf-

traggeber auch einiges zu Unrecht als Mangel wertet, wenn der Auftragnehmer weder bei Vertragsschluß noch in der anschließenden Definitionsphase ausreichend klargestellt hat, was Inhalt des Vertrages sein sollte.

5. Der Auftraggeber kann die Nachfristsetzung nach § 326 BGB auch auf solche Mängel stützen, die er nicht gerügt hat, sondern die erst nach Fristablauf festgestellt werden.

Paragrafen

BGB: § 326; § 633; § 640; § 646

Stichworte

Abnahme bei Individualprogrammen; Fehlerbeseitigungspflicht — auch bei teils unberechtigten Fehlermeldungen; Fehlermeldung — Anforderungen an den AG (Laie); Individualprogramm — geschuldete Leistung; Kaufmännische Rügepflicht — bei Individualprogrammen; Nachfristsetzung

Sachverhalt (Urteil des LG Hannover vom 26. Juni 1984 — 19 O 233/83)

Die Klägerin, ein EDV-Laie, hatte beim Beklagten die Erstellung eines Programms für DM 18 000,— in Auftrag gegeben. Die Klägerin machte zahlreiche Mängel geltend. Der Beklagte erklärte, daß es sich im wesentlichen um Änderungswünsche handele, die einen Arbeitsaufwand von zwei Monaten erforderten. Der Beklagte erklärte sich bereit, die echten Fehler zu beseitigen. Die Klägerin setzte eine Entscheidungsfrist und gab nach deren Ablauf die Neuerstellung des Programms anderweitig in Auftrag. Die Klägerin macht Schadensersatz geltend. Die Klage hatte Erfolg.

Entscheidungsgründe

„Der Beklagte hatte für die Klägerin laut Angebot vom 8. 12. 1980 und Bestellung vom 14. 3. 1981 das dort näher bezeichnete Programmpaket zu erstellen. Wie dieses im einzelnen beschaffen sein sollte, hatte der Beklagte bei der sogenannten ‚Ist-Aufnahme‘ am Sitz der Klägerin am 28. und 29. 4. 1981 festzustellen.

Die Klägerin war berechtigt, dem Beklagten die in § 326 BGB vorgesehene Frist mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Sie hatte das Programm des Beklagten nämlich zuvor noch nicht gemäß § 640 BGB abgenommen und war dazu auch nicht verpflichtet.

Der Beklagte hatte das Programm zwar am 3. 10. 1981 geliefert; die sogenannte Einweisung durch ihn erfolgte bei der Klägerin vom 3. bis 5. 10. 1981. Es kann aber nicht festgestellt werden, daß die Klägerin bei der Lieferung und Einweisung oder in der Zeit danach das Programm als in der Hauptsache vertragsgemäße Werkleistung des Beklagten anerkannt hat. Zu sofortiger und körperlicher Abnahme ist ein Computerprogramm nicht geeignet, da sich seine Tauglichkeit erst im Gebrauch herausstellt und etwaige Mängel nicht sofort zu erkennen sind. Andererseits ist eine Prüfung und Bewertung eines Programms durchaus möglich, so daß nicht (gemäß § 646 BGB) die Fertigstellung an die Stelle der Abnahme zu treten hat. Die Tatsache, daß das Programm nach Lieferung und Einweisung bei der Klägerin verblieb, besagt daher nichts über eine Abnahme. Dies insbesondere deshalb nicht, weil die Einweisung zu zahlreichen Beanstandungen und Meinungsverschiedenheiten über den geschuldeten Umfang des Programms führte und während der Einweisung eine Vielzahl von *Korrekturen* vorgenommen werden mußte. In der Folgezeit hat die Klägerin das abgelieferte Programm mehrfach beanstandet und dabei zum Ausdruck gebracht, daß sie es so wie geliefert *nicht abnehmen wolle* (wird ausgeführt.) ... Am 13. 11. 1981 kam es daraufhin zu einem Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Beklagten in Anwesenheit eines Computerfachmannes der Firma (HW-Lieferantin). Vom Tage datieren handschriftliche Notizen des Geschäftsführers der Klägerin in 14 Seiten Länge, welche der Beklagte erhielt. ...

Die Klägerin war auch nicht verpflichtet, das Programm des Beklagten abzunehmen, da nicht feststeht,

daß es im Sinne des § 640 BGB vertragsgemäß hergestellt war. Der Sachverständige hat in seinem Gutachten die insgesamt 28 von der Klägerin im Rechtsstreit geltend gemachten Mängel geprüft und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß 9 Beanstandungen zu Recht erfolgt sind. ... Diese 9 Mängel wären nach dem Gutachten des Sachverständigen zwar mit relativ geringem Zeitaufwand (2 Tage) zu beheben. Dem Urteil des Landgerichts ist aber darin zuzustimmen, daß die Mängel die Tauglichkeit des Programms aufheben oder doch erheblich mindern. Das gilt sowohl für die festgestellten 5 Programmfehler, welche, wenn sie nicht jeweils von Hand korrigiert werden — was mühsam ist und leicht vergessen werden kann — die Rechnungen und sonstigen Aufzeichnungen der Klägerin erheblich verfälschen würden, als auch für die festgestellten 4 Organisationsfehler, die das Programm für die Bedürfnisse der Klägerin als nicht flexibel genug erscheinen lassen. ...

Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, daß die Klägerin diese Mängel vor dem Rechtsstreit nicht oder nicht deutlich genug bezeichnet habe. Für die Klägerin als GmbH, für deren Gewerbebetrieb der Beklagte sein Werk erstellt hatte, galt zwar Handelsrecht, so daß es ihr nach §§ 381 Abs. 2, 377 Abs. 1 und 3 HGB oblag, Mängel unverzüglich nach Erkennbarwerden anzuzeigen. Das hat die Klägerin jedoch getan, so daß die Werkleistung des Beklagten nicht etwa unabhängig von ihrer Beschaffenheit nach § 377 Abs. 2 oder Abs. 3 HGB als genehmigt gilt. Die Klägerin hatte in den oben genannten Schreiben vom 14. 10. und 4. 11. 1981 und in den handschriftlichen Notizen vom 13. 11. 1981 rechtzeitig eine Vielzahl von Beanstandungen erhoben. Diese waren nicht sämtlich grundlos. So sind die fehlende Stornierungsmöglichkeit bei Auftragsbestätigungen (Pos. 2, die genannten Notizen) und die fehlende Möglichkeit der Eingabe von Preisänderungen (Pos. 16, genannte Notizen) rechtzeitig gerügt und als Mängel anzuerkennen. Der Beklagte hat die Beanstandungen der Klägerin offenbar zunächst auch selbst wenigstens teilweise als berechtigt angesehen, da er sich zu der Besprechung am 13. 11. 1981 und zu einer anschließenden Programmänderung bereitgefunden hat. Jegliche weitere Beseitigung von Mängeln hat der Beklagte sodann aber abgelehnt. ... Indem er die ihm in der Besprechung vom 13. 11. 1981 eingeräumte Fertigstellungsmöglichkeit nicht nutzen wollte, geriet er in Verzug. Dies berechtigte die Klägerin, ihm eine Frist zur Erklärung der Vertragstreue und für die Mängelbeseitigung zu setzen, verbunden mit der Ablehnungsandrohung. Der Beklagte ist dem nicht nachgekommen. Mit Schreiben vom 14. 12. 1981 hat er die Mängelaufstellung der Klägerin als ‚Wunschliste‘ bezeichnet — dies teilweise zu Unrecht — und jedenfalls unter anwaltlicher Beratung auch die Beseitigung echter Mängel von der vorherigen Bezahlung der ‚dritten Rate‘ abhängig gemacht. Der Verzug endete auch nicht damit, daß er später eine nochmalige Auflistung ‚echter Mängel‘ von der Klägerin verlangt hat.

Auch von dieser Voraussetzung durfte der Beklagte eine mängelfreie Lieferung nicht abhängig machen.

Vielmehr hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, daß an die Rüge- und Mitwirkungsobliegenheit der Klägerin nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden konnten. Als Laie konnte sie lediglich, wie geschehen, aufzählen, in welchen Punkten sie mit dem Programm nicht zufrieden war, und die ihr bislang aufgefallenen Auswirkungen möglicher Mängel beheben. Es war unschädlich, daß sie dabei einiges zu Unrecht als Mangel bewertet haben dürfte; hier lagen Unklarheiten im Auftragsinhalt, die nicht allein zu Lasten der Klägerin gingen. Es hätte dem Beklagten als Fachmann obliegen, das Programm insgesamt auf seine Funktion zu prüfen, aus der Vielzahl von Beanstandungen selbst die echten Mängel auszusondern und zu beseitigen sowie damals noch nicht ausdrücklich gerügte Mängel, wie sie der Sachverständige nunmehr bestätigt hat, festzustellen und zu beseitigen. Insbesondere in dem Besprechungstermin bei der Klägerin am 13. 11. 1981 hätte für den Beklagten die Möglichkeit bestanden, zu prüfen und festzustellen, in welchen Punkten das Programm zu korrigieren war. Es wird nicht verkannt, daß dies für den Beklagten mühsam gewesen wäre. Daß aber die Klägerin teilweise wehergehende Vorstellungen von dem bestellten Programm hatte und möglicherweise auch vieles zu Unrecht beanstandete, hat sich der Beklagte selbst zuzuschreiben. Er hatte beim Abschluß des Werkvertrages über das Programm und bei der dazu gehörenden Ist-Aufnahme offensichtlich nicht hinreichend klargestellt, was Inhalt des Vertrages sein sollte. So hatte er die Klägerin nicht darauf hingewiesen, daß das XX-Pflichtanheft — Grundlage des bisherigen Computerprogramms der Klägerin — für sein Programm nur mit erheblichen Einschränkungen geeignet sei, wie der Sachverständige bestätigt hat. Das vom Beklagten zu liefernde Programm war für den YY Computer der Klägerin bestimmt. Ohne deutlichen Hinweis des Beklagten konnte sie daher davon ausgehen, daß sein Programm dieselben Möglichkeiten bieten werde wie das zuvor verwendete Programm.

Die Klägerin hat das Programm des Beklagten daher trotz vieler im technischen Sinne unberechtigter Mängelrügen insgesamt gesehen mit Recht beanstandet. Der Beklagte hat es abgelehnt, innerhalb der ihm gesetzten Frist, die mit 2 Monaten angemessen war, die vorhandenen Mängel zu beseitigen. Die Klägerin konnte deshalb nach Fristablauf die Annahme der Leistung des Beklagten verweigern und die geleistete Anzahlung zurückverlangen.“

Anmerkung

1. Das Urteil ist richtig in dem Punkt, daß der Auftragnehmer die Fehlerbeseitigung nicht von der vorherigen Zahlung der gesamten Vergütung abhängig machen durfte.

2. Das Urteil geht an mehreren Stellen von einem Grundsatz aus, der nicht genügend betont werden kann: Bei einem Werkvertrag ist es Sache des Auftragnehmers (und nicht des Auftraggebers), bei einer vagen Aufgabenstellung die Einzelheiten festzulegen. Damit

ist vorgezeichnet, daß es bei einer vagen Aufgabenstellung gar nicht anders geht, als daß der Auftragnehmer eine endgültige Aufgabenstellung (Definition/Pflichtenheft) erstellt und daß diese dann verbindlich sein muß. Also muß der Auftraggeber diese auch genehmigen.

3. Dem Urteil ist auch darin zuzustimmen, daß bei einer vagen Aufgabenstellung der Auftragnehmer sich auch mit solchen Fehlermeldungen auseinandersetzen muß, auch wenn das zeitaufwendig ist, bei denen es um den Umfang der geschuldeten Leistung geht. Im konkreten Fall beziehen sich diese Rechtsausführungen des Gerichts aber nicht auf den von ihm vorher festgestellten Sachverhalt: Es ging nicht darum, daß der Auftraggeber „einige“ unberechtigte Rügen erhob, sondern daß er auf 14 Seiten eine „Vielzahl“ von Fehlerträgen erhob, von denen zwei berechtigt waren.

4. Das Urteil ist wohl in dem Punkt nicht zu halten, daß auch solche Fehler uneingeschränkt zur Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung berechtigen, die der Auftraggeber gar nicht gemerkt und dementsprechend nicht gerügt hat. Es entspricht zwar vom Ansatz her der Dogmatik des Werkvertragsrechts, daß der Auftraggeber Anspruch auf ein — im wesentlichen — fehlerfreies Werk hat. Liefert der Auftragnehmer das auch innerhalb einer Nachfrist mit Ablehnungsandrohung nicht, hat er die Konsequenzen zu tragen.

Zu berücksichtigen ist aber EDV-spezifisch, daß der Auftragnehmer manche Fehler trotz ordentlichen Testens nicht findet, die der Auftraggeber dann mit Hilfe seiner Testdaten schnell findet. Der Auftragnehmer müßte eigentlich wenigstens eine Chance haben, solche Fehler zu beseitigen.

Hätte der Auftraggeber sachgerecht getestet, wären die Fehler entweder aufgetreten. Der Auftragnehmer hätte dann die Chance zur Beseitigung innerhalb einer Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gehabt. Oder die Fehler wären erst später aufgetreten; der Auftragnehmer hätte dann eine Möglichkeit zur Fehlerbeseitigung im Rahmen der Gewährleistung gehabt.

5. Das Urteil überrascht in dem Punkt, daß es auch für normale Werkverträge eine kaufmännische Rügepflicht gemäß § 381 Absatz 2 HGB annimmt. Werkverträge fallen nur dann unter § 381 Absatz 2 HGB, wenn der Auftragnehmer eine — wenn auch nicht vertretbare — Sache aus von ihm zu beschaffenden Stoff herzustellen hat. Daran fehlt es hier. Das Ergebnis ist dennoch höchst sinnvoll: Angesichts dessen, wie wichtig ordentliches Testen seitens des Auftraggebers ist, sollte dieser wirklich zur Durchführung einer Abnahmeprüfung verpflichtet sein. Das entschärft dann auch wesentlich das vorhergehende Problem der Berufung auf unentdeckte Fehler.

6. Das Urteil begegnet erheblichen Bedenken in dem Punkt, welche Anforderungen an die Meldung eines Fehlers (im Sinne eines Entwurfs-/Kodierfehlers) gestellt werden. Dazu wird im Aufsatz „Beweislast bei Fehlern, insbesondere bei Softwarefehlern“ (in diesem Heft S. 301–303) Stellung genommen. (chr. z.)