

Koppelung von Hardware und Software*

Dipl.-Volkswirt Dr. jur. Christoph Zahrnt, Rechtsanwalt (Neckargemünd)

(1) *Problemstellung:* Der Anwender kann die Teile eines DV-Systems relativ unabhängig voneinander beschaffen, er kann Anwendungsprogramme auch selbst erstellen. Der Anwender kann aber alle von ihm benötigten Leistungen auch in einem sehr engen Zusammenhang beschaffen. Das ist der Regelfall bei Black-Box-Anwendern**. In der Regel bilden die einzelnen Teile eines Bürocomputersystems ein ziemlich geschlossenes Ganzes (auch wenn das System u.U. später noch ausgebaut werden soll), wobei man nur in einem Teil aller Fälle von einer höheren Einheit sprechen kann, bei der die einzelnen Teile hinter dem Ganzen zurücktreten (Beispiel: Schachcomputer). Dabei wird die Anlage (in ihrer dienenden Funktion) hinsichtlich ihrer Kapazität daran ausgerichtet, was die Anwendungsprogramme an Verarbeitungskapazität benötigen, um das Aufgabenprofil des Anwenders abzudecken.

(2) Es sind bisher folgende *Konstellationen in der Rechtsprechung* behandelt worden:

- Ein Lieferant liefert alles, und zwar
 - in einem Vertragsdokument
 - in getrennten Vertragsdokumenten für Hardware und Software.
- Zwei Lieferanten treten auf:
 - Ein Lieferant liefert die Anlage, der andere die Anwendungsprogramme.
 - Ein Lieferant liefert zwar alles, für die Beschaffung der Anlage wird eine Leasinggesellschaft eingeschaltet, ggf. eine weitere für die Beschaffung der Anwendungsprogramme.

Bei fast allen Prozessen ging es darum, daß die Anwendungsprogramme nicht (rechtzeitig) das taten, was sie tun sollten, und daß der Anwender deswegen die Hardware ebenfalls zurückgeben wollte. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Anwender mit der Hardware noch etwas anfangen konnte (durch Erwerb anderer Standardsoftware) oder nicht. In den bisher entschiedenen Fällen konnte der Anwender das nicht.

Ein Lieferant liefert alles

(1) *Rechtliche Beurteilung:* Es kommt entscheidend darauf an, wie eng Hardware und Software, genauer: Anlage und Anwendungsprogramme, insb. bei Bürocomputern zusammengehören. Die Rechtsprechung hat die Zusammengehörigkeit bisher weitestgehend angenommen, wenn Hardware und Software zusammen als Organisationsmittel eingesetzt werden sollen¹.

In einem Urteil aus dem Jahre 1984² führt der BGH für den Fall der Bestellung eines Bürocomputers aus, „daß es für die Feststellung des Beginns der Verjäh-

rungsfrist nicht genügt, auf die Ablieferung der Hardware abzustellen, weil zum Einsatz der Anlage auch die Programmierung der Computer gehört ...“.

Nur das OLG Frankfurt³ verneinte die Zusammengehörigkeit in einem Fall, in dem getrennte Formulare verwendet worden waren (siehe unter (3)): „Daß die Klägerin den Computer nicht ohne Programm und Programme nicht ohne Computer gebrauchen kann, sagt nichts darüber, daß sie nicht einzeln Gegenstand von Rechtsgeschäften sein können. Wieweit die Vereinbarung mehrere Geschäfte oder ein einheitliches Geschäft darstellen, hängt allein von der konkreten Vertragsgestaltung ab. Dem Senat ist aus einer Reihe von Prozessen, die den Erwerb von Datenverarbeitungsanlagen und Programmen zum Gegenstand hat, die Konstellation bekannt, daß die Hardware und die Anwendungssoftware entweder von verschiedenen Vertragspartnern geliefert werden oder selbst dann, wenn sie vom selben Vertragspartner geliefert wurden, beide Leistungen in verschiedenen Verträgen vereinbart wurden.“

Haben die Parteien mehrere Leistungen in einem Vertrag zusammengefaßt, liegt es nahe, daß diese Leistungen zusammengehören sollen. Der BGH⁴ hat dazu ausgeführt: „Bei Zusammenfassung der Teile in einer Urkunde wird die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts vermutet.“

(2) *Rechtliche Konsequenzen:* Die Leistungen sind bei Leistungsstörungen als Einheit zu betrachten. Der Anwender kann insbesondere vom Vertrag insgesamt zu-

* Es handelt sich um einen Beitrag, der in früher Fassung im *Betriebsberater* 1984, 1007 erschienen ist. Die seitdem bekannt gewordene Rechtsprechung veranlaßt den Autor zur Veröffentlichung einer überarbeiteten Fassung.

** Unter Black-Box-Anwendern werden solche Anwender verstanden, die sich nur mit der Benutzeroberfläche des Systems befassen, also Laien-Anwender.

¹ z. B. LG Siegen Urteil vom 21. Juni 1971 (2 O 167/69), abgedruckt in Zahrnt, DV-Rechtsprechung (zitiert im folgenden mit Band) Band 1 K/M-1; LG Tübingen Urteil vom 12. Dezember 1976 (2 O 130/75) Band 1 K/M-3; LG München I Urteil vom 12. August 1980 (12 O 5462/80), Band 1 K/M-8; LG Bielefeld, Urteil vom 16. Oktober 1985 (7 O 324/83), daß das Ergebnis sowohl mit § 469 BGB als auch alternativ mit § 470 BGB begründete: Hardware als Zubehör der Software! Weiterhin die Urteile, die sich mit der Verwendung getrennter Formulare befaßten (siehe unter (3)).

² Urteil vom 6. Uni 1984 (VIII ZR 83/83), Band 2 L-18; damit ist das Urteil vom 23. Februar 1977 (VIII ZR 312/75), Band 1 L-4 überholt, das relativ problemferne Argumente anführte, um eine unterschiedliche Behandlung von Hardware und Software hinsichtlich der Verjährungsfrist zu rechtfertigen.

³ Urteil vom 28. April 1981 (5 U 155/80), Band 1 K/M-9.

⁴ Urteil vom 30. April 1976 (V ZR 143/7), NJW 1976, 1931, 1932 = MDR 1977, 127.

rücktreten⁵, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat (§ 325 I.2 BGB), bzw. in den Worten von § 469 BGB ausgedrückt: wenn das mangelhafte Programm nicht ohne Nachteil von der funktionierenden Hardware getrennt werden kann. Das OLG Frankfurt⁶ erlaubte dem Anwender vom Vertrag insgesamt zurückzutreten, weil 5% der Programmteile fehlten und das DV-System deswegen nicht wie vorgesehen einsetzbar war, das LG Mannheim, weil die Bedienungsanweisung zu einem sehr wichtigen Programm fehlte⁷.

Handelt es sich um einen gemischten Vertrag (Kauf- und Werkvertrag) geht die Rechtsprechung zwar davon aus, jeden Teil nach seinem Recht zu behandeln (gemischtes Vertragsverhältnis). Dies wird punktuell durchbrochen, daß ein einheitlicher Beginn der Verjährungsfrist für Sachmängel angenommen wird⁸. Der BGH⁹ hat das damit begründet, daß „zum Einsatz der Anlage auch die Programmierung ... gehört.“ In diesem Fall hatte der Lieferant versucht, Hardware und Software nachzubessern (um den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch zu erreichen).

Diese Rechtsprechung ist zu begrüßen: Der Anwender kann Mängel der Hardware in funktionaler und kapazitätsmäßiger Hinsicht in der Regel frühestens mit der Abnahme der Gesamtleistung entdecken. Außerdem besteht sehr häufig eine erhebliche Wechselwirkung zwischen den Anwendungsprogrammen und der Anlage: Z. B. kann je nach Art der Programmierung die Kapazität der Anlage — unter Inkaufnahme schlechter Antwortzeiten — gerade noch ausreichen, während bei einer Programmierung, die einen hohen Komfort für den unmittelbaren Benutzer vorsieht, die Kapazität nicht ausreicht. Auch können sich organisatorische Maßnahmen des Anwenders auf die Kapazität außerordentlich stark auswirken.

(3) *Verwendung getrennter Formulare:* Viele Lieferanten arbeiten mit getrennten Formularen für Hardware und Software. Das darf nicht damit gleichgesetzt werden, daß ein Lieferant zwar getrennte Formulare und AGB verwendet, dann aber alle Bestandteile in einem Deckblatt zusammenfaßt und somit einen einheitlichen Vertrag definiert.

Die Gründe für die Trennung sind m. E. im wesentlichen folgende:

- Bei vielen Lieferanten sind unterschiedliche Stellen (Profit Centers) für die Vertragsabwicklung zuständig, so daß getrennte Formulare die Abwicklung erleichtern.
- Die Lieferanten hielten historisch getrennte Verträge für Hardware und Software für ein dazu geeignetes Mittel, die gesonderte Vergütung für die Software durchzusetzen, die bis dahin ohne Vergütung geliefert worden war.
- Nach Ansicht vieler Lieferanten handelt es sich Dank der Aufspaltung um „zwei völlig getrennte Verträge mit selbständigem rechtlichen Schicksal¹⁰“: Der Anwender soll die Anlage behalten, auch wenn er mit ihr mangels Software nichts anfangen kann. Da Schadensersatzansprüche — soweit sie bei Kauf überhaupt existieren — in der

Regel in den AGB des Lieferanten wirksam abbedungen werden, kann der Anwender in der Regel nicht aus dem gestörten (Teil)Vertrag heraus die Belastung mit dem ungestörten (Teil)Vertrag als Schaden geltend machen¹¹.

Hierzu gibt es eine nahezu einheitliche Rechtsprechung: Die Aufteilung auf zwei Dokumente wird für unerheblich gehalten¹². Besonders klar hat das das LG München I¹³ ausgeführt.

Die Analyse des Parteiwillens kann auch zu dem Ergebnis führen, daß getrennte Verträge vorliegen. Das OLG Köln¹⁴ und das OLG Frankfurt⁶ gingen dabei in Anknüpfung an die Rechtsprechung des RG¹⁵ davon

⁵ so die in Fn 1 zitierten Urteile; KG Berlin, Urteil vom 17. Dezember 1981 (19 U 4221/78), Band 2 K-32: Auch bei getrennten Formularen. OLG Hamm, Urteil vom 21. April 1983 (2 U 185/82), Band 2 Ü-8.

So auch BGH (20. Mai 1966), MDR 1966, 749, in bezug auf individuell formulierte Verträge: „Dabei ist klarzustellen, daß, wenn bei einem einheitlichen Geschäft die Wandlung hinsichtlich der Werkleistung mangels Verjährung zulässig ist, die Wandlung auch die Kaufsache erfaßt, auch wenn keine kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche mehr bestehen; es muß allerdings das Interesse insgesamt entfallen sein (RGZ 67, 101).“ Siehe auch BGH, Urteil vom 30. April 1976 (Fn 17).

Ein Minus dazu liegt vor, wenn sich die Koppelung von Verträgen nur auf den Vertragsschluß bezieht, siehe Fn 19.

⁶ Urteil vom 14. Juli 1981 (5 U 161/78), Band 1 K/M-14.

⁷ Urteil vom 8. Oktober 1984 (24-O-62/83), Band 2 L-19.

⁸ LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 30. November 1984 (2 HKO 1497/82). LG Siegen (Fn 1) nahm sogar einheitlich Werkvertragsrecht an. Anders noch KG Berlin (Fn 5), das für die (mangelhafte) Hardware deren Verjährungsfrist schon von deren Lieferung an laufen ließ, und BGH, Urteil vom 23. Februar 1977 (Fn 2).

⁹ siehe Fn 2. Für einheitlichen Verjährungsbeginn auch OLG Koblenz, Urteil vom 1. Februar 1985 (2 U 212/83), Band 2 L-20, in einem Falle, in dem es um die Verletzung von Beratungspflichten ging.

¹⁰ Beispielfhaft LG München I (Fn 1), das die Verwendung getrennter Formulare für überraschend und damit gemäß § 3 AGB-Gesetz für unwirksam hielt.

§ 3 AGB-Gesetz dürfte ein schlechter Ansatzpunkt sein, weil diese „mißbräuchliche Vertragsgestaltung“ nicht über- raschend ist. Da das Gericht im wesentlichen auf die Rechts- mißbräuchlichkeit abstellt, dürfte es richtiger sein, das Ergebnis über § 9 AGB-Gesetz zu begründen.

¹¹ Das war allerdings möglich im Falle des OLG Hamm (Fn 5), weil das OLG die Lieferung von Programmen nicht als Kauf-, sondern als Werkvertrag eingestuft hatte und weil der Lieferant ausnahmsweise nicht mit Haftungsausschlußklauseln gearbeitet hatte.

¹² So LG München I (Fn 10); andere Gerichte haben den Ein- heitlichkeitswillen der Parteien als so selbstverständlich ange- nommen, daß sie dazu schon gar nichts mehr ausgeführt ha- ben:

— KG Berlin, Urteil vom 3. Mai 1977 (18 U 28/77), Band 2 RZ-11.

— LG Oldenburg, Urteil vom 14. Januar 1981 (3 O 178/79), Band 1 K/M-10.

¹³ Urteil vom 23. Januar 1985 (8 HKO 11785/83); ähnlich LG Nürnberg-Fürth, (Fn 8), abgedruckt in diesem Heft.

¹⁴ Urteil vom 29. Januar 1981 (12 U 103/80), Band 1 K/M-11.

¹⁵ Ausführliche Darstellung der gesamten Rechtsprechung bei Zahmt, DV-Verträge, Rechtsprobleme — Einführung in die Vertragsgestaltung, München 1985, S. 101 ff.

aus, daß das „äußere Bild der getrennten Urkunden“ (OLG Köln) ein Indiz für getrennte Verträge sei. Das OLG Köln führte zum konkreten Fall aus, „daß das indizielle äußere Bild der getrennten Urkunden widerlegt sein dürfte, einerseits durch den Inhalt des Bestätigungsschreibens der Kläger, in dem das Vertragswerk an verschiedenen Stellen mit einem zusammenfassenden Begriff benannt ist (‘Vertragsabschluß’, ‘des Auftrags’, ‘Gesamtkonzeption’, ‘vertragliche Vereinbarung’) und andererseits durch die von beiden Parteien vorgenommene Verknüpfung der Einzelteile bei der Ermittlung eines für die Beklagte (Anwenderin) günstigen Preises“ (wobei das OLG Köln mangels Leistungsstörung nicht abschließend Stellung nehmen mußte). Im vorliegenden Fall waren Hard- und Software auch deutlich weniger als üblich miteinander verknüpft. Anders als sonst bei Bürocomputerbeschaffungen üblich, ging es also nicht darum, daß die Entscheidung für den Lieferanten wegen bestimmter Anwendungsprogramme fiel und die DV-Anlage als notwendige Basis mitbeschafft wurde. Wenn das OLG Köln also in diesem Fall auf die Formulierungen abstellt, heißt das nicht, daß das OLG Köln bei enger Zusammengehörigkeit von Hard- und Software das Indiz nicht schon wegen dieser Zusammengehörigkeit für entkräftet halten könnte.

Das OLG Frankfurt (6) hielt das Indiz für entkräftet, weil der Auftrag bezüglich der Hard- und der Software *einheitlich* bestätigt worden war und weil vereinbart worden war, daß die Anlage 3 Monate nach Installation der Hardware absolut betriebsfertig sein sollte. Unter Anlage verstand das OLG hier das System einschließlich der Anwendungsprogramme.

„Soweit sich die (Lieferantin) bezüglich der vereinbarten Abhängigkeit von Hard- und Software auf fehlende Schriftform beruft, vermag ihr der Senat nicht zu folgen. Vereinbarter Formzwang kann jederzeit formlos aufgehoben werden ...“

Die formelle Indiztheorie des RG läßt sich m. E. für die Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens nicht anwenden. Ausgangspunkt der vom RG entschiedenen Fälle waren Situationen, bei denen die Niederlegung aller Vereinbarungen in einem Dokument nahegelegen hätte (bzw. rechtlich sogar zwingend war), die Verwendung getrennter Urkunden also untypisch und damit Grundlage für ein Indiz war. Hier hingegen arbeitet eine Seite, nämlich der Lieferant, mit getrennten Vordrucken, die am ehesten auf organisatorische Belange der Vertragsabwicklung schließen lassen.

Die Urteile übersehen auch, daß der BGH¹⁶ den wirtschaftlichen Zusammenhang der Geschäfte als „maßgebendes Indiz für das Vorliegen des entscheidenden Parteiwillens zur Einheitlichkeit“ betont hat. Der BGH hat später¹⁷ ausgeführt, daß es ausreicht, wenn zwar nur ein Vertragspartner einen solchen Einheitlichkeitswillen hatte, dessen Willen aber „dem anderen erkennbar geworden sei und von ihm gebilligt oder zumindestens hingenommen werde.“

Indiz gegen den Willen des Lieferanten, die Aufspaltung auszudrücken, ist in der Praxis insb. die Zusam-

menfassung in einem (kaufmännischen) Angebot (Anschreiben, Angebotsmappe).

Zwei Lieferanten

(1) *Ausgangspunkt:* Nach der Rechtsprechung¹⁶ steht der Anwendbarkeit von § 139 BGB nicht entgegen, „daß nicht an allen den einzelnen im Zusammenhang stehenden Geschäften, aus denen sich das einheitliche Geschäft zusammensetzt, die Vertragsschließenden in gleicher Weise beteiligt sind.“

„Zur Annahme des für § 139 BGB maßgebenden Einheitlichkeitswillens ist es nicht nötig, daß zwischen den mehreren Geschäften ein rechtlicher Zusammenhang bereits durch rechtsgeschäftliche Bedingungen hergestellt wird; es genügt der unter Berücksichtigung der Interessen aller Vertragsschließenden und ihres erklärten Willens mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB) zu ermittelnde Einheitlichkeitswille der Beteiligten zur Zeit des Vertragsschlusses. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang genügt zwar für sich allein noch nicht, um die Einheitlichkeit ... zu begründen; er kann jedoch ein maßgebendes Indiz für das Vorliegen des entscheidenden Parteiwillens zur Einheitlichkeit sein“⁵.

Bei drei Parteien bezieht sich der BGH nur auf die materielle, nicht auch auf die formelle Indiztheorie. Die formelle paßt auch nicht, weil es — insb. bei Verwendung von Formularen — einfach nicht naheliegt, eine einzige Urkunde zu errichten.

(2) *Zwei echte Lieferanten:* D. h. einer liefert die Anlage, der andere Anwendungsprogramme. Hier ist bisher erst wenig Rechtsprechung bekannt geworden.

Im Fall des LG Augsburg¹⁸ klagte die Lieferantin der DV-Anlage den Kaufpreis ein. Die Käuferin hatte den Vertrag über die Lieferung von anzupassenden Standardprogrammen mit dem Softwarehaus einverständlich wegen Meinungsverschiedenheiten über die Höhe der Vergütung aufgehoben. Das LG Augsburg vertrat die Auffassung, daß der Kaufvertrag mit dem Vertrag über die Beschaffung der Software zusammenhängen, aber keine Einheit bilden würde. Denn die Beklagte wußte „ganz genau, daß die Klägerin selbst die Software im vorliegenden Fall nicht lieferte, und hat den entsprechenden Vertrag bewußt auch mit einer

¹⁶ Urteil vom 13. November 1954, BB 1955, 430 = Der Betrieb 1955, 508. Bei der Fallgestaltung des RG (Grundstücksgeschäfte) hat der BGH (Urteil vom 14. Juli 1961, NJW 1961, 1764) die Vermutung, daß die Parteien getrennte Dokumente gewollt hätten, durch den wirtschaftlichen Zusammenhang allerdings nicht als entkräftet angesehen. Eine zusammenfassende Darstellung findet sich im Urteil (Fn 4).

¹⁷ Urteil vom 19. März 1971 (V ZR 143/69), MDR 1971, 468 = DNotZ 71, 410 und vom 30. April 1976 (s. Fn 27). Aus der sonstigen Rechtsprechung des BGH sei auf das Urteil (V ZR 151/68), Der Betrieb, 1970, 341 hingewiesen.

¹⁸ Urteil vom 10. Dezember 1981 (1 HKO 1497/81), Band 1 K/M-17.

selbständigen, von der Klägerin unabhängigen Firma geschlossen. Sie kann deshalb nicht ohne weiteres bei Meinungsverschiedenheiten mit dieser dritten Firma“ den Kaufvertrag „in Frage stellen, wobei hier hinzukommt, daß ... kein Zweifel darüber besteht, daß die vorhandene Meinungsverschiedenheit durchaus eine Abwicklung des Vertrages ermöglicht hätte.“ Das Verhalten der Beklagten habe gezeigt, „daß die Beklagte an einer Bearbeitung der Software durch die Firma ... nicht interessiert war“ und sie deshalb auch die Durchführung dieses Vertrages durch ihr Verhalten verhinderte. „Es kann auch keine Rede vom Wegfall der Geschäftsgrundlage sein.“

Es sind also sehr wohl Konstellationen denkbar, in denen sich der Anwender auf den Fortfall des anderen Vertrages berufen kann. Das LG Augsburg sieht zwei Formen der Abhängigkeit:

- Die der dauernden Einheit (Gesamtrechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB).
- Die bei Vertragsschluß¹⁹ mit der Wirkung für die Zukunft, daß die beiden Verträge gegenseitig Geschäftsgrundlage sind.

Ob im Falle der gegenseitigen Geschäftsgrundlage der Kaufvertrag wegen Fortfall der Geschäftsgrundlage anzupassen ist, ist dann zu Recht auch davon abhängig, ob der Anwender ausreichend Grund hatte, vom Softwarevertrag Abstand zu nehmen. Haben die drei Parteien hingegen ein Gesamtgeschäft, bestehend aus zwei Teilverträgen, gewollt, so würde mit dem Fortfall des einen Teilvertrages gemäß § 139 BGB auch der andere Teilvertrag entfallen. Der Käufer/Anwender und das Softwarehaus (!) könnten sich dann gegenüber dem Verkäufer der Anlage schadensersatzpflichtig machen, wenn sie den Kaufvertrag über die Anlage grundlos hinfällig machen.

(3) *Leasing*: Da sich die Software oft nicht so einfach über Leasing beschaffen läßt, kommt insb. in Betracht, daß ein Lieferant Hardware und Software anbietet und daß die Hardware dann über einen Leasinggeber geliefert wird.

Erste Voraussetzung ist die Einheit von Hardware und Software, die durch die Einschaltung eines Leasinggebers nicht beeinträchtigt wird²⁰. Das bedeutet im Verhältnis zum Lieferanten, daß der Anwender diesem gegenüber einheitliche Leistung schuldet, nämlich hinsichtlich der Software aus eigenem Recht und hinsichtlich der Hardware aus abgetretenem Recht.

Das reicht aber für die Annahme eines Gesamtrechtsgeschäftes und damit zu Rechten gegenüber dem Leasinggeber nicht aus, weil der Leasinggeber seinen Vertrag mit dem Leasingnehmer möglichst nicht von dem Bestand des Kaufvertrages abhängig machen will: Wenn er schon nicht für Fehler der Leasinggabe (Hardware) haften will, will er erst recht nicht für die Ordnungsmäßigkeit der nicht einmal von ihm gelieferten Software haften²¹.

Ein Gesamtrechtsgeschäft ist aber möglich, wie das Urteil des OLG Frankfurt⁶ zeigt: Dort hatte der Lieferant die Verhandlungen für den Leasinggeber geführt. Es war ausdrücklich Koppelung von Hardware und

Software vereinbart worden. Dabei war offen, ob die Hardware über Leasing beschafft werden sollte; für den Fall des Leasings war aber vereinbart, daß dann dieser Leasinggeber eingeschaltet werden sollte. Werde in einem solchen Fall allein die Hardware über einen Leasingvertrag finanziert, so werde die Koppelung durch die Einschaltung des Leasinggebers nicht automatisch

¹⁹ Im Fall des BGH, Urteil vom 22. Mai 1970 (V ZR 203/68), DNotZ 70 540 ging es darum, daß die Beklagte von der Klägerin ein Baugrundstück gekauft und sich außerhalb der Urkunde verpflichtet hatte, in einen zwischen der Klägerin und einem Architekten geschlossenen Bauauftrag einzutreten. Der Beklagte hatte diesen Architekten-Vertrag wirksam angefochten. Die Klägerin klagte vergeblich den Kaufpreis ein: „Wenn auch, trotz Veranlassung, nicht eindeutig zum Ausdruck gebracht worden sei, führt das Berufungsgericht aus, daß der Betreuungs- und der Architekten-Vertrag mit zum Inhalt des Kaufvertrages gemacht werden sollte, so seien das Zustandekommen und die Wirksamkeit dieser Verträge doch zur Geschäftsgrundlage des Kaufvertrages geworden.“ Dafür sprächen erhebliche wirtschaftliche Gründe. „Daß der Beklagte vernünftigerweise den Kaufvertrag nur unter dieser Voraussetzung habe schließen können und wollen, habe der Kläger nach den gesamten Umständen nicht verborgen bleiben können.“ Hinsichtlich der weiteren Ausführungen des BGH ist zwischen dem Abschluß und dem rechtlichen Bestand der Verträge zu unterscheiden. „... hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, daß die Klägerin keinen rechtlichen Zusammenhang ... dergestalt habe herbeiführen wollen, daß die Verträge in ihren *rechtlichen Bestand* (Hervorhebung vom Verfasser) einander etwa hätten bedingen sollen. Bei einem solchen Vertragsinhalt bestünden allerdings Bedenken, den Abschluß solcher Verträge als Geschäftsgrundlage zu würdigen. Das Berufungsgericht hat vielmehr in diesem Punkt keinen bestimmten negativen oder positiven Inhalt des Vertrages feststellen können, weshalb es möglich ist, das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Betreuungsvertrages als Geschäftsgrundlage in Betracht zu ziehen und festzustellen.“

Klarer hat das OLG Nürnberg (Urteil vom 3. 12. 1954, NJW 1955, 386) in einem Fall, in dem bei zwei Parteien beide Verträge in einem Dokument niedergelegt worden sind, entschieden (zitiert nach NJW):

„a) Sind Bierlieferungsverträge mit Darlehensverträgen gekoppelt, so werden sie von den Vertragsparteien meist insofern als ein einheitliches Ganzes gewollt, als die Entstehung des einen (Bierlieferungs-)Vertrages von der Entstehung des anderen (Darlehens-)Vertrages abhängig gemacht wird.

b) Einmal begründet und existent geworden, können die Verträge jedoch in der Folgezeit unabhängig voneinander ein durchaus selbständiges Dasein führen und verschiedenen rechtlichen Schicksalen unterworfen sein.“

Die Fortdauer eines jeden Vertrages kann damit für den anderen Geschäftsgrundlage bleiben. Bei der Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff geht es auch darum, daß das Zustandekommen eines jeden der beiden Verträge den anderen bedingt, daß sie aber danach nur noch schwächer voneinander abhängen.

²⁰ OLG Frankfurt (Fn 6); OLG Hamm (Fn 5): „Infolge der Nichterfüllung durch die Beklagte hat sich die Bestellung der Hard- und Software insgesamt für die Klägerin als wertlos erwiesen. Die Teilerfüllung war für die Klägerin ohne Interesse (§ 280 Abs. 2 BGB).“

Anders das OLG Frankfurt in seinem älteren Urteil (Fn 3), das in dem Bemühen, bei teilweisem Leasing die Verträge zu entkoppeln, fälschlich an dem Punkt ansetzte, die Zusammengehörigkeit von Hardware und Software zu bestreiten.

²¹ vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Oktober 1976 (5 U 6/76), Band 1 L-3.

aufgehoben; gegen die Aufhebung könne zum Beispiel sprechen:

- daß bei Vertragsabschluß über den Kauf des DV-Systems noch nicht entschieden war,
- daß bezüglich der Hardware ein Leasingvertrag geschlossen werden sollte,
- daß der Mitarbeiter des Verkäufers gleichzeitig auch den Leasinggeber vertrat.

„Hinzu kommt ..., daß die Klägerin und die (Leasinggeberin) wirtschaftlich eine Einheit bilden. Wirtschaftlich gesehen ist die (Leasinggeberin) lediglich eine ausgegliederte Betriebsabteilung der Lieferantin. ... Ist dem aber so, so ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, der gegen die vereinbarte Abhängigkeit von Hardware und Software spräche.“

Die letzten Ausführungen scheinen das Problem auf die objektive Ebene zu schieben (Einheit von Hardware und Software); maßgeblich ist der Wille der Parteien, ein Gesamtrechtsgeschäft schließen zu wollen, den hier nach Auffassung des Gerichts auch die Leasinggeberin hatte²².

Das LG Passau²³ hatte einen Fall zu entscheiden, in dem Bürocomputer und Anwendungsprogramme über getrennte Leasinggeber beschafft worden waren. Der Anwender wollte Mängel der überlassenen Software dem anderen Leasinggeber entgegenhalten. Das LG Passau lehnte das ab: „Der diesbezügliche Überlassungsvertrag besteht nämlich nicht mit der (Hardwarelieferantin), sondern mit der ‚Leasinggeberin‘ für die Anwendungsprogramme.“

(4) Rechtsgrundlage bei Gesamtrechtsgeschäft:

(4.1) *Nachfristsetzungen* müssen (entsprechend) § 425 BGB beiden Lieferanten gegenüber erklärt werden.

(4.2) *Abnahme und Kaufverträge:* Was gilt hinsichtlich der dem Kaufrecht unterfallenden Leistung (DV-Anlage) des einen Lieferanten, wenn nur hinsichtlich der dem Werkvertragsrecht unterfallenden Leistung des anderen Lieferanten eine Abnahme vorgesehen ist (oder individuell vereinbart worden ist). Entsprechend der Argumentation des BGH² liegt es nahe, daß die Rechtsfolgen, die sonst an die Übergabe anknüpfen (Zahlung, Beginn der Gewährleistung u.a.m.), dann erst mit der Abnahme der anderen Leistung eintreten.

(4.3) *Fehlermeldungen an den „falschen Lieferanten“:* Fraglich ist, wie weit diese Gemeinschaft der beiden Lieferanten im Falle der Fehlermeldung gilt, wenn erst einmal der eine Lieferant gerufen wird und sich dann herausstellt, daß der Fehler in dem Lieferanteil des anderen Lieferanten enthalten war. Darf der unberechtigt gerufene Vertragspartner seinen Aufwand dem Anwender in Rechnung stellen? Dabei ist an zwei Fallgruppen zu denken:

- Der andere Lieferant erspart sich dank der Tätigkeit des gerufenen Lieferanten einen entsprechenden Aufwand.
- Der andere Lieferant erspart sich nichts; es liegt also zusätzlicher Aufwand vor.

Der Anwender kann die von ihm zu leistende Vergütung als Schadensersatz dem anderen Lieferanten grundsätzlich nicht weiterberechnen. Es fehlt die Anspruchsgrundlage. Der Anspruch müßte aus dieser besonderen Vertragsgestaltung heraus abgeleitet werden. Deswegen empfiehlt sich zu vereinbaren, daß der Anwender stets den Fehler dem Softwarelieferanten melden soll, wenn er den Fehler nicht eindeutig als Hardwarefehler identifiziert.

(4.4) *Rückabwicklung:* Ist der eine Vertrag rückabzuwickeln, soll der andere gemäß § 139 BGB im Zweifel ebenfalls rückabgewickelt werden. Die Zweifel sollten dann ausgeräumt sein und die Rückabwicklung durchgeführt werden, wenn der Anwender auch an dem anderen Vertrag kein Interesse mehr hat (§ 325 I.2 BGB). Das dürfte bei der Konstellation „als zusammengehörig verkauft“ in der Regel anzunehmen sein.

(4.5) *Minderung:* Tritt der Anwender teilweise von dem einen Vertrag zurück oder macht er Minderung geltend, kann er das entsprechend (4.4) auch gegenüber dem anderen Lieferanten verlangen, insoweit er dessen Leistung nun nicht mehr braucht oder nur noch eingeschränkt nutzen kann.

²² Der BGH hat in seinem Urteil vom 5. Juli 1971 (III ZR 108/68), NJW 1971, 2303, für den Fall des Einwendungsdurchgriffs ausgeführt, daß es nicht auf die objektive enge Geschäftsverbindung ankomme, sondern auf den Eindruck, den Verkäufer und Darlehensgeber machen würden. Das gilt auch hier; denn es kommt auf die Frage an, ob die Parteien ein Gesamtrechtsgeschäft *gewollt* haben.

²³ Urteil vom 9. April 1984 (1 O 139/83), Band 2 L-17.