

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Der Kauf von Software aus rechtlicher Sicht

Der Handel mit Software findet auf die unterschiedlichste Weise statt und in zum Teil nur für Software wirtschaftlicher Vertriebsformen. Es ist dabei zu unterscheiden zwischen Standardsoftware, also um für einen breiten Anwenderkreis zugeschnittene Software, die nicht für den Käufer angepasst wurde und Individualsoftware, also um Software, die für den Anbieter erstellt wird.

Auch kann die Software auf Dauer oder auf Zeit überlassen werden. Des Weiteren ist die Art der Überlassung sehr unterschiedlich. Oft wird Standardsoftware wie ein Stück Ware auf Medium verkörpert verkauft. Verbreitet ist aber auch die Überlassung von Software durch Ermöglichung des Herunterladens. In der letzten Zeit wird Software oft nicht mehr überlassen, sondern der Anbieter stellt die Software lediglich auf seinem Server bereit und gestattet dem Kunden, diese Software für eine begrenzte Zeit über das Internet [oder andere elektronische Netze zu nutzen \(ASP\)](#).

Wie sind nun diese Überlassungsformen vertragstypologisch einzuordnen?

Entscheidend ist hierbei, ob die Software eine Standardsoftware oder eine Individualsoftware ist. Weiter ist maßgebend ob die Software auf Dauer gegen einmalige Zahlung oder für begrenzte Zeit überlassen wird.

- **Standardsoftware:** Wird eine Standardsoftware auf Dauer überlassen, sind nach gefestigter Rechtsprechung die Regelungen des Kaufrechts zumindest entsprechend anzuwenden. Ist die Dauer der Überlassung begrenzt, gilt Mietrecht.
- **Individualsoftware:** Für die Erstellung von Individualsoftware gelten andere Regelungen. In welcher Form die Software überlassen wird ist dabei für die Rechtsprechung unerheblich. Der 12. Zivilsenat beim BGH zuletzt pragmatisch entschieden und die Sacheigenschaft der Software von dem Datenträger befreite. Er entschied ([Urt. v. 15.11.2006 - Az.:XII ZR 120/04](#)), dass eine Software nur nutzbar sei, wenn sie irgendwo auf einem Datenträger verkörpert sei. Dieser müsse sich nicht im Besitz des Kunden befinden. Eine Software sei daher auch eine Sache, wenn Sie nicht beim Kunden, sondern beim Anbieter verkörpert vorliegen.

Hinweis: Der folgende Beitrag geht von der Überlassung von Standardsoftware auf Dauer und damit vom Software-Kauf aus.

Der Kauf von Software stellt einen typischen, fast schon alltäglichen IT-Beschaffungsvorgang dar. Nur bleibt es in vielen Fällen nicht allein bei der bloßen Lieferung der Software. Gerade beim Softwarekauf für mittlere und größere EDV-Systeme wäre oftmals der Anwender gar nicht in der Lage, die Betriebsbereitschaft der jeweiligen Software selbstständig herzustellen. Er ist vielmehr auf die Unterstützung des IT-Anbieters angewiesen, welche dann oftmals eine zusätzliche Leistung darstellt. Entscheidend hierbei ist, dass diese Art von Nebenleistungen den Vertragstyp des Kaufvertrages

solange nicht ändern können, wie sie nicht den Schwerpunkt des Vertrages darstellen. Dies wäre erst dann der Fall, wenn dieser Nebenleistung ein so großes Gewicht beigelegt würde, dass sie den Schwerpunkt der Leistung darstellte. In diesem Falle stünde nicht die Lieferung der Software im Vordergrund, sondern die Einbindung und Installation dieser Software in die Systemumgebung des Auftraggebers.

1. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien beim Kaufvertrag

Der Kaufvertrag verpflichtet den IT-Anbieter (als Verkäufer), dem IT-Beschaffer (als Käufer) die Standardsoftware zur bestimmungsgemäßen Nutzung zu überlassen. Wird die Software verkörpert auf einem Medium überlassen ist an diesem das Eigentum zu verschaffen (vgl. § 433 S. 1 BGB). Zur Software gehört auch die Benutzerdokumentation. Dies ist aber nicht die einzige Pflicht des Verkäufers. Das Gesetz schreibt in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB zudem noch vor, dass der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer die Standardsoftware frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (vgl. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB).

Der IT-Beschaffer wird durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem IT-Anbieter den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Software abzunehmen (§ 433 Abs.2 BGB).

Der Kaufvertrag wird durch die Überlassung erfüllt. Dies bedeutet, dass der Verkäufer grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Software beim Käufer zu installieren. Will der Käufer diese Leistung erhalten, hat er sie daher gesondert zu vereinbaren.

2. Erschöpfungsgrundsatz beim „Kauf“ von Software

Standardsoftware ist urheberrechtlich geschützt. Bei **Überlassung von Standardsoftware auf Dauer** gegen Einmalvergütung gilt das so genannte Erschöpfungsprinzip des Urheberrechts. Das Urhebergesetz sieht in § 69 Abs. 3 UrhG vor, dass die Verbreitung eines Computerprogramms in der EU nicht ausgeschlossen werden kann, wenn dieses mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Wege der Veräußerung in den Verkehr gelangt ist (Erschöpfungsgrundsatz). Das Urhebergesetz sieht also die freie Übertragbarkeit von „gekaufter“ Software an Dritte vor. Diese Freiheit gilt auch für die Nutzung der Software auf einer beliebigen Systemumgebung. Dies gilt ausdrücklich nicht für die Vermietung.

Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts gilt als wesentlicher Grundgedanke einer gesetzlichen Regelung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, von der in AGB nicht wirksam abgewichen werden kann. Dies bedeutet, dass zumindest in AGB eine Weitergabe der Software nicht unterbunden werden kann. Darüber hinaus ist die so genannte CPU-Klausel nach herrschender Meinung in kaufrechtlichen Überlassungs- AGB unzulässig.

Es ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen also nicht möglich, die Nutzung der Software auf eine bestimmte Systemumgebung festzulegen, da es als eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gilt, wenn dieser eine gekaufte Software nur deshalb nicht mehr verwenden kann, weil er seine Systemumgebung geändert hat.

Individualvertraglich können aber die Nutzungsrechte des Vertragspartners zulässigerweise auch bei

Verkauf der Software eingeschränkt werden. Z.B kann in einem Individualvertrag die Übertragung der Software an Dritte ausgeschlossen werden oder die Nutzung der Software auf einer bestimmten Systemumgebung zulässigerweise beschränkt werden.

Bei der **Vermietung von Standardsoftware** wird der IT-Anbieter hingegen in die Lage versetzt, die Nutzung seiner Software durch den Mieter in einem recht großen Umfang auch in AGB beschränken zu können. Dies führt dazu, dass manche Anbieter von Standardsoftware mit dem Gedanken liebäugeln, ihre Standardsoftware nicht mehr zu „verkaufen“ sondern zu vermieten.

Zwar finden beim „Verkauf“ von Standardsoftware die für den Anbieter relativ günstigen Regeln der kaufrechtlichen Mängelhaftung Anwendung. Dagegen können aber die Nutzungsrechte der Käufer, zum Beispiel das Recht der Weitergabe der Software an einen Dritten nur noch in einem geringen Maße eingeschränkt werden.

2.1 Voraussetzungen der Mängelhaftung beim Kaufvertrag

Es bedarf zweier Grundvoraussetzungen zur Geltendmachung von Mängelansprüchen:

- Das Vorliegen eines Mangels.
- Der Mangel muss bei Vertragserfüllung, also bei der Lieferung (Gefahrübergang) oder bei der Abnahme vorgelegen haben.

2.1.1 Das Vorliegen eines Mangels

Das BGB kennt unterschiedliche Mängelbegriffe, abhängig vom jeweiligen Vertragstyp. Der kauf- und werkvertragliche Mängelbegriff hat sich seit der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 angeglichen. Die wichtigste Änderung ist die Angleichung von Sach- und Rechtsmängeln und die Pflicht des Verkäufers und des Unternehmers, eine mangelhafte Standardsoftware zu liefern (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder zu erstellen (§ 633 Abs. 1 BGB). Die Lieferung einer mangelhaften Standardsoftware ist daher nach dem neuen Kauf- und Werkvertragsrecht eine Pflichtverletzung des Vertrages. Ein eigenes Gewährleistungsinstitut wie im alten Recht, gibt es daher im Kauf- und Werkvertragsrecht nicht mehr. Der Begriff Gewährleistung für gesetzliche Haftung für Mängel hat sich aber so verselbstständigt, dass es noch einige Zeit dauern wird, bis er in allen Köpfen durch den Begriff Mängelhaftung ersetzt wird.

Gemäß § 434 Abs. 1 BGB ist eine Standardsoftware frei von Sachmängeln, wenn sie „die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit“ hat. Im Umkehrschluss liegt demnach ein Sachmangel vor, wenn die Ist-Beschaffenheit ungünstig von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Nun sind natürlich Fälle denkbar, bei denen die Vertragsparteien keine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben. Auch dafür hat das Gesetz Vorsorge getroffen und in § 434 Abs.1 2 Nr. 2 BGB geregelt, dass es dann auf „die Eignung zur üblichen Verwendung der Standardsoftware“ oder auf die „übliche bzw. vom Käufer zu erwartende Beschaffenheit“ ankommt.

Anders als im Werkvertragsrecht sind im Kaufrecht aber noch weitere Aspekte berücksichtigt, welche zur Mangelhaftigkeit der Standardsoftware führen. Auffällig ist zunächst die Haftung für Werbeaussagen (z.B. Drei-Liter Auto). Während bisher eine Haftung für die Zusicherung von Eigenschaften nur bei einer

ausdrücklichen Haftungsübernahme vorlag, muss der Verkäufer nun für jede Art der Leistungsbeschreibung in Form von Werbung, Prospekten usw. einstehen. Damit nicht genug. Der Verkäufer haftet ebenfalls für Leistungsbeschreibungen von Herstellern und Lieferanten. Auch eine fehlerhafte Montageanleitung stellt nun ausdrücklich einen Sachmangel dar (sog. „IKEA-Klausel“). Erfolgt die Montage durch den Verkäufer, so liegt ein Sachmangel vor, wenn die Montage durch den Verkäufer durchgeführt wurde und mangelhaft ist (z.B. wurde die Software mangelhaft installiert und angeschlossen). Schließlich werden alle Fälle der Falsch- oder Zuwenigliefierungen einem Sachmangel gleichgestellt. Auf das häufig streitige Kriterium der Genehmigungsfähigkeit der Lieferung kommt es nicht mehr an.

Hinweis: Auch ein unerheblicher Mangel stellt einen Sachmangel i.S.v. § 434 BGB bzw. § 633 Abs. 2 BGB dar.

2.1.2 Auf den Zeitpunkt kommt es an

Des Weiteren spielt beim Kaufrecht der so genannte „Gefahrübergang“ eine ganz entscheidende Rolle. Der Gefahrübergang ist der Zeitpunkt, an dem die Gefahr des Verlustes oder der Beschädigung auf den Käufer übergeht. Nur wenn der Mangel zu diesem Zeitpunkt vorlag, hat der Käufer Mängelrechte (Gewährleistungsansprüche). Mängel, die nach dem Zeitpunkt des „Gefahrübergangs“ entstehen, lösen dagegen keine Mängelrechte mehr aus.

Darüber hinaus muss der Auftragnehmer bis zum Gefahrübergang beweisen, dass die Standardsoftware mangelfrei ist. Ab Gefahrübergang trägt der Auftraggeber die Beweislast. Die weit verbreitete Meinung, dass für die ersten sechs Monate nach Gefahrübergang eine Beweislastumkehr zu Lasten des Auftragnehmers gelte, gilt gemäß § 476 BGB nur für Verbraucher und ist im b2b (Business to Business, also Unternehmensverkauf) und b2g (Business to government, also Behördenverkauf) nicht einschlägig. Beim Kaufrecht stellt der Gefahrübergang normalerweise die Übergabe (vgl. § 446 BGB) dar, also die Lieferung der Standardsoftware. Beim Versandkauf ist der Gefahrübergang gemäß §§ 447 i. V. m. 269 BGB der Geschäftssitz des Verkäufers, es sei denn, die Parteien haben vereinbart, dass der Erfüllungsort beim Käufer, also Auftraggeber ist. Ist der Käufer ein Verbraucher so ist der Erfüllungsort dort, wo der Verbraucher die Ware erhält (§ 474 Abs.2 BGB).

2.2 Die gesetzlichen Mängelansprüche im Kaufrecht

Der Käufer hat folgende gesetzliche Mängelansprüche:

- Nacherfüllungsanspruch
- Rücktritt
- Minderung
- Schadensersatz statt der Leistung
- Aufwendungsersatz

2.2.1 Nacherfüllung

Zunächst einmal kann der Käufer Nacherfüllung verlangen, vgl. § 437 Nr. 1 BGB. Nacherfüllung ist der Oberbegriff für Neulieferung oder Reparatur. Die Ausübung des Wahlrechtes erfolgt durch den Käufer, es sei denn, die Wahl des Käufers ist dem Verkäufer nicht zumutbar. Die Kosten der Nacherfüllung, Transport, Wege, Arbeits- und Materialkosten trägt der Verkäufer (§ 439 Abs. 2 BGB).

2.2.2 Rücktritt

Ist die Nacherfüllung gescheitert, können der Käufer und der Besteller vom Kauf- oder Werkvertrag zurücktreten (§ 437 Nr. 2 BGB). Als gescheitert gilt die Nacherfüllung gem. § 440 Satz 2 BGB ab dem zweiten erfolglosen Nacherfüllungsversuch. Voraussetzung ist jedoch auch hier, dass zuvor dem Verkäufer bzw. Werkunternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt wurde, vgl. § 323 Abs. 1 BGB. In bestimmten Fällen wird eine Frist entbehrlich. Diese sind in § 323 Abs. 2 BGB sowie in § 326 Abs. 5 BGB aufgeführt. Bei einem nur unerheblichen Mangel kommt ein Rücktritt allerdings nicht in Betracht (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB).

Tipp: Der Rücktritt wandelt den Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Beide Parteien haben sich das zurückzugeben, was sie auf der Grundlage des Vertrages erhalten haben. Für den Rücktritt gelten die allgemeinen Rücktrittsvorschriften gem. §§ 346 ff. BGB. Der Auftraggeber muss nach bisher herrschender Meinung die Nutzungen, das heißt die Gebrauchsvorteile (§ 100 BGB) herausgeben (§§ 439 Abs. 4 i.V. m. 346 Abs. 1 BGB). Der Bundesgerichtshof bezweifelt aber, ob die Vorschrift des § 439 Abs. 4 BGB in der vom Gesetzgeber gewünschten Auslegung mit der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufes und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. Nr. L 171/12 vom 7. Juli 1999, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) in Einklang steht. Gemäß Art. 3 Abs. 2 bis 4 dieser Richtlinie hat die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes (auch) durch Ersatzlieferung für den Verbraucher unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen.

Der Bundesgerichtshof hat deshalb mit [Beschluss vom 16. August 2006 \(VIII ZR 200/05\)](#) ein Verfahren, das die Rechtmäßigkeit der Nutzungsentschädigung zum Gegenstand hatte, ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) die erörterte Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt. Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH entscheiden wird.

Der Auftraggeber muss auch Wertersatz für die Verschlechterung oder den Verlust der Standardsoftware bezahlen, wobei die Verschlechterung durch den normalen bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht zu ersetzen ist. Ist die Standardsoftware ansonsten verschlechtert oder untergegangen, ist der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte (also z.B. der Käufer, der auf Grund eines Mangels zurücktritt) privilegiert gemäß § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Hat er die Standardsoftware so behandelt, wie er üblicherweise seine Standardsoftwares behandelt und ist sie dabei beschädigt oder verloren gegangen, muss er keinen Wertersatz zahlen („Schlamperprivileg“).

Beispiel: Ein Käufer tritt wegen eines Mangels am gekauften PKW nach erfolgloser Nacherfüllung vom Kaufvertrag zurück. Bis zur Rückgabe nutzt er den Wagen weiter. Dazu ist er auch berechtigt. Er stellt

den Wagen wie immer nachts auf der Straße ab. Dabei wird dieser beschädigt oder gestohlen. Der Käufer wird in diesem Fall nur den Gebrauchsvorteil zahlen müssen, den er wegen der Nutzung des PKW hatte. Er muss aber keinen Wertersatz für die Beschädigung oder den Verlust des Wagens zahlen.

2.2.3 Minderung

Unter denselben Voraussetzungen wie beim Rücktritt (erfolglose Fristsetzung), kann der Käufer den Kaufpreis statt des Rücktritts auch mindern (§ 437 Nr. 2 BGB).

Hinweis: Bei allen oben besprochenen Mängelhaftungsansprüchen handelt es sich um so genannte verschuldensunabhängige Ansprüche. Das heißt, es kommt bei der Geltendmachung dieser Rechte nicht darauf an, ob dem Verkäufer der Mangel in irgendeiner Form vorzuwerfen ist. Die Minderung und der Rücktritt sind seit der Schuldrechtsreform Gestaltungsrechte. Das heißt, dass der Käufer nicht wie früher auf Zustimmung zur Minderung oder zum Rücktritt klagen muss, sondern dass sich mit der Erklärung der Minderung oder des Rücktrittes der Vertrag entsprechend ändert. Er kann also direkt auf Rückzahlung eines Teils der Vergütung klagen (Minderung) oder auf Rückzahlung der gesamten Vergütung, Zug um Zug gegen Rückgabe der Standardsoftware (Rücktritt). Ist die Vergütung noch nicht bezahlt, kann er den geminderten Betrag abziehen oder die Zahlung verweigern und die Standardsoftware zurückgeben. Vor Gericht wären dann gegebenenfalls die Voraussetzungen für die Minderung und den Rücktritt zu prüfen.

2.2.4 Schadensersatz

Der Käufer kann auch einen Schadensersatzanspruch geltend machen, § 437 Nr. 3 BGB. Es sei denn, der Schuldner kann beweisen, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat. Will der Verkäufer Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB geltend machen, muss wiederum eine vorherige, erfolglose Nachfristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung erfolgt sein. Diese liegt aber nach erfolgloser Nacherfüllung vor. Nicht übersehen werden darf zudem, dass bei einem möglichen Schadensersatzanspruch bei einem nur unerheblichen Mangel Einschränkungen bestehen, (§ 281 Abs. 1 S.3 BGB). Alternativ zum Schadensersatz und unter denselben Voraussetzungen, kann auch Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB verlangt werden.

2.2.5 Verjährung der Mängelansprüche

Alle oben aufgeführten Mängelansprüche verjähren innerhalb von zwei Jahren (§ 438 Abs.1 Nr. 3 BGB). Die Verjährung beginnt mit der Ablieferung der Standardsoftware (§ 438 Abs.2 BGB). Der Käufer hat die Möglichkeit, die Verjährung durch Klageerhebung oder durch Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens zu unterbrechen. In b2b bzw. b2g Bereich kann der Verkäufer in AGB die Verjährung auf ein Jahr reduzieren und bei gebrauchter Standardsoftware ausschließen. Verkauft ein Unternehmer an einen Verbraucher, kann er die Verjährung bei neuer Standardsoftware nicht verkürzen und bei gebrauchter Standardsoftware auf ein Jahr beschränken.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin