

Inverkehrbringen im Sinne dieser Norm verlangen ein Handeln, das an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet ist²¹.

Dieses Verbot gilt nur für Verbreitungsformen, die über den privaten und eigenen Gebrauch der Absätze 1 bis 3 hinausgehen. Erlaubt ist demnach

- die Verbreitung zum „privaten Gebrauch“ im engen persönlichen Bekanntenkreis²².
- die Verbreitung zum eigenen Gebrauch im betriebs- und behördeninternen Rahmen des § 53 Abs. 2 sowie zu Bildungs- und Prüfzwecken gem. § 53 Abs. 3.

Eine ausdrückliche Ausnahme vom Verbreitungsverbot des Abs. 5 Satz 1 ist in Abs. 5 Satz 2 für fol-

gende Fälle enthalten: Rechtmäßig hergestellte Kopien von Zeitungen und vergriffenen Werken dürfen verliehen werden. Gleiches gilt für Werkstücke, bei denen kleine beschädigte oder abhanden gekommene Teile, durch Vervielfältigungsstücke ersetzt worden sind.

(Der Beitrag wird fortgesetzt)

²¹ Fromm/Nordemann, § 17 Rn. 2-4

²² So zwar auch die Begriffsbestimmung des „privaten Gebrauchs“ durch das Bundesministerium der Justiz, a. a. O., S. 4, 2s Sp., Randerläuterung. Allerdings wird auf Seite 7, 1. Sp. der Broschüre eine Weitergabe „an Freunde“ für unzulässig gehalten

Entscheidungen

ZIVILRECHT

Nutzungsmöglichkeit am Standardprogramm

OLG Stuttgart, Urteil vom 3. Januar 1986 (2 U 70/85)

Nichtamtliche Leitsätze

1. Ein Vertrag über die Überlassung eines Standardprogramms gegen einmalige Vergütung richtet sich hinsichtlich der Gewährleistungsbestimmungen nicht nach Kaufrecht, sondern nach allgemeinem Schuldrecht.

2. Ein solcher Vertrag überträgt dem Anwender kein Recht am Programm, sondern gestattet ihm die Benutzung des Programms.

3. Wenn der Lieferant eines Standardprogramms das Vorhandensein einer Sperre zunächst verschweigt und diese dann dazu mißbraucht, den Anwender zum Abschluß eines nicht akzeptablen Pflegevertrags zu zwingen, verletzt er den Vertrag in schwerer Weise. Der Anwender kann vom Überlassungsvertrag zurücktreten, wenn der Lieferant auf ein akzeptables Gegenangebot nicht eingeht.

4. Ein Pflegevertrag ist für den Anwender nicht akzeptabel, wenn die Gestattung, das Programm zu nutzen, von dem Fortbestand des Pflegevertrags abhängig gemacht wird.

5. Haben die Parteien je einen Vertrag über Hardware und über (Anwendungs)Software als zusammengehörende Leistungen geschlossen, kann der Anwender selbst dann ebenfalls vom Hardwarevertrag zurücktreten, wenn er auf dem Markt andere (Anwendungs)Software für die Hardware finden könnte.

Paragrafen

BGB: § 139; § 276; § 326; § 433

Stichworte

Koppelung von HW und SW — ein Lieferant bei getrennten Dokumenten; Überlassung von Standardprogrammen — rechtliche Einordnung — Klausel hinsichtlich Pflegevertrag; positive Vertragsverletzung — Stoppbefehl

Tatbestand

„Die Beklagte verpflichtete sich durch schriftliche Verträge vom 25. November und 21. Dezember 1982, dem Kläger für sein Architekturbüro einen Tischcomputer mit Zubehör sowie ein Programmpaket zum Preis von zusammen 233 001,48 DM zu liefern. Der Kläger hat den Tischcomputer mit Zubehör (künftig: Hardware) und das ‚Architekturkomplettpaket‘ ... (künftig Software) erhalten und den vereinbarten Preis vollständig bezahlt. Mit der Klage verlangt er wegen Vertragsverletzungen, die er der Beklagten vorwirft, die Rückabwicklung des Geschäfts.

Die im Zeitpunkt des Vertragsschluß gültige Preisliste der Beklagten über ‚Standard-Software und Zubehör‘, die nach den allgemeinen ‚Verkaufs- und Lieferbedingungen‘ der Beklagten Vertragsbestandteil war, sah den Abschluß eines ‚Software-Wartungsvertrags‘ vor, der die Lieferung der neuesten Versionen und aller Paketerweiterungen in der entsprechenden Stufe beinhalten sollte. Anfang 1984 übersandte die Beklagte dem Kläger einen Vertragsentwurf, der gegen Zahlung von „jährlich 8% der einmaligen Überlassungsvergütung“ ab 1. 6. 1983 folgende Leistungen der Beklagten vorsah:

„bei (der Beklagten) stattfindende Einweisungen beliebig vieler Mitarbeiter in vom Kunden gewünschtem Umfang nach zeitlicher Absprache, Nachschulung zum

späteren Zeitpunkt, telefonische Beratung während der normalen Geschäftszeiten, kostenlose Beseitigung eventueller Fehler, soweit dies mit dem System verträglich ist, die kostenlose Lieferung der neuesten Programmversion gegen Rückgabe der alten Version, die kostenlose Lieferung sämtlicher zu den gekauften Programmen, bzw. Programmpaketen entwickelten Erweiterungen mit Ausnahme der Grundbauteile, soweit dies mit dem System verträglich ist.'

Nach dem Vertragsentwurf sollte dem Kläger bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Wartungsgebühren die Nutzung der Programme nicht gestattet sein. Beide Seiten sollten das Recht haben, den Vertrag mit zwölfmonatiger Frist zum Ende eines Kalenderjahres zu kündigen, mit der Folge, daß dann auch die Hauptlizenz erlöschen sollte. Nach Ablauf einer Vertragsdauer von 48 Monaten sollte der Kläger das Recht haben, mit der gleichen Kündigungsfrist eine Sonderkündigung auszusprechen ohne die Folge des Erlöschens der Hauptlizenz.

Der Kläger übersandte mit Schreiben vom 9. Februar 1984 einen Gegenentwurf, der sich vom Entwurf der Beklagten im wesentlichen dadurch unterschied, daß er vorbehaltlich der Urheberrechte der Beklagten den uneingeschränkten Übergang der Programme ins Eigentum des Klägers und die Kündigung mit einmonatiger Frist zum Ende eines Kalenderhalbjahres ohne die Folge des Erlöschens der Hauptlizenz vorsah. Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 17. 7. 1984, durch das sie den Kläger vor die Wahl stellte, entweder dem ursprünglichen Vertragsentwurf der Beklagten oder die dem Schreiben vom 17. 7. 1984 beigefügte Vereinbarung zu unterschreiben, die vorsah, daß beide Seiten auf den Abschluß eines Software-Wartungsvertrages verzichten und die Beklagte diejenigen Leistungen, die normalerweise Bestandteil eines Softwarewartungsvertrages sind, nur auf Anforderung des Klägers gegen Bezahlung erbringt. Am Ende des Schreibens vom 17. 7. 1984 hieß es:

„Wir bitten Sie, sich möglichst umgehend für eine der beiden Möglichkeiten zu entscheiden, da das Programm ab 31. 7. 1984 aus Programmschutzgründen langsamer und mit der Zeit unbrauchbar wird. An einer nochmaligen Modifizierung des Vertragstextes sind wir nicht interessiert.“

Der Kläger nahm das Schreiben der Beklagten vom 17. 7. 1984 zum Anlaß, mit Anwaltsschreiben vom 14. 11. 1984 die Wandlung erklären zu lassen und die Rückzahlung des Kaufpreises ... zu verlangen, da die Löschautomatik im Programm einen wesentlichen Mangel darstelle, den die Beklagte arglistig verschwiegen habe. Die Beklagte ließ dies mit Anwaltsschreiben vom 26. 11. 1984 ablehnen. ...

Das Landgericht gab der Wandlungsklage statt. „Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Sie trägt ergänzend vor:

Eine weitere Aufklärung des Sachverhalts in ihrem Hause habe ergeben, daß die ursprünglich dem Kläger gelieferte Software keine zeitliche Begrenzung gehabt habe. Die zeitliche Begrenzung sei erst in die dem Kläger am 20. 3. 1984 gelieferte Ersatzversion eingebaut

worden. Das sei zum Schutz gegen Mißbräuche geschehen, nachdem der Kläger mit Schreiben vom 9. 2. 1984 die Übertragung des Eigentums an der Software verlangt und sich geweigert habe, den von der Beklagten vorgeschlagenen Wartungsvertrag abzuschließen. Der Kläger habe bereits bei Vertragsschluß (auf seine Frage, was es mit dem Wartungsvertrag auf sich habe) einen Text erhalten, der wördlich dem geänderten Text der Preisliste 5/83 entsprochen habe, wonach die Überlassung einer Lizenz den Abschluß eines Software-Wartungsvertrags für die Lizenzdauer voraussetze und bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Wartungsgebühren die Nutzung der Programme nicht gestattet sei. Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, daß die Anlage mit Programmen anderer Firmen nicht nutzbar sei. ...“

Entscheidungsgründe

„Die Berufung bleibt im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Entgegen der Ansicht des Klägers kann ein Wandlungsrecht wegen eines Mangels der Software nicht aus § 462 BGB hergeleitet werden. § 462 ist insoweit nicht anwendbar, weil der Vertrag über die Software kein Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB ist, sondern ein Lizenzvertrag, auf den die Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts nicht — auch nicht entsprechend — anwendbar sind.

Nach der Software-Preisliste der Beklagten, die Vertragsbestandteil ist, stellen die dort angegebenen Preise das Entgelt für ‚die Lizenz für die Nutzung von Programmen auf einem Rechner‘ dar. Diese Formulierung spricht dafür, daß die Parteien sich nicht einen Kaufvertrag, sondern einen Lizenzvertrag vorgestellt haben. Um einen Lizenzvertrag handelt es sich auch der Sache nach. Wesentlicher Gegenstand des Vertrags ist nicht der Datenträger, sondern das Programm, das darauf festgehalten ist, also nicht eine Sache, sondern ein unkörperlicher Gegenstand. Die Beklagte hat dem Kläger nicht ein Recht an dem Programm verkauft, sondern ihm lediglich die Benutzung des Programms gestattet. Eine Weiterübertragung oder Überlassung zur Nutzung an Dritte ist dem Kläger nicht gestattet. Soweit es sich um das Programm handelt, hat der Kläger daher weder eine Sache, noch ein Recht gekauft, sondern lediglich eine Lizenz erworben.

Für Lizenzverträge gelten nicht die Gewährleistungsbestimmungen des Kaufrechts sondern die Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts über gegenseitige Verträge (BGH GR 79, 768, 769 — Mineralwolle). Nach diesen Bestimmungen kann der Lizenznehmer nicht sofort Rückgängigmachung des Vertrags verlangen, wenn der Gegenstand der Lizenz mit einem Mangel behaftet ist. Er muß vorher den Verzug herbeiführen und kann erst dann zur Bewirkung der mangelfreien Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB). Nur wenn die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für ihn kein Interesse hat, kann er ohne Nach-

fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (§ 326 Abs. 2 BGB). Gleiches gilt, wenn man auf den Lizenzvertrag die Gewährleistungsbestimmungen des Pachtrechts (dafür Stumpf, Der Lizenzvertrag, Rn 20ff, 318ff) oder des Mietrechts (dafür Koch, Computer-Vertragsrecht, Rn 544) anwendet (vgl. §§ 581 Abs. 2, 542 Abs. 1 BGB). Abgesehen von den genannten Fällen berechtigt nach allgemeinem Schuldrecht eine Vertragsverletzung zum Rücktritt, wenn sie den Vertragszweck derart gefährdet, daß dem anderen Teil nach Treu und Glauben das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann (BGH NJW 69, 975).

2. Im vorliegenden Fall ist zweifelhaft, ob die zeitliche Sperre, mit der die Beklagte unstreitig das dem Kläger zuletzt gelieferte Programmpaket versehen hat, einen Mangel der Software darstellt oder nicht. Wenn die Sperre geeignet und erforderlich ist, das Programm gegen unbefugte Benutzung zu schützen, und wenn der Lizenzgeber jederzeit in der Lage und bereit ist, dem Lizenznehmer die vertragsmäßige Benutzung zu ermöglichen, kann nicht ohne weiteres von einem Mangel gesprochen werden (BGH NJW 81, 2684). Das kann hier aber offenbleiben. Zugunsten der Beklagten kann unterstellt werden, daß die zeitliche Sperre keinen Mangel der Software darstellt.

Die Beklagte hat jedenfalls dadurch in schwerer Weise ihre Vertragspflichten verletzt, daß sie dem Kläger das Vorhandensein der Sperre zunächst verschwiegen und dann dazu mißbraucht hat, den Kläger zu einem für ihn nicht akzeptablen Softwarewartungsvertrag zu zwingen.

Der Kläger war auf den Abschluß eines Wartungsvertrages angewiesen, da eine sinnvolle Nutzung des Programms nur mit Hilfe der ständigen, begleitenden Betreuung des Herstellers möglich gewesen wäre. Darüber sind sich die Parteien einig. Der Kläger konnte auf den Abschluß eines Wartungsvertrages insbesondere auch deshalb nicht verzichten, weil er ohne einen solchen Vertrag keinen Anspruch auf die kostenlose Lieferung der neuesten Programmversionen hatte. Die von der Beklagten als Alternative vorgeschlagene Vereinbarung über den Verzicht auf den Abschluß eines Software-Wartungsvertrages sah nicht vor, zu welchen Bedingungen der Kläger die neuesten Programmversionen hätte erhalten können. Der Kläger mußte daher befürchten, daß die Beklagte gegebenenfalls die für die Erstlieferung vorgesehenen Preise verlangen werde, die eklatant höher sind als die Wartungsgebühren, die vierteljährlich nur 2% des Neupreises ausmachen.

Aber auch der von der Beklagten vorgeschlagene Wartungsvertrag war für den Kläger nicht akzeptabel, weil er die Nutzung auch des Grundprogramms von der rechtzeitigen Zahlung der Wartungsgebühren abhängig machte und für den Fall der Kündigung — mit Ausnahme einer einzigen Sonderkündigung nach 48 Monaten — das Erlöschen auch der Hauptlizenz vorsah. Nachdem der Kläger für das Grundprogramm bereits 56 000,— DM zuzüglich MwSt bezahlt hatte, brauchte er sich nicht darauf einzulassen, die Nut-

zungsmöglichkeit für dieses Programm durch den Abschluß des Wartungsvertrages zu gefährden. Unangemessen war aus demselben Grund auch das Ansinnen der Beklagten, die Hauptlizenz im Fall der Kündigung erlöschen zu lassen, zumal das Kündigungsrecht nicht nur dem Kläger, sondern auch der Beklagten zustehen sollte.

Dagegen hat der Kläger einen Vertragsentwurf unterbreitet, den anzunehmen der Beklagten zuzumuten war. Der Kläger verlangte mit seinem Entwurf ausdrücklich nicht das Recht, die von der Beklagten gelieferten Programme zur Benutzung überlassen zu dürfen ..., sondern nur eine „uneingeschränkte Nutzungsmöglichkeit für sich selbst (sowie) lediglich noch eine Abkürzung der von der Beklagten vorgeschlagenen Kündigungsfristen. Im übrigen war er bereit, den Vertragsentwurf der Beklagten zu übernehmen. Die Beklagte hätte ohne Gefährdung ihrer berechtigten Belange darauf eingehen können. Wenn sie das nicht wollte, hätte sie sich wenigstens auf weitere Verhandlungen mit dem Kläger einlassen müssen. Der Vertragsentwurf des Klägers gab der Beklagten jedenfalls keinen gerechtfertigten Anlaß, ultimativ die Annahme ihrer eigenen Vorschläge zu fordern.

Die überzogene Reaktion der Beklagten war eine schwere Verletzung der aus der geschäftlichen Beziehung der Parteien resultierenden vertraglichen Pflicht, mit dem Kläger vertrauensvoll zusammenzuarbeiten. Da die von der Beklagten vorgelegten Vorschläge für den Kläger nicht akzeptabel waren, hätte die Beklagte die Beseitigung der Sperre ohne Vorbedingung anbieten und sich zu weiteren Verhandlungen bereit erklären müssen. Statt dessen hat sie den Kläger unter Hinweis auf die ihm bis dahin nicht bekannte Sperre vor die Wahl gestellt, einen der beiden ihm ungünstigen Vorschläge anzunehmen, und ihn wissen lassen, daß sie zu weiteren Verhandlungen nicht bereit sei. Nach diesem Vorfall befürchtet der Kläger mit Recht, daß die Beklagte auch bei der künftigen Zusammenarbeit der Parteien die in das Programm eingebaute Sperre dazu ausnützen könnte, einseitig ihre eigenen Interessen durchzusetzen. Da der Kläger, wie unstreitig ist, bei der Nutzung der ihm gelieferten Software auf eine dauernde vertrauensvolle Zusammenarbeit mit der Beklagten angewiesen ist, kann ihm ein weiteres Festhalten an dem Vertrag über die Software nicht zugemutet werden. Um das Vertragsziel zu erreichen, muß der Kläger sich einen anderen Vertragspartner suchen. Die Beklagte muß daher die Software zurücknehmen und den dafür bezahlten Preis zurückzahlen.

Der Wegfall des Lizenzvertrages über die Software hat zur Folge, daß dem Kläger auch ein Festhalten am Kaufvertrag über die Hardware nicht mehr zugemutet werden kann. Zwar ist davon auszugehen, daß der Kläger die ihm gelieferte Hardware mit der Software eines anderen Herstellers speisen könnte. Der Kläger hat aber in der Berufungsverhandlung unwidersprochen vorgetragen, daß er die Hardware gerade deshalb bei der Beklagten gekauft habe, weil er die von der Beklagten angebotene Software wollte. Es entspricht auch der Lebenserfahrung, daß die Software zu erheblich günsti-

geren Bedingungen erworben und auf dem laufenden gehalten werden kann, wenn man die Hardware beim selben Hersteller kauft. So ist es auch bei der Beklagten: Nach ihrer Preisliste liegen die Preise für Software *ohne* Hardwarekauf durchweg um die Hälfte über den Preisen *mit* Hardwarekauf. Dem Kläger ist daher nicht zuzumuten, für die von der Beklagten gelieferte Hardware von einem anderen Hersteller die erforderliche Software zu beziehen. Die Beklagte muß daher auch die Hardware zurücknehmen und den dafür bezahlten Kaufpreis zurückzahlen.“

Anmerkung

1. Dem Gericht ist zuzustimmen, daß weder eine Sache noch ein Recht erworben wurde, sondern lediglich die Gestattung, die Software zu benutzen (siehe Zahnrt, DV-Verträge Rechtsprobleme — Einführung in die Vertragsgestaltung, München 1985, S. 63, 85). Erwirbt der Anwender kein Recht, also auch kein einfaches Nutzungsrecht im Sinne von § 31 UrhG, so stellt das Laden des Programms in den Hauptspeicher keine Vervielfältigung dar, sondern eine *Benutzung* des Programms.

Eine andere Frage ist allerdings, ob das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts nicht (zumindest entsprechend) Anwendung findet (siehe Zahnrt, Gewährleistung bei der Überlassung von Standardprogrammen, IuR 1986, 252ff). Das OLG macht es sich mit dem Verweis auf das BGH-Urteil „Mineralwolle“ zu leicht. Dort ging es nicht um ein fertiges Produkt, das benutzt werden konnte, sondern um ein Verfahren, auf Grund dessen der Erwerber einen Produktionsprozeß starten wollte. Im konkreten Fall kommt es auf die Einordnung nicht an (positive Vertragsverletzung).

2. Die Ausführungen dazu, ob das Vertragsangebot des Lieferanten für die Pflege (Wartung) akzeptabel war, haben grundlegende Bedeutung. Das Gericht läßt es nämlich dahingestellt, ob der Anwender diese — in der Tat unanständigen — Bedingungen von vornherein kannte. Das heißt der Sache nach, daß es diese Bedingungen im Sinne der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz für unwirksam hielt. Es hat aber nicht über § 9 AGB-Gesetz entschieden, sondern darüber, daß der Anwender keine andere Wahl hatte, als diese Bedingungen anzunehmen. Da grundsätzlich Vertragsfreiheit besteht, muß das Gericht irgendwo die Pflicht des Lieferanten hernehmen, einen Pflegevertrag zu angemessenen Bedingungen anzubieten. Das hätte es aus dem

Überlassungsvertrag selber ableiten können. Es hat das aber anscheinend nicht getan, sondern hat schlechthin die Pflicht des Lieferanten angenommen, einen angemessenen Pflegevertrag anzubieten: Der Anwender sei von den Leistungen des Lieferanten, nämlich von der Beratung und von der Lieferung weiterentwickelter Versionen abhängig. Das OLG bejaht anscheinend eine Pflegepflicht des Lieferanten weitgehend (vorsichtig Zahnrt, Rechtsfragen zur Pflege von Standardprogrammen, IuR 1986, 155ff). Das ist ein mutiger Schritt, der aber genauerer Begründung bedarf: Wie kommt ein Anwender, der die Version anno 1983 kauft, zum Anspruch, gegen eine Pflegevergütung in typischer Höhe 1984 die Version anno 1984 verlangen zu können?

3. Das Gericht hält es für unanständig, daß der Anwender erst nach 48 Monaten den Pflegevertrag kündigen durfte, ohne sein Benutzungsrecht zu verlieren. Das paßt in dieser Kürze der Begründung nicht zu der vorhergehenden Aussage, daß der Lieferant zur Pflege verpflichtet sei, weil der Anwender diese für neue Programmversionen, also für eine beträchtliche Zeit, benötigte. Wenn der Lieferant den Anwender bedienen muß, muß er auch in gewissem Umfang sich hinsichtlich der Einnahmen absichern können: Er braucht einen sicheren finanziellen Topf, aus dem er Jahr für Jahr unterschiedlich für Verbesserungsinvestitionen schöpfen kann. Man kann allerdings über eine Mindestlaufzeit von 4 Jahren geteilter Auffassung sein.

Die Klausel, daß auch der Lieferant das Benutzungsrecht durch Kündigung des Pflegevertrags beenden konnte, wäre vom OLG wohl besser über das AGB-Gesetz abgehandelt worden, zumal der Lieferant sich selber darauf berief, daß es sich im wesentlichen um eine schon ältere Formulierung einer Preisliste (!) gehandelt habe.

4. Die Frage, ob der Anwender auch vom Hardwarevertrag Abstand nehmen durfte, ist am korrektesten gemäß oder entsprechend § 325 I 2 BGB zu entscheiden (Fortfall des Interesses insgesamt). Insofern ist das Urteil richtungsweisend, wenn vielleicht auch etwas weitgehend: Ich warne meine Anwender-Mandanten stets davor zu versuchen, die Hardware irgendwo anders ein paar Prozente billiger zu bekommen: Der gute Lieferant wendet einen Teil seiner Hardwaremarge typischerweise für die Betreuung des Kunden auf und damit hauptsächlich im Hinblick auf die Software. Dementsprechend hat der Anwender grundsätzlich ein Interesse, dem vertragsbrüchigen Lieferanten auch die Hardware zurückzugeben. (ch. z.)