

Sachverständigen haben — ohne daß die Klägerin dem entgegengetreten wäre — dargelegt, daß das Betriebssystem der Anlage entgegen den Angaben der Klägerin nicht aus PROMS, sondern aus sogenannten EPROMS besteht. Diese besäßen ein Lichtfenster, durch das starkes UV-Licht einen Löschvorgang bewirke; nach einem solchen Löschvorgang könnten diese EPROMS — anders als PROMS — beliebig neu programmiert werden. Danach kann selbst dann, wenn sich die Original-PROMS in der Anlage befinden, nicht ausgeschlossen werden, daß die (Original-)EPROMS nur auf Grund einer neuen Programmierung („Software-Release“) keine Fehler mehr aufweise. Selbst wenn die Anlage bei einer Begutachtung durch die Sachverständigen einwandfrei funktionieren würde, stünde damit nicht fest, daß dies auch bei der ursprünglich im Februar 1983 gelieferten Anlage der Fall war.

Allerdings hätte der Testlauf von den Sachverständigen theoretisch auch mit — von neutralen Dritten — zu beschaffenden Kopien des Betriebssystems — sei es der Version 4.41, sei es der Version 4.42 — durchgeführt werden können. Von einem dahingehenden Auftrag an die Sachverständigen hat der Senat aber abgesehen. Ein derartiger Auftrag wäre nämlich nur angebracht gewesen, wenn eine hinreichend zuverlässige Antwort auf die Beweisfrage auch auf dem Weg hätte gewonnen werden können, daß ein Testlauf der Computer-Anlage mit einer Kopie des Betriebssystems (in der Version 4.41 oder 4.42) vorgenommen wird. Das haben die Sachverständigen auf Fragen des Senats jedoch verneint; ihres Erachtens läßt sich auf diesem Wege eine Überprüfung der PROMS auf ihren Originalinhalt nicht hinreichend zuverlässig durchführen.

Von einem solchen Auftrag an die Sachverständigen, den Testlauf der Computer-Anlage mit einer Kopie des Betriebssystems vorzunehmen, war im übrigen aus folgendem Grund abzusehen:

Abgesehen davon, daß die Klägerin das Betriebssystem der Anlage ausgetauscht hat und die Original-

PROMS offensichtlich nicht mehr zur Verfügung stehen, ist zwischen den Parteien unstrittig, daß die Klägerin auch die Platine, auf der sich die PROMS mit dem Betriebssystem befanden, erneuert und einen anderen Drucker an die Anlage angeschlossen hat; darüber hinaus sind bei der Demontage der Anlage unstrittig die Kabel zerschnitten worden. Nach dem Gutachten der Sachverständigen vom 16. Dezember 1986 muß aber der gerätetechnische Aufbau (Hardware-Karten, Anschlußleitungen, Länge der Leitungen etc.) mit der gelieferten Original-Hardware übereinstimmen, um eine hinreichend zuverlässige Aussage hinsichtlich der Zusammenarbeit der PROMS mit der Rest-Hardware treffen zu können; es sei grundsätzlich nicht auszuschließen, daß der Mangel der Anlage auf eine fehlerhafte Platine der Computer-Anlage zurückzuführen ist. Somit läßt sich nicht ausschließen, daß die Anlage gerade in dem der Beklagten ursprünglich gelieferten Zustand (PROMS, Platine, Drucker und Kabel) Mängel aufgewiesen hat, und daß diese Mängel für die von dem Sachverständigen (im Beweissicherungsverfahren) festgestellten Fehler ursächlich waren.

Danach läßt sich durch eine Begutachtung der vorhandenen Anlage jetzt nicht mehr feststellen, ob die der Beklagten ursprünglich gelieferte Anlage mangelfrei gearbeitet hat oder nicht. ...“

#### Anmerkung

Dem Urteil kann insoweit nicht zugestimmt werden, wie es die Software (Betriebssystem) als Gattungssache einstuft. Der Anspruch des Käufers auf ein anderes Stück einer Gattungssache geht davon aus, daß andere Stücke fehlerfrei sein können. Das macht Sinn, wenn das gelieferte Stück einen Material- oder einen Fertigungsfehler hat. Das macht bei einem Konstruktionsfehler, der der Gattung anhaftet, keinen Sinn.

(Einsendung und Anmerkung: Rechtsanwalt Dr. Christoph Zahrt, Neckargemünd)

## Beweislast bei Fehlern

**LG Düsseldorf, Urteil vom 5. Mai 1987 (7 O 184/84)**

#### Nichtamtliche Leitsätze

1. Der Lieferant eines Standardprogramms, der auf Vergütung klagt, trägt die Beweislast für die Abwesenheit von Fehlern.

2. Zur Pflicht des Beweisbelasteten, dem Sachverständigen eine DV-Anlage für die Überprüfung des streitgegenständlichen Standardprogramms zur Verfügung zu stellen.

#### Paragrafen

BGB: § 459  
ZPO: § 284

#### Stichworte

Beweislast — Unterstützung des Sachverständigen; Fehler — Beweislast — Standardprogramme

#### Tatbestand

„Die Klägerin lieferte dem Beklagten unter dem 8. 11. 1983 die in der Rechnung vom 29. 11. 1983 näher spezifizierte Software. Zwischen den Parteien ist unstrittig, ob das gelieferte Programm für die Belange des Beklagten, der als Sachverständiger für Bauschäden tätig ist, geeignet ist.“

Die Klägerin klagt auf ca. DM 9000,— Vergütung. Der Beklagte beruft sich auf Mängel.

„Es sollte Beweis erhoben werden gemäß Beweisbeschluß vom 12. 11. 1983 durch Einholung eines Sachverständigengutachtens auf Antrag der Klägerin. Es war der Klägerin nicht möglich, dem Sachverständigen einen geeigneten Computer zur Vorführung der Software zur Verfügung zu stellen. Mit Schreiben vom 30. 5. 1986 wurde der Klägerin eine Frist von drei Wochen gesetzt, einen geeigneten Computer zur Verfügung zu stellen. Die Klägerin selbst hat darauf keinen Computer zur Verfügung stellen können. Sie hat insbesondere dem Gericht keine positive Mitteilung gemacht. Mit Schreiben vom 24. Januar 1987 teilt zwar der Sachverständige mit, daß ihm hinterlassen worden sei, daß nunmehr eine Anlage zur Verfügung stünde. Dieses Schreiben ging beiden Parteien zu. Eine nähere Konkretisierung oder eine nochmalige Kontaktaufnahme zum Sachverständigen erfolgte nicht bis zum Termin vom 24. 3. 1987 ...“

**Entscheidungsgründe**

„Die Klage ist nicht begründet. Die Klägerin ist beweisfällig geblieben. Die Beweislast liegt bei der Klägerin. Auch wenn der Beklagte die Software bei der Vorführung nicht beanstandet hat, so kann dies in diesem Bereich jedoch nicht als Abnahme gewertet werden. Denn die Ordnungsmäßigkeit einer solchen Ware läßt sich nicht durch äußere Überprüfung erkennen. Sie läßt sich nur erkennen durch Gebrauch. Der Beklagte hat aber nach Ingebrauchnahme alsbald Mängel gerügt.

Der Klägerin war es nicht möglich, einen Computer zur Verfügung zu stellen, der die Überprüfung der Software erlaubte. Die Mitteilung des Sachverständigen an das Gericht reicht nicht aus, nachdem die Klägerin seitens des Gerichts bereits ausdrücklich aufgefordert war, einen Computer zur Verfügung zu stellen und eine ihr gesetzte Frist ergebnislos verstrichen war. Abgesehen davon, daß die Wiederaufnahme der Beweisaufnahme den Rechtsstreit verzögert hätte, mußte die Klägerin einen entsprechenden Vortrag, daß nunmehr der Sachverständige tätig werden sollte, dem Gericht selbst gegenüber vorbringen. Die Klägerin ist anwaltlich vertreten. So wie der Sachverständige die Äußerungen des Prozeßbevollmächtigten oder eines Dritten aus dem Büro des Prozeßbevollmächtigten wiedergibt, sind diese völlig unbestimmt. Sie wurden auch nicht konkretisiert, nachdem der Inhalt dieser Äußerungen den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin bekannt wurde und diesen den völlig unvollständigen Informationsstand des Gerichts kannten. Nach der Vorgesichte hätte aber dem Gericht gegenüber der Vortrag erfolgen müssen, daß ein Computer zur Verfügung stand. Es hätte vor allen Dingen exakt angegeben werden müssen, wo dieser zur Verfügung stand und wann der Sachverständige Zugang hatte. Der Sachverständige war zum Zeitpunkt der Mitteilung des Klägervertreter nicht mehr beauftragt ...“

*(Eingesandt von Rechtsanwalt Dr. Christoph Zahrnt, Neckargemünd)*

# Anscheinsbeweis bei Hardwarefehlern

**LG Essen, Urteil vom 25. Februar 1988 (6 O 291/87)**

**Nichtamtlicher Leitsatz**

Zum Beweis des ersten Anscheins bei Hardwaremängeln.

**Paragrafen**

BGB: § 459  
ZPO: § 287

**Stichworte**

Beweis des ersten Anscheins; Fehler — Beweislast — Hardware

**Tatbestand**

Der Kläger verlangt Wandlung eines Kaufvertrages über einen Mikrocomputer, den er Ende 1986 bei der Beklagten gekauft hatte. Die Beklagte hatte das Gerät am 26. Januar 1987 repariert. Der Kläger behauptet, daß weiterhin Fehler vorliegen würden.

**Entscheidungsgründe**

Die Klage ist begründet. „Denn die gekauften Gegenstände wiesen bei der Übergabe erhebliche Mängel auf, die deren Wert und Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch aufheben.

Dies ergibt sich aus den ... Ausführungen des Sachverständigen. Aufgrund dieser Ausführungen hat die Kammer keinen Zweifel daran, daß zur Zeit der Augenscheineinnahme durch den Sachverständigen die Tastatur defekt war, die Uhr nicht funktionierte, ausgedruckte Schreiben und gespeicherte Sätze verstümmelt wiedergegeben wurden, das Diskettenlaufwerk B nicht benutzt werden konnte und ein Defekt am Anschlußkabel vorlag. Auf Grundlage der allgemeinen Lebenserfahrung spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, daß diese Mängel bereits bei der Übergabe der Geräte an den Kläger vorgelegen haben. Der Beklagte hat den Beweis des ersten Anscheins nicht entkräftet.“

*(Eingesandt von Rechtsanwalt Dr. Christoph Zahrnt, Neckargemünd)*