
Vito Roberto
Prof. Dr. iur., Universität St. Gallen,
Baker & MacKenzie Rechtsanwälte, Zürich

Produkthaftung und Software

Sonderdruck aus

JKR 2000
Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts
Annuaire de droit suisse de la consommation

Herausgegeben von/édité par
Oberrichter Dr. Alexander Brunner
Professor Dr. Manfred Rehbinder
Professor Dr. Bernd Stauder

Nicht im Handel



Stämpfli Verlag AG Bern · 2000

Inhaltsübersicht

Geleitwort	VII
Verzeichnisse	
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
 Erster Teil	
Schwerpunktthema 2000	
Produktsicherheit und Produkthaftungspflicht	
Haftung für Produkte nach europäischem und schweizerischem Recht	
sowie im internationalen Privatrecht.....	1
 A. Produktesicherheit und Verantwortlichkeit	
der Glieder der Absatzkette	
Prof. Dr. BERND STAUDER, Universität Genf	3
 B. Produktesicherheit und Qualitätsmanagementsysteme	
PD Dr. WALTER FELLMANN, Universität Zürich	31
 C. Produkthaftungspflicht und Software	
Prof. Dr. VITO ROBERTO, Universität St.Gallen	55
 D. Produkthaftungspflicht und Lizenzverträge	
PD Dr. RETO M HILTY, Zürich	73
 E. Produkthaftungspflichtversicherung	
Prof. Dr. ANTON K. SCHNYDER, Universität Basel.....	101
 F. US-Produkthaftungspflicht und die Schweiz	
Prof. Dr. KURT SIEHR, Universität Zürich	109
 G. Produktbeobachtungspflichten im deutschen und	
österreichischen Recht	
Prof. Dr. HEINRICH HONSELL, Universität Zürich	133

Zweiter Teil	
Aktueller Beitrag	155
Insolvenzschutz im Pauschalreiserecht nach Art. 18 PRG	
KAI SCHAFFELHUBER, LL.M., Genf/ Deggendorf.....	157
 Dritter Teil	
Dokumentation des schweizerischen Konsumentenrechts	
Rechtsentwicklung bis Juni 2000	185
A. Gesetzgebung / Législation	187
Dr. iur. ALEXANDER BRUNNER, Zürich / M ^c DENIS BOIVIN, Berne, MONIQUE PICHONNAZ OGGIER, Berne	
B. Rechtsprechung / Jurisprudence	281
Prof. Dr. MANFRED REHBINDER, Zürich / Dr.iur. ALEXANDER BRUNNER, Zürich	
C. Bibliographie	307
Prof. Dr. BERND STAUDER	
D. Bibliographie-Anhang / Bibliographie en annexe: Internationales, europäisches und ausländisches Konsumentenrecht / Le droit de la consommation international, européen et étranger	329
Prof. Dr. BERND STAUDER	
 Anhang / Annexe	
Konsumentenrechtliche Dokumente / Documents du droit de la consommation	387
A. Empfehlung der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 7. Dezember 1999 über den elektronischen Handel	389
Recommandation du 7 décembre 1999 de la Commission fédérale de la consommation au Conseil fédéral concernant le commerce électronique.....	394
B. Empfehlung der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 7. Dezember 1999 über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz	399
Recommandation du 7 décembre 1999 de la Commission fédérale de la consommation au Conseil fédéral concernant la vente à distance...	401
 Gesetzesregister	405
Schlagwortregister	407
Autoren	413

C. Produkthaftpflicht und Software

Prof. Dr. VITO ROBERTO, Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Haftung aufgrund des PrHG
 - 1. Produkteigenschaft von Software
 - 2. Produktfehler im Allgemeinen
 - 3. Berechtigte Sicherheitserwartung
 - 4. Produktpräsentation
 - 5. Zeitpunkt des Inverkehrbringens
- III. Produzentenhaftung
 - 1. Haftungsgrundlage
 - 2. Unterschiede zum PrHG im Allgemeinen
 - 3. Die Produktbeobachtung im Besonderen
- IV. Die geschützten Rechtsgüter
 - 1. Im Allgemeinen
 - 2. Softwarefehler und Datenbeeinträchtigungen
 - 3. Softwarefehler und weiterfressende Mängel
- V. Schadenersatz
 - 1. Vermeidbare Schäden
 - 2. Mitverschulden

I. Einleitung*

Beinahe das gesamte Lebensumfeld ist heute von der elektronischen Datenverarbeitung durchdrungen. Vor allem zur Rationalisierung und Qualitätsverbesserung wird sie in Wirtschaft und Verwaltung eingesetzt. Aber auch im Freizeitbereich ist die elektronische Datenverarbeitung etabliert und kaum wegzudenken, wie z.B. bei Navigationssystemen im Segel-, Trekking- oder Segelflugsport, bei Sicherheitssystemen im Motorsport oder bei Freizeitanlagen. Damit einher geht eine zunehmende Abhängigkeit des Anwenders von funktionsgerechter und fehlerfreier Software. Sodann ist als Folge der fortlaufenden (Weiter-)Entwicklung elektronischer Datenverarbeitungssysteme eine immer grösser werdende Komplexität der Systeme festzustellen, was wiederum zu einer grösseren Fehleranfälligkeit führt. Diese Umstände lassen die Haftungsverhältnisse bei fehlerhafter Software zunehmend bedeutsam werden¹.

Programmfehler führten bereits zu erheblichen Personen- und Sachschäden. Wegen fehlerhafter Software nahm z.B. eine US-amerikanische Mars-Sonde Kurs auf die Sonne, wurde ein iranisches Verkehrsflugzeug abgeschossen, bestrahlte ein Therapiegerät Krebspatienten zu stark, was zum Tod zweier Patienten führte, und kam es zu Pannen bei der computergesteuerten Benzinzufuhr in Chevrolet-Pick-up-Fahrzeugen, wodurch zahlreiche Verkehrsunfälle verursacht wurden².

Inwiefern Schäden, die aufgrund eines fehlerhaften Computerprogrammes verursacht wurden, über die Bestimmungen des PrHG liquidiert werden können, ist im Schrifttum streitig. Besonders stark wurde die Kontroverse Anfang der 90er-Jahre in Deutschland geführt³. Alternativ stellt sich die Frage, ob eine Haftung aufgrund der Produzentenhaftung (gestützt auf die allgemeinen Bestimmungen in Art. 41 und 55 OR) in Betracht kommt. Ausgeklammert werden die vertraglichen Ansprüche des Softwareerwerbers bzw. -bestellers⁴.

* Für die Bereinigung der Fussnoten danke ich meiner Assistentin Frau lic.iur. Jacqueline Beck.

¹ Vgl. JÜRGEN TAEGER, Produkt und Produzentenhaftung bei Schäden durch fehlerhafte Computerprogramme, CR 1996, 257–271, 257 (zit. Produkt); ders., Ausservertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, Tübingen 1995, 34 ff. (zit. Haftung).

² Vgl. für zahlreiche Beispiele mit Nachweisen TAEGER, Haftung (Fn. 1), 40 ff.

³ Vgl. dazu etwa ANDREAS CAHN, Produkthaftung für verkörperte geistige Leistungen, NJW 1996, 2899–2905.

⁴ Vgl. dazu ausführlich ROLF H. WEBER, Informatik und Jahr 2000, Zürich 1998.

II. Haftung aufgrund des PrHG

1. Produkteigenschaft von Software

Ein Softwarehersteller haftet nach PrHG, wenn das Computerprogramm ein Produkt im Sinne von Art. 3 PrHG ist. Produkt im Sinne von Art. 3 PrHG ist «jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache bildet», sowie Elektrizität. Da Software nicht mit Elektrizität vergleichbar ist⁵, bedarf es für die Haftung nach PrHG der Sachqualität von Computerprogrammen⁶.

In der Frage nach der Sachqualität von Software werden im Schrifttum verschiedene Softwarearten, wie Standard- und Individualsoftware⁷ oder integrierte und isolierte Software, unterschieden. Während in der Schweiz die Meinungsbildung diesbezüglich noch nicht abgeschlossen ist, dürfte heute als allgemein anerkannt gelten, dass jedenfalls Standardsoftware, die auf einem Datenträger (z.B. Diskette, CD-ROM) überlassen wird, eine bewegliche Sache (Art. 713 ZGB) und damit ein Produkt im Sinne des PrHG darstellt⁸. Nichts anderes kann für die auf

⁵ Nach KLAUS MEIER/ANDREAS WEHLAU, Produzentenhaftung des Softwareherstellers, CR 1990, 95–100, 99 ist «physikalisch die Transferierung von Daten vergleichbar der von Elektrizität»; HANS JOSEF KULLMANN, Produkthaftungsgesetz – Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG), Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1997, 73.

⁶ LUKAS MORSCHER, Gewährleistung und Haftung bei der Software-Überlassung, SZW 1999, 61–77, 76.

⁷ Vgl. MICHAEL KORT, Produkteigenschaft medizinischer Software, CR 1990, 171–176, 175 f.; ebenso MEIER/WEHLAU (Fn. 5), 99, wobei der Begriff der Individualsoftware eng auszulegen sei, denn eine Standardsoftware werde nicht zur Individualsoftware, indem sie in einem System installiert und dadurch notwendigerweise angepasst wird.

⁸ Vgl. etwa HANS-JOACHIM HESS, Kommentar zum Produkthaftungspflichtgesetz, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 3 N 45; WALTER FELLMANN, Der Produkte- und Fehlerbegriff, in: ROLF H. WEBER/DANIEL THÜRER/ROGER ZÄCH, Produkthaftungspflicht im europäischen Umfeld, Zürich 1994, 43 ff.; *ders.*, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM P. VOGT/WOLFGANG WIEGAND, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 3 PrHG N 10 (zit. BaK-FELLMANN); MORSCHER (Fn. 6), 77 m.w.N.; offen gelassen von WALTER FELLMANN/GABRIELLE VON BÜREN-VON MOOS, Grundriss der Produkthaftungspflicht, Bern 1993, N 151; unklar WEBER (Fn. 4), welcher den Erwerb von Standardsoftware nicht als Kauf qualifiziert, da «es beim Softwareerwerb nicht hauptsächlich um den Kauf eines physischen Gutes» gehe (35), im Rahmen der Produkthaftung dagegen die Produkteigenschaft bejaht (90); ablehnend HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, § 21 N 31; ANDREAS E. BORSARI, Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produkthaftungspflichtgesetz (PrHG), Zürich 1998, 27 (ausser bei Steuerungssoftware). Zu den Auffassungen in Deutschland siehe MEIER/WEHLAU (Fn. 5), 98 f.; KORT (Fn. 7), 174; TAEGER, Haftung (Fn. 1), 160; TAEGER, Produkt (Fn. 1), 262; ANDREAS CAHN, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 3. Aufl., München 1997, § 2 ProdHaftG N 7 (zit. MünchKomm/CAHN); KULLMANN (Fn. 5), 71; THEO LANGENHEID, in: FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN/THEO LANGENHEID/SIEGFRIED STREITZ, Der Jahr-2000-Fehler: Haf-

einem Datenträger gespeicherte Individualsoftware gelten, denn eine Unterscheidung, ob das Programm als Massenproduktion oder individuell für einen Kunden hergestellt wurde, ist schwer begründbar⁹. Ebenfalls ein Produkt im Sinne des PrHG liegt vor, wenn die Software in einer Sache integriert ist¹⁰. Die Software ist diesfalls produktbezogen und dient der Steuerung einer Maschine, wie dies z.B. bei Autos, Kinderspielzeugen oder Fernsehern der Fall ist¹¹. Eine Unterscheidung zwischen Gerät und Software lässt sich sinnvollerweise nicht vornehmen¹². Isolierter Software kommt, wenn sie auf einem Datenträger gespeichert ist, Produkteigenschaft unabhängig davon zu, ob das Programm erst durch den Benutzer wirksam wird¹³.

Im Weiteren stellt sich die Frage, ob auch Computerprogramme unter den Produktbegriff fallen, die nicht durch Übergabe eines Datenträgers, sondern durch Überspielen des Programmes mittels Datenfernübertragung (online-Übertragung) oder durch Zurverfügungstellung des Datenträgers seitens des Kunden erworben werden. Die Frage ist aus zwei Gründen zu bejahen: Zum einen ist Software eine geistige Leistung, die notwendigerweise in einem Datenträger materialisiert werden muss¹⁴. Dem Datenträger kommt nicht nur eine Transportfunktion zu; vielmehr ist er eigentliche Voraussetzung für die Existenz der Software. Damit der Endzweck, nämlich die Nutzung des Computerprogrammes, verwirklicht werden kann, muss auch die Software, die über Datenfernleitungen überspielt wird, auf einem Datenträger materialisiert wer-

tung und Versicherung, Köln 1999, N 1050; GERALD SPINDLER, Das Jahr-2000-Problem in der Produkthaftung: Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer, NJW 1999, 3737–3745, 3742.

⁹ FRIEDRICH Graf VON WESTPHALEN, Produkthaftungsgesetz, Köln 1999, N 951; MünchKomm/CAHN (Fn. 8), § 2 ProdHaftG N 7; CAHN (Fn. 3), 2902; MICHAEL LEHMANN, Produkt- und Produzentenhaftung für Software, NJW 1992, 1721–1784, 1724; KULLMANN (Fn. 5), 73; TAEGER, Produkt (Fn. 1), 263; TAEGER, Haftung (Fn. 1), 165 ff. stellt ausführlich die unterschiedlichen Lehrmeinungen zu Individual- und Standardsoftware dar; MARTIN HESSLER, Die zivil- und urheberrechtliche Behandlung von Software, MDR 1993, 489–497, 494; nach MORSCHER (Fn. 6), 77 erscheint die Unterstellung sämtlicher Software, unabhängig von ihrer Verkörperung, unter das PrHG auch für die Schweiz als die richtige Lösung; ebenso wohl auch WEBER (Fn. 4), 90.

¹⁰ Dabei kann es sich um Standard- oder Individualsoftware handeln; vgl. HESS (Fn. 8), Art. 3 N 49; WEBER (Fn. 4), 90; TAEGER, Haftung (Fn. 1), 108; FRANK A. KOCH, Haftungsrisiken aus der Jahr-2000-Datumsumstellung, NJW CoR 1998, 297–301, 299.

¹¹ TAEGER, Haftung (Fn. 1), 108 f.

¹² WEBER (Fn. 4), 90; nach TAEGER, Haftung (Fn. 1), 109 nimmt das Computerprogramm am Schicksal der Maschine, in die es integriert ist, teil.

¹³ ROLAND BÜHLER, Produkthaftung für Software, in: Schriftenreihe SAV, Zürich 1992, 91–117, 97 f.

¹⁴ MANFRED WEITZ, Software als Sache, Diss. Münster, 1998, 19 f. und 113 ff. betreffend der in Deutschland vertretenen Theorien, insb. der Verkörperungstheorie; das LG Konstanz, NJW 1996, 2662 kommt jedoch zum Ergebnis, dass Daten keine Sachen im Sinne des § 90 BGB sind, da sie keine körperlichen Gegenstände «in einem der drei möglichen Aggregatzustände» sind; ebenso LANGENHEID (Fn. 8), N 1053.

den¹⁵. Die Software bildet daher eine wirtschaftlich untrennbare Einheit von Datenträger und Programm¹⁶. Zum anderen stellt die Übertragung der Software mittels Datenfernleitung lediglich eine zeitgemässere Form der Übergabe dar. Will man den Softwareherstellern nicht eine Flucht aus der Produkthaftung ermöglichen, muss unerheblich bleiben, wie ein Computerprogramm in Verkehr gebracht wird¹⁷.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Software in jeder Form unter den Produktbegriff des Produkthaftungsgesetzes fällt. Unerheblich ist, ob es sich um Individual-, Standard-, isolierte oder integrierte Software handelt und auf welche Art sie dem Kunden zur Verfügung gestellt wird. Auf das Schadenspotential von Computerprogrammen bezogen ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Hersteller von Software haftungsrechtlich privilegiert werden sollte. Ein Ausschluss der Haftung bei durch Software entstandenen Schäden würde bedeuten, den Zweck der Produkthaftung zu verfehlen, nämlich den modernen Industriegefahren entgegenzutreten¹⁸. Aus den dargelegten Gründen ist heute in der deutschen Rechtsprechung weitgehend anerkannt, dass das Produkthaftungspflichtgesetz auch auf Schäden, welche durch fehlerhafte Computerprogramme verursacht wurden, anwendbar ist. Im schweizerischen Recht ist diesbezüglich dagegen noch keine höchstrichterliche Entscheidung bekannt geworden.

2. Produktfehler im Allgemeinen

Gemäss Art. 4 PrHG ist ein Produkt fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist. Damit unterscheidet sich der objektivierte Fehlerbegriff des PrHG vom Fehlerbegriff des vertraglichen Gewährleistungsrechts¹⁹. Ziel der Produkthaftung ist es, den Konsumenten vor Gesundheits- bzw. Sachschäden zu schützen, weshalb bei der Definition der Fehlerhaftigkeit von Produkten im Wesentlichen auf die Sicherheitserwartungen eben dieser Zielgruppe abzustellen ist und nicht etwa auf eine mangelhafte Gebrauchsfähigkeit. Ist also ein Produkt Ursache eines Schadenseintritts, dann muss für die Bejahung der Haftung auch ein Sicherheitsmangel bzw. ein Mangel bei der Darbietung des Produktes festgestellt werden²⁰.

¹⁵ Vgl. TAEGER, Produkt (Fn. 1), 262; TAEGER, Haftung (Fn. 1), 163.

¹⁶ VITO ROBERTO, Entscheidbesprechung zu BGE 124 III 456, AJP 1999, 342–344, 343.

¹⁷ Vgl. TAEGER, Produkt (Fn. 1), 262; TAEGER, Haftung (Fn. 1), 163.

¹⁸ Vgl. LEHMANN (Fn. 9), 1724.

¹⁹ MORSCHER (Fn. 6), 77; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS (Fn. 8), N 196.

²⁰ TAEGER, Haftung (Fn. 1), 263.

Das PrHG differenziert nicht zwischen unterschiedlichen Fehlerkategorien. In Lehre und Praxis werden dagegen Konstruktions-, Fabrikations-²¹ und Instruktionsfehler unterschieden²². Diese Unterscheidung bringt aber gegenüber der Unterscheidung der berechtigten Sicherheitserwartung und der Produktepräsentation keinen Erkenntnisgewinn, weshalb auf eine entsprechende Einteilung verzichtet wird.

3. Berechtigte Sicherheitserwartung

Ein Produktfehler liegt vor, wenn das Produkt durch seine Konstruktion eine Eigenschaft aufweist, die es, gemessen am bestimmungsgemässen Gebrauch, für den Konsumenten untauglich oder gefährlich macht²³. Im Gegensatz zu herkömmlichen Produktionsprozessen dürfen bei der Entwicklung von Software vor allem im Stadium des Entwurfs bzw. der Codierung Mängel auftreten²⁴. Bei der Programmierung der Software sind deshalb entsprechende organisatorische und technische Massnahmen (z.B. Verfahren der Software-Qualitätssicherung) im erforderlichen und zumutbaren Umfang zu ergreifen.

Bei der Konkretisierung des haftungsrechtlichen Sicherheitsniveaus ist das Gefährdungspotential des einzelnen Produktes zu berücksichtigen. In Fällen, in denen Leben und Gesundheit der Konsumenten beeinträchtigt werden können, sind höhere Anforderungen an die berechtigten Sicherheitserwartungen bzw. Konstruktionsverfahren für Software zu stellen. So dürften beispielsweise die Sicherheitsanforderungen an ein Textverarbeitungsprogramm geringer sein als an Software zum Betrieb eines Medizinalgeräts²⁵.

Hinsichtlich der berechtigten Sicherheitserwartung ist von der Person des durchschnittlichen Anwenders auszugehen; gegebenenfalls ist auch das über- bzw. unterdurchschnittliche Erkenntnis- und Erfahrungswissen einer bestimmten Zielgruppe mit zu berücksichtigen²⁶. So ist beispielsweise zu unterscheiden, ob es sich um Software für ein Medizinalgerät handelt, das nur von Fachpersonen bedient werden kann, oder

²¹ Bezüglich Software kann dem Fabrikationsfehler (z.B. Fehler im Reproduktionsverfahren) kaum Bedeutung zukommen (fehlerhaft kann bloss der Datenträger sein), weshalb in diesem Zusammenhang nicht näher auf diese Fehlerkategorie eingegangen wird.

²² HESS (Fn. 8), Art. 4 N 21 ff.; vgl. auch MORSCHER (Fn. 6), 77.

²³ HONSELL (Fn. 8), § 21 N 32.

²⁴ Zur Unterscheidung zwischen Formfehlern und logischen bzw. methodischen Fehlern im Sinne produkthaftungsrechtlicher Konstruktionsfehler bei Software vgl. BÜHLER (Fn. 13), 105 ff.

²⁵ TAEGER, Produkt (Fn. 1), 268.

²⁶ FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS (Fn. 8), N 183 f.; HESS (Fn. 8), Art. 4 N 7.

ob das Produkt für den Gebrauch durch Laien bestimmt ist. Abgesehen von solchen speziellen Gegebenheiten ist aber jeweils von den berechtigten Sicherheitserwartungen der Allgemeinheit auszugehen. Zu beachten ist, dass im Zusammenhang mit der rasanten Entwicklung der Informationstechnologie auch die Sicherheitserwartungen der Konsumenten gegenüber dem Produzenten ständig wachsen. Die offene Gestaltung des Tatbestandsmerkmals «Sicherheitserwartung» ermöglicht insofern eine an die technischen Entwicklungen angepasste Anwendung des Gesetzes²⁷.

Welche Anforderungen an Sicherheitsmassnahmen zu stellen sind, ist eine Rechtsfrage und bestimmt sich folglich nicht ausschliesslich nach dem durch Wissenschaft und Technik definierten Standard²⁸. So vermag etwa der Umstand, dass die Entwicklung und Erstellung von komplexen Computerprogrammen nur mit erheblichem Aufwand bzw. Kosten bewerkstelligt werden kann, den Softwareproduzenten grundsätzlich nicht zu entlasten. Gleiches gilt für den Einwand, der Fehlerbegriff des PrHG werde der Materie Software nicht gerecht, weil grundsätzlich keine absolut fehlerfreien Computerprogramme entwickelt werden könnten; vernünftigerweise dürfe sich deshalb eine Sicherheitserwartung, wonach Software fehlerfrei zu sein habe, gar nicht bilden²⁹. Dieser Auffassung kann meines Erachtens nicht gefolgt werden³⁰. An Software, insbesondere wenn ihre Fehlerhaftigkeit das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdet, können keine geringeren Anforderungen gestellt werden als an andere Produkte³¹.

4. Produktpräsentation

Die Darbietung oder Produktpräsentation gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a PrHG umfasst jede Art der Vorstellung des Produkts gegenüber dem

²⁷ TAEGER, Produkt (Fn. 1), 263.

²⁸ FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS (Fn. 8), N 185; HESS (Fn. 8), Art. 5 N 57; siehe aber MICHAEL BARTSCH, Software und das Jahr 2000, Karlsruhe 1998, 146.

²⁹ Vgl. HONSELL (Fn. 8), § 21 N 31. Weitere Nachweise bei TAEGER, Produkt (Fn. 1), 265 Fn. 128.

³⁰ Vgl. VITO ROBERTO, Die Haftung der EDV-Unternehmung für das Jahr-2000-Problem, recht 1999, 17–24, 24; WEBER (Fn. 4), 91. Es darf darauf hingewiesen werden, dass offenbar auch Fahrzeuge nicht fehlerfrei produziert werden können; vgl. BILL GATES, Business @ the Speed of Thought, New York 1999, 142 f., wonach es erst Ende der Neunzigerjahre (durch Verwendung von Computerprogrammen) gelungen sei, Fahrzeuge mit durchschnittlich weniger als einem Fehler je Fahrzeug zu produzieren. Es ist wohl noch niemandem eingefallen zu fordern, dass die Fahrzeugindustrie infolgedessen nicht für Schädigungen aufgrund fehlerhafter Fahrzeuge einzustehen hätte.

³¹ MORSCHER (Fn. 6), 77; FELLMANN (Fn. 8), 81; so auch TAEGER, Produkt (Fn. 1), 265.

potentiellen Nutzer. Neben Informationen zum Produkt selbst können auch Hinweise bezüglich vorhandener und nicht vorhandener Eigenschaften oder Funktionsweisen mitgeteilt werden. Nicht nur das Produkt an sich, sondern auch die Produktinformation wirkt sich massgeblich auf die Sicherheitserwartungen aus, die beim Erwerber erweckt werden.

Die Produktpräsentation kann in Form einer Produktbeschreibung, einer Werbeaussage oder einer Verkaufsberatung erfolgen³². Denkbar ist es, dass dem Hersteller auch Beratungen durch autorisierte Verkaufsstellen zugerechnet werden, falls aus der Perspektive des Konsumenten die Aussagen dem Hersteller zuzurechnen sind³³. Grundsätzlich macht es keinen Unterschied, ob die Präsentation in Form eines Einzelgesprächs (z.B. Beratungsgespräch beim Kauf einer Software) oder durch allgemeine Anpreisung (z.B. durch Gebrauchshinweise im Handbuch, Programmbeschreibungen oder integrierte Programmhilfen) erfolgt³⁴.

Inhaltlich soll die Produktbeschreibung den Benutzer über den sachgerechten Gebrauch informieren sowie auf mögliche Gefahrenquellen und einen nahe liegenden Fehlgebrauch hinweisen³⁵. Der Softwarehersteller haftet auch dann, wenn das Computerprogramm entsprechend der Anweisung zum Einsatz kommt und es gerade dadurch zu einer Schädigung kommt, da diesfalls die Sicherheitserwartungen, hervorgerufen durch entsprechende Darbietung, enttäuscht wurden (Art. 4 Abs. 1 lit. a PrHG)³⁶. Zu den Aufgaben der Informationspflichten gehört eben auch, den Benutzer des Produkts auf Risiken hinzuweisen, die selbst bei korrekter Konstruktion und Produktion nicht zu vermeiden sind.

Der Softwarehersteller seinerseits kann davon ausgehen, dass der Anwender vor Inbetriebnahme der Software oder der softwaregesteuerten Anlage die Instruktion zur Kenntnis nimmt oder sich zumindest um ein Verstehen der Anleitung bemüht. Auch hier hat der Hersteller die Informationen dem Verständnishorizont des Anwenders anzupas-

³² HESS (Fn. 8), Art. 4 N 63 ff.; FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS (Fn. 8), N 212 ff. und 234 ff.; ausführlich PASCALE G. PLUTSCHOW-WILLI, Präsentation des Produktes, Zürich 1999, 54 ff.

³³ So HESS (Fn. 8), Art. 4 N 79; ausführlich hierzu FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS (Fn. 8), N 223 ff.

³⁴ TAEGER, Haftung (Fn. 1), 172; vgl. auch BÜHLER (Fn. 13), 110 zu den Dokumentationsstandards für Software.

³⁵ FRIEDRICH Graf VON WESTPHALEN, in: FRIEDRICH Graf VON WESTPHALEN/THEO LANGENHEID/SIEGFRIED STREITZ, Der Jahr-2000-Fehler: Haftung und Versicherung, Köln 1999, N 843; vgl. auch etwa BGH VersR 1992, 96 ff. (Unzureichende Hinweise bezüglich zahnschädigenden Zuckergehalts eines Kindertees).

³⁶ TAEGER, Produkt (Fn. 1), 264.

sen. Bei Computerprogrammen für technische Fachleute sind infolgedessen Angaben in der üblichen Fachterminologie und in englischer Sprache ausreichend; anderes gilt dann, wenn die Computerprogramme für das allgemeine Publikum bestimmt sind³⁷.

Eine Einstandspflicht kann freilich nicht dadurch vermieden werden, dass der Hersteller pauschal darauf hinweist, das Produkt könne nicht fehlerfrei hergestellt werden. Denn für Schädigungen aufgrund fehlerhafter Herstellung oder Information kann die Haftung gemäss Art. 8 PrHG nicht durch Freizeichnungsklauseln beschränkt oder gar wegbedungen werden; dies gilt auch für Umgehungsversuche, wie etwa Hinweise bezüglich der zu erwartenden Produktesicherheit oder Warnhinweise³⁸. In Erwägung zu ziehen wäre lediglich, dass die Nichtbeachtung eines Warnhinweises ein Mitverschulden darstellen kann, was zu einer Reduktion des Schadenersatzanspruches führt (Art. 44 Abs. 1 OR)³⁹.

5. Zeitpunkt des Inverkehrbringens

Da die Sicherheitserwartungen der Allgemeinheit keine konstante Referenz bilden, muss ein zeitlicher Bezugspunkt für deren Beurteilung fixiert werden. Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c PrHG ist auf diejenigen Sicherheitserwartungen abzustellen, die im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts vorherrschten⁴⁰. Hat also der Softwarehersteller die zum Entwicklungszeitraum gebotenen Sicherungsmassnahmen und Informationspflichten beachtet, so ist er nicht haftbar, auch wenn sich in der Zwischenzeit die rechtlichen Anforderungen erhöht haben. Zudem ist im Zusammenhang mit Software zu beachten, dass es üblich ist, in relativ kurzen Abständen sog. «Up-Dates» auf den Markt zu bringen, die wesentliche Neuerungen und teilweise auch Verbesserungen gegenüber der älteren Version enthalten. Allein die Tatsache, dass eine neuere Version erhältlich ist, lässt die vorangegangene Version jedoch nicht als fehlerhaft im Sinne des PrHG erscheinen⁴¹.

³⁷ TAEGER, Produkt (Fn. 1), 269; BGH NJW 1986, 1863; vgl. auch BGE 124 III 456, 461 (Unzulänglichkeit von Handbüchern bei EDV-Systemen).

³⁸ FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS (Fn. 8), N 247 ff.; BaK-FELLMANN (Fn. 8), Art. 9 PrHG N 2; BORSARI (Fn. 8), 220 f.

³⁹ HESS (Fn. 8), Art. 4 N 41; vgl. auch VON WESTPHALEN (Fn. 35), N 832; SPINDLER (Fn. 8), 3742.

⁴⁰ BaK-FELLMANN (Fn. 8), Art. 4 PrHG N 20 ff.; HESS (Fn. 8), Art. 4 N 100; vgl. auch TAEGER, Haftung (Fn. 1), 178.

⁴¹ Art. 4 Abs. 2 PrHG; siehe dazu auch TAEGER, Haftung (Fn. 1), 176.

Eine Sonderstellung kommt dem sog. Entwicklungsfehler zu. Technische Fehler, die zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens noch nicht erkennbar waren, sind keine haftungsbegründenden Konstruktionsfehler⁴². Die Anforderungen an den Entlastungsbeweis gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG sind allerdings regelmässig hoch⁴³. Die Beweislast dafür, dass ein Entwicklungsrisiko vorliegt und der Fehler zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens nach dem Stand der Wissenschaft und Technik nicht erkennbar war, trägt der Hersteller⁴⁴.

III. Produzentenhaftung

1. Haftungsgrundlage

Neben der Produkthaftung gemäss PrHG kommt für Schadenersatzansprüche aufgrund fehlerhafter Software konkurrierend auch die Produzentenhaftung (aufgrund von Art. 41 und 55 OR) als mögliche Anspruchsgrundlage in Frage. Während bei der Produkthaftung lediglich Personenschäden sowie Sachschäden resultierend aus privat genutzten Sachen ersetzt werden, schützt die Produzentenhaftung grundsätzlich alle Geschädigten. Weiter können bei der Produzentenhaftung nicht nur gegen die unter den Herstellerbegriff von Art. 2 PrHG fallenden Personen, sondern auch gegen Geschäftsleiter oder leitende Angestellte Ansprüche erhoben werden⁴⁵.

Die Produzentenhaftung basiert auf den durch die Rechtsprechung entwickelten Organisationspflichten des Geschäftsherrn, welche insbesondere auch eine Warenendkontrolle umfassen⁴⁶. Weitere Aspekte einer zweckmässigen Organisation der Arbeitsabläufe sind die gebotene Sorgfalt bei Konstruktion und Entwicklung sowie die Informationspflicht und richtiger Ansicht nach auch die Produktbeobachtungspflicht⁴⁷.

⁴² HESS (Fn. 8), Art. 4 N 54; ausführlich und kritisch zu dieser Entlastungsmöglichkeit TAEGER, Haftung (Fn. 1), 103 ff.

⁴³ HESS (Fn. 8), Art. 5 N 58; BaK-FELLMANN (Fn. 8), Art. 5 PrHG N 19 (keine Entlastung bei erforderlichen Forschungstätigkeiten, die «für den einzelnen Hersteller die Grenze des Tragbaren überschreiten»).

⁴⁴ Nach GÜNTHER GRAVENREUTH, Computerviren: Technische Grundlagen und rechtliche Gesamtdarstellung, 2. Aufl., Köln u.a. 1998, 54, handelt es sich bei neuen Computerviren um technisch unvermeidbare Fehler, also Entwicklungsrisiken.

⁴⁵ HESS (Fn. 8), Art. 2 N 12 ff.; BARTSCH (Fn. 28), 164.

⁴⁶ Vgl. BGE 110 II 456, 463; siehe auch BGE 90 II 90. Ausführlich dazu WALTER FELLMANN, Produzentenhaftung in der Schweiz, ZSR 1988, 275–308.

⁴⁷ WEBER (Fn. 4), 94; BARTSCH (Fn. 28), 146 ff.; BÜHLER (Fn. 13), 112.

Die Sorgfaltspflichten im Rahmen der Produzentenhaftung hinsichtlich der auszuliefernden Produkte entsprechen weitgehend den Pflichten des Herstellers gemäss dem PrHG. Dies ist der Grund, weshalb die Produktheftungsgesetze weder in der Schweiz noch in den anderen europäischen Rechtsordnungen Bedeutung erlangt haben. Hinzu kommt, dass sich das PrHG nicht auf Pflichten hinsichtlich der bereits ausgelieferten Produkte beziehen kann. Die Produktbeobachtungspflicht und die nachvertragliche Informationspflicht⁴⁸ lassen sich folglich bloss aufgrund der allgemeinen Produzentenhaftung begründen (dazu sogleich bei 3).

2. Unterschiede zum PrHG im Allgemeinen

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Haftung des Softwareherstellers gemäss PrHG einerseits und der Produzentenhaftung andererseits liegt darin, dass das PrHG bei Sachschäden nur Produkte erfasst, die gewöhnlich zum privaten Gebrauch oder Verbrauch bestimmt sind und vom Geschädigten hauptsächlich privat verwendet werden (Art. 1 Abs. 1 lit. b PrHG)⁴⁹. Die Produzentenhaftung kennt diesbezüglich dagegen keine Einschränkungen. Sodann ist eine Haftung für «Bagatellschäden» aufgrund des Selbstbehaltes bei Sachschäden in der Höhe von CHF 900.– gemäss Art. 6 PrHG ausgeschlossen. Weitergehend ist die Haftung des PrHG hingegen bezüglich «Ausreissen»: der Hersteller haftet auch für nicht vermeidbare Fabrikationsfehler bei Serienfertigung. Bezüglich der Genugtuung besteht kein Unterschied⁵⁰.

Unterschiedlich sind schliesslich die Verjährungsfristen: Die relative Verjährungsfrist, welche mit Kenntnis des Schadens und des Schädigers bzw. Herstellers beginnt, beträgt bei der Haftung aufgrund des PrHG drei Jahre (Art. 9 PrHG), bei der Produzentenhaftung dagegen ein Jahr (Art. 60 Abs. 1 OR). In beiden Fällen verjähren bzw. verirken die Ansprüche absolut innert zehn Jahren, wobei die Frist bei Ansprüchen gemäss PrHG mit Inverkehrbringen des Produktes (Art. 10 PrHG), bei der Produzentenhaftung dagegen mit dem Eintritt des schädigenden Ereignisses beginnt (Art. 60 Abs. 1 OR).

⁴⁸ Ausführlich hierzu HESS (Fn. 8), Art. 4 N 42 ff.

⁴⁹ HESS (Fn. 8), Art. 1 N 73.

⁵⁰ HONSELL (Fn. 8), § 21 N 51; HESS (Fn. 8), Art. 1 N 57 ff.; BaK-FELLMANN (Fn. 8), Art. 1 PrHG N 6; URS P. GNOS, Anspruchskonkurrenz im schweizerischen Produktheftungspflichtrecht, Diss. Zürich 1997, 13 ff.

3. Die Produktbeobachtung im Besonderen

Ein Produkt im Sinne des PrHG ist nur dann fehlerhaft, wenn es zu dem Zeitpunkt, in welchem es in Verkehr gebracht wurde, fehlerhaft war (Art. 4 Abs. 1 lit. c PrHG). Dagegen erschöpfen sich die Sorgfaltspflichten gemäss der allgemeinen Produzentenhaftung nicht schon mit dem Inverkehrbringen eines einwandfreien Produkts. Vielmehr hat der Hersteller – wie bereits ausgeführt – auch nach der Markteinführung des Produkts zu beobachten, ob sich Risiken offenbaren, die zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts nach dem Stand von Wissenschaft und Technik nicht erkennbar waren⁵¹.

Zu den Pflichten des Herstellers gehört nicht nur die Beobachtung der Bewährung seiner eigenen Produkte auf dem Markt, sondern auch die Beobachtung und Prüfung ergriffener Gefahrenabwehrmassnahmen konkurrierender Anbieter⁵². Des Weiteren erstreckt sich die Produktbeobachtungspflicht auch auf das Produktverhalten in Kombination mit der Verwendung eines Fremdproduktes (sog. Schnittstellenproblematik)⁵³. Zur Produktbeobachtungspflicht des Softwareherstellers sind beispielsweise der regelmässige Besuch von Fachveranstaltungen sowie die interne Auswertung von publizierten Testberichten zur Verwendung von Software zu zählen⁵⁴.

Treffen Schadensmeldungen ein, hat der Hersteller zu prüfen, ob das Ereignis auf einen eigentlichen Produktfehler oder auf bewusste Fehlanwendungen zurückzuführen ist; gegebenenfalls hat er mit geeigneten Abwehrmassnahmen zu reagieren⁵⁵. Zu denken ist etwa an die öffentliche Bekanntmachung entsprechender Gebrauchs- oder Warnhinweise⁵⁶ sowie «Rückrufaktionen»⁵⁷ oder die unaufgeforderte Zusendung fehlerbereinigter Update-Versionen⁵⁸. Im Zusammenhang mit einer Rückrufaktion oder eines Updates muss der Hersteller – dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechend – alles Erforderliche und Zumutbare vornehmen, um eine Gefährdung der Rechtsgüter Dritter abzuwenden⁵⁹. Der Hersteller hat, soweit er die nötigen Informationen aufgrund eines Lizenzvertrages besitzt, die einzelnen Anwender zu

⁵¹ HESS (Fn. 8), Art. 4 N 43; ferner die in Fn. 47 angeführten Autoren.

⁵² HESS (Fn. 8), Art. 4 N 44; TAEGER, Haftung (Fn. 1), 269.

⁵³ VON WESTPHALEN (Fn. 35), N 821; HESS (Fn. 8), Art. 4 N 44; ausführlich zur Schnittstellenproblematik SPINDLER (Fn. 8), 3740.

⁵⁴ Vgl. HESS (Fn. 8), Art. 4 N 45.

⁵⁵ HESS (Fn. 8), Art. 4 N 46.

⁵⁶ Vgl. BARTSCH (Fn. 28), 148.

⁵⁷ GRAVENREUTH (Fn. 44), 54 ff.; SPINDLER (Fn. 8), 3741.

⁵⁸ TAEGER, Produkt (Fn. 1), 270.

⁵⁹ VON WESTPHALEN (Fn. 35), N 831.

kontaktieren⁶⁰. Umstritten ist, ob der Hersteller dem Benutzer auch den Quellcode zur selbständigen Fehlerüberprüfung herausgeben muss⁶¹. Zu beachten ist schliesslich, dass wirtschaftliche Erwägungen bei der Gefahrenabwendungspflicht des Softwareherstellers in den Hintergrund zu treten haben, wenn eine Gefährdung des Lebens und der Gesundheit der Benutzer oder der Allgemeinheit zu befürchten ist⁶².

IV. Die geschützten Rechtsgüter

1. Im Allgemeinen

Voraussetzung für eine ausservertragliche Haftung wegen fehlerhafter Software ist eine Personenverletzung oder eine Sachbeschädigung. Dies ist für das Produkthaftungsgesetz in Art. 1 Abs. 1 ausdrücklich festgehalten; in Bezug auf die Haftpflicht nach dem Obligationenrecht besteht dagegen (nach der herrschenden Auffassung) eine Haftung für «reine» Vermögensschädigungen dann, wenn eine Schutznorm verletzt wurde. Liegt also kein Schutznormverstoss vor, sind Kosten und entgangener Gewinn, etwa aufgrund eines Betriebsunterbruches, nicht ersatzfähig, sofern diese nicht durch eine Personenverletzung oder Sachbeschädigung verursacht wurden.

Personen- und Sachschäden können bei Versagen der Computerprogramme – wie bereits erwähnt – in verschiedener Hinsicht entstehen: etwa bei Unfällen wegen falsch geschalteter Signalanlagen, Computerausfällen im Flugverkehr, Störungen bei Spitalapparaturen usw. Das fehlerhafte Produkt selbst kann indessen nicht als Sachschaden geltend gemacht werden.

2. Softwarefehler und Datenbeeinträchtigungen

Bei der Haftung für Softwarefehler stellt sich insbesondere die Frage, ob der Verlust bzw. die Veränderung von einzelnen Daten oder Datensammlungen als Sachbeschädigung zu qualifizieren ist. Wie bereits ausgeführt, ist Software als Sache zu qualifizieren. Verschiedentlich wird jedoch die Auffassung vertreten, dass Daten oder Datensammlun-

⁶⁰ TAEGGER, Produkt (Fn. 1), 270.

⁶¹ Bejahend VON WESTPHALEN (Fn. 35), N 829; ablehnend SPINDLER (Fn. 8), 3740 mit Hinweis auf BGH NJW 1987, 1259, 1259 f., der eine allgemeine deliktsrechtliche Pflicht zur Herausgabe des Quellcodes ablehnt.

⁶² HESS (Fn. 8), Art. 4 N 53.

gen nicht mit Software gleichzusetzen seien, ihnen vielmehr immaterieller Charakter zukomme. Datensammlungen seien nichts anderes als Zusammenstellungen elektronisch verarbeiteter Informationen, weshalb von einer Qualifikation als Immaterialgut auszugehen sei⁶³. Selbst wenn die Daten immaterialgüterrechtlich geschützt sind⁶⁴, spricht dies noch nicht gegen ihre Qualifikation als Sache. Wie bereits erwähnt, ist immer dann von Sachqualität elektronischer Informationen auszugehen, wenn die entsprechenden Daten auf einen Datenträger (CD, Diskette) gespeichert werden. Auch die Abspeicherung der Daten auf der Festplatte dürfte eine ausreichende Materialisierung darstellen⁶⁵. Problematisch wäre die Sachlage dann, wenn sich die verlorenen Daten im Arbeitsspeicher (RAM) des geladenen Programms befunden hätten. Sofern dieser Fall praktisch überhaupt bedeutsam ist, erschiene es wenig sachgerecht, eine Haftung davon abhängig zu machen, ob die Daten auf der Festplatte gespeichert wurden oder nicht⁶⁶. Beim Verlust von Daten handelt es sich somit um einen Sachschaden⁶⁷.

3. Softwarefehler und weiterfressende Mängel

Ansprüche aufgrund der Fehlerhaftigkeit einer Sache gehören zum genuinen Aufgabenbereich des Vertrags-, nicht des Deliktsrechts. Die Abgrenzung zwischen der Fehlerhaftigkeit der Sache selbst und der Verursachung eines weiteren Sachschadens ist freilich schwierig. Wie ist etwa zu entscheiden, wenn aufgrund eines fehlerhaften Chips⁶⁸, der in einer Produktionsanlage integriert ist, die Anlage funktionsuntüchtig wird, der Fehler aber weder zu «weiteren» Sachschäden noch zu einer Personenschädigung führt⁶⁹? Die dogmatisch schwierige Abgrenzung⁷⁰

⁶³ Vgl. etwa PETER EBNET, *Der Informationsvertrag*, Baden-Baden 1995, 119 und 125 f.

⁶⁴ Siehe dazu MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 10. Aufl., München 1998, N 157, wonach sich das Urheberrecht (z.B. an Datenbanken) nur auf die originelle Zusammenstellung und nicht auf den ganzen Inhalt erstreckt.

⁶⁵ Ebenso STEFAN ABEL, *Der Millennium-Bug und der lange Arm der Produzentenhaftung*, CR 1999, 680–683, 681; a.M. WEBER (Fn. 4), 92, der den Verlust von Daten als reinen Vermögensschaden qualifiziert.

⁶⁶ Vgl. dazu vorne II 1 (Qualifikation von Software als Produkt, unabhängig davon, ob eine Übertragung «online» oder mittels Datenträger erfolgt).

⁶⁷ OLG Karlsruhe, NJW 1996, 200, 201; GRAVENREUTH (Fn. 44), 46; vgl. auch ABEL (Fn. 65), 681, welcher aber nur extern gespeicherte Daten als Sachschaden betrachtet.

⁶⁸ Der fehlerhafte Chip, welcher andere Teile der Anlage schädigt, ist als funktionell abgrenzbarer Teil des Produktes lokalisierbar.

⁶⁹ Vgl. etwa SPINDLER (Fn. 8), 3738, der einen Anspruch auf Ersatz bei Verlust bereits vorhandener Daten infolge eines Weiterfressschadens bejaht; ferner ABEL (Fn. 65), 681.

⁷⁰ Siehe zu dieser Abgrenzungsfrage auch FELLMANN/VON BÜREN-VON MOOS (Fn. 8), N 130 ff.; BaK-FELLMANN (Fn. 8), Art. 3 PrHG N 11.

der «geschädigten» von der «anderen Sache» wird im deutschen Recht unter dem Stichwort «Weiterfresssschäden» abgehandelt⁷¹. Tatsächlich ist es oftmals unklar, ob Computersysteme noch als Einheit anzusehen sind oder ob es sich um verschiedene Sachen handelt, so dass die Schädigung der einen durch eine fehlerhafte Software der anderen Sache eine ausservertragliche Haftung begründen kann⁷². Die Frage kann hier nicht vertieft werden. Hinzuweisen ist lediglich darauf, dass auch die deutsche Rechtsprechung die Ersatzfähigkeit des «weiterfressenden Mangels» nur bei dauerhafter Einbusse des wirtschaftlichen Werts der gesamten Sache anerkennt⁷³. Häufig ist aber die Funktionsuntauglichkeit einer softwaregesteuerten Anlage nur temporärer Natur und hat demzufolge auch nicht zwingend eine Gebrauchsuntauglichkeit zur Folge. In diesem Fall würde es sich lediglich um einen Vermögensschaden im Sinne eines Gebrauchsausfallschadens handeln, der deliktsrechtlich grundsätzlich nicht zu ersetzen ist⁷⁴.

V. Schadenersatz

Grundsätzlich zu unterscheiden ist zwischen vermeidbaren Schäden (Schadensminderung) und dem Selbst- bzw. Mitverschulden des Geschädigten. Die vermeidbaren Schäden bilden Gegenstand der Schadensberechnung, während das Mitverschulden zu einer Reduktion des zuvor berechneten ersatzfähigen Schadens führt⁷⁵.

⁷¹ BGHZ 67, 359, 364 (Schwimmschalterentscheid). Der Bundesgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass die Beschädigung einer Restsache durch ein schon vor Inverkehrbringen defektes Einzelteil einen Anspruch auf Schadenersatz auslöst, wenn der verursachte Schaden den Mangelunwert des fehlerhaften Produkts übersteigt. So auch in BGHZ 138, 230, 236 = NJW 1998, 1942, 1943 (Transistorentscheid), wo festgestellt wird, dass ein Schaden an der softwaregesteuerten Anlage selbst geltend gemacht werden könne, wenn die Sache mit dem Einbau der Software funktionsuntüchtig und damit wertlos ist. Zur Entwicklung der ausservertraglichen Haftung für «weiterfressende Mängel» VON WESTPHALEN (Fn. 35), N 770 ff.

⁷² Zu denken ist etwa an folgenden Fall: Im EDV-Raum einer Unternehmung kommt es zu einer starken Überhitzung, weil das Kühlsystem ausgefallen ist und das Warnsystem deshalb ebenfalls versagt. Durch sofortiges Abstellen der Systeme kann ein Brand verhindert werden; dadurch werden aber verschiedene Programme beschädigt, und das Unternehmen erleidet einen Produktionsausfall. Je nachdem, ob das Kühl- bzw. Warnsystem als Einheit mit den beschädigten Programmen betrachtet wird, besteht eine ausservertragliche Haftung sowohl für die Programme als auch für den daraus entstandenen Ausfallschaden.

⁷³ SPINDLER (Fn. 8), 3738; weitergehend VON WESTPHALEN (Fn. 35), N 777.

⁷⁴ So auch BARTSCH (Fn. 28), 153.

⁷⁵ Vgl. dazu und zu den praktischen Auswirkungen dieses Vorgehens VITO ROBERTO, Schadensrecht, Basel 1997, 291 f.

1. Vermeidbare Schäden

Zu den allgemeinen Massnahmen im Bereich der Schadensminderung zählen Vorsorgeeinrichtungen, wie beispielsweise Notstromaggregate, die im Falle des Versagens der Systeme oder Anlagen eingesetzt werden können. In Bezug auf Software gehört dazu vor allem die regelmässige Datensicherung. Diese grundlegende Vorsichtsmassnahme sollte heute bei jeder elektronischen Datenverarbeitung eine Selbstverständlichkeit sein, weshalb bei Missachtung dieser elementarsten Sicherheitsmassnahme ein Schadenersatzanspruch meines Erachtens nicht in Betracht kommt⁷⁶.

Der Softwarenutzer hat im Rahmen seiner Schadensminderungsobligation organisatorisch alle Massnahmen zu ergreifen, die technisch möglich, zumutbar und wirtschaftlich tragbar sind, um einen etwaigen Schaden möglichst zu vermeiden. Die erforderlichen Vorkehrungen beurteilen sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der zu erwartenden Schadenshöhe⁷⁷.

2. Mitverschulden

Nach der Schadensberechnung ist zu prüfen, ob und inwieweit die Ersatzpflicht wegen Mitverschuldens herabzusetzen ist. Wie bereits erwähnt, kann beispielsweise die grobfahrlässige Missachtung wesentlicher, durch den Hersteller angebrachter Warnhinweise ein Mitverschulden begründen. In Betracht kommen ferner jene Fälle, in denen sich der Anwender zutraut, das Softwareproblem selbständig zu beheben, wodurch er die Systeme vollständig zum Erliegen bringt. Ein Selbstverschulden liegt auch dann vor, wenn ein Softwareanwender trotz einer Fehlermeldung, welche ihn vor möglichen Schäden (z.B. unwiederbringlicher Datenverlust) zu bewahren versucht, die vorgegebenen Instruktionen nicht bzw. falsch befolgt.

Dagegen ist dem Benutzer der Software im Allgemeinen nicht vorzuwerfen, er habe mögliche Probleme aufgrund fehlerhafter Software nicht frühzeitig erkannt⁷⁸. Der durchschnittliche Anwender darf eben in

⁷⁶ Ebenso SPINDLER (Fn. 8), 3744 mit Hinweis auf OLG Karlsruhe, NJW 1996, 200, 201; siehe auch SIEGFRIED STREIZ in: FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN/THEO LANGENHEID/SIEGFRIED STREITZ, Der Jahr-2000-Fehler: Haftung und Versicherung, Köln 1999, 214 ff.

⁷⁷ SPINDLER (Fn. 8), 3744.

⁷⁸ WEBER (Fn. 4), 99, der jedoch eine entsprechende Pflicht für einen spezialisierten Berater allenfalls bejaht.

guten Treuen darauf vertrauen, dass das Produkt die berechtigten Sicherheitserwartungen erfüllt. Eine eigentliche Schadensabwendungspflicht im Sinne einer selbständigen Bearbeitung fehlerhafter Software durch den Geschädigten besteht ohnehin nicht⁷⁹. Ebenso wenig kann vom Softwarenutzer gefordert werden, dass er jeweils die neueste Version einer Software erwirbt; die Entwicklung neuer Produkte ändert eben nichts an der Fehlerhaftigkeit eines Produktes, dessen Mängel schon im Zeitpunkt des Inverkehrbringens bekannt waren⁸⁰.

⁷⁹ SPINDLER (Fn. 8), 3744.

⁸⁰ SPINDLER (Fn. 8), 3744.