

schnell beseitigt werden können (vgl. Palandt-Putzo, 44. Auflage, Anm. 3 f zu § 459 BGB). Das ergibt sich einerseits aus der Tatsache, daß sie nach über 2 Jahren immer noch vorhanden sind und andererseits aus dem Umstand, daß nicht einmal die Beklagte sie innerhalb von 5 Monaten hat beseitigen können.

3. Die Feststellungen des Sachverständigen bilden eine sichere Grundlage für die Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen der Mängel. Den Angriffen der Beklagten gegen das Gutachten und den Sachverständigen kann nicht gefolgt werden: ...

a) Die Beklagte meint, der Sachverständige hätte sich bezüglich der Software zunächst fachkundig machen und insbesondere die Soll-Beschaffenheit der Software feststellen müssen. Dieser Angriff geht insofern ins Leere, als die Parteien die Soll-Beschaffenheit nur stichwortartig festgelegt haben, nämlich nach Maßgabe des Angebots vom 16. 10. 1981. An dieser — sehr groben — Beschreibung hat sich der Sachverständige ersichtlich auch orientiert — und darüber hinaus an dem seitens der Parteien voransgesetzten Gebrauch, nämlich für den Betrieb des Klägers. Das entsprach voll umfänglich seiner Aufgabenstellung.

Die Beklagte beanstandet in diesem Zusammenhang weiter, daß der Sachverständige das Programm nicht analysiert hat. Auch dieser Angriff ist indessen nicht stichhaltig. Beanstandet wurden ja lediglich solche Mängel, die im Rahmen der Anwendung auftreten. Um deren Vorliegen zu überprüfen, bedarf es keiner Analyse der Programme, sondern nur einer fachkundigen Bedienung des Systems.

In diesem Zusammenhang ist auch nicht zu beanstanden, daß der Sachverständige sich vor der Ortsbesichtigung mit dem System nicht besonders vertraut gemacht hatte. Er durfte zu Recht davon ausgehen, sich das System in der Anwendung vorführen zu lassen, sich dabei vom Personal der Klägerin die Beanstandungen zeigen zu lassen und diese dann — gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Hinweisen oder Hilfestellungen des anwesenden Vertreters der Beklagten — sachverständig zu beurteilen. Eine weitergehende Vorbereitung war für den Sachverständigen als Fachmann nicht erforderlich, zumal die Programme als Dialogprogramme geschrieben waren. ...

b) Es besteht kein Anlaß, die Sachkunde des Gutachters zu bezweifeln. ...

4. Der Kläger ist nicht etwa im Hinblick auf Ziff. 6 der AGB der Beklagten zum Software-Vertrag gehindert, zu wandeln. Zwar werden hier — unter Verweisung auf kostenlose Beseitigung von Programmfehlern binnen 3 Monaten nach Programmabnahme — weitergehende Ansprüche und damit auch derjenige auf Wandlung ausgeschlossen. Dieser Ausschluß ist aber nicht wirksam. Vielmehr greift hier § 11 Ziff. 10b AGBG ein. Diese Bestimmung ist gemäß Art. 24 AGBG, da es sich bei den Parteien um Kaufleute handelt, zwar nicht direkt anwendbar, wohl aber über § 9 AGBG. Diese Anwendbarkeit wird allgemein bejaht (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 10b zu § 11 AGBG unter Hinweis auf BGH NJW 81, 1501). Es kann hier dahinstehen, ob die zitierte AGB-Klausel der

Beklagten nach der genannten Bestimmung des AGBG unwirksam ist, weil sie die Rechte des Klägers für den Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung nicht ausdrücklich im Sinne dieser Bestimmung regeln, oder ob die Klausel nur deshalb nicht eingreift, weil die Nachbesserung fehlgeschlagen ist. Letztere Voraussetzung liegt nämlich auf jeden Fall vor. Das Fehlschlagen ist einerseits deshalb zu bejahen, weil die Beklagte trotz mehrerer Versuche („Fehlversuche“) die Mängel nicht hat beseitigen können, zum anderen aber auch deshalb, weil für den Kläger eine weitere Nachbesserung unzumutbar wäre. Die Beklagte hat ja eine verbliebene Mangelhaftigkeit ernstlich bestritten und tut dies nach wie vor. Bei dieser Sachlage braucht der Besteller sich auf eine Nachbesserung nicht verweisen zu lassen (vgl. Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, 4. Auflage, Rn. 45 zu § 11 Nr. 10 AGBG).

5. Der Kläger ist aber nicht nur hinsichtlich des Software-Paketes zur Rückgängigmachung des Kaufes berechtigt, sondern auch hinsichtlich der Hardware. Es liegen nämlich die Voraussetzungen des § 469 Satz 2 BGB vor. Hardware und Software wurden als zusammengehörend verkauft. Das ergibt sich überdeutlich aus dem Angebot vom 16. 10. 1981, auf Grund dessen es zum Abschluß der beiden Kaufverträge gekommen ist. Das Angebot bezieht sich ausdrücklich auf das „... Computer-System“. Es behandelt beide gemeinsam ohne jegliche Trennung. Im letzten Absatz des Angebotsschreibens ist davon die Rede, „all diese Leistungen in einem Paket vereint“ böten alle Voraussetzungen für eine erfolgreiche Zusammenarbeit.

Daraus ergibt sich, daß die Parteien beabsichtigten, den Kauf nur in der durch den gemeinschaftlichen Zweck — Einsatz von Hardware und Software in Betrieb des Klägers — hergestellten Verbindung abzuschließen, so daß die Sachen dazu bestimmt erschienen, zusammenzubleiben (vgl. BGH, Betrieb 70, 341).

Es ist aber auch die weitere Voraussetzung zu bejahen, nämlich daß die mangelhafte Software nicht ohne Nachteil für den Kläger von der Hardware getrennt werden kann. Das folgt aus der Feststellung des Sachverständigen, daß Standardprogramme anderer Hersteller nur mit großem Aufwand an die Maschine angepaßt werden können. Der Kläger braucht sich auch nicht etwa, wie die Beklagte dies meint, darauf verweisen lassen, von dieser ein anderes Programm zu erwerben, das für die von ihm gekaufte Hardware verwendbar sein soll. Es kann nicht davon ausgegangen werden und dies wird von der Beklagten auch nicht etwa behauptet, daß dieses andere Programm den speziellen Erfordernissen des Klägers gerecht werde. Man hätte dann wohl auch dem Kläger dieses Programm angeboten und nicht dasjenige, das er gekauft hat.“

### Anmerkung

Man kann das schon fast gefestigte Rechtsprechung nennen: Verträge über die Überlassung von Standardprogrammen unterliegen dem Kaufrecht — soweit es um die Gewährleistung geht.

# Umfang der geschuldeten Individualsoftware

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 30. November 1984 (2 HK O 1497/82)

## Nichtamtliche Leitsätze

1. Wird die Lieferung von Hardware und Software zwar in getrennten Verträgen vereinbart, sollen Hardware und Software aber zusammen den angestrebten Erfolg bewirken, ist das Vertragsverhältnis als Einheit anzusehen. Bei Leistungsstörungen der Hardware findet Kaufrecht, bei solchen von zu erstellender Software Werkvertragsrecht Anwendung. Die Leistung braucht aber erst dann als Ganzes abgenommen werden, wenn sie als Einheit fehlerfrei funktioniert.

2. Zu dem Fall, daß die Parteien bei der Erstellung von Individualsoftware vereinbart haben, daß der Auftragnehmer erst einmal ein Pflichtenheft (eine Organisationsbeschreibung) erarbeitet: Der im ursprünglichen Vertrag vereinbarte Lieferumfang bleibt maßgeblich, auch wenn das Pflichtenheft einen geringeren Lieferumfang vorsieht. Das gilt selbst dann, wenn der Auftraggeber das Pflichtenheft abgezeichnet hat (allerdings ohne daß dessen Genehmigung im Vertrag vereinbart worden wäre).

## Paragrafen

BGB: § 139; § 320; § 631; § 640; § 641

## Stichworte

Abnahme — Nutzung — bei Einheit von Hardware und Software; Einheit von Hardware und Software; Gesamtrechtsgeschäft; Koppelung von Hardware und Software; Pflichtenheft — Bedeutung bei Individualprogrammierung — Genehmigung; Programmierungsvertrag — rechtliche Einordnung — Pflichtenheft

## Tatbestand

„Die Beklagte bestellte bei der Klägerin eine Computeranlage für die gesamte Auftragsbearbeitung und Adressenverwaltung in ihrem Betrieb. Gemäß schriftlichem Vertrag vom 31. 5. 1979 war als Hardware zu liefern und zu installieren die Datenverarbeitungsanlage ...

Aufgrund weiteren gesonderten schriftlichen Vertrags vom 31. 5. 1979 war die Software zu erstellen und zu installieren zum Preis von 11 074,— DM einschließlich Mehrwertsteuer für die Auftragsbearbeitung und zum Preis von 5 650,— DM einschließlich Mehrwertsteuer für die Adressenverwaltung. ... Die Hardware wurde am 12. 3. 1981 bei der Beklagten installiert, die Erstellung der Software betrachtete die Klägerin am 15. 8. 1981 als abgeschlossen. ...

Am 22. 7. 1981 erstellte die Klägerin nach vorangegangener Besprechung mit der Beklagten eine Organisationsbeschreibung, die von der Ehefrau des Inhabers der Beklagten als dessen Vertreter unterzeichnet wurde.“

Die Klägerin klagt die Vergütung ein. ... Der Umfang des Softwareprogramms ergebe sich allein aus der Organisationsbeschreibung. Dies sei zwischen den Parteien vereinbart. ...

„Die Beklagte wendet ein: ... Die Parteien hätten nicht vereinbart, daß für die Funktion der Software nur die Organisationsbeschreibung vom 22. 7. 1981 — die wesentlich weniger Funktionen umfasse als im Vertrag vorgesehen — gelten solle. Trotz zahlreicher Nachbesserungen durch die Klägerin erfülle das gelieferte Software-Programm den vertraglich vereinbarten Leistungs- und Verwendungszweck nicht. Sie habe daher die Anlage nicht abgenommen und sei nicht zur Zahlung des Kaufpreises bereit“, auch wenn sie die Anlage bereits nutze (wie es in den Entscheidungsgründen heißt).

## Entscheidungsgründe

„Die Klage ist unbegründet.

1. Die Beklagte hat zur Umstellung ihres Betriebes auf EDV-System mit Verträgen vom 31. 5. 1979 die Hardware und Software bei der Klägerin gekauft. ...

Den beiden Verträgen vom 31. 5. 1979 lag ein einheitliches schriftliches Angebot der Klägerin über Hard- und Software zugrunde. Vertragsgegenstand war — wenn auch für Hardware und Software jeweils unter gleichem Datum ein eigener schriftlicher Vertrag abgeschlossen wurde — eine ordnungsgemäß funktionierende Einheit aus Hardware und Software. Die Pflicht zur Lieferung fehlerfreier Hardware und Software ist als gleichrangig anzusehen. Ohne funktionierende Software ist die Hardware für die Beklagte wertlos bzw. in ihrem Wert erheblich gemindert. Die Leistungen von Hardware und Software müssen bei Leistungsstörungen (Fehler und Mängel) als Einheit betrachtet werden.

Bei dem als Einheit anzusehenden Vertragsverhältnis auf Lieferung von Hardware und Software handelt es sich um ein gemischtes Vertragsverhältnis, auf das die Bestimmungen des Kauf- und Werkvertragsrechts Anwendung finden. Während für die Lieferung und Übereignung der Hardware die Bestimmungen des Kaufrechts im Vordergrund stehen, richtet sich die Abwicklung von Leistungsstörungen bei der Software

nach Werkvertragsrecht, da bei der Software ein ganz bestimmtes Programm mit bestimmten Funktionen zu erstellen ist.

Da jedoch — wie ausgeführt — die Lieferung von Hardware und Software wegen ihrer gegenseitigen Abhängigkeit als rechtlich einheitliche Leistung zu betrachten ist, ist die bestellte Anlage als Ganzes (Hardware und Software) nur dann abzunehmen und zu bezahlen, wenn sie als *Einheit* fehlerfrei funktioniert (§ 640 Abs. 1, § 641 Abs. 1 BGB).

Solange die Anlage mit Fehlern und Mängeln behaftet ist, steht der Beklagten die Einrede des nichterfüllten Vertrags zu.

2. Die aus Hardware und Software bestehende, eine Einheit bildende EDV-Anlage entspricht nicht der vertraglichen Vereinbarung, sie erfüllt nicht sämtliche vereinbarten Funktionen.

a) Für den Funktionsumfang der Software ist entscheidend der Softwarevertrag vom 31. 5. 1979 mit dem diesem zugrundeliegenden schriftlichen Angebot der Klägerin. In Ziff. 1) des Softwarevertrags ist festgehalten, daß Gegenstand des Vertrags die Überlassung des Standardprogramms lt. Standardprogrammverzeichnis und Erstellung von individueller Software lt. Leistungsverzeichnis ist. Am Ende des Vertrags ist ausdrücklich angeführt, daß installiert werde von Seiten der Klägerin das Standardprogramm Auftragsbearbeitung mit Anpassungen und das Adressenverwaltungsprogramm. Die Funktionen beider Programme waren in dem schriftlichen Angebot der Klägerin klar und allgemein verständlich umrissen.

Aus Ziff. 2) und 3) des Softwarevertrags folgt, daß die Klägerin für die individuelle Software nach Besprechung mit der Beklagten eine Organisationsbeschreibung erstellen sollte.

Die in der Organisationsbeschreibung umrissenen Funktionen sollten — wie sich aus dem Softwarevertrag ergibt — neben den im Standardprogramm angebotenen Funktionen Inhalt des Vertrags sein.

b) Die Klägerin konnte den Nachweis nicht erbringen, daß die Parteien nachträglich in Abweichung von dieser vertraglichen Regelung vereinbarten, daß von ihr bezüglich des Softwareprogramms nur die in der Organisationsbeschreibung angeführten Funktionen zu erbringen seien.

c) Somit steht fest, daß Vertragsgrundlage und entscheidend für den Funktionsumfang des von der Klägerin zu erstellenden Softwarepakets der Software-Ver-

trag vom 31. 5. 1979 nebst den diesen zugrundeliegenden Angebot und die Organisationsbeschreibung vom 22. 7. 1981 sind.

Nach den überzeugenden und für die Kammer nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen ist die von der Klägerin gelieferte Software gemessen an diesem vertraglich vereinbarten Funktionsumfang nach mehrfachen Nachbesserungen durch die Klägerin gegenwärtig zu 40% funktionsfähig.

Bei dieser Fehlerhaftigkeit der Anlage ist die Beklagte nicht zur Abnahme und zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.“

### Anmerkung

Die Detaillierung der anwenderspezifischen Anforderungen bei Erstellung/Modifikation von Programmen bei Festpreis erfolgt typischerweise in einem Prozeß des gegenseitigen Gebens und Nehmens: Die Anforderungen sind im Vertrag typischerweise so vage formuliert, daß man sehr viel, aber auch sehr wenig in sie hineininterpretieren kann. Steht dann das Pflichtenheft und wird vom Auftraggeber genehmigt (unterzeichnet), so soll es für die Realisierung der Programme maßgeblich sein (vgl. Zahrt, DV-Verträge. Rechtsfragen — Einführung in die Vertragsgestaltung, München 1985, S. 67 ff).

Das Gericht übergeht diesen Ausgangspunkt und mißt der Organisationsbeschreibung keine überragende Bedeutung bei. Im konkreten Fall mag das im Ergebnis richtig sein:

Im Vertrag war allem Anschein nach nur geregelt, daß der Auftragnehmer eine Organisationsbeschreibung erstellen sollte, nicht aber auch, daß der Auftraggeber diese auch genehmigen und damit zur endgültigen Vorgabe für den Lieferumfang machen sollte. Der Auftragnehmer wollte das erst nachträglich so vereinbaren. Der Auftraggeber hat zwar das Papier unterzeichnet, hat aber dessen Verbindlichkeit ausdrücklich widersprochen und damit die Vertragsänderung abgelehnt.

Jedem Softwarehersteller sei geraten, im Vertrag ausdrücklich die Genehmigung des Pflichtenheftes vorzusehen.

Die Organisationsbeschreibung übergibt ganze Funktionen aus der vertraglichen Leistungsbeschreibung. Die Genehmigung bezieht sich aber auf die Frage der Detaillierung. Werden ganze Funktionen fortgelassen, kann nicht ohne weiteres gesagt werden, daß der Auftraggeber auf diese verzichten wollte.