

Das Urheberrecht für diesen Aufsatz, der in einer auf den Regierungsentwurf vom 14.05.2001 bezogenen Fassung in Heft 10/2001 Seite 649 ff. der Zeitschrift "Computer und Recht" erschien, liegt ausschließlich beim Verlag Dr. Otto Schmidt KG und bei mir.

08.01.2002 MB/AL
al\texte\er\schuldrechtsreform.doc[122]

MICHAEL BARTSCH*

Das neue Schuldrecht - Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht

Seit 01.01.2002 gilt ein umfassend geändertes Vertragsrecht¹. Diese Rechtsänderung wird unter dem Gesichtspunkt der Auswirkungen auf die Rechtspraxis erörtert, nämlich auf Anpassungsbedarf bei Vertragsgestaltung, auf geänderte Regeln bei der Vertragsdurchführung und auf die erwartbare Entwicklung der Rechtsprechung.

A. Allgemeine Vorschriften

Das neue Recht nimmt eine Reihe von Rechtsprinzipien auf, die bisher außerhalb des Gesetzes galten. Bei den meisten von ihnen ist keine Änderung des hauptsächlich von der Rechtsprechung erarbeiteten Standes gewollt (vgl. die Begründung). Es ist deshalb müßig, die Idealität einzelner Formulierungen zu diskutieren. Der Entscheidungsspielraum des BGH ist in allen Fällen größer, als sich aus exegetischen Bemühungen am Wortlaut ergibt.

1. Verschulden bei Vertragsabschluss (§ 311 Abs. 2²)

Die Regelung des c.i.c.-Feldes hat durch die umfassende Pflichtenstellung nach § 241 Abs. 2 (vgl. A.7) ihren besonderen Wert. § 311 Abs. 2 Nr. 2 erfasst die gewollte Eröffnung der Interessenssphäre gegenüber dem künftigen Partner ("*gewähren oder ... anvertrauen*"). Für Betriebsgeheimnisse und Know-how in der Vertragsanbahnung kann das wichtig sein; die Geheimhaltung wird Schutzpflicht nach § 241 Abs. 2 sein.

Auch Dritte können in den Schutz einbezogen sein. Laut § 311 Abs. 3 Satz 1 kann das Schuldverhältnis nicht nur zwischen künftigen oder aktuellen Vertragspartnern entstehen, wohl nach den bisherigen Regeln der Schutzwirkung für Dritte.

* Prof. Dr. Michael Bartsch ist Rechtsanwalt in Karlsruhe und lehrt an der Universität Karlsruhe und der Hochschule für Gestaltung Karlsruhe (<http://www.bartsch-partner.de/personen/mb>)

¹ Die Gesetzesänderungen sind praxisgerecht erfaßt in der Beck'schen Synopse (<http://www.beck.de>), herausgegeben von J. Maurer, P. Sester und mir (<http://www.bartsch-partner.de/bgb-neu>).

² Ohne Gesetzesangaben werden die neuen BGB-Vorschriften zitiert. Alte Vorschriften werden als "BGB-alt" zitiert.

In der Verhandlungspraxis werden vorbereitende Vereinbarungen noch relevanter³. Man wird die Vertrauenspflichten positiv und abschließend regeln. Eine Regelung in den AGB für den später abzuschließenden Hauptvertrag wäre verspätet. Spezielle AGB für die vorvertragliche Situation sind im Rahmen der allgemeinen AGB-Schranken (§ 307 Abs. 1) möglich.

2. Vertrauenshaftung (§ 311 Abs. 3)

Ähnlich wie c.i.c. (A.1) wird die BGH-Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung ins Gesetz aufgenommen, wonach auch Dritte Schutzpflichten haben (§ 241 Abs. 2) und auf Schadensersatz haften können (§ 280). Auch diese Verdeutlichung wird de facto zur Haftungsvermehrung führen, auch wenn sich de jure nichts ändert.

Das Wort "*insbesondere*" in § 311 Abs. 3 Satz 2 lässt zu, das Sondervertrauen auch in der Phase der Vertragsdurchführung zu schützen (Beispiel: Angestellter Projektleiter verspricht die pünktliche Fertigstellung) und auch danach (Beispiel: Der für die Produktsicherheit zuständige Abteilungsleiter des Herstellers erklärt eine Störung fälschlich für nicht sicherheitsrelevant), dies jedoch nur entlang der bisherigen Rechtsprechung zur Sachwalterhaftung, wenn das "*besondere Maß*" und die "*erhebliche Beeinflussung*" vorliegen.

Auch hier erfasst der Schutz nicht nur den künftigen oder aktuellen Vertragspartner, sondern über § 311 Abs. 3 Satz 1 auch die mit ihm in den Schutzbereich aufgenommenen Personen; ihr Schutz ergibt sich dann für die vorvertragliche Phase aus § 311 Abs. 2, für die Zeit ab Vertragsabschluss aus § 311 Abs. 3 Satz 2.

Haftungsbegrenzung zugunsten Dritter ist in AGB grundsätzlich möglich⁴ und wegen der verschärften Haftungssituation wünschenswert.

3. Geschäftsgrundlage (§ 313)

Das bisherige Rechtsprechungskonzept wird ins Gesetz transferiert, wie dies eben in einer kurzen Paragraphenformulierung geht. Man darf nicht erwarten, dass die Rechtsprechung die Zumutbarkeitsgrenze ändert. Dennoch wird der nun positiv genannte Rechtsbehelf sich häufiger auswirken als bisher.

Es kann nützlich sein, die Geschäftsgrundlage im Vertrag zu umschreiben, z. B. in Bezug auf die Verbindung zwischen zwei Teilprojekten oder durch Benennung der

³ Die Bezeichnungen als "Memorandum of Understanding" (MOU) und "Letter of Intent" (LOI) sollte man unbedingt vermeiden. Sie lassen offen, ob eine vertragliche Bindung vorhanden ist, und stimmen mit der deutschen Vertragslehre nicht überein.

⁴ Vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG 9. Aufl., § 11 Nr. 7 Rdnr. 13 m. w. Nachw.

Kalkulationsgrundlage. Auch die Anpassungsregeln können vorgegeben werden. Weil § 313 zum Bereich von § 242 gehört, sind nur Gestaltungen, nicht aber Verkürzungen des Schutzes möglich⁵.

4. Unzumutbarkeit der Leistung (§ 275 Abs. 2)

Unter dieser Kurzbezeichnung wird die Vorschrift diskutiert⁶. Sie meint aber nicht einseitig die Unzumutbarkeit beim Schuldner oder das Leistungsinteresse beim Gläubiger, sondern eine Abwägung zwischen diesen beiden Kriterien; die Relation muss unzumutbar sein⁷.

Die Unzumutbarkeit berechtigt zwar, die Leistung zu verweigern, wird aber regelmäßig zum Schadensersatz führen, und zwar nach § 280 ff, wenn der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat, und nach § 311 a, wenn er zu vertreten hat, dass der Vertrag trotz des Leistungshindernisses zustandekam⁸.

Für die Vertragspraxis kann sich hier ein (wenn auch wegen des Schadensersatzes teurer) Notausstieg aus einer wirtschaftlich nicht realisierbaren Vertragsbindung ergeben, z. B. bei einem Festpreisprojekt, das die Kalkulationsgrundlage völlig verlässt, oder bei Pflege für Standardsoftware, für die es nur noch eine unzureichende Anzahl an Kunden gibt (vgl. auch A.3, B.I.1). Opfergrenze und Leistungsinteresse können im Vertrag formuliert sein.

5. Unsicherheitseinrede (§ 321)

Bislang konnte man nur bei einer nachträglichen Vermögensverschlechterung des Vertragspartners die eigene Vorleistung verweigern. Das wird durch § 321 ausgeweitet:

- Es geht nicht mehr nur um Vermögensverhältnisse, sondern insgesamt um Leistungsfähigkeit (Beispiele: Der Händler hat die vertragliche Anbindung an seinen Lieferanten verloren; beim Softwarehaus ist die für das Produkt X zuständige Entwicklerteamschaft komplett ausgeschieden).

⁵ Innentheorie; vgl. *Erman/O. Werner*, BGB 10. Aufl., § 242 Rdnr. 3

⁶ z. B. *Canaris*, JZ 2001, 501

⁷ *Zimmer*, NJW 2002, 4 bei II.2.; *Canaris*, JZ 2001, 501 will jedoch entscheidend auf das Gläubigerinteresse abstellen und fordert, daß das Mißverhältnis ein "völlig untragbares Ausmaß erreichen" müsse; ähnlich *Teichmann*, BB 2001, 1487. Das steht im Widerspruch zum Gesetzestext. Ohnehin ist das literarische Interesse an der Unmöglichkeit als der bedeutungslosesten Leistungsstörung bemerkenswert; vgl. auch *Huber*, ZIP 2000, 2137; *Altmeyen*, DB 2001, 1399; *Lorenz*, JZ 2001, 742; eine schiefe Relation zwischen Rhetorik und Praxiswert.

⁸ Ausführlich *Canaris*, JZ 2001, 499. Zum Anspruch auf die Gegenleistung vgl. § 326 RE.

- Das Risiko muss nicht nach Vertragsabschluss eingetreten sein; es genügt, das es erst nach Vertragsabschluss erkennbar wird.
- Zur Beseitigung des Schwebezustandes aus der Leistungsverweigerung eröffnet § 321 Abs. 2 den Rücktritt nach Fristablauf.

Obwohl nur die synallagmatischen Leistungen erfasst sind, ist die Praxisrelevanz groß. Wo zum Beispiel die Leistungsfähigkeit des Lieferanten in der deutlich verlängerten Gewährleistungszeit (B.II.4, III.4) unsicher ist, darf der Käufer Kaufpreis einbehalten⁹.

6. "Positive"¹⁰ Vertragsverletzung (§ 280)

Die pVV war schon bislang die Grundnorm des Leistungsstörungenrechts¹¹. Das wird nun durch die Grundnorm § 280 abgebildet (B.I.2 a). Das dort in Abs. 1 Satz 1 genannte Schuldverhältnis erfasst alle rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse nach § 311; die Pflichten sind vor allem die nach § 241 Abs. 1 und 2 (vgl. A.1, 2 und 7).

Weil die Reichweite der pVV in der Praxis nicht ausgeschöpft wurde¹², wird de facto eine Haftungserweiterung stattfinden.

7. Wohlverhaltensklausel (§ 241 Abs. 2)

Je nach Inhalt des Schuldverhältnisses wird "*besondere Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter¹³ und Interessen des anderen Teils*" gefordert und damit das heute schon geltende Pflichtenband verdeutlicht. § 311 Abs. 2, 3 Satz 1 verweist auf diese neue Vorschrift und gibt ihr damit Geltung für

- die Beratungspflicht vor Vertrag (A.1; Stichwort: Wissensgefälle¹⁴),
- die Verträglichkeit während des Vertrages (Stichwort: Kooperationspflicht) und

⁹ Begr. S. 179 läßt eine Gewährleistungsstörung genügen.

¹⁰ Nur Juristen konnten eine Vertragsverletzung als positiv bezeichnen und sich nichts dabei denken.

¹¹ Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB 60. Aufl., § 276 Rdnr. 107

¹² Schadensersatz aus Mängeln bei Sachkauf wurde regelmäßig nur in den Sonderfällen des § 463 gefordert.

¹³ Mit "*Rechten und Rechtsgütern*" sind diejenigen des § 823 gemeint (vgl. Begr. S. 163). Das ist terminologisch mißglückt, denn der Begriff "Recht" ist durch § 453 Abs. 1 RE besetzt.

¹⁴ *Bartsch*, "Software und das Jahr 2000 - Haftung und Versicherungsschutz für ein technisches Großproblem", 1998 S. 81 (http://www.bartsch-partner.de/personen/mb/buch_sw_2000/). *Zimmer* (NJW 2002, 7 bei IV.1 b bb) entnimmt § 241 Abs. 2 keine Informations- oder Beratungspflichten.

- die Anforderungen an die Äußerungen eingeschalteter Fachleute (A.2; Stichwort: Vertrauenshaftung).

Was bisher nur auf § 242 gestützt werden konnte, bekommt nun einen gesetzlichen Ort und damit eine größere Bedeutung.

Vertragliche Gestaltungen in diesem Bereich sind schwierig. In AGB wird eine Reduktion der Pflichten kaum möglich sein¹⁵. In Individualverträgen kommt eine enumerative Aufzählung aller Leistungen mit einer ausdrücklichen Aussage, dass es darüber hinaus keinerlei Pflichten gibt, eher theoretisch als praktisch in Frage und müsste sich dann immer noch an § 242 messen lassen¹⁶.

8. Dauerschuldverhältnisse (§ 314)

Geregelt wird nur die Kündigung aus wichtigem Grund, was für Dauerschuldverhältnisse nur einen Teil der im BGB unregulierten Themen ausmacht (wenn auch den wichtigsten)¹⁷. Die bislang vom BGH definierten Kündigungsvoraussetzungen sollen nicht geändert werden.

Scharf zu kritisieren ist die zu schwache formale Kündigungsvoraussetzung in § 314 Abs. 2. Es soll eine zur Abhilfe bestimmte Frist genügen oder eine "*erfolglose Abmahnung*". Das neue Wort spricht dafür, dass es keine Mahnung ist (arg. § 286 Abs. 1 Satz 1). Jedenfalls muss nicht einmal eine Abhilfefrist gesetzt werden. Der Schutz des Vertragsbandes und die Warnfunktion für den Vertragspartner machen es m. E. unerlässlich, dass die Kündigung angedroht wird, und zwar schriftlich. Nach der jetzigen Formulierung besteht das Risiko, dass eine einfache Beanstandung zur Kündigung genutzt wird und hinterher der Streit über die Zumutbarkeit (§ 314 Abs. 1 Satz 1) geführt wird.

Hier ist das Konzept durch das Fehlen der Fristsetzung noch schwächer, weicher und damit für beide Seiten risikohaltiger als in den anderen Fällen des Vertragsabbruchs (B.I.2 c, II.3, III.3).

Die Vertragsanpassung (z. B. durch Vergütungsminderung) nach § 313 Abs. 1 (A.3) geht der Kündigung nach § 314 vor¹⁸. Das macht die Sache elastischer, damit aber auch unkalkulierbarer.

Die Korrektur in AGB ist wegen § 309 Nr. 8 a schwierig (vgl. C.2).

¹⁵ Vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 2, Stichwort Kardinalpflicht

¹⁶ Vgl. oben FN 5

¹⁷ Vgl. *Bartsch*, Softwarepflege nach heutigem und künftigem Recht, demnächst in NJW

¹⁸ Begr. S. 177

9. Verjährung (§§ 194 ff.)

Das allgemeine Verjährungsrecht ist neu konzipiert. Wie bisher sind die wichtigsten Vorschriften aber die des Besonderen Schuldrechts¹⁹. Weil die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195) erst beginnt, wenn der Gläubiger den Anspruch und den Schuldner kennt oder aus grober Fahrlässigkeit nicht kennt, läuft die Verjährung bis zu zehn Jahren (§ 199 mit einigen Ausnahmen)²⁰. Damit hält das neue Recht den in der Begründung²¹ beklagten Missstand aufrecht, dass der Anspruch auf mangelfreie Erfüllung früher verjährt als der aus der Verletzung von Nebenpflichten (A.1, 6). Wenn auch mit geringerer Praxisrelevanz²² bleibt damit der Anreiz, bei verjährter Hauptpflicht auf Verletzung von Nebenpflicht zu plädieren. Bei der bislang zu kurzen Frist von sechs Monaten hatte dieser Weg im EDV-Recht immer große Bedeutung.

Von großer Praxisbedeutung wird auch § 203 sein, wonach Verhandlungen die Verjährung hemmen und eine Auslauffrist von zwei Monaten geben²³. Auch gerichtliche Aktionen wirken nunmehr hemmend, geben aber eine Auslauffrist von sechs Monaten (§ 204). Die sorgfältige Dokumentation aller dieser Vorgänge ist zur Berechnung des Fristenlaufes notwendig. Vereinbarungen über die Verjährung²⁴ werden häufig nützlich sein.

Praxisbedeutsam ist auch, dass das Selbständige Beweisverfahren (§ 485 ZPO) die Verjährung hemmt, gleich wer der Antragsteller ist (§ 204 Abs. 1 Nr. 7).

B. Recht der Leistungsstörungen

I. Allgemeine Regeln

1. Vertretenmüssen (§ 276 Abs. 1)

Das Gesetz gestattet "*eine strengere oder mildere Haftung*" als bisher, wenn sich dies "*aus dem ... Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos*" so entnehmen lässt. Der Hinweis auf das

¹⁹ § 438 (B.II.4); § 548; § 638 (B.III.4)

²⁰ Die Beweislast insofern hat wie bisher bei § 852 der Schuldner; vgl. *Münchener Kommentar/Stein*, 3. Aufl. BGB § 853 Rdnr. 71 m. w. Nachw.

²¹ Begr. S. 85, 88 ff.

²² Bisher: Faktor 1:60 (sechs Monate zu 30 Jahren). Neu: Faktor 1:5 (zwei Jahre zu maximal zehn Jahren); nach zwei Jahren werden nicht mehr viele Ansprüche zu erwarten sein.

²³ Ersatz für § 639 Abs. 2 BGB-alt und § 852 Abs. 2 BGB-alt

²⁴ die nun im Rahmen der Schranken aus § 309 Nr. 8 b ff und § 475 Abs. 2 weitgehend frei sind; § 202 Abs. 2.

Beschaffungsrisiko hängt mit der Aufhebung des § 279 BGB-alt zusammen und dem veränderten Konzept in Bezug auf Stück- und Gattungsschuld. Wie bisher soll der Schuldner aber keine Garantiefhaftung haben, sondern er soll nur Beschaffungshindernisse überwinden.

Die früher im Kaufrecht als Eigenschaftszusicherung diskutierten Gegebenheiten können hier zur verschuldensfreien Haftung führen oder zur Garantie²⁵.

Eine mildere Haftung ist angezeigt, wo ein originär eigenes Risiko des Auftraggebers auf den Vertragspartner transferiert wird. Die abgeschwächte Arbeitnehmerhaftung ist hierfür der bekannteste Fall²⁶. Im Kern geht es bei ihr seit den Entscheidungen des Reichsgerichtes nicht um Sozialschutz, sondern um faire Risikozuweisung. Der Arbeitgeber, der z. B. das Kraftfahrzeug selbst fährt, wird (ähnlich wie der Arbeitnehmer) über die Jahre hinweg auch einmal einen verschuldeten Unfall haben. Dieses Betriebsrisiko soll er nicht delegieren dürfen.

Ein inadäquater Transfer von Risiko findet, recht besehen, in jedem Softwareprojekt statt²⁷. Entgegen der gesetzlichen Vorgabe (§ 633)²⁸ gibt es kein mangelfreies Ergebnis eines Softwareprojektes. Die Informatik als Wissenschaft sagt, dass fehlerfreie Software entweder bedeutungslos klein ist ("Makro") oder nur, wenn überhaupt, mit realitätsfernem Aufwand an Zeit und Geld zu erstellen wäre. Im Unterschied zu klassischen Gewerken gehen die zuständigen Wissenschaftler von prinzipiell unvermeidbarer Fehlerhaftigkeit aus. Das ist ein Fall des § 275 Abs. 1 ("*soweit ... unmöglich*") und über § 276 Abs. 1 ("*mildere Haftung ... aus ... der Natur der Schuld*") aus der Schadensersatzhaftung herauszunehmen. Den Beweis, dass keine Fahrlässigkeit vorgelegen habe (§ 280 Abs. 1 Satz 2), kann das Softwarehaus niemals führen.

Hier, bei der Aufweichung der Verschuldenshaftung in § 286 Abs. 1, besteht Hoffnung auf eine faire Risikoverteilung. Wegen der insgesamt verschärften Haftung ist dies auch dringend notwendig. Sonst entsteht in jedem Projektvertrag Erpressungspotential bis zum (teils sehr verzögerten²⁹) Gewährleistungsauslauf.

2. Schadensersatz nach allgemeinem Schuldrecht (§§ 280 ff.)

a) Grundnorm (§ 280)

²⁵ Vgl. Begr. S. 132; § 443

²⁶ BAG NJW 1993, 1732; BGH NJW 1994, 856; zur Bedeutung im Softwarebereich vgl. *Bartsch*, BB 1986, 1501.

²⁷ Vgl. DGRI-Stellungnahme zu § 276, Beilage zu CR 9/2001, 2.

²⁸ Recht besehen sind Projektverträge allerdings keine Werkverträge nach dem gesetzlichen Bild; vgl. *Bartsch*, CR 2000, 9 (<http://www.bartsch-partner.de/personen/mb/texte/bgb.de.html>)

²⁹ Vgl. B.II.4, III.4

Die Grundnorm § 280 Abs. 1 wurde oben (A.6) schon vorgestellt. Wie bisher nach pVV kann Schadensersatz neben der Leistung verlangt werden. § 280 Abs. 2, 3 verweist auf die Sonderfälle. Schadensersatz aus Mängeln bei Kauf, Werk und Miete ergibt sich aus Sondervorschriften³⁰.

b) Verzug (§ 286)

Anspruchsnorm ist § 280 Satz 1, 2. § 286 definiert nur den Verzugsbeginn. Auch hier gibt es eine aufweichende Regelung, die den Verzugsbeginn ohne Mahnung (allerdings nicht ohne Fälligkeit) möglich macht (§ 286 Abs. 2 Nr. 4).

Wo Leistungen erst aufgrund einer Anforderung zu erbringen sind, kann nun ein automatischer Verzugsbeginn in angemessener Frist nach dem Ereignis vereinbart werden (§ 286 Abs. 2 Nr. 2), auch durch AGB. Beispiele: Die Gewährleistungsklauseln oder der Pflegevertrag geben dem Softwarehaus eine Leistungsfrist von X Tagen nach der Fehlermeldung auf; das Softwarehaus stellt Abschlagszahlungen in Rechnungen, die dann X Tage nach Zugang zu zahlen sind.

Hier gibt es also Änderungsbedarf bei den Vertragsformularen und (je nach Erfolg einer Vertragsverhandlung) ein näheres Schadensersatzrisiko des Lieferanten beim Ausbleiben seiner Leistung.

c) Schadensersatz statt der Leistung (§§ 281 - 283)

In § 281 Abs. 1 begegnen wir dem größten Problem der Novelle. Die bisherigen § 326 Abs. 1 und § 634 Abs. 1 machten einen unübersehbaren "Schuss vor den Bug" notwendig, bevor der Leistungstransfer verweigert werden durfte, nämlich Verzug und Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Damit bestand ein klares zeitliches Konzept, eine klare Aussage und eine klare Rechtsfolge; der Gläubiger konnte wählen, und der Schuldner konnte sich einrichten³¹.

§ 281 Abs. 1 weicht das zu Lasten des Schuldners auf³²:

- Es genügt die schlichte Fristsetzung ("Wir fordern Sie auf, die Leistung bis zum ... zu erbringen").
- Verzug ist nicht Voraussetzung; es soll genügen, die Leistungsaufforderung als Mahnung (§ 286 Abs. 1) zu deuten³³.

³⁰ § 437 Nr. 3; § 536 a neue Fassung; § 634 Nr. 3

³¹ *Emmerich* sagt, § 326 werde "allgemein als die wichtigste und gelungenste Vorschrift des Rechts der Leistungsstörungen" bezeichnet (*Münchener Kommentar/Emmerich*, BGB 3. Aufl., § 326 Rdnr. 3

³² Kritisch auch *Zimmer*, NJW 2002, 5 bei III.2 a

- Die Fristsetzung wird in Abs. 2 in unklar formulierten Fällen für entbehrlich erklärt.
- Die primäre Leistungspflicht des Schuldners endet nicht mit Fristablauf, sondern nach Abs. 3 erst, wenn der Gläubiger den Schadensersatz statt Erfüllung verlangt.
- Eine Regelung wie in § 314 Abs. 3, dass dies nur alsbald geschehen kann, fehlt.
- Das gilt auch, wenn die Leistung "*nicht wie geschuldet*" kommt, z. B. unvollständig oder mangelhaft ist³⁴.

Der Schuldner muss also jede mit einer Frist ausgestattete Rüge als versteckte Kriegserklärung aufnehmen, des Vertragsabbruchs immer gewärtig sein. Nach Fristablauf hat er keine Sicherheit, dass seine weitere Leistung noch angenommen wird. Mit § 350 (Aufforderung an den Gläubiger zur Erklärung), bei § 281 ohnehin nur analog anwendbar, kann er nichts anfangen, weil er damit den Gläubiger nur auf die Abbruchmöglichkeit stößt und so die eigene Situation verschlechtert.

Hier werden die Vertragspartner auf unklare Weise rasch an den Rand des Vertragsabbruchs und darüber hinaus gebracht³⁵. Eines der Grundprinzipien des Vertragsrechts, nämlich den Schutz des Vertragsbandes, wird beschädigt. Hier besteht vertraglicher Änderungsbedarf, der jedoch durch AGB nur beschränkt möglich ist (C.2).

d) Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 282)

Nach dem Gesetzestext ist das Lösen des Vertragsbandes bei der Verletzung einer Nebenpflicht noch leichter möglich als nach § 281 bei Verletzung einer Hauptpflicht³⁶. Man darf aber hoffen, dass die Rechtsprechung dies glättet, also den Vertragsabbruch nur bei echter Unzumutbarkeit und regelmäßig nur nach Androhung zulässt³⁷.

3. Rücktritt (§§ 323 - 325)

a) Versäumung der Primärleistungspflicht (§ 323)

³³ *Canaris*, JZ 2001, 515

³⁴ Dies ist nur gering gedämpft durch eine Interessensabwägung, die grundsätzlich zu Gunsten des Gläubigers laufen soll; vgl. Begr. S. 139 f.

³⁵ Daß *Canaris*, JZ 2001, 510) und ihm folgend *Teichmann* (BB 2001, 1489) dies für einen "optimalen Kompromiß" halten, spricht nicht für praktische Erfahrung.

³⁶ Auch hier glänzen die Theoretiker durch Beispiele von einer Abwegigkeit, daß man sie nicht einmal zitieren möchte; siehe *Pick*, ZIP 2001, 1179.

³⁷ Vgl. zum heutigen Recht *Palandt/Heinrichs*, (FN 11) § 276 Rdnr. 124.

Wie in § 281 und in § 314 Abs. 2 wird auch hier dem Gläubiger das Recht, sich vom Vertrag zu lösen, unter zu leichten und unklaren Voraussetzungen gegeben:

- Verzug (also Vertretenmüssen) ist nicht notwendig; die Vorschrift ist dem alten § 636 nachgebildet.
- Es gilt das gleiche Konzept der Frist wie in § 281 (B.I.2 c).
- Es gilt ein erweiterter Katalog der Entbehrlichkeit der Fristsetzung (§ 313 Abs. 2).
- Bei nicht vertragsgemäßer Leistung kann der Gläubiger die Leistung nur dann nicht aufgeben, "*wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist*" (§ 323 Abs. 4 Satz 2), und das verstehen die Begründung und die Kommentatoren als eher seltene Ausnahme, dem § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB-alt vergleichbar.

Weil es praktisch kein Projekt ohne zeitliche Verzögerung gibt, bekommt der Gläubiger hier ein hartes Druckmittel in die Hand. Der Projektabbruch gibt ihm seine Vergütung zurück. Der Auftragnehmer kann mit den an ihn zurückzugewährenden Leistungen nichts anfangen; er hat umsonst gearbeitet und kann Angestellte und Subunternehmer nicht bezahlen. Falls er nicht seine Schuldlosigkeit beweist (§ 280 Abs. 1 Satz 2), riskiert er zusätzlich großen oder kleinen Schadensersatz³⁸.

Gedämpft ist das nur für den Fall, dass der Gläubiger für die Verzögerung "*allein oder weit überwiegend verantwortlich*" oder in Annahmeverzug ist (§ 313 Abs. 5). Eine weit überwiegende Verantwortung des Auftraggebers wird der Auftragnehmer kaum beweisen können, und schon die nur überwiegende Verantwortung des Auftraggebers eröffnet die Rücktrittsmöglichkeit. Auch hier besteht das Problem aus § 309 Nr. 8 a bei gegensteuernden AGB (C.2).

Die Verantwortlichkeit des Auftraggebers für die Verzögerung wird aufgrund des Vertrages oder nach § 241 Abs. 2 eine Pflichtverletzung sein, die nach § 280 Abs. 1 zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schaden des Auftragnehmers besteht insbesondere im Verlust der Vergütung. Weil es in § 323 nur darum geht, den Gläubiger von dem wegen der Verzögerung für ihn uninteressant gewordenen Leistungsaustausch zu befreien, muss das Schadensrecht Vorrang haben. Der Auftragnehmer verliert dann den Vergütungsanspruch nur in Höhe seines Mitverschuldens am Projektende (§ 254).

b) Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 324)

Ähnlich wie § 282 eröffnet § 324 den Rücktritt auch bei Verletzung einer sonstigen Pflicht (vgl. B.I.2 d).

³⁸ Rücktritt lässt Schadensersatz offen, § 325.

II. Gewährleistung beim Kaufvertrag (§§ 434 ff.)

1. Mangel (§ 434)

a) Allgemeiner Sachmangelbegriff (§ 434 Abs. 1 Satz 1, 2)

Den bisherigen Fehlerbegriff³⁹ kann man als pointillistisch bezeichnen: der Blick geht auf die Einzeleigenschaft, den einzelnen Fehler. Der neue Begriff ist demgegenüber generalistisch: wo es keine "vereinbarte (also dem Vertrag und seinen Anlagen entnehmbare) Beschaffenheit" (§ 434 Abs. 1 Satz 1) gibt (also in Bezug auf die allermeisten Eigenschaften der Kaufsache), kommt es darauf an, ob die Sache sich "für die ... Verwendung eignet", ob sie "eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich⁴⁰ ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann" (§ 434 Abs.1 Satz 2). Weil der Käufer zumeist keine auf die Einzeleigenschaft gerichtete Erwartung hat, dürfte man nach dem Wortlaut jetzt ziemlich schlechte Standardsoftware verkaufen, denn die "gewöhnliche Verwendung" steht nicht entgegen⁴¹, und die Konkurrenzprodukte ("Sachen gleicher Art") sind auch nicht besser.

Man darf nicht erwarten, dass die Rechtsprechung die neue Mangeldefinition so wörtlich gegen die Käuferinteressen auslegt. Dennoch bleibt ein Spielraum, der vor allem für solche Produkte nutzbar ist, die es nun einmal nicht fehlerfrei gibt, bei denen die mittlere Art und Güte durch Gebrauchstauglichkeit, nicht durch Fehlerfreiheit im strengen Sinne definiert ist. Damit bietet sich eine Differenzierungslinie an, die weder Nachlässigkeit hinnimmt, noch aus produkttypischen Eigenarten, zu denen auch eine typische Fehlerhaftigkeit gehören kann, dem Käufer bei Kaufreue den Rückzug einschließlich Schadensersatzansprüche ermöglicht.

b) Produktwerbung (§ 434 Abs. 1 Satz 3)

Diese Regel, wonach Werbung und Produktkennzeichnung für die Sacheigenschaften und das Qualitätsniveau bedeutsam sind, galt mehr oder weniger schon immer⁴², wird aber große Praxisbedeutung bekommen⁴³. Die Vollmundigkeit der Werbung gerade im EDV-

³⁹ Die Sonderregelung des § 459 Abs. 2 über Eigenschaftszusicherungen ist entfallen; der Sachverhalt ist durch das in § 276 Abs. 1 Satz 1 genannte Beschaffungsrisiko und durch § 443 aufgenommen.

⁴⁰ Im Unterschied hierzu stellt § 276 Abs. 2 seit jeher nicht auf die übliche, sondern auf die erforderliche Sorgfalt ab.

⁴¹ Vermutlich benutzen wir alle täglich mangelhafte Software. Teils sind die Produkte eklatant fehlerhaft; vgl. *Bartsch*, CR 2000, 721 ff. (http://www.bartsch-partner.de/personen/mb/texte/20010531_1_viren.de.html)

⁴² *Lehmann*, NJW 1981, 1233

⁴³ *A. A. Koch*, CR 2001, 569

Bereich kann hier zur Haftung führen; zu Recht; es gibt keine Branche mit einer so eklatanten Differenz zwischen Versprechung und Realität⁴⁴.

c) Bagatellmängel

Bagatellmängel (§ 459 Abs. 1 Satz 2 BGB-alt) werden nicht also solche geregelt, sondern in den Rechtsfolgen erfasst⁴⁵: Der Nacherfüllungsanspruch wird durch § 439 Abs. 3 begrenzt, der Rücktrittsanspruch durch § 323 Abs. 4 Satz 2 und der Schadensersatzanspruch durch § 281 Abs. 1 Satz 3; nur die Minderung bleibt stets möglich (§ 441 Abs. 1 Satz 2).

d) Montage und Handbuch (§ 434 Abs. 2)

Koch⁴⁶ weist darauf hin, dass die Montage von Software durch Installation geschieht und dass die Montageanleitung insofern der Installationsanleitung entspricht. Die Neuregelung darf nicht zur Meinung verführen, das Handbuch sei nun nicht mehr Hauptliefergegenstand⁴⁷.

Die unklaren Schnittstellen zum Werklieferungsvertrag und zum Werkvertrag werden bei B.III.1 behandelt.

§ 434 Abs. 2 Satz 2 sagt, dass kein Mangel vorliege, wenn "*die Sache fehlerfrei montiert worden*" ist. Dies scheint eine gesetzgeberische Fehlleistung zu sein. Denn hier wird die Situation, dass die Montage wegen der schlechten Anleitung zeitaufwendig war oder nur mit kostenpflichtiger Hilfe eines Fachmannes möglich war oder zu Begleitschäden führte, aus der Mangeldefinition herausgenommen. Folglich liegt kein Vertragsverstoß vor. Wenn man auslegt "*es sei denn, die Sache ist problemlos montiert worden*", bleiben die genannten Fälle innerhalb der Mangeldefinition und nur der Sonderfall, dass die Montage trotz mangelhafter Anleitung leicht gelingt, bleibt außerhalb; ein sinnvolles Ergebnis.

e) Rechtsmängel (§ 435)

Für Standardsoftware und ähnliche Produkte, die in Lieferketten gehandelt werden, ist der Wortlaut missglückt, denn der Hersteller hat immer Urheberrechte gegen den Käufer. Wo im Kaufvertrag insofern kein Vorbehalt formuliert ist⁴⁸, läge dann immer ein Rechtsmangel

⁴⁴ vgl. *Bartsch* (FN 14) S. 61 f.

⁴⁵ A. A. *Koch*, CR 2001, 569

⁴⁶ *Koch*, CR 2001, 569

⁴⁷ vgl. BGH CR 1993, 203 m. Anm. *Bartsch*, CR 1993, 422

⁴⁸ Viele Produkte dieser Art gehen ohne Kaufvertragsregeln über den Ladentisch. Die Versuche mancher Softwarehäuser, den Kunden später, z. B. bei einer Registrierung, zum Abschluß eines gern

vor⁴⁹. Ein solches Ergebnis ist durch Auslegung zu korrigieren. Wer z. B. Standardsoftware für seinen PC kauft, weiß, dass er das Produkt zu einer Zeit nur auf einem Gerät nutzen darf. Man wird solche Üblichkeit als kaufvertragliche Regeln nach § 435 Satz 1 gelten lassen müssen (vgl. auch B.III.2 b).

Besser wird man aus der neuen Formulierung in § 435 ("*in Bezug auf die Sache*") argumentieren, dass es hier nur um Rechte an der Sachsubstanz geht, nicht um urheberrechtliche Nutzungsschranken; diese wären dann als Sachmangel zu behandeln und über die Üblichkeit und die Käufererwartung in § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 sachgerecht geregelt.

2. Nacherfüllung (§ 439)

Ist der Käufer durch den monströsen Verweisungsbahnhof § 437⁵⁰ durchgekommen, hat er zunächst grundsätzlich nur⁵¹ den Anspruch auf Nacherfüllung, also auch bei Standardsoftware den Anspruch auf Nachbesserung. Der Verkäufer kann dem nur durch die eher enge Ausnahme des § 439 Abs. 3 entkommen, und hierbei wird die Zuweisung des Beschaffungsrisikos (§ 276 Abs. 1 Satz 1) einzubeziehen sein. Softwarehändler müssen in ihren Belieferungsverträgen entsprechend Vorsorge treffen, denn nur bei Verbrauchsgüterkaufverträgen (§ 474 Abs. 1) sind sie durch die Rückgriffsmöglichkeit nach §§ 478, 479 einigermaßen geschützt.

Dass nur zwei Nachbesserungsversuche zulässig sein sollen (§ 440 Satz 2), bezieht sich auf denselben Mangel. Viele Einzelmängel werden aber zur Unzumutbarkeit der Nachbesserung nach § 440 Satz 1 führen. Die Zahl 2 ist nicht strikt; schon bisher hat die Rechtsprechung hier je nach Komplexität des Produkts flexibel entschieden⁵².

Die auf zwei Jahre verlängerte Gewährleistungszeit (§ 438 Abs. 1 Nr. 3; B.II.4) macht bei Software und anderen Produkten, die rasch durch Nachfolgeprodukte ersetzt werden, den Nacherfüllungsanspruch für beide Seiten schwierig:

- Der Verkäufer kann das alte Programm nicht mangelfrei nachliefern und nicht reparieren. Aber er kann den neuen Programmstand liefern. Liest man § 241 Abs. 2 und die Formulierung in § 439 Abs. 3 S. 2 ("*ohne erhebliche Nachteile für den Käufer*")

"Lizenzvertrag" genannten Vertrages zu zwingen, sind untauglich (vgl. *Runte*, CR 2001, 657; *Faust*, demnächst in BB). Bei den meisten Schutzhüllenverträgen fehlt die wirksame Einbeziehung in den Vertrag (§ 305 Abs. 2).

⁴⁹ Vgl. *Soergel/Huber*, BGB 12. Aufl., § 434 Rdnr. 26 a, b, 42; *Voss*, CR 1994, 449.

⁵⁰ Hier werden insgesamt 23 Paragraphen einbezogen; unübersichtlicher geht's kaum.

⁵¹ § 440 Satz 1, 441 Abs. 1 Satz 1

⁵² *Ulmer/Brandner/Hensen*, (FN 4) § 11 Nr. 10 b Rdnr. 38

zusammen, dann wird man den Käufer verpflichtet sehen, den neuen Programmstand zu übernehmen, wenn ihm dies keine unangemessenen Nachteile macht⁵³.

- Umgekehrt kann der Käufer großes Interesse daran haben, einen fehlerfreien neuen Programmstand zu bekommen. Dies ist ihm zuzugestehen, gegebenenfalls unter Aufzahlung⁵⁴.

3. Rücktritt und Schadensersatz⁵⁵ (§§ 437, 440)

Die umfangreiche Eröffnung von Rücktritt und Schadensersatz ohne substantielle Abwehrmöglichkeiten des Verkäufers und für deutlich längere Zeit als bisher (B.I.2 c, d, 3, II.4) wird viele Ansprüche und Prozesse erzeugen. Zusammen mit den anderen Rechten des Käufers, sich vom Vertrag zu lösen (A.3, 8), und den Einschränkungen durch §§ 305 ff. (C.2) besteht für die Händler von EDV-Produkten ein hohes Risiko, das sie wegen der Marktmacht und der Geschäftspraktiken großer Hersteller letztlich auf sich behalten werden⁵⁶.

4. Verjährung (§ 438)

Die Gewährleistungszeit ist auf zwei Jahre verlängert (§ 438 Abs. 1 Nr. 3). In AGB ist sie auf ein Jahr reduzierbar (§ 309 Nr. 8 b ff; außer beim Verbrauchsgüterkauf für neue Sachen, § 475 Abs. 2).

Für den Rücktritt genügt bei wörtlicher Auslegung, dass die Rücktrittserklärung innerhalb der Verjährungsfrist abgegeben wird (§ 438 Abs. 4 Satz 1, § 218 Abs. 1); für die Rückabwicklungsansprüche selbst (§ 346 Abs. 1) gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren, die mit dem Schluss des Kalenderjahres beginnt (§ 195, § 199 Abs. 1). Das ist vom Gesetzgeber vermutlich nicht gewollt. Ob und wie der BGH auch für den Rücktritt die Frist des § 438 Abs. 1, 2 zustandebringt, ist offen.

III. Gewährleistung beim Werkvertrag (§§ 633 ff.)

1. Vertragstyp

Das neue Recht teilt die Vertragstypen neu ein:

⁵³ Wie im Schadensrecht gibt es hier dann das Problem einer Preisdifferenz "neu für alt", vgl. *Palandt/Heinrichs*, (FN 11) vor § 249 Rdnr. 146.

⁵⁴ *Bartsch*, (FN 14) S. 70 ff. m. ausf. Begr.

⁵⁵ Vgl. § 440; der Beginn von Satz 1 "*Außer in den Fällen ...*" muß gelesen werden "*Zusätzlich zu den Fällen ...*".

⁵⁶ es sei denn, sie würden sich mit den recht guten rechtlichen Möglichkeit wehren.

- Reiner Sachkauf (§ 433).
- Kauf mit Montage (§ 434 Abs. 2 Satz 1).
- Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen⁵⁷ (§ 651): Das ist die Nachfolge des Werklieferungsvertrages. Laut Begründung Seite 268 sollen im wesentlichen zum Werkvertrag nur noch "die Herstellung von Bauwerken, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nichtkörperlicher Werke wie z. B. die Planung eines Architekten oder die Erstellung von Gutachten" gehören (vgl. B.III.4)⁵⁸.
- Üblicher Werkvertrag (vgl. § 634 a Abs. 1 Nr. 3).
- Vertrag über ein nichtkörperliches Werk (vgl. § 634 a Abs. 1 Nr. 2).

Wohin gehört das typische Softwareprojekt, also Lieferung, Anpassung, Ergänzung und Installation von Standardsoftware? Der BGH bezeichnet Software, und zwar nicht nur Standardsoftware, als bewegliche Sache⁵⁹. Wenn man solche Verträge über § 651 ins Kaufrecht schiebt, fehlen die werkvertraglichen Kooperationsregeln (z. B. Mitwirkungspflicht und Abnahme), der Vorschussanspruch (§ 632 a) und weitere für Transaktionen dieser Art wichtige Normen. Das Wahlrecht für die Art der Nacherfüllung läge beim Besteller. Das alles ist nicht zu wünschen. Außerdem gälte dann die Untersuchungs- und Rügepflichten nach §§ 377 HGB⁶⁰. Solche Lieferungen lassen sich aber nicht wie Schrauben oder Kittelschürzen prüfen. Der Kunde wäre schlechter als je zuvor gestellt, wenn er schon ein bis zwei Wochen, nachdem ihm ein Problem mit der Software auffiel, ohne nachweislich beim Softwarehaus zugegangene Rüge das Gewährleistungsrecht verloren hätte.

⁵⁷ Formulierung aus Begr. S. 268

⁵⁸ Damit wird der größte Teil der erfolgsbezogenen Dienstleistungsverträge unpassend ins Kaufrecht verschoben. Zur Breite des werkvertraglichen Feldes vgl. *Weyers Werkvertragsrecht*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1981, Bd. 2, Seite 1128, der ca. 100 verschiedene Vertragstypen aufzählt; vgl. auch das Inhaltsverzeichnis in *Münchener Kommentar/Soergel*, BGB 3. Aufl., § 631 IV.

⁵⁹ CR 1993, 683; m. E. zu Unrecht, vgl. *Bartsch* (FN 14) S. 51 f. Daß der BGH diese Einstufung vornimmt, wird immer wieder bestritten. Im Urteil heißt es jedoch klar: "*Entscheidend ist allein, daß es sich auch in diesem Falle (bei einem nach den individuellen Bedürfnissen des Bestellers umgearbeitetes Programm) um ein auf einem Datenträger verkörpertes Programm und damit um eine körperliche Sache (§ 90 BGB) handelt.*" In CR 1990, 26 hatte der BGH schon entschieden, daß die Lieferung des Programmes online keine abweichende Beurteilung rechtfertigt. Es ist widersprüchlich, einerseits den Datenträger als bedeutungslos zu erklären, ihn andererseits aber als die Kaufsache zu behandeln und das Programm insofern als bedeutungslos zu erklären.

⁶⁰ Die bisher, allerdings zu unrecht, schon gelegentlich angewandt wurden; vgl. OLG Köln, CR 2001, 437; *Bartsch* (FN 14), S. 119 f.

Zusätzliche Schwierigkeiten bietet das Gesetz, wenn nicht vertretbare Sachen herzustellen sind (§ 651 Satz 3). Während früher sachgerecht Werkvertragsrecht galt, gilt nun Kaufrecht mit einigen Zutat; dies jedoch nur "soweit" es um eine nicht vertretbare Sache geht. Soll sich dann das Kündigungsrecht nach § 649 nur auf den individuellen Teil beziehen?

Man muss der falschen Einordnung durch Auslegung entkommen. Es bietet sich an, die "*Lieferung beweglicher Sachen*" in § 651 auf den Fall zu beschränken, dass es dem Kunden auf die Sachsubstanz ankommt, nicht auf den Erfolg einer Dienstleistung (§ 631 Abs. 2) oder den Inhalt eines Datenträgers, der wirtschaftlich bedeutungslos und technisch austauschbar ist.

Ein anderer Weg führt über eine Übersteigerung des BGH-Arguments von der Sächlichkeit der Software. Hardware wurde sehr plastisch als die nicht zu Ende konstruierte Maschine bezeichnet, die dann durch Software zum Spezialgerät für Textverarbeitung, Buchhaltung, Automatensteuerung usw. wird⁶¹. Bleibt man in dieser körperlichen Beschreibungswelt, dann verändert das Softwarehaus durch Installation von Standard- und Individualsoftware den Rechner des Kunden. Wenn Vertragsziel also nicht nur die Ablieferung der herzustellenden Software ist (§ 651)⁶², sondern auch die Installation (Veränderung des Rechners, § 634 a Nr. 1), dann bleibt es beim Werkvertragsrecht, übrigens mit der passenden zweijährigen Verjährung statt der 3- bis 10-jährigen Verjährung nach § 634 a Abs. 1 Nr. 3.

Jedenfalls muss hier klarstellend vertraglich vorgebeugt werden, z. B. umfassend durch "Wir unterstellen den Vertrag hiermit dem Werkvertragsrecht", was aber auf AGB-rechtliche Schranken stößt⁶³.

2. Mangel (§ 633)

a) Sachmangel (§ 633 Abs. 2)

Auch der werkvertragliche Mangelbegriff verweist wie beim Kaufrecht (vgl. B.II.1 a) außerhalb von vereinbarten Beschaffenheiten generalistisch nur auf die Eignung zur "*gewöhnlichen Verwendung*". Hier möchte man noch deutlicher betonen, dass der Auftraggeber von Software keine Fehlerfreiheit erwarten kann. Eine Lizenz zur Nachlässigkeit ist das nicht, sondern nimmt nur die Tatsache wahr, dass schulmäßig

⁶¹ Gorny in: Kilian/Gorny, Computer-Software und Sachmängelhaftung, 1985 S. 10

⁶² Der BGH hat sogar beim Kauf von Standardsoftware auf den "Endzweck des Erwerbs, nämlich die Nutzbarmachung des Programms für den Erwerber" abgestellt, also auf einen werkvertraglichen Erfolg und nicht einen kaufvertraglichen Liefervorgang; CR 1990, 26; vgl. FN 59.

⁶³ Z. B. weil die Untersuchungs- und Rügepflicht nicht als abdingbar gilt; vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, (FN 4) § 9 - 11 Rdnr. 298; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 4. Aufl., § 9 Rdnr. 24; § 24 Rdnr. 29.

qualitätsgesicherte Individualsoftware sich für die Verwendung eignen wird, aber dennoch nicht fehlerfrei ist⁶⁴.

Die im Kaufrecht betonte Einstandspflicht entsprechend der Produktwerbung (B.II.1 b) wird hier nicht wiederholt. Eine besondere Qualitätsbehauptung in der Werbung eines Dienstleisters ist jedoch gleichzubehandeln.

b) Rechtsmängel (§ 633 Abs. 3)

Hier gilt zunächst dasselbe wie beim Kauf (B.II.1 e).

Bislang konnte das urheberrechtliche Dürfen des Kunden elegant dadurch definiert werden, dass die "*bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms*" im Vertrag umgangssprachlich umschrieben wurde und sich hieraus über § 69 d Abs. 1 UrhG die Berechtigung des Kunden ableitete. Das muss Vorrang vor dem verunglückten und nicht spezifischen § 633 Abs. 3 haben, also weiterhin zur Umschreibung der vom Lieferanten vorbehaltenen Rechte dienen.

3. Gewährleistungsrechte (§ 634)

Die Neuregelung entspricht weitgehend der bisherigen Situation. Auch hier ist jedoch das klare Konzept des § 634 aufgeweicht, wonach nur über Verzug, Fristsetzung und Ablehnungsandrohung der Weg zu Wandlung, Minderung und Schadensersatz offenstand, und zwar zugunsten der schon erläuterten schwammigen Regelungen (B.I.2 c, 3, II.3). Nach diesem Gesetz wird es kaum ein Projekt mehr geben, das der Auftraggeber nicht zum Abbruch mit Schadensersatzansprüchen gegen den Auftragnehmer bringen kann. Dem muss zunächst durch Auslegung des Gesetzes (vgl. B.I.1), sodann durch Vertragsgestaltung gegengesteuert werden. Der Gesetzeswortlaut statuiert eine inakzeptable Risiko-Verteilung.

Schon beim alten § 633 Abs. 3 konnte es geschehen, dass sowohl der Besteller als auch der Auftragnehmer parallel an der Mangelbeseitigung arbeiten und der Auftragnehmer

⁶⁴ Es wäre nützlich, die Juristen wollten der Informatik darin folgen, zumindest auch das Verfahren der Softwareerstellung zu bewerten und nicht nur das Ergebnis. Letztlich ist das Ergebnis nicht verlässlich prüfbar; unter der Oberfläche gelungener Tests können sich schwere Mängel verbergen; während im korrekten Verfahren erstellte Software die Vermutung der Tauglichkeit für sich hat. Allein das korrekte Verfahren kann die wichtigen Kriterien der Wartbarkeit und Anpaßbarkeit der Software gewährleisten. Zu dieser Schnittstelle zwischen Recht und Technik vgl. *Bartsch*, Qualitätssicherung für Software durch Vertragsgestaltung und Vertragsmanagement, Informatik-Spektrum 2000, S. 3

(<http://www.bartsch-partner.de/personen/mb/texte/qualitaetssicherung.de.html>)

hinterher den Aufwand beider Maßnahmen tragen sollte, denn das Selbstbeseitigungsrecht war nicht wie in § 634 Abs. 1 an Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung⁶⁵ gebunden.

Auch künftig weiß der Auftragnehmer nach Ablauf der grundsätzlich vor Rücktritt und Schadensersatz zu setzenden Frist (§ 636) nicht, ob er noch sinnvoll weiterarbeiten kann oder ob und wann nun Rücktritt und Schadensersatz gefordert werden. § 350 ist hier (wie oben bei B.I.2 c) keine rechte Hilfe. Für das Recht des Bestellers zur Selbstvornahme (§ 637) gilt dies verschärft. Die Auslegungsregel für das Fehlschlagen der Nachbesserung in § 440 Satz 2 kann man nicht direkt in den Werkvertrag hinübernehmen, denn bei Standardprodukten lassen sich nun einmal Fehler leichter vermeiden als bei Einzelfertigungen. Folglich muss der Besteller auch mehr Geduld bei der Nachbesserung haben.

Auch im Werkvertragsrecht sind die Rechte des Bestellers an zu niedrige, unklare und nicht rechtzeitig erkennbare Voraussetzungen gebunden (vgl. die Unzumutbarkeitsklausel in § 637 Abs. 2). Die Rechtsprechung hat die Aufgabe, hier die Grenzen wieder zu festigen. Die Vertragsjuristen haben die Aufgabe, durch materielle Vertragsklauseln und durch Verfahrensregeln den Schaden klein zu halten. Das Publikum hat das Risiko. Nur das alte Konzept "Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung" beseitigt das Problem.

4. Verjährung (§ 634 a)

Hier gibt es eine nicht akzeptable Entscheidung des Gesetzgebers: Ordnet man Software als Sache ein, so könnte man für Software, die durch Dienstleistung erstellt oder geändert wurde, über § 651 zur kaufrechtlichen Gewährleistung kommen (B.III.1). Ordnet man sie als unkörperlichen Gegenstand ein, so soll wohl eine bis zu zehn Jahren dauernde Gewährleistungszeit gelten⁶⁶. Zum normalen Werkvertragsrecht mit der zweijährigen Verjährungsfrist nach § 634 a Nr. 3 scheint kein Weg offen zu sein, außer man folgt für zu installierende Software meinem bei B.III.1 genannten Auslegungsvorschlag.

Diese Frist von zehn Jahren ist nicht nur viel zu lang (denn die ganze Zeit ist mit Schadensersatzdrohungen belegt), sondern führt zu Ungereimtheiten⁶⁷. Beispiel: A beauftragt B mit der Erstellung des Konzepts für die Software und C mit der Realisierung. C übersieht hierbei vorwerfbar einen Konzeptfehler. A entdeckt den Fehler erst nach drei Jahren. Sein Anspruch gegen B ist unverjährt, der gegen C ist verjährt. B muss zwei Prozesse führen, nämlich die Verteidigung gegen die Klage des A und den Regressprozess nach § 426 gegen C. Auch C muss zwei Prozesse führen, weil B ihm in seinem Prozess mit A den Streit verkündet und weil dann der Regressprozess ansteht. Die Disharmonie der

⁶⁵ Der Gesetzgeber von 1896 konnte sich nicht vorstellen, daß zwei Leute gleichzeitig an derselben Sache arbeiten, ohne dies zu bemerken.

⁶⁶ Nichtkörperliche Werke vgl. Begr. S. 268 zu § 651. Die in § 634 a Abs. 1 Nr. 2 genannte regelmäßige Verjährungsfrist ist die nach §§ 195, 199 (A.9).

⁶⁷ Kritisch auch *Koch*, CR 2001, 569.

Verjährung, die für die Lieferung von Baumaterialien durch § 438 Abs. 1 Nr. 2 einigermaßen bereinigt wurde, wird hier neu eingeführt.

C. Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff.)

1. Transparenzgebot

Das vom BGH entwickelte Transparenzgebot⁶⁸ ist in § 307 Abs. 2 Nr. 3 formuliert, und zwar laut Abs. 3 mit einer höchst praxisrelevanten Erweiterung: es gilt auch für die Definition der Hauptleistungspflichten. Die Leistungsdefinitionen und Preisbestimmungen vieler Unternehmen im EDV-, Telefon- und Internetbereich vermitteln eher den Eindruck, hier werde ein Höchstmaß an Undurchschaubarkeit und damit Unbewertbarkeit angestrebt. Nach neuem Recht fehlt nur noch die Courage der Kunden, dergleichen zu beenden.

Lücken oder Ausschlüsse in der Leistungsbeschreibung (zu der bei Software auch die Beschreibung der Rechte des Nutzer gehören) werden zur Ergänzung führen⁶⁹. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie die Kontrolle bei intransparenter Preisgestaltung funktioniert. Meines Erachtens ist so vorzugehen:

- Intransparente Klauseln über Preiserhöhungen und Nebenentgelte sind unbeachtlich⁷⁰.
- Wo die Auslegung unter Anwendung der Günstigkeitsregel (§ 305 c Abs. 2) zu mehr als einem Preis führt, gilt der günstigere Preis.
- Wo die Preisklauseln nicht "*klar und verständlich*" (§ 307 Abs. 2 Nr. 3, ein hoher Anspruch!) zu einem Preis führen, gilt über § 612 Abs. 2, § 632 Abs. 2 oder ergänzende Vertragsauslegung das angemessene Entgelt⁷¹. Die Beweislast hat der Verwender, der also eine hinreichend vollständige Marktübersicht vorlegen muss⁷².
- Insgesamt wird man die gesetzgeberische Wertung der Preisangabenverordnung berücksichtigen. Im unternehmerischen Bereich können die Anforderungen niedriger angesetzt werden⁷³. Die gewohnheitsmäßige Unterordnung unter die Marktmacht der Anbieter ist allerdings kein Kriterium.
- Solange und soweit die Vergütung unklar ist, kann der Kunde die Zahlung zurückhalten (§ 241 Abs. 2; § 273); anders können die Intentionen des Gesetzgebers und die Interessen des Kunden nicht realisiert werden.

⁶⁸ *Ulmer/Brandner/Hensen*, (FN 4) § 9 Rdnr. 87 ff, 173 ff.

⁶⁹ Vgl. zum bisherigen Recht OLG Karlsruhe, CR 1991, 410 m. Anm. *Bartsch*.

⁷⁰ Wie schon bisher; *Palandt/Heinrichs*, (FN 11) § 6 Rdnr. 6.

⁷¹ Vgl. *Erman/Hefermehl/O. Werner*, (FN 5) Bd. 2; AGBG § 6 Rdnr. 15 ff; der Verwender ist bis "zur Grenze der Unzumutbarkeit am Vertrag" festzuhalten, vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt*, (FN 4) § 6 Rdnr. 15.

⁷² Hierbei darf er nur transparente Preisregeln einbeziehen, es sei denn, intransparente Regeln führen zu einem günstigen Marktpreis; Günstigkeitsregel wie in § 305 c Abs. 2.

⁷³ *Ulmer/Brandner/Hensen*, (FN 4) § 24 Rdnr. 18; *Erman/O. Werner*, (FN 5) § 24 Rdnr. 9.

2. Lösen vom Vertrag

§ 309 Nr. 8 a verbietet jede Klausel, die "*das Recht ..., sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt*", soweit es nicht um Sachmängel geht. Damit sind insofern §§ 275 Abs. 2, 282, 313 Abs. 1 Satz 3, 314, 324 AGB-fest.

§ 309 Nr. 8 a gilt laut § 310 Abs. 1 Satz 1 nicht direkt gegenüber einem Unternehmer (§ 14), sondern laut Satz 2 wie bisher nur über § 307 (früher § 9 AGBG) unter Berücksichtigung von "*Gewohnheiten und Gebräuchen*". Nachdem das Modell des § 326 nun 100 Jahre gilt, von der Rechtsprechung mit Nachdruck gegen Aufweichungen verteidigt wurde und in der Literatur als vorbildlich bezeichnet wurde⁷⁴, muss es im kaufmännischen Geschäftsverkehr gestattet bleiben, das bisherige Regelungsmodell auch per AGB gelten zu lassen⁷⁵.

Beim Recht, sich wegen Sachmängeln vom Vertrag zu lösen, sind laut § 309 Nr. 8 b bb nur Minderung und Rücktritt geschützt, nicht Selbstvornahme, Schadensersatz und Aufwendungsersatz. Bei grober Fahrlässigkeit bleibt Schadensersatz allerdings wegen § 309 Nr. 7 b offen.

D. Bewertung

Es ist gut, die allgemeinen Rechtsgrundsätze in das Gesetz aufzunehmen. Insgesamt gibt es aber eine deutliche Aufweichung des Rechts dadurch, dass frühere Randinstitute (z. B. "Geschäftsgrundlage") in den Rechtsalltag gezogen werden.

Dass der Abbruch des Leistungsbandes an zu leichte und unklare Voraussetzungen gebunden ist und dass dieses Recht AGB-fest ist, ist der größte Fehler des neuen Rechts. Der zweitgrößte ist die monströse Gewährleistungszeit bei Verträgen über nichtkörperliche Werke. Auch die Entleerung des werkvertraglichen Typus ist verfehlt.

In einer Branche, in der die Kooperation auch in schwierigen Situationen aufrecht erhalten bleiben muss, kann sich diese Schwächung der Vertragsfreiheit und des Vertragsbandes übel auswirken. Die Vertragsjuristen haben hier nach Möglichkeit vorzubeugen. Die Hilfe der Justiz hierbei ist allerdings nur eine Hoffnung.

⁷⁴ *Münchener Kommentar/Emmerich*, (FN 31) § 326 Rdnr. 3

⁷⁵ Die Restriktionen in §§ 308 Nr. 2, 309 Nr. 4 sind, wie bisher, zu beachten.