

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 631; HGB §§ 377, 381; AGBG § 9 Cf

- a) Auch wenn Software im Wege des Werklieferungsvertrages dem Besteller endgültig überlassen wird, ist § 377 HGB auf das Vertragsverhältnis anwendbar, sofern die Vertragspartner Kaufleute sind.
- b) Beim Werklieferungsvertrag erfordert die Ablieferung i.S. des § 377 HGB regelmäßig, daß das Werk bei Übergabe an den Besteller vollendet ist.
- c) Eine Werkleistung, die die Herstellung von Software zum Gegenstand hat, ist nicht vollendet und damit nicht vollständig erbracht, solange die Aushändigung des dazu gehörenden Handbuches an den Besteller noch aussteht (Fortführung des Senatsurteils vom 4. November 1992 - VIII ZR 165/91 = WM 1993, 111).
- d) Auch im kaufmännischen Rechtsverkehr ist eine AGB-Klausel unwirksam, durch die das Wandelungsrecht definitiv ausgeschlossen wird (Bestätigung des Senatsurteils vom 25. Februar 1981 - VIII ZR 35/80 = WM 1981, 558).

BGH, Urteil vom 14. Juli 1993 - VIII ZR 147/92 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 147/92

Verkündet am:

14. Juli 1993

Heinz

Justizangestellte

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1993 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Paulusch, Groß und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 22. Mai 1992 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

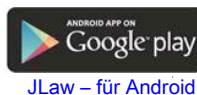
Tatbestand:

Der Beklagte befaßte sich mit Unternehmensberatung und vertrieb Computeranlagen. Er war O.-Vertragshändler.

Die Klägerin, ein mittelständisches Unternehmen mit umfangreichem Kundenstamm und größerer Lagerhaltung, entschloß sich Anfang 1986, ein Computersystem einzusetzen, um die Ge-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



schäftsanfälle schneller und rationeller abwickeln zu können. Sie wandte sich dieserhalb an den Beklagten. Nach ausgiebigen Verhandlungen und einer Programmdemonstration im O.-Zentrum in K. erteilte sie dem Beklagten unter Zugrundelegung von dessen Allgemeinen Geschäftsbedingungen - über Leasing abzuwickelnden - Auftrag zur Lieferung der ausgesuchten O.-Hardware einschließlich Drucker (Bestellung vom 12. März 1986 und des O.-Verkaufsabrechnungs-Systems (OVS), einer Standardsoftware. Auf Vermittlung des Beklagten schloß sie mit der D.-Leasing GmbH im April 1986 einen Leasingvertrag über die Anlage. Darin trat ihr die Leasinggeberin unter Ausschluß der mietrechtlichen Gewährleistung ihre kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den Beklagten ab. Am 2. Mai 1986 bestätigte die Klägerin die Übernahme der Anlage in ordnungsgemäßem Zustand.

Der Beklagte stellte die gelieferte Hard- und Software am gleichen Tag mit insgesamt 108.870 DM in Rechnung. Die Leasinggeberin zahlte den Betrag. Die Klägerin selbst entrichtete an den Beklagten für eine über ihn bezogene Schutzmatte 969 DM und in der Zeit von Mitte Mai bis September 1986 für Einarbeitung in das System sowie die Anpassung von Stammdaten zusammen weitere 4.075,50 DM.

Da das OVS-Programm den Anforderungen der Klägerin nicht genügte, fanden zwischen den Parteien unter Einbeziehung der Firma O. erneut Verhandlungen über die Lieferung eines anderen Programms statt, das den Bedürfnissen der Klägerin besser gerecht werden sollte. Man einigte sich schließlich am 6. April 1987 darauf, daß der Beklagte das OVS-Programm zurücknahm und entsprechend seinem Angebot vom 2. April 1987

eine neue Software in Auftrag gegeben wurde. Diesem Angebot lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Teil Software, des Beklagten zugrunde, in denen es unter der Überschrift "Gewährleistung und Haftung" heißt:

"Dem Kunden bleibt vorgehalten, bei mehreren fehlgeschlagenen Nachbesserungen unter den gesetzlichen Voraussetzungen die Vergütung herabzusetzen. Weitergehende Ansprüche des Kunden aus Gewährleistung sind ausgeschlossen."

Das neue Programm wurde ab 9. April 1987 installiert und der Klägerin einschließlich des ausgetauschten Betriebssystemes am 16. April 1987 unter Abzug des Gegenwertes der zurückgenommenen Software mit 12.186,60 DM berechnet. Die Klägerin zahlte an den Beklagten diesen Betrag sowie für eine VKO-Modifikation, Disketten und "data-cartridges" insgesamt weitere 10.499,40 DM. Nachdem am 29. April 1987 zwei Mitarbeiter der Klägerin durch einen Beauftragten der Firma O. in das neue Programm eingewiesen worden waren, bestätigte die Klägerin am 15. Mai 1987 dem Beklagten gegenüber, die neue Software funktionsfähig und ordnungsgemäß erhalten zu haben. Auf der schriftlichen Übernahmebestätigung befindet sich der handschriftliche Zusatz, daß die Handbücher für das Betriebssystem und die Software fehlten und nachgeliefert werden mußten. Daran erinnerte die Klägerin den Beklagten durch Schreiben vom 18. Mai 1987.

Auch mit der neuen Software funktionierte die Computeranlage nicht zur Zufriedenheit der Klägerin. Auf den Bildschirmen trat ein starkes Flackern auf, das auf magnetische

Kraftfelder zurückzuführen ist, die von den über dem Betriebsgrundstück der Klägerin verlaufenden Hochspannungsleitungen herrühren. Der Beklagte unternahm zwischen September 1987 und Februar 1988 zwanzig vergebliche Versuche, das Flackern auf den Bildschirmen abzustellen. Auch in anderer Hinsicht beanstandete die Klägerin die Hard- und neu gelieferte Software. Sie ließ die ihrer Ansicht nach noch vorhandenen Mängel zuletzt in einem Anwaltsschreiben vom 25. Februar 1988 erläutern und an die zu ihrer Beseitigung schon im Schreiben vom 19. Februar 1988 zum 5. März 1988 gesetzte, mit einer Ablehnungsandrohung verbundene Frist erinnern. Im einzelnen rügte sie neben dem Flackern auf den Bildschirmen u.a., daß die Schriftzeichen zu klein, der Programmwechsel zu langsam und die Druckstärke zu schwach seien; außerdem bestehe keine Möglichkeit, die Frachtbriefe über EDV zu schreiben, Kundenaufträge könnten nicht durch Eingabe des Namens gefunden werden, und Rechnungen würden nach drei Wiederholungsdrucken gelöscht. Der Beklagte reagierte nicht.

Nach Durchführung eines Beweissicherungsverfahrens, in dem der Sachverständige B. ein Gutachten erstattete, hat die Klägerin am 22. Juli 1987 die vorliegende Klage erhoben, mit der sie von dem Beklagten die Einwilligung in die Wandelung der Verträge über die Lieferung der Hardware aus abgetretenem Recht und der neuen Software aus eigenem Recht sowie Rückerstattung der geleisteten Beträge in Höhe von 108.870 DM an die Leasinggeberin und in Höhe von 27.730,50 DM (969 + 4.075,50 + 12.186,60 + 10.499,40) an sich selbst beansprucht.

Der Beklagte hat Mängel der Computeranlage bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat nach Erhebung von Beweisen der Klage auf Einwilligung in die Wandelung und auf Zahlung von 108.870 DM an die Leasinggeberin in vollem Umfange stattgegeben. Dem auf Zahlung an die Klägerin selbst gerichteten Begehren hat es lediglich in Höhe von 23.655 DM entsprochen und den darüber hinausgehenden Anspruch (= Rückzahlung der für Einarbeitung und Stammdatenanpassung geleisteten 4.075,50 DM) aberkannt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat sowohl auf das zwischen dem Beklagten und der Leasinggeberin bestehende Vertragsverhältnis, das die Lieferung der Hardware und der ursprünglichen Anwendersoftware zum Gegenstand hatte, als auch auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag über die Lieferung der Schutzmatte und der neuen Software nebst Zusatzteilen Kaufrecht angewendet. Als Fehler der Hardware im Sinne des § 459 BGB hat es angesehen, daß die Auftragsbearbeitung schon bei nur einem Arbeitsplatz zum Start des Programmteils eine Ladezeit von 19 Sekunden erfordere, die

sich bei gleichzeitigem Start an mehreren Terminals mindestens multipliziere und daher zuviel Zeit in Anspruch nehme. Offengelassen hat es, ob auch das mit der Klageschrift gerügte Herausspringen des Druckerbandes aus der Führung als erheblicher Mangel zu werten sei. In dem Flackern der Bildschirme hat es keinen Fehler der Kaufsache selbst erblickt. Die Fehlerhaftigkeit der neu gelieferten Software im Sinne des § 459 BGB hat das Berufungsgericht in zweifacher Hinsicht bejaht: Mit dem Programm könnten entgegen der Aufgabenstellung keine Frachtbriefe geschrieben werden; außerdem seien darin die Mengenpreisermittlung der Klägerin und deren Art der Lagerhaltung nicht hinreichend berücksichtigt.

Einen Wandelungsanspruch wegen dieser Fehler der Hard- und Software hat es aber daran scheitern lassen, daß die Klägerin die Fehler nicht rechtzeitig im Sinne des § 377 HGB gerügt habe. Dazu hat es ausgeführt, diese Vorschrift sei anwendbar, da alle Beteiligten Kaufleute seien. Der Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge der zu langen Latenzzeit sei nicht genügt worden, weil dieser Mangel erstmals mit Schreiben der Bevollmächtigten der Klägerin vom 25. Februar 1988 angezeigt worden sei. Der möglicherweise in dem Herausspringen des Farbbandes liegende Hardwarefehler sei erst in der Klageschrift und damit gleichfalls verspätet gerügt worden. Ein Verzicht des Beklagten auf das Erfordernis einer unverzüglichen Mängelrüge sei nicht ersichtlich. Was die festgestellten Mängel des neuen Softwareprogramms anbelange, könne dahinstehen, ob daraus abgeleitete Gewährleistungsansprüche verjährt oder gemäß § 464 BGB deswegen ausgeschlossen seien, weil - wie der Beklagte geltend ma-

che - die Klägerin das Programm trotz positiver Kenntnis von den Funktionsmängeln vorbehaltlos angenommen habe. Denn jedenfalls scheitere ein Wandelungsrecht der Klägerin wegen der in Rede stehenden Fehler daran, daß sie diese nicht unverzüglich gerügt habe und die Ware daher nach § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt gelte. Die Klägerin habe schon nicht im einzelnen vorgetragen, wann sie die Mängel jeweils angezeigt habe. Außerdem sei die Rügepflicht der Klägerin nach den Vertragsinhalt gewordenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten (Nr. 9.1 des Teils "Software") zulässigerweise dahin verschärft worden, daß die Mängelrüge schriftlich zu erfolgen habe. Schriftlich habe die Klägerin die beiden Funktionsmängel aber erstmals mit den Anwaltschreiben vom 19. und 25. Februar 1988 gerügt. Das sei zu spät gewesen, da als Tag der Ablieferung im Sinne des § 377 HGB der 15. Mai 1987 zu gelten habe, an dem die Klägerin nach durchgeführten Tests und nach Besprechung der Programmmodifizierungen die Übernahme der Software und deren Funktionsfähigkeit schriftlich bestätigt habe. Auch insoweit habe der Beklagte auf das Erfordernis einer unverzüglichen Mängelanzeige nicht verzichtet.

II. Diese Ausführungen halten, soweit sie die neu gelieferte Software betreffen, der rechtlichen Nachprüfung und den Revisionsangriffen nicht stand.

1. Fehl geht allerdings die in erster Linie erhobene Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das Klägervorbringen fälschlicherweise lediglich unter gewährleistungsrechtlichen Aspekten gewürdigt und übersehen, daß sich die

Klageansprüche aus einer Vertragsverletzung des Beklagten ergäben; dieser habe nämlich nicht vorrangig die Lieferung der bestellten Hard- und Software, sondern die umfassende Umstellung der Betriebsorganisation der Klägerin auf elektronische Datenverarbeitung geschuldet, so daß zwischen den Parteien ein - vom Beklagten schlecht erfüllter - "einheitlicher Gesamtvertrag mit werkvertraglichem Charakter", zumindest aber ein "stillschweigend geschlossener Systemberatungsvertrag sui generis" zustande gekommen sei.

Diese Ansicht findet im Tatsachenvortrag der Parteien keine ausreichende Grundlage. Daß, was die Revision hervorhebt, die Klägerin und der Beklagte in den Vertragsverhandlungen über die Aufgaben gesprochen haben, welche die Computeranlage bewältigen sollte und der Beklagte die Klägerin hierbei beraten hat, rechtfertigt allein noch nicht die Annahme, die Parteien hätten ihre Rechtsbeziehungen auf einer anderen als der gesetzestypischen Vertragsform des Kaufes oder des Werkvertrages aufbauen wollen. Eine Aufgabenanalyse und eine Beratung durch den Geschäftspartner ist auch beim Kauf oder der vom Besteller in Auftrag gegebenen schlichten Herstellung einer EDV-Anlage selbstverständlich und erforderlich, um die für die vorgesehene Aufgabenbewältigung geeignete Beschaffenheit der Hard- und Software festzulegen.

2. Das Berufungsgericht hat jedoch, was die Revision hilfsweise geltend macht, rechtsfehlerhaft Gewährleistungsrechte der Klägerin hinsichtlich der neu gelieferten Software verneint. Ausgehend von dem für die Revisionsentscheidung zugrunde zu legenden Sachverhalt sind insoweit die

Voraussetzungen des geltend gemachten Wandelungsanspruches erfüllt. Er erfaßt, was das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus folgerichtig nicht mehr zu prüfen brauchte, auch die Hardware, ohne daß es in diesem Zusammenhang darauf ankommt, ob die Hardware ihrerseits mangelhaft oder der Klägerin die Berufung auf eventuelle Mängel versagt ist (unten II 2 c).

a) Nach den vom Berufungsgericht getroffenen und auch von der Revisionserwiderung nicht in Zweifel gezogenen Feststellungen ist die neue Software mit zwei Fehlern behaftet, welche ihre vertragsgemäße Gebrauchstauglichkeit so erheblich mindern, daß sie eine Wandelung rechtfertigen.

Dabei kann offenbleiben, ob das zwischen den Parteien geschlossene Rechtsgeschäft über die Lieferung der neuen Software - wovon das Berufungsgericht ausgegangen ist - nach Kaufrecht und Mängelansprüche daher nach §§ 459, 462 BGB oder - wie die Revision meint - wegen der hier auftragsgemäß vorzunehmenden Anpassung einer Standardsoftware an die speziellen Wünsche der Klägerin nach Werkvertragsrecht und den dafür geltenden Gewährleistungsvorschriften (§§ 633, 634 BGB) zu beurteilen ist (vgl. zu den Abgrenzungskriterien Marly in F. Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB Klauselwerke (1993), Teil "Softwareverträge" Rdn. 55 ff). In beiden Fällen liegen die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Wandelungsbegehrens vor (§§ 462, 634 BGB). Die nach § 634 Abs. 1 BGB erforderliche erfolglose Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist mit den Anwaltsschreiben vom 19. und 25. Februar 1988 erfolgt.

b) Das der Klägerin somit erwachsene Wandelungsrecht ist auf der Grundlage des bisher festgestellten, für die Revisionsinstanz maßgeblichen Sachverhaltes nicht wegen Verletzung der Rügeobliegenheit aus § 377 HGB erloschen.

aa) Allerdings ist diese Vorschrift entgegen der Auffassung der Revision auf das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten anwendbar.

(1) Der von den Parteien geschlossene Vertrag über die Beschaffung der neuen Software stellt ein beiderseitiges Handelsgeschäft dar (§§ 343, 344 HGB). Die Klägerin und der Beklagte sind Kaufleute. Die Revision zieht dies zwar hinsichtlich des Beklagten in Zweifel und rügt, das Berufungsgericht habe dessen Kaufmannseigenschaft nicht festgestellt. Damit kann sie aber keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat allerdings die von ihm angenommene Kaufmannseigenschaft des Beklagten nicht näher begründet. Dessen bedurfte es indessen nicht, weil sie auf der Hand liegt. Unstreitig ist der Beklagte nicht nur als Unternehmensberater, sondern auch als Vertragshändler der Firma O. tätig gewesen. Er handelte als solcher mit Hard- und Software, betrieb also ein Grundhandelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB).

(2) Entgegen der Auffassung der Revision ist § 377 HGB auch dann für das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis einschlägig, wenn es sich dabei nicht um einen Kauf-, sondern um einen Werkvertrag handelt, so daß diese Frage auch in dem vorliegenden Zusammenhang unentschieden bleiben kann.

Gemäß § 381 Abs. 2 HGB findet die für den Kauf getroffene Regelung des § 377 HGB auch Anwendung, wenn - wie hier für den unterstellten Fall des Abschlusses eines Werklieferungsvertrages - aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist. Die Revision sieht dies im Ansatz nicht anders, meint jedoch, im vorliegenden Falle eines nach den individuellen Bedürfnissen des Bestellers umgearbeiteten Programmes könne von einer "beweglichen Sache" im Sinne des § 381 Abs. 2 HGB nicht gesprochen werden. Dies trifft nicht zu. Der Senat hat, woran festzuhalten ist, bereits mehrfach entschieden, daß eine Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen ist (BGHZ 102, 135, 144; 109, 97, 100 f). Gleiches hat zu gelten, wenn eine Standardsoftware den speziellen Wünschen des Käufers/Bestellers angepaßt und diesem in kauf- oder werkvertraglichen Formen endgültig überlassen wird. Entscheidend ist allein, daß es sich auch in diesem Falle um ein auf einem Datenträger verkörpertes Programm und damit um eine körperliche Sache (§ 90 BGB) handelt.

bb) Die Klägerin hat es nach dem bisher festgestellten Sachverhältnis indessen nicht versäumt, die bewiesenen Mängel der neuen Software rechtzeitig im Sinne des § 377 Abs. 1 und 3, 1. Halbs. HGB anzuzeigen, so daß diese entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht als genehmigt gilt (§ 377 Abs. 2, Abs. 3, 2. Halbs. HGB). Dabei kann weiterhin unentschieden bleiben, ob die neue Software als Kaufsache oder als Werkleistung geschuldet war.

Die Obliegenheit zur unverzüglichen Untersuchung und Rüge entdeckter Fehler nach § 377 HGB setzt erst mit der

Ablieferung der Ware ein. Beim Kauf liegt die Ablieferung grundsätzlich nur dann vor, wenn die Ware in Erfüllung des Kaufvertrages vollständig in den Machtbereich des Käufers verbracht wurde (Senatsurteil vom 4. November 1992 aaO). Beim Werkvertrag erfordert sie dementsprechend die Übergabe des vollendeten Werkes an den Besteller. Vor diesen jeweiligen Zeitpunkten läuft selbst dann keine Rügefrist, wenn der Empfänger der Ware den Mangel schon früher erkannt hat. Er darf, muß ihn aber in einem solchen Fall noch nicht vor der Ablieferung anzeigen (Senatsurteil vom 4. November 1992 - VIII ZR 165/91 = WM 1993, 111, 112 unter II 2 b).

Nach dem derzeitigen Sachstand kann nicht davon ausgegangen werden, daß die neue Software in diesem Sinne schon vor der schriftlichen Mängelrüge der Klägerin vom 25. Februar 1988 abgeliefert wurde. Ausweislich der unwidersprochen gebliebenen Übernahmebestätigung der Klägerin vom 15. Mai 1987 und ihres Erinnerungsschreibens vom 18. Mai 1987 war eine - auch ohne besondere Erwähnung im Vertragstext zur Hauptleistungspflicht des Beklagten gehörende (vgl. Senatsurteil vom 4. November 1992 aaO S. 112 unter II 2 c bb) - schriftliche Bedienungsanleitung (Handbuch) für die neue Software nicht ausgehändigt worden. Der für die Ablieferung und deren Zeitpunkt darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (vgl. BGHZ 93, 338, 347; Senatsurteil vom 4. November 1992 aaO S. 113 m.w.Nachw.) hat auch nicht behauptet, daß und gegebenenfalls wann er die Bedienungsanleitung nachgeliefert habe. Bis zur Aushändigung derselben ist der Ablieferungsvorgang indessen noch nicht beendet; es fehlt an der vollständigen Erbringung der geschuldeten Leistung (vgl. für den Kauf: Senatsurteil vom 4. November 1992

aa0 S. 113; für die Werkleistung: BGH, Urteil vom 3. November 1992 - X ZR 83/90 = WM 1993, 561, 563).

Muß demnach davon ausgegangen werden, daß die Klägerin die festgestellten Softwaremängel rechtzeitig im Sinne des § 377 HGB gerügt hat, so ist der hierauf gestützte Wandlungsanspruch der Klägerin hinsichtlich der Software und der Hardware begründet.

c) Dieser erfaßt auch die Hardware ohne Rücksicht darauf, ob sie ihrerseits mangelhaft ist, Gewährleistungsansprüche, die sie unmittelbar betreffen, verjährt sind, oder ob sie - was das Berufungsgericht angenommen hat - jedenfalls gemäß § 377 Abs. 2, Abs. 3, 2. Halbs. HGB als genehmigt gilt und daher ein auf sie isoliert bezogenes Wandlungsrecht ausgeschlossen wäre.

Sind von mehreren als zusammengehörend verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann gemäß § 469 Satz 2 BGB jeder Teil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

aa) Die gesamte Anlage, bestehend aus Hardware, Betriebs- und ursprünglicher Anwendersoftware wurde als einheitliches System zur Bewältigung der von der Klägerin gestellten Aufgaben an die Leasinggeberin verkauft und von dieser erworben, um sie dem Verwendungszweck entsprechend der Klägerin zum Gebrauch zu überlassen. Sie sollten zusammenbleiben und wurden deshalb als zusammengehörig verkauft.

Daß dies insbesondere auch der Vorstellung des Beklagten entsprach, ergibt sich aus seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Teil Software, in denen unter Nr. 1.4 dem Kunden die Verpflichtung auferlegt wird, die Software nur auf der vom Beklagten bezogenen Hardware zu benutzen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Senatsurteil vom 7. März 1990 - VIII ZR 56/89 = WM 1990, 987, 990 und 4. November 1992 aaO S. 114).

Die Zusammengehörigkeit von Hard- und Software wurde nicht dadurch aufgelöst, daß die ursprüngliche Software zurückgegeben und durch die neue ersetzt wurde und diese nicht wie die ursprüngliche von der Leasinggeberin, sondern durch einen Vertrag zwischen den Prozeßparteien von der Klägerin erworben wurde. Das änderte nichts daran, daß der Vertragszweck der gleiche blieb und nach den Vorstellungen der Parteien Hard- und Software zusammenbleiben sollten. Ohne Bedeutung wäre es auch, falls die neue Software der Klägerin nicht im Wege des Kaufes, sondern des Werkvertrages überlassen worden wäre. § 469 Satz 2 BGB fände dann gleichermaßen uneingeschränkt Anwendung (vgl. § 634 Abs. 4 BGB).

bb) Die vom Beklagten gelieferten Hard- und Softwareteile könnten ferner nicht ohne Nachteil für die Klägerin getrennt werden. Der - zur Verhinderung unwirtschaftlicher Zerteilung von Sachgesamtheiten weit auszulegende - Begriff des Nachteils im Sinne des § 469 Satz 2 BGB ist vorliegend schon deshalb erfüllt, weil nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten einerseits die gelieferte Software ausschließlich in Datenverarbeitungsanlagen der Firma O. installiert werden kann und andererseits Software dritter Hersteller

für die gelieferte Hardware wegen fehlender Kompatibilität nicht brauchbar ist. Die vom Beklagten bezogene Hardware allein wäre für die Klägerin daher wirtschaftlich wertlos.

III. Mit der gegebenen Begründung kann somit das angefochtene Urteil selbst teilweise nicht aufrechterhalten werden. Die darin ausgesprochene Klageabweisung läßt sich auch nicht aus anderen Gründen rechtfertigen.

1. Entgegen der in den Tatsacheninstanzen und auch mit der Revisionserwiderung vertretenen Auffassung des Beklagten ist ein Wandelungsanspruch nicht wirksam abbedungen worden. Allerdings ist in den - Vertragsinhalt gewordenen - Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten sowohl hinsichtlich der Hardware als auch der Software bestimmt, daß die Gewährleistung - nach Fehlschlagen der Nachbesserung - auf Minderung beschränkt sei und weitergehende Gewährleistungsansprüche, also auch die Wandelung, ausgeschlossen seien. Solche Klauseln sind jedoch selbst im kaufmännischen Rechtsverkehr unwirksam (Senatsurteil vom 25. Februar 1981 - VIII ZR 35/80 = WM 1981, 558, 559 unter II 2 a).

2. Die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung greift hinsichtlich der neuen Software nach dem derzeitigen Sachstand gleichfalls nicht durch.

Handelte es sich bei dem über diese Software geschlossenen Rechtsgeschäft um einen Kauf, so bestimmt sich die Verjährung der Gewährleistungsansprüche nach § 477 BGB. Die darin geregelte sechsmonatige Verjährungsfrist beginnt indessen erst mit der Ablieferung zu laufen. Daran fehlt es

jedoch (oben II 2 b bb). Ist dagegen Werkvertragsrecht und damit die Verjährungsregelung des § 638 BGB maßgebend, läßt sich gleichfalls nicht feststellen, daß Verjährung eingetreten ist. Sie konnte frühestens mit der Abnahme der Werkleistung in Lauf gesetzt werden (§ 634 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ob und gegebenenfalls wann eine Abnahme erfolgte, ist aber völlig offen. In der Übernahmeerklärung der Klägerin vom 15. Mai 1987 kann sie schon deshalb nicht erblickt werden, weil darin ausdrücklich auf noch ausstehende Teile der geschuldeten Werkleistung hingewiesen wurde. Eine spätere - stillschweigende - Abnahme könnte nur angenommen werden, wenn zwischenzeitlich das "Werk" durch Nachlieferung des Bedienerhandbuches vollendet worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 1992 aaO S. 563). Das ist indessen nicht festgestellt (oben II 2 b bb).

IV. Da somit die Klägerin nach dem bisher maßgebenden Sachverhalt Gesamtwandelung beanspruchen kann, braucht nicht entschieden zu werden, ob das Berufungsgericht - was die Revision gleichfalls bekämpft - einen auf die Mangelhaftigkeit der Hardware selbst bezogenen Wandlungsanspruch zu Recht verneint hat. Erforderlichenfalls wird das Berufungsgericht diese Frage unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens erneut zu prüfen haben.

Vorab wird es aber - nach eventuellem ergänzenden Parteivortrag - zu klären haben, ob und gegebenenfalls wann der Beklagte das Bedienerhandbuch zu der neuen Software nachgeliefert hat. Sollte danach letztlich ein Gesamtwandlungsrecht der Klägerin zu bejahen sein, erscheinen noch tatsächliche Feststellungen dazu erforderlich, ob die Vor-

aussetzungen des Gesamtwandelungsrechts nach § 469 Satz 2 BGB auch hinsichtlich der vom Beklagten gelieferten Schutzmatte, Disketten und "data-cartridges" erfüllt sind (vgl. dazu Senatsurteil vom 7. März 1990 aaO unter IV am Ende).

Wolf

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß

Wiechers