

das Recht des Pflegevertrages.<sup>665</sup> Gegenüber dieser langdauernden Pflichtenbeziehung tritt die einmalige kostenfreie Überlassung der Open-Source-Software vollständig zurück.

Schwieriger ist die Einordnung dann, wenn neben der Überlassung der Open-Source-Software im wesentlichen Beratungsleistungen nach Dienstvertragsrecht treten. Hier wird es wohl um einen typengemischten Vertrag gehen, wobei wegen der Entgeltlichkeit im Gesamtvertrag für die Überlassung des Open-Source-Teils Kaufvertrags- und nicht Schenkungsrecht gilt. Andernfalls würde der Vertrag ja auch der notariellen Beurkundung bedürfen (§ 518 Abs. 1 BGB). **595 c**

**Schenkungsrecht** ist wohl anwendbar, wenn GPL-Software als Betriebssystem für eine vermietete Hardware überlassen wird, weil Vermietung und Verleih von GPL-Software nicht erlaubt sind.<sup>666</sup> **595 d**

Bei anderen Zusatzleistungen müssen noch Einzelfalllösungen erarbeitet werden. Insgesamt ist hier angesichts des neuen Vertriebsmodells noch vieles offen.

Zu bemerken bleibt noch, dass bei der Erfüllung der Verträge bei Open-Source in der Tat **zwei Geschäfte** treten: Die Software wird meist vom Vertragspartner überlassen. Demgegenüber regelt insbesondere § 6 Abs. 1 GPL, dass alle Verwertungsrechte, auch das einfache Nutzungsrecht, von der Gemeinschaft der Entwickler eingeräumt wird.<sup>667</sup> Diese Aufspaltung betrifft aber nur die Vertragserfüllung, nicht das schuldrechtliche Grundgeschäft. Ob sie im Geschäft mit Endverbrauchern gilt, ist fraglich. **595 e**

Der in Art. 11 GPL vorgesehene **Gewährleistungs- und Haftungsausschluss** ist im deutschen Recht unwirksam. Die GPL ist eine allgemeine Geschäftsbedingung, in der solche Klauseln unwirksam sind, und zwar auch dann, wenn Schenkungsrecht gilt, weil auch die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist (§ 309 Nr. 7 Buchst. b BGB).<sup>668</sup> Eine einschränkende Auslegung wie sie von Koch<sup>669</sup> versucht wird, ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht möglich. **595 f**

## V. Der Erwerb von Hard- und Software auf Zeit

### 1. Allgemeine Probleme des Mietvertrages

#### a) Grundsätzliches

So problematisch die Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen bei Einmalzahlung für eine Nutzung ist, so im Wesentlichen unstrittig ist die **Einordnung von Verträgen** über die Nutzung von Hardware oder Software **auf Zeit** bei zumeist regelmäßigen Zahlungen. Hardwareverträge dieser Art sind völlig unstrittig **Mietverträge**. Bei Softwareverträgen ist eine Einordnung als Mietvertrag an sich problematisch, wenn man Software als solche nicht als Sache ansieht. Mietverträge können eigentlich nur über Sachen abgeschlossen werden. In der Erstauflage ist daher die Meinung vertreten worden, es handele sich in aller Regel um Pachtverträge.<sup>670</sup> Es hat sich aber die allgemeine Meinung **596**

<sup>665</sup> Unten Rdn. 631 ff.

<sup>666</sup> A. A. Koch, Informatik Spektrum 2004, 55 (58f.).

<sup>667</sup> Lenhard, Vertragstypologie, S. 348f.; Spindler/Wiebe, CR 2003, 873 a. A. Koch, Informatik Spektrum 2004, 55 (56).

<sup>668</sup> Vgl. oben Rdn. 462.

<sup>669</sup> Informatik Spektrum 2004, 55 (57).

<sup>670</sup> So neuerdings auch (in einer insolvenzrechtlichen Entscheidung) BGH, CR 2006, 151 sowie Lenhard, Vertragstypologie, S. 220 ff.

durchgesetzt, auch bei **Software** handele es sich um **Mietverträge**.<sup>671</sup> Letztendlich ist die Frage deswegen nicht so umstritten, weil nach allgemeiner Meinung auf jeden Fall die Regeln des Miet- oder Pachtvertrages, die in fast allen wesentlichen Fragen identisch sind,<sup>672</sup> zumindest analog Anwendung finden sollen.

597 Das **OLG Köln**<sup>673</sup> spricht in einem solchen Fall von einem **Lizenzvertrag** und hält auch einen Lizenzvertrag über noch herzustellende Gegenstände für möglich. Auf diesen Vertrag soll außerdem Werkvertragsrecht Anwendung finden.<sup>674</sup> Die Kennzeichnung als Lizenzvertrag ist jedoch wenig hilfreich, weil der Lizenzvertrag vom BGH vertragsrechtlich unterschiedlich eingeordnet wird.<sup>675</sup> Es bleibt in der Entscheidung auch unklar, ob es um eine Überlassung auf Zeit geht oder nicht. Bei einer Überlassung auf Dauer ist aber die Einordnung als Lizenzvertrag jedenfalls ungewöhnlich, weil es dann um einen Werk- oder Werklieferungsvertrag ginge.<sup>676</sup> Daher ist wohl von einer Überlassung auf Zeit auszugehen.<sup>677</sup> Dann kann man aber von einem Mietvertrag über eine noch herzustellende Sache ausgehen. Solche Verträge gibt es im Bereich der Vermietung noch herzustellender Gebäude durchaus häufig. Auch im Softwarebereich kann man sie einsetzen.

598 Festzuhalten bleibt aber, dass es bei den hier vorliegenden Betrachtungen nur um eine von vornherein zeitlich begrenzte oder nach den Vorstellungen der Parteien durch Kündigung zu beendende ebenfalls zeitlich begrenzte Überlassung von Software geht. Es geht nicht um Verträge, in denen Software bzw. Hardware gegen **mehrfache Zahlung**, aber von vornherein auf Dauer überlassen werden. Im letzteren Fall greift hier Kaufrecht ein, wobei bei einem Verbrauchergeschäft die Vorschriften der §§ 499 ff. BGB zu beachten sind. Umgekehrt kann es auch eine zeitlich begrenzte Überlassung von Software gegen eine einmalige Zahlung geben. Auch dies wäre ein Mietvertrag.<sup>678</sup>

599 Wie auch sonst im Miet- oder Pachtrecht üblich, kann die zeitliche Begrenzung entweder durch eine befristete Vertragsdauer oder durch **Einräumung** von regulären **Kündigungsmöglichkeiten** zum Ausdruck kommen. Die bloße Einräumung eines außerordentlichen Kündigungsrechts im Falle von Vertragsverstößen in Verträgen, in denen Software auf Dauer gegen Einmalzahlung überlassen wird, macht diese noch nicht zu Mietverträgen. Denn es ist an sich eine Überlassung auf Dauer vorgesehen. Es geht lediglich um eine Sanktion für Vertragsverstöße. Die zugrunde liegenden Verträge blieben Kauf-, Werk- oder Werklieferungsverträge.<sup>679</sup>

600 Die **Pflicht zur Mietzahlung** beginnt mit der **Überlassung der Anlage in betriebsbereitem Zustand**. In der Praxis wird teilweise vereinbart, diesen Zustand durch eine Abnahme festzustellen (so z.B. § 8 der für die Miete von Hardware einschlägigen BVB-Miete<sup>680</sup> bzw. § 9 BVB-Überlassung). Die Pflicht zur Mietzahlung beginnt konsequenterweise erst mit der **Abnahme** (so auch sinngemäß § 8 Nr. 6 BVB-Miete bzw. § 5 Nr. 2

<sup>671</sup> Z.B. zur *Megede*, NJW 1989, 2581 (2582); *Dörner/Jersch*, IuR 1988, 137 (146); *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 517 (604f.).

<sup>672</sup> Zu den Unterschieden in Einzelfällen: *Karger*, in: Redeker (Hrsg.): Handbuch der IT-Verträge, Abschn. 1.9, Rdn. 18.

<sup>673</sup> Urt. v. 14. 2. 2001, 19 U 176/95, JurPC WebDok. 31/2002.

<sup>674</sup> So auch Lenhard, Vertragstypologie, S. 224 ff.

<sup>675</sup> Vgl. oben Rdn. 528 ff.

<sup>676</sup> Dazu oben Rdn. 296 ff.

<sup>677</sup> **A. A.** (Kombination aus Werk- und Mietvertrag): *Karger*, CR 2002, 357 (359); offengelassen in: Redeker (Hrsg.): Handbuch der IT-Verträge, Abschn. 1.9, Rdn. 25 f.

<sup>678</sup> Wie hier *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rdn. 797 ff.

<sup>679</sup> Vgl. oben Rdn. 534.

<sup>680</sup> Veröffentlicht in Anl. Nr. 2 zum BAnz. Nr. 23 v. 2. 2. 1973.

BVB-Überlassung). Rechtliche Bedenken gegen eine solche Gestaltung auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Mieters sind nicht bekannt geworden.

Ohne ausdrückliche Vereinbarung kann weder Mieter noch Vermieter das Mietobjekt während der Mietzeit ändern. Meist werden freilich entsprechende Änderungsklauseln vereinbart. **Änderungsrechte** des Vermieters können dabei jedenfalls in allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann vereinbart werden, wenn solche Rechte nur in dem Fall bestehen, in dem durch die Änderungen die Gebrauchsmöglichkeiten des Mieters einschließlich des Betriebs von mit der Mietsache verbundenen Anlagen nicht beeinträchtigt werden. Alle anderen Klauseln widersprechen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Ein pauschales Änderungsverbot für den Mieter, das auch Mängelbeseitigungsrechte ausschließt, ist ebenfalls nicht vertretbar.<sup>681</sup>

Während der Mietzeit besteht auch eine **Beratungspflicht** des Vermieters, insbesondere zur Abklärung darüber, ob gemeldete Mängel Mängel sind oder es sich um Bedienungsfehler handelt.<sup>682</sup> 601

Die **Dauer der Mietzeit** ist in der Praxis nicht einheitlich. Sie wird sich oft an der Zeit orientieren, die benötigt wird, um über die Miete den Laufpreis der Software zu refinanzieren. Wenn sich diese Dauer im Rahmen der üblichen Nutzungs- und Abschreibungsdauer bewegt (4–5 Jahre), dürfte dies auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig sein.<sup>683</sup> Wird die Miete freilich vom Softwareanbieter als Mittel flexibler Softwarenutzung angeboten, dürften auch schon erheblich kürzere Laufzeiten überraschende Klauseln im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB darstellen. Die Obergrenze dürfte hier bei einer Bindung von 12 Monaten liegen. Verlängerungsklauseln dürften keinen Zeitraum von mehr als sechs Monaten vorsehen.

## b) Gewährleistung

Probleme ergeben sich im Miet- bzw. Pachtrecht aus den dortigen Gewährleistungsregeln. Der **Mangelbegriff** im Mietrecht entspricht letztlich dem des Werkvertrags- bzw. Kaufrechts.<sup>684</sup> Allerdings ist § 536 Abs. 1 S. 1 BGB der Terminologie von §§ 434 Abs. 1, 633 Abs. 2 BGB nicht angepasst worden, so dass auf den ersten Blick deutliche Unterschiede bestehen. Im Ergebnis ist dies aber nicht so. Es fehlt allerdings im Mietrecht der weitgehende Bezug des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB auf die Werbung des Herstellers als Sachbeschreibung. Diese Norm ist daher im Mietrecht nicht anwendbar. Allerdings wurden Beschreibungen in Herstellerprospekten auch vor Einführung des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB schon Eigenschaften der Sache entnommen. Dies gilt auch im Mietrecht. Mit dieser Einschränkung kann für den Mangelbegriff im Mietrecht auf die Ausführungen zu Werkvertrags- und Kaufrecht<sup>685</sup> verwiesen werden. 602

Eine mietrechtliche **Besonderheit** ergibt sich bei Mängeln, die auf Umgebungs Umständen beruhen, die erst nach Beginn des Mietverhältnisses entstehen. In der Rechtsprechung sind solche Mängel teilweise nicht als Mängel im Rechtssinne behandelt worden. Dies hat das OLG Hamm jedenfalls für den Fall entschieden, dass ein Zahnarztssystem deswegen für den Mieter unbrauchbar wurde, weil es den nach Mietbeginn erlassenen Vorschriften der Kassenzahnärztlichen Vereinigung nicht entsprach.<sup>686</sup> Diese Entscheidung ist aber nicht richtig. Wenn die Unbrauchbarkeit des Systems wegen Unvereinbarkeit mit Vor- 603

<sup>681</sup> Zu verschiedenen Klauseln vgl. *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Rdn. J 439 ff.

<sup>682</sup> OLG Hamm, *Zahrnt*, ECR OLG 115.

<sup>683</sup> Etwas strenger (nur Laufzeit unter 5 Jahren zulässig): *Gräfin v. Merveldt*, CR 2006, 721 (727).

<sup>684</sup> Ebenso *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Rdn. F 230.

<sup>685</sup> Oben Rdn. 319 ff., 507 ff.

<sup>686</sup> OLG Hamm, CR 1990, 37 f.

schriften der Kassenzahnärztlichen Vereinigung einen Mangel darstellt,<sup>687</sup> handelt es sich auch dann um einen Mangel, wenn er nachträglich eintritt. Die Gewährleistungsregeln des Mietrechts – für nachträgliche Mängel – greifen ein. Der Vermieter muss die Sache nämlich während der Dauer des Mietverhältnisses in einem **brauchbaren Zustand halten**, der die Benutzung der Sache zu dem durch die Miete gedeckten Zweck möglich macht. Ändern sich die Vorschriften der Kassenzahnärztlichen Vereinigung, muss das Programm entsprechend angepasst werden. Der Vermieter muss eine gemietete Software auch von DM auf Euro umstellen, wenn die Mietdauer den Zeitpunkt der Währungsumstellung erfasst.<sup>688</sup> Ähnliches gilt im Wohnraummietrecht z.B. dann, wenn sich nach Mietvertragsabschluss abstrakte Gesundheitsgefahren der Sache – etwa wegen geänderter Normen – herausstellen. Auch dann liegt jedenfalls ein **nachträglicher Mangel** vor.<sup>689</sup> Es wird nur darüber gestritten, ob es sich um anfängliche Mängel handelt. Dass dies beim Kauf anders ist, liegt ausschließlich daran, dass der Mangel bei Gefahrübergang nicht vorhanden war. Darauf kommt es im Mietrecht als zeitlich begrenzte Überlassung nicht an. Jeder – aus welchem Grund auch immer – während der Mietzeit entstehende Mangel ist ein Mangel.<sup>690</sup>

- 604 Beim Vorliegen eines **Mangels** gelten folgende Rechte:  
Zunächst ist es so, dass während der gesamten Mietdauer ein **Minderungsrecht** gem. § 536 Abs. 1 BGB für den Mieter bzw. Pächter besteht. Die Miete wird sogar kraft Gesetzes gemindert, ohne dass es einer weiteren Erklärung des Mieters/Pächters bedarf. Dabei mindert sich die Miete je nach Einschränkung des Gebrauchs, also nach der Erheblichkeit des Fehlers.<sup>691</sup>
- 605 Eine Rechtsprechung, die im EDV-Bereich für unterschiedliche Mängel differenzierte Minderungsquoten entwickelt hat, fehlt noch fast vollständig. Allerdings wird die **Minderungsquote** häufig tendenziell eher **großzügiger** angenommen als im sonstigen Mietrecht.<sup>692</sup> In aller Regel geht es aber bei Entscheidungen über Mietverträge weniger um Minderungen als um die Möglichkeit vorzeitiger Kündigungen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass selbst in dem vergleichsweise mit zahlreichen Entscheidungen bedachten Bereich der Wohnraummiete die Minderungsquoten von Aspekten des Einzelfalles und den jeweiligen Einschätzungen der entscheidenden Gerichte abhängig sehr unterschiedlich ausfallen. Eine Prognose ist selbst in diesem Bereich nur schwer möglich.
- 606 Das Minderungsrecht ist im Individualvertrag allerdings abdingbar. Ob dies auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich ist, ist zweifelhaft. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>693</sup> § 309 Nr. 8 b BGB hier nicht anwendbar. Diese Frage ist freilich streitig.<sup>694</sup>
- 607 Die **Überlassung einer mangelfreien Sache** während der gesamten Zeitdauer des Mietverhältnisses ist **Essentialia** jedes Mietvertrages. Der vollständige Ausschluss eines Gewährleistungsrechts durch allgemeine Geschäftsbedingungen wäre ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der gesetzlichen Regeln und demgemäß nach § 307 Abs. 2 Nr. 1

<sup>687</sup> So BGH, NJW 1982, 696 f.

<sup>688</sup> LG Wuppertal, Urt. v. 28. 9. 2001, 11 O 94/01, JurPc Web-Dok. 27/2002.

<sup>689</sup> BayObLG, WM 1999, 568 = NJW-RR 1999, 1533.

<sup>690</sup> *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Rdn. K 88.

<sup>691</sup> *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 513 (607).

<sup>692</sup> Vgl. dazu *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 513 (607).

<sup>693</sup> BGHZ 94, 180 (186 ff.); ebenso KG, Urt. v. 14. 2. 2002, 8 U 8203/00, jeweils zum früheren § 11 Nr. 10 AGBG.

<sup>694</sup> A. A. z. B. OLG Düsseldorf, WuM 1985, 58.

BGB unzulässig.<sup>695</sup> Das Minderungsrecht kann daher jedenfalls nicht generell ausgeschlossen werden. Möglich ist aber, es in der Weise auszuschließen, dass ein Abzug von der monatlichen Miete nicht gemacht werden darf, sondern der Minderungsberechtigte auf seine Ansprüche nach § 812 BGB auf Rückzahlung der zu viel geleisteten Miete verwiesen wird.<sup>696</sup> Ob eine solche Einschränkung freilich bei Nichtunternehmenskunden zulässig ist, ist noch nicht geklärt. Ob eine Möglichkeit besteht, das Minderungsrecht während einer Nachbesserungszeit auszuschließen, erscheint fraglich.<sup>697</sup> Eine Haftungs- begrenzungsklausel muss berücksichtigen, dass die Pflicht zur Überlassung einer mangelfreien Sache während der gesamten Mietzeit Kardinalpflicht ist.<sup>698</sup> Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit kann daher nur in dem oben<sup>699</sup> beschriebenen Rahmen beschränkt, jedoch nicht ausgeschlossen werden.

Nach § 535 c Abs. 1 S. 1 BGB muss der Mangel **unverzüglich angezeigt** werden. Soweit der Vermieter aufgrund mangelnder Mängelanzeige des Mieters den Mangel nicht beseitigen kann, sind Minderungs-, Schadensersatz- und Kündigungsrechte ausgeschlossen (§ 536 c Abs. 2 S. 2 BGB). 608

Neben dem Minderungsrecht besteht während der gesamten Mietdauer ein Anspruch auf **Mängelbeseitigung**. Dieser ergibt sich bereits aus § 535 BGB. Kommt der Softwarevermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug, so kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 536 a Abs. 2 BGB). Er kann auch einen Vorschuss verlangen.<sup>700</sup> Werden erhebliche Mängel trotz Fristsetzung mit entsprechender Androhung nicht beseitigt, steht dem Softwaremieter darüber hinaus ein Kündigungsrecht gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu.<sup>701</sup> 609

All dies gilt sinngemäß auch für Hardwaremiete.

Die hier skizzierten Gewährleistungsregeln werden in den Regelungen der **BVB-Miete** im Wesentlichen mit kleineren Modifikationen aufgegriffen (§ 9 BVB-Miete). Eine interessante Ergänzung liegt darin, dass die Stellung einer Ersatzanlage während der Dauer der Mängelbeseitigung bzw. des Mangelzustandes vereinbart werden kann. Demgegenüber ist das Minderungsrecht in § 10 Nr. 6 der auch für zeitlich begrenzte Überlassung von Software geltenden BVB-Überlassung auf die Fälle der praktisch vollständigen Unbrauchbarkeit eingeschränkt. 610

Diese Regelung ist bei einer Verwendung der **BVB-Überlassung** durch die Mieter (wie z. B. die öffentliche Hand) zulässig, bei einer Verwendung durch die Vermieter aber wohl kaum. Die BVB-Überlassung sehen auch eine zeitlich unbegrenzte Gewährleistungspflicht vor (§ 10 Nr. 3 Abs. 1 bzw. § 11 Nr. 2 Abs. 2 BVB-Überlassung). Allerdings entfällt bei Verträgen ohne Mängelbeseitigungspflicht eben gerade die für den Mietvertrag essentielle Pflicht des Vermieters zur ständigen Breithaltung einer mangelfreien Sache. Dies ist individuell vereinbar, eine solche Vereinbarung in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vermieters dürfte aber kaum möglich sein. Allerdings ist eine solche Klausel

<sup>695</sup> Schmidt, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 711 (740); Staudinger-Emmerich, § 536, Rdn. 73; a. A. wohl zur Megede, NJW 1989, 2581 (2585) (ohne Ausführungen zu § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG); auch Lauer, BB 1982, 1758 (1761) jedenfalls nach einer gewissen Mietdauer.

<sup>696</sup> BGH, NJW-RR 1993, 519 = WM 1993, 914; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, Rdn. J 452.

<sup>697</sup> So Schmidt, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 701 (741).

<sup>698</sup> BGH, NJW 2002, 673 (675).

<sup>699</sup> Rdn. 465 ff.

<sup>700</sup> Staudinger-Emmerich, § 536 a, Rdn. 33 mwN.

<sup>701</sup> Instruktiv hier der Fall OLG Hamm, NJW 1989, 2629 f. sowie OLG Hamm, CR 1990, 520 f.; vgl. auch LG Stuttgart, CR 1986, 382 f.

dann zulässig, wenn der Mieter ausdrücklich zwischen Verträgen mit und ohne Gewährleistungspflicht wählen kann. In diesem Fall liegt in der Wahl des Mieters eine Individualvereinbarung.

### c) Schadensersatz

611 Ein schwerwiegendes Problem besteht in der Härte des **Schadensersatzrechts**. Nach § 536a Abs. 1 BGB haftet der Vermieter für **anfängliche Mängel ohne Rücksicht auf das Verschulden** auf Schadensersatz.<sup>702</sup> Es handelt sich insoweit um eine Garantiehaftung wegen anfänglicher Mängel. Diese Vorschrift ist insbesondere im Softwarebereich von großer Bedeutung, weil auftretende Mängel in aller Regel von Anfang an vorhanden waren. Eine Ausnahme ergibt sich nur aufgrund von Mängeln wegen geänderter Umgebungsbedingungen. Dies bedeutet, dass bei Softwareüberlassung auf Zeit wegen sämtlicher Mängel ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch besteht, während bei Softwareüberlassung auf Dauer ein Schadensersatzanspruch nur bei Verschulden besteht. Dieses auf den ersten Blick überraschende Ergebnis entspricht aber der gesetzgeberischen Wertung bei der Überlassung auch anderer Gegenstände. Der Gesetzgeber hat diese mietrechtliche Besonderheit auch im neuen Mietrecht beibehalten. Diese unterschiedliche Haftung ist Konsequenz der Tatsache, dass bei nur zeitweiliger Überlassung der jeweilige Vermieter Verfügungsberechtigter bleibt und damit auch entscheiden muss, was mit dem jeweils vermieteten Gegenstand konkret geschieht und in welcher Weise er repariert wird oder ob er unrepariert bleibt. Aus den vorgenannten Gründen ist die gesetzliche Regelung Ausdruck der vorhandenen Interessenlage zwischen den Parteien und ist auch im Bereich von Software anwendbar.<sup>703</sup>

Der eindeutige Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen schließt es auch aus, die Haftung im Wege der Auslegung dann auszuschließen, wenn die Mängel auch bei Anwendung äußerster Sorgfalt für niemanden erkennbar waren.<sup>704</sup> Auch eine Einschränkung der Haftung für bestimmte Schäden ist kaum vorstellbar.<sup>705</sup> Die Schadensersatzhaftung ist demgemäß sehr weitgehend. Aus diesem Grunde sind Mietvertragsregeln für die Überlassung von Software auch schon als grundsätzlich ungeeignet angesehen worden.<sup>706</sup>

612 Allerdings ist § 538 Abs. 1 BGB dispositiv. Selbst in allgemeinen Geschäftsbedingungen kann die **Haftung** hier auf eine Verschuldenshaftung **begrenzt werden**. Weitergehende Haftungsbeschränkungen sind nur unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze zu Haftungsbeschränkungen bei **Kardinalpflichten**<sup>707</sup> wirksam<sup>708</sup>. Festzuhalten bleibt, dass sämtliche Klauseln die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht ausschließen dürfen. Tun sie dies, sind sie unwirksam.

<sup>702</sup> Vgl. schon *Lutz*, GRUR 1976, 331 (335); zur möglichen Höhe der Schäden vgl. z. B. LG Essen, CR 1987, 428 (429).

<sup>703</sup> Wie hier *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 513 (606); *Malzer*, Der Softwarevertrag, S. 234 f.; a. A. *Mehring*, NJW 1986, 1904 (1908); *Brandt-Dohrn*, CR 1986, 63 (68); *Moritz/Tybussek*, Computersoftware, Rdn. 855.

<sup>704</sup> So aber *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 513 (606).

<sup>705</sup> So aber *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 517 (606).

<sup>706</sup> *Kilian*, Haftung, S. 41.

<sup>707</sup> Dazu oben Rdn. 465 ff.

<sup>708</sup> Teilweise weitergehende Haftungsbeschränkungen bei *Schwamb*, CR 1987, 500 (503); *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 517 (606); *Schmidt*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 701 (751).

Eine Haftung besteht außer in den Fällen der anfänglichen Mängel noch dann, wenn ein Mangel **später** infolge eines Umstandes **entsteht**, den der **Vermieter zu vertreten hat**, oder dann, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in **Verzug** gerät. Insbesondere der ersten Fall kann dann vorliegen, wenn durch Pflegeverträge neue Softwareversionen übernommen werden und diese sich als fehlerhaft erweisen. In diesem Fall haftet der Vermieter aus dem Gesichtspunkt des Mietvertrages nur bei Verschulden, das in vielen Fällen gegeben sein dürfte. Er haftet nicht garantiemäßig wie bei der zunächst überlassenen Software. 613

Eine Haftung besteht auch für **zugesicherte Eigenschaften**. Im Mietrecht gibt es diesen Begriff weiterhin. Diese Haftung ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht abdingbar. Dies ergibt sich aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil durch allgemeine Geschäftsbedingungen nicht aufgehoben werden kann, was individuell vereinbart ist.

In den **BVB-Miete** ist eine Haftung nur für den Fall einer vom Vermieter zu vertretenden nicht rechtzeitigen Mängelbeseitigung bzw. nicht rechtzeitigen Stellung einer Ersatzanlage vorgesehen. Der Begriff des Vertretenmüssens ist aber so weit gefasst, dass er auch ein Eintreten müssen für anfängliche Mängel umfassen kann (§ 9 Nr. 4 Abs. 2 u. 3 BVB-Miete). Die Regelung enthält auch eine AGB-rechtlich zweifelhafte Schadenspauschalierung.<sup>709</sup> 614

Eine entsprechende Regelung gibt es im Bereich der BVB-Überlassung für Verträge mit Installationspflichten des Vermieters und Mängelbeseitigungspflichten (§ 10 Nr. 7 u. 8 BVB-Überlassung).

#### d) Weitere Probleme

Für den Mieter bedeutsam ist, dass er **nach Ende** des Vertrages Hard- und Software **zurückgeben** muss. Dies ergibt sich schon aus § 546 Abs. 1 BGB. Bei Software führt eine Verletzung dieser Pflicht nicht ohne Weiteres zu Schadensersatzansprüchen des Vermieters, weil dieser nicht auf die Rückgabe der Kopie angewiesen ist, sondern meist ohne Weiteres eine neue Kopie ziehen und diese vermieten kann. Als Schaden kämen hier allenfalls die Kopierkosten in Betracht. Daher kann die Rückgabepflichtung auch durch eine **Vertragsstrafe** bewehrt werden. Dies ist auch in den allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich. § 309 Nr. 6 BGB greift hier nicht ein.<sup>710</sup> 615

Daneben hilft auch die Vorschrift des § 546 a Abs. 1 BGB. Gibt der Mieter danach die gemietete Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen.

Darüber hinaus kann bei Anmietung von Hard- und Software dem Anwender vom Überlasser untersagt werden, **Geräte und Software dritter Hersteller anzuschließen** bzw. mit der Anlage zu verbinden. Auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfte es jedenfalls zulässig sein, einen solchen Anschluss unter Erlaubnisvorbehalt zu stellen, wobei der Mieter bei erlaubtem Anschluss Schadensrisiken übernehmen muss. Diese Situation ergibt sich daraus, dass solch ein Anschluss technisch negative Einflüsse auf den Mietgegenstand haben kann. Der Vermieter muss in jedem Einzelfall überprüfen können, ob solche Gefahren drohen. Das Risiko für den Eintritt von Schäden und Störungen muss dann der Mieter übernehmen. 616

Ferner muss bemerkt werden, dass im Gegensatz zur KO nach der InsO das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO auch Mietverträge über Software umfasst. Nur Mietverträge über unbewegliche Gegenstände sind nach §§ 108 ff. InsO von diesem Wahl-

<sup>709</sup> Vgl. zu der ähnlichen Regelung in den BVB-Erstellung oben Rdn. 479; in den BVB-Miete ist allerdings ausdrücklich von pauschalitem Schadensersatz die Rede.

<sup>710</sup> LG Lüneburg, CR 1989, 606 (LS), näher dargestellt bei *Fehl*, CR 1990, 508 (512f.).

recht ausgenommen. Der Insolvenzverwalter kann daher entscheiden, ob ein Mietvertrag über Software weitergeführt wird oder nicht und zwar auch dann, wenn der Schuldner Vermieter der Software ist. Wählt der Insolvenzverwalter nicht die Erfüllung, kann der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung des Mietvertrages ablehnen. Die Software darf dann nicht mehr genutzt werden.<sup>711</sup> Hier sind die Risiken des Kunden deutlich erhöht worden. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters kann auch nicht vertraglich ausgeschlossen werden.

## 2. Besonderheiten des Leasingverhältnisses

### a) Grundkonzeption

618 Hardware und Software **können geleast werden**. Dies ist für Hardware unproblematisch. Aber auch für Software wird dies vom BGH anerkannt.<sup>712</sup>

Der **Leasingvertrag** ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH prinzipiell **Mietvertrag**. Dies gilt auch und gerade für den Finanzierungsleasingvertrag. Demgemäß müsste der Leasinggeber dem Leasingnehmer nach den eben beschriebenen Regeln Gewähr leisten. Diese Folge ist mit dem dem Finanzierungsleasing zugrunde liegenden Konzept der Anschaffung des Wirtschaftsgutes auf Raten unter Ausnutzung besonderer steuerlicher Vorteile nur begrenzt vereinbar. Sollte vertraglich freilich nichts anderes geregelt sein, werden dennoch in aller Regel die Mietvertragsregeln zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer anzuwenden sein. Zwischen Leasingnehmer und Softwarelieferanten dürfte es in der Regel um Kaufverträge gehen und zwar auch im Hinblick auf die Software.

619 Leasingverträge, in denen keine zusätzlichen Regelungen über **Gewährleistungsrechte getroffen** sind, dürften allerdings in der Praxis nicht vorkommen. Vielmehr wird in sämtlichen gängigen Leasingverträgen eine Regelung des Inhalts getroffen, dass die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer ausgeschlossen sind und statt dessen dem Leasingnehmer die dem Leasinggeber gegenüber dem Hersteller zustehenden kaufrechtlichen Mängelansprüche abgetreten wird. Dabei dürfen auch die mit diesen Gewährleistungsrechten verbundenen Gestaltungsrechte (Rücktritt, Minderung) mit übertragen werden – dies sollte aber ausdrücklich geregelt werden. Alternativ kann dem Leasingnehmer auch die Befugnis eingeräumt werden, diese Gestaltungsrechte im eigenen Namen auszuüben.<sup>713</sup> Eine solche vertragliche Regelung ist **prinzipiell auch zulässig**. Dies gilt auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl gegenüber Unternehmen als auch gegenüber Nichtunternehmen.<sup>714</sup> **§ 309 Nr. 8 b BGB** ist auf den Leasingvertrag **nicht anwendbar**.<sup>715</sup> Darüber hinaus kann der Leasinggeber auch die Gefahr des zufälligen Untergangs der Leasing Sache auf den Leasingnehmer abwälzen. Dies gilt auch hinsichtlich der Gegenleistungsgefahr.<sup>716</sup> Auch ein Untermietverbot ist abweichend von § 540 BGB sogar in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig.<sup>717</sup>

<sup>711</sup> Zur neueren Diskussion: *Grützmacher*, CR 2006, 289 (293 f.)

<sup>712</sup> BGH, WM 1984, 1091 (1093); BGH, Beil. Nr. 5 zu BB 1989, S. 3 (4); näher dazu *Fehl*, CR 1988, 198 ff.; *Junker/Benecke*, Computerrecht, Rdn. 173 mit Nachweisen in Fn. 59; ausgiebig *Beckmann*, Computerleasing.

<sup>713</sup> Detailliert *MünchKomm-Habersack*, Leasing, Rdn. 80 ff.; *Staudinger-Stoffels*, Leasing, Rdn. 215; zur Abtretung der Gestaltungsrechte auch: BGH, NJW 1985, 2642; *MünchKomm-Ernst*, § 323 Rdn. 163.

<sup>714</sup> BGHZ 81, 298 (302 f.); BGH, WM 1984, 1089 (1091).

<sup>715</sup> Ausgiebig BGHZ 94, 180 (186 f.); *Fehl*, CR 1988, 198 (199) (noch zu § 11 Nr. 10 AGBG).

<sup>716</sup> BGH, CR 1987, 846 (849).

<sup>717</sup> BGH, BB 1990, 1796.



Bei der **Abtretung der Mängel- bzw. Gewährleistungsrechte** muss sorgfältig darauf geachtet werden, dass **sämtliche dieser Rechte** übertragen werden und nicht zu weitgehend Ansprüche ausgeschlossen werden. Anderenfalls droht die Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses in seiner Gänze.<sup>718</sup> Konsequenz dieser Abtretung ist, dass der Rücktritt vom Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten durchgesetzt werden muss. Freilich ist es so, dass die Rückabwicklung wiederum im Verhältnis zwischen Leasinggeber und Lieferanten durchgeführt werden muss. Dies ist jedenfalls Konsequenz der ständigen Rechtsprechung des BGH.<sup>719</sup>

Allerdings kann der Leasingnehmer nur **Zahlung des Kaufpreises an den Leasinggeber Zug um Zug gegen Rückgabe des Kaufgegenstandes** verlangen. Dies ist Konsequenz der Tatsache, dass der Kaufvertrag prinzipiell zwischen Leasinggeber und Lieferant geschlossen wird.<sup>720</sup> Man könnte hier freilich auch die Meinung vertreten, die Abtretung der Mängel- bzw. Gewährleistungsansprüche führe zu einer Rückzahlung des Kaufpreises an den Leasingnehmer. Dies lässt sich aber mit der sogleich darzustellenden bisherigen Rechtsprechung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages durch Vollzug der Wandlung nicht vereinbaren, weil in der Konsequenz der Leasingnehmer sonst keine Leasingraten mehr zahlen müsste, dennoch aber den Kaufpreis zurückerhalten könnte.

Die **Rückabwicklung** des Kaufvertrages zwischen Leasinggeber und Lieferant muss Auswirkungen auf den Leasingvertrag haben. Immerhin ist es ja so, dass der Leasinggegenstand dadurch an den Hersteller zurückgelangt. Für die Zukunft jedenfalls kann der Leasinggeber dem Leasingnehmer den Vertragsgegenstand nicht mehr zur Verfügung stellen. Jedenfalls für die Zukunft müssten daher alle Leistungsverpflichtungen des **Leasingnehmers** entfallen. Dies ließe sich u.U. schon aus den Regelungen des §§ 320ff. BGB herleiten, ggf. käme man zu einem Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der BGH ist allerdings einen anderen Weg gegangen. Mit der Realisierung des Rücktritts entfällt für ihn bislang die **Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages ex tunc**.<sup>721</sup> Dies gilt selbst dann, wenn die Leasing Sache vom Leasingnehmer zeitweilig benutzt wurde und der Leasinggeber deswegen dem Hersteller Nutzungsentschädigung leisten muss. Insoweit bleibt der Leasinggeber dem Leasingnehmer gegenüber auf Bereicherungsansprüche verwiesen.<sup>722</sup> Abweichende Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam.<sup>723</sup>

An welche Tatsache diese Rechtsprechung in Zukunft den Wegfall der Geschäftsgrundlage anknüpft, ist noch offen. Konsequenz wäre es, hier an die Durchführung der Rückabwicklung nach Rücktritt anzuknüpfen.

Die Einrede des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf die **Zahlungsklage** des Leasinggebers kann schon dann erhoben werden, wenn die **Rückabwicklung noch nicht** endgültig durchgeführt, wohl aber der entsprechende **Prozess anhängig**<sup>724</sup> ist. Der Zahlungsprozess muss dann im Zweifel bis zur Entscheidung über den Rückabwicklungsprozess ausgesetzt werden.<sup>725</sup> Während der Dauer des Rückgabestreits ist die Verjährung der

<sup>718</sup> Beckmann, Computerleasing, Rdn. 166ff.; MünchKomm-Habersack, Leasing, Rdn. 84.

<sup>719</sup> Ausführlich mit krit. Anm. Febl, CR 1988, 200ff.

<sup>720</sup> OLG Koblenz, CR 1988, 463 (465) mit zust. Anm. Kather; BGH, WM 1988, 979 (982f.); OLG Köln, *Zabmt*, ECR OLG 72.

<sup>721</sup> BGHZ 81, 298 (308); kritisch Beckmann, Computerleasing, Rdn. 329.

<sup>722</sup> BGHZ 109, 139 (143f.); noch anders BGHZ 81, 298 (309).

<sup>723</sup> OLG Düsseldorf, *Zabmt*, ECR OLG 104.

<sup>724</sup> MünchKomm-Habersack, Leasing, Rdn. 88.

<sup>725</sup> zur *Megede*, NJW 1989, 2581 (2584); Kather, CR 1988, 469 (470); Beckmann, Computerleasing, Rdn. 339; OLG Koblenz, OLG Report Koblenz 2001, 124.

Leasingraten gehemmt.<sup>726</sup> Die Vertragsgrundlage entfällt nach der bisherigen Rechtsprechung sogar dann, wenn die Rückabwicklung deswegen nicht durchgeführt werden kann, weil der Lieferant in Konkurs gegangen ist.<sup>727</sup> Der Leasinggeber trägt also das Konkursrisiko für den Konkurs des Lieferanten. Schließt der Leasingnehmer einen Vergleich mit dem Lieferanten, hat dies der Leasinggeber zu akzeptieren. Eine dort vereinbarte Rückabwicklung entzieht dem Leasingnehmer die Geschäftsgrundlage. Die Konsequenzen einer zur Vermeidung des Prozessrisikos vereinbarte Reduzierung der Rückzahlungssumme des Lieferanten sind allerdings vom Leasingnehmer zu tragen.<sup>728</sup>

Der Leasingnehmer muss bei der hier diskutierten Vertragsgestaltung alle Ansprüche des Leasinggebers geltend machen. Dies gilt insbesondere für eventuelle Ansprüche auf Zinsen für den Kaufpreis.<sup>729</sup> Denkbar ist auch ein **Schadensersatzanspruch des Leasinggebers** auf entgangenen Gewinn.<sup>730</sup>

- 624 Sollten freilich die Abtretungsklauseln fehlen oder nicht wirksam sein, gilt im Verhältnis Leasinggeber/Leasingnehmer Mietrecht mit allen Konsequenzen. In diesem Fall muss sich der Leasingnehmer mit allen Gewährleistungsansprüchen an den Leasinggeber halten und ggf. ihn abmahnen und ihm gegenüber kündigen.<sup>731</sup> Eigene Ansprüche gegen den Lieferanten hat er nicht.<sup>732</sup>

Zu den Einzelheiten ist auf die Ausführungen zum Mietrecht zu verweisen.

## b) Besonderheiten des EDV-Leasing

- 625 Diese **Grundkonzeption des Leasingrechts** gilt auch für den Bereich der EDV. Besondere Probleme stellen sich freilich bei einem **Beratungsverschulden**. BGH<sup>733</sup> und OLG Köln<sup>734</sup> hatten den Fall zu entscheiden, dass der Lieferant zunächst Vertragsverhandlungen mit dem Leasingnehmer aufgenommen hatte und dabei umfangreich zur Datenverarbeitungsgestaltung beraten hatte. Diese Beratung war teilweise fehlerhaft. Es stellt sich die Frage, welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind. Soweit sich die Beratung dahingehend auswirkt, dass die gelieferte Leasing Sache letztendlich fehlerhaft ist, weil sie entweder für den gewöhnlichen Gebrauch oder für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch ungeeignet ist, ist es überflüssig, hier neben den vorhandenen Gewährleistungsansprüchen noch weitere Beratungspflichten zu konstruieren. Jedenfalls lässt sich die Vertragsrückabwicklung gewährleistungsrechtlich regeln. Nicht immer muss allerdings die Fehlberatung sich in einem Mangel der gelieferten Anlage auswirken. Möglicherweise ist die gelieferte Anlage letztendlich mangelfrei, weil schon die Erstellung des Pflichtenheftes, das die Charakteristika der Anlage beschreibt, fehlerhaft war, die Anlage aber dem Pflichtenheft entspricht. Vielleicht ergeben sich auch weitergehende Schadensersatzansprüche.<sup>735</sup>

Das eigentliche Problem besteht darin, dass zwischen dem **Leasingnehmer** und **Lieferanten** letztendlich **keine vertraglichen Beziehungen** bestehen. Die vertraglichen Beziehungen bestehen zwischen Leasingnehmer und Lieferanten einerseits und Leasingnehmer

<sup>726</sup> OLG Koblenz, OLG Report Koblenz 2001, 124 noch zum alten Recht (§ 202 Abs. 1 BGB a.F.).

<sup>727</sup> BGH, WM 1984, 1089 (1091 f.); BGHZ 109, 139 (143); OLG Hamm, *Zabrnt*, ECR OLG 189.

<sup>728</sup> OLG Hamm, *Zabrnt* ECR OLG 82; OLG Düsseldorf, *Zabrnt* ECR OLG 104.

<sup>729</sup> *Katber*, CR 1988, 469 (470).

<sup>730</sup> *Katber*, CR 1988, 469 (470).

<sup>731</sup> BGH, Beil. 5 zu BB 1989, S. 3 (4); vgl. auch BGH, CR 1988, 111 (114) zu einer etwas anderen Fallkonstellation mit insoweit krit. Anm. *Bokelmann*.

<sup>732</sup> BGH, NJW 1974, 847 f.

<sup>733</sup> WM 1984, 1092 = BB 1984, 1895.

<sup>734</sup> CR 1988, 723 ff.

<sup>735</sup> Vgl. hierzu auch *v. Westphalen*, CR 1987, 477 (485), der sich aber nicht zum Anspruchsgegner äußert.

und Leasinggeber andererseits. Demgemäß sind die auch mit dem Vertrag im Zusammenhang stehenden Ansprüche einschließlich der Ansprüche aus einer Verletzung von Beratungspflichten nicht gegen den Lieferanten, sondern gegen den Leasinggeber zu richten. Dies wäre dann unproblematisch möglich, wenn der Lieferant sozusagen als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers aufgetreten wäre. Dies mag zwar in einzelnen Fällen möglich sein, es entspricht aber nicht den üblichen Gestaltungen. Hinzu kommt, dass sehr fraglich ist, ob EDV-bezogene Beratungspflichten des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer im Normalfall der Leasinganbahnung überhaupt bestehen.<sup>736</sup> Man muss daher versuchen, unmittelbare Ansprüche gegen den Lieferanten zu konstruieren. Hier muss man aber mit der Annahme von Beratungspflichten, die unabhängig von den nachher geschlossenen Verträgen sind, vorsichtig sein. Natürlich ist es denkbar, dass der Lieferant umfangreiche Beratungstätigkeiten aufnimmt und diese mit dem danach geschlossenen Leasingvertrag nichts zu tun haben. Dies kann aber nur in Einzelfällen vorkommen, insbesondere dann, wenn diese Beratungstätigkeit zusätzlich vergütet wird. Eine unentgeltliche Beratungstätigkeit wird man ohne Weiteres nicht annehmen können.

Dennoch haben vor allem der BGH, aber auch das OLG Köln das **Vorliegen solcher 626 Verpflichtungen angenommen**, im konkreten Fall allerdings dadurch erleichtert, dass zunächst sogar Verträge zwischen Leasingnehmer und Lieferanten geschlossen wurden, die später vom Leasinggeber übernommen wurden. Das OLG Köln hat als Schadensersatzanspruch sodann eine Pflicht des Lieferanten angenommen, den Leasingnehmer hinsichtlich seiner Verpflichtungen aus dem Leasingvertrag freizustellen, weil die Anlage für ihn letztendlich unbrauchbar war.

Unter Umständen ist es außerdem möglich, fehlerhaftes Handeln des Lieferanten dem Leasinggeber zuzurechnen. Dazu muss es freilich engere Beziehungen zwischen Lieferanten und Leasinggeber geben.<sup>737</sup> Die Einzelheiten können hier nicht dargestellt werden. Insoweit ist auf das Spezialschrifttum zum Leasingvertrag zu verweisen.

Ein weiteres häufig auftretendes Problem ist das der Unterschrift unter eine letztendlich **nicht korrekte Lieferbestätigung**. Viele Leasingfirmen verlangen von ihrem Leasingnehmern eine Unterschrift unter eine Bestätigung, dass der gelieferte Kaufgegenstand vollständig geliefert wurde. 627

Offenbar kommt es im Bereich der EDV häufig vor, dass solche Lieferscheine unterschrieben werden, obwohl die Anlage noch nicht vollständig geliefert wurde. Daraus soll nach der Rechtsprechung hauptsächlich die Konsequenz gezogen werden, dass eine Beweislastumkehr des Inhalts stattfindet, dass nunmehr der Leasingnehmer nachweisen muss, dass er lediglich eine unvollständige Leistung erhalten hat.<sup>738</sup> Daneben sind Schadensersatzansprüche denkbar,<sup>739</sup> wobei Mitverschulden durch das Verhalten des Lieferanten möglich ist. Immerhin ist der Lieferant hinsichtlich der Lieferverpflichtung Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers.<sup>740</sup> Dies gilt besonders dann, wenn der Lieferant zwischenzeitlich in Insolvenz gefallen und den Kaufpreis für eine im Wesentlichen unvollständige Leistung erhalten hat. Hier ist ein Verschulden des Leasingnehmers gegenüber dem Leasinggeber gegeben, da die

<sup>736</sup> Beckmann, Computerleasing, Rdn. 114f.

<sup>737</sup> So insbesondere Köhler/Fritzsche, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 517 (611f.); ein interessantes Beispiel bei OLG Frankfurt, CR 1990, 518ff.; OLG Koblenz, WM 1989, 222 (224) = CR 1990, 41; MünchKomm-Habersack, Leasing, Rdn. 51.

<sup>738</sup> BGH, CR 1988, 111 (114f.); Zabrnt, ECR BGH 3; das OLG Nürnberg, Zabrnt, ECR OLG 186 hat eine solche Erklärung als unwirksam behandelt; auch das OLG Hamm, Zabrnt, ECR OLG 189 lehnt eine Beweislastumkehr im Einzelfall ab.

<sup>739</sup> Vgl. OLG, Köln, BB 2000, 15 (LS); BGH, NJW 2005, 365 (Insolvenrisiko des Lieferanten).

<sup>740</sup> Vgl. BGH, CR 1988, 111 (114f.) mit ausf. Anm. Bokelmann.

Unterschrift unter die Vollständigkeitsbescheinigung erkennbar damit zu tun hat, dass der Leasinggeber, der die Sache ja nicht selbst sieht, von seinem Kunden, der als einziger in der Lage ist, die Vollständigkeit zu beurteilen, ordnungsgemäß unterrichtet wird, bevor er seinerseits den Kaufpreis zahlt. Hier wird sorgfältig auf die einzelne Fallkonstellation abzuheben sein, insbesondere darauf, wie eng das Verhältnis zwischen Lieferant und Leasinggeber ist. Dessen Mitverschulden kann eine Haftung des Leasingnehmers ausschließen.<sup>741</sup>

Schließlich kann es vorkommen, dass der Leasingnehmer die Lieferbestätigung nicht unterschreibt, obwohl er die Software vollständig und mangelfrei erhalten hat. Er zahlt keine Leasingraten, nutzt aber die Software. Der Lieferant erhält zunächst den Kaufpreis nicht, weil der Leasinggeber keine Lieferbestätigung erhält.

Der Lieferant hat in dieser Konstellation keinen Anspruch gegen den Leasingnehmer auf Ausstellung der Lieferbestätigung, weil es dazu an einem Vertrag fehlt. Wohl aber hat er einen Anspruch auf Zahlung an den Leasinggeber, weil er seine Leistung erbracht hat. Er muss nur die Lieferung beweisen (z. B. durch Lieferquittung des Kuriers oder durch Zeugenaussage desjenigen, der die Software installiert hat). Etwas anderes kann auch nicht wirksam in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers vorgesehen sein, weil er sonst die Zahlung von einer willkürlichen Handlung seines Erfüllungsgehilfen abhängig macht. Bei der Entgegennahme der Leistung ist nämlich der Leasingnehmer Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers.<sup>742</sup>

628 Der Abnahmebestätigung kann durch allgemeine Geschäftsbedingungen auch nicht die Bedeutung beigemessen werden, dass der Leasingnehmer durch sie zur unbedingten Zahlungen der Leasingraten verpflichtet wird. Eine solche Klausel ist auch im geschäftlichen Verkehr unwirksam.<sup>743</sup>

Eine Vertragsdauer von 42 Monaten ist beim EDV-Leasing auch gegenüber Endverbrauchern und auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig.<sup>744</sup>

629 Darauf hinzuweisen ist außerdem, dass der **Leasinggeber** zur **Rüge gemäß § 377 HGB** gegenüber dem Lieferanten auch dann **verpflichtet** ist, wenn sein Leasingnehmer dazu nicht verpflichtet ist, weil er kein Kaufmann ist.<sup>745</sup> Innerhalb des Leasingvertrages besteht eine solche Rügepflicht nicht, da es sich um einen Mietvertrag und keinen Kaufvertrag handelt. Um hier nicht Diskrepanzen zwischen dem Leasingvertrag und dem Kaufvertrag entstehen zu lassen, müsste wohl eine unverzügliche **Rügeverpflichtung** auch in den **Leasingvertrag** aufgenommen werden. Im Gegensatz zur allgemeinen Regelung wird eine solche Klausel allgemein als **zulässig** angesehen.<sup>746</sup> Bei Abtretung der entsprechenden Ansprüche muss auf die bestehende Rügepflicht ggf. ausdrücklich hingewiesen werden. Rügen des Leasingnehmers gegenüber dem Lieferanten werden von der Rechtsprechung als solche des Leasinggebers angesehen.<sup>747</sup> Ob eine zu späte Rüge des Leasingnehmers eventuell sogar Schadensersatzansprüche des Leasinggebers auslöst (§ 545 BGB),<sup>748</sup> hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Bei einer vollständigen Gewährleistungsabtretung erscheint dies aber eher unwahrscheinlich.

<sup>741</sup> OLG Hamm, *Zabrnit*, ECR OLG 189.

<sup>742</sup> MünchKomm-Habersack, Leasing, Rdn. 58.

<sup>743</sup> BGH, CR 1988, 111 (115f.) mit zust. Anm. *Bokelmann*.

<sup>744</sup> OLG Celle, OLG Report Celle/Braunschweig/Oldenburg 1999, 149.

<sup>745</sup> BGHZ 110, 130 (141f.) = CR 1990, 384 (386f.); *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 517 (610).

<sup>746</sup> *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 517 (610).

<sup>747</sup> OLG Köln, OLG-Report Köln 1995, 33 (LS) = *Zabrnit*, ECR OLG 171.

<sup>748</sup> So *Köhler/Fritzsche*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 517 (610).

Treten nach Ende des Leasingvertrages Schwierigkeiten bei der Bewertung des Restwertes der Leasingsache auf, so bietet sich u.U. eine Schiedsgutachtenabrede an. Diese ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch auch gegenüber Unternehmen nicht möglich, weil durch sie eine Beweislastveränderung zu Lasten des Leasingnehmers geschieht.<sup>749</sup>

Ansprüche des Leasingnehmers aus dem Leasingvertrag unterliegen in der Regel der allgemeinen Verjährung der §§ 195, 199 Abs. 1, 4 BGB, Mängelansprüche gegen den Lieferanten auch hinsichtlich der Verjährung Kauf- bzw. Werkvertragsregeln.<sup>750</sup>

## VI. Wartung und Pflege von EDV-Anlagen

### 1. Vertragsinhalt

#### a) Generelle Bemerkungen

Gängig sind in der Praxis auch Vereinbarungen, deren Gegenstand die **Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft** der EDV-Anlage, der Hardware oder der Software ist. Dabei geht es darum, zum einen die laufende Betriebsfähigkeit sicherzustellen und bei Störungen schnell einen Beratungs- und Entstördienst zu haben und zum anderen laufende Verbesserung der Software im Rahmen eines vertraglichen Verbesserungsanspruchs rasch auf der Anlage verfügbar zu haben. In Anlehnung an die Terminologie der BVB spricht man für die Hardware von **Wartung** und für die Software von **Pflege**.

Die jeweils von den Vertragspartnern geschuldeten **Leistungen** sind sachlich recht unterschiedlich.<sup>751</sup>

Kernpunkt der in den **Wartungsverträgen** geschuldeten Leistungen ist die **ständige Bereitschaft**, jedenfalls während der Bürozeiten bei auftretenden Hardwarefehlern, zu denen in der Regel auch Fehler der Betriebssoftware gehören, zur Beseitigung der Fehler tätig zu werden. Gelegentlich wird auch eine regelmäßige Überprüfung der Anlage vereinbart.<sup>752</sup> In manchen Verträgen wird vereinbart, dass der Wartende sich verpflichtet, die Anlage in betriebsfähigem Zustand zu halten, d.h. einerseits alles zu tun, um Störungen zu verhüten und andererseits eingetretene Störungen zu beseitigen.<sup>753</sup>

Gelegentlich wird insoweit auch eine **Verfügbarkeitsgarantie** abgegeben.

Oft werden Details dieser Leistungen nicht in konkreten Vereinbarungen festgelegt, sondern sind Gegenstand **allgemeiner Geschäftsbedingungen**. Bei Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen muss man allerdings klare Leistungsbeschreibungen verwenden und darf auch nicht etwa die eigentlich ausgehandelten und versprochenen Leistungen indirekt reduzieren.<sup>754</sup> Eine Klausel, nach der das Wartungsunternehmen nach seiner Wahl Neuteile oder Austauschteile liefern wollte, ist für unwirksam erklärt wor-

<sup>749</sup> OLG Frankfurt, BB 1988, 2274.

<sup>750</sup> OLG Koblenz, WM 1989, 222 (224f.).

<sup>751</sup> Siehe zum Folgenden die ausführlichen Darstellungen von *Woblgemuth*, Computerwartung; *Kühnel*, BB 1985, 1227ff.; *Hartmann/Thier*, CR 1998, 581; *Moritz* in: Computerrechtshandbuch, Abschnitt 42 Rdn. 193ff. und *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Abschn. G zum Wartungsvertrag und Abschn. K zum Pflegevertrag.

<sup>752</sup> Vgl. insoweit OLG München, Beilage 10 zu BB 1990, S. 9f.; instruktiv auch OLG Hamm, Beilage 15 zu BB 1990, S. 8 mit Anm. *Zabmt*.

<sup>753</sup> So *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Rdn. G 53 unter Berufung auf OLG München, CR 1989, 283.

<sup>754</sup> *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Rdn. K 15.