

Übernahmebestätigung. Tatsächlich bezeugt diese Erklärung aber nur die Übergabe von Sachen, so daß die Beklagte sich nicht etwa darauf berufen könnte, sie habe überhaupt kein Textprogramm erhalten. Daß das Programm mangelfrei ist, wird jedoch nicht erklärt.

Es bleibt daher bei den Darlegungen der Beklagten, wonach bei der Verwendung von Proportionschrift Silben falsch getrennt, verschiedenartige Zeilenabstände falsch umbrochen und Textbausteine falsch ausgedruckt werden. Diese Mängel, von deren Vorliegen die Kammer nach den prozessualen Erklärungen der Klägerin ausgehen muß, machen die Leasinggegenstände unbrauchbar, so daß ihrerwegen eine Kündigung zulässig ist (§ 542 Abs. 2 BGB). Ob die Klägerin die Fristsetzung gegenüber der Firma L gegen sich gelten lassen muß, weil diese Erfüllungsgehilfin wäre, kann dahinstehen (§ 542 Abs. 1 Satz 2 BGB). Denn anerkanntermaßen ist eine Fristsetzung nicht erforderlich, wenn der Vermieter die Mängelbeseitigung verweigert (vgl. Erman-Schopp, Rdz. 9 zu § 542 BGB). Das hat die Klägerin getan, indem sie der Beklagten erklärt hat, sie sei für die gewünschten Programmfunktionen nicht verantwortlich.“

#### Anmerkung

Das Gericht behandelt drei Fragen in überzeugender Weise.

(1) Es grenzt ab, wann der Leasinggeber sich das, was zwischen Leasingnehmer und Lieferanten als vertraglich vorausgesetzter Gebrauch besprochen worden

ist, selber als vertraglich vorausgesetzten Gebrauch zu rechnen lassen muß. Letztlich steigt der Leasinggeber in den zwischen jenen beiden geschlossenen Vertrag ein, wenn er sich nicht gegenteilig äußert. Dementsprechend behandelt das Gericht auch die Frage der Zustimmung zu Änderungen.

(2) Das Gericht behandelt im Kontext Leasing, dann aber auch im Verhältnis Lieferant-Anwender die Frage des Verhältnisses von Produktschreibung zu vertraglich vorausgesetztem Gebrauch. Es folgt der verbreiteten Rechtsprechung, daß das den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch ausmache, was besprochen worden sei, nur dann, wenn der Lieferant keine Produktbeschreibung bereitgestellt hat. Dieser Einschränkung ist grundsätzlich zuzustimmen.

(3) Auch der Position des Gerichts ist zuzustimmen, daß der Anwender, auch der Laie!, Fehlersituationen möglichst genau beschreiben muß (siehe Zahrnt, DV-Verträge Rechtsfragen und Rechtsprechung, Halbergmoos 1987, S. 146 ff).

(4) Abzulehnen ist nur die Verteilung der Beweislast. Das Gericht hat sich leider vorschnell auf die von Brandi-Dohrn zitierten Quasi-Leitsätze anderer Entscheidung aus meiner Rechtsprechungsammlung Band 1 gestützt.

Diese Urteile legen dem Lieferanten unter *besonderen* Umständen die Beweislast auf. Das zitierte Urteil des LG Hannover läßt das zwar nicht erkennen, das OLG Celle (IuR 1986, 31) hat das aber klargestellt: Bei einem Werkvertrag trägt der Lieferant die Beweislast bis zur Abnahme. ch. z.

## Nachfristsetzung bei Programmerstellung

**OLG Frankfurt, Urteil vom 17. Februar 1987 (22 U 119/86)**

#### Nichtamtliche Leitsätze

1. Die Formulierung in einem Kaufvertrag über eine DV-Anlage, daß der Anwender die Zahlung des Kaufpreises verweigern könne, bis der Lieferant der Anwendungssoftware seine Verpflichtungen erfüllt hat, koppelt den Kaufvertrag an den Programmerstellungsvertrag.

2. Der Anwender kann den Kaufvertrag bei einer solchen Kopplung nur dann auflösen, wenn er sich vom Programmerstellungsvertrag wegen einer Leistungsstörung des Softwarelieferanten löst, nicht aber aus sonstigem Grund (z. B. nach § 649 BGB).

3. Eine dem Lieferanten der DV-Anlage gesetzte Nachfrist mit Ablehnungsandrohung wegen Verzugs bei der Programmerstellung wirkt nicht auch gegenüber dem Lieferanten der Programme.

4. Ist die Terminsituation für die Erstellung von Programmen verschwommen, so hat derjenige, der den Vertrag wegen Verzugs lösen will, für eine exakte Be-

schreibung der noch ausstehenden Leistungen zu sorgen und sodann in nachvollziehbarer Weise die nach § 326 BGB erforderlichen Schritte vorzunehmen.

#### Paragrafen

BGB: § 242; § 285; § 326

#### Stichworte

Koppelung von Hardware und Software — zwei Lieferanten; Mitwirkungspflichten des AG; Nachfristsetzung § 326 — Deutlichkeit — Entbehrlichkeit; Programmerstellungsvertrag — Verzug — Vertretenmüssen

#### Tatbestand

„Die Klägerin, die sich in größerem Umfang als Händlerin mit dem Verkauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge befaßt, setzt seit geraumer Zeit zur Er-

ledigung der dafür in Betracht kommenden Aufgaben in ihrem Betrieb die elektronische Datenverarbeitung (EDV) ein. Da die von ihr bis dahin benutzte EDV-Anlage die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit erreicht hatt, ...“ bestellte sie im Oktober 1983 bei der Beklagten eine leistungsfähigere DV-Anlage zu ca. DM 500 000,—.

„... Die Lieferung bzw. Erstellung der Anwendersoftware war von dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nicht umfaßt, so sollte dem ‚Kunden oder einem von ihm zu beauftragenden Softwarehersteller‘ überlassen bleiben. In dem schriftlichen Vertrag heißt es u. a.:

... ‚12.1 Die Abnahme der Hardware und Betriebssoftware kann vom Kunden unberücksichtigt des vereinbarten Liefertermins verweigert werden, wenn die vom Softwarehersteller (SWH) zu liefernde Anwendersoftware nicht der abgezeichneten Feinanalyse = Programmvorgabe, welche für die Hardwareabnahme Gültigkeit hat, entspricht. ...‘“

In einer weiteren Klausel war vereinbart (auf die sich das Gericht in den Entscheidungsgründen bezieht, die es aber im Tatbestand nicht zitiert), daß die Beklagte im Falle des Scheiterns von SWH berechtigt sei, ein anderes Softwarehaus einzuschalten.

„... Der in Ziffer 1.2 des Vertrages vorgesehene Lieferzeitpunkt (52. Kalenderwoche 83) konnte zwar nicht eingehalten werden, und mit Schreiben vom 7. 2. 1984 mußte die Klägerin sogar eine Mahnung aussprechen. In der Folge — jedenfalls noch im ersten Quartal 1984 — wurde die von der Beklagten zu 1 geschuldete Leistung jedoch ordnungsgemäß erbracht.

Schwierigkeiten ergaben sich aber daraus, daß die von der Klägerin im Einvernehmen mit der Beklagten mit der Herstellung der Anwendersoftware beauftragte Softwareproduzentin, die Firma SWH nicht in der Lage war, den zeitlichen Vorstellungen zu entsprechen, die sich die Klägerin von der Lieferung der funktionsfähigen Software und der davon abhängigen uneingeschränkten Leistungsfähigkeit der gesamten Anlage gemacht hatte.

Zwar ist nicht bekannt, ob zwischen der Klägerin und der Firma SWH ein fester Lieferzeitpunkt für die Anwendersoftware vereinbart worden ist, den ... schriftlich ist jener Vertrag nicht geschlossen worden. Es fand jedoch am 23. 3. 1984 ein Gespräch zwischen der Klägerin und der Firma SWH statt, an dem auch die Beklagte ... teilnahm, in dem auch die Frage des Lieferzeitpunktes zur Sprache kam.

Mit Schreiben vom 27. 3. 1984 bestätigte die Klägerin gegenüber der Firma SWH das Gespräch vom 23. 3. 1984 und setzte ihr für die Lieferung der Programme Fristen: für diejenigen, die für den betrieblichen Ablauf wichtig waren eine Frist bis zum 30. 4. 1984, für die weiteren Programme eine Frist bis zum 10. 6. 1984. Für den Fall der Nichteinhaltung dieser Fristen kündigte die Klägerin den Rücktritt an.

Von diesem Schreiben unterrichtete die Klägerin mit weiterem Schreiben vom gleichen Tage die Beklagte. Ihr gegenüber kündigte sie für den Fall, daß die Firma SWH die ihr gesetzten Fristen nicht einhalte,

an, sie werde gemäß Ziff. 12.1 des Vertrages vom 19. 10. / 4. 11. 1983 die Abnahme der Hardware sowie der Software verweigern und vom Vertrag zurücktreten.

Diesem Schreiben vom 27. 3. 1984 widersprach weder die Beklagte noch die Firma SWH.

Die Firma SWH konnte ihre Leistung jedoch nicht fristgemäß erbringen. Trotz ihrer Ankündigung, vom Verträge zurückzutreten, gewährte ihr die Klägerin jedoch Fristverlängerung. Mit Schreiben vom 25. 4. 1984 setzte sie ihr eine Nachfrist bis zum 15. 5. 1984 und mit Schreiben vom 17. 5. 1984 eine solche bis zum 31. 5. 1984. Beiden Schreiben fügte sie die Klausel an, das Schreiben vom 27. 3. 1984 behalte inhaltlich seine Gültigkeit bzw. gelte weiter. Von beiden Fristverlängerungen informierte die Klägerin auch die Beklagte.

Da die Voraussetzungen für die Zahlung des Lieferpreises aus dem Verträge vom 19. 10. / 4. 11. 1983 nicht erfüllt waren, die Beklagte aber dringend finanzielle Mittel benötigte, um die Anlage bei der Firma (Lieferantin) zu bezahlen, gewährte ihr die Klägerin am 22. 6. 1984 ein Darlehen über 500 000,00 DM. Es wurde ein schriftlicher Darlehensvertrag gefaßt ...

Die Softwarefirma SWH, die ihre Leistungen noch immer nicht vollständig erbringen konnte, wandte sich mit Schreiben vom 25. 6. 1984 erneut an die Klägerin, nahm Bezug auf das ‚am vergangenen Freitag‘ (= 22. 6. 1984) geführte Gespräch, wies auf einige notwendige Änderungen bei der Gestaltung von Programmen hin und bat um eine erneute Verschiebung des Termins für die abnahmereife Installation der Anwendersoftware. Sie wies in diesem Schreiben darauf hin, daß die Standardprogramme zur Personalverwaltung und zur Finanzbuchhaltung seit dem 22. 6. 1984 funktionsfähig installiert seien und genützt würden.

Auf dieses Schreiben hin gab die Klägerin keine schriftliche Erklärung mehr ab. Gleichmaßen verfuhr sie mit dem weiteren Schreiben der Firma SWH vom 27. 6. 1984, in welchem unter Bezugnahme auf ein Telefonat vom 26. 6. 1984 weitere Ergänzungswünsche der Klägerin bestätigt wurden, und mit dem Schreiben der Firma SWH vom 9. 8. 1984. In diesem wurde unter Bezugnahme auf ein am Vortag geführtes Gespräch darauf hingewiesen, daß die Programme für die Lagerverwaltung und die Kostenstellenverteilung in der Lohnbuchhaltung doch mehr Zeit erforderten.

Am 15. 8. und 17. 8. 1984 kam es zu Gesprächen, an welchen Vertreter der Parteien und — zum Teil — der Firma SWH teilnahmen. Dabei wurde über die Möglichkeit einer weiteren Fristverlängerung für die Softwarefertigstellung verhandelt. Über das erzielte Ergebnis streiten die Parteien.

Nachdem der Zeuge K., ein Mitarbeiter der Klägerin, gegenüber der Firma SWH am 21. 8. 1984 telefonisch erklärt hatte, die Klägerin werde vom Vertrag zurücktreten, schrieb die Firma SWH der Klägerin am gleichen Tage, sie werde ihre Arbeiten solange einstellen, bis eine endgültige Entscheidung (über den Rücktritt) vorliege. ...“

Die Klägerin erklärte am 28. bzw. 29. 8. 1984 gegenüber der Beklagten und der Fa. SWH den Rücktritt vom Vertrag.

„... Die Klägerin hat (Klage) wegen ihrer Darlehensrückzahlungsforderung erhoben. ...

... Der 15. 8. 1984 sei schließlich als letzter Termin für die Fertigstellung der Anwendersoftware vereinbart worden. Auch dieser Termin habe unter dem Vorbehalt der Schreiben vom 27. 3. und 4. 5. 1984 gestanden, worin ausdrücklich auf die Ankündigung des Rücktritts hingewiesen worden sei. Es sei völlig klar gewesen, daß der Vertrag rückabgewickelt würde, wenn die Anlage bis zum 15. 8. 1984 nicht funktionierte. Sie habe ausdrücklich darauf hingewiesen, daß dies die letzte Nachfrist sei.

Am 15. 8. 1984 sei die Anlage jedoch weit davon entfernt gewesen zu laufen. Die Beklagte habe auf die Bewilligung einer weiteren Nachfrist gedrängt, hierzu sei sie, die Klägerin, jedoch nur gegen die Hereingabe von Sicherheitswechsellern in Höhe von 30 000,00 DM bereit gewesen. Sie habe eine Sicherheit in dieser Höhe benötigt, da sie den Betrag von 30 000,00 DM vorab bereits an die Firma SWH gezahlt habe. ...

Da die Firma SWH nicht bereit gewesen sei, diese Sicherheit zu stellen, habe sie den Rücktritt erklärt.

Unabhängig von der somit wirksam erfolgten Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei sie auch deshalb zum Rücktritt berechtigt gewesen, weil sie kein Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Softwarefirma SWH gehabt habe. Die Anlage sei zum Schluß noch in keiner Weise einsatzfähig gewesen, denn das Kundendienstprogramm sei unvollständig gewesen, daß Neuwagenprogramm und das Gebrauchtwagenprogramm sei vollkommen neu zu erstellen gewesen, die KERMeldung sei unvollständig gewesen und eine Ersatzteilmeldung stehe nicht zur Verfügung. ...

Die Beklagte hat folgendes ausgeführt: Die Klägerin könne sich nicht auf Ziffer 12.1 des Vertrages berufen. Die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vertragsbestimmung seien nämlich nicht gegeben, da eine Feinanalyse unstreitig nicht abgezeichnet worden sei. Da die Klägerin auf die Abzeichnung einer Feinanalyse verzichtet habe, habe sie den Hardwarelieferanten, also die Beklagte, aus der Haftung für die Anwendersoftware entlassen. Die Feinanalyse sei zur Festlegung des Umfangs der vom Softwarehersteller geschuldeten Leistungen unerlässlich, da andernfalls Streitigkeiten, Mißverständnisse und Terminverzögerungen vorprogrammiert würden. Die Abzeichnung einer Feinanalyse sei auch nicht aus Gründen unterblieben, die die Firma SWH zu vertreten habe. Die Firma SWH habe vielmehr von der Klägerin keine klaren Vorgaben erhalten. ...

Die Beklagte hat bestritten, daß die Klägerin berechtigt gewesen sei, vom Vertrag mit der Firma SWH zurückzutreten. Dies sei nämlich nur unter den Voraussetzungen des § 326 BGB möglich gewesen, und diese hätten nicht vorgelegen. An der erforderlichen Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung fehle es zumindest deshalb, weil die Klägerin durch den Abschluß des Darlehensvertrages vom 22. 6. 1984 zu erkennen gegeben habe, daß sie noch zur Entgegennahme der Lieferung der Firma SWH bereit sei. Nach dem 22. 6. 1984

sei es aber unstreitig nicht mehr zur Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung gekommen.

Die Beklagte hat weiter behauptet, die Klägerin habe sich bereits bei der Besprechung vom 15. 8. 1984, an der der Geschäftsführer der Klägerin, der Zeuge K 1, die Zeugen SWH 1 und SWH 2 von der Firma SWH und (die) Beklagte teilgenommen hätten, mit einer Verlängerung der Fertigstellungsfrist bis zum 15. 9. 1984 einverstanden erklärt, ohne daß von einer Sicherheitsleistung gesprochen worden sei. Diese Sicherheitsleistung sei erstmals bei der Besprechung vom 17. 8. 1984 gegenüber dem Zeugen SWH 1 angesprochen worden. Zwar habe die Firma SWH dem Wunsch der Klägerin entgegenkommen wollen, indem sie eine Bürgschaft des Geschäftsführers SWH 1 angeboten habe, die geforderten Sicherheitswechsel habe sie dagegen nicht ausstellen können.

Zu der Verzögerung bei der Fertigstellung der Anwendersoftware sei es im übrigen auch dadurch gekommen, daß die Klägerin die ihr von der Firma SWH für 100 000,00 DM angebotenen Leistungen reduziert hatte, so daß nur Kosten in Höhe von 50 000,00 DM entstanden wären, dann aber mit immer neuen Änderungs- und Ergänzungswünschen gekommen sei, wodurch sich der ursprünglich reduzierte Leistungsumfang wieder erweitert habe. Auf dieses Ansinnen habe sich die Firma SWH nur deshalb eingelassen, da sie sich weitere Absatzchancen für die entstehenden Programme im Bereich des Automobilhandels versprochen habe.

Im übrigen, so hat die Beklagte weiter behauptet, sei der weitaus größte Teil der von der Firma SWH zu liefernden Anwendersoftware fertiggestellt gewesen: Die Programme für die Finanzbuchhaltung und für Lohn und Gehalt seien bereits eingesetzt worden, das Programm für das Reparaturwesen sei von SWH am 15. 8. 1984 funktionsfähig geliefert worden, desgleichen das Programm für die Materialwirtschaft; für das neue Gebrauchtwagenprogramm sei eine Nachfrist bis zum 15. 9. 1984 vereinbart worden.

Die Fertigstellung der Programme hätten entgegen der Darstellung der Klägerin keineswegs 300 000,00 DM gekostet sondern erheblich weniger; diese Fertigstellung wäre auch durchaus innerhalb der Frist bis zum 15. 9. 1984 möglich gewesen.

Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

„Der Darlehensrückzahlungsanspruch der Klägerin ist nämlich durch die Aufrechnung der Beklagten mit dem Kaufpreisanspruch erloschen. ... und zwar mit Wirkung vom 29. 8. 1984. ...

Der Beklagten stand im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ein Anspruch auf Zahlung des Preises für die gelieferte Hardware, Betriebssoftware und Programmsprache zu; dieser Anspruch war bereits am 29. 8. 1984 fällig geworden.

Er ergibt sich aus dem zwischen den Parteien am 19. 10. / 4. 11. 1983 schriftlich abgeschlossenen Lieferver-

trag. ... Die von der Beklagten nach dem Vertrag vom 19. 10. / 4. 11. 1983 geschuldeten Leistungen sind auch erbracht worden. ...

Eine weitergehende Leistungspflicht der Beklagten bestand ... nicht. ...

In dem Vertrag ist in Ziffer 12.1 nicht etwa eine eigene Verpflichtung der Beklagten hinsichtlich der Anwendersoftwarelieferung begründet worden, sondern es ist eine Koppelung mit den Verpflichtungen der Lieferantin der Anwendersoftware nur insoweit hergestellt worden, als die Klägerin das Recht haben sollte, die in Ziffer 11.1 in Verbindung mit Ziffer 6.2 für die Fälligkeit erforderliche förmliche Abnahmeerklärung solange zu verweigern, bis die Lieferantin der Anwendersoftware ihre Verpflichtungen erfüllt hatte.

Der Anspruch der Beklagten aus dem Lieferungsvertrag vom 19. 10. / 4. 11. 1983 ist auch nicht dadurch berührt worden, daß die Klägerin ihr gegenüber mit Schreiben vom 28. 8. 1984 erklärt hat, sie trete von dem Vertrag zurück.

Dabei ist bereits fraglich, woraus sich ein Recht der Klägerin zum Rücktritt von dem Vertrage vom 19. 10. / 4. 11. 1983 überhaupt ergeben soll. Ein solches ist nämlich weder vertraglich vereinbart, noch kann es aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Leistungsstörungen, also auch nicht aus § 326 BGB, unmittelbar hergeleitet werden. Die Beklagte hatte, das ist bereits ausgeführt worden, ihre Leistungspflicht aus dem Vertrage uneingeschränkt erfüllt und eine Leistungspflicht im Hinblick auf die Anwendersoftware traf sie nicht.

Andererseits liegt auf der Hand, daß der Klägerin aufgrund der von der Beklagten erklärten Obligo-Übernahme von irgendeinem Zeitpunkt an zumindest aufgrund von § 242 BGB das Recht zustehen mußte, das Vertragsverhältnis mit der Beklagten aufzulösen, wenn feststand, daß die Anwendersoftware innerhalb eines zumutbaren Zeitraumes nicht mehr würde erstellt und lauffähig geliefert werden können.

Die Frage, ob dieser Zeitpunkt erreicht gewesen wäre, wenn die Klägerin unter den Voraussetzungen des § 326 BGB wirksam von dem Vertrag zurückgetreten wäre, den sie über die Lieferung der Anwendersoftware mit der Firma SWH geschlossen hatte, oder ob der Versuch hätte unternommen werden müssen, ein anderes Softwareunternehmen einzuschalten, braucht nicht entschieden zu werden. Denn die Klägerin war am 29. 8. 1984, als sie durch Schreiben ihres Rechtsanwaltes der Firma SWH gegenüber den Rücktritt von dem Anwendersoftwarevertrag erklärte, dazu nach § 326 BGB nicht berechtigt, weil die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht vorlagen. Eine vom Verschulden der Firma SWH unabhängige Möglichkeit der Lösung des Softwarevertrages (z. B. nach § 6949 BGB) konnte aber nach Auffassung des Senats ein Recht der Klägerin zur Beendigung des mit der Beklagten geschlossenen Vertrages über die Hardwarelieferung nicht begründen.

Auf die Vorschrift des § 326 BGB konnte sich die Klägerin deshalb nicht stützen, als sie am 29. 8. 1984 gegenüber der Firma SWH den ‚Rücktritt‘ vom Ver-

trage erklärte, weil es unabhängig von anderen Voraussetzungen jedenfalls an einer zu diesem Zeitpunkt noch wirksamen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung fehlte.

Dabei ist es im Grunde schon schwierig, den Zeitpunkt der Fälligkeit der von der Firma SWH zu erbringenden Leistungen und damit den frühest möglichen Zeitpunkt des Eintritts des Verzuges, der grundlegenden Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 326 BGB, genau festzulegen. Denn eine eindeutige Vertragsabsprache über den Lieferzeitpunkt ist nicht festzustellen, nachdem die Klägerin sich entschlossen hatte, von einem schriftlichen Vertragsschluß abzusehen, obwohl die Firma SWH ihr unter dem 8. 9. 1983 ein schriftliches Angebot unterbreitet hatte. Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß der von der Firma SWH übernommene Leistungsumfang sich nach dem formlosen Abschluß des Anwendersoftwarevertrages verändert hat. Hiervon ist jedenfalls nach der Aussage des Zeugen SWH 2 auszugehen, an der zu zweifeln keine Veranlassung besteht.

Auch der Umstand, daß Teile der von der Firma SWH zu erbringenden Leistungen (Einbau der sog. KER-Meldung und der Ersatzteilmeldung in die entsprechenden Programme) wegen der von der Klägerin zu nennenden, aber noch nicht ausreichend beschriebenen Datenformate nicht fertiggestellt werden konnten, schließt eigentlich die Fälligkeit der Leistung der Firma SWH und damit den Eintritt des Verzuges insoweit aus.

Aber auch die mit dem Zeitpunkt des Eintritts des Verzuges zusammenhängenden Fragen können unentschieden bleiben.

Es kann nämlich unterstellt werden, daß die Fristsetzung mit Schreiben der Klägerin vom 27. 3. 1984 auf den 30. 4. 1984, gegen die sich die Firma SWH nicht gewandt hat, zur Vereinbarung des Leistungszeitpunktes ‚30. 4. 1984‘ geführt hat, so daß sich die Fristsetzung bis zum 15. 5. 1984 (Schreiben der Klägerin an die Firma SWH vom 25. 4. 1984) als — erste — Fristsetzung und bis zum 31. 5. 1984 (Schreiben der Klägerin an die Firma SWH vom 17. 5. 1984) als Nachfristsetzung darstellt. Beide Fristsetzungen waren auch von einer Ablehnungsandrohung begleitet, denn in beiden genannten Schreiben war auf das frühere Schreiben vom 27. 3. 1984 und damit unmißverständlich auf die darin erklärten Rücktrittsandrohung Bezug genommen worden.

Es spricht alles dafür, daß nach fruchtlosem Ablauf der bis zum 31. 5. 1984 verlängerten Frist die Voraussetzungen für die Ausübung der Rechte aus § 326 BGB gegeben waren.

Diese der Klägerin günstige Rechtslage ist nach der Auffassung des Senats aber nach dem 31. 5. 1984 wieder verloren gegangen.

Denn unstreitig ist die Klägerin entgegen ihrer Androhung nach dem 31. 5. 1984 nicht nur nicht von dem Vertrage zurückgetreten, sondern sie hat durch ihr weiteres Verhalten zu erkennen gegeben, daß sie ihre Androhung auf absehbare Zeit hin nicht verwirklichen will. In diesem Zusammenhang kommt der Dar-

lebensgewährung vom 22. 6. 1984 besondere Bedeutung zu, denn durch sie hat die Klägerin gerade nicht das Fortbestehen ihrer Rücktrittsabsicht, sondern eher das Gegenteil dokumentiert, nämlich die Absicht, weiterhin am Vertrag festhalten zu wollen.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß schließlich eine weitere Frist für die Fertigstellung der Anwendersoftware bis zum 15. 8. 1984 gesetzt (oder abgesprochen) worden ist, aus deren Nichteinhaltung heraus sich die Klägerin schließlich zum Rücktritt vom Verträge entschloß.

Streitig und nicht bewiesen ist indessen, ob für den Fall der Versäumung dieser Frist wiederum eine Ablehnungsandrohung ausgesprochen worden ist. Diese erneute Ablehnungsandrohung war aber aus den oben gargelegten Gründen erforderlich.

Nur der Zeuge K 1 hat bei seiner Vernehmung bekundet, der Geschäftsführer der Klägerin habe dem Geschäftsführer der Beklagten am Tage der Darlehensunterzeichnung ausdrücklich gesagt, daß der Vertrag über den Kauf rückabgewickelt werde, falls die Anlage nicht bis zum 15. 8. 1984 laufe.

Soweit es sich dabei um eine Ablehnungsandrohung gegenüber der Beklagten handelte, konnte sie rechtlich keine Bedeutung haben, da die Anwendung von § 326 BGB auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aus den oben ausgeführten Gründen nicht in Betracht kam.

Soweit sich die Ablehnungsandrohung aber auf den zwischen der Klägerin und der Firma SWH geschlossenen Vertrag bezog, wurde sie dem falschen Adressaten gegenüber abgegeben. Denn nach den Aussagen, die sie als Zeugen gemacht haben, hat weder der Zeuge SWH 2 noch der Zeuge SWH 1 als Geschäftsführer der Firma SWH an den Darlehensverhandlungen vom 22. 6. 1984 teilgenommen. SWH 1 hat lediglich bekundet, er habe auf die an ihn gerichtete Frage nach einem realistischen Zeitpunkt für die Fertigstellung der Arbeiten am 22. 6. 1984 die Mitte des Monats August genannt, hierauf sei aber weder zustimmend noch ablehnend reagiert worden.

Ein Recht zum Rücktritt von dem Anwendersoftwarevertrag mit der Firma WSH hat der Klägerin am 29. 8. 1984 auch nicht deshalb zugestanden, weil — wie die Klägerin behauptet — schon zu diesem Zeitpunkt feststand, daß die Anwendersoftware in angemessener Zeit nicht werde fertiggestellt werden können.

Zwar hat der Zeuge SWH 1, bezogen auf den Zeitpunkt des Rücktritts den Aufwand für die Fertigstellung der Arbeiten mit noch 200 bis 300 Mannstunden à 100,00 DM (= 20 000 DM bis 30 000 DM) beziffert. Geht man aber davon aus, daß das von der Firma SWH nach Ziffer 4.2 des Angebotes vom 8. 9. 1983 vorgesehene Projektteam fünf Personen umfassen sollte, so hätte durchaus eine Fertigstellung des Programmes in einem der Klägerin noch zumutbaren Zeitraum erfolgen können.

Ob es nach dem 15. 8. 1984 zu einer erneuten Fristsetzung bis zum 14. oder 15. 9. 1984 gekommen ist, hat für die Entscheidung keine Bedeutung mehr, auch wenn dafür mehrere Gesichtspunkte sprechen.

Immerhin hat der Geschäftsführer der Klägerin im Beweisaufnahmetermin vom 17. 12. 1986 einen Terminplan vom 8. 8. 1984 als von (Geschäftsführer der Klägerin) herrührend anerkannt, in dem schon deutlich über den 15. 8. 1984 hinausreichende Fertigstellungszeitpunkte (31. 8. 1984, 14. 9. 1984) genannt sind. Auch hat der Zeuge K 1 eine Fristverlängerung bis zum 15. 9. 1984 nicht grundsätzlich in Abrede gestellt, auch wenn nach seiner Darstellung diese Fristverlängerung von einer Gegenleistung abhängig sein sollte. Aber darauf kommt es im einzelnen nicht mehr an.

Der Senat ist sich durchaus der Tatsache bewußt, daß er an die Voraussetzungen des Rücktritts nach § 326 BGB — durchaus in Übereinstimmung mit der höchstichterlichen Rechtsprechung — gerade auch im vorliegenden Fall besonders strenge Anforderungen stellt. Dies erscheint aber deshalb in hohem Maße geboten, weil die zwischen den Parteien des Anwendersoftwarevertrages bestehenden Absprachen nicht präzise fixiert worden sind, weil auch eine Feinanalyse zur Bestimmung der von der Firma SWH zu erbringenden Leistungen nicht angefertigt worden ist und weil der Leistungsumfang sich im Laufe der Zeit aufgrund der zutage getretenen Wünsche der Klägerin geändert hat, während die Firma SWH schon dabei war, die Programme auszuarbeiten. In dieser verschwommenen Situation hätte die Klägerin sich aber veranlaßt sehen müssen, vor der Erklärung des Rücktritts vom Verträge für eine exakte Beschreibung der noch ausstehenden Leistungen zu sorgen und sodann in nachvollziehbarer Weise die einzelnen Schritte vorzunehmen, mit denen die Voraussetzungen für die sich aus § 326 BGB ergebenden Rechte geschaffen werden. Das ist nicht geschehen.

Mit der unberechtigten Rücktrittserklärung der Klägerin ist aber der Anspruch der Beklagten auf Abnahme und auf Bezahlung der bereits ordnungsgemäß gelieferten Hardware, Betriebssoftware und Programmsprache fällig geworden. Denn eine den vertraglichen Vereinbarungen entsprechende förmliche Abnahme der Anwendersoftware als Voraussetzung für die Fälligkeit der Hardwarevergütung kam von diesem Zeitpunkt an nicht mehr in Betracht.“

### Anmerkung

(1) Der Prozeß zeigt die ganze Spannweite dessen, was derzeit von deutschen Gerichten erwartet werden darf: Das LG Darmstadt hatte die mündliche Verhandlung auf das Verlesen der Anträge und die Urteilsbegründung auf eine Seite beschränkt (IuR 1986, 462). Es wollte die Sache anscheinend schnell vom Tisch bekommen.

Das OLG handhabte die komplizierte Materie souverän: Es ließ die Klage nicht nur einmal sterben, sondern in einer Kaskade von Erwägungen mehrfach, bis sie wirklich mausetot war.

(2) Die Ausführungen zur Koppelung von Hardware und Software bestätigten meine Theorie, daß es zwei Stufen der Verknüpfung gibt (Zahrnt, DV-Ver-

träge Rechtsfragen und Rechtsprechung, Holbergmoos 1987, S. 119 ff):

- Gesamtrechtsgeschäft
- gegenseitige Geschäftsgrundlage.

Das OLG spricht zwar nicht von Gesamtrechtsgeschäft kommt aber zu denselben Ergebnissen.

Das OLG hat zu Recht nicht erklärt „Wenn Vertragslösung gemäß § 326 BGB gegenüber dem Softwarelieferanten, dann gemäß § 242 BGB (oder § 139 BGB) auch gegenüber dem Lieferanten der Anlage.“ Denn es kann ja Gründe geben, die trotzdem die Lösung ausschließen. Es reichte aus festzustellen, daß die Voraussetzungen des § 326 BGB nicht erfüllt waren.

Hier wäre auf jeden Fall als solch ein Grund zu prüfen gewesen, ob der Lieferant sich auf die Vereinba-

rung hätte berufen können, einen anderen Softwarelieferanten einzuschalten. Es fragt sich, ob — wegen § 242 BGB — nicht sogar stets zu fragen ist, ob der Lieferant sich darauf berufen kann.

(3) Dem Gericht ist zuzustimmen, daß dann, wenn beide (!) Seiten zu einer Situation beigetragen haben, in der die geschuldete Leistung und die geschuldeten Termine unklar sind, strenge Anforderungen daran zu stellen sind, wenn eine Seite sich auf Leistungsstörungen der anderen Seite beruft.

(4) Dem Gericht ist insb. zuzustimmen, daß die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht gegenüber dem Softwarelieferanten wirkte. Denn selbst bei Gesamtschuldnerschaft wäre das gemäß § 425 BGB nicht der Fall. ch. z.

## Word Perfect 4.1 — Nobody is Perfect

Thomas Nöcker\*, Jörg-Martin Schultze\*\*

- A. Einsatz von WP 4.1 an einem juristischen Institut
  - I. Die Ausstattung des Instituts mit Hardware
  - II. Der praktische Einsatz von WP 4.1
  - III. Bedienungsfreundlichkeit = Akzeptanz des Programms
- B. Fehler und Unzulänglichkeiten von WP 4.1
  - I. Programmfehler
    - 1. Spaltenmodus
    - 2. Kombination Fußnote/Seitenende/Absatzschutz
    - 3. Funktionsaufrufe bei Benutzung beider Bildschirme
    - 4. Linienziehen über den rechten Rand hinaus
  - II. Unzulänglichkeiten von WP 4.1
    - 1. Allgemeine Funktionen
      - a) Sicherungsdateien
      - b) Trennsystem
      - c) Seitennummerierung
      - d) §-Zeichen
      - e) Schriftarten
    - 2. Besondere Funktionen
      - a) Sortieren
        - aa) Verknüpftes Sortieren
        - bb) Erhalt des Sortierschlüssels
        - cc) Sortieren im Spaltenmodus
      - b) Fußnoten
        - aa) „Relativer“ Fußnoten-Bezug
        - bb) Keine Verbindung von Text und Fußnoten
        - cc) Verweis auf dieselbe Fußnote
      - c. Spaltenmodus
      - d) Automatisches Erstellen des Inhaltsverzeichnisses
      - e) DOS-Aufruf
      - f) Lexikon
  - III. Nützliche Funktionen
    - 1. Löschspeicher
    - 2. Zweiter Bildschirm
    - 3. Dateischutz
    - 4. Linien

### A. Einsatz von WP 4.1 an einem juristischen Institut

#### I. Die Ausstattung des Instituts mit Hardware

Das Institut ist — jedenfalls für ein juristisches Institut — hervorragend mit technischem Gerät ausgestattet. An zwei Lehrstühlen sind zur Zeit zwei IBM AT 02, drei Commodore PC 101, zwei Tandy DWP II-Typenraddrucker und drei Nec P 2-Matrixdrucker vorhanden<sup>2</sup>. Der Einsatz dieser Geräte beschränkt sich im wesentlichen auf die Textverarbeitung, so daß WP 4.1 „rund um die Uhr“ zum Einsatz kommt.

\* Wiss. Mitarbeiter, z. Zt. Université Laval, Québec, Kanada

\*\* Wiss. Mitarbeiter am Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

<sup>1</sup> Zwei mit 256 KB Arbeitsspeicher, einer mit 640 KB. Trotz gleichen Prozessors läuft WP 4.1 auf dem 640 KB-Gerät bedeutend schneller, da nicht so viele Diskettenzugriffe notwendig sind. Optimal ist sicherlich eine Festplatte, aber auch auf Computern mit zwei Diskettenlaufwerken läßt sich WP 4.1 effektiv nutzen, da das komplette Programm nur eine 360 KB-Diskette benötigt. Insoweit möchten wir Scheidt IuR 1987, S. 196 widersprechen.

<sup>2</sup> Das z. Zt. auf dem Markt befindliche Nachfolgemodell Nec P 6 bietet noch mehr Schriftmöglichkeiten: vor allem können alle 8 in WP 4.1 definierbaren Schriften ohne weiteres mit 10, 12 oder 15 Zeichen/Zoll gedruckt werden.