IT-Recht in Wissenschaft und Praxis

Festschrift für
Jürgen Taeger

Herausgegeben von

Louisa Specht-Riemenschneider · Benedikt Buchner · Christian Heinze · Oliver Thomsen

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main
Möglichkeiten und Grenzen eines selbstständigen Beweisverfahrens in Softwaremängelprozessen

Thomas Hoeren


I. Beweisprobleme bei Mängeln

Im Vorbereitungsstadium eines Prozesses ist die Beweisbarkeit von Mängeln zu klären.

Die Parteien können zum einen über die Soll-Beschaffenheit streiten. Für die Feststellung solcher Mängel ist demnach das Pflichtenheft oder zumindest eine Leistungsbeschreibung von zentraler Bedeutung. Fehlt es an solchen Unterlagen, kann es ausreichen, dass die verlangten Funktionen im Laufe von Vertragsverhandlungen mit dem Lieferanten besprochen und gemeinsam akzeptiert worden sind. Wichtig sind Gesprächsnoten, Korrespondenz und technische Aufzeichnungen. Es muss konkret vorgetragen werden, was bei welchem Verkaufsgespräch gesagt worden ist.1 Auch die Möglichkeit eines Zeugenbeweises


Schwierig wird es, wenn solche Leistungsanforderungen fehlen. Hier kann nur noch der gewöhnliche Gebrauch eines Programms als Vergleichsmaßstab herangezogen werden.\footnote{Zahnr. NJW 2002, 1531, 1531.}


II. Fristsetzung


Bei der Nachfristsetzung ist auf die Angemessenheit der Frist zu achten. Zwar setzt auch eine zu kurze Frist eine angemessene in Lauf, doch hat die Ablehnung eines Leistungsangebots nach Ablauf nur der zu kurzen Frist die Unrechtsmaßigkeit der Annahmeverweigerung zur Folge. Angemessen ist eine Frist, wenn sie für einen um die Beseitigung des Fehlers bemühten Vertragspartner ausreicht, um die Mängel zu beseitigen, sofern er die dazu nötigen Arbeiten unverzüglich in Angriff nimmt. So wurde bei einer Vielzahl von Nachbesserungswünschen eine Frist von 14 Tagen als unangemessen kurz angesehen. Auf während der Vertragsdurchführung entstandene Änderungen – z. B. Aktualisierung des Pflichtenheftes oder Ergänzung des Leistungsumfanges um weitere Programmfunctionen – ist durch entsprechend längere Fristen Rücksicht zu nehmen.

Bei Klagen des Lieferanten auf Zahlung des Kaufpreises oder Werklohns ist darauf zu achten, dass der Anwender sich mit seiner Zahlung wirklich in Verzug befindet, also eine nach § 286 Abs. 1 BGB evtl. erforderliche Mahnung erfolgt ist. Der Werklohn wird bei Abnahme fällig, § 641 BGB. Außerdem ist zu überlegen, ob nicht vor Klageerhebung der Versuch unternommen werden sollte, die Zahlung mit Hilfe des Mahnverfahrens nach §§ 688 ff. ZPO zu erhalten.

III. Risikoanalyse und Alternativen

Bei der anschließenden Bewertung der Prozessrisiken sind eine Reihe möglicher Kostenfaktoren zu beachten. Vor allem sind die hohen Kosten des Beweises von Mängeln durch DV-Sachverständige zu beachten. Häufig steht die Höhe der gel-

7 Vgl. nur Saenger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 47 CISG Rn. 6 (verneinend) m. w. N.


Auch an eine Kostenregelung ist zu denken. Für den Fall einer Ratenzahlung sollte der Vergleich eine Verfallsklausel enthalten; diese verhindert, dass man bei unpunktlicher Ratenzahlung nur wegen der ausstehenden Raten und nicht gleich wegen der Gesamtsumme vollstrecken kann.


Sollen nur die tatsächlichen Mängel parteiautonom geklärt werden, sollte die Möglichkeit eines Schiedsgutachtens in Betracht gezogen werden.

IV. Selbstständiges Beweisverfahren

Im Vorfeld von Gewährleistungsprozessen wird zu wenig vom selbständigen Beweisverfahren Gebrauch gemacht (§§ 485 ff. ZPO). Aufgrund eines solchen Verfahrens kann ein Sachverständiger die Mängel des Programms „gerichtsfest“ feststellen und der Anwender anschließend die Mängel beseitigen, ohne dass er in Beweisprobleme käme. Ein solch vorgezogenes Beweisverfahren bietet sich daher vor allem an, wenn

Selbständiges Beweisverfahren in Softwaremängelprozessen

- der Anwender mängelbehaftete Software nicht mehr nutzen kann und aus diesem Grund verkaufen oder löschen will,\(^\text{14}\)
- Mängel nur durch Zeugen (Personal) oder Sachverständige bei Betrieb der Anlage bewiesen werden können: Nach dem Wechsel auf ein anderes DV-System kann der Anwender das alte (streitbefangene) bald nicht mehr be
dienen,
- der Anwender selbst die Mängel beseitigen will, um schnell mit dem Programm arbeiten zu können (allerdings besteht in diesem Fall wegen § 45 UrhG, der im Regelungsbereich der §§ 69a ff. UrhG Anwendung findet,\(^\text{15}\) wohl auch die Möglichkeit, den Originaldatenträger mit der mangelhaften Version aufzubewahren und die Mängelbeseitigung an einer Kopie vorzu
nehmen),
- der Anwender möglichst schnell Gewissheit über die Fehlerhaftigkeit hab
nen will, um sich ein neues System anzuschaffen und die alte Anlage stillzu
legen.

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB wird die Verjährung gehemmt, wenn der Antrag auf eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises dem Gegner zugestellt wird.

Das selbständige Beweisverfahren ist schneller als ein Hauptprozess und kann in vielen Fällen zur Vermeidung eines Hauptverfahrens führen.

1. Zuständigkeit

Ist die Hauptsache noch nicht rechtshängig, ist für das selbständige Beweisverfahren das Gericht zuständig, das nach den Angaben des Antragstellers für die Hauptsache zuständig wäre (§ 486 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Folgt auf das selbstständi
gene Beweisverfahren ein Hauptsachverfahren, kann sich der Antragsteller nicht mehr auf die Unzuständigkeit des Gerichts berufen. Ist die Hauptsache bereits rechtshängig, ist gem. § 486 Abs. 1 ZPO das Prozessgericht örtlich zuständig.\(^\text{16}\) Eine Ausnahme von diesen Regelungen trifft § 486 Abs. 3 ZPO für Eilfälle. Für diese ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk sich der zu vernehmende Zeuge oder die zu begutachtende Sache oder Person befindet. § 486 ZPO soll si
cherstellen, dass das selbständige Beweisverfahren am gleichen Gericht wie das Hauptsachverfahren durchgeführt wird, sodass die Unmittelbarkeit der Beweis
erhebung gewährleistet bleibt. Diese örtliche Zuständigkeit kann daher auch nicht durch Parteivereinbarung geändert werden. Unzulässig in diesem Sinne ist jedoch nur die Festlegung einer besonderen Zuständigkeit für das Beweisverfah


\(^{16}\) Thalhofer, in: Thalhofer (Fn. 12), A IX Rn. 64.
ren, eine u. U. zulässige Gerichtsstandsvereinbarung für das Hauptsacheverfahren wirkt dagegen auch für das selbstständige Beweisverfahren.

2. Verfahrensgegenstand und Auftragsbefugnis


Ungleich häufiger wird jedoch von der Möglichkeit des § 485 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht. Diese Norm knüpft an die Antragsbefugnis geringere Voraussetzungen, schränkt dabei jedoch auch in Frage kommende Beweisthemen und -mittel ein. Es bedarf danach lediglich eines Interesses des Antragstellers an der Feststellung des Wertes oder des Zustandes einer Sache, der Ursache eines Sachmangels oder der für die Beseitigung des Schadens nötigen Aufwandshöhe. Für diese Fälle besteht die Möglichkeit der Begutachtung in Form eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Die praktisch große Bedeutung ergibt sich gerade im DV-Prozess aus der Tatsache, dass es eben für die Beweiserteilung meist genau auf ein Sachverständigengutachten ankommt, die Verwendung anderer Beweismittel hingegen eine eher untergeordnete Rolle spielt.

Einzig problematische Frage im Rahmen des Antrags nach § 485 Abs. 2 ZPO ist die nach dem Bestehen eines rechtlichen Interesses. Die Frage, ob insoweit eine enge oder eher eine weite Auslegung angebracht ist, wird uneinheitlich gesehen. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass entsprechend der in

17 Thalhofer, in: Thalhofer (Fn. 12), A IX Rn. 63.
§ 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO getroffenen Regelung das rechtliche Interesse dann gegeben ist, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreites dienen kann.\textsuperscript{19} Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn im selbstständigen Beweisverfahren die Voraussetzungen eines prozessual bedeutungsvollen Anspruchs, einer behaupteten Einrede oder Einwendung geklärt werden können. Ein rechtliches Interesse ist auch dann zu bejahen, wenn der Zustand der Sache für die Rechtsbeziehungen der Parteien maßgeblich ist, was gerade bei Gewährleistungsansprüchen der Fall ist.\textsuperscript{20}

3. Inhalt des Antrags

Der Antragsteller muss zunächst einmal die Voraussetzungen des selbstständigen Beweisverfahrens, insbesondere das rechtliche Interesse, sowie diejenigen Tatsachen, die die Zuständigkeit des Gerichts begründen, glaubhaft machen (§ 487 Nr. 4 ZPO). Im Antrag ist der Gegner zu bezeichnen (§ 487 Nr. 1 ZPO). Dies mag manchmal schwierig sein, ist jedoch praktisch unentbehrlich, um die beabsichtigte Bindungswirkung des Beweisverfahrens zu erreichen. Zwar kann auf diese Angabe in Ausnahmefällen (vgl. § 494 ZPO) verzichtet werden, doch steht dem Antragsgegner in Form des Lieferanten zumeist ein potenziell Verantwortlicher gegenüber, sodass man den Zweck des selbstständigen Beweisverfahrens nicht durch Verzicht auf die Angabe des Antragsgegners gefährden sollte.

Im Gewährleistungsprozess ist vor allem die Frage des Vorliegens und der Erheblichkeit von Mängeln von Bedeutung. Bei der Bezeichnung der Tatsachen, über die in Form des schriftlichen Sachverständigengutachtens Beweis zu erheben ist, darf jedoch keine Beweisfrage des Inhalts gestellt werden, ob die fragliche Software mangelhaft sei oder nicht. Erforderlich ist vielmehr eine konkretere Angabe der zu untersuchenden Mängel, die die Abweichung von der Soll-Beschaffenheit darstellen sollen.\textsuperscript{21} Die Soll-Beschaffenheit ergibt sich entweder aus dem erstellten Pflichtenheft oder dem gewöhnlichen Gebrauch. Die gerügten Mängel sind präzise und vollständig zu bezeichnen,\textsuperscript{22} weil mit dem Antrag die Verjährung nur für diese Mängel gehemmt wird (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB). Die Formulierung der Beweisfrage stellt daher eine Art Balanceakt dar. Dabei muss die Ursache des Mangels nicht angegeben werden, es sei denn, ihre Aufklärung ist von Bedeutung, z. B. weil der Hersteller der Software Bedienungsfehler als die Ursache behauptet. Es reicht dann aber der Antrag aus, dass zusätzlich festgestellt werden

\textsuperscript{20} Thieme, MDR 1991, 989.
\textsuperscript{21} Zur beispielhaften Formulierung von Beweisbeschlüssen: Ubrig, in: Thalhofer (Fn. 12), A X Rn. 22 ff.
soll, dass die Ursache des Mangels in der Leistung begründet ist und nicht auf einem Bedienungsfehler beruht.


4. Möglichkeit des Antragsgegners

Gutachten, die im selbstständigen Beweisverfahren erstellt worden sind, später zu erschüttern, bereitet enorme Schwierigkeiten, insbesondere, weil das Beweisergebnis gem. § 493 ZPO im Hauptprozess bindend wirkt. Der Antragsgegner kann formlose Gegenvorstellungen machen und die Aufhebung des Beschlusses anregen. Daneben kann er im Wege eines Gegenantrages die Berechtigung der Beweisfragen in Frage stellen und abweichende Themen zum Beweis stellen. 

Dadurch wird ein eigenständiges Beweisverfahren eingeleitet, soweit es sich nicht lediglich um ergänzende Fragen handelt. Schließlich besteht die Möglichkeit, den Sachverständigen wegen Befangenheit abzulehnen.


5. Kosten

Folgt auf das selbstständige Beweisverfahren ein Hauptverfahren, sind die Kosten des Beweisverfahrens Teil der Kosten des Hauptsacheverfahrens; ihre Verteilung richtet sich folglich nach dem Ergebnis des Folgeprozesses. Nimmt der An-

---

24 Siehe hierzu Hoeren, ZZP 108 (1995), 343 ff. m. w. N.
tragsteller den Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens zurück, so trägt er analog § 269 ZPO die Kosten.

Stellt sich im selbstständigen Beweisverfahren heraus, dass der Antragsteller Unrecht hatte, und erhebt der Antragsteller daraufhin keine Klage, kann der Antragsgegner eine Fristsetzung zur Klageerhebung durch das Gericht bewirken (§ 494a Abs. 1 ZPO). Erhebt der Antragsteller innerhalb dieser Frist keine Klage, muss er die Kosten des Beweisverfahrens tragen (§ 494 Abs. 2 ZPO).