

von Rechtsanwalt **Max-Lion Keller**, LL.M. (IT-Recht)

## Möglichkeiten der IT-Beschaffer, Hard- oder Software aus Rechtsgründen zu beanstanden

Bei Verträgen über den Erwerb von Hard- oder Software geht es letztlich um die Erbringung von Leistungen. Probleme sind dabei immer dann vorprogrammiert, wenn eine Vertragspartei ihre Pflichten nicht vertragsgemäß erfüllt – also „Leistungsstörungen“ eintreten. In den folgenden Abschnitten wird nun im Einzelnen veranschaulicht, welche rechtlichen Handhabungsmöglichkeiten dem IT-Beschaffer für den Fall zustehen, dass er

- Ware erworben hat, die Sach- oder Rechtsmängel aufweist (Stichwort: „Gewährleistungsansprüche“).
- durch den IT-Anbieter im Rahmen eines „Verkaufsgesprächs“ falsch beraten worden ist.

Bevor nun jedoch in den beiden oben genannten Leistungsstörungsfällen auf die einzelnen gesetzlichen Sanktionsmittel des IT-Beschaffers eingegangen wird, ist es empfehlenswert sich zunächst einmal mit der vertragstypologischen Einordnung der hier in Frage kommenden Beschaffungsvorgänge vertraut zu machen. So stellt es gerade in rechtlicher Sicht einen enormen und auch folgenreichen Unterschied dar, ob man beispielsweise

- Standardsoftware erwirbt, die für eine große Anzahl von Anwendern entwickelt wurde oder
- ob es um die Anschaffung von Individualsoftware geht, die eben nur für einen oder für wenige Anwendungsfälle erstellt wurde.

Angesichts der rechtlichen Konsequenzen, die beim Kauf- und Werkvertrag tatsächlich stark voneinander differieren können (Bsp.: Nur beim Werkvertragsrecht gibt es eine Abnahmepflicht), ist es auch für den juristischen Laien unabdingbar zu erkennen, welchem Vertragstyp die jeweils zu beschaffende Leistung zuzuordnen ist. Bei den in diesem Beitrag thematisierten Beschaffungsvorgängen lassen sich die folgenden zwei Gruppierungen unterscheiden, die nachfolgend in vertragstypologischer Hinsicht untersucht werden, nämlich

- „Gruppe 1“, bei der es um den Erwerb von Standardsoftware und Hardware geht sowie
- „Gruppe 2“, die den Erwerb von Individualsoftware im Blickfeld hat.

## Zu „Gruppe 1“ (Erwerb von Standardsoftware und Hardware)

Um es gleich vorweg zu nehmen: Die Vereinbarung über den Verkauf und Lieferung von Hardware oder Standardsoftware auf Dauer gegen Einmalentgelt wird im Rahmen der IT-Beschaffung kaufvertraglich geregelt. Der Kaufvertrag ist bereits aus sich heraus verständlich, da bereits jeder schon einmal etwas eingekauft hat. Jeder kennt dementsprechend auch die zwei Hauptmerkmale des Kaufes, nämlich das der „Einmalvergütung“ (man hat nur einmal den vollen Kaufpreis zu zahlen) sowie der „Überlassung auf Dauer“ (das gekaufte EDV-System darf behalten bzw. muss nicht mehr zurück gegeben werden) und des Erhalts des Eigentums an der gekauften Sache.

## Zu „Gruppe 2“ (Erwerb von Individualsoftware)

Der Erwerb von Individualsoftware ist in vertragstypologischer Hinsicht dagegen nicht so leicht zu beantworten bzw. noch immer streitig. So ringen etwa diverse IT-Juristen heftig und kontrovers um die Frage, ob für die Erstellung von Individualsoftware das Kaufrecht oder doch eher das Werkvertragsrecht gilt. Eine Gerichtsentscheidung in dieser Angelegenheit gibt es noch nicht, wobei jedenfalls aus der Sicht des IT-Beschaffers die Anwendung des Kaufrechts als nicht sachgerecht erscheint.

Aus seiner Sicht wäre vielmehr das Werkvertragsrecht vorzuziehen wobei auch die herrschende Meinung in der Literatur zur Zeit die Einordnung der Erstellung von Software unter das Werkvertragsrecht zu favorisieren scheint. Die vertragstypologische Einordnung auf diesem Gebiet ist jedoch im Moment noch nicht lösbar, so dass dem IT-Beschaffer sehr zu raten ist, die Frage des Vertragstyps zum jeweiligen Verhandlungsgegenstand zu machen und den Vertrag durch individuelle Absprachen dem Werkvertragsrecht zu unterstellen. Beispielsweise könnte eine Regelung in der Form vereinbart werden, dass eine Abnahmepflicht für die erstellte Software vertraglich vorausgesetzt wird – mit allen damit verbundenen werkvertraglichen Konsequenzen.

## Rechtliche Sanktionsmöglichkeiten des IT-Beschaffers im Rahmen der gesetzlichen Mängelhaftung

Wichtig hierbei zu erkennen ist zunächst, dass sowohl das Kaufvertrags- wie auch das Werkvertragsrecht von einer verschuldensunabhängigen Haftung des IT-Anbieters bei mangelhafter Lieferung ausgeht. Gerade diese Regelungen sind einer der wichtigsten Vertragsbestandteile eines jeden Kauf- oder Werkvertrages. Dementsprechend detailliert sind auch die Regelungen zur allgemeinen Mängelhaftung im Bürgerlichen Gesetzbuch („BGB“) ausgestaltet worden.

## I. Grundvoraussetzungen der Geltendmachung von Mängelhaftungsansprüchen

Prinzipiell bedarf es zur Geltendmachung von Mängelansprüchen jedweder Art zweier Grundvoraussetzungen:

### 1. Grundvoraussetzung Nr. 1: Das Vorliegen eines Mangels

Es versteht sich von selbst, dass nur derjenige zur Geltendmachung von Mängelansprüchen berechtigt ist, der nachweisen kann, dass die gelieferte Hard- oder Software mangelhaft ist, wobei hierbei zwischen Sach- wie auch Rechtsmängel unterschieden werden kann.

#### a. Zum Begriff des „Sachmangels“

Der Mangelbegriff ist im Kaufrecht (i.S.d. §§ 433 ff. BGB) wie auch im Werkvertragsrecht (§§ 633 ff. BGB) weitgehend gleich ausgestaltet worden. So ist gemäß § 434 Abs. 1 BGB und § 633 Abs. 2 BGB eine Sache (bzw. ein Werk) frei von Sachmängeln, wenn sie (es) „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 (sowie § 633 Abs. 2 S. 3 BGB) geregelt, dass es dann eben auf „die Eignung zur üblichen Verwendung der Kaufsache“ (bzw. das Werk) oder auf die „übliche bzw. vom Käufer (bzw. dem Besteller) zu erwartende Beschaffenheit“ ankommt.

Anders als im Werkvertragsrecht sind im Kaufrecht aber noch weitere Aspekte berücksichtigt, welche zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache 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 aber noch nicht genug, haftet doch der Verkäufer ebenfalls für Leistungsbeschreibungen von Herstellern und Lieferanten.

#### b. Zum Begriff des „Rechtsmangels“

Der IT-Anbieter ist jedoch nicht nur zur sachmangelfreien, sondern eben auch zur rechtsmangelfreien Leistung verpflichtet, wobei hinsichtlich der Rechtsfolgen die Rechte des Käufers bei Rechtsmängeln nach neuer Rechtslage denen bei Sachmängeln angeglichen sind. Dennoch gibt es einen ganz wesentlichen rechtlichen Unterschied zwischen einem Sach- und einem Rechtsmangel. So liegt ein Rechtsmangel nach § 435 S. 1 BGB vor, wenn Dritte in Bezug auf die erworbene Sache (ob Hardware oder Software) Rechte gegen den Käufer geltend machen. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Verkäufer die vereinbarten Nutzungsrechte an einer überlassenen Software nicht einräumen kann, weil er das Recht dazu nicht hat. Ein gutgläubiger Erwerb von Nutzungsrechten ist nicht möglich. Der Erwerber nutzt also die Software, ohne dazu berechtigt zu sein und kann vom Inhaber der Rechte auf

Unterlassung und möglicherweise auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Dabei kommt es anders als bei § 434 I BGB (s.o.) aber eben nicht darauf an, ob die Sache deshalb von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht oder etwa der IT-Anbieter im vertraglich vorausgesetzten bzw. gewöhnlichen Gebrauch der Kaufsache beeinträchtigt ist. Vielmehr ist hierbei allein auf das Bestehen des Drittrechtes abzustellen.

## 2. Grundvoraussetzung Nr. 2: Auf den Zeitpunkt kommt es an...

Des Weiteren spielt sowohl beim Kaufrecht als auch beim Werkvertragsrecht der so genannte „Gefahrübergang“ eine ganz entscheidende Rolle. Dabei ist mit dem Begriff „Gefahrübergang“ im Kaufvertragsrecht der Zeitpunkt gemeint, 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 IT-Anbieter bis zum Gefahrübergang beweisen, dass die Sache mangelfrei ist. Ab Gefahrübergang trägt der IT-Beschaffer die Beweislast. Die weit verbreitete Meinung, dass für die ersten sechs Monate nach Gefahrübergang eine Beweislastumkehr zu Lasten des IT-Anbieters gelte, gilt gemäß § 476 BGB nur für den in diesem Beitrag nicht einschlägigen Sonderfall des Verbrauchsgüterkaufs. Im Werkvertragsrecht wird die Übergabe in der Regel übrigens durch die sog. Abnahme ersetzt, da bis zu diesem Zeitpunkt der Unternehmer die Gefahr trägt (§ 644 Abs. 1 BGB).

**Achtung:** Bei Rechtsmängeln kommt es nun nicht auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs an (wie bei Sachmängeln der Fall, s.o.), vielmehr ist hierbei der Zeitpunkt der Verschaffung i.S.d. § 433 I 1 entscheidend, also der Zeitpunkt der Übereignung.

## II. Vielfältige rechtliche Sanktionsmöglichkeiten des IT-Beschaffers

Sind die oben beschriebene Grundvoraussetzung einmal gegeben, stehen dem IT-Beschaffer im Kauf- sowie im Werkvertragsrecht folgende gesetzliche Mängelansprüche zur Verfügung:

### 1. Nacherfüllung

Zunächst einmal kann der IT-Beschaffer Nacherfüllung verlangen, vgl. § 437 Nr. 1 BGB bzw. § 634 S.1 BGB wobei Nacherfüllung der Oberbegriff für Neulieferung oder Reparatur darstellt. Zu beachten ist jedenfalls, dass die Ausübung des Wahlrechtes im Kaufvertragsrecht durch den Käufer erfolgt, im Werkvertragsrecht dagegen durch den Unternehmer. Dies liegt daran, dass der Werkunternehmer, im Gegensatz zu dem Verkäufer, sehr viel enger mit dem Produktionsprozess seines Werkes befasst ist und ihm daher die Entscheidung auch obliegen soll, welche Art der Nacherfüllung sinnvoller bzw. kostengünstiger ist. Die Kosten der Nacherfüllung, Transport, Wege, Arbeits- und Materialkosten trägt der Verkäufer (§ 439 Abs. 2 BGB) und der Unternehmer (§ 635 Abs. 2 BGB).

## 2. Selbstvornahme

Nur im Werkvertragsrecht hat der IT-Beschaffer einen Anspruch auf die sog. Selbstvornahme, vgl. § 634 Nr. 2 BGB. Diese umfasst das Recht, den Mangel selbst zu beseitigen und anschließend den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Voraussetzung ist aber der erfolglose Ablauf einer angemessenen Frist, vgl. § 637 Abs. 1 BGB zur Nacherfüllung.

## 3. Rücktritt

Ist die Nacherfüllung gescheitert, kann der IT-Beschaffer vom Kauf- bzw. Werkvertrag zurücktreten (§ 437 Nr. 2 BGB bzw. § 634 Nr. 2 BGB), wobei die Nacherfüllung regelmäßig ab dem zweiten erfolglosen Nacherfüllungsversuch als gescheitert gilt (vgl. § 440 Satz 2 BGB). Die herrschende Lehre nimmt diese Fiktion auch für das Werkvertragsrecht an, obwohl eine analoge Vorschrift zu § 440 Satz 2 BGB fehlt. 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).

## 4. Minderung

Unter denselben Voraussetzungen wie beim Rücktritt (erfolglose Fristsetzung), kann der IT-Beschaffer den Kaufpreis oder die Werkvergütung statt des Rücktritts auch mindern (§ 437 Nr. 2 BGB bzw. § 634 Nr. 3 BGB).

**Hinweis:** Bei den bisherigen 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 bzw. dem Werkhersteller der Mangel in irgendeiner Form vorzuwerfen ist. Die Minderung und der Rücktritt sind seit der im Jahre 2002 erfolgten Schuldrechtsreform Gestaltungsrechte. Das heißt, dass der IT-Beschaffer 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 Kaufsache (Rücktritt). Ist die Vergütung noch nicht bezahlt, kann er den geminderten Betrag abziehen oder die Zahlung verweigern und die Kaufsache zurückgeben. Vor Gericht wären dann gegebenenfalls die Voraussetzungen für die Minderung und den Rücktritt zu prüfen.

## 5. Schadensersatz

Der IT-Beschaffer kann natürlich auch einen Schadensersatzanspruch geltend machen, § 437 Nr. 3 BGB bzw. § 634 Nr. 3 BGB. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der IT-Anbieter beweisen kann, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat. Will der IT-Beschaffer 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).

## 6. Aufwendungsersatz

Alternativ zum Schadensersatz und unter denselben Voraussetzungen, kann auch Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB verlangt werden.

## Rechte des IT-Beschaffers bei Verletzung der Aufklärungs- und Beratungspflichten des IT-Anbieters

Es gibt im Wesentlichen zwei Formen der mangelhaften Beratung des IT-Beschaffers, nämlich die schlichte (teilweise) Nichtberatung sowie die Falschberatung.

### I. Keine allgemeine Aufklärungs- und Beratungspflicht des IT-Anbieters

Wichtig ist, sich in diesem Zusammenhang zunächst einmal zu vergegenwärtigen, dass grundsätzlich dem IT-Anbieter der Hard- oder Software gegenüber dem IT-Beschaffer keine generelle vorvertragliche Beratungspflicht trifft. Dementsprechend ist der IT-Anbieter auch prinzipiell nicht dafür verantwortlich, dass ein Hard- oder auch Softwareprodukt, welches sich der IT-Beschaffer selber ausgesucht hat, auch für dessen spezielle Vorstellungen geeignet ist. Etwas anderes gilt jedoch natürlich immer dann, wenn es um eine Aufklärungspflicht des IT-Anbieters zu Umständen geht, die den Vertragszweck gefährden oder gar vereiteln können und dies der Verkäufer auch erkennen konnte.

**Beispiel:** Erfährt der Verkäufer, dass der Käufer Besitzer eines „Macintosh“ ist und empfiehlt er ihm ein inkompatibles Textverarbeitungsprogramm, würde dies einen klassischen Beratungsfehler darstellen und den Käufer gegebenenfalls zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen berechtigen.

## II. Verletzung konkreter Beschaffenheitsvereinbarungen bei Kauf, § 434 I BGB

Das Gesetz bestimmt im Kaufvertragsrecht, dass nach § 434 I 1 BGB eine Sache dann frei von Sachmängeln ist, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat. Demnach liegt ein Sachmangel immer dann vor, wenn die tatsächliche von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht. Es bestimmt sich also immer nach der konkreten Vereinbarung der Vertragsparteien, wie die Sache beschaffen sein soll, damit vertragsgemäße Erfüllung seitens des IT-Anbieters vorliegt. Hält der IT-Anbieter also nicht was er verspricht, stellt dies wiederum einen Sachmangel i.S.d. § 434 I BGB dar, welcher den IT-Beschaffer dazu berechtigt Mängelhaftungsansprüche geltend zu machen (s.o.).

## III. Öffentliche Äußerungen des IT-Anbieters bei Kauf, § 434 I BGB

Am Rande sei noch bemerkt, dass sich der IT-Beschaffer nach neuer Rechtslage im Kaufvertragsrecht auch auf öffentliche Äußerungen des IT-Anbieters sowie des Herstellers und seiner Gehilfen verlassen darf (vgl. § 434 I 3 BGB) wobei man unter dem Begriffspaar „öffentliche Äußerung“ eine Äußerung versteht, die auch durch unbeteiligte Dritte wahrnehmbar und an einen nicht von vornherein bestimmbar Personenkreis gerichtet ist. Zweck dieser Regelung ist übrigens, auf diese Weise den Verkäufer an die (zusätzl.) Eigenschaften zu binden, die er, sein Lieferant oder ein Gehilfe öffentlich der verkauften Sache zugeordnet hat. Der Käufer, der die Anpreisung ernst nehmen darf, kann die bestimmte Eigenschaft auch erwarten, wobei insoweit auf einen Durchschnittsverkäufer abzustellen ist.

Autor:

**RA Max-Lion Keller, LL.M. (IT-Recht)**

Rechtsanwalt