

# Hardwareverträge

## Übersicht

RdNr.

RdNr.

<b>I. Die rechtliche Qualifizierung des Hardwarevertrages</b> . . . . .	1	b) Die Voraussetzungen des § 469 S. 2 BGB . . . . .	12
<b>II. Bestimmte Klauseln</b>		c) Vertragsaufspaltung durch allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	15
1. Anwendungsbericht von § 8 AGBG . . . . .	2	4. Haftung . . . . .	16
a) Betriebssystem . . . . .	3	5. Hardwarebindungen („CPU-Klauseln“) . . . . .	17
b) Neuteile . . . . .	4	a) Die klassische CPU-Klausel . . . . .	17
c) Beschränkungen der Dokumentation . . . . .	5	b) Upgrade-Gebühren . . . . .	20
2. Gewährleistung . . . . .	6	c) Beschränkungen auf Gerätetypen . . . . .	21
a) Ausschluß der Gewährleistung (§ 11 Nr. 10a) . . . . .	6	5. OEM-Bundling . . . . .	22
b) Nachbesserung der Hardware (§ 11 Nr. 10b) . . . . .	7	<b>III. Wartungsverträge</b> . . . . .	23
c) Kosten der Nachbesserung (§ 11 Nr. 10c) . . . . .	8	1. Rechtsnatur . . . . .	24
d) Rügepflicht (§ 11 Nr. 10e) . . . . .	9	2. Einzelne Klauseln . . . . .	25
3. Gesamtabwicklung . . . . .	10	a) Vertragsbeginn . . . . .	25
a) Computersystem als einheitliche Kaufsache (§ 93 BGB) . . . . .	11	b) Vertragsbeendigung . . . . .	26
		c) Übertragbarkeit der Leistungspflichten . . . . .	27
		d) Wartungsgebühren . . . . .	28

Der „reine“ Hardwarevertrag hat die AGB-rechtliche Rechtsprechung kaum beschäftigt. Dies hängt mit der zunehmend geringeren Bedeutung von Hardware gegenüber der Software zusammen. Wurde noch in den siebziger Jahren Software als (billige) Draufgabe zu der (teuren) EDV-Anlage gesehen, hat sich das Verhältnis umgewandelt.<sup>1</sup> Aufgrund der steigenden Kapazitäten von PCs und dem drastischen Preisverfall im Hardwarebereich übersteigt der Preis für Software den der Hardware um ein vielfaches. Diesem Phänomen entsprechend existiert wenig Rechtsprechung zu den Grenzen der Vertragsgestaltung im Hardwarebereich.

## I. Die rechtliche Qualifizierung des Hardwarevertrages

Hardware wird (zusammen mit der dazu gehörigen Betriebssystemsoftware<sup>2</sup>) in den 1 klassischen Formen des Vertragsrechts vertrieben.<sup>3</sup> Steht die Übereignung von Hardware im Vordergrund, handelt es sich um einen (Sach-)Kaufvertrag.<sup>4</sup> Soll die Hardware dem Kunden jedoch nur für eine begrenzte Zeit zur Verfügung stehen, liegt regelmäßig ein Mietvertrag vor.<sup>5</sup> Relativ neu ist hingegen das EDV-Leasinggeschäft.<sup>6</sup> Soweit in einem

<sup>1</sup> Siehe Moritz/Tybussek, RdNr. 1 ff.

<sup>2</sup> Betriebssystem und Hardware bilden regelmäßig eine vertragsrechtliche Einheit; siehe etwa LG Aachen, CR 1988, 216; Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 64; Redeker, RdNr. 256. Zur Pflicht, ein Betriebssystem mitzuliefern, siehe die Ausführungen unten.

<sup>3</sup> So bereits Lauer, BB 1982, 1758; Junker, RdNr. 261; Redeker, RdNr. 256 und 302.

<sup>4</sup> BGH, WM 1983, 685; OLG Karlsruhe, CR 1986, 549 m. Anm. Seitz; KG, CR 1986, 643 m. Anm. Kropshofer/Spurzem.

<sup>5</sup> BGH, NJW 1982, 696.

<sup>6</sup> Hier gelten allerdings weitgehend die normalen Regelungen zum Leasing; siehe hierzu die Kapitel „Computer-Leasing“ und „Leasing“ von Westphalen in diesem Handbuch. Weitere Hinweise bei Schneider, F 221 ff.

Vertrag Installationspflichten vereinbart werden,<sup>7</sup> sind diese einheitlich nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.<sup>8</sup>

Schwieriger zu klassifizieren sind gemischte Verträge, in denen neben der Hardware auch (Anwendungs-)Software überlassen wird. Regelmäßig läuft die Vertragszuordnung für beide Produkte parallel: Zusammen mit der gemieteten Hardware wird häufig auch Software gemietet.<sup>9</sup> Ferner soll auf einen Vertrag über Hardware-Miete und Software-Erstellung regelmäßige Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen.<sup>10</sup> Bei Kombination von Hardwarekauf und Softwareerstellung soll nach Auffassung des OLG Karlsruhe je nach betroffener Teilleistung Kauf- oder Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen.<sup>11</sup> Anders sieht es das OLG Koblenz, das einen solch gemischten Vertrag einheitlich dem Werkvertragsrecht unterwerfen will.<sup>12</sup> Letzteres entspricht der Tendenz der jüngeren Rechtsprechung zum sog. Systemvertrag: Steht beim Erwerb die Lösung eines bestimmten Anwendungsproblems im Vordergrund, so unterliegt der Vertrieb des Gesamtpakets aus Hard- und Software dem Werkvertragsrecht.<sup>13</sup>

## II. Bestimmte Klauseln

### 1. Anwendungsbereich von § 8 AGBG

Nach § 8 AGBG ist die Leistungsbeschreibung, d. h. die vertragliche Regelung von Art und Umfang der vertragsrechtlichen Hauptleistungspflichten, nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 9–11 AGBG unterworfen. Kontrollfähig sind hingegen Klauseln, die die Hauptleistung einschränken, verändern oder modifizieren.<sup>14</sup>

Weite Teile des Hardwaregeschäfts unterliegen demnach nicht der Inhaltskontrolle. So werden bei größeren DV-Verträgen Leistungsvorgaben im Rahmen des Pflichtenheftes festgelegt. Fehlt es an einem Pflichtenheft, kann die Leistungsbeschreibung zur Konkretisierung des vertraglich geschuldeten Sollzustands herangezogen werden. In diesem Sinne gelten etwa abweichende Speicherkapazitäten,<sup>15</sup> zu geringe Zugriffsraten auf den Speicher<sup>16</sup> oder Abweichungen der Zugriffsgeschwindigkeiten auf eine Festplatte von den Herstellerangaben<sup>17</sup> als Mängel.

Der nicht kontrollfähige Bereich der Hauptleistungspflichten bestimmt sich bei Fehlen einer vertraglichen Bestimmung nach dem gewöhnlichen Gebrauch.<sup>18</sup> Häufig auftretende Mängel sind der Ausfall des Bildschirms,<sup>19</sup> die Lieferung einer amerikanischen statt der deutschen Tastatur<sup>20</sup> oder ungewöhnliche Geräusche beim Rechnerbetrieb.<sup>21</sup> Kein Mangel ist es, wenn die einzelnen Komponenten von verschiedenen Herstellern stammen.<sup>22</sup> Dies gilt allerdings nicht, wenn die Lieferung eines bestimmten Markengeräts ausdrücklich vereinbart worden ist.<sup>23</sup>

<sup>7</sup> Diese gehören nicht grundsätzlich zum Inhalt des Hardwarekaufs; siehe OLG Karlsruhe, Urteil vom 3. Juli 1985, in: Zahn, DV-Rechtsprechung II, HE-3; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2627; Schneider, F 35.

<sup>8</sup> LG Stuttgart, CR 1986, 203 mit Anm. Klaas-Kabelbrand.

<sup>9</sup> BGH, NJW 1982, 696 – Krankenscheinaufkleber.

<sup>10</sup> BGH, CR 1986, 799 mit Anm. Etter = WM 1986, 1255 – S-Projekt.

<sup>11</sup> OLG Karlsruhe, CR 1991, 280 – Therapiesteuerung. Ähnlich auch LG Augsburg, IuR 1986, 166 – Musikalienkatalog.

<sup>12</sup> OLG Koblenz, CR 1988, 463. Ähnlich OLG Celle, Urteil vom 22. Mai 1996 – 13 U 195/95 (unveröff.).

<sup>13</sup> BGH, CR 1986, 799.

<sup>14</sup> BGH, NJW 1993, 2369; siehe hierzu auch von Westphalen, Preis, im vertragsrechtlichen Teil dieses Handbuchs.

<sup>15</sup> LG München I, CR 1992, 554 (Leits.) = ECR LG 10.

<sup>16</sup> LG Karlsruhe, CR 1993, 499.

<sup>17</sup> LG Tübingen, CR 1993, 772.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu auch Redeker, Rdnr. 260.

<sup>19</sup> OLG München, CR 1987, 506.

<sup>20</sup> OLG München, CR 1987, 506.

<sup>21</sup> LG München I, CR 1987, 20 = IuR 1986, 113.

<sup>22</sup> AG Nürtingen, CR 1995, 406.

<sup>23</sup> LG Saarbrücken, Urt. v. 2. Juli 1987 – 1 O 340/86 = MarlyRC 1987 Nr. 12.

### a) Betriebssystem

Schwierig ist die Frage, ob beim Hardwarekauf automatisch ein Betriebssystem mitgeliefert werden muß. Dies ist zu bejahen, wenn das System als selbständiger oder unselbständiger Rechnungsposten im Vertrag mitaufgeführt worden ist.<sup>24</sup> Ansonsten ist es eine Frage der Verkehrsanschauung, ob auch die Lieferung eines Betriebssystems geschuldet ist.<sup>25</sup> Früher mag eine solche Lieferung aufgrund des engen Zusammenhangs von Hard- und Software implizit mitvereinbart worden sein.<sup>26</sup> Heute hat der Kunde im Zeichen des Unbundling immer mehr das Wahlrecht, welches Betriebssystem er einsetzen möchte. Daher bedarf es wohl besonderer Anhaltspunkte für eine Pflicht zur Überlassung von Systemsoftware.<sup>27</sup>

### b) Neuteile

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn ein Händler einen neuen Computer zum Verkauf anbietet und darin zumindest teilweise nur neuwertige Gebrauchtteile enthalten sind. Mangels gegenteiliger Absprache ist bei einem Verkauf als neu die Fabrikneuheit der Ware eine konkludent zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache.<sup>28</sup> Dann ist es aber ausgeschlossen, gebrauchte Teile in den PC zu integrieren.<sup>29</sup> Etwas anderes gilt nur für Teile, die keinem Verschleiß unterliegen und sich in ihrer Funktionstüchtigkeit von neuen Teilen nicht unterscheiden.<sup>30</sup> Es ist folglich nicht zulässig, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen darauf hinzuweisen, daß der Computer „neben neuen auch neuwertige Teile enthalte“, wenn es sich bei letzteren nicht um verschleißfreie Teile handelt.<sup>31</sup>

### c) Beschränkungen der Dokumentation

Für die Gebrauchsfähigkeit ist eine Benutzerdokumentation unerlässlich, die sowohl die Hardware wie die Systemsoftware umfaßt. Daher ist eine Klausel, wonach eine Benutzerdokumentation nicht geliefert wird, unwirksam.<sup>32</sup> Dies gilt auch bei No-Name-Produkten,<sup>33</sup> Grafikkarten<sup>34</sup> und bei Druckern.<sup>35</sup> Früher gingen die Gerichte davon aus, daß die Dokumentation in deutscher Sprache verfaßt sein müsse.<sup>36</sup> Heute wird diese Anforderung zu Recht zurückgeschraubt. Bei Hardware ist es regelmäßig ausreichend, wenn die grundlegenden, für die Inbetriebnahme des Rechners notwendigen Informationen, soweit sie sich an den Laien wenden, in deutscher Sprache angeboten werden und lediglich weiterführende Hinweise den zu den einzelnen Hardware-Komponenten mitgelieferten englischsprachigen „Manuals“ vorbehalten bleiben.<sup>37</sup> Der durchschnittliche Anwender kommt bei seiner alltäglichen Arbeit in der Regel nur mit dem Betriebssystem, einer Betriebssystemerweiterung und der Anwender-Software in Kontakt und ist hierfür auf eine entsprechende, auf seine Bedürfnisse zugeschnittene Software-Dokumentation angewiesen. Soweit Systemerweiterungen vorgegeben sind, etwa durch Einbau eines CD-Rom-Laufwerks oder einer Soundkarte bieten die diesen Peripheriegeräten beiliegenden Dokumentationen in der Regel die für die Systemerweiterung erforderlichen Informationen. Änderungen der Systemkonfiguration sind ebenso wie Erweiterungen des Arbeitsspeichers, der Installation einer weiteren Festplatte und ähnlichem dem fortgeschrittenen Anwender vorbehalten. Diesem kann jedoch zugemutet werden, die erforderlichen Informationen in englischer Sprache zu lesen.<sup>38</sup>

<sup>24</sup> LG Aachen, CR 1988, 216.

<sup>25</sup> BGH, CR 1988, 124.

<sup>26</sup> In diesem Sinne auch Brandi-Dohm, CR 1986, 63, 64 mit weit. Nachw.

<sup>27</sup> So auch Schneider, F 30.

<sup>28</sup> BGH, NJW 1980, 2127, 2128; NJW 1985, 796, 798. Ähnlich auch OLG Oldenburg, CR 1989, 107 m. Anm. Ruppelt; OLG Stuttgart, IuR 1986, 263.

<sup>29</sup> BGH, CR 1995, 594, 595 (zu § 3 UWG). Ähnlich auch OLG Stuttgart, IuR 1986, 263.

<sup>30</sup> BGH, CR 1995, 594, 596.

<sup>31</sup> BGH, CR 1995, 594 ff.

<sup>32</sup> So auch Zahn, CVR, 6.2.1 sub. 1.5.

<sup>33</sup> LG Karlsruhe, Urt. vom 11. Juni 1991 – KfH O 18/90 (unveröff.).

<sup>34</sup> LG Bielefeld, ECR LG 76.

<sup>35</sup> LG Frankfurt, Urteil vom 14. November 1988 – 2/24 2/88, ECR LG 28.

<sup>36</sup> So etwa OLG Karlsruhe, CR 1991, 410.

<sup>37</sup> LG Koblenz, Urteil vom 27. April 1995 – 12 S 163/94 (AG Sinzig).

<sup>38</sup> Ähnlich auch OLG Düsseldorf, CR 1987, 173 für ein japanisches PC-Modell.

## 2. Gewährleistung

### a) Ausschluß der Gewährleistung (§ 11 Nr. 10a)

6 Mit § 11 Nr. 10 lit. a AGBG ist es unvereinbar, den Käufer bei der Anlieferung bestätigen zu lassen, daß die gelieferte Ware bei Übergabe in einwandfreiem Zustand sei.<sup>39</sup> Einem unzulässigen Gewährleistungsausschluß kommt es auch gleich, wenn die Gewährleistungsrechte erlöschen sollen, sofern der Käufer oder ein Dritter in die Hardware eingreift.<sup>40</sup> Zulässig ist allerdings eine Regelung, wonach sich die Gewährleistung nicht auf Fehler erstreckt, die auf ein Bedienungsversagen des Kunden zurückzuführen sind.<sup>41</sup> Fraglich ist allerdings, ob eine solche Klausel sinnvoll ist, da sie letztendlich nur die gesetzliche Regelung wiedergibt.

Die Gewährleistung darf nicht von der Benutzung eines bestimmten Zubehörs oder der Einhaltung besonderer Installationsbedingungen abhängig gemacht werden.<sup>42</sup> Gleiches gilt für den Ausschluß der Gewährleistung bei Sonderangeboten und Abholwaren.<sup>43</sup> Nach § 11 Nr. 10a nichtig ist auch eine Klausel wie „Bei Mängeln hat sich der Käufer zunächst an den Hersteller/Lieferanten zu wenden“. Der Käufer muß wissen, daß der Verkäufer subsidiär weiter haftet.<sup>44</sup> Der Händler darf den Kunden folglich auch nicht darauf verweisen, daß dieser seine Gewährleistungsansprüche direkt beim Hersteller bzw. dessen inländischer Vertriebsgesellschaft geltend macht.

### b) Nachbesserung der Hardware (§ 11 Nr. 10b)

7 Nach § 11 Nr. 10b darf der Lieferant von Hardware die Gewährleistungsansprüche des Kunden nicht auf ein bloßes Recht zur Nachbesserung beschränken. Zulässig ist nur, zunächst Nachbesserung vorzusehen und dann für den Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung dem Kunden die Möglichkeit zur Herabsetzung der Vergütung oder zur Rückgängigmachung des Vertrages zu belassen. Die Fehlerbeseitigung hat nach § 269 BGB am Ort der Lieferung zu erfolgen. Daher muß der Lieferant bei Bring- und Schickschulden den Rechner vor Ort reparieren oder zumindest zur Reparatur abholen. Der Anwender ist dann nicht zur Rücksendung der Hardware verpflichtet.<sup>45</sup> Klauseln, die die Fehlerbeseitigung auf den Sitz des Lieferanten fixieren wollen, sind nach § 9 AGBG unwirksam.

Bei einem Computer, auf welchen der Verwender in der Regel für seine Arbeit angewiesen ist und den er demzufolge kaum entbehren kann, sind mehrere Nachbesserungsversuche unzumutbar. Soweit in den AGB des Händlers das Wandelungsrecht vom Fehlschlagen von drei Nachbesserungsversuchen abhängig gemacht wird, ist diese Regelung nach § 11 Nr. 10d AGBG unwirksam.<sup>46</sup> Ferner ist es dem Käufer eines Laptops nicht zumutbar, daß das Gerät nach einer Mängelrüge nicht direkt der schnellstmöglichen Prüfung und Nachbesserung zugeführt wird. Auch eine Ausfallzeit von mehr als einem Monat gilt als unzumutbar, wenn der Käufer des PCs auf dessen Nutzbarkeit aus beruflichen Gründen dringend angewiesen ist.<sup>47</sup>

### c) Kosten der Nachbesserung (§ 11 Nr. 10c)

8 Nach § 11 Nr. 10c AGBG ist jeder Versuch, die Kosten der Nachbesserung vertraglich auf den Kunden abzuwälzen, unwirksam. Es ist daher unzulässig, in Geschäftsbedingungen die Kosten für den Transport der Hardware zum Zwecke der Reparatur auf den

Kunden abzuwälzen.<sup>48</sup> Nichtig ist daher eine Klausel, wonach erforderliche Ersatzteile und die anfallende Arbeitszeit nicht berechnet werden. Denn hierdurch entsteht der Eindruck, daß der Käufer sich im übrigen an den Kosten zu beteiligen habe.<sup>49</sup>

Besonders gefährlich ist der Versuch, die Wartung von Hardware mit der Gewährleistung zu verquicken. Typisch hierfür ist folgende Klausel: „Die Nachbesserung erfolgt aufgrund einer gesonderten Auftragserteilung des Käufers/im Rahmen eines gesonderten Wartungsvertrages.“ Solche Versuche sind sämtlich unwirksam.<sup>50</sup> Dies gilt auch für die entsprechenden Wartungsverträge, die Mängelbeseitigung zur (entgeltlichen) Wartungsleistung erklären. Der Kunde kann das für solche Leistungen gezahlte Entgelt zurückverlangen; der Wartungsvertrag selbst ist insoweit nichtig.

### d) Rügepflicht (§ 11 Nr. 10e)

Nach § 11 Nr. 10e AGBG kann der Verwender für nicht-offensichtliche Mängel eine 9 Anzeigefrist setzen; diese darf aber nicht kürzer sein als die gesetzliche Gewährleistungsfrist (6 Monate ab Ablieferung; § 477 BGB). In Allgemeinen Geschäftsbedingungen darf allerdings eine Pflicht eingeführt werden, offensichtliche Mängel binnen einer angemessenen Frist zu rügen. Dabei muß der Begriff „offensichtlicher Mangel“ verwendet werden; daher sind Formulierungen, die auf die Sichtbarkeit,<sup>51</sup> die Erkennbarkeit<sup>52</sup> oder die Reproduzierbarkeit<sup>53</sup> des Mangels abstellen, unwirksam. Als angemessene Frist ist ein Zeitraum von einer Woche zu knapp bemessen;<sup>54</sup> auch 10 Tage sind zu wenig.<sup>55</sup> Als ausreichend ist wohl eher ein Zeitraum von vier Wochen ab Übergabe anzusehen. – In Einkaufsbedingungen ist eine Abbedingung der sofortigen Untersuchungspflicht zulässig.<sup>56</sup>

Zu beachten ist, daß allenfalls eine schriftliche Erklärung der Rüge verlangt werden kann.<sup>57</sup> Die Einführung einer Pflicht, Rügen mittels Einschreibens oder besonderer Formulare zu erklären, ist bei Nichtkaufleuten gem. § 11 Nr. 16 AGBG unwirksam.<sup>58</sup>

## 3. Gesamtabwicklung

Ein weiteres Problem des EDV-Vertragsrechts betrifft die Frage, ob und wann der 10 Anwender bei mangelhafter Software auch die Hardware an den Verkäufer zurückgeben kann: Gibt es ein Gesamtwandelungsrecht hinsichtlich Hard- und Software, auch wenn die Hardware an sich mangelfrei war? Liegt ein solches Gesamtwandelungsrecht auch vor, wenn Hardware und Software in verschiedenen Verträgen bzw. von verschiedenen Lieferanten verkauft worden sind?

Grundsätzlich sind alle Teilleistungen als rechtlich selbständig einzustufen; insofern ist prinzipiell bei Fehlen einer Teilleistung nur eine teilweise Rückabwicklung möglich. Ausnahmsweise besteht ein Recht zur Gesamtwandelung beim Erwerb mehrerer Gegenstände nur dann, wenn alle erworbenen Gegenstände eine einheitliche Kaufsache im Sinne des § 93 BGB bilden (a). Ist dies nicht der Fall, kann sich ein solches Recht nur unter den Voraussetzungen des § 469 S. 2 BGB ergeben (b). Ansonsten mutet es das BGB dem Käufer zu, alle mangelfreien Gegenstände zu behalten (§ 469 S. 1 BGB).

### a) Computersystem als einheitliche Kaufsache (§ 93 BGB)

Ein Gesamtwandelungsrecht ist zunächst dann denkbar, wenn Soft- und Hardware als 11 einheitliche Kaufsache im Sinne des § 93 BGB anzusehen sind. Das setzt voraus, daß Soft-

<sup>39</sup> So auch BGH, NJW 1983, 2026; KG, ZIP 1981, 1105; OLG Hamm NJW 1989, 1041; LG Frankfurt, NJW-RR 1986, 1055.

<sup>40</sup> So auch BGH, NJW 1980, 832; OLG Karlsruhe, ZIP 1983, 1091f.; LG Stuttgart EzAGBG § 11 Nr. 10a Nr. 18. Dies gilt auch für den kaufmännischen Bereich; siehe OLG Hamm, CR 1989, 490 = ECR OLG 7.

<sup>41</sup> Bartl, CR 1985, 13, 20.

<sup>42</sup> Braun, Rz. 419; Schneider, F62; anders Zahnrt, 6.3.7 zu 12.4.

<sup>43</sup> LG Berlin EzAGBG § 11 Nr. 10a Nr. 17.

<sup>44</sup> BGH, NJW 1980, 2800.

<sup>45</sup> OLG München, CR 1987, 506.

<sup>46</sup> AG Mannheim, Urteil vom 24. Mai 1996 – I C 1033/95.

<sup>47</sup> AG Mannheim, a. a. O.

<sup>48</sup> LG München EzAGBG § 11 Nr. 10c Nr. 3; ähnlich OLG München, NJW-RR 1986, 604.

<sup>49</sup> BGH, NJW 1981, 867.

<sup>50</sup> OLG Köln, NJW-RR 1987, 1192; Junker, Rdnr. 282; Bartl, CR 1985, 13, 19.

<sup>51</sup> BGH NJW 1985, 855; OLG Stuttgart, BB 1979, 908; LG Köln NJW 1986, 67.

<sup>52</sup> LG München I EzAGBG § 11 Nr. 10e Nr. 9.

<sup>53</sup> Vgl. Zahnrt, 6.3.7 sub 1.2.

<sup>54</sup> LG Stuttgart, Urt. vom 3. November 1992 – 10 O 406/91.

<sup>55</sup> LG München I, Urteil vom 30. September 1993 – 7 O 15605/92.

<sup>56</sup> BGH, BB 1985, 1354.

<sup>57</sup> Zu Recht weist Schneider darauf hin, daß sich der Händler nicht auf die Schriftform berufen darf, wenn er auf andere Weise Kenntnis erlangt hat; ders., F 101.

<sup>58</sup> OLG München, NJW-RR 1987, 661, 664.

und Hardware nicht voneinander getrennt werden können, ohne daß die eine oder andere zerstört oder in ihrem Wesen verändert wird. Dabei ist nur auf die Verkehrsanschauung, nicht aber auf den Parteiwillen abzustellen. – Die Voraussetzungen des § 93 BGB sind im Regelfall im Softwarebereich nicht gegeben: Während in den 60er und 70er Jahren Soft- und Hardware meist zusammen vertrieben worden ist (sog. Bundling), hat sich der Softwaremarkt heute weitestgehend vom Hardwaremarkt abgekoppelt (sog. Unbundling). Computerprogramme sind daher heutzutage nicht mehr an einen bestimmten Hardwaretypus gebunden. Vielmehr besteht dank des IBM- und UNIX-Standards die Möglichkeit, Software auf verschiedensten Rechnern einzusetzen. Insofern bilden Computerprogramme in der heutigen Zeit keine untrennbare Einheit mehr mit der Hardware. Nur in Ausnahmefällen kann es Fälle geben, in denen Hard- und Software eine Gesamteinheit bilden; hierzu zählen die Verwendung nicht IBM- oder UNIX-kompatibler „Exoten“-Hardware, das ROM-BIOS oder Betriebssysteme bei Großrechnern.<sup>59</sup>

#### b) Die Voraussetzungen des § 469 S. 2 BGB

12 Wie oben bereits betont, geht das BGB davon aus, daß der Käufer nur hinsichtlich der Kaufgegenstände die Wandelung erklären kann, die mangelhaft sind; bezüglich der anderen (mangelfreien) Gegenstände scheidet eine Wandelungsmöglichkeit auch dann aus, wenn hinsichtlich aller Gegenstände ein Gesamtpreis festgelegt worden war (vgl. §§ 469 S. 1, 471 BGB). Ausnahmsweise soll nach § 469 S. 2 BGB eine Gesamtwandelung möglich sein, wenn die Kaufgegenstände als zusammengehörend verkauft worden sind (aa) und nicht ohne Nachteil voneinander trennbar sind (bb).

13 aa) *Hardware und Software „als zusammengehörend verkauft“*. Hard- und Software müßten zunächst als zusammengehörend verkauft worden sein. Eine solche Zusammengehörigkeit liegt vor, wenn die Parteien den Kauf nur in der durch den gemeinschaftlichen Zweck der Sachen hergestellten Verbindung abschließen wollen, so daß die Sachen dazu bestimmt erscheinen, zusammenzubleiben.<sup>60</sup> Keine Probleme ergeben sich hier, wenn beide Komponenten von einer Hand in einem Vertrag verkauft worden sind; wie der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 4. 11. 1987 betont hat, kann hier von einer Zusammengehörigkeit ausgegangen werden.<sup>61</sup>

In der Zwischenzeit steht auch fest, daß der Anwender auch dann hinsichtlich Hard- und Software wandeln kann, wenn diese im Rahmen unterschiedlicher Verträge, aber von einer Hand erworben worden sind. Zwar stelle „das äußere Bild der getrennten Urkunden“ ein Indiz für getrennte Verträge dar.<sup>62</sup> Dieses Indiz könne aber z. B. dadurch entkräftet werden, daß Hard- und Software nach dem Willen der Parteien als Gesamtsystem aufeinander abgestimmt und als einheitliches Paket verkauft worden sind.<sup>63</sup> Es komme darauf an, ob die verschiedenen Vereinbarungen rechtlich miteinander „stehen und fallen“ sollen.<sup>64</sup> Das OLG München hat einen solchen Fall zum Beispiel bejaht, wenn Hard- und Software zur Bewältigung bestimmter Aufgaben eingesetzt werden.<sup>65</sup> Für die Vertrags-einheit soll auch sprechen, daß die Software nach den AGB nur auf der erworbenen Hardware laufen darf.<sup>66</sup> § 469 S. 2 BGB wurde auch angewandt, wenn der Lieferant die Standardsoftware auf der von ihm gelieferten Hardware installieren soll. Ähnliches gilt, wenn die bezogenen Geräte der Umstellung eines Betriebsablaufs dienen.<sup>67</sup>

Schwierigkeiten tauchen jedoch auf, wenn es sich bei dem Lieferanten des Computers und dem der Software um verschiedene Personen handelt; die Rechtsprechung hierzu ist

noch im Fluß. Greift man hier auf die Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungskauf zurück, so ist die erforderliche wirtschaftliche Einheit nur dann zu bejahen, wenn „über ein Zweck-Mittel-Verhältnis hinaus die beiden Geschäfte miteinander derart verbunden sind, das keines ohne das andere geschlossen worden wäre oder jeder der Verträge seinen Sinn erst durch den anderen erhält.“<sup>68</sup> Am sinnvollsten ist hier eine ausdrückliche Verknüpfung der Hard- und Softwareverträge, da ansonsten die Zusammengehörigkeit nur schwer nachgewiesen werden kann.<sup>69</sup> Zum Teil wird auch für ausreichend erachtet, daß die Parteien bei den Verkaufsgesprächen vom Kauf einer einheitlichen Computeranlage ausgegangen sind.<sup>70</sup> Der BGH betont in diesem Zusammenhang, daß es dem Erwerber erkennbar gerade auf einheitliche Lieferung bzw. Herstellung der Hard- und Software ankommen müsse; Hard- und Software müßten aus seiner Sicht als eine „Gesamtlösung seiner Probleme“ erscheinen.<sup>71</sup> Die bloße Tatsache, daß Soft- und Hardwarevertrag zeitlich gleichzeitig abgeschlossen worden sind, reicht jedoch im Rahmen des § 469 S. 2 BGB nicht aus.<sup>72</sup> Es ist daher aus Anwendersicht dringend anzuraten, in die EDV-Verträge bereits eine Koppelungsklausel einzubauen. Wie eine solche Klausel aussehen könnte, zeigt die dem Urteil des OLG Frankfurt vom 17. 2. 1987 (a. a. O.) zugrunde liegende Vereinbarung:

„Die Abnahme der Hardware und Betriebs-Software kann vom Kunden ohne Berücksichtigung des vereinbarten Liefertermins verweigert werden, wenn die vom Software-Hersteller zu liefernde Anwender-Software nicht den Anforderungen entspricht.“

bb) *Nicht ohne Nachteil voneinander trennbar*. Weiterhin setzt § 469 S. 2 BGB voraus, daß Hard- und Software nicht ohne Nachteil voneinander getrennt werden können. Wenn ein solcher Nachteil gegeben ist, ist in Literatur und Rechtsprechung äußerst streitig.<sup>73</sup> Der BGH hat jedoch in zwei Entscheidungen versucht, Licht in diese Diskussion zu bringen.<sup>74</sup> Danach soll ein Nachteil insbesondere dann vorliegen, wenn die Beschaffung eines passenden Ersatzteils nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet. Solche Schwierigkeiten sollen u. a. dann gegeben sein, „wenn gleichwertige Spezialsoftware von anderen Lieferanten nur zu erheblich höheren Preisen oder nur zu unzumutbaren Lieferzeiten zu erhalten wäre.“<sup>75</sup> Ein vergleichbarer Fall wäre dann gegeben, wenn die Installation des Ersatzprogrammes aufwendig wäre oder das neue Programm eine völlig andere Struktur aufwiese, so daß der Anwender sich neu in das Programm einarbeiten müßte.<sup>76</sup> Hat der Anwender Soft- und Hardware aus einer Hand erworben, kann er regelmäßig Gesamtwandelung verlangen, weil es ihm nicht zuzumuten ist, sich nachträglich mit verschiedenen Händlern über das weitere Schicksal der Produkte auseinanderzusetzen.<sup>77</sup>

#### c) Vertragsaufspaltung durch Allg. Geschäftsbedingungen

Fräglich ist, ob Lieferanten ihre Verträge über AGB aufspalten können. Denkbar wäre etwa, daß in den AGB darauf hingewiesen wird, daß die Ausübung von Gewährleistungsrechten keinen Einfluß auf weitere Verträge haben soll.<sup>78</sup> Ein Teil der Literatur sieht darin eine überraschende Klausel im Sinne von § 3 AGBG.<sup>79</sup> Diese Meinung reduziert aber das Problem der Trennungsklauseln auf die Frage der äußerlichen Deutlichkeit solcher Bestimmungen. Ebensovienig überzeugt der Hinweis auf § 4 AGBG. Zwar verweisen einige Stimmen in der Literatur darauf, daß die Parteien in diesen Fällen regelmäßig eine vorran-

<sup>59</sup> Vgl. BGH, CR 1988, 124, 129.

<sup>60</sup> OLG München, CR 1987, 506.

<sup>61</sup> BGH, NJW 1988, 406 = DB 1988, 105 = BB 1988, 20.

<sup>62</sup> So OLG Köln, Urt. vom 29. 1. 1981, zit. n. Zahrt, DV-Rechtsprechung, Band 1, München 1983, K/M-11.

<sup>63</sup> OLG Stuttgart, IuR 1987, 61; OLG Hamm, CR 1988, 297; LG Augsburg, CR 1989, 22; LG

München I, CR 1987, 364; vgl. Zahrt, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Hallbergmoos 1987, S. 116 ff. mit weit. Nachw.

<sup>64</sup> So der BGH, NJW 1987, 2004.

<sup>65</sup> OLG München, CR 1990, 640.

<sup>66</sup> OLG München, a. a. O.; Wirksamkeit der Klausel allerdings streitig; s. o.

<sup>67</sup> OLG Köln, CR 1991, 154, 156.

<sup>68</sup> BGHZ 91, 9, 11.

<sup>69</sup> OLG Frankfurt, CR 1987, 769; vgl. auch BGH, CR 1987, 358.

<sup>70</sup> OLG Stuttgart, CR 1988, 296.

<sup>71</sup> BGH, NJW 1990, 3012.

<sup>72</sup> OLG München, CR 1988, 130.

<sup>73</sup> Vgl. Jersch, Jura 1988, 580, 584; Ruppelt, Die Überlassung von Computerprogrammen, Baden-Baden 1990, S. 99 f.; Zahrt, BB 1984, 1007 ff.; ders., IuR 1986, 59 ff.; ders., BB 1988, 1687 ff.).

<sup>74</sup> Vgl. BGH, NJW 1988, 406; NJW 1990, 3011.

<sup>75</sup> BGH, NJW 1990, 3013; ähnlich auch OLG Köln, BB 1989, Beil. 5, S. 9 Nr. 8; OLG Oldenburg, CR 1989, 107 m. Anm. Ruppelt; Köhler, CR 1987, 827, 834; Mehrings, NJW 1988, 2438, 2441.

<sup>76</sup> OLG Hamm, CR 1989, 490.

<sup>77</sup> OLG Hamm, CR 1991, 154.

<sup>78</sup> Siehe Zahrt, 6.4.1. zu 3.2.

<sup>79</sup> So etwa Moritz/Tybusseck, Rz. 70.

gige Individualabrede annehmen, die der klauselmäßigen Entkoppelung vorgeht.<sup>80</sup> Häufig findet sich aber eine solche Individualabrede nicht. Dem Richter steht dann nur die AGB zur Auslegung des Vertragsinhalts zur Verfügung. Entscheidend ist demnach die Weichenstellung über § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG. Enthält ein Klauselwerk eine Trennungsklausel, kann diese zunächst einmal die Tatsache wiederholen, daß Soft- und Hardwarevertrag getrennt zu betrachten sind. Trifft dies aber nicht zu, schafft die Klausel eine Trennung, wo keine ist. Sie umgeht § 469 S. 2 BGB und nimmt dem Kunden das zentrale Recht zur Gesamtwandlung. Ein solcher Eingriff führt dann zur Unwirksamkeit der Klausel nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG.<sup>81</sup>

#### 4. Haftung

16 Kaum beschränkbar ist die Haftung für Sachmängel.<sup>82</sup> So verbieten das AGBG, das BGB und das Produkthaftungsgesetz jeglichen Ausschluß sowie jegliche Beschränkung der Haftung für

- arglistiges Verhalten (§ 476 BGB)
- das Fehlen zugesicherter Eigenschaften (§ 11 Nr. 11 AGBG)
- vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten im Rahmen einer culpa in contrahendo oder einer positiven Vertragsverletzung (§ 11 Nr. 7 AGBG)
- Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz (§ 14 ProdHaftG).

Zusätzlich hat die Rechtsprechung aus § 9 II Nr. 2 AGBG abgeleitet, daß auch für mittlere und leichte Fahrlässigkeit des Lieferanten die Haftung nicht ausgeschlossen werden darf, sofern es um die Verletzung vertragswesentlicher Kardinalspflichten geht.

Unwirksam sind daher auch Vertragsbestimmungen, wonach die Haftung für Mangel- folgeschäden, Datenverlust und/oder entgangenen Gewinn ausgeschlossen wird.<sup>83</sup> Auch summenmäßige Höchstbegrenzungen sind problematisch. Nach § 11 Nr. 11 sind solche Begrenzungen für den Bereich der zugesicherten Eigenschaften gänzlich unwirksam. Sie werden für Ansprüche wegen c. i. c. oder pVV nur zugelassen, wenn alle vertragstypischen und vorhersehbaren Schäden abgedeckt sind.<sup>84</sup> Wann dies in concreto der Fall ist, läßt sich jedoch kaum feststellen; demnach ist die Klausel auf jeden Fall zu gefährlich. Auch der Hinweis auf eine Haftungsbegrenzung „soweit gesetzlich zulässig“ hilft nicht weiter; eine solche Regelung gilt als unzulässige salvatorische Klausel.<sup>85</sup>

Problematisch ist ferner die Verschiebung von Auswahlrisiken. Für die Auswahl der Hardware und deren Verwendbarkeit ist grundsätzlich der Kunde verantwortlich. Sofern dem Händler jedoch besondere Aufklärungspflichten obliegen,<sup>86</sup> hat er das Risiko einer falschen Auswahl zu tragen. Es ist dann unzulässig, dies Risiko etwa durch Klauseln auf den Kunden zu verlagern, wonach dieser die Auswahl der Geräte selber getroffen habe.<sup>87</sup>

#### 5. Hardwarebindungen („CPU-Klauseln“)

17 Softwarelieferanten versuchen häufig die Nutzung der Programme auf eine einzige, im Vertrag genau bestimmte Zentraleinheit zu beschränken. Fraglich ist, ob solche sog. CPU-Klauseln zulässig sind. Hierbei sind verschiedene Varianten zu unterscheiden:

##### a) Die klassische CPU-Klausel

Die Beschränkung kann dergestalt vorgenommen werden, daß der Anwender die Software wirklich nur auf einer spezifizierten Anlage einsetzen darf. Eine solche Klausel halten

<sup>80</sup> Kühler, in Lehmann, Rz. 112; Schmidt, in: Lehmann, Rz. 21, Zahnrt, 6.4.1. zu 3.2.

<sup>81</sup> So auch Marly, Rz. 210f. Fußn. 3; Schmidt, in: Lehmann, XV Rdnr. 21; Westphalen, CR 1987, 484f.; ders., Computer-Leasing, Rdnr. 23.

<sup>82</sup> Siehe hierzu Schneider, F 102ff.

<sup>83</sup> LG Bayreuth, DB 1982, 1400; Erman/Hefermehl, § 11 Rdz. 6.

<sup>84</sup> BGH, ZIP 1984, 971; BGH, BB 1980, 1011; Erman/Hefermehl, § 11 Nr. 7 AGBG, Rdz. 15.

<sup>85</sup> Siehe BGH, NJW 1987, 1815; NJW 1985, 623, 627; OLG Stuttgart, NJW 1981, 1105.

<sup>86</sup> Vgl. hierzu BGH, NJW 1984, 2938.

<sup>87</sup> So auch Schneider, F 17.

einige Stimmen aus der Literatur unter Berufung auf urheberrechtliche Vorgaben für zulässig.<sup>88</sup> Nach der Umsetzung der Europäischen Softwareenschutzrichtlinie sei jede nicht ganz triviale Software urheberrechtsfähig (siehe § 69a Abs. 3 UrhG). Dem Rechteinhaber stehe demnach das Recht zu, darüber zu bestimmen, ob und wann die Software vervielfältigt werde (§ 69c Nr. 1 UrhG). Jedes Laden des Computerprogramms in den Arbeitsspeicher des Computers stelle aber eine Vervielfältigung des Programms dar, die folglich ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig sei. Der Urheber könne seine Zustimmung auf einen bestimmten Computer beschränken (vgl. § 32 UrhG). Dementsprechend sei eine Beschränkung auch AGB-rechtlich bedenkenfrei.

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Schon die urheberrechtlichen Prämissen sind zweifelhaft. Nach § 69c Nr. 1 UrhG bedarf das Laden in den Arbeitsspeicher der Zustimmung des Rechteinhabers, sofern das Laden eine Vervielfältigung darstellt. Ob das Laden eine Vervielfältigung darstellt, läßt das Gesetz offen. Wie bereits an anderer Stelle ausführlich dargestellt,<sup>89</sup> sprechen die besseren Argumente gegen die Einstufung des Ladens als Vervielfältigung. Zwar wird beim Laden des Programms eine vorübergehende ‚Kopie‘ des Programms für die kurze Zeit des Programmablaufs im Arbeitsspeicher hergestellt; dies merkt man daran, daß die Diskette, auf der das Programm gespeichert ist, nach dem Laden nicht mehr benötigt wird. Diese ‚Kopie‘ wird jedoch automatisch in dem Moment, in dem der Anwender ein neues Programm benutzt oder seinen Computer abschaltet, gelöscht. Es handelt sich insofern nur um eine unbeständige und flüchtige Zwischenspeicherung des Programms, die aber keine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts sein kann. Denn nach § 16 I UrhG sind nur körperliche Festlegungen, die wie Bücher oder Schallplatten während eines nicht unerheblichen Zeitraums körperlich fixiert sind, als „Vervielfältigung“ einzustufen.<sup>90</sup>

Der Anwender braucht daher für das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher keine Erlaubnis des Urhebers; insofern hat der Urheber auch nicht die Möglichkeit, dem Anwender vorzuschreiben, auf welchem Computer die Software eingesetzt werden darf. Mangels urheberrechtlicher Schranken steht dem Anwender vielmehr gem. § 903 BGB das Recht zu, die von ihm erworbene Programmkopie auf jeder beliebigen EDV-Anlage zu nutzen.<sup>91</sup>

Selbst wenn die obigen Stimmen recht hätten, folgt aus der urheberrechtlichen Beschränkbarkeit noch lange nicht die AGB-rechtliche Zulässigkeit. Da Softwareverträge als Kauf- bzw. Werkverträge einzustufen sind (s. o.), trifft den Softwarelieferanten die Pflicht, dem Anwender das Eigentum an der Programmkopie (§ 903 BGB) zu übertragen und damit auch eine sinnvolle Nutzung des Eigentums nicht unmöglich zu machen. Ein Überlassungsvertrag, in dem dem Anwender formell die Stellung eines Eigentümers eingeräumt, sie aber de facto durch unzählige und gravierende Nutzungsbeschränkungen wieder genommen wird, entspricht nicht mehr dem Leitbild eines Kaufvertrages und verstößt deshalb gegen § 9 II Nr. 2 AGBG. Das umfassende Verbot des CPU-Wechsels trägt aber nicht hinreichend dem Interesse des Anwenders Rechnung, in Notfällen die Software auf einer anderen Hardware einsetzen zu können. So muß der Anwender die Möglichkeit haben, bei kurzfristiger Reparatur der Hardware die dringend benötigte Software auf einer Ersatzmaschine einzusetzen. Auch bei einem dauernden Ausfall der CPU besteht ein überwiegendes Schutzbedürfnis des Anwenders, dem als Eigentümer der Programmkopie eine effiziente Nutzung der Kopie zu sichern ist. Angesichts der schnellen technischen Entwicklung auf dem Hardwaremarkt sieht sich der Anwender sehr häufig genötigt, seine EDV-Anlage durch eine neue Hardwarekonfiguration zu ersetzen. Wäre der Softwarelieferant berechtigt, den Einsatz des Programms auf der neuen CPU zu

<sup>88</sup> Moritz/Tybusseck, Rdnr. 810; ähnlich zum alten Recht Kindermann, GRUR 1983, 156.

<sup>89</sup> Vgl. Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989, Rdnr. 87ff.

<sup>90</sup> Vgl. dazu auch die Begründung zum RegE 1962 des UrhG, BT-DrS IV/270, 47; ähnlich BGHZ 17, 266, 269; BGH, GRUR 1982, 102.

<sup>91</sup> So auch Bartsch, CR 1987, 13; Salje, Festschr. Lukes 1989, 14.

verhindern, so wäre der Anwender in seiner Nutzungsmöglichkeit trotz seiner Eigentümerstellung erheblich eingeschränkt. Diese Beschneidung von Eigentümerrechten steht daher prinzipiell im Widerspruch zu der in §§ 433 I 1, 631 I BGB statuierten Eigentumsverschaffungspflicht des Softwarelieferanten.<sup>92</sup> CPU-Klauseln genügen nur dann den Anforderungen des AGBG, wenn sie dem Anwender bei Reparatur, Ausfall oder Verkauf der CPU einen Wechsel der Anlage gestatten.

#### b) Upgrade-Gebühren

- 20 In der Praxis findet sich statt der klassischen CPU-Klausel auch der Versuch, bei einem Wechsel der CPU eine Nachvergütung zu verlangen. Dies wird damit begründet, daß der Einsatz einer Programmkopie auf einer schnelleren und leistungsfähigeren EDV-Anlage als Mehrfachnutzung des Programms anzusehen sei, die zu einem höheren Preis führen müsse.<sup>93</sup> Das OLG Frankfurt hat – anders als Teile der Literatur<sup>94</sup> – eine solche Klausel zu Recht für unwirksam erachtet.<sup>95</sup>

Oben wurde aber bereits darauf hingewiesen, daß die Annahme einer Mehrfachnutzung unzutreffend ist: Wer eine Programmkopie hintereinander auf verschiedenen Rechnern einsetzt, nutzt immer nur die eine Kopie. Insbesondere stellt das Laden des Programms in die verschiedenen Arbeitsspeicher eine rein EDV-technische Zwischenspeicherung ohne urheberrechtliche Relevanz dar. Der Anwender hat einen bestimmten Kaufpreis an den Lieferanten dafür gezahlt, daß er eine Programmkopie als Eigentümer nutzen und auf seinen Anlagen einsetzen kann. Er verfügt über ein Vervielfältigungsstück, das er als solches überall nach Belieben einsetzen und nutzen kann.

#### c) Beschränkungen auf Gerätetypen

- 21 Vorstellbar sind Beschränkungen dergestalt, daß der Kunde die Software nur auf Hardware einer bestimmten Marke einsetzen soll. Urheberrechtlich ist eine solche Beschränkung nicht legitimierbar. Ausnahmsweise wäre eine solche Beschränkung allerdings zulässig, wenn das Programm technisch zwingend nur auf einem bestimmten Computertyp eingesetzt werden kann.<sup>96</sup>

#### 5. OEM-Bundling

- 22 Besondere Schwierigkeiten mit Hardwarebindungen ergeben sich bei OEM-Verträgen. So bieten große Unternehmen wie Microsoft Hardware-Herstellern (sog. OEM-Händlern) eine abgespeckte Version ihrer Softwareprodukte kostengünstiger an, wobei die Version lediglich in Verbindung mit bestimmter Hardware vertrieben werden soll. Das Kammergericht hat in einer neuen, formal und inhaltlich unerträglichen Entscheidung<sup>97</sup> diese Bindung als dinglich wirksam angesehen. Verkäufe ein Händler die OEM-Version ohne die Hardware, stehe dem Softwarehersteller wegen Verletzung des Verbreitungsrechts ein Verfügungsanspruch aus § 97 Abs. 1 UrhG zu. Der Händler könne sich demgegenüber nicht auf den Erschöpfungsgrundsatz (s. o.) berufen. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG sehe zwar vor, daß sich das Verbreitungsrecht an einer Programmkopie erschöpfe, sofern die Kopie mit Zustimmung des Rechteinhabers innerhalb der Europäischen Union im Wege

<sup>92</sup> So auch OLG Frankfurt, CR 1991, 345, 347. Vgl. Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, a. a. O. Rdnr. 216ff.; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, 721f.; Lehmann, CR 1990, 701; Loewenheim, Festschrift für Gaedertz 1992, 361, 368; ders., Festschrift für Kitagawa 1992, 949, 962; Schmidt, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. Köln 1993, XV Rdnr. 74; Zahrt, CR 1989, 968.

<sup>93</sup> Vgl. hierzu Zahrt, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Halbergmoos 1987, 191; ders., CR 1989, 965ff.

<sup>94</sup> Schmidt, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz (Fußn. 92), XV Rdnr. 74.

<sup>95</sup> CR 1994, 398ff.

<sup>96</sup> In diese Richtung deutet wohl auch das OLG Frankfurt, CR 1991, 345, 347 und CR 1994, 398, 399.

<sup>97</sup> Kammergericht, Urteil vom 27. Februar 1996 – 5 U 8281/95. Zur Kritik siehe die Urteilsanmerkungen von Witte (demnächst in CR) und Hoeren (demnächst in EWIR).

der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden ist. Der Softwarehersteller habe aber den Zwischenhändlern ein in der Weise beschränktes dingliches Verbreitungsrecht eingeräumt, daß das OEM-Paket nur zusammen mit Hardware an den Endverbraucher gelangen solle. Dies schließe eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aus.

Eine andere Beurteilung sei auch nicht aus kartellrechtlichen Gründen geboten. § 18 GWB verbietet Vertriebsbindungen nicht. Ein Fall von § 15 GWB liege nicht vor. Eine Diskriminierung nach § 26 Abs. 2 GWB scheide aus, so daß Microsoft ihr Vertriebsnetz nach eigenem Ermessen gestalten dürfe. Art. 85 EGV sei nicht verletzt, da die Vertriebsbindung von Microsoft den Markt so abschotte, daß die Binnengrenzen der Europäischen Union gerade nicht überquert würden, und im übrigen zur künstlichen Aufrechterhaltung getrennter Märkte beitrage (sic!).

### III. Wartungsverträge

Die Wartung von Hardware umfaßt die Instandhaltung (vorbeugende Wartung), die 23 Störungsbeseitigung und zusätzliche Supportdienste (etwa Beratung und Hotline). Wird Vollwartung vereinbart, ist darunter ein umfassender Dienst gegen Pauschalvergütung zu verstehen.<sup>98</sup> Die Wartungsleistung kann jedoch auf Abruf und gegen Einzelvergütung vereinbart werden.<sup>99</sup>

#### 1. Rechtsnatur

Der Wartungsvertrag über die Instandhaltung und Instandsetzung der Hardware ist 24 meist werkvertraglicher Natur.<sup>100</sup> Allerdings werden hinsichtlich des Beginns und der Beendigung des Vertrages Vorschriften aus dem Dienstvertragsrecht ergänzend herangezogen; in der Rechtsprechung spricht man daher oft von einem „Dauerschuldverhältnis mit Werkvertragscharakter“.<sup>101</sup>

#### 2. Einzelne Klauseln

##### a) Vertragsbeginn

Der Beginn der Vertragslaufzeit kann durch AGB auf den Zeitpunkt der Installation 25 gesetzt werden, sofern der Anwender nicht regelmäßig für kostenlose Nachbesserungen im Rahmen der Gewährleistung zahlen soll. Eine Regelung im Wartungsvertrag, wonach der Kunde auch während der Gewährleistungsfrist die volle Wartungsvergütung zu entrichten hat, verstößt gegen § 9 AGBG.<sup>102</sup> Allerdings läßt ein Teil der Literatur diese Klausel mit Berufung darauf zu, daß der Anwender hier eine Pauschale entrichte.<sup>103</sup>

##### b) Vertragsbeendigung

Nach § 11 Nr. 12 AGBG darf ein Wartungsvertrag im nicht-kaufmännischen Ver- 26 kehr<sup>104</sup> den Anwender nicht mehr als zwei Jahre binden.<sup>105</sup> Im übrigen darf hiernach die

<sup>98</sup> Siehe hierzu Kühnel, BB 1985, 1227ff.; Thamm/Detzer, DB 1992, 2123ff.

<sup>99</sup> Siehe BGH, NJW 1984, 2160; OLG Hamm, CR 1989, 815.

<sup>100</sup> OLG München, CR 1989, 283; OLG Frankfurt, DB 1983, 1482; Junker, Rdnr. 275 und 278; Bartl, CR 1985, 13, 18; Seitz, CR 1988, 33.

<sup>101</sup> OLG Stuttgart, BB 1977, 118; OLG München, CR 1985, 138 und CR 1989, 283; OLG Düsseldorf, CR 1988, 31 mit Anm. Seitz; OLG Karlsruhe, CR 1987, 232. Ähnlich Löwe, CR 1987, 219, 220.

<sup>102</sup> So auch Weyer, CR 1988, 711, 712. § 11

Nr. 10 AGBG kommt nicht zur Anwendung, da es hier nicht um den Kauf der Hardware geht, ähnlich auch Beise, DB 1979, 1214, 1215.

<sup>103</sup> So Zahrt, 13.3.1. zu 3.1.

<sup>104</sup> OLG Köln, NJW 1991, 2156 = CR 1991, 154 = ECR OLG 66; OLG Hamm, CR 1989, 490; ECR OLG 7; LG Würzburg, Urte. vom 3. Mai 1985 – 2 O 183/88 (unveröff.); LG Düsseldorf, ECR LG 25.

<sup>105</sup> Dagegen verstößt auch, wenn die zweijährige Laufzeit nicht mit Vertragsschluß, sondern erst mit Ablauf der Gewährleistungsfrist beginnen soll, siehe BGH, NJW 1993, 161.

Kündigungsfrist nicht mehr als drei Monate betragen. Im kaufmännischen Bereich ist spätestens nach fünf Jahrevertragszeit ein Kündigungsrecht einzuräumen (§ 624 BGB).

Nicht abdingbar ist das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB). Auch die Einschränkung dieses Rechts auf bestimmte wichtige Gründe<sup>106</sup> oder die Vereinbarung eines Verzichts sind unzulässig. Zur Kündigung berechtigt etwa häufige Schlechterfüllung der Wartung trotz vorheriger Abmahnung; streitig ist ein Kündigungsrecht bei Wechsel oder Ausfall der Hardware sowie bei Unzumutbarkeit der Übernahme neuer Softwareversionen. Erklärt der Anwender wegen Mangelhaftigkeit der Hardware die Wandlung des Kaufvertrages, braucht er nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auch die Wartungsgebühren nicht mehr zu bezahlen. Nach Auffassung des OLG Hamm kann der Kunde in einem solchen Fall sogar Rückzahlung der bereits gezahlten Gebühren verlangen.<sup>107</sup>

#### c) Übertragbarkeit der Leistungspflichten

- 27 Grundsätzlich sind die vertraglichen Regelungen zu Art und Umfang der Hauptleistungspflichten jeder Inhaltskontrolle entzogen (§ 8 AGBG; s. o.). Allerdings kommt eine Kontrolle in Betracht, sofern vertragstypische Pflichten modifiziert werden. Dies gilt insbesondere für die Person des Leistungsverpflichteten. Die Wartungsleistung ist nach § 613 S. 1 BGB im Zweifel persönlich zu erbringen; die Vornahme durch Dritte ist keine Erfüllung und löst daher Ansprüche nach §§ 325, 326 BGB aus. Diese Pflicht kann zwar individualvertraglich abbedungen werden. Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist jedoch § 11 Nr. 13 AGBG, der die Übertragung von Pflichten auf einen Dritten nur bei dessen namentlicher Bezeichnung oder bei Einräumung eines besonderen Kündigungsrechts zulässt, anwendbar.

Auch bei Kaufleuten ist die Vereinbarung eines freien Wechsels unzulässig.<sup>108</sup> Dies ergibt sich aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG i. V. m. § 415 BGB, wonach ein Schuldnerwechsel stets die Mitwirkung des Gläubigers voraussetzt.<sup>109</sup> Der Eintritt des Dritten ist über die oben erwähnten Ausnahmen nur bei Vorliegen eines überwiegenden berechtigten Interesses des Wartungsunternehmens zulässig.<sup>110</sup>

#### d) Wartungsgebühren

- 28 Hinsichtlich des Preises der Wartungsleistungen ist zunächst § 8 AGBG zu beachten. So unterliegt die Vereinbarung, daß Instandhaltung nur auf Abruf geschuldet sei, keiner AGB-Kontrolle.<sup>111</sup> Auch kann vereinbart werden, daß bestimmte Reparaturen nicht pauschal abgegolten sind.<sup>112</sup>

§ 8 AGBG schließt jedoch eine Kontrolle von Preisnebenabreden nicht aus. Insbesondere sind nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG Preisberechnungen unwirksam, die – wider das Leitbild des Werkvertragsrechts – auf eine Vergütung für reines Tätigwerden hinauslaufen.<sup>113</sup> Aus diesem Grund hat der BGH Klauseln für unzulässig erachtet, wonach Fahrzeiten als Arbeitszeiten gelten.<sup>114</sup> Auch ist es unzulässig, angefangene Stunden als volle Stunden zu berechnen.<sup>115</sup> Der Kfz-Kostenanteil für Fahrten von Wartungstechnikern darf allerdings mit einer Pauschale berechnet werden.<sup>116</sup> Das Wartungsunternehmen darf sich das Eigentum an Austauschteilen vertraglich zusichern lassen. Es dürfen auch Preisanpas-

<sup>106</sup> Dies gilt auch für die Vereinbarung einer Schadenspauschale; siehe BGH, NJW-RR 1988, 819, 821.

<sup>107</sup> OLG Hamm, CR 1989, 490, 492.

<sup>108</sup> KG, CR 1987, 234.

<sup>109</sup> BGH, NJW 1985, 53, 54.

<sup>110</sup> So auch OLG Bamberg, CR 1987, 234; Junker, RdNr. 284; Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 13 Rdnr. 12.

<sup>111</sup> OLG Hamm, CR 1989, 815 = ECR OLG 33.

<sup>112</sup> OLG München CR 1985, 138 mit Anm. Etter.

<sup>113</sup> Bartl, CR 1985, 13, 18.

<sup>114</sup> BGHZ 91, 316; OLG Frankfurt, ZIP 1983, 702, 703; anderer Ansicht Wolf/Horn/Lindacher, § 9 W 12.

<sup>115</sup> BGHZ 91, 316, 317; OLG Stuttgart, NJW-RR 1991, 252.

<sup>116</sup> BGH, NJW 1992, 688.

sungen nach Maßgabe der Lohnerhöhungssätze vereinbart werden.<sup>117</sup> Nicht zulässig ist die Vereinbarung, daß das Wartungsunternehmen nach Wahl Neu- oder Austauschteile einsetzen darf.<sup>118</sup>

#### Literaturhinweise:

Bartl, Hardware, Software und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: CR 1985, 13, 22; Bartsch, Weitergabeverbot in AGB-Verträgen über die Überlassung von Standardsoftware, in: CR 1987, 8 ff.; Braun/Jöckel/Schade, Computer-Kaufverträge, Berlin (Erich Schmidt Verlag) 1989; Ellenberger/Müller, Zweckmäßige Gestaltung von Hardware-, Software- und Projektverträgen, 2. Aufl. Köln 1984; Junker, Computerrecht, Baden-Baden 1988, Rdnrn. 258 ff.; König, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991; Moritz/Tybussek, Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. Aufl. München 1992; Marly, Softwareüberlassungsverträge, München 1991 (2. Aufl. erscheint 1997); Redeker, Der EDV-Prozeß, München 1992; Schneider, Praxis des EDV-Rechts, Köln 1990, Kap. F; Zahmt, Computervertragsrecht in Rechtsprechung und Praxis, Loseblatt-Sammlung, Köln, Stand Juni 1995, insbes. Kap. 6 und 7.

#### Fundstellenverzeichnis der zitierten BGH-Entscheidungen

Datum	Aktenzeichen	NJW *NJW-RR	WM	BB *DB	MDR/ Sonstige	BGHZ
18. 5. 1955	I ZR 8/54	55, 1276		*55, 721		17, 266
25. 10. 1961	V ZR 30/60	62, 149			36, 46	
12. 5. 1980	VII ZR 166/79		80, 898	80, 1011	80, 839	
18. 6. 1980	VIII ZR 185/79	80, 2127	80, 1070	*80, 1836		
10. 7. 1980	VII ZR 139/79	80, 2800	80, 1147	*80, 2337	80, 1014	
10. 12. 1980	VIII ZR 295/79	81, 867	81, 244		81, 491	
3. 7. 1981	I ZR 106/79				GRUR 82, 102	
5. 10. 1981	VIII ZR 259/80	82, 696	81, 1358		82, 400	
23. 3. 1983	VIII ZR 335/81		83, 685	*83, 2354	83, 1017	
27. 11. 1983	I ZR 76/81	83, 2026				
23. 2. 1984	VII ZR 274/82		84, 1224	*84, 2342	ZIP 84, 971	
29. 2. 1984	VIII ZR 350/82	85, 53	84, 663	*84, 2191		
29. 3. 1984	III ZR 24/83		84, 649	*84, 1461	84, 740	91, 9
5. 6. 1984	X ZR 75/83	84, 2160	84, 999	*84, 1719	84, 840	91, 316
6. 6. 1984	VIII ZR 83/83	84, 2938	84, 1092	*84, 2132	85, 316	
26. 11. 1984	VIII ZR 214/83	85, 623	85, 127	*85, 1067	85, 837	
5. 12. 1984	VIII ZR 277/83	85, 796	85, 226	*85, 909	85, 572	
6. 12. 1984	VII ZR 227/83	85, 855	85, 199	*85, 193	85, 398	
22. 5. 1985	VIII ZR 140/84		85, 975	85, 1354	85, 927	
24. 6. 1986	X ZR 16/85		86, 1255		CR 86, 799	
4. 3. 1987	IV a ZR 122/85	87, 1815		87, 850	87, 563	100, 117
25. 3. 1987	VIII ZR 43/86	87, 2004	87, 818	87, 1277	87, 926/ CR 87, 358	
4. 7. 1987	VIII ZR 314/86			88, 20		
4. 11. 1987	VIII ZR 314/86	88, 406	87, 1492	*88, 105	88, 105	
16. 3. 1988	IV a ZR 247/84	*88, 819			88, 223/ CR 88, 124	102, 135
7. 3. 1990	VIII ZR 56/89	90, 3011	90, 987			
19. 11. 1991	X ZR 63/90	92, 688	92, 583	92, 228	90, 1103/ CR 90, 711	
23. 6. 1993	IV ZR 135/92	93, 2369			92, 341	116, 117
5. 4. 1995	I ZR 59/93	95, 3124		*95, 1557	93, 841	123, 83
					95, 920/ CR 95, 594	

<sup>117</sup> OLG Stuttgart, BB 1983, 87.

<sup>118</sup> OLG Frankfurt, ZIP 1983, 702; Wolf/Horn/

Lindacher, § 9 W 12; anderer Ansicht Zahmt,

133 2 zu (5)