

Gewährleistung bei der Überlassung von Standardprogrammen

Dr. Christoph Zahrnt

(1) Rechtliche Einordnung

Was ein Standardprogramm ist, ist zwar nicht exakt, aber doch annähernd geklärt: Es handelt sich um Programme, die unverändert oder mit Anpassung/Modifikationen an möglichst viele Anwender geliefert werden sollen; deswegen geht der Lieferant bei der Preisstellung davon aus, daß der einzelne Anwender nur einen Teil der Entwicklungskosten tragen soll. Standardprogramme sind in der Regel, aber nicht zwingend, bei Vertragsschluß bereits vorhanden. Ist das nicht der Fall, so ist der Anbieter zur Aufklärung verpflichtet, wenn nicht besondere Umstände vorliegen¹.

(Zur rechtlichen Einordnung bei Erwerb zusammen mit Hardware siehe Zahrnt, Koppelung von Hardware und Software, IuR 1986, 59 ff.)

Der Übergang zur Erstellung von Programmen, der nach gefestigter Rechtsprechung dem Werkvertragsrecht unterliegt, ist fließend². Hier geht es erst einmal nur darum, den reinen Überlassungsvertrag rechtlich einzuordnen. Das ist hinsichtlich der Gewährleistung³ für die Praxis von Bedeutung für

- Fehlerbeseitigungsanspruch (nicht bei Kauf).
- Schadensersatzpflicht (nach § 538 BGB unabhängig von Verschulden bei Fehlern, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses/der Überlassung vorhanden sind; Schadensersatzpflicht nach § 635 BGB bei Verschulden auch ohne Zusicherung, nach § 463 BGB nur bei Fehlen von zugesicherten Eigenschaften).
- Nur bei Kauf findet § 377 HGB über die kaufmännische Rügepflicht Anwendung.
- Verjährungsbeginn? Dauer? Wann Umkehr der Beweislast?
- Abnahmeerklärung erforderlich?
- Unterliegen unwesentliche Fehler der Gewährleistung?

(2) Lösungsansätze

Der Vertrag über die Überlassung von Standardprogrammen wird im wesentlichen wie folgt eingeordnet:

- Kauf (§ 433 BGB: Pflicht, eine Sache zu übergeben und zu übereignen bzw. ein Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben) bzw. Miete (§ 535 BGB: Pflicht, den Gebrauch der Sache zu gewähren, bzw. bei Pacht nach § 581 BGB, den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes — Sache oder Recht — und den Genuß der Früchte ... zu gewähren).
- Werkvertrag (§ 631 BGB: Pflicht zur Herstellung des Werkes, ggf. eines durch Dienstleistung herbei-

zuführenden Erfolgs). Denn Programme sind keine Sache, weil der Wert des Datenträgers weit hinter dem des Programms zurücktritt. Beweis: Erstens braucht der Lieferant gar keinen Datenträger zu liefern, sondern kann das Programm auf die DV-An-

¹ LG Stuttgart, Urteil vom 4. Dezember 1979 (5 KfH O 77/79), Band 1 Zahrnt, DV-Rechtsprechung, L/Ü-6 ähnlich auch LG Tübingen, Urteil vom 17. Dezember 1976, Band 1 K/M-3. Das LG Düsseldorf hat im Beschluß vom 22. November 1985 (12 O 573/85) einem Anbieter untersagt, „für den Vertrieb eines Computers mit ... (Anwendungsprogramm) zu werben und/oder diesen anzubieten, ohne gleichzeitig deutlich darauf hinzuweisen, daß dieser noch nicht lieferbar ist.“

² Zur sachlichen Seite siehe Zahrnt, DV-Verträge Rechtsprobleme — Einführung in die Vertragsgestaltung, München 1985, Seite 148 ff.

³ Zur Einordnung des Überlassungsvertrages hinsichtlich des Nutzungsrechts des Anwenders siehe Zahrnt, Umfang des Einsatzrechts des Anwenders und Programmschutz, IuR 1986, Seite 199 ff.

⁴ Kilian, Wolfgang, Haftung für Softwaremängel in: Gorny/Kilian, Computer-Software und Sachmängelhaftung, Stuttgart 1985, S. 19 ff., 24: Da es sich um Rechtskauf handeln würde, Gewährleistung nach Kauf analog (ähnlich in: Vertragsgestaltung und Mängelhaftung bei Computersoftware, CuR 1986, 187 ff, S. 193). Mehrings, Computersoftware und Mängelhaftung, GRUR 1985, 189, 192: „Sofern an der Software selbst keine Rechte zu übertragen sind, besteht die Verpflichtung des Softwareüberlassers meiner Meinung nach alleine darin, dem Anwender die tatsächliche Möglichkeit der Softwarenutzung ... zu eröffnen. ... Auf diesen Vorgang finden die BGB-Vertragstypen wie Kauf, Miete, Pacht und Werkvertrag unmittelbar Anwendung. Daraus kann aber nicht ohne weiteres abgeleitet werden, mithin beurteilten sich auch mögliche Gewährleistungsfragen nach dem BGB-Gewährleistungsrecht für bewegliche Sachen. Vielmehr gilt es, interessengerechte Kriterien zu erarbeiten, nach denen eine — m.E. lediglich analoge — Anwendung des vorwiegend auf körperliche Sachen zugeschnittenen Gewährleistungsrechts vorgenommen werden kann, soweit ‚geistige Mängel‘ der Software in Frage stehen.“

⁵ Engel, Friedrich Wilhelm Mängelansprüche bei Software-Verträgen, BB 1985, S. 1159 ff., S. 1163 bei Überlassung auf Zeit allerdings unter fälschlicher Berufung auf den BGH (Fn. 14), der die Frage der Einordnung offengelassen hatte (in jenem Fall war das Einsatzrecht zeitlich unbegrenzt eingeräumt worden).

Brandi-Dohrn, Matthias, Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrags, CuR 1986, 64 ff., S. 67 prüft das mit der Begründung, daß sich Rechtspacht anzubieten scheine, weil der körperliche Gegenstand „Software“ im Vordergrund stehen würde, lehnt das dann aber ab (wegen der 30-jährigen Verjährungsfrist und wegen der verschuldensunabhängigen Haftung bei Fehlern). Es überrascht, daß Rechtspacht vorliegen soll, wenn ein Gegenstand überlassen wird.

lage des Anwenders überspielen. Zweitens verlangt ein Lieferant, auch wenn er einen Datenträger geliefert hat, in dem Fall der Zerstörung des Programms (einschließlich Datenträger) für die Lieferung einer neuen Kopie nur eine unwesentliche Vergütung für den Datenträger und für das Kopieren.

- Vertrag, auf den Kaufrecht oder Mietrecht anwendbar ist⁴,
- Vertrag, auf den Pachtrecht anwendbar ist⁵,
- Lizenzvertrag, auf die Einräumung eines einfachen Vervielfältigungsrechts gerichtet^{6, 7},
- Vertrag sui generis⁸.

Brandi-Dohrn will Kaufrecht „bei Massenware“ anwenden, nicht aber dann, wenn „die individuellen Anwenderbedürfnisse im beiderseitigen Abschluß eine Rolle spielen“⁹. Das dürfte deswegen falsch sein, weil das innerhalb der Gewährleistung die Frage nach dem gewöhnlichen bzw. dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch ist.

1. Einordnung des Vertragstyps hinsichtlich der Gewährleistung

Bei der Analyse der Rechtsprechung wäre der Ansatz zu kurz, die Urteile danach einzustufen, welcher Einordnung sie folgen. Denn die Einordnung hängt ganz deutlich davon ab, in welchem Zusammenhang mit Hardware die Programme überlassen worden sind.

(1) *Erwerb zusammen mit Hardware:* Bei solchen Streitigkeiten achtet ein Großteil der Urteile nicht darauf, daß Programme keine Sachen sind¹⁰. Dabei geht es in diesen Urteilen in der Regel um Programmfehler und nicht um Fehler der Hardware. Der BGH spricht in einem Urteil¹¹ vom „Kaufvertrag“ und in einem anderen¹² im Falle von Miete von „der Anlage/der Mietsache“.

(2) *Urteile, die sich unmittelbar auf Programme beziehen, sind maßgeblich vom Kaufrecht ausgegangen*¹³.

Der BGH¹⁴ führte in einem Urteil von 1981 noch aus: Programme „stellen eine geistige Leistung dar, die, wie eine Erfindung, einem Dritten zur Ausnutzung überlassen werden kann. Mehr als einem Patent, das herkömmlich Gegenstand von Lizenzverträgen ist, gleicht das Computerprogramm einem Fertigungsverfahren. Deshalb kommt in Betracht, die Vereinbarung ... als einen know-how-Vertrag zu werten. Die entgeltliche Gebrauchsüberlassung des know-how wird grundsätzlich als Pacht angesehen Einer abschließenden Stellungnahme bedarf es im vorliegenden Falle nicht.“

Das OLG Schleswig¹⁵ stellte darauf ab, daß das Programm ein „bei Vertragsabschluß schon vorhandener Gegenstand“ war. Gegenstand dieses Vertrages war damit primär die Übertragung eines Mitbenutzungsrechts und der Mitbenutzungsmöglichkeit durch Lieferung des vervielfältigten Programms.

In einem Urteil aus dem Jahre 1984 hat der BGH am Rande ausgeführt¹⁶: „Daß Software ... ebenso Ge-

genstand eines Miet-/Leasing- wie eines Kaufvertrages sein kann, unterliegt keinem Zweifel (vgl. Ellenberger, Zweckmäßige Gestaltung von Software-Verträgen aus der Sicht des Anwenders und des Herstellers, RWS-

⁶ M. Kindermann, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150 ff., 156

⁷ LG Köln, Urteil vom 2. Oktober 1984 (90 O 51/84), CuR 1986, 23, verwendet den Begriff ohne jegliche Begründung.

⁸ Dafür Lauer, Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1758, 1759, aber mit unzutreffenden Gründen (siehe auch Fn 18). Lauer behauptet, daß sich einige typische Bestimmungen herausgebildet haben. Davon kann in der Praxis aber auch 1985 noch keine Rede sein. Vielmehr gibt es ein Spektrum an typischen Ausgestaltungen bereits bei der Überlassung von Standardprogrammen. Lauers Behauptung ist desto weniger haltbar, als er nicht zwischen der Überlassung von Standardprogrammen und der Erstellung von Individualprogrammen unterscheidet, er sich insofern also auf noch mehr Typen bezieht. Soweit Lauer seine Aussage darauf stützt, daß das Gewährleistungsrecht des Kaufvertrages nicht passen würde, bleibt er den Nachweis schuldig: Er kritisiert nicht die gesetzlichen Regelungen, sondern die typischen Ausgestaltungen in den AGB der Lieferantenseite.

Gegen einen Vertrag sui generis ebenso wie gegen nur analoge Anwendung von Kaufrecht Engel (FuS), S. 1159: „Die Leistungsbilder der üblichen Software-Verträge entsprechen weitgehend den gesetzlichen Vertragstypen des Werkvertrages, Kaufvertrages, Pachtvertrages (Lizenzvertrag) und Dienstvertrages.“

⁹ (Fn 5) S. 66, ähnlich S. 68.

¹⁰ Beispielsweise OLG Frankfurt, Urteil vom 25. November 1975, Band 1 K/M-2; LG München I, Urteil vom 22. Februar 1977, Band 1 K/M-4; LG Frankfurt, Urteil vom 3. April 1981, Band 1 K/M-12; LG München I, Urteil vom 1. Oktober 1981, Band 1 K/M-16

¹¹ Urteil vom 10. Februar 1982 (VIII ZR 27/81), Band 2 K/M-24

¹² Urteil vom 5. Oktober 1981 (VIII ZR 259/80), Band 2 K/M 29. Das Urteil des LG Oldenburg vom 14. Januar 1981, Band 1 K/M-10, läßt erkennen, wie es zu dieser Einstufung gekommen ist: „... Werklieferungsverträge über serienmäßig gefertigte, d.h. vertretbare Sachen Im Gesamtsystem Hard- und/oder Software ... Gesamtsystem“.

¹³ LG Stuttgart (Fn 1) bejahte Anspruch aus Verletzung von Pflichten bei Vertragsverhandlungen, der durch die §§ 459 ff. (f) BGB nicht ausgeschlossen sei. Offen LG Frankfurt, Urteil vom 29. August 1980 (3/8 O 37/80), Band 1 K/M-9, bestätigt durch das OLG Frankfurt, Urteil vom 28. April 1981 (5 U 155/80), das zwar vom Werkvertragsrecht ausging, aber nicht erklärte, ob es sich nur auf das eine erst noch zu erstellende Programm oder auch auf die anderen bereits vorhandenen Programme bezog. Kammergericht, Urteil vom 17. 12. 1981 (19 U 5221/78), Band 2 K-32: Verjährung nach § 477 BGB.

A. A. AG Neukölln, Urteil vom 3. Dezember 1981 (8b C 419/81), Band 1 Ü-4: „Bei der Lieferung des Programms wird es sich um einen Vertrag mit erheblichen werkvertraglichen Elementen handeln.“ Das OLG Hamm, Urteil vom 21. April 1983 (2 U 185/82), Band 2 Ü-8, zitierte § 631 BGB als Anspruchsgrundlage, ohne irgendwie auf Modifikationen einzugehen; auch die Art der Programme sprach für die Lieferung von Standardprogrammen: Die Lieferantin „schuldete insofern eine erfolgsbezogene Leistung. ... Lohnbuchhaltungsprogramm nicht eingesetzt. ... Bis zur Abnahme hat der Besteller den auf Herstellung eines einwandfreien Werks gerichteten Erfüllungsanspruch.“

¹⁴ Urteil vom 3. Juni 1981 (VIII ZR 153/80), Band 1 Ü-3

¹⁵ Urteil vom 6. November 1981, ZIP 19/82, 457 ff.

¹⁶ Urteil vom 6. Juni 1984 (VIII ZR 83/83), Band 2 L-18; insofern auch IuR 1986, 64.

Verlag. Kom. F Köln 1983, S. 1). Das gilt insb. dann, wenn Standardprogramme oder, wie hier, ein im wesentlichen normierter Programmaufbau geliefert wird.“

Das LG München¹⁷ hat das als zentrale Aussage eines Urteils aus dem Jahre 1985 wiederholt.

(3) Stellungnahme

(3.1) Hat der Lieferant das Programm nicht selber erstellt, scheidet ein Werkvertrag aus. Ein Lizenzvertrag im üblichen juristischen Sprachgebrauch (Einräumung von gewerblichen Schutzrechten) scheidet ohnehin bei urheberrechtlich nicht geschützten Programmen, aber auch bei geschützten Programmen aus¹⁸: Es wird nicht verkannt, daß ein Vertrag über die Überlassung von Programmen auch das Recht des Kopierens und möglicherweise auch das Recht des Weitergebens von Kopien beinhalten kann. Das steht aber keineswegs im Vordergrund. Die Analyse dieses Vertragstyps sollte deswegen hinsichtlich der Gewährleistung nicht von einem Randproblem her aufgezo-gen werden. Zu denken ist allerdings an einen Lizenzvertrag neueren Typs, nämlich an einen Programm-know-how-Vertrag¹⁹.

Die Frage, ob Kaufrecht unmittelbar oder entsprechend anzuwenden ist, spielt hinsichtlich der Konsequenzen keine Rolle. Engel²⁰ will die §§ 459 ff. BGB nur entsprechend anwenden. Ausgangspunkt ist für ihn die Rechtsprechung, die bei Kauf von immateriellen Gütern die §§ 459 ff. BGB grundsätzlich nur entsprechend anwenden würde. Soweit die Rechtsprechung dabei Einschränkungen machen würde, würde das im wesentlichen daraus abgeleitet werden, daß es sich um ein Risikogeschäft handeln würde (z. B. Einräumung von Know-how). So könne z. B. die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist nach § 477 BGB ungerechtfertigt erscheinen. Engel führt zurecht aus, daß bei einem Standardprogramm hingegen die Eigenschaften sofort erkannt werden könnten. Dementsprechend sei eine Einschränkung der — entsprechenden — Anwendung der §§ 459 ff. BGB nicht angezeigt.

(3.2) Hat der Lieferant das Standardprogramm selber erstellt, könnte Werkvertragsrecht einschlägig sein. Die Abgrenzung in § 651 BGB zwischen Kaufvertrag, Werklieferungsvertrag und echtem Werkvertrag eignet sich nicht zur Abgrenzung. Denn § 651 BGB stellt wesentlich darauf ab, wer die physischen Bestandteile liefert, aus denen das Werk erstellt wird. Hier geht es gerade um eine geistige Leistung.

§ 651 BGB kann aber insoweit herangezogen werden, als die Regelung zwischen vertretbaren Leistungen (dort Sachen genannt) und nicht vertretbaren unterscheidet. Bei einem Standardprogramm geht es definitionsgemäß um eine vertretbare Leistung: Sie soll für eine unbestimmte Vielzahl von Anwendern nützlich sein. Dementsprechend dürfte § 651 eher dafür sprechen, Kaufrecht — zumindest in entsprechender Anwendung — anzuwenden²¹.

(3.3) Engel²² nimmt dann einen Lizenzvertrag an, wenn das Programm für eine bestimmte Zeit überlassen wird und danach zurückzugeben oder zu vernich-

ten ist. Dieser Vertrag soll dem Pachtrecht unterliegen. Da hinsichtlich des Gewährleistungsrechtes das Pachtrecht auf das Mietrecht verweist (§ 581 II BGB), kommt es hinsichtlich der Gewährleistung nicht darauf an, ob ein solcher Vertrag als Pachtvertrag oder als Mietvertrag eingeordnet wird.

(3.4) Brandi-Dohrn²³ verweist darauf, daß die Rechtsprechung auch bei anderen Nutzungsverträgen über geistige Güter „statt spezifischer Gewährleistungsvorschriften die allgemeinen Regeln des Schuldrechts angewendet“ habe. Das führe zu zwei Problemen:

- Nach der Rechtsprechung hafte der Lieferant bei Fehlern wegen anfänglichen Unvermögens auf Schadensersatz grundsätzlich unabhängig von Verschulden. Das könne aber nach dem Parteiwillen eingeschränkt sein. Brandi-Dohrn nimmt an, daß die Parteien die Schadensersatzhaftung für „ungewöhnliche“ Fehler ausschließen wollen, d. h. für solche Fehler, die „trotz angemessener Testmethode nicht zutage treten“. Das bedeutet wohl, daß wie beim Werkvertragsrecht nur für verschuldete Fehler gehaftet werden soll.
- Die Verjährungsfrist bei anfänglichem Unvermögen sei mit 30 Jahren viel zu lang; die — wenn auch etwas zu kurze — 6-monatige sei anzuwenden.

Letztlich sind praktisch keine Unterschiede zur werkvertraglichen Gewährleistung zu erkennen, wie sich aus der Gegenüberstellung von Brandi-Dohrn ergibt.

(3.5) Es fragt sich, ob das Gewährleistungsrecht des Werkvertrags nicht besser als das des Kaufrechts paßt²⁴:

- Es besteht ein sehr starkes Bedürfnis des Anwenders nach einem Fehlerbeseitigungsanspruch. Dieses besteht allerdings auch sonst nicht bei technisch komplizierten, aber nachbesserungsfähigen Produkten. Gerade wenn so stark betont wird, daß es (nahezu) unmöglich sei, ein Programm so vollständig auszutesten, daß es fehlerfrei sei, bedarf es des Fehlerbeseitigungsanspruchs, wenn ein Fehler beim Einsatz des Programms auftritt.

¹⁷ Urteil vom 23. Januar 1985 (8 HKO 11 785/83), IuR 1986, 72.

¹⁸ Auch Engel (Fn 5) S. 1161 wendet sich gegen eine Differenzierung aufgrund des Gesichtspunkts der Urheberrechtsfähigkeit. Ebenso Brandi-Dohrn (Fn 5) S. 66: „sei es urheberrechtlich geschützt oder nicht“.

¹⁹ Siehe Zahrt (Fn 3).

²⁰ So auch Engel (Fn 5) S. 1165; dagegen Lauer aa.O. S. 1758, daß „von Seiten der Hersteller in den seltensten Fällen eine endgültige und ausschließliche Veräußerung der Software gewollt ist.“ Das ist deswegen falsch, weil ja das veräußerte Recht nicht ausschließlich sein muß.

²¹ OLG Karlsruhe, Urteil vom 5. Juli 1985 (1 U 28/83), Band 2 HE-3, nahm bei Tankdatenerfassungsterminals als produktmäßige Einheit von Hardware und Software einen Kaufvertrag, höchstens einen Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache an.

²² (Fn 5) S. 1163

²³ (Fn 5) S. 68 f.

²⁴ Ähnlich auch Brandi-Dohrn (Fn 5) S. 69: Anspruch auf Feh-

- Es besteht ein erhebliches Bedürfnis, daß die Verjährungsfrist erst nach einem formellen Abschluß der Überprüfung der Vertragsgemäßheit des Programms beginnt. Die Rechtsprechung räumt dem Anwender allerdings zumindest eine Anlaufzeit ein, bevor die Verjährungsfrist beginnt²⁵. Es bestehen also keine wesentlichen Gründe gegen die Rechtsprechung.

2. Der geschuldete Gebrauch

(1) Stufen

Das BGB unterscheidet

- den gewöhnlichen Gebrauch
- den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch
- ordnungsgemäße Beratung und damit den abgesichert geeigneten Gebrauch
- den Gebrauch gemäß zugesicherter Eigenschaften.

(2) Praxisprobleme

- Was ist der gewöhnliche Gebrauch? Angesichts des enormen Fortschritts in der EDV konnte sich bisher kaum etwas Gewöhnliches einigermaßen deutlich außerhalb des Bereichs des Trivialen herausbilden (Beispiel in²⁶).
- Wann wird der vertraglich vorausgesetzte und nicht nur der gewöhnliche Gebrauch geschuldet?²⁷ Was macht ihn aus angesichts dessen, daß der Lieferant typischerweise die Leistung seinerseits beschreibt? Gibt es also auch einen vertraglich vorausgesetzten Gebrauch zugunsten des Lieferanten?
- Wann liegen Zusicherungen von Eigenschaften vor?

(3) Gewöhnlicher Gebrauch als Minimum contra Produktbeschreibung

Die Abgrenzung zwischen gewöhnlichem und vertraglich vorausgesetztem Gebrauch ist insbesondere bei der Überlassung von Standardprogrammen ambivalent: Es wird oft vertraglich vereinbart (stärkste Form des vorausgesetzten Gebrauchs), insb. in AGB des Lieferanten, daß das Programm genau das kann, was in der Produktbeschreibung steht. Hat der Anwender dann Anspruch auf den gewöhnlichen Gebrauch auch insoweit, als dieser im Produkt nicht realisiert ist?

M.E. spricht viel dafür, daß der Anwender sich in vielen Fällen darauf verlassen darf, daß der gewöhnliche Gebrauch als Minimum realisiert ist. Das LG Köln war für den konkreten Fall anderer Auffassung²⁸: Der Anwender machte vergeblich geltend, daß das Standardprogramm eine für seinen Betrieb unabdingbare Umrechnung nicht vornehmen könne: „Dabei kann dahingestellt bleiben, ob ein Betrieb wie der des (Anwenders) eine solche Umrechnung benötigt. Jedenfalls hat der (Anwender) ein Standardprogramm gekauft, in dem eine solche Umrechnung nicht mitenthalten ist. Wenn der (Anwender) ein Programm mit diesen Möglichkeiten hätte erwerben wollen, so hätte dies von ihm verlangt und ein entsprechender Preis mit (dem Lieferanten) hierfür ausgehandelt werden müssen.“ Das LG

stellte nicht einmal auf die Produktbeschreibung, sondern nur auf das ab, was an Funktionen tatsächlich vorhanden war.

(4) Vertraglich vorausgesetzter Gebrauch zugunsten des Anwenders

Haben die Parteien nichts besprochen, wird nur der gewöhnliche Gebrauch geschuldet, auch wenn das Programm für die Organisation/die Anforderungen des Anwenders nicht paßt²⁹.

Haben die Parteien hingegen die Anforderungen des Anwenders besprochen, so soll das für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch maßgeblich sein:

- Es reiche aus, „daß die Parteien ihre Vorstellungen hierüber austauschen“ (Einfachheit der Bedienung AG Oberkirch³⁰).
- Maßgeblich ist, was an Anforderungen des Anwenders „dem Lieferanten bekannt“ ist (Länge der Texte, die abgespeichert werden sollen)³¹.
- Es ist nicht erforderlich, daß alle besprochenen Details schriftlich niedergelegt werden, auch wenn Schriftform vereinbart ist³².

(5) Bedienungsfehler als Systemfehler

Sind Bedienungsfehler wegen der Art des Systems typischerweise zu erwarten, so braucht sich der An-

lerbeseitigung, S. 72: Längere Verjährungsfrist als 6 Monate, aber nicht 30 Jahre.

²⁵ LG Mainz, Urteil vom 17. Dezember 1982 (11 HO 94/80), Band 2 L-20. In die Richtung auch AG Bruchsal, Urteil vom 30. Juli 1984 (1 C 54/83), das die Zahlungspflicht erst nach Erbringung der Einweisung beginnen läßt.

²⁶ IBM brachte ein System /1 auf den Markt, das zunehmend auch für kommerzielle Anwendungen angeboten (und in die Richtung weiterentwickelt) wurde. Die Datensicherung für eine 32 Mio Byte Platte erfolgte über Disketten (Bruttokapazität ca. 1,2 Mio Byte). Abends mußte ein Benutzer Disc-Jockey spielen. IBM entwickelte dann einen Diskettenschacht, in den die erforderliche Zahl an Disketten auf einmal eingelegt werden konnte.

Später wurde dann das Streamer Tape entwickelt, das die Datensicherung auf eine Kassette in einigen Minuten zuließ.

Zu dieser Zeit brachten andere Hersteller Systeme mit größeren Plattenlaufwerken heraus — ohne Streamer Type und z.T. mit geringerer Diskettenkapazität.

²⁷ Unverständlichlicherweise lehnt Kilian (Fn 4) S. 190 den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch bei Standardprogrammen ab: Ein Fehler liege vor, „wenn sich Standardanwendersoftware nicht zu dem gewöhnlichen und Individualsoftware nicht zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch eignet.“ Weil ein für viele Anwender „identisches Problem gelöst werde, liege „eine gewöhnliche Erwartung“ vor. In § 459 BGB steht's anders! Und die Rechtsprechung kennt sehr wohl das Problem des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs bei Standardprogrammen.

²⁸ LG Köln, Urteil vom 23. November 1984 (90 O 196/84), Band 2 Ü-7

²⁹ AG Neukölln, Urteil vom 3. Dezember 1981 (8b C 419/81), Band 1 Ü-4

³⁰ So für einen Vertrag über Hardware und Software: Urteil vom 6. Februar 1985 (C 154/84)

³¹ LG Coburg, Urteil vom 1. August 1984 (2.O.478/83)

³² LG Siegen, Urteil vom 21. Juni 1971 (2 O 167/69), Band 1 K/M-1

wender die Bedienungsfehler nicht zurechnen zu lassen, sondern liegt ein Systemfehler vor.

Das AG Oberkirch³⁰ hat allgemein ausgeführt: „Die Brauchbarkeit der Software ... bedeutet nicht deren grundsätzliche Verwendbarkeit ohne Rücksicht auf die Qualifikation des Anwenders und der Anwendungsumstände.“ Im konkreten Fall hatte sich der Anwender verpflichtet, geeignetes Bedienungspersonal einzusetzen. Das Gericht sah den Lieferanten als zuständig an, die Eignung zu beurteilen.

Nach dem LG Siegen³³ muß es sich der Lieferant zurechnen lassen, wenn der Anwender wegen fehlender Dokumentation Bedienungsfehler macht.

3. Sonstige Probleme der Gewährleistung

(1) Änderungen durch den Anwender

Der Anwender darf das Standardprogramm ändern, vorausgesetzt daß er es technisch kann. Es gibt aber u.U. erhebliche Interessen des Lieferanten, das Änderungsrecht auszuschließen, insb. um unberechtigte Fehlermeldungen zu vermeiden. Das Urheberrecht erlaubt die Bearbeitung des Vervielfältigungsstücks für eigene Zwecke³⁴.

Die Frage stellt sich dann, wie sich Änderungen auf die Gewährleistung des Lieferanten auswirken. Lieferantenbedingungen sehen häufig vor, daß die Gewährleistung bei Änderung erlischt. Bei Standardprogrammen dürfte es wesentlich darauf ankommen, ob Änderungen des Programms im Zielbereich des Vertrages liegen.

(1.1) Bekommt der Anwender nur den *Objektcode*, soll er nicht ändern (und kann es auch kaum). Der Lieferant kann die Demonstration des Fehlers am ungeänderten Objektcode verlangen. Anders ist es aber, wenn dem Anwender Hilfsmittel zur Verfügung gestellt werden, in bestimmter Hinsicht einzugreifen (user exits; Mitteilung der Dateistruktur). Dann gilt das folgende für den Bereich vorgesehener Änderungen.

(1.2) Bekommt der Anwender das *Quellformat*, ist auf den Einzelfall abzustellen. Es kann insbesondere von der Art des Programms her nahe liegen, daß dem Anwender die Möglichkeit zu Änderungen eröffnet werden soll. Der Lieferant trägt die Beweislast für eine gegenteilige Vereinbarung, z.B. daß die Lieferung der Quellformate dementsgegen nur der einfacheren Fehlerbeseitigung dienen sollte (z.B. Durchführung von vom Lieferant mitgeteilten Änderungsmaßnahmen durch den Anwender).

Sind ausdrücklich user exits vorgesehen, so soll der Anwender wohl nicht auf andere Weise in das Programm eingreifen.

Liegen Änderungen im Zielbereich, dürfte der vollständige Ausschluß der Gewährleistung im Falle von Änderungen seitens des Anwenders in AGB des Lieferanten wegen § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz unwirksam sein. In anderen Fällen darf nur vorsichtig mit § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz argumentiert werden; denn der Lieferant könnte durch die Beschränkung der Lieferung auf den Objektcode die Änderungsmöglichkeit für den Anwender ohnehin ausschließen.

(2) Anspruch auf Fehlerbeseitigung

Weit überwiegend wird (erst einmal) Fehlerbeseitigung vereinbart. Im Bereich von Mikrocomputerprogrammen ist aber der „as is“ Typ weit verbreitet: Die Programme werden überlassen, wie sie sind. Im Fehlerfall wird Unterstützung gewährt, werden u.U. bereits erarbeitete Korrekturmaßnahmen überlassen. Will der Kunde das Programm wegen eines Fehlers zurückgeben, kriegt er sein Geld zurück (Branchenjargon). Es ist schwierig, solch eine dem Kaufrecht entsprechende Vertragsgestaltung als nach dem AGB-Gesetz unwirksam anzusehen.

(3) Bei Übergabe dem Lieferanten bekannte Fehler

Es gibt mehrere Ursachen dafür, daß bereits bekannte Fehler in ausgelieferten Versionen noch nicht beseitigt sind. Typischerweise wird z.B. vor Herausgabe einer neuen Version³⁵ „Redaktionsschluß“ gemacht: Neue erkannte Fehler werden nicht mehr — in Form von Korrekturmaßnahmen — berücksichtigt. Da das für ordnungsgemäßes Vorgehen nahezu unerlässlich ist, kann man nur dann von arglistigem Verschweigen (§ 463 BGB) sprechen, wenn es sich um sehr schwerwiegende Fehler handelt.

(4) AGB-Klausel „keine Fehlerfreiheit“

In zahlreichen AGB der Lieferantenseite findet sich im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Hinweis, daß es nach dem Stande der Technik ausgeschlossen sei, fehlerfreie Programme zu erstellen. Unabhängig von ihrer Richtigkeit³⁵ hat die Aussage keine erkennbare Bedeutung im Hinblick auf die Gewährleistung nach deutschem Recht. Insb. beinhaltet das keine Kenntnis konkreter (!) Fehler und damit keinen Verlust der Gewährleistungsansprüche gemäß § 460 BGB.

³³ LG Siegen, Urteil vom 15. Oktober 1979 (2 O 261/77), Band 1 K/M-6

³⁴ Siehe Zahnrt (Fn 3)

³⁵ Siehe Zahnrt (Fn 2), S. 29 ff.