Eckart Warnke

Rechtsmangelhafte Software und Nacherfüllungsanspruch aus § 439 BGB

Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 732

Zugl.: Diss., München, Univ., 2005

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
http://dnb.ddb.de abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die
der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von
Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechani-
schem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in
Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur
auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2005

ISBN 3-8316-0489-4

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung 1

Teil 1: Tatsächliche und rechtliche Grundlagen der Untersuchung 3

A. Tatsächliche Grundlagen 3

I. Begriff der Software 3

II. Analyse der Softwareelemente 5

1. Computerprogramm 5

2. Programmbeschreibung 6

3. Begleitmaterial 6

B. Rechtliche Grundlagen 7

I. Softwareerwerb durch Käufer oder Besteller im Sinne des § 651 7

1. Kaufvertrag über Software 7

a) Irrelevanz der rechtlichen Einordnung von Software 8

b) Irrelevanz des Urheberrechtsschutzes von Software 8

c) Verpflichtungslage der Parteien 10

aa) Endgültige Überlassung der Software 10

(1) Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 S. 1 10

(a) Übergabe 10

(b) Verschaffung von Eigentum 12

(2) Abgrenzung zu den Voraussetzungen anderer Vertragstypen 12

(a) Mietvertrag, Pachtvertrag 13

(b) Werkvertrag 13

bb) Einmalige Entgeltlichkeit der Überlassung 13

2. Werklieferungsvertrag über Software 14

a) Rechtliche Einordnung von Software als Sache 14

aa) Sacheigenschaft eines Computerprogramms 14

(1) Verkehrsauffassung als maßgebliches Kriterium 15

(2) Feststellung der Verkehrsauffassung 16

(3) Bisherige Lösungsansätze 17

bb) Konsequenz ... 18
b) Verpflichtungslage der Parteien ... 19
aa) Lieferung einer Individualsoftware ... 20
bb) Lieferung einer modifizierten Standardsoftware ... 21
cc) Abgrenzung beider Varianten ... 22
II. Rechtsmängel von Software ... 22
1. Rechte Dritter in Bezug auf die Software ... 23
a) Dingliche Rechtspositionen ... 23
aa) Primäre Verkäuferpflichten ... 24
bb) Rechtsfolgen eines Mangels ... 24
cc) Verjährung ... 25
b) Sonstige absolute Rechte ... 26
2. Keine Übernahme des Rechte durch den Käufer ... 26
3. Entstehungszeitpunkt der Rechte ... 28
4. Möglichkeit der Geltendmachung gegenüber dem Käufer ... 29

Teil 2: Untersuchung des Nacherfüllungsanspruchs ... 30
A. Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs ... 30
I. Nachbesserung und Ersatzlieferung ... 31
1. Nachbesserung ... 31
a) Möglichkeiten der Beseitigung des Rechtsmangels ... 31
aa) Rechtlicher Ansatz ... 31
(1) Beschränkte dingliche Rechte ... 31
(2) Immaterialgüterrechte ... 32
bb) Technischer Ansatz ... 32
b) Auswahl der wahrzunehmenden Beseitigungsmöglichkeit ... 32
aa) Keine Regelungslücke ... 33
bb) Keine mit § 439 Abs. 1 vergleichbare Interessenlage ... 33
2. Ersatzlieferung ... 35
II. Wahlrecht des Käufers ... 36
1. Rechtliche Einordnung des Wahlrechts ... 37
2. Ausübung des Wahlrechts durch den Käufer ... 37

B. Beschränkung oder Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs 39
I. Zeitraum vor Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs 39
1. Leistungsbefreiung des Verkäufers wegen Unmöglichkeit 41
a) Anwendungsbereich des § 275 Abs. 1 41
aa) Erweiterung gegenüber § 275 BGB a. F. 41
bb) Einschränkung gegenüber § 275 BGB a. F. 41
(1) Objektive Unmöglichkeit 42
(2) Subjektive Unmöglichkeit 42
b) Unmöglichkeit der Nacherfüllung im Falle rechtsmangelhafter Software 43
aa) Unmöglichkeit der Nachbesserung 43
(1) Ausschluss der Nachbesserung insgesamt 44
(2) Ausschluss einer Nachbesserungsart 45
(a) Fehlende Mitwirkung des Rechtsinhabers 45
(b) Bindung des Verkäufers an §§ 433 Abs. 1 S. 2 Vss. 1, 434 Abs. 1, 3 45
bb) Unmöglichkeit der Ersatzlieferung 46
(1) Stückkauf 48
(a) Unmöglichkeit beim Stückkauf nicht vertretbarer oder sonst ersetzbarer Sachen 48
(b) Unmöglichkeit beim Stückkauf vertretbarer oder sonst ersetzbarer Sachen 49
(aa) Gesetzeswortlaut 51
(bb) Gesetzessystematik 51
(cc) Gesetzesbegründung 52
(dd) Gesetzeszweck 54
(ee) Ergebnis 56
(2) Gattungskauf 56
(a) Zeitraum vor Konkretisierung 57
(b) Zeitraum nach Konkretisierung 58
2. Leistungsbefreiung des Verkäufers wegen unverhältnismäßiger Aufwendungen 58

a) Grobes Missverhältnis zwischen Nacherfüllungsaufwand und Nacherfüllungsinteresse ... 59
aa) Nacherfüllungsaufwand und Nacherfüllungsinteresse ... 59
(1) Nacherfüllungsaufwand des Verkäufers ... 59
(a) Materieller Aufwand ... 60
(b) Immaterieller Aufwand ... 61
(c) Einflussnahme des Käufers ... 62
(2) Nacherfüllungsinteresse des Käufers ... 63
(a) Materielles Interesse ... 63
(b) Immaterielles Interesse ... 64
bb) Grobes Missverhältnis ... 64
(1) Vertretenmüssen ... 64
(2) Inhalt des Schuldverhältnisses, Treu und Glauben ... 66
(a) Relevanz des Verhältnisses von Nacherfüllungsaufwand und Nacherfüllungsinteresse ... 67
(b) Anforderungen an ein „grobes Missverhältnis“ ... 68
(c) Abwägungskriterien ... 68
b) Geltendmachung durch Einrede ... 70
3. Leistungsbefreiung des Verkäufers wegen Unzumutbarkeit ... 72
a) Persönliche Leistungspflicht ... 72
b) Unzumutbarkeit der Leistung ... 73
aa) Leistungshindernis und Nacherfüllungsinteresse ... 73
bb) Abwägung ... 74
c) Geltendmachung durch Einrede ... 74
II. Zeitraum nach Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs ... 75
1. Ausnahmen vom Anspruch auf die geltend gemachte Nacherfüllungsart bei im Zeitpunkt der Geltendmachung nicht über § 275 beschränktem Nacherfüllungsanspruch ... 75
a) Nachträglicher Ausschluss der gewählten Nacherfüllungsart ... 75
aa) Voraussetzungen ... 75
(1) Leistungsbefreiung des Verkäufers über § 275 ... 76
(2) Leistungsbefreiung des Verkäufers über § 439 Abs. 3 S. 1 ... 76
(a) Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten ... 77

(b) Geltendmachung durch Einrede ... 79
bb) Auswirkungen auf den Nacherfüllungsanspruch ... 80
(1) Leistungsbefreiung des Verkäufers über § 439 Abs. 3 S. 1 ... 80
(2) Leistungsbefreiung des Verkäufers über § 275 ... 81
(a) Regelungslücke ... 82
(b) Mit § 439 Abs. 3 S. 1 vergleichbare Interessenlage ... 82
b) Widerruf der Wahl ... 83
aa) Keine analoge Anwendung des § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 1 ... 83
bb) Anwendbarkeit des § 263 Abs. 2 ... 84
(1) Interessenlage ... 84
(2) Keine Notwendigkeit der Abweichung ... 85
2. Ausnahmen vom Anspruch auf die geltend gemachte Nacherfüllungsart bei im Zeitpunkt der Geltendmachung über § 275 beschränktem Nacherfüllungsanspruch ... 85
a) Leistungsbefreiung des Verkäufers über § 275 ... 85
b) Leistungsbefreiung des Verkäufers über § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 ... 86
aa) Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten ... 87
(1) Übertragung der Grundsätze des § 275 Abs. 2 ... 87
(2) Maßstab ... 87
(a) Gesetzeswortlaut ... 88
(b) Gesetzessystematik und Gesetzesbegründung ... 88
(c) Gesetzeszweck ... 89
(d) Ergebnis ... 90
bb) Geltendmachung durch Einrede ... 91
C. Nacherfüllungszeit und Nacherfüllungsort ... 91
I. Leistungszeit ... 91
1. Fälligkeit ... 91
a) Grundsatz ... 92
b) Eigentumsvorbehalt ... 92
aa) Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung ... 93
bb) Gesetzessystematik ... 93
cc) Gesetzeszweck ... 94

2. Erfüllbarkeit ... 95
II. Leistungsort ... 95
1. Gesetzessystematik ... 96
2. Gesetzesbegründung ... 96
3. Gesetzeszweck ... 97
D. Verjährung ... 98
I. Eintritt der Verjährung ... 99
1. Länge der Verjährungsfrist ... 99
a) Grundsätzliche Länge der Verjährungsfrist ... 99
aa) Rechtsmangel aufgrund dinglichen Rechts im Sinne des § 438 Abs. 1 Nr. 1 a ... 99
bb) Rechtsmangel aufgrund Immaterialgüterrechts ... 101
(1) Gesetzeswortlaut ... 101
(2) Analoge Anwendung des § 438 Abs. 1 Nr. 1 ... 102
(a) Regelungslücke ... 103
(b) Vergleichbare Interessenlage ... 104
(3) Ergebnis ... 106
b) Ausnahmen von der grundsätzlichen Länge der Verjährungsfrist ... 107
aa) Modifikation der Verjährungsfrist als solcher bei Arglist ... 107
bb) Modifikation des Fristablaufs durch Hemmung ... 107
(1) Hemmungsgründe im Allgemeinen ... 108
(2) Hemmungsgrund des § 203 im Besonderen ... 108
(a) Direkte Anwendung des § 203 ... 108
(b) Analoge Anwendung des § 203 ... 109
2. Beginn der Verjährungsfrist ... 110
a) Ablieferung ... 110
aa) Herkömmlicher Begriff ... 111
bb) Softwarespezifischer Begriff ... 111
(1) Gesetzeswortlaut und -systematik ... 112
(2) Gesetzeszweck ... 112
(a) Rechtssicherheit ... 113
(b) Rechtsfrieden ... 113

(c) Haftungsbegrenzung ... 113
b) Ausnahmen vom Beginn der Verjährung bei Ablieferung ... 114
aa) Modifikation des Verjährungsbeginns bei Arglist ... 114
bb) Modifikation des Verjährungsbeginns durch Neubeginn ... 115
(1) Begriff des Anerkenntnisses ... 115
(2) Anerkenntnis bei der Nacherfüllung ... 116
II. Geltendmachung durch Einrede ... 117
E. Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs ... 117
F. Abwicklung des Nacherfüllungsanspruchs ... 117
I. Kosten der Nacherfüllung ... 118
1. Unmittelbare Nacherfüllungskosten ... 118
2. Mittelbare Nacherfüllungskosten ... 118
II. Rückgewähr der mangelhaften Software nach erfolgter Ersatzlieferung ... 120
1. Voraussetzung des Rückgewähranspruchs ... 120
a) Lieferung einer mangelfreien Software ... 120
aa) Mangelfreiheit der Ersatzsoftware ... 120
bb) Vorleistungspflicht des Verkäufers ... 121
b) Lieferung zum Zwecke der Nacherfüllung ... 121
2. Rückgewährschuldverhältnis ... 121
a) Ansprüche des Verkäufers ... 122
aa) Rückgewähr- und Herausgabeanspruch ... 122
(1) Rückgewähranspruch ... 122
(a) Inhalt des Rückgewähranspruchs ... 122
(aa) Herkömmlicher Begriff der Rückgewähr ... 123
(bb) Softwarespezifischer Begriff der Rückgewähr ... 123
(b) Ausschluss des Rückgewähranspruchs ... 125
(aa) Gesetzeswortlaut ... 125
(bb) Gesetzessystematik ... 126
(cc) Gesetzesbegründung ... 126
(dd) Gesetzeszweck ... 127
(ee) Ergebnis ... 128

(c) Rückgewährzeit und Rückgewährort 129
(aa) Leistungszeit 129
(bb) Leistungsort 129
(d) Verjährung 131
(e) Kostentragung 132
(2) Anspruch auf Nutzungsherausgabe 132
(a) Gesetzeswortlaut 132
(aa) Früchte 132
(bb) Gebrauchsvorteile 133
(b) Teleologische Reduktion des Gesetzeswortlauts 135
(aa) Widerspruch zwischen Gesetzeswortlaut und Gesetzeszweck 136
(bb) Konsequenz 139
bb) Wertersatzanspruch 141
(1) Entstehung des Wertersatzanspruchs 142
(a) Natur des Erlangten 142
(b) Verbrauch 143
(c) Veräußerung, Belastung 143
(aa) Veräußerung 143
(bb) Belastung 144
(d) Verarbeitung, Umgestaltung 144
(aa) Verarbeitung 144
(bb) Umgestaltung 146
(e) Verschlechterung 146
(aa) Begriff der Verschlechterung 146
(bb) Bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme 147
(f) Untergang 149
(g) Unterbliebene Nutzung 149
(2) Inhalt des Wertersatzanspruchs 150
(a) Berechnung des Wertersatzes (ohne Nutzungsersatz) 150
(aa) Gesetzeswortlaut 152
(bb) Gesetzessystematik 153

(cc) Gesetzesbegründung 153
(dd) Gesetzeszweck 154
(ee) Ergebnis 156
(b) Berechnung des Wertersatzes (Nutzungsersatz) 156
(aa) Grundgedanke der Beschränkung des Nutzungsersatzes auf die sog. „zeitanteilig lineare Wertminderung“ 157
(bb) Keine Übertragbarkeit auf die Nutzung nach Ersatzlieferung 158
(3) Ausschluss des Wertersatzanspruchs 158
(a) Ausschluss wegen fehlender Kenntnis des Mangels 159
(b) Ausschluss wegen Vertretenmüssens des Verkäufers 160
(c) Eingeschränkter Ausschluss wegen fehlender Ursächlichkeit des Besitzes an der Software 161
(aa) Grundsätzliche Voraussetzungen des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Var. 2 162
(bb) Unanwendbarkeit des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Var. 2 im Rahmen des § 439 Abs. 4 163
(d) Kein Ausschluss wegen Einhaltung der eigenüblichen Sorgfalt 165
(4) Wertersatzanspruch und Gesetzeszweck 166
(a) Schutz der Dispositionsfreiheit des Käufers 166
(aa) Freiwillige Verwirklichung von Wertersatztatbeständen 167
(bb) Unfreiwillige Verwirklichung von Wertersatztatbeständen 168
(b) Vereinbarkeit des Wertersatzanspruchs mit Art. 3 Abs. 2, 3 VerbrGK-RL 168
(5) Verjährung 169
cc) Bereicherungsanspruch 170
(1) Auslegung des § 346 Abs. 3 S. 2 170
(a) Unanwendbarkeit des § 818 Abs. 1 170
(aa) Herausgabe gezogener Nutzungen 170
(bb) Herausgabe eines Ersatzes 171
(b) Unanwendbarkeit der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 172

(2) Inhalt des Bereicherungsanspruchs 172
(3) Ausschluss des Bereicherungsanspruchs 173
(a) Direkte Anwendung des § 818 Abs. 3 173
(aa) Freiwillige Verwirklichung von Wertersatztatbeständen 174
(bb) Unfreiwillige Verwirklichung von Wertersatztatbeständen 175
(b) Keine erweiterte Anwendung des § 818 Abs. 3 176
(aa) Gesetzeswortlaut und Gesetzessystematik 177
(bb) Gesetzesbegründung 177
(cc) Gesetzeszweck 177
(c) Keine analoge Anwendung des § 818 Abs. 3 178
(aa) Keine Regelungslücke 179
(bb) Keine vergleichbare Interessenlage 179
(d) Unzumutbarkeit im Einzelfall 180
dd) Schadensersatzanspruch 180
(1) Zeitpunkt eines anspruchsbegründenden Verhaltens des Käufers 181
(a) Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 181
(aa) Gesetzeswortlaut 182
(bb) Gesetzessystematik 183
(cc) Gesetzesbegründung 186
(dd) Gesetzeszweck 187
(ee) Ergebnis 190
(b) Vertretenmüssen 191
(aa) Für die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 ursächliches Verhalten des Käufers 192
(bb) Rechtswidrigkeit des Käuferverhaltens 193
(cc) Individuelle Vorwerfbarkeit des Käuferverhaltens 195
(2) Verhältnis zum Wertersatz- und Bereicherungsanspruch 196
ee) Anspruch auf Herausgabe eines Ersatzes oder Abtretung eines Ersatzanspruchs 197
(1) Anspruchsinhalt 197

(2) Verhältnis zu anderen Ansprüchen 198
b) Ansprüche des Käufers 198
aa) Anspruch auf Rücknahme der mangelhaften Software 198
bb) Verwendungsersatzanspruch 199
cc) Aufwendungsersatzanspruch 200

Ergebnisse 201

Literaturverzeichnis 209

EINLEITUNG

Die Bedeutung von Software für das tägliche Leben nimmt stetig zu. Dies ist mittlerweile eine Binsenweisheit. In der Textverarbeitung hat Software mechanische Hilfen bereits abgelöst. Auch in anderen Bereichen ist ihr Siegeszug nicht aufzuhalten.

Diese Entwicklung ist nicht auf die klassischen Büroanwendungen beschränkt, denn softwaregestützte Buchhaltung, Vermögens-, Termin- oder Adressverwaltung sind heute ohnehin schon eine Selbstverständlichkeit. Software dringt auch in andere Lebensbereiche der verschiedensten Art vor. Mit ihrer Hilfe übernimmt der Personal Computer etwa Aufgaben von Lexikon, HiFi-Anlage oder sogar Steuerberater.

Bis zum 31. 12. 2001 musste der Rechtsverkehr mit Software auf der Grundlage des im Jahre 1900 in Kraft getretenen BGB bewältigt werden. Dabei gehörte die Überlassung von Software durch Kaufvertrag zu den in der Wissenschaft meistdiskutierten Themen. Der Schwerpunkt dieser Diskussion lag auf der Gewährleistung des Verkäufers für Sachmängel. Die Rechtsmängelhaftung führte demgegenüber ein Schattendasein.

Am 1. 1. 2002 hat das Kaufrecht des BGB durch ein „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“ umfassende Änderungen erfahren. Sowohl die dogmatischen Grundlagen der neuen Gesetzesfassung als auch ihre praktischen Auswirkungen auf die Softwareüberlassung liegen weitgehend im Dunkeln. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Rechtsmängelhaftung, der selbst in der Gesetzesbegründung wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden ist.

Die vorliegende Untersuchung soll etwas mehr Licht in dieses Dunkel bringen. Der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 BGB erweist sich dabei als besonders ergiebiger Untersuchungsgegenstand. Er ist nicht nur aufgrund der Fristsetzungserfordernisse der §§ 323 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1 BGB das zentrale Recht wegen Leistung eines mangelhaften Gegenstands. § 439 Abs. 4 BGB stellt auch eine Verbindung zum Rücktrittsrecht her, das seinerseits in § 346 Abs. 4 BGB auf die §§ 280 ff. BGB verweist. Die Untersuchung des Nacherfüllungsanspruchs aus § 439 BGB ermöglicht also eine querschnittartige Betrachtung der wichtigsten Gebiete des geänderten Schuldrechts.

Die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Untersuchung werden in Teil 1 behandelt. Dazu gehört zunächst die Feststellung dessen, was unter Software zu verstehen ist (A.). Anschließend wird der Frage nachgegangen, unter welchen Voraussetzungen auf ihre Überlassung Kaufrecht anwendbar ist (B. I.). Dies umfasst eine Stellungnahme zum Problem der Sacheigenschaft von Software. Zuletzt wird dargestellt, in welchen Fällen Software mit einem Rechtsmangel behaftet ist (B. II.).

In Teil 2 folgt die Untersuchung des Nacherfüllungsanspruchs. Sie beginnt mit einer Bestimmung des Anspruchsinhalts (A.). Danach werden die Einschränkungen des Anspruchs erörtert, die sich aus § 275 BGB und § 439 Abs. 3 BGB ergeben (B.). Neben den für die Praxis ebenso wichtigen Fragen nach Leistungszeit und Leistungsort (C.), Verjährung (D.) und Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs (E.) widmet sich ein weiterer Abschnitt den grundlegenden Fragen der Abwicklung des Nacherfüllungsanspruchs (F.). Hier ist besonders die Analyse des Zusammenspiels von Kaufrecht einerseits sowie Rücktritts- und Schadensersatzrecht andererseits hervorzuheben (F. II. 2. a)). Im Rahmen der rücktrittsrechtlichen Überlegungen wird hinsichtlich § 346 Abs. 3 S. 2 BGB auch zur seit jeher umstrittenen Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB Stellung genommen.

Soweit grundsätzliche Fragen des Schuldrechts berührt sind, beschränkt sich die Arbeit nicht auf die Untersuchung ihrer Bezüge zu praktischen Fragen der Softwareüberlassung. Zur Förderung des Verständnisses ist es unerlässlich, auch abstrakt-dogmatische Überlegungen einfließen zu lassen.