

RECHTSANWALT  
DR. ARTHUR WOLFF

J O H A N N E S G A S S E 2 2 / 2  
A - 1 0 1 0 W I E N  
T E L E F O N (0222) 715 72 25 Δ  
T E L E F A X (0222) 713 60 46  
B A N K A U S T R I A A G  
K O N T O N R. 405311804  
U I D . N R . : A T U 10490501

## **COMPUTER-HARDWARE VERTRÄGE**

von

DR. ARTHUR WOLFF

i/a/k/hardwv2  
dd.01.yy

## Inhaltsverzeichnis

1. ALLGEMEINES.....	4
1.1 Hardware ohne Betriebssystem.....	4
1.2 Hardware mit Betriebssystem.....	6
1.2.1 Die Praxis.....	6
1.2.2 Die Rechtsprechung.....	6
2. KAUF.....	7
2.1 Leistungen des Verkäufers.....	7
2.1.1 Allgemeines.....	7
2.1.2 Betriebssysteme.....	9
2.1.3 Systemanpassungen bzw -erweiterungen.....	9
2.1.4 Installation der Systemsoftware.....	10
2.2 Pflichten des Verkäufers.....	10
2.2.1 Hauptpflicht.....	10
2.2.2 Nebenpflichten.....	11
2.3 Pflichten des Käufers.....	13
2.3.1 Kaufpreiszahlung.....	13
2.3.2 Nebenpflichten.....	15
2.4 Preisgefahr.....	17
2.4.1 Allgemeines.....	17
2.4.2 Übergabe nach Installation.....	17
2.4.3 Transportrisiko.....	18
2.5 Leistungsstörungen.....	18
2.5.1 Unmöglichkeit.....	18
2.5.2 Verzug.....	21
2.5.3 Gewährleistung.....	24
3. MIETE.....	29
3.1 Leistung des Vermieters.....	29
3.1.1 Betriebssysteme.....	29
3.1.2 Leistungsanpassungen.....	29
3.1.3 Beratung.....	30
3.1.4 Einschulung.....	30
3.2 Pflichten des Vermieters.....	31
3.3 Pflichten des Mieters.....	32
3.3.1 Zahlung des Mietzinses.....	32
3.3.2 Nebenpflichten.....	33
3.4 Gefahrtragung.....	33
3.5 Leistungsstörungen.....	33
3.6 Beendigung des Mietverhältnisses.....	33
3.6.1 Befristete Mietverhältnisse.....	34
3.6.2 Unbefristete Mietverhältnisse.....	34
3.6.3 Vorzeitige Auflösung.....	34
4. LEASING.....	34
4.1 Arten des Leasing.....	34
4.1.1 Finanzierungsleasing.....	34
4.1.2 Operating-Leasing.....	35
4.1.3 Dittleasing.....	35

4.1.4 Herstellerleasing.....	35
4.2 Gefahrtragung.....	36
4.3 Leistungsstörungen.....	36
4.3.1 Verzug.....	36
4.3.2 Gewährleistung.....	36
4.4 Vertragsbeendigung.....	40
5. Wartung von Hardware.....	40
5.1 Definition.....	40
5.2 Rechtsnatur des Wartungsvertrages.....	41
5.3 Pflichten des Wartungsunternehmens.....	42
5.4 Pflichten des Anwenders.....	44
5.4.1 Zahlung des Wartungsentgelts.....	44
5.4.2 Nebenpflichten.....	45
5.5 Haftung des Wartungsunternehmens.....	45
5.6 Abgrenzung zur Gewährleistung.....	46
5.7 Leistungsstörungen.....	47
5.7.1 Verzug.....	47
5.7.2 Gewährleistung.....	47
5.8 Vertragsbeendigung.....	48

## 1. ALLGEMEINES

Ein **Hardwarevertrag** hat die Lieferung von Computern zum Gegenstand und schließt nicht ohne weiteres die der betriebsnotwendigen Computerprogramme ein.

Die Lieferung kann im Rahmen folgender Verträge erfolgen, die in diesem Skriptum behandelt werden:

- **Kauf**
- **Miete**
- **Leasing**
- **Computer-System**

Außerdem kann die **Wartung** von Hardware Gegenstand eines Hardware-bezogenen Vertrages sein

Was ist nun ein "Computer"?

### 1.1 Hardware ohne Betriebssystem

In dem Vergleich, den das Justizministerium der Vereinigten Staaten am 25.1.56 mit IBM schloß, wurde der Begriff des "elektronischen Datenverarbeitungssystems" bestimmt. Demnach ist ein **elektronisches Datenverarbeitungssystem**

"jede Maschine oder Gruppe von Maschineneinheiten, die automatisch Daten untereinander austauschen und in der Lage sind, alphabetische und/oder numerische Daten ..... einzugeben, umzuwandeln, aufzunehmen, zu ordnen, zu berechnen und/oder aufzuzeichnen, ..... Zu einem solchen System gehören eine oder mehrere zentrale Recheneinheiten und eine oder mehrere Speichereinheiten. Das System besitzt die Fähigkeit, in seinen Speichern wenigstens einige der für die Datenverarbeitung benötigten Befehle aufzunehmen und zu speichern oder im Zusammenhang mit der Speicherung Einrichtungen, die in der Lage sind, die alphabetische und/oder numerische Darstellung der Speicherstelle des Code-Wortes oder der Code-Nummer im Speicher aufzunehmen und zu benutzen, um den Zugriff zu solchen Daten zu steuern... Elektronische Datenverarbeitungsmaschine bedeutet eine Maschine oder Gerät nebst Zusatzeinrichtungen für verschiedene Verwendungen innerhalb eines elektronischen Datenverarbeitungssystems oder zusammen mit einem solchen System".

In dieser Formulierung wird unterschieden zwischen dem "elektronischen Datenverarbeitungssystem" und der "elektronischen Datenverarbeitungsmaschine". Die Begriffsbestimmungen machen deutlich, daß das System die von der Computersoftware bedingten Abläufe umfaßt hat. Die elektronische Datenverarbeitungsmaschine ist demnach das physische Gerät, ohne die für die Funktion notwendige Software.

Dieses gleiche Verständnis findet sich in Artikel 6.1.4 der EG-Richtlinie 77/62/EWG. Danach gelten als **Anlagen für die Datenverarbeitung** alle Anlagen, deren Definition in Tarifnummer 84.53 des CZT enthalten ist. Die Definition wird durch folgende Zusätze präzisiert:

1. Maschinen der analogen Technik sind von dieser Definition ausgenommen.
2. Die Definition gilt für Anlagen, die vornehmlich dazu bestimmt sind, Daten zu erfassen oder zu verarbeiten.

- Die Datenerfassung umfaßt die Arbeitsgänge, die darauf abzielen, auf einem für ein Datenverarbeitungssystem lesbaren Datenträger oder im Speicher dieser Maschine konventionelle Darstellungen der erfaßten Daten zu erzeugen. Maschinen, die nur eine mechanische Schrift aufgrund einer Tastatur erzeugen, sind keine Datenerfassungsgeräte, gleichgültig, welcher Gebrauch anschließend von den mit ihrer Hilfe erstellten Dokumenten gemacht wird.
- Als Datenerfassungsgeräte oder als Datenverarbeitungssysteme gelten Geräte, die ausschließlich zur Übertragung von Daten nach oder von einem Fernmeldenetz bestimmt sind, gleichgültig, ob während der Übertragung Daten gespeichert oder kodiert werden, sofern diese Maschinen nach den obigen Definitionen durch ein Programm gesteuert werden, das in ihrem Speicher oder im Speicher eines Rechensystems, an das sie angeschlossen sind, gespeichert ist.
- Als nicht vorwiegend für die Erfassung oder Verarbeitung von Daten bestimmt gelten Einrichtungen, die in Anlagen eingebaut sind, die eine andere Bestimmung haben und die nur die Operationen durchführen können, die mit den Funktionen der Gesamtheit zusammenhängen, deren Bestandteil sie sind, wenn ihr Wert weniger als die Hälfte der Kosten der gesamten Anlage beträgt.

## 1.2      Hardware mit Betriebssystem

### 1.2.1      Die Praxis

Weil Hardware und Betriebssystem eine enge funktionale Einheit bilden, hat die Praxis folgendes Verständnis des Hardwarevertrages entwickelt: Der **Hardwarevertrag erstreckt** sich nicht nur auf die reine Hardware, also auf die physischen Geräte, sondern **auch auf den funktionsnotwendigen Teil der Software**, der zur Steuerung der Hardware erforderlich ist.

### 1.2.2      Die Rechtsprechung

Der deutsche **Bundesgerichtshof** hat sich gegen eine grundsätzliche Einordnung von **Hardware und Software als "rechtlich einheitliche Leistung"** ausgesprochen. Es komme auf die konkrete Vereinbarung der Parteien an. Diese Auffassung entspricht der Rechtsprechung zur "rechtlichen Einheit" von Leistungen, für die getrennte Verträge geschlossen wurden.

Es ist also eine **Frage der vertraglichen Vereinbarung**, ob es sich beim Liefergegenstand um die reine Hardware oder auch um die Software und sonstige Leistungen handelt.

Ein Projekt- oder Systemvertrag zB umfaßt sicher nicht nur die Lieferung der Hardware. Er ist auf ein Ergebnis gerichtet, auf ein schlüsselfertiges Werk, das eine Mehrzahl von Leistungen umfaßt.

Für die vertragliche Trennung von Hardware- und Softwareleistungen spricht auch folgende Überlegung: Es geht jeweils um in sich geschlossene technische Funktionseinheiten, die auf unterschiedliche Weise entstehen und an die unterschiedliche Anforderungen gestellt werden; sie können durch gewisse anwenderbestimmte Voraussetzungen in einen funktionalen Zusammenhang gebracht werden, müssen es aber nicht.

## **2. KAUF**

Beim Kauf erwirbt der **Käufer** - sieht man von der Möglichkeit des Eigentumsvorbehalts bis zur Zahlung des gesamten Kaufpreises ab - **Eigentum** an dem gelieferten Gerät. Der Käufer hat den Kaufpreis zu bezahlen und dann als Eigentümer das Recht, nach Belieben mit der Sache - dem Computer - umzugehen, auch das Recht zum unbeschränkten Wiederverkauf. Eventuelle Beschränkungen müssen im Vertrag ausdrücklich vereinbart sein. Die häufigste in Hardware-Verträgen enthaltene Einschränkung bezieht sich auf Ausfuhrbeschränkungen von Geräten bzw Bauteilen amerikanischer Herkunft in bestimmte Länder (Embargo).

### **2.1 Leistungen des Verkäufers**

#### **2.1.1 Allgemeines**

Der Verkäufer muß (nur) die Leistung nach Maßgabe der Vereinbarung erbringen. Die Leistung wird – sieht man vom Kauf eines PC, eines Laptop oder eines Notebook ab - in der Regel in einem Zusatzformular zu dem allgemeinen Standard-Vertrag des Verkäufers, das oft "Kaufschein" genannt wird, detailliert angeführt. Alle wesentlichen Leistungsdaten des Kaufobjekts sind in diesem Kaufschein festzuhalten.

Der Kaufgegenstand muß, wie überhaupt jede Vertragsleistung, ausreichend bestimmt sein. Andernfalls können weder Käufer noch Verkäufer feststellen, ob der Vertrag durch eine bestimmte Lieferung ordnungsgemäß erfüllt worden ist.

Dem steht nicht entgegen, daß in der Regel Geräte nur "der Gattung nach" bezeichnet werden. Der Verkäufer schuldet dann Geräte mittlerer Art und Güte (§ 360 HGB per analogiam) . Diese werden etwa mit einer genauen Modellbezeichnung identifizierbar, ohne daß man sich hier auf eine bestimmte Produktionsnummer bezieht. Soll über diese Gattungsschuld hinaus ein genau bestimmter Gegenstand geschuldet sein, bedarf es hier einer besonderen Vereinbarung.

Da die Beschreibung den hauptsächlichen Maßstab für die Lieferung und Leistung darstellt, ist im Kaufvertrag bzw Kaufschein genau zu regeln, welche Leistungen Vertragsgegenstand werden und wie sie zu erbringen sind. Es werden also konkrete Details wie Lieferzeitpunkt und technische Daten, je nach Bedarf unterschiedlich ausführlich, festgelegt.

Unbedingt sind eine genaue Typenangabe (möglichst mit Modell-Nr.) aufzunehmen und Angaben über die Zahl der Komponenten, über die CPU-Einheit, Systemprogramme (Betriebssystem und Hilfsprogramme), Ein- und Ausgabemedien (Drucker, Plotter u.a.), verschiedene Speicher und Interfaces, Anschlußkabel, Diagnose-Geräte (zur Fehlerfeststellung in der Datenfernübertragung) etc. Auch vereinbarte Einführungs-, Anwendungs- und Bedienungshandbücher sollten genau bezeichnet werden. Schließlich ist eine allenfalls vereinbarte Wartungsverpflichtung im Systemschein näher zu spezifizieren.

Im Ergebnis sollte jede Leistungsposition bei Erfüllung (Lieferung und Installation) eindeutig identifiziert und abgehakt werden können.



### 2.1.2 Betriebssysteme

Diese verdienen eine besondere Erwähnung: Betriebssysteme sind die Summe der Programme, die zum Betrieb der Computeranlage mit all ihren Komponenten notwendig sind.

**Meist** genießen sie **urheberrechtlichen Schutz**. In diesem Fall wird nicht das Eigentum an ihnen übertragen, sondern nur ihre Nutzung (auf Zeit) im Rahmen eines Lizenzvertrages gestattet. Diese wichtige vertragsrechtliche Differenzierung wird auch in den Erwerbsverträgen berücksichtigt.

Fehlen jedoch ausdrückliche Regelungen, kann der Verkäufer nicht im nachhinein noch ein Entgelt für die Überlassung des Betriebssystems verlangen oder die Nutzungsmöglichkeiten einschränken: Mit dem Kaufpreis wird mangels ausdrücklich gesonderter Vereinbarung ein Nutzungsrecht für unbeschränkte Zeit ohne gesondertes Entgelt übertragen, das nur den Beschränkungen des Urheberrechtsgesetzes für Software unterliegt. Der Verkäufer muß eine gegenteilige, ausdrückliche Vereinbarung beweisen, wenn er ein zusätzliches Entgelt geltend machen will.

In der Praxis wird Betriebssoftware meist vom Kaufvertrag mitumfaßt, wenn es um PC Laptops und Notebook-Computer geht. Der Verkäufer überläßt sie dem Anwender auf unbeschränkte Zeit zur Nutzung. Das Entgelt dafür ist meist bereits im Kaufpreis enthalten. Will der Verkäufer eine andere Regelung, so muß er sie schon bei Vertragsabschluß ausdrücklich vereinbaren.

### 2.1.3 Systemanpassungen bzw -erweiterungen

Wenn der Anwender dies wünscht, muß im Vertrag die Möglichkeit geregelt werden, die erworbene Anlage seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen zu erweitern. Regelungsbedürftig sind insbesondere die

- Leistungsmodalitäten (Lieferfristen, Leistungsort)
- Verzugsregelungen

- Gewährleistung und Wartung für die Erweiterungskomponenten bzw das neue Gesamtsystem.

#### 2.1.4 Installation der Systemsoftware

Die Installation der Systemsoftware erfolgt im wesentlichen in folgenden Schritten:

- Eingabe aller erforderlichen Daten über die Hardware, sodaß alle peripheren Geräte unterstützt werden
- Aufbau der Systemdateien
- Abstimmung der Systemsoftware auf die (vereinbarten) Anwendererfordernisse des Kunden.

Bei der gesamten übrigen (systemnahen und anwendungsbezogenen) Software wird es wohl genügen, die Programme lauffähig zu machen und die Abstimmung auf die Anwendererfordernisse ohne gesonderte Vereinbarung nicht geschuldet sein. Mit zunehmender Integration selbst der Hilfsprogramme in ein einheitliches Software-Systemkonzept (für zB Datenbank-Betrieb) sollten aber zumindest alle hardwareunterstützenden Programmfunktionen gleich behandelt werden. Ein nicht sehr erfahrener Kunde wird die Feinheiten im Status der verschiedenen Programme nicht unterscheiden (und soll sie von der Benutzeroberfläche auch gar nicht unterscheiden) und deshalb nicht rechtzeitig vertragliche Vorkehrungen treffen können.

## 2.2 Pflichten des Verkäufers

### 2.2.1 Hauptpflicht

Gemäß § 1061 ABGB ist der **Verkäufer verpflichtet**, die Ware (Hardware) bis zum Zeitpunkt der Übergabe sorgfältig zu verwahren und sie zur vereinbarten Zeit, am vereinbarten Ort und in vertragsgemäßem Zustand samt Bestandteilen und Zubehör **zu übereignen**.

**Lieferung zum Kunden und Installation** sind **nicht notwendige Bestandteile** der Übergabe. Umso weniger muß sie mit einer Funktionsprüfung verbunden sein. Für alle diese Punkte ist eine ausdrückliche besondere Vereinbarung erforderlich, die über das Gesetzesbild des Kaufes hinausgehende Verpflichtungen des Verkäufers regelt.

Werden die zugehörigen **Unterlagen** nicht oder nur unvollständig übergeben, hat der Käufer einen vertraglichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung und Auskunft über die vorhandenen Unterlagen. Dieser Anspruch besteht auch gegen den Lieferanten, der sich diese Dokumente vom Hersteller beschaffen muß. Hat der Käufer seinen Vertrag nicht unmittelbar mit dem Hersteller abgeschlossen, hat er selbst gegen diesen keinen Anspruch.

Hat der Verkäufer überhaupt keine Unterlagen (erstellt), ist er insoweit mit der Erfüllung seiner Leistungsverpflichtung im Teilverzug. Kann der Anwender die Anlage ohne zugehörige Dokumentation nicht nutzen, ist der Anbieter insoweit sogar insgesamt im Leistungsverzug.

Durch die Übereignung erwirbt der Käufer volles Eigentum, bei Ratenzahlung und damit verbundenem Eigentumsvorbehalt aber erst mit der völligen Zahlung.

Ohne andere Vereinbarung übereignet der Verkäufer den Kaufgegenstand an den Käufer mit der Übergabe. Ein **Eigentumsvorbehalt muß** deshalb **ausdrücklich vereinbart** sein. Ein Hinweis in den Lieferbedingungen auf den Eigentumsvorbehalt reicht aus, ist aber mindestens erforderlich. Ein nachträglicher Hinweis auf dem Lieferschein kommt zu spät. Denkbar ist auch, daß die endgültige Übereignung nicht nur davon abhängig gemacht wird, daß der Verkäufer den vereinbarten Preis voll bezahlt hat, sondern auch von weiteren Bedingungen, etwa der Begleichung anderer ausstehender Verbindlichkeiten.

## 2.2.2 Nebenpflichten

### 2.2.2.1 Beratungspflichten

Außer den typisch kaufvertraglichen Pflichten treffen den Verkäufer grundsätzlich auch alle sonstigen vertraglichen **Nebenpflichten (zB Sorgfalts- und Obhutspflichten)**. Dies gilt insbesondere, wenn der Verkäufer einzelne **Beratungspflichten** übernimmt. In vielen Fällen verläßt sich der Käufer völlig auf diesen Rat.

Eine Übernahme von Beratungspflichten liegt vor, wenn der Verkäufer den Käufer bereits vor Vertragsabschluß berät. Auf jeden Fall empfiehlt sich, die **Beratungsverpflichtung** des Verkäufers **im Vertrag ausdrücklich festzulegen**. Denn **grundsätzlich** besteht für den Verkäufer **keine Beratungspflicht**.

#### 2.2.2.2 Installation

Eine Verpflichtung zur Installation besteht nicht ohne weiteres: Diese stellt keinen unmittelbar rechtlichen relevanten Sachverhalt dar, sondern eine Stufe bzw bezieht sich auf das Ausmaß der Leistungserbringung im technischen Sinne.

**Ziel der Installation** ist, die **Anlage**/das System **betriebsbereit** zu machen: Die Anlageteile müssen aufgestellt und ihre Betriebsbereitschaft hergestellt werden. Personal des Verkäufers hat also das Gerät auszupacken, unter Beachtung elektrischer Sicherheitsvorschriften anzuschließen und das Gerät in Gang zu setzen.

Diese Tätigkeiten gehören zwar nicht mehr zur Übergabe im engeren Sinn. Hiernach würde dem Käufer der Computer nur verpackt "vor die Tür gestellt". Doch sind die genannten Nebenleistungen vom marktüblichen Vertragsbild her (jedenfalls im Bereich der mittleren Datentechnik) immer dann als notwendig und geschuldet anzusehen, wenn der Käufer hierauf nicht ausdrücklich verzichtet oder der Verkäufer nicht davon ausgehen konnte, daß der Käufer erkennbar ausreichende Sachkenntnis und Personal hat. Zur Sicherheit sollte man jedoch auf jeden Fall die entsprechenden Nebenleistungen ausdrücklich vereinbaren.

Daß die einmal erreichte **Betriebsbereitschaft aufrechterhalten** werden kann, liegt weitgehend im Risikobereich des Anwenders als Käufer, während er als Mieter eher damit rechnen kann, daß der Hersteller mangelhafte Teile austauscht oder Verbesserungen in das System einführt.

Ob es dem Anbieter gelungen ist, dieses Ziel zu erreichen, läßt sich nur aus den wesentlichen Standardfunktionen der Anlage/des Systems überprüfen (Testprogramme!). Diese systemspezifische Überprüfung darf nicht mit der wesentlich weiter gehenden Funktionsprüfung verwechselt werden: Diese bezieht sich auf die gesamte, für den Vertrag erhebliche AnwenderSoftware mit ein.

Getrennt lassen sich aber u.a.

- Kompatibilität von Anlagenkomponenten
- Zugriffszeiten
- Speicherkapazitäten
- das Betriebssystem und Hilfsprogramme sowie
- die elektrische Sicherheit

prüfen.

## **2.3 Pflichten des Käufers**

### **2.3.1 Kaufpreiszahlung**

Die Hauptpflicht des Käufers ist die zur Zahlung des Kaufpreises.

#### **2.3.1.1 Pauschalpreis**

Der Kaufpreis kann bei mehreren Komponenten der Hardware (oder auch von Hardware und Software) sowie für Nebenleistungen (siehe unten Pkt 2.3.1.2) die Summe der Einzelpreise oder auch ein Pauschalpreis für "alles" sein.

Das Risiko der Kostenüberschreitung trägt bei der in der Praxis häufigen Vereinbarung eines Pauschalpreises der Verkäufer.

In der Praxis ergibt sich bei der Vereinbarung von Pauschalpreisen oft das Problem, daß zwischen den Partnern Uneinigkeit darüber besteht, ob bestimmte Leistungen im Rahmen eines Projektes unter den vertraglichen Leistungsumfang, und damit unter den Pauschalpreis fallen oder ob es sich um gesondert zu zahlende geänderte oder zusätzliche Leistungen handelt.

Bei Pauschalvereinbarungen kann es vorteilhaft sein, bestimmte Leistungen, die man vornherein nur schwer quantifizieren kann, von Anfang an als "Regiearbeiten" zu deklarieren, und diese dafür einem strengen Regime von Kostenkontrollen, Genehmigung von Arbeiten, Nachweispflicht für den geleisteten Aufwand, periodischer Abrechnung, Einsichtsrecht in die Belege etc. zu unterstellen.

Mit einer solchen Kombination von Pauschalpreisen und Regiepreisen für schwierig abzuschätzende Leistungen kann vermieden werden, daß der Anbieter, wenn er auch für solche Leistungen eine Pauschalpreisangebot ausarbeitet, einen hohen Risiko-Zuschlag einkalkuliert.

Die Erfahrung zeigt auch, daß die Vergabe von Regiearbeiten in einem straff organisierten und kontrollierten EDV-Projekt eher billiger, als eine Vergebung zu Pauschalpreisen.

Als Maßnahmen zur Kostenkontrolle kommen vor allem in Frage:

- Staffelung der Zahlungen (keine Vorfinanzierung noch nicht erbrachter Leistungen),
- sinnvolle Kombination von Pauschalpreisen und Regiearbeiten mit strenger Kostenkontrolle.

Ein einheitlicher Preis für ein Komponentenpaket führt zuweilen zu Ersparnissen, da der Anbieter eben gleich einen möglichst großen Auftrag abwickeln kann. Nachteilig ist ein solcher Pauschalpreis in allen Fällen, in denen das angebotene, fertige Paket nicht bereits auf die Anwenderbedürfnisse zugeschnitten ist, was eher die Ausnahme ist.

### 2.3.1.2 Nebenkosten

Nebenkosten können oft erheblich ins Gewicht fallen. Man denke hier an Kosten für Transport, Installation, Funktionsprüfung, Zusatzgeräte, Verpackung, Einschulung etc. Die voraussichtliche Höhe der Nebenkosten sollte bereits im Vertrag summenmäßig, jedenfalls aber von der Berechnungsgrundlage (Stundensatz und Materialkostensatz) her, festgelegt werden.

Wird ein Pauschalpreis vereinbart, so sind mit dieser alle üblichen Einzelpositionen im Rahmen des üblichen Aufwandes abgegolten.

### 2.3.1.3 Erweiterungskosten

Die **Anlage muß** mit dem Unternehmen "**mitwachsen**" können. Der Anwender muß deshalb rechtzeitig klären, wieviel er zB in größere Speicher, zusätzliche Magnetband-Sicherungsspeicher, weitere Drucker, Plotter und Bildschirme etc. investieren muß, falls er sie einmal benötigt. Unter die "Erweiterungskosten" fallen aber auch die reinen Anpassungskosten (für Personal, Arbeitszeit, Material wie Interfaces, Anschlußkabel, Ändern von Betriebssystemen etc.). Sind diese Kosten zu groß, kann es rentabler sein, gleich eine größere, einheitlich konzipierte Anlage zu erwerben.

## 2.3.2 Nebenpflichten

### 2.3.2.1 Abnahme

Der **Käufer muß** die von ihm gekaufte Sache auch **abnehmen**. Die Abnahme stellt eine vertragliche Nebenpflicht dar, eine Hauptpflicht nur dann, wenn dies besonders vereinbart worden ist.

### 2.3.2.2 Mitwirkung

Der **Käufer** muß von sich aus alles tun und unterlassen, vorbereiten und jede notwendige **Unterstützung** geben, um sicherzustellen, daß der **Verkäufer** die Anlage zeitgerecht liefern, installieren und die Funktionen prüfen kann.

Diese Verpflichtung muß nicht in allen Details im Vertrag beschrieben sein. Sie ergibt sich aus einer Auslegung des objektiv gegebenen Leistungszusammenhanges. Insbesondere muß der Käufer die für den Verkäufer wesentlichen Installationsvoraussetzungen mitteilen, für Lieferung, Installation, Einweisung und Funktionsprüfung eigenes Personal stellen und auch Verkehrssicherungspflichten übernehmen.

Einen sichtlich noch unerfahrenen **Käufer muß** der **Verkäufer** seinerseits auf diese **Mitwirkungsleistungen** hinweisen. Beiderseitige Nebenpflichten des Vertragspartners greifen hier untrennbar ineinander.

Sie sollten deshalb auch von beiden Seiten mit ausreichender Sorgfalt beachtet und abgeklärt werden. In technischer Hinsicht muß der Käufer dem Verkäufer die notwendigen Vorgaben mitteilen, soweit dieser nicht selbst ausreichend fachkundig ist. Und auch, wenn er sich für fachkundig ansieht, sollte er lieber einmal zuviel nachfragen, um das Risiko von Mißverständnissen und Wissenslücken zu verringern. Kleine technische Änderungen und auch Änderungen in Wortbedeutungen können die Installationsvoraussetzungen erheblich verändern.

**Verzögerungen** können zu erheblichen **zusätzlichen Kostenbelastungen des Käufers** führen. Man denke nur an mehrfache Installationsversuche, Wartezeiten, bis ausreichend Stromversorgung oder Postleitungen für Datenfernübertragung gelegt werden, zu spät entdeckten Bedarf der Personalschulung etc.

Soweit der **Anwender** seine Mitwirkung nicht erbringt, gerät er in **Schuldnerverzug**, insbesondere bei unterbleibender Abnahme der Lieferung. Voraussetzung ist freilich, daß der Anbieter leisten kann und er die Leistung auch angeboten hat. Dann behält der Anbieter neben einem Anspruch auf Ersatz entstandenen Schadens seinen Entgeltanspruch, muß sich allerdings bei Nichtlieferung die hierdurch eingetretenen Ersparnisse anrechnen lassen.



Für die **Installation** müssen vom **Anwender** herzustellende **Voraussetzungen vorliegen**. Den Käufer trifft insoweit eine Verpflichtung zur Mitwirkung und Tragung der hierbei entstehenden Installationskosten. Je nach Umfang der Installation ist mit einer unterschiedlichen Dauer zu rechnen.

Der **Anbieter** sollte, dem Anwender die für die jeweilige Anlage **notwendigen Installationsvoraussetzungen rechtzeitig mitzuteilen**.

Hierzu gehören insbesondere Angaben. über Schnittstellen bei "mixed" Hardware, Stromversorgung, Wahl des geeigneten Raumes zur Aufstellung, Klimatisierung etc.

Der Anwender muß prüfen, wohin er welche Geräte stellen will, wo die nächsten (ausreichenden) Stromanschlüsse zu finden bzw. neu zu schaffen sind (Nebenräume?) und welches zusätzliche Mobiliar (Tische für Bildschirme und Displays) erforderlich ist. Außerdem muß er rechtzeitig Sicherungen gegen Diebstahl, Feuer etc. und für eine sich nicht elektrostatisch aufladende Schalldämmung treffen.

## 2.4      **Preisgefahr**

### 2.4.1      **Allgemeines**

Sofern nichts anderes vereinbart wurde, trägt bis zum vereinbarten Übergabezeitpunkt der Verkäufer die **Preisgefahr**, d.h. er hat bis zu diesem Zeitpunkt das **wirtschaftliche Risiko des Untergangs** bzw. des Unbrauchbarwerdens des Computers zu tragen. Nach dem vereinbarten Übergabezeitpunkt trägt der Käufer die Gefahr: Ist er in Annahmeverzug oder hat er die Sache schon erhalten, ist er trotz zufälligen Untergangs der Sache zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.

Wurde kein Übergabezeitpunkt vereinbart oder wurde der Computer erlaubterweise vorher übergeben, so ist für den Gefahrenübergang die tatsächliche. Übergabe maßgebend.

### 2.4.2      **Übergabe nach Installation**

Wurde die Installation durch den Verkäufer vereinbart, mag es manchem Anwender überflüssig formalistisch erscheinen, eine eigene Übergabe nach der Installation vorzusehen. Meist wird die Anlage mit der Unterschrift akzeptiert, mit welcher der Anwender den Abschluß der Installation auf dem entsprechenden Lieferschein bestätigt.

Dennoch ist die Unterscheidung notwendig. Erst mit der Übergabe geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und zufälliger Beschädigung auf den Anwender über. Vor Abschluß der Installation hat er aber keinerlei Eingriffsmöglichkeiten auf die Anlage und darf sie vertraglich auch nicht haben. Folglich wäre es unbillig, ihn vor Abschluß der Installation mit jenem Gefahrenrisiko zu belasten. Daher ist es ratsam, im Vertrag zu vereinbaren, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Beschädigung bzw. Verschlechterung erst mit der Erklärung des Abschlusses der Installation auf den Anwender übergeht.

#### 2.4.3 Transportrisiko

Wurde die Lieferung zum Käufer vereinbart, ist klärungsbedürftig, wer das Risiko trägt, daß die Geräte (Anlage) beim Transport beschädigt oder zerstört werden. Hier finden sich gelegentlich Abweichungen von der gesetzlichen Regelung, nach welcher der Verkäufer das Risiko des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung bis zur Übergabe trägt. Meist sind diese anwenderunfreundlichen Änderungen verhandelbar.

### 2.5 Leistungsstörungen

Man unterscheidet folgende Arten der Leistungsstörungen:

- **Unmöglichkeit** der Leistung
- **Verzug** mit der Leistung
- **mangelhafte** Leistung

#### 2.5.1 Unmöglichkeit

**Unmöglichkeit der Erfüllung** der Leistung durch den Verkäufer ist nur dann anzunehmen, wenn ihr ein **dauerndes Hindernis** entgegensteht.

Die Unmöglichkeit kann schon bei Vertragsabschluß vorgelegen sein (anfängliche oder ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung) oder sie kann nach Vertragsschluß eintreten (nachträgliche Unmöglichkeit, Unmöglichwerden).

#### 2.5.1.1 Vom Verkäufer verschuldetes (zu vertretendes) Unmöglichwerden

§ 920 ABGB gewährt dem **Käufer** ein **Wahlrecht**. Er kann entweder seine eigene Leistung erbringen und vom Käufer den vollen Wert der untergegangenen Gegenleistungen (das Erfüllungsinteresse) fordern. Es findet also ein **Austausch** statt, wobei die untergegangenesache durch ihren Wert "substituiert" wird; deshalb spricht man vom "Austauschanspruch". Die dem Käufer zu Gebote stehende zweite Möglichkeit ist der **Rücktritt vom Vertrag**, der hier keiner Nachfristsetzung bedarf, weil sie sinnlos wäre.

#### 2.5.1.2 Vom Verkäufer nicht zu vertretendes (zufälliges) Unmöglichwerden

Hat der Verkäufer den Untergang des Leistungsgegenstandes nach Vertragsschluß weder verschuldet noch sonst zu vertreten, so ist § 1447 ABGB anzuwenden: Der vom Verkäufer nicht zu vertretende zufällige Untergang der Sache hebt seine Verbindlichkeit auf (vgl. auch §§ 880, 1048 ABGB), ohne daß eine Rechtsgestaltung durch Rücktritt erforderlich ist. Es erlischt damit auch die Verbindlichkeit des Käufers zur Erbringung der Gegenleistung (Kaufpreiszahlung), außer die Preisgefahr war bereits auf ihn übergegangen, was der Fall ist, wenn er sich im Annahmeverzug befand. Ein Anspruch auf Schadenersatz besteht nicht. Die Aufhebung der Verbindlichkeit hat zum Folge, daß der befreite Verkäufer schon empfangenes Entgelt für die zu erbringende Leistung wieder zurückgeben muß bzw. keinen Anspruch auf Erbringung des noch nicht geleisteten Entgeltes hat.

#### 2.5.1.3 Vom Käufer zu vertretendes Unmöglichwerden

Dem **Käufer** ist sein eigener Verzug zuzurechnen: Geht während eines **Annahmeverzuges** die Sache zufällig zugrunde, so wird der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei, behält aber den Anspruch auf das Entgelt. Der in Verzug befindliche Käufer hat das Unterbleiben des Leistungsaustausches zu vertreten und **trägt die Preisgefahr** (§§ 1419, 1168 ABGB).

Der Käufer hat es ferner zu vertreten, wenn er den gewünschten Erfolg selbst herbeiführt und so die Erfüllung durch den Verkäufer unmöglich macht (zB wenn der Käufer den Computer von einem Dritten erwirbt).

Schließlich ist es dem Käufer anzulasten, wenn er durch sein Verhalten gegenüber dem Leistungsgegenstand die Erfüllung schuldhaft unmöglich macht (siehe 2.3.2.2 Mitwirkungspflichten).

#### 2.5.1.4 Nachträgliche Teilunmöglichkeit

Die Unmöglichkeit erfaßt nicht immer die ganze Leistung; manchmal tritt bloß Teilunmöglichkeit ein. Von einer solchen kann allerdings nur gesprochen werden, wenn die noch mögliche (restliche) Leistung nach der Verkehrsauffassung noch immer eine von der Art der geschuldeten ist. So liegt Teilunmöglichkeit vor, wenn von teilbaren Leistungen nur eine geringere Menge als vereinbart erbracht werden kann oder wenn die zu leistenden Sachen mangelhaft wurden und daher nur in geringerer Qualität geliefert werden können.

Ist die **Teilunmöglichkeit vom Verkäufer zu vertreten**, so hat der **Käufer** nach § 920 ABGB das **Recht zum Rücktritt** vom gesamten Vertrag, wenn die noch mögliche Teilleistung für ihn kein Interesse hat und sich dies aus der Natur des Geschäftes oder dem dem Verpflichteten bekannten Zweck ergibt. Es liegt hier nach dem Sinn des Geschäftes eben eine vollständige Unmöglichkeit vor. Ist hingegen ein Teil einer teilbaren Leistung untergegangen, besteht aber an der Restleistung ein Interesse des Gläubigers, so steht diesem bloß ein Recht auf teilweisen Rücktritt bzw. nur ein Anspruch auf Ersatz des untergegangenen Teiles zu.

Ist die Teilunmöglichkeit vom Verkäufer nicht zu vertreten, so gilt Entsprechendes: Hat der Käufer am Rest der Leistung kein Interesse, so wird der Vertrag zur Ganze aufgelöst. Ansonsten erlöschen die gegenseitigen Verbindlichkeiten nur so weit, als sie sich auf den zugrunde gegangenen Teil beziehen. Eines Rücktritts bedarf es auch hier nicht (§ 1447 ABGB).

## 2.5.2           Verzug

### 2.5.2.1       Verzug des Verkäufers (Schuldnerverzug)

Der **Verkäufer** gerät in **Verzug**, wenn er **bei Fälligkeit** die **Leistung** gar **nicht**, oder nicht in der gehörigen Art anbietet.

#### 2.5.2.1.1     Unverschuldeter Verzug

Wird ein entgeltliches Geschäft vom Verkäufer nicht zur gehörigen Zeit, nicht am gehörigen Ort oder nicht auf die bedungene Weise erfüllt, so hat der **Käufer zwei Möglichkeiten**: Er kann weiterhin auf der **Erfüllung** bestehen (seinen Vertragsanspruch geltend machen) oder unter Setzung einer angemessenen Nachfrist **vom Vertrag zurücktreten** und sich so von seinem unzuverlässigen Partner lösen (§ 918 ABGB).

Eine weitere Wirkung des objektiven Verzuges ist, daß den Verkäufer, solange der Verzug dauert, die Preisgefahr trifft. Dies ist eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß die Gefahr mit dem Zeitpunkt der bedungenen Übergabe auf den Gläubiger übergeht.

Die Nachfristsetzung hat den Sinn, dem Verkäufer nochmals eine Chance zu geben. Sie entfällt bei den Fixgeschäften (über diese siehe unten Pkt 2.5.2.1.5); ferner dann, wenn der Verkäufer von vornherein die Leistung ernstlich und endgültig verweigert.

Die Nachfrist muß angemessen sein; das bedeutet, daß sie es dem Verkäufer ermöglichen muß, die Leistung nachzuholen.

#### 2.5.2.1.2     Verschuldeter Verzug

Ist der **Verzug** vom Computer-Verkäufer auch **verschuldet**, treffen ihn zusätzlich **Schadenersatzpflichten**.

#### 2.5.2.1.3      Teilverzug

Bietet der Verkäufer die Leistung unvollständig an, so hat der Käufer wie beim Gesamtverzug jedenfalls das Recht auf vertragsgemäße vollständige **Erfüllung**. Statt dessen kommt auch ein **Rücktritt** in Betracht, dessen Art davon abhängt, ob die geschuldeten Leistungen teilbar sind. Lassen sich Leistung und Gegenleistung so zerlegen, daß dem ausständigen Teil ein entsprechender der Gegenleistung zugeordnet werden kann, so steht nur der Teilrücktritt zur Verfügung. Ist hingegen die Leistung auch nur auf einer Seite unteilbar, so gibt es bloß den Gesamtrücktritt.

#### 2.5.2.1.4      Verzug mit Nebenpflichten

Die §§ 918 ff ABGB wollen in erster Linie den Verzug mit der Hauptleistung regeln. Sie sind aber auch auf die nicht rechtzeitige Erfüllung äquivalenter Nebenpflichten anwendbar (Verpflichtung, das verkaufte Gerät zu installieren). Dabei erlangen die eben erörterten Regeln über den Teilverzug besondere Bedeutung. Nach ihnen ist zu beurteilen, ob die Verletzung der Nebenpflicht einen gänzlichen oder teilweisen Rücktritt rechtfertigt.

#### 2.5.2.1.5      Verzug beim Fixgeschäft

Beim Fixgeschäft kommt zur Terminisierung der Leistung noch die Vereinbarung hinzu, daß eine verspätete Erfüllung nicht mehr als solche angenommen wird und der Käufer schon jetzt für den Fall der Verspätung den Rücktritt erklärt.

Gerät beim Fixgeschäft der Verkäufer in **Verzug**, so wird der **Vertrag, aufgelöst** ohne daß der Käufer eine Nachfrist setzen oder den Rücktritt erklären müßte.

#### 2.5.2.2          Verzug des Käufers (Annahmeverzug)

Der Käufer gerät in Verzug, wenn er die vom Verkäufer zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort und auf die bedungene Weise angebotene Leistung (Computer) nicht annimmt. Auf ein Verschulden des Käufers kommt es nicht an.

Der Käuferverzug setzt Fälligkeit der Schuld und Anbot durch den Verkäufer voraus.

Es besteht allerdings im allgemeinen keine durchsetzbare Pflicht des Käufers zur Abnahme der Leistung, er hat nur ein Recht auf sie. Der Annahmeverzug des Käufers ist daher keine Pflichtverletzung, sondern bloß eine Obliegenheitsverletzung.

Der Käufer gerät nicht nur in Verzug, wenn er die Leistung nicht übernimmt, sondern auch dann, wenn er eine sonstige für die Erfüllung erforderliche Mitwirkung unterläßt.

Ab dem Zeitpunkt der bedungenen Übergabe (Fälligkeit) trägt der **Käufer** die **Preisgefahr**. Geht während **seines Verzuges** der Computer durch Zufall unter, wird der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei, behält aber den Anspruch auf Zahlung. Außerdem haftet der Verkäufer ab Eintritt des Annahmeverzugs dem Käufer nur noch für vorsätzliche oder grob fahrlässige Beschädigung oder Zerstörung des Computers, hingegen nicht mehr für leichte Fahrlässigkeit.

Der Verzug des Käufers löst, weil er keinen Pflichtverstoß sondern bloß eine Obliegenheitsverletzung darstellt, keine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Verkäufer aus. Dieser kann allerdings für Aufwendungen, die er im Interesse des Käufers auf die Sache gemacht hat, nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag Vergütung fordern.

#### 2.5.2.3 Vertragliche Präventivregelungen

Bei der Vertragsgestaltung ist daher insbesondere auf folgendes zu achten:

##### **aus der Sicht des Käufers**

- daß - soweit möglich - die vom Verkäufer zu erbringenden **Leistungen in einzelne Phasen** mit, einzelnen Terminen zerlegt werden, bei deren Nicht-Einhaltung Pönalen zu zahlen sind

- daß das **Entgelt** möglichst auf **Teilzahlungen** verteilt mit Fertigstellung der in einzelnen Phasen zu erbringenden Leistungen fällig wird; die Aufschiebung der Zahlung des gesamten Entgeltes auf die Gesamtfertigstellung ist für den Verkäufer nicht zumutbar, da er ja schließlich auch Aufwendungen und laufende Kosten hat
- daß entsprechende Maßnahmen zur **Korrektur von Abweichungen vom Zeitplan** vereinbart werden
- daß der **Käufer** ein **Rücktrittsrecht** hat, wenn ein **weiterer Verzug** des Verkäufers für ihn nicht akzeptabel ist, wobei dann auch geregelt werden müßte, was mit den bisher von beiden Seiten erbrachten Leistungen zu geschehen hat
- daß der Käufer bei Überschreitungen und Realisierungsproblemen des Verkäufers vorsorglich das Rücktrittsrecht ausübt - man kann dann immer noch über eine Fortsetzung des Projektes verhandeln, mit allen Garantien des Unternehmers, und auch die Zusammenarbeit wieder aufnehmen.

Im Falle des vorsorglichen Rücktrittes wegen Terminüberschreitung sollte vertraglich festgehalten werden, daß der Unternehmer die Ausübung und das Recht auf Rücktritt ausdrücklich anerkennt und dieses Recht nicht dadurch verwirkt wird, daß man beiderseits, im Sinne einer "letzten Chance", am Projekt weiter arbeitet.

Eine solche Regelung auferlegt dem EDV-Unternehmer (Verkäufer) einen massiven Druck, sich um die sachlich vollständige und zeitgerechte Erfüllung des Projektes zu bemühen.

#### aus der Sicht des Verkäufers,

- daß der **Käufer** zur **zweckentsprechenden Kooperation, Information und Aufklärung** verpflichtet ist und einen verantwortlichen Ansprechpartner zur Verfügung stellt
- daß der Verkäufer zum Rücktritt berechtigt ist, wenn der Käufer die notwendige und zumutbare Kooperation, etc. unterläßt, wobei dieser ihm dann die bisherigen Leistungen zu bezahlen hat.



Die Gewährleistungsregelung bildet, wie bei jedem Vertrag, eine der Kernbestimmungen, da sie die Rechte des Kunden bzw. Bestellers klarstellt, die dieser hat, falls die **Sache mangelhaft** ist oder nicht die zugesicherten Eigenschaften hat.

Die Bedeutung der Gewährleistungsregelung bleibt auch dann erhalten, wenn eine sehr ausgeprägte Abnahmeregelung vorweg vereinbart wurde. Eine Prüfungs- und Abnahmeregelung bietet ja keine Sicherheit dafür, daß die gelieferten Leistungsgegenstände mangelfrei sind.

Das besondere Problem bei der Datenverarbeitung ist nicht nur die Frage, welche gesetzlichen Bestimmungen einschlägig sind; vielmehr ist es beim der Datenverarbeitung oft äußerst schwierig, zu erkennen, ob ein Hardwarefehler vorliegt oder nicht.

#### 2.5.3.1 Sachmängel

##### 2.5.3.1.1 Mangeldefinition

Bei Verträgen über Hardware schuldet der Verkäufer nicht eine bestimmte Maschine, sondern einen Computertyp. Ein derart nur der Gattung nach bestimmter Computer muß nur von mittlerer Art und Güte sein (§ 360 HGB).

Ein rechtserheblicher, unter die (gesetzliche) Gewährleistung fallender **Mangel** liegt vor, wenn der Computer die **ausdrücklich bedungenen oder im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften nicht** aufweist (§ 922 ABGB).

##### 2.5.3.1.2 Rechtsfolgen

Nach Kaufrecht hat der Anwender bei **wesentlichen**, d.h. den ordentlichen oder den vertraglich festgelegten Gebrauch verhindernden **Mängeln** das Recht, den **Vertrag aufzulösen**, wenn sie auch unbehebbar sind. Ist ein **wesentlicher Mangel behebbar**, hat er Anspruch auf "**Verbesserung**" (= kostenlose Beseitigung des Mangels). Statt der Verbesserung kann er auch angemessene **Preisminderung** verlangen. Verzug des Lieferanten mit der Verbesserung berechtigt nach angemessener Nachfristsetzung zur Auflösung des Vertrages.

Bei **unwesentlichen, unbehebbaen Mängeln** ist nur **Preisminderung möglich**, bei **unwesentlichen und behebbaren Mängeln** hat der Anwender die Wahl zwischen Verbesserung oder Preisminderung.

#### 2.5.3.1.3 Abdingbarkeit der Gewährleistung im Vertrag

Das Gewährleistungsrecht des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches ("ABGB") ist grundsätzlich abdingbar. Zugunsten der "Verbraucher", also von Personen, für welche das Geschäft nicht zum Betrieb des Unternehmens gehört, sieht § 9 Konsumentenschutzgesetz allerdings zwingende Gewährleistungsregelungen vor. Daneben hat die Rechtsprechung allgemeine Grenzen der Abdingbarkeit zivilrechtlicher Gewährleistungsbestimmungen entwickelt.

Der völlige Ausschluß einer Gewährleistung in allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen ist bei der Veräußerung fabrikneuer Waren nach der Rechtsprechung sittenwidrig. Die Beschränkung der Gewährleistung auf den Nachtrags- oder Verbesserungsanspruch ist hingegen zulässig.

#### 2.5.3.2 Rechtsmängel

##### 2.5.3.2.1 Mangeldefinition

Ein **Rechtsmangel** liegt unter anderem vor, wenn der bestimmungsgemäße **Gebrauch einer Sache Rechte Dritter verletzt**. Der Verkauf eines Computers kann zB dann Rechte eines Dritten verletzen, wenn der Verkäufer den Computer von Dritten unter Eigentumsvorbehalt erworben hat.

##### 2.5.3.2.2 Rechtsfolgen

Für **Rechtsmängel** gelten die **selben Gewährleistungsvorschriften wie für Sachmängel**.

##### 2.5.3.2.3 Abdingbarkeit der Gewährleistung im Vertrag

Da nicht bestimmte Kategorien von Rechtsmängeln ausgeschlossen werden können, ist eine Beschränkung der Gewährleistung für Rechtsmängel denkunmöglich.

Ein genereller **Ausschluß der Gewährleistung ist sittenwidrig**, sodaß die Gewährleistung auch für Rechtsmängel nicht ausgeschlossen werden kann.

#### 2.5.3.3      Gewährleistungsfristen

Die Rechtsfolgen der Gewährleistung treten nicht schon mit dem Vorhandensein der fehlerhaften Beschaffenheit ein, sondern müssen vom Erwerber vor Gericht (durch Klage oder Einrede gegenüber der Klage des Lieferanten) geltend gemacht werden.

§ 933 ABGB sieht eine **Gewährleistungsfrist von 6 Monaten** vor. Die Frist bei Sachmängeln wird ab dem Zeitpunkt **der Lieferung** gerechnet, dh ab dem Zeitpunkt, in dem der Erwerber den Computer tatsächlich erhält. Die Erkennbarkeit des Mangels ist allerdings keine Voraussetzung des Fristenlaufes. Bei Rechtsmängeln wird die Frist ab jenem Zeitpunkt gerechnet, in dem die Berechtigung des Dritten unzweifelhaft ist, der Erwerber daher mit der Durchsetzung des Anspruchs rechnen muß.

Nach Ablauf der Frist ist das Recht erloschen. Anerkennt der Veräußerer das Vorliegen des Mangels innerhalb der Gewährleistungsfrist, so wird die Gewährleistungsfrist selbst bedeutungslos. Der sich aus den §§ 922 ff ABGB ergebende Anspruch kann dann innerhalb der allgemeinen Verjährungsfrist durchgesetzt werden. Der Beweis, daß die Hardware schon bei der Übergabe mangelhaft war, obliegt dem HardwareErwerber.

Die im Gesetz dafür vorgesehenen Fristen können durch die Vertragspartner einvernehmlich verlängert oder verkürzt werden.

#### 2.5.3.4      Mängel in den Lieferungen von Herstellern an EDV Generalunternehmer

In der Praxis überwälzt der EDV-Generalunternehmer ("EDV-GU") sein Gewährleistungsrisikos derart, daß er sich im Vertrag mit dem Hersteller/Lieferanten versprechen läßt, daß dieser die Gewährleistungspflichten gegenüber den Kunden des EDV-GU erfüllt. Der EDV-GU wird dann im Vertrag mit dem Kunden vereinbaren, daß Gewährleistungsansprüche aus dem OEM-Anteil der Leistung direkt gegenüber dem Hersteller/Zulieferanten geltend zu machen sind, dh der EDV-GU tritt dem Kunden seine eigenen Gewährleistungsansprüche gegen den Hersteller ab.

Dies dürfte die einzig praktische Art und Weise der Bewältigung des Gewährleistungsproblems bei OEM-Hardware sein, weil der EDV-GU oft nicht über die nötigen Kenntnisse (Wartungs-Manuals, DiagnoseWerkzeuge u.ä.) und Ersatzteile verfügt, um die Mängelbehebung selbst auszuführen.

EDV-Projekte können effektiv durch Lieferprobleme beim Lieferanten beeinträchtigt werden. Eher noch kritischer dürften Schnittstellenprobleme sein: Beim Lieferanten werden irgendwelche Änderungen, Entwicklungen oder Verbesserungen der Hardware, der Grundsoftware oder im Betriebssystem vorgenommen, was zu Kompatibilitätsproblemen mit dem Leistungsanteil des EDV-Unternehmers (insbesondere im Bereich Anwendungs-Software) führt.

Die sich aus einem OEM-Verhältnis möglicherweise ergebenden Probleme müssen bei der Ausgestaltung des Vertrages mit dem Benutzer berücksichtigt werden, zB durch entsprechende Formel der Gewährleistungsklausel: Abtretung der Garantieansprüche gegenüber dem OEM-Hersteller/Lieferanten auf den Endbenutzer, und einem generellen Vorbehalt, daß der EDV-GU keine Haftung für Verzögerung/Mehraufwand übernimmt, wenn. Änderungen der Einsatz- und Betriebsbedingungen der zu entwickelnden EDV-Lösung eintreten, einschließlich Änderungen von Schnittstellen-Spezifikationen beim OEM-Hersteller.

#### 2.5.3.5 Folgeschäden

Die im Zusammenhang mit problembehafteten EDV-Einführungen geltend gemachten Schäden fallen sehr häufig in den Bereich der sog. **"Folgeschäden"**: Nicht realisierter Realisierungseffekt, überflüssige Investitionen und Zinsen auf die für die Realisierung des Projektes getätigten Investitionen, Zins- und Forderungsverluste gegenüber den Schuldern (zB bei einer fehlerhaften Debitorenbuchhaltung), Entwicklungsaufwand des eigenen Personals, Kosten für Datenbereitstellung, Organisationskosten, unnötige Personalausbildung etc.

Für solche "Folgeschäden" ist in den meisten Standard-Verträgen die Haftung des EDV-Unternehmens ausgeschlossen. Es wird auch kaum ein EDV-Unternehmen geben, welches für solche Schäden freiwillig zur Leistung von Schadenersatz bereit ist, weil diese eine Höhe annehmen können, welche das Unternehmen in seiner Substanz bedrohen kann.

Üblicherweise sind EDV-Unternehmen bereit, bei nicht richtig oder vollständig realisierten Projekten auf eigene Kosten in einem erheblichen Umfang Verbesserungsarbeiten zu leisten, einschließlich Installation zusätzlicher Rechnerleistung, unentgeltliche Installation von Peripheriegeräten etc. zur Abgeltung von Forderungen. Zu Schadenersatzleistungen in Form von Geld kommt es eher selten.

### **3. MIETE**

Hardware-Miete unterscheidet sich vom Hardware-Kauf vor allem in der Verpflichtung des vermietenden Anbieters. Dem Anwender wird das **Gerät nur auf Zeit überlassen**, nicht jedoch übereignet. Der Anbieter ist während der gesamten Vertragslaufzeit verpflichtet, das Gerät verwendungsfähig zu erhalten. Die Leistungsmodalitäten (insbesondere Lieferung, Installation und Funktionsprüfung) weichen kaum von dem zum Kauf Gesagten ab.

Keine Besonderheiten ergeben sich, wenn nur System oder Anlagenteile (zB Speicher, Ein- oder Ausgabemedien) zusätzlich gemietet werden.

#### **3.1 Leistung des Vermieters**

Ähnlich wie beim Kauf ist die geschuldete Anbieterleistung oft in einem zusätzlich zum Standardvertrag im "Mietschein" ausreichend präzise zu beschreiben. Dieser ist Teil des Mietvertrages und gleichzeitig wesentlicher Maßstab zur Beantwortung der Frage, ob die Leistung vertragsgemäß erbracht worden ist.

##### **3.1.1 Betriebssysteme**

Zur der erfolgenden Leistungsbeschreibung im Mietschein gehören neben allen notwendigen Hardware-Daten auch Angaben über die zur Hardware gehörende Betriebssoftware und (systemnahe) Hilfsprogramme. Beide Softwarearten dienen, weitgehend unabhängig vom jeweiligen (variierbaren) Anwendungszweck der Unterstützung des Betriebes der Hardware.

##### **3.1.2 Leistungsanpassungen**

Änderungen der Anlagenkonfiguration oder einzelner Komponenten dürfen die Funktionsfähigkeit der vermieteten Anlage nicht beeinträchtigen. Außerdem darf der Vermieter den vertraglichen Leistungsumfang nicht einseitig ändern. Zugleich muß geklärt werden, welchen Einfluß solche Anpassungen auf die vertragliche Gewährleistung haben.

Schließt der Mieter an die Anlage oder Geräte des Vermieters Geräte anderer Hersteller an, so erstreckt sich die Gewährleistung des Vermieters bis zur Schnittstelle seiner Anlage oder Geräte. Der Vermieter ist verpflichtet, die für den Anschluß der Geräte oder Geräteteile dem Mieter zu vermieten, soweit diese allgemein verfügbar sind.

### 3.1.3 Beratung

Der Vermieter wiederum hat den Mieter in allen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Datenträgern, Zubehör und Arbeitsmitteln auftretenden Fragen zu beraten.

Welchen Umfang diese Beratungspflicht annimmt, hängt von den vertraglich vereinbarten Spezifikationen ab. Läßt sich, etwa bei komplizierten Installationen, keine ausreichende Klarheit schaffen, sollte der Anwender einen unabhängigen Berater einschalten.

Weicht der Anwender von den gegebenen Hinweisen ab, so liegt hierin nur insoweit eine Vertragsverletzung, als diese Abweichung zu Nachteilen für den Anbieter führt. Im übrigen bestehen nur Obliegenheiten des Anwenders, im eigenen Interesse den Hinweisen zu folgen.

### 3.1.4 Einschulung

Gerade bei Mietverträgen ist eine Einweisung des Personals und Einführung in die Anlagenbedienung erforderlich, da hier zumeist größere Anlagen überlassen werden. Auch hat der Vermieter ein besonderes Interesse an sachgerechter Behandlung der Mietsache. Dennoch müssen Einweisung und Einführung besonders vereinbart werden.

Mögliche Regelung:

- Der Vermieter weist das Bedienungspersonal rechtzeitig ein und stellt gleichzeitig die notwendigen Bedienungsanweisungen in angemessenem Umfang in deutscher Sprache, bei Übersetzungen auf Verlangen auch im Originaltext, zur Verfügung.
- Der Mieter ist verpflichtet, die Anlage oder Geräte entsprechend der Bedienungsanweisung des Vermieters zu benutzen. Auftretende Mängel sind dem Vermieter unter Angabe der für die Störungsbeseitigung zweckdienlichen Informationen unverzüglich zu melden.
- Über die Betriebs-, Stillstands- und Wartungszeiten der Anlage oder Geräte führt der Mieter Aufzeichnungen (zB ein Betriebsbuch). Die Angaben über die Wartungszeiten sind vom Wartungspersonal des Vermieters zu unterschreiben. Bei Ansprüchen aus Gewährleistung sind die unterschriebenen Zeitangaben in diesen Aufzeichnungen für beide Seiten verbindlich.

Mit einer derartigen Regelung ist immerhin schon einiges gewonnen. Sie konkretisiert bestimmte Nebenpflichten des Anbieters und auch des Anwenders, die oft übersehen werden.

Wann aber eine Einweisung "rechtzeitig" oder welche Bedienungsanweisungen als "notwendige" anzusehen sind, bleibt doch klärungsbedürftig. Hier müssen diese Verpflichtungen von den Erfordernissen her gesehen werden, das System möglichst bald und reibungslos zum Laufen zu bringen. Die Sicherheit erhöht sich für beide Seiten, wenn im jeweiligen Systemschein genaue Zeitpunkte/Fristen und Unterlagenlisten aufgenommen werden.

### **3.2 Pflichten des Vermieters**

Der Vermieter verpflichtet sich, die im Vertrag bezeichnete Hardware (eventuell einschließlich zugehöriger Programme) dem Mieter für eine bestimmte Zeit zu überlassen. Der Mieter ist berechtigt, die Anlage im vertraglich definierten Sinne oder praxisüblich zu nutzen.

Die Mietsache darf während der gesamten Laufzeit des Vertrages keine Mängel aufweisen, die deren Nutzung beeinträchtigen können. Der Vermieter kann deshalb nicht eine kurze Frist einräumen, in der Mängel wirksam geltend zu machen sind. Ist eine solche Frist abgelaufen, wäre es dem Mieter nicht mehr möglich, die Anlage der vertraglichen Vereinbarung gemäß zu nutzen. Dennoch bliebe er weiter verpflichtet, den Mietzins zu zahlen. Folglich übernimmt der Vermieter gegenüber dem Mieter für die gesamte Vertragsdauer die Verpflichtung, Mängel an der vermieteten Anlage zu beseitigen (Erfüllungsanspruch).

### **3.3 Pflichten des Mieters**

#### **3.3.1 Zahlung des Mietzinses**

Das bei Miete geschuldete monatliche Entgelt kann unterschiedlich berechnet werden: einerseits als nutzungsunabhängiger, im voraus festgelegter und **gleichbleibender Betrag**, andererseits als regelmäßige Grundpauschale, zu der ein **Zusatzentgelt für tatsächliche Nutzungsstunden** hinzukommt, wobei man von einem Regelsatz von zB mindestens 180 Stunden im Monat ausgeht.

Dieses Entgelt kann wiederum nach durchschnittlicher tatsächlicher Nutzung oder nach (mittels Laufzeituhren) gezählten Stunden berechnet werden.

Fällt die Anlage aus Gründen aus, die der Anwender zu vertreten hat, kann eine fiktive Nutzungszeit im Umfang des Ausfalles der tatsächlichen Nutzungszeit hinzugerechnet werden. Voraussetzung für derartige Berechnungen ist aber, daß der Anwender ein Betriebsbuch führt, in dem von dem zuständigen Mitarbeiter die gesamten Funktions- und Ausfallszeiten sorgfältig eingetragen werden, ebenso das Auftreten von Mängeln und deren Erscheinungsform. Dieser Mitarbeiter ist dann gegebenenfalls Zeuge und das Betriebsbuch zumindest eine Gedächtnisstütze. Genaue Fehlerdiagnosen (über typisierte Fehlermeldungen hinaus) wird man jedoch von Mitarbeitern, insbesondere von Operatoren, nicht erwarten können. Zum einen reichen ihre Fachkenntnisse für derartige Aussagen nicht aus, zum anderen sollten sie nicht den Sachverständigen ersetzen. Dieser wiederum benötigt möglichst genaue Eintragungen, um die Fehlerursache ermitteln zu können.



Der Beginn der Zahlungen sollte auf das Ende der Funktionsprüfung festgesetzt werden. Hier noch mehr als bei Kauf ist die Verpflichtung des Anbieters von Bedeutung, ein funktionsfähiges Anlage zur Nutzung zu überlassen.

Auch die Fälligkeit der Miete kann unterschiedlich geregelt sein. Oft werden Zahlungen nicht monatlich, sondern pro Quartal vereinbart, um beiden Vertragspartnern die Buchhaltung zu erleichtern.

### **3.3.2 Nebenpflichten**

Die Übernahme des Mietobjekts ist Nebenpflicht. Der Anwender muß den Mietzins auch dann zahlen, wenn er es unterläßt, die Anlage zu nutzen oder auch nur abzunehmen. Im letzteren Fall muß er allerdings dem Anbieter eventuell zusätzlich anfallende Lagerkosten ersetzen.

## **3.4 Gefahrtragung**

Der Preisgefahr beim Kauf entspricht bei der Miete das Risiko der zufälligen Unbenützbarkeit des Computers. Mieter und Vermieter treffen jeweils jene Nachteile, die sich aus ihrer Sphäre ergeben: Wird die Hardware ohne Verschulden des Mieters ganz oder zum Teil unbenutzbar, so trifft dies den Vermieter, der dann keinen oder nur einen kleinen Teil der Miete bekommt (§§ 1104, 1105, 1036 ABGB). Diese Regelung ist aber bei Hardware als einer beweglichen Sache abdingbar, wenn es sich nicht um ein Verbrauchergeschäft iSd § 9 KSchG handelt. Ist der Mieter verhindert, die benutzbare Hardware zu gebrauchen, trifft ihn dieses Risiko; er hat dennoch die Miete zu zahlen.

## **3.5 Leistungsstörungen**

Für Unmöglichkeit, Verzug und Gewährleistung gelten sinngemäß dieselben Regeln wie beim Kauf (oben Pkt 2.59. Ist die Hardware bei der Übergabe derart mangelhaft oder wird sie während der Mietzeit ohne Verschulden des Mieters derart mangelhaft, daß sie zu dem vereinbarten Gebrauch nicht mehr geeignet ist, so ist gemäß § 1096 Abs 1 ABGB der Mieter für die Dauer und in dem Maß der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung der Miete befreit; die Befreiung kann aber vertraglich abbedungen werden.

## **3.6 Beendigung des Mietverhältnisses**

### 3.6.1      Befristete Mietverhältnisse

Ist der Vertrag auf bestimmte Zeit geschlossen, endet das Mietverhältnis mit Zeitablauf.

### 3.6.2      Unbefristete Mietverhältnisse

Diese enden durch Kündigung unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfristen und -termine

### 3.6.3      Vorzeitige Auflösung

Aus wichtigem Grund ist eine Vertragsauflösung bei befristeten Mietverhältnissen vor Zeitablauf und bei unbefristeten ohne Einhaltung der Kündigungsfristen und -termine möglich.

## 4.          **LEASING**

Leasingverträge sind Verträge *sui generis*, die Elemente der Miete/Pacht und des Kaufs enthalten. Der Leasinggeber, der selbst Hersteller des Computers ist oder diesen vom Hersteller erworben hat, ist Eigentümer der Hardware und überläßt sie dem Leasingnehmer zum Gebrauch, der dafür an den Leasinggeber Leasingraten zahlt. Die genaue Ausgestaltung des Leasingvertrages kann sehr unterschiedlich sein.

### 4.1          **Arten des Leasing**

#### 4.1.1          Finanzierungsleasing

Hier vereinbaren die Vertragsparteien eine längere, feste (Grund-) Mietzeit, oft mit einer Verlängerungs- oder Kaufoption. Der Leasingnehmer vergütet hier durch seine Leasingratenzahlung (in der Regel niedriger als Mieten an den Hersteller) den Kaufpreis sowie alle Kosten, Zinsen, das Kreditrisiko des Leasinggebers und dessen Gewinn. Außerdem trägt der Anwender als Leasingnehmer objektbezogene Risiken, da er nach seinen Vorstellungen die benötigte Hardware beim Hersteller bzw. Händler aussucht, mit diesem den Verwendungszweck erörtert und festlegt und daher in erster Linie, jedenfalls aber besser als der zumeist erst später eingeschaltete Leasinggeber, beurteilen kann, ob die ihm übergebene Sache gebrauchstauglich ist und dem besonderen Vertragszweck entspricht.

#### 4.1.2 Operating-Leasing

Hingegen ist beim Operating-Leasing (auch Operate-Leasing genannt) die Vertragsdauer unbestimmt oder relativ kurz und eine Kündigung jederzeit oder mit kurzen Fristen möglich. Hier trägt der Leasinggeber objektbezogene Risiken.

Bei der Variante des Full-Service-Leasing übernimmt der Leasinggeber neben den Risiken auch die Wartung, beim Maintenance-Leasing auch auf Kosten des Leasinggebers (zu höherer Leasingrate natürlich).

#### 4.1.3 Dritleasing

Der Anwender erwirbt eine Anlage/ein System vom Hersteller und veräußert diese sofort an die Leasingfirma weiter, die dem Hersteller den Kaufpreis bezahlt und die Anlage/das System an den Anwender unter Abtretung aller Gewährleistungsansprüche verleast.

#### 4.1.4 Herstellerleasing

Hier ist der Hersteller selbst Leasinggeber und kann die Sache (wie der Dritte) im Wege des Finanzierungs- oder des Operating-Leasings dem Leasingnehmer überlassen. Es kann auch ein Dritter den Computer vom Hersteller erwerben, Eigentümer werden und die Hardware dann weiterverleasen.

## **4.2      Gefahrtragung**

Sowohl beim Drittleasing als auch beim Herstellerleasing haftet der Leasinggeber nicht für Instandhaltung, außer es liegt Operating-Leasing vor. Das Risiko der Mangelhaftigkeit, des - auch zufälligen - Untergangs oder der Beschädigung trifft allein den Leasingnehmer.

## **4.3      Leistungsstörungen**

### **4.3.1      Verzug**

#### **4.3.1.1      Verzug des Leasinggebers**

Im Falle des Drittleasings erhält der Anwender sein Gerät unmittelbar vom Verkäufer, nicht vom Leasinggeber. Wenn er es dann an den Leasinggeber weiter veräußert (und hierfür in der Regel den Kaufpreis erhält, den der Verkäufer verlangt, weshalb der Leasinggeber in der Regel unmittelbar an den Verkäufer leistet), so räumt der Anwender dem Leasinggeber den Besitz nicht ein. Folglich kann der Leasinggeber mit der Überlassung auch nicht in Verzug geraten.

Anders beim Herstellerleasing: Hier ist der Leasinggeber auch zu Überlassung des geleasten Gerätes verpflichtet. Kann der Verkäufer das Gerät nicht rechtzeitig liefern, muß sich der Leasinggeber diesen Verzug anrechnen lassen.

#### **4.3.1.2      Verzug des Leasingnehmers**

Gerät der Leasingnehmer mit der Zahlung der Leasinggraten in Verzug, tritt je nach vertraglicher Ausgestaltung Terminsverlust ein; der Leasinggeber kann den Vertrag kündigen und die Hardware kraft des regelmäßig bestehenden Eigentumsvorbehaltes herausverlangen.

### **4.3.2      Gewährleistung**

Gegenüber dem Hersteller kann der Leasingnehmer wie ein sonstiger Käufer Gewährleistungsansprüche wegen Wandlung und Minderung geltend machen soweit ihm diese Ansprüche vom Leasinggeber abgetreten worden sind. Hier ist genau zu prüfen, welche Rechte im einzelnen abgetreten wurden. So ist der Leasingnehmer auch im Verhältnis zu dem Leasinggeber berechtigt, Gewährleistungsansprüche geltend zu machen und auch Wandlung des gesamten Kaufvertrages zu erklären. Gegenüber dem Leasinggeber ist der Leasingnehmer nicht verpflichtet, Mängel "unverzüglich" nach deren Auftreten mitzuteilen (außer bei ausdrücklicher diesbezüglicher Vereinbarung), da ihm alle Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Hersteller ohnehin vom Leasinggeber abgetreten wurden. Verfolgt er diese Ansprüche nicht im notwendigen Umfange, kann er hierdurch allerdings den Leasingvertrag verletzen.

Probleme treten auf, wenn der Anwesender nur den Verbesserungsanspruch vom (selbst aus dem Erwerbsvertrag nur verbesserungsberechtigten) Leasinggeber abgetreten erhält und dessen Durchsetzung fehlschlägt: In diesem Fall leben zwangsläufig die übrigen Gewährleistungsansprüche wieder auf, aber bei dem Leasinggeber. Eine solche eingeschränkte Abtretung der Gewährleistungsansprüche führt nicht nur zu Schwierigkeiten, da der Leasinggeber in der Regel nicht in der Lage ist, schnell genug angemessene Schritte zu unternehmen, um diese Gewährleistungsansprüche durchzusetzen (insbesondere, wenn er von deren Wiederaufleben nicht weiß) . Diese Abtretung ist auch unwirksam, da der Anwender mindestens auch wandeln können müßte.

Aus der erklärten Wandlung erwächst einem Käufer ein Anspruch auf Erstattung des bis zu diesem Zeitpunkt gezahlten Kaufpreises. Dieser Erstattungsanspruch ist in aller Regel folglich nicht vom Leasinggeber an den Leasingnehmer abgetreten. Der Leasinggeber bleibt deshalb im Verhältnis zum Verkäufer der "Käufer", d.h. anspruchsberechtigt. Da der Leasinggeber den Kaufpreis selbst bezahlt hat, will er ihn auch an sich zurückerstattet bekommen.

Wurde die Anlage noch nicht in Gebrauch genommen und nicht tatsächlich genutzt, so entzieht der Käufer durch Wandlung des Vertrages mit dem Hersteller zugleich dem Leasingvertrag (Finanzierungsleasing) rückwirkend die Geschäftsgrundlage.

In diesem Fall von vornherein nicht begonnener Nutzung muß der Leasingnehmer keine weiteren Leasingraten mehr bezahlen und kann die bereits geleisteten Raten vom Leasinggeber zurückverlangen.

Problematisch wird diese Auffassung, wenn der Leasingnehmer etwa nach 4 Monaten vergeblicher Mängelbeseitigungsversuche den Vertrag wandelt. Die Anlage konnte er in diesem Zeitpunkt so gut wie gar nicht nutzen und doch muß er die Leasingraten voll bezahlen. Diesen Schaden kann er vom Verkäufer im Rahmen der Handlung nicht ersetzt verlangen. Im Zweifel ist der Leasingnehmer also gezwungen, statt Wandlung einen Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen. Dieses muß der Anwender bereits dann berücksichtigen, wenn er die bevorstehende Ausübung eines Gewährleistungsrechtes androht. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, daß auch eine nur geringfügige tatsächliche Nutzung dazu führt, daß die Wandlung des Kaufvertrages nach der bisherigen Rechtsprechung nicht mehr die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages beseitigen kann. Nur in seltenen Fällen ist ein System aber derart mangelhaft, daß es nicht in Intervallen für einige wenige, und seien es auch nur periphere Arbeiten, nutzbar wäre. Hier bleibt also nur das Recht des Leasingnehmers auf außerordentliche Kündigung.

In jedem Fall tut der Leasingnehmer gut daran, eine Vereinbarung dahingehend zu treffen, daß die Verpflichtung zur Zahlung von Leasingraten erst nach Abschluß einer ausreichenden Funktionsprüfung beginnt, wenn also die vertragsgemäße Nutzbarkeit gesichert und durch ein Protokoll fixiert ist.

Die Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche befreit i.ü. den Leasinggeber beim Finanzierungsleasing nicht von dem Risiko, daß ein begründetes Wandlungsbegehren wegen Vermögenslosigkeit des Herstellers/Lieferanten des Leasingobjektes nicht realisierbar ist. Scheitert die Realisierung der Wandlung an dieser Vermögenslosigkeit, so muß der Leasingnehmer im Verhältnis zum Leasinggeber so gestellt werden, wie er stünde, wenn die Wandlung des Kaufvertrages vollzogen worden wäre. Damit wird zumindest in Ansätzen eine Subsidiärhaftung des Leasinggebers für Fälle bejaht, in denen das abgetretene Wandlungsrecht für den Leasingnehmer nicht durchsetzbar ist. Diese Subsidiärhaftung muß jedenfalls auch im Falle des großen Schadenersatzanspruches gelten, da hier ebenfalls Leasinggeber und Verkäufer Kaufpreis und Leasinggut rückerhalten.

Außerdem muß der Leasinggeber den Leasingnehmer genau über die komplexen Gewährleistungsansprüche aufklären, damit dieser als rechtlich nicht vorgebildeter Durchschnittskunde in der Lage ist, auch diese weitergehenden Rechte auszuüben. Fraglich ist hier freilich, ob der Leasinggeber tatsächlich eine umfassende Rechtsberatung schuldet und ob eine Schadenersatzpflicht bei nicht ausreichender Aufklärung begründet werden kann. Hierauf kann im vorliegenden Falle nicht näher eingegangen werden. Sicher wird aber die Aufklärungspflicht des Anbieters nicht weiter gehen als der durchschnittliche Kenntnishorizont, der bei Anbietern vorausgesetzt werden kann.

Verlangt der Leasingnehmer vom Hersteller allerdings nicht Handlung des Vertrages, sondern Schadenersatz wegen dessen Nichterfüllung, bleibt der Kaufvertrag und damit auch der Leasingvertrag bestehen. Wird der Schadenersatzanspruch gegen den Verkäufer damit begründet, daß die Anlage nicht vertragsgemäß nutzbar sei, so sollte der Leasingnehmer baldmöglichst auch den Leasingvertrag, wie erwähnt, vorzeitig kündigen.

Die bis zum Zeitpunkt, zu dem die Kündigung wirksam wird, gezahlten Raten kann er nicht vom Leasinggeber zurückverlangen, aber im Rahmen des Schadenersatzanspruches vom Verkäufer ersetzt verlangen. Dieser Schadenersatzanspruch des Leasingnehmers oder des Leasinggebers auch etwa wegen der Verletzung von Beratungspflichten des Herstellers/Lieferanten bei der Auswahl des Leasingobjektes verjährt binnen drei Jahren ab der Ablieferung (wenn nicht die Funktionsprüfung vereinbart ist!).

Der Leasinggeber kommt seiner Verpflichtung zur Überlassung einer Anlage nach und ist aufgrund der Abtretung der Gewährleistungsansprüche nicht mit dem Risiko belastet, daß diese Anlage nutzbar ist.

Die Schadensausgleichung kann in zweifacher Weise erfolgen. Entweder behält der Käufer die Anlage und erhält den tatsächlich gefallenen Schaden (Personalkosten, neue Programmerstellung etc.) ersetzt. Diese Lösung ("kleiner Schadenersatzanspruch") ist nur sinnvoll, wenn die Anlage überhaupt betriebsbereit ist bzw. gemacht werden kann und für den Anwender irgendwie zu nutzen ist.

Die Alternative ist, gegen Rücknahme der Anlage durch den Verkäufer von diesem den bezahlten Kaufpreis zurückzuverlassen und außerdem Ersatz des entstandenen Schade@ geltend zu machen (vor allem aufgewendete Kosten, Leasingraten, entgangener Gewinn zumindest bei Fehlern zugesicherter Eigenschaften), in den meisten Fällen der sachgerechtere Weg.

#### **4.4            Vertragsbeendigung**

Wie bei Mietverträgen endet der Vertrag durch Zeitablauf oder durch Kündigung (siehe 3.6).

### **5.            WARTUNG VON HARDWARE**

#### **5.1            Definition**



Unter Wartung versteht man im allgemeinen die Instandsetzung und die Instandhaltung der einzelnen Geräte eines Computersystems. Für die Instandhaltung wird manchmal der Begriff vorbeugende oder präventive Wartung gebraucht, statt von Instandsetzung spricht man auch von Reparaturen oder korrigierender Wartung. Vereinzelt wird nur die Instandhaltung als Wartung bezeichnet.

Als Parteien des Wartungsvertrags, stehen sich auf der einen Seite das Wartungsunternehmen, auf der anderen der Kunde - auch Anwender oder Benutzer genannt - gegenüber. Da die Wartung meist vom Hersteller der Geräte bzw seinem lokalem Vertreter durchgeführt wird, wird für "Wartungsunternehmen" synonym der Ausdruck "Herstellern" gebraucht, sobald betont werden soll, daß von der Wartung durch den Hersteller gesprochen wird.

## **5.2 Rechtsnatur des Wartungsvertrages**

Der Computerwartungsvertrag ist ein gesetzlich nicht geregelter Vertrag, in dem auf unbestimmte Dauer gegen Entgelt die Instandhaltung und Instandsetzung einzelner Geräte oder einer ganzen Computeranlage versprochen wird. Demnach handelt es sich um einen Dauervertrag, der hinsichtlich der einzelnen Reparaturen werkvertragliche und hinsichtlich der vorbeugenden Wartung auftragsrechtliche Elemente enthält. Der Einbau technischer Verbesserungen ist wiederum ein werkvertragliches Element. Nicht zu übersehen ist auch der Versicherungsgedanke. Jede Reparatur ist durch die monatliche Wartungsgebühr gedeckt, sofern der zu behebende Schaden nicht auf Selbst- oder Drittverschulden zurückzuführen ist.

Daraus ergibt sich, daß nicht zwei im Prinzip selbständige Verträge, einer für Instandhaltung und einer für Instandsetzung vorliegen, sondern ein einheitlicher Vertrag, und es sich damit weder um einen Doppelvertrag noch um einen zusammengesetzten Vertrag handelt.

Die grundsätzliche Serviceverpflichtung ist nach Dienstvertragsrecht zu beurteilen. Der Anbieter schuldet hier nicht die Erstellung eines Werkes, eines "Erfolges", sondern Dienste in Richtung auf diesen Erfolg hin.

Eindeutig ist diese Vertragsqualifizierung, solange nur regelmäßige Kontrollen geschuldet sind. Verpflichtet sich aber der Anbieter zB, einen bestimmten Fehler zu beseitigen oder eine vordefinierte Fehlertoleranz zu erreichen und einzuhalten bzw Justierungen herzustellen und ergibt sich aus dem Vertrag, daß er hierfür eintreten will, so schuldet er einen Erfolg, so daß Werkvertragsrecht anzuwenden ist.

Ein Wartungsunternehmen schuldet nicht nur die Durchführung von Tätigkeiten (Kontrollen, Präsenz, Vorhalten von Personal und Material), sondern überdies, daß die Betriebsbereitschaft der vertragsgegenständlichen Anlage erhalten bleibt. Damit wird ein Erfolg geschuldet, so daß der Wartungsvertrag insoweit nach Werkvertrag schlechthin zu beurteilen ist.

Der Computerwartungsvertrag ist ein Vertrag *sui generis*. Da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, erlischt die Schuld nicht mit der Erfüllung sondern mit der Erfüllung ist so lange fortzufahren, bis die Schuld erlischt. Sie erlischt mit Ablauf der verabredeten Zeit oder durch eine Willenserklärung: die Kündigung. Dagegen ist ein Rücktritt - der *ex tunc* wirkt - nicht mehr möglich, sobald mit der typischen Dauerleistung bereits begonnen worden ist.

Die Leistungen des Wartungsunternehmens sind bei den einzelnen Reparaturen und beim eventuellen Einbau technischer Verbesserungen werkvertraglicher Natur, so- weit wenigstens ein Erfolg versprochen wird.

Die Instandhaltungarbeiten erfordern nur ein Tätigwerden. Für diese ist eine Erfolgsgarantie nicht möglich, weil Ausfälle unvermeidbar sind. Es kann - was vereinzelt auch geschieht - nur eine gewisse Verfügbarkeit des Geräts oder des Systems garantiert werden; damit wird aber der Wartungsvertrag zu einem Werkvertrag.

Das wichtigste Motiv des Kunden für den Abschluß eines Computerwartungsvertrages ist der Versicherungsgedanke. Da in der Wartungsgebühr alle Reparaturen von Schäden, die nicht selbst- oder drittverschuldet sind, inbegriffen sind, gibt es keine Reparaturrisiken mehr; der Unterhalt einer Anlage wird kalkulierbar und kann im voraus genau budgetiert werden. Dies ist für jeden Kunden ein großer Vorteil.

### **5.3      Pflichten des Wartungsunternehmens**

In erster Linie werden Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten geschuldet. Daneben versprechen die Hersteller auch den Einbau eventueller technischer Verbesserungen.

Wichtig ist, daß das Wartungsunternehmen bei Instandsetzungsarbeiten die Behebung der Störung und damit einen Erfolg garantieren, während bei Instandhaltungsarbeiten nur eine sorgfältige Arbeit versprochen wird. Die Kundenseite strebt eine Erfolgsgarantie für das ganze Vertragsverhältnis an, indem das Wartungsunternehmen indirekt verpflichtet wird, eine fast ununterbrochene Betriebstüchtigkeit der Anlage zu gewährleisten.

Nicht Vertragsbestandteil sind Leistungen, die über diese Arbeiten hinausgehen, wie beispielsweise die Lieferung von Betriebsmitteln, und, was wichtiger ist, die Behebung an Störungen, die vom Wartungsunternehmen nicht zu vertreten sind, weil sie durch höhere Gewalt, durch Selbst- oder Drittverschulden verursacht worden sind. Wesentlich ist hier die Verteilung der Beweislast: Verträge der Kundenseite überbinden sie dem Wartungsunternehmen, während Verträge das Wartungsunternehmen sie dem Kunden aufbürden.

Die Wartung wird normalerweise während der Wartungsbereitschaft vorgenommen, die nicht von Montag bis Freitag dauert und auf die normale Arbeitszeit beschränkt ist. Ausgenommen sind die offiziellen Feiertage. Beginn und Ende der täglichen Bereitschaftszeit variieren je nach Wartungsunternehmen. Zusätzliche Bereitschaftszeiten und Wartungsarbeiten außerhalb der normalen Bereitschaftszeit müssen zusätzlich bezahlt werden.

Kundenfreundliche Verträge betonen, daß bei der Aufstellung des Wartungsplans für die vorbeugende Wartung auf die betrieblichen Gegebenheiten beim Kunden Rücksicht zu nehmen ist und daß Reparaturarbeiten spätestens zB zwei Stunden nach Eingang der Störungsmeldung zu beginnen haben.

Genau zu regeln ist, auf welche Anlage bzw. Anlagenteile sich die Serviceverpflichtung bezieht und welchen Umfang sie hat. Können Garantien dafür übernommen werden, daß die Funktionsfähigkeit erhalten bleibt? Insbesondere ist zu definieren, ob und in welchen zeitlichen Abständen Routineuntersuchungen erforderlich sind und in welcher Zeit ab Fehlermeldung mit der Fehlerbeseitigung begonnen werden kann.

Die jeweiligen Leistungen werden in einem

- Wartungsschein bzw. einem
- Pflegeschein

mit genauen Daten der Anlage, Software und Leistungszeiten fixiert und in den Grundvertrag einbezogen.

Das Wartung (oder "Pflege") anbietende Unternehmen verpflichtet sich, regelmäßig die Hardware bzw Software auf Mängel hin zu überprüfen und diese zu beseitigen. Bei Programmpflege kann hinzukommen, daß die Software in bestimmten Punkten aktualisiert und erweitert werden muß.

## **5.4 Pflichten des Anwenders**

### **5.4.1 Zahlung des Wartungsentgelts**

Der Kunde hat für die Wartung ein monatliches Wartungsgrundentgelt zu zahlen, das meist auf einer dem Standardvertrag beiliegenden Anlage - oft "Geräteschein", "Wartungsschein", "Spezifikationsblatt" oder "Arbeitsliste" genannt - für jede Maschine festgehalten ist. Diese Leistung ist meist im zu erbringen nachhinein, dh das Wartungsentgelt im Vorhinein zu zahlen, je nach Wartungsunternehmen für einen Monat, für das Quartal oder sogar für das ganze Jahr.

Daneben wird oft noch ein benutzungsabhängiger Zuschlag erhoben, der jeweils am Anfang des folgenden Monats fakturiert wird.

In allen Wartungsverträgen ist die Möglichkeit vorgesehen, das Wartungsentgelt zu erhöhen, ohne gleich den ganzen Vertrag kündigen zu müssen. Der Erhöhung geht eine je nach Vertrag variierende Ankündigungsfrist voraus, wobei der Kunde die Gelegenheit erhält, zum Ablauf dieser Frist und damit vor Eintritt der Entgelterhöhung den Vertrag zu kündigen. Kundenfreundliche Verträge sehen dabei mindestens einen Begründungszwang vor.

Steuererhöhungen, neue Steuern und Gebühren dürfen meist direkt auf den Kunden überwältzt werden.

#### 5.4.2 Nebenpflichten

Die den Anwender treffenden Mitwirkungspflichten lassen sich ebenfalls nicht in einem fertigen, abschließenden Katalog festhalten. Folgende Faustregel mag als Anhaltspunkt dienen:

Der Anwender hat alle Anstrengungen zu unternehmen, um eine reibungslose Wartung/Pflege zu ermöglichen und alles zu unterlassen, was das erschweren oder unmöglich machen könnte.

Insbesondere muß der Anwender

- auftretende Störungen der Hardware umgehend melden
- diese Fehler so dokumentieren, daß sie nachprüfbar sind,
- ausreichende Zeit für zügige Wartungsarbeiten ermöglichen
- bei diesen selbst mitwirken, soweit notwendig (Vorführen der Fehler, Zugang zur Anlage, Stellen von Personal etc.).

#### 5.5 Haftung des Wartungsunternehmens

Besondere Aufmerksamkeit wird der Regelung der Haftung gewidmet.

- In der Regel lehnen die Wartungsunternehmen jede Haftung für Zerstörung bzw. Wiederbeschaffung von Daten ab; der Kunde soll sich selbst durch Sicherungskopien schützen. Ebenso wird die Haftung für eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht oft abgelehnt; der Kunde hat auf eigene Kosten Schutzmaßnahmen zu treffen.
- Anders sind hier die Regelungen in kundenfreundlichen Verträgen: Es besteht eine Haftung für die Verletzung der Geheimhaltungspflicht und für schuldhafte Vernichtung oder Veränderung von Daten, mindestens bis zu einem fixierten Höchstbetrag.
- Ferner enthält jeder Vertrag Freizeichnungsklauseln, das sind Vertragsbestimmungen, welche die Haftung mehr oder weniger weitgehend einschränken. Kein Vertrag sieht eine Haftung ohne Verschulden vor, meist wird auch die Haftung für leichte Fahrlässigkeit wegbedungen. Regelmäßig wird die Haftung auf den direkten Schaden eingengt und auf einen Höchstbetrag beschränkt. Auch kundenfreundliche Verträge sehen nur eine Verschuldenshaftung vor und übernehmen zum Teil die Beschränkung auf Ersatz des direkten Schadens.
- Meist wird unterschieden zwischen Personen- und Sachschäden, wobei einige Wartungsunternehmen für Personenschäden eine weitergehende Haftung übernehmen als für Sachschäden. Der Schaden an den zu wartenden Maschinen kann wieder einer Sonderregelung unterstehen, die dann die Übernahme aller Reparaturkosten für diese beschädigten Systembestandteile vorsieht.

Zum Teil fordern Kunden her eine unbegrenzte Haftung für jeden verschuldeten Schaden also auch für indirekte Schäden, wobei sich das Wartungsunternehmen über eine entsprechende Versicherung nachzuweisen hätte.

## **5.6 Abgrenzung zur Gewährleistung**

Im Rahmen eines Kauf- oder Mietvertrages über Hardware hat der Erwerber in bestimmten Fällen Gewährleistungsansprüche, die unabhängig von einem Wartungsvertrag bestehen. Gilt ein Wartungsvertrag bereits während der Gewährleistungsfrist, so ist zu beachten, daß in dieser Zeit für die Behebung jener Mängel, die unter die Gewährleistungsbestimmungen fallen, der Anwender keine Kosten aufgrund des Wartungsvertrages zu tragen hat. (Dies gilt insbesondere dann, wenn der zur Gewährleistung Verpflichtete gleichzeitig das Wartungsunternehmen ist.) Eine Parallelität von Gewährleistung und Wartungsvertrag kann nicht so interpretiert werden, daß der Anwender auf seine Gewährleistungsansprüche verzichtet, da dies einen - ungültigen - Ausschluß der Gewährleistung bedeuten würde.

## **5.7      Leistungsstörungen**

### **5.7.1      Verzug**

Wartungs- bzw Pflegeverträge sind Dauerschuldverhältnisse. Gerät das Wartungsunternehmen mit seiner Leistung in Verzug, so bleiben jedenfalls diejenigen Leistungen unberührt, die in der Vergangenheit fristgerecht erbracht worden sind.

Verzug sollte genau festgehalten werden mit dem

- Zeitpunkt, ab dem Wartung bzw Pflege zu erbringen gewesen wäre,
- Zeitpunkt der Mahnung und Fristsetzung
- Zeitpunkt der tatsächlichen Wartungsleistung.

Rücktritt vom Vertrag *ex tunc* ist nicht möglich, nur Kündigung *ex nunc*.

### **5.7.2      Gewährleistung**

Vereinbart der Anwender mit dem Wartungsunternehmen, daß auftretende Fehler zu beseitigen sind, so haftet das Wartungsunternehmen dafür, daß diese (genauer zu bezeichnenden) Fehler beseitigt werden können. Es stehen dem Anwender werkvertragliche Gewährleistungsrechte zu:

- Verbesserung
- Wandlung
- Minderung
- Schadenersatz wegen Nichterfüllung

Ist nur bloßer Wartung geschuldet, so ist eine mangelhafte Wartungsleistung als positive Vertragsverletzung zu qualifizieren. Der Anwender hat hier einen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens. Arbeitet das Serviceunternehmen einfach nur zu langsam (etwa bei rein zeitbezogener Vergütung), kann soweit auch teilweise Nichterfüllung vorliegen, so daß der Anwender aus Teilverzug Rechte geltend machen kann. In beiden Fällen trägt allerdings der Anwender die Beweislast.

## **5.8      Vertragsbeendigung**

Wartungsverträge, die trotz werkvertraglicher Elemente als Dauerschuldverhältnisse zu qualifizieren sind, können durch Kündigung unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist zum vereinbarten Kündigungstermin (ordentliche Kündigung) beendet werden. Ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kann ein Wartungsvertrag bei Vorliegen wichtiger Gründe aufgelöst werden (außerordentliche Kündigung). Ist der Vertrag auf bestimmte Zeit geschlossen, endet es mit Zeitablauf.