

Beklagten hergestellt wurde, um die Abrechnungen und ähnliche Vorgänge einer Zahnarztpraxis auf Datenverarbeitung umzustellen. Außerdem ist das Gerät, ... so konstruiert, daß nur eine bestimmten technischen Voraussetzungen entsprechende Software verarbeitet werden kann. Daher war der Kläger, nachdem die Versuche mit der Software der (SW-Lieferantin 1) und der Firma (SW-Lieferantin 2) gescheitert waren, darauf angewiesen, von der Beklagten eine für die gekaufte Hardware passende Software geliefert zu bekommen. Enthält auch diese Software Mängel, die ihren Einsatz unmöglich machen oder deutlich einschränken, kann daher nicht ausgeschlossen werden, daß dies auch rechtliche Einwirkungen auf den Hardwarevertrag zur Folge hat, weil die Hardware in diesem Fall für den Kläger unbrauchbar ist. Denn der Kläger ist aufgrund der technischen Ausgestaltung der Hardware nach seinem Vortrag nicht in der Lage, eine andere Software von einem Hersteller einzusetzen.

Wegen dieses auf den individuellen Bedarf des Klägers abgestellten Spezialprogramms, das nicht durch einen Austausch der Hardware oder durch einen Wechsel der Software (von einem anderen Hersteller) ausgeglichen werden kann, ist nicht auszuschließen, daß eine rechtliche Verbindung zwischen den beiden Verträgen besteht (insoweit handelt es sich um einen anderen Sachverhalt als in der Entscheidung BGH NJW 87, 2004). ...

#### Anmerkung

Das Urteil ist in der Begründung m.E. nicht haltbar: Der dogmatische Ausgangspunkt ist falsch. Die Be-

rücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles erlauben m.E. nicht, vom dogmatisch richtigen Ausgangspunkt abzuweichen; das ist aber eine Auslegungsfrage, bei der man auch gegenteiliger Meinung sein kann.

(1) Wie in der Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 30. September 1987 dargelegt, ist *nicht* grundsätzlich davon auszugehen, daß zwei Vertragsdokumente für getrennte Verträge sprechen.

Das OLG weist zu Recht darauf hin, daß eine weniger enge Verbindung der Verträge in Form der gegenseitigen Geschäftsgrundlage möglich ist. Das gelte dann, wenn es keine „Ausweichsoftware“ gäbe. Wenn man sich den Fall historisch ansieht und aus den Produktangaben auf die Hersteller schließt, weiß man, daß es sowieso nie drei verschiedene Zahnarztpakete für diesen Typ von DV-Anlage gab, sondern daß es Versuche gab, Zahnarztpakete auf den Markt zu bringen. Wie sich aus dem Urteil des LG ergibt, hatte die Beklagte den Einsatz des zweiten Paketes vermittelt und das dritte mit Unterstützung des Klägers selber entwickelt (und kostenlos samt Hardwareerweiterung geliefert).

(2) Für den konkreten Fall hat das OLG Ziffer 5 der Zusatzvereinbarung dahingehend ausgelegt, daß der Rücktritt vom Hardwarevertrag „gerade ausgeschlossen“ werden sollte. M. E. handelt es sich um eine nahezu klassische Formulierung, daß jede Seite auf ihrem Rechtsstandpunkt beharrte (Kläger: Gesamtrechtsgeschäft/Beklagte: kein Gesamtrechtsgeschäft), man aber das in der Hoffnung dahingestellt ließ, daß die neue Lösung erfolgreich werden würde und damit die Rechtspositionen dahingestellt bleiben könnten. Über Auslegungen kann man allerdings — meist — streiten. (ch. z.)

### LG München I, Urteil vom 30. Januar 1987 (6 HKO 14 741/85) OLG München, Berufungsurteil vom 30. September 1987 (7 U 2373/87)

#### Nichtamtliche Leitsätze des LG

1. Erwirbt der Anwender am selben Tage von einem Softwarelieferanten branchenspezifische Anwendungsprogramme, die nur auf einem bestimmten Anlagentyp einsatzfähig sind und die laut Vertrag er nur auf diesem einsetzen darf, und danach vom Anlagenlieferanten die für den Einsatz dieser Programme erforderliche Anlage, so bilden beide Verträge eine Einheit gemäß § 139 BGB.

2. Daran ändert sich nichts, wenn der Kaufvertrag über die Anlage durch einen Kaufvertrag zwischen deren Lieferanten und einem Leasinggeber ersetzt wird.

3. Ein Fehler liegt auch dann vor, wenn sich zwar richtige Ergebnisse erzielen lassen, die Bedienungsanleitung die entsprechenden Anweisungen aber nicht enthält.

#### Nichtamtlicher Leitsatz des OLG

Zur Frage der Koppelung von einem Kaufvertrag über eine DV-Anlage und einem Vertrag über die Überlassung von Standardprogrammen mit verschiede-

nen Lieferanten auf der Grundlage des Urteils des BGH vom 25. März 1987 (letzteres überholt durch Urteil des BGH vom 4. November 1987).

#### Paragrafen

BGB: § 139; § 459; § 535

#### Stichworte

Benutzerdokumentation (8.3 (3)); Fehler — bei unklarer Benutzerdokumentation (6.3.1 (5)); Koppelung — bei zwei Lieferanten (6.1.2 (2)); Verjährung — Beginn — bei Verletzung von Beratungspflichten; Verletzung von Pflichten bei Vertragsverhandlungen — Verhältnis zu Gewährleistungsansprüchen (7.1 (5))

#### Tatbestand des LG

Die Klägerin, die einen Optikerbetrieb hat, „kaufte mit Kaufvertrag vom 10. 4. 1984 auf der Industrie-Messe in Hannover bei der Beklagten die EDV-Anlage X S 10 einschließlich Typenraddrucker und Festplatte

zum Preis von“ ca. DM 36 000,— brutto. Die Klägerin schaltete später einen Leasinggeber für den Erwerb dieser Anlage ein.

„Mit dem ‚Software-Nutzungsvertrag‘ vom gleichen Tag erwarb die Klägerin das Nutzungsrecht für Software von der Streithelferin (Softwarelieferantin). Ziffer 2 letzterer Absatz dieses Vertrages bestimmt: ‚Der Kunde darf die Software nur auf X-COMPUTERN einsetzen‘.

Die Klägerin wollte Hardware und Software für Kundenerfassung und -bearbeitung, Kundenbetreuung und Krankenkassenabrechnung einsetzen.

Die Installation von Hardware und Software erfolgte am 12. 7. 1984.

Mit Schreiben vom 23. 7. 1984 rügte die Klägerin Mängel des Computer-Programms. ...

Da auch ein im Januar 1985 durchgeführter Nachbesserungsversuch erfolglos geblieben sei, erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 5. 7. 1985 an die Beklagte und an die Streithelferin den Rücktritt vom Kaufvertrag und dem Software-Nutzungsvertrag.

Im einzelnen sind nach Behauptung der Klägerin folgende Mängel vorhanden, die nicht durch Bedienungsfehler ihrerseits verursacht seien

1. Selektion nach Glasstärken: Nicht alle Kunden im bestimmten vorgegebenen Bereich seien selektiert worden. ...

Die Klägerin ist der Auffassung, daß ihr Anspruch nach § 346, § 139 BGB begründet sei, da die vorgetragenen Mängel der Software nicht innerhalb der Nachbesserungsfrist bis 12. 1. 85 beseitigt worden seien, sei sie, die Klägerin, nach § 6 Abs. 1 des Software-Nutzungsvertrages vertraglich zum Rücktritt berechtigt. Nach § 139 BGB führe die Auflösung des Software-Nutzungsvertrages auch zur Hinfälligkeit des Kaufvertrages, da beide Verträge rechtlich ein einheitliches Geschäft bildeten. Beide Verträge seien von der Klägerin auf der Industrie-Messe in Hannover geschlossen worden. Dort sei auf einem riesigen Stand für X-Computer auch ein Stand ‚Optosoft‘ integriert gewesen. Der Klägerin sei es auf die Software angekommen, die Hardware sei ihr gleichgültig gewesen. Das das Programm Ocular aber nur mit X-Computern benutzt werden könne, habe sie sich zum Kauf einer solchen Anlage entschlossen.“

Die Klägerin verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises.

„Die Beklagte trägt vor, nicht passivlegitimiert zu sein. Der Kaufvertrag über die EDV-Anlage und die Betriebssoftware sei zwischen der Beklagten und der Firma Leasing-GmbH zustande gekommen.

Die beiden Verträge seien nicht als rechtliche und wirtschaftliche Einheit aufzufassen. Es sei nicht richtig, daß das Software-Programm nur auf X-Computern gefahren werden könne. Es sei auch nicht richtig, daß die Stände der Beklagten und der Streithelferin auf der Messe nicht zu unterscheiden gewesen seien.

Bei den von der Klägerin gerügten Mängeln handle es sich nicht um Mängel der Software, sondern um Bedienungsfehler. ... Weiterhin erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung.“

### Entscheidungsgründe des LG

„Die Klage ist begründet. Die Klägerin war nämlich berechtigt, den Kaufvertrag über die von der Beklagten gelieferte Computer-Anlage im Hinblick auf die vom Sachverständigen festgestellten Mängel der Software ‚Ocular‘ zu wandeln.

1. Die Klägerin ist aktivlegitimiert. Der von der Klägerin mit der Firma Leasing-GmbH abgeschlossene Finanzierungsleasingvertrag hat auf die Aktivlegitimation der Klägerin keinen Einfluß. Denn das Wandlungsrecht der Klägerin gründet sich auf die von der Klägerin mit der Beklagten bzw. der Streithelferin abgeschlossenen Verträge, also den Kaufvertrag und den Software-Nutzungsvertrag. ...
2. Der Anspruch der Klägerin auf Wandlung nach § 462 BGB ist auch nicht verjährt. ...
3. Die Mängel am Software-Programm berechtigen die Klägerin auch zur Wandlung des Kaufvertrages, da die beiden Verträge mit der Beklagten und der Streitverkündeten aus der Sicht der Klägerin ein rechtlich und wirtschaftlich einheitliches Rechtsgeschäft darstellen. Für den Kaufmann, der seinen Betrieb auf elektronische Datenverarbeitung umstellt, ist nämlich grundsätzlich nicht die Computer-Anlage als solche von Bedeutung, sondern alleine die Tatsache wichtig, welche Programme mit der Anlage durchgeführt werden können. Für die Klägerin war beim Abschluß der streitgegenständlichen Verträge entscheidend, für die Kundenerfassung und Bearbeitung sowie die Betreuung der Kunden und die Krankenkassenabrechnungen eine funktionsfähige Gesamtanlage zu erwerben. Sie hat sich für die von der Streithelferin angebotene Software ‚Ocular‘ entschieden. Dies hatte zwangsläufig zur Folge, daß sie als Hardware die von der Beklagten verkaufte Anlage erwerben mußte. Denn in Ziffer 2 des Software-Nutzungsvertrages ist ausdrücklich bestimmt, daß der Kunde die Software nur auf X-Computern einsetzen dürfe.
4. Die von der Klägerin erklärte Wandlung ist auch begründet, da die Software ‚Ocular‘ Mängel aufweist, die den Wert der Gesamtanlage zu dem nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch erheblich mindern (§ 459 Abs. 1 Satz 1 BGB). Es handelt sich hierbei um folgende Mängel, von deren Vorhandensein die Kammer aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen überzeugt ist:
  - a) Die Selektion nach Auftragsdaten führt zu unlässigen Ergebnissen. ...  
Soweit die Streithelferin (= Softwarelieferantin) darzulegen versucht, daß die Abfragung nicht so wie im Bedienungshandbuch vorgeschrieben erfolgt sei, und daß die Auffassung des Sachverständigen, daß das Bedienungshandbuch die Abläufe nicht eindeutig kontrolliert und die Angaben im Bedienungshandbuch für die Datumseingabe bei Selektionsvorgängen nicht transparent seien, so trifft dies nach der Auffassung der Kammer nicht zu. Die fehlende Transparenz in der Bedienungsanleitung ergibt sich zum einen

schon daraus, daß die Streithelferin zwei Schreibmaschinenseiten braucht, um in ihrem Schriftsatz diese Transparenz darzulegen. Zum anderen aber folgt sie insbesondere daraus, daß in der Bedienungsanleitung zwar ein doppelter Selektionsvorgang für die Auswahl bei Betrieben geschildert ist, daß aber der Hinweis, daß ein ähnliches Verfahren bei Geburtstagen durchzuführen ist, unter Ziffer 5 fehlt.

Die Rüge der Klägerin bezüglich der mangelnden Selektion nach Auftragsdaten ist daher in zweifacher Weise begründet, nämlich zum einen dadurch, daß der Sachverständige diesbezüglich ein unzulässiges Ergebnis festgestellt hat und zum anderen dadurch, daß bezüglich der Dateneingabe die Anweisungen in der Bedienungsanleitung unzureichend sind. Denn eine Bedienungsanleitung muß so geschrieben werden, daß sie für einen Kaufmann, der keine Vorbildung auf dem EDV-Sektor hat, verständlich ist. Nur dann nämlich kann von einem für den Kaufmann geeigneten Programm gesprochen werden. Dem Kaufmann nützt ein perfektes Programm, das er infolge einer mangelhaften Bedienungsanleitung nicht ordnungsgemäß bedienen kann, nämlich genauso wenig, wie ein fehlerhaftes Programm mit einer perfekten Bedienungsanleitung.“

Auch einige weitere Fehler wurden vom Sachverständigen bestätigt.

### Entscheidungsgründe des OLG

„2. Die Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg. Die Beklagte rügt mit Recht, daß das Erstgericht die Einheitlichkeit des Hard- und Software-Vertrags sowie die Verjährung des Anspruchs der Klägerin auf Wandelung des Software-Vertrags rechtsfehlerhaft beurteilt hat. ...

- b) Die Klägerin hat keinen selbständigen, in den kaufrechtlichen Beziehungen über die Hardware liegenden Wandelungsgrund, weil die Hardware unstreitig fehlerfrei war.
- c) Die Klägerin kann sich zur Begründung ihres Klageanspruchs aber auch nicht darauf berufen, sie habe den Software-Nutzungsvertrag wegen der Mängel der ihr von der Streithelferin überlassenen Anwendungs-Software gewandelt – was wegen der Einheitlichkeit des Hard- und Software-Vertrags nach § 139 BGB auch zur Rückabwicklung des Kaufvertrags über den Computer geführt hätte (vgl. auch §§ 469, 470 BGB). Zwischen dem Hard- und Software-Vertrag bestand nämlich keine rechtliche Einheit. Voraussetzung für ein einheitliches Rechtsgeschäft ist der Wille der Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses, daß die Gültigkeit des einen Rechtsgeschäfts von der des anderen abhängen solle. Entscheidend ist also, ob nach den Vorstellungen der Vertragsschließenden die Vereinbarung nicht für sich allein gelten, son-

dern gemeinsam ‚miteinander stehen und fallen‘ soll. Auch wenn nur eine der Vertragsparteien einen solchen Einheitswillen erkennen läßt und der andere Partner diesen billigt oder mindestens hinnimmt, kann ein einheitlicher Vertrag vorliegen. Es ist auch nicht erforderlich, daß an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt sind. Das tatsächliche oder wirtschaftliche Interesse einer Partei genügt allerdings nicht für die Annahme des einheitlichen Rechtsgeschäfts (vgl. BGHZ 54, 71; 76, 43 (48, 49); 78, 346 (348, 349); NJW 1976, 1931; WM 1987, 818 = NJW 1987, 2004). Zur Feststellung des jeweiligen, im Einzelfall zu ermittelnden Parteiwillens hat die Rechtsprechung vor allem das formale Kriterium herangezogen, ob die Rechtsgeschäfte in derselben oder in mehreren Urkunden niedergelegt sind, wobei die Aufnahme mehrerer Verträge in verschiedenen Urkunden die Vermutung der rechtlichen Selbständigkeit und die Aufnahme in einer Urkunde die Vermutung der rechtlichen Einheitlichkeit der Vereinbarungen begründet. Diese Rechtsprechung gilt auch für die Fälle, in denen Hard- und Software gleichzeitig gekauft werden (BGH WM 1987, 818 = NJW 1987, 2004). Die Anwendung dieser Grundsätze im Streitfall ergibt, daß es sowohl an einer ausdrücklichen als auch an einer konkludenten Vereinbarung der drei Vertragsparteien darüber fehlt, daß der Hardware- und der Software-Vertrag gemeinsam stehen oder fallen sollen. Für eine ausdrückliche Abrede ist von der Klägerin nichts vorgetragen worden und auch sonst nichts ersichtlich. Aber auch die Umstände beim Abschluß der Verträge reichen nicht für eine rechtliche Verknüpfung der Vereinbarungen aus. Der Erwerb der Hard- und Software ist in verschiedenen Urkunden niedergelegt. Dies begründet bereits die Vermutung der Selbständigkeit beider Verträge. Die Vermutung der Unabhängigkeit der beiden Verträge wird noch dadurch verstärkt, daß auf Verkäuferseite zwei verschiedene, unstreitig nicht verbundene Vertragspartner auftraten, wie der Klägerin aus den beiden Verträgen, die eindeutig auf die Beklagte und die Streithelferin hinweisen, ersichtlich sein mußte. Die von der Klägerin vorgetragene Umstände sind nicht ausreichend, diese Vermutung zu widerlegen. Daß die Klägerin die Hardware von der Beklagten wegen der von der Streithelferin zu beziehenden Software gekauft hat, ist lediglich eine wirtschaftliche Motivation, die für sich allein zur Begründung der rechtlichen Einheit nicht ausreicht (vgl. BGH a.a.O.). Ebenso wenig reicht zur Annahme eines Einheitswillens der bloß gleichzeitige Vertragsabschluß auf dem von der Beklagten und der Streithelferin beschickten Messestand aus. Diese Umstände sagen nichts über die gegenseitige Abhängigkeit bei der sich inhaltlich stark

von einander unterscheidenden Verträge aus. Das Interesse der Klägerin, Hard- und Software gemeinschaftlich verwenden zu können, spricht ebenfalls nicht zwingend für eine rechtliche Einheit beider Verträge, weil der X-Computer und die Software Okular weder speziell aufeinander abgestimmt noch für die speziellen Bedürfnisse der Klägerin bestimmt sind und daher der Computer auch mit Software anderer Herkunft betrieben werden kann. Daß die Klägerin nach Ziffer 2 des Software-Nutzungsvertrags die Software nur auf dem Computer der Beklagten einsetzen durfte, ist demgemäß nicht relevant. Ob sich die Klägerin im Hinblick auf § 2 des Software-Vertrags dann auf § 139 BGB berufen könnte, wenn sie den Hardware-Vertrag wandeln könnte und demgemäß der Einsatz der Software ihr verwehrt wäre, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Für den Streitfall fehlt es jedenfalls an ausreichenden Anhaltspunkten dafür, daß der in einer getrennten Urkunde niedergelegte Kauf des X-Computers, der auch anderweitig einsetzbar ist, vom Software-Vertrag *rechtlich* abhängen sollte.

- d) Selbst wenn man aber eine Einheitlichkeit zwischen Hardware- und Software-Vertrag annähme, wäre die Klägerin mit ihrer Klage erfolglos. Sie muß sich nämlich am Hardware-Vertrag festhalten lassen, weil sie keinen Anspruch auf Wandlung des Software-Vertrages hat. Dieser Anspruch ist bereits verjährt. Beim Software-Vertrag handelt es sich um einen kaufähnlichen Austauschvertrag (§ 433 BGB). ...
- e) Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, die Streithelferin hätte sie über die Verwendungsfähigkeit des Software-Programms in ihrem Betrieb falsch beraten oder aufgeklärt, sie habe daher einen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsabschluß, der sie berechtigte, sich vom Software-Kaufvertrag loszusagen, weil sie in Kenntnis der Mängel das Programm nicht gekauft hätte. Es kann dahinstehen, ob die Streithelferin oder die Beklagte, deren Verhalten sich jene nach § 278 BGB zurechnen lassen müßte, die Klägerin falsch beraten oder aufgeklärt hat. Da sich die von der Klägerin — allerdings lediglich in der ersten Instanz — vorgebrachte Behauptung der Pflichtverletzung auf die mangelnde Einsatz- oder Verwendungsmöglichkeit des Okular-Programms bezieht, wäre auch ein solcher Schadensersatzanspruch verjährt. Die Haftung für schuldhafte Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflicht unterliegt nämlich bei Kaufverträgen der kurzen Verjährung nach § 477 BGB, wenn sich das Verschulden auf erteilte oder unterbliebene Angaben über Mängel oder Eigenschaften der Kaufsache bezieht (BGHZ 47, 312; NJW 1983, 392; 1983, 1496; 1983, 2697; BGHZ 88, 130). ...“

### Anmerkung

Das Urteil des OLG ist entschieden abzulehnen, dem des LG ist zuzustimmen.

(1) Die Rechtsprechung hat entgegen der Floskel des OLG bei *drei* Parteien *nicht* auf das formale Kriterium abgestellt, ob die Rechtsgeschäfte in derselben oder in mehreren Urkunden niedergelegt worden sind. Sie hat bei drei Parteien auf das materielle Kriterium abgestellt, daß die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit ein Indiz für den Willen der Parteien zur rechtsgeschäftlichen Einheit sei. Deswegen habe ich von der materiellen Indiztheorie gesprochen — im Gegensatz zur formellen (Zahl der Urkunden), die die Rechtsprechung bei *zwei* Parteien angewendet hat. Sie bezog sich dabei stets auf notarielle Verträge, wo die Aufteilung eines Geschäfts auf zwei Urkunden tatsächlich ein Indiz gegen die Koppelung beinhaltet (ausführlich Zahrnt, DV-Verträge Rechtsprobleme — Einführung in die Vertragsgestaltung, 1985, S. 106 ff.).

Die Aussage des OLG, daß die Vermutung, daß getrennte Urkunden für die Unabhängigkeit sprechen würde, noch dadurch verstärkt werde, daß auf der Verkäuferseite zwei Lieferanten auftraten, widerspricht der Lebenserfahrung: Der Käufer muß mit jedem der beiden Lieferanten die Leistungen detailliert aushandeln. Es liegt einfach nicht nahe, daß die beiden Lieferanten, die die Angebote erstellen, eine gemeinsame Urkunde vorlegen.

(2) Die Berufung auf das Urteil des BGH vom 25. 3. 1987 (IuR 1987, 291), daß diese Rechtsprechung auch für Geschäfte über Hardware und Software gelte, ist unberechtigt. Der BGH hat keine solche generelle Aussage gemacht. Soweit er eine Aussage in diese Richtung gemacht hat, hat er diese in seinem Grundsatzurteil vom 4. 11. 1987 (IuR 1988, 16) „widerrufen“, indem er erklärt hat, daß jene Entscheidung auf den besonderen Umständen des Einzelfalls beruhen würde. Der BGH stellt in seinem Grundsatzurteil maßgeblich auf die sachliche Zusammengehörigkeit von Hardware und Software ab.

(3) Die „starke Unterschiedlichkeit der Verträge“ spricht nicht gegen den Einheitswillen. Das OLG geht vorsichtshalber gar nicht erst darauf ein, wo diese Unterschiede liegen sollen. Wenn man an die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf denkt, geht es dort um sehr viel unterschiedlichere Verträge. Dennoch hat die Anbieterseite lange Zeit gebraucht, um Formen zu finden, in denen die Unabhängigkeit der beiden Verträge von der Rechtsprechung einigermaßen anerkannt wird.

(4) Der Weisheit des OLG, daß der Computer und die Anwendersoftware „weder speziell aufeinander abgestimmt noch für die speziellen Bedürfnisse der Klägerin bestimmt sind und daher der Computer auch mit Software anderer Herkunft betrieben werden kann“, verblüfft vom Tatsächlichen her. Die Tatsache war laut Urteil des OLG strittig. Das OLG hat nicht ergänzend Beweis erhoben.

Für das Urteil ist das egal: Es ist von diesem Sachverhalt ausgegangen. Dann ist dieses Argument relevant: Geringe sachliche (und zeitliche) Bezogenheit der

beiden Verträge aufeinander spricht nur für einen geringen Zusammengehörigkeitswillen der Parteien (vgl. Zahrnt, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Hallbergmoos 1987, S. 120 ff.). Dann ist auf den Willen der Parteien im übrigen abzustellen. Und dieser spricht sehr für das Auftreten der beiden Lieferanten als Einheit: Gemeinschaftsstand in Hannover (Hersteller mit verschiedenen Softwarehäusern auf seinem Stand); Vertragsschlüsse am selben Tag.

Weiterhin kommt ein Softwareanbieter nicht von ungefähr auf die Vorgabe, daß seine Software nur auf X-Computern eingesetzt werden darf. Schließlich ist das erst einmal negativ für ihn: er schränkt seine Absatzmöglichkeiten ein. Also spricht alles dafür, daß er diese Vorgabe auf Wunsch des Herstellers aufgenommen hat: Dieser will dadurch seinen Hardwareabsatz fördern. Dann muß dieser als Trittbrettfahrer auch die Konsequenzen tragen. (ch. z.)

## Besichtigungsanspruch und Kosten

**LG München I, Beschluß vom 8. Juli 1985 und Urteil vom 13. September 1985 (21 O 12260/85) OLG München, Beschluß vom 31. Oktober 1986 (11 W 1282/86)**

### Paragrafen

BGB: § 809; § 811

ZPO: § 91; § 402

### Stichworte

Urheberrechtsfähigkeit — Urheberrechtsverletzung — Besichtigungsanspruch — einstweilige Verfügung — Vorlage an Sachverständigen

Tenor des Beschlusses des LG München I vom 8. Juli 1985

Einstweilige Verfügung „wegen Unterlassung (UrhG)

- I. Der Antragsgegnerin wird ... §§ 890, 935 ff. ZPO verboten im Geschäftsverkehr zur Werbung für die von ihr angebotenen Computer-Programme die mit dieser einstweiligen Verfügung verbundene Werbeschrift ... zu verwenden.
- II. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, in ihren Geschäftsräumen die der in Ziffer I näher bezeichneten Werbeschrift zugrundeliegenden Disketten, Platten oder Bänder mit den Typenbezeichnungen ... und/oder die in der Hardware der Typen ... angeordneten Festspeicher mit den Programmen der oben erwähnten Typenbezeichnungen dem Sachverständigen ... in Begleitung eines Gerichtsvollziehers zum Zwecke der Vorführung und zur Erstellung eines Sachberichts vorzulegen, um festzustellen, inwieweit die oben näher bezeichneten Programme mit den entsprechenden Programmen der Antragstellerin mit den Typenbezeichnungen ... ganz oder teilweise übereinstimmen.

Im übrigen wird der Sachverständige zur Verschwiegenheit verpflichtet.“

Die Verfügungsgegnerin legte Widerspruch allein wegen der Verurteilung zur Tragung der Kosten ein. Das LG hielt die Verfügung in diesem Punkt im Urteil vom 13. September 1985 aufrecht.

Bei der anschließenden Kostenfestsetzung wurden die Sachverständigenkosten nicht festgesetzt. Dagegen wandte sich die Klägerin mit der Erinnerung bzw. mit einer sofortigen Beschwerde. Diese wurde vom OLG München zurückgewiesen.

### Gründe des OLG

„1. Die von der Klägerin geltend gemachten Sachverständigenauslagen sind keine Kosten der einstweiligen Verfügung. Es handelt sich bei ihnen weder um gerichtliche, noch um außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits im Sinne von § 91 ZPO, da sie weder für das Verfahren noch in diesem entstanden sind.

Die Bestimmung des Gutachters durch die einstweilige Verfügung ist entgegen der Meinung der Klägerin nicht als

gerichtliche Beauftragung eines Sachverständigen gem. §§ 402 ff. ZPO zur Durchführung einer Beweisaufnahme anzusehen. Das Gericht hat hier auf Grund materiellen Rechts einen Empfangs- und Besichtigungsberechtigten ausgewählt und hierbei gleichzeitig dem Wunsch der Klägerin entsprochen, einen Computersachverständigen als Dritten zu bestimmen. Gestützt auf § 809 BGB hat die Klägerin von der Beklagten die Vorlage der Computerprogramme zur Besichtigung verlangt. Grundsätzlich steht nach § 809 BGB dem Vorlegungsgläubiger das Recht zu, Vorlegung an sich zu verlangen und die Sache auch persönlich zu besichtigen. Dieses Recht auf unmittelbare Besichtigung kann jedoch eingeschränkt sein, wenn glaubhaft gemachte Geheimhaltungsinteressen des Vorlegungsschuldners bestehen (BVerfGE 27, 344). In diesen Fällen ist ein Dritter zu beauftragen, der die Besichtigung für den Vorlegungsgläubiger unter Wahrung der Betriebsgeheimnisse des Vorlegungsschuldners durchführt (BGHZ 93, 191/213). Dem hat die Klägerin mit ihrem Antrag Rechnung getragen, indem sie die Vorlage der Programme an einen Dritten begehrt hat.

Diesem Dritten kommt eine doppelte Funktion zu: Gegenüber dem Vorlegungsschuldner hat er wegen der Verpflichtung zur Geheimhaltung eine treuhänderähnliche Stellung. Gegenüber dem Vorlegungsgläubiger ist er Beauftragter, der für diesen die Vorlegungssache zu besichtigen hat, um gegebenenfalls in einem späteren Rechtsstreit der Parteien als Zeuge auftreten zu können (Leppin, GRUR 1984, 560).

Obwohl das mit der einstweiligen Verfügung verfolgte Begehren der Klägerin auf Beweissicherung gerichtet war, wurde hier kein Beweissicherungsverfahren nach §§ 485 ff. ZPO durchgeführt. Das in der ZPO geregelte Beweissicherungsverfahren zielt auf eine sofortige Beweisaufnahme durch das Gericht ab, während das mit dem einstweiligen Verfügungsverfahren von der Klägerin verfolgte Begehren lediglich ein Beweismittel beibringen soll. Die Verwendung des Begriffes „Sachverständiger“ bei der Auswahl des Dritten und die Beschreibung seiner Aufgabe im Tenor der einstweiligen Verfügung erwecken zwar zunächst den Anschein einer Beauftragung des Sachverständigen im Rahmen einer vom Gericht angeordneten Beweisaufnahme. Eine solche hat das Landgericht jedoch weder gewollt noch vollzogen, was sich daraus ergibt, daß es von der Klägerin keinen Kostenvorschuß für die Beauftragung des Sachverständigen verlangt hat. Das Landgericht hat es vielmehr zutreffend der Klägerin überlassen, den Sachverständigen zu beauftragen. Abgesehen davon wäre ein Beweissicherungsverfahren, da ein Rechtsstreit zwischen den Parteien noch nicht anhängig war, gem. § 487 Abs. 3 ZPO vor dem Amtsgericht und nicht vor dem Landgericht durchzuführen gewesen. Die Bestellung eines Sachverständigen hätte auch nicht durch eine einstweilige