

Berechnungsangebot auch der Beklagten — nicht nur der H... Versicherungs AG — gehandelt habe. Dies ergibt sich — worauf das Berufungsgericht zutreffend abgestellt hat — sowohl aus dem Wortlaut des Angebots, in dem es hieß: „B... und die H... bieten Ihnen die Möglichkeit ...“, als auch aus dem Umstand, daß die interessierten Leser die auszufüllenden Erklärungsvordrucke der Zeitschrift entnehmen konnten und sie an die Redaktion der Zeitschrift senden sollten. Unter diesen Umständen ist es nicht entscheidend, daß die Berechnung durch den Computer der H... Versicherungs AG erfolgen sollte und die Leser hierauf auch hingewiesen wurden. Denn die Beklagte übernahm nicht nur einen Teil der Verantwortung für die Beratung, sondern leistete mit der Bekanntgabe der Aktion sowie mit Abdruck, Sammlung und Weiterleitung der Erklärungsvordrucke einen eigenen Tatbeitrag, ohne den die als gemeinsame Aktion angekündigte Rentenberechnung für interessierte Leser — jedenfalls in der angebotenen Form — überhaupt nicht hätte stattfinden können. In Anbetracht der Bedeutung und Eigenständigkeit dieses Tatbeitrags und der nach außen bekundeten Eigenverantwortlichkeit auch der Beklagten für die angekündigte Aktion brauchte das Berufungsgericht nicht zu prüfen, ob möglicherweise — wofür allerdings nichts vorgetragen war — die H... Versicherungs AG ihrerseits im Rahmen ihrer Versicherertätigkeit zu einer Rentenberechnung gemäß Art. 1 § 5 Nr. 1 RBeratG berechtigt gewesen sein sollte. Denn eine solche Berechtigung ließe — wie das Berufungsgericht

ebenfalls zutreffend ausgeführt hat — die Unzulässigkeit einer selbständigen und eigenverantwortlichen Mitwirkung der Beklagten an einer solchen Rentenberatungsaktion unberührt.

Das Berufungsgericht hat schließlich auch zu Recht die von der Beklagten angebotene Beratung als geschäftsmäßig im Sinne des Art. 1 § 1 Satz 1 RBeratG angesehen. Es hat dazu rechtsfehlerfrei ausgeführt, daß es sich nicht um eine in einem Gelegenheitsfall aus besonderen Gründen ausgeübte einmalige Beratungstätigkeit, sondern um eine — wenn auch zeitlich befristete — auf eine Vielzahl von Fällen angelegte Aktion gehandelt habe. Bereits die Dauer dieser erstmaligen Aktion — vom 11. 3. bis 15. 4. 1982 — lasse die Beratungstätigkeit als geschäftsmäßig erscheinen, selbst wenn die Beklagte noch nicht geplant haben sollte, die Aktion zu wiederholen.

Die Verletzung der Vorschrift des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBeratG stellt zugleich einen Verstoß gegen § 1 UWG dar. Ergänzender Feststellungen des Berufungsgerichts hätte es hierzu nicht bedurft. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich nämlich daraus, daß der Erlaubniszwang für rechtsbesorgende Tätigkeiten nicht nur auf wertneutralen Vorschriften beruht, sondern im allgemeinen Interesse an einer zuverlässigen Rechtspflege liegt (BGHZ 48, 12, 17; BGH Urt. v. 18. 1. 1974 — I ZR 13/73, GRUR 1974, 396, 398 = WRP 1974, 204 — Unfallhelferring II; st. Rspr.).

## ZIVILRECHT

# Koppelung von Hardware und Software

**BGH, Urteil vom 25. März 1987 (VIII ZR 43/86)**

### Amtliche Leitsätze

1. Zur Rückabwicklung eines Software-Überlassungsvertrages aufgrund einer positiven Vertragsverletzung des Lieferanten (Lizenzgebers) durch Einbau einer Programmsperre und deren Benutzung als Druckmittel zum Abschluß eines Wartungsvertrages.

2. Die Zusammenfassung zweier Vereinbarungen über den Kauf eines Computers (Hardware) und die zeitlich nicht begrenzte Überlassung von Software (als Lizenzvertrag) in ein und derselben Vertragsurkunde kann eine Vermutung dafür begründen, daß ein einheitlicher Vertrag mit gleichen Folgewirkungen bei Störungen in einem der Teilbereiche abgeschlossen werden sollte. Sie ist widerlegt, wenn sich der Vertrag auf den Kauf eines handelsüblichen Computers und auf die Überlassung von Standard-Software bezieht. Ist in einem solchen Falle der Softwarevertrag wegen positiver Vertragsverletzung rückgängig zu machen oder deswegen fristlos gekündigt, wird der Hardwarevertrag davon nicht berührt.

### Nichtamtlicher Leitsatz

Der Leitsatz „Sie (Die Vermutung) ist widerlegt, wenn sich der Vertrag auf den Kauf eines handelsüblichen Computers und auf die Überlassung von Standardsoftware bezieht“ gilt unter der Voraussetzung, daß Hardware und Software nicht speziell aufeinander abgestimmt sind.

### Paragrafen

BGB: § 139; § 325; § 326; § 542; § 581

### Stichworte

Fehler — Programmsperre; Koppelung von Hardware und Standardprogrammen; a.o. Kündigung — wegen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses; Programmschutz; Überlassung von Standardprogrammen — rechtliche Einordnung

**Tatbestand**

„Der Kläger verlangt die Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses über einen ihm von der Beklagten für sein Architekturbüro gelieferten und von ihm voll bezahlten Tischcomputer (Hardware) nebst Architektur-Komplettpaket ‚Generation 4‘ (Software).

Unter dem 25. November 1982 schlossen die Parteien einen schriftlichen Vertrag über die Lieferung einer Computer-Anlage zum Preise von 233 001,48 DM einschließlich Mehrwertsteuer, wobei im Vertragstext nur die Hardware aufgeführt ist. Mit Datum vom 21. Dezember 1982 unterzeichneten sie einen handschriftlich abgefaßten Vertrag, in dessen Text derselbe Gesamtpreis und dieselbe Hardware eingesetzt sind, jedoch ‚einschließlich Architekturkomplettpaket Generation 4‘ (Software). Beide Vertragstexte verweisen auf die beigefügten Verkaufs- und Lieferbedingungen (im folgenden: VLB), in denen es u. a. heißt:

„Software:

...

Der Kunde verpflichtet sich, die Programme nur im eigenen Hause zu verwenden und sie Dritten nicht zur Verfügung zu stellen, weder durch Verkauf, noch leihweise.

Alle Urheberrechte verbleiben beim Programmhersteller. Programme werden in geschützter Form geliefert.

...

Für Standardprogramme gilt unsere jeweils neueste ‚Preisliste Software‘.

Die nach den VLB zum Vertragsbestandteil gemachte ‚Preisliste‘ (Stand: 11/82) enthält u. a. folgende Regelungen:

...

Für die Lieferung aller Programme gelten unsere Verkaufs- und Lieferbedingungen. Alle Preise verstehen sich in DM zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer. Sie beinhalten die Lizenz für die Nutzung von Programmen auf einem Rechner.

...

Die Kosten der Informationsträger werden zusätzlich berechnet. Die Duplizierkosten der Erstversion sind im Kaufpreis enthalten...

Die Softwarepreise sind die im Allgemeinfall gültigen Lizenzgebühren...

Für Kunden, die die zum Betrieb der Software notwendigen Rechner und Peripheriegeräte bei uns beziehen oder bereits bezogen haben, gelten ... die ‚Software Sonderpreise‘.

Eine neue verbesserte Programmversion ... kann ein Kunde bei Rückgabe der alten zum Differenzpreis zwischen alter und neuer Version erwerben.

Ab Nummer 2 hinter dem Schrägstrich ist ein Softwarewartungsvertrag abzuschließen, der die Lieferung der neuesten Versionen und aller Paketerweiterungen in der entsprechenden Stufe beinhaltet. ...

Preise in DM

mit / ohne

Hardwarekauf

Sonderangebot für Architekten

Komplettpaket ARC 4593/2 + TXT

4595/2 + AVA 4594/2 (Generation 4)

einschließlich Mengenrabatt 70.000 / 105.000

zuzüglich Softwarewartungsvertrag

Die Beklagte erteilte dem Kläger am 21. Dezember 1982 eine Rechnung, in der der vertragliche Gesamtpreis (ohne Mehrwertsteuer) von 106 196,— DM aufgeteilt war in den Kaufpreis der Hardware von

150 196,— DM und die Vergütung für die Software von 56 000,— DM.

Hardware und Software wurden Ende des Jahres 1982 und in der Folgezeit geliefert und vom Kläger bezahlt. Die Parteien sind in der Revisionsinstanz darüber einig, daß die Hardware käuflich erworben, die Software dagegen — im Wege eines Lizenzvertrages — zur Nutzung überlassen war. Streit besteht nur hinsichtlich der Frage, ob die Nutzung unbefristet überlassen werden sollte oder durch Kündigung zu beenden war.

Anfang 1984 übersandte die Beklagte dem Kläger einen Vertragsentwurf, der gegen Zahlung von 1400,— DM vierteljährlich zuzüglich Mehrwertsteuer folgende Leistungen der Beklagten vorsah und auszugsweise die weiteren Bestimmungen enthielt:

2. Der Vertrag umfaßt folgende Leistungen:

Bei ... (der Beklagten) stattfindende Einweisung beliebig vieler Mitarbeiter in vom Kunden gewünschten 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 Grundbausteine, soweit dies mit dem System verträglich ist.

6. Bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Wartungsgebühren ist dem Kunden die Nutzung der Programme nicht gestattet. Sie ist erst dann wieder gestattet, wenn alle rückständigen Beiträge nachgezahlt sind. Der Kunde kann aus dem Verbot der Nutzung keinerlei Rechte herleiten.

7. Dieser Vertrag wird auf unbestimmte Dauer geschlossen. Er kann jeweils auf das Ende eines Kalenderjahres durch eingeschriebenen Brief mit zwölfmonatiger Frist gekündigt werden. Bei Auslaufen dieses Softwarewartungsvertrages erlischt auch die Hauptlizenz und alle Datenträger mit Programmen sind ... zurückzugeben, bzw. der Kunde gestattet die Löschung aller Programme auf seinen Datenträgern.

Nach Ablauf einer Vertragsdauer von 48 Monaten kann der Kunde eine Sonderkündigung mit der gleichen Kündigungsfrist aussprechen. In diesem Fall entfällt die Rückgabe der Programme, ...

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 baute in der Folgezeit anlässlich des Austauschs von Programmteilen und ohne den Kläger darüber zu informieren eine Sperre in die Software ein, die das Programm ab 31. Juli 1984 langsamer ablaufen und allmählich unbrauchbar werden ließ. Mit Schreiben vom 17. Juli 1984 stellte sie den Kläger vor die Wahl, entweder ihren ursprünglichen Vertragsentwurf oder die dem Schreiben beigefügte Vereinbarung zu unterzeichnen, nach der beide Seiten auf den Abschluß

eines Softwarewartungsvertrages verzichteten und die Beklagte Wartungsarbeiten nur auf Anforderung und gegen Einzelbezahlung erbringen sollte. Im Begleitschreiben kündigte die Beklagte für den Fall des Verzichts auf einen Wartungsvertrag die Übersendung der erforderlichen Disketten an, damit das Programmsystem zeitlich nicht begrenzt sei. Gleichzeitig wies sie den Kläger auf die eingebaute Programmsperre hin.

Der Kläger ließ mit Anwaltsschreiben vom 14. November 1984 Rückzahlung des gesamten ‚Kaufpreises‘ von 233 001,48 DM fordern und begründete dies mit dem Vorwurf des in der zeitlichen Programmsperre liegenden und nach seiner Auffassung von der Beklagten arglistig verschwiegenen Mangels, der ihn zur Wandlung des Vertrages und außerdem zum Schadenersatz nach § 823 BGB berechtige.

Mit seiner am 11. Dezember 1984 bei Gericht eingegangenen Klage hat der Kläger den geforderten Rückzahlungsbetrag ... geltend gemacht, Zug um Zug gegen Rückgabe der gelieferten Anlage nebst Software-Programmpaket. ... Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.“

### Entscheidungsgründe

„Die Revision hat teilweise Erfolg.

I. 1. Der Kläger hat in den Vorinstanzen seine Rückzahlungsforderung in erster Linie darauf gestützt, daß die unstreitig von der Beklagte in das Programm eingebaute, Ende Juli 1984 wirksam werdende Sperre einen Mangel der Software darstelle, der ihn zur Wandlung des gesamten Vertrages, also auch hinsichtlich der Hardware, berechtige. Das Berufungsgericht hat abschließende Feststellungen hierzu nicht getroffen, sondern zugunsten der Beklagten unterstellt, daß die Sperre nicht als Mangel der Software anzusehen sei; ein solcher liege nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs möglicherweise nicht vor, wenn die Sperre geeignet und erforderlich gewesen sei, das Programm gegen unbefugte Benutzung zu schützen, und wenn die Beklagte als Lizenzgeber jederzeit bereit und in der Lage gewesen wäre, dem Kläger die Benutzung zu ermöglichen.

Der rechtliche Ausgangspunkt, der diesen Erwägungen zugrunde liegt und den beide Parteien in der Revisionsinstanz nicht in Zweifel ziehen, entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Danach ist eine eingebaute Programmsperre nicht stets als Mangel der Software anzusehen. Vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, insbesondere auf die Schutzbedürftigkeit des Programms und die Möglichkeit des Benutzers zur ungehinderten vertraglichen Verwendung (Senatsurteil vom 3. Juni 1981 — VIII ZR 153/80 = NJW 1981, 2684 = WM 1981, 954 = ZIP 1981, 868 m. Anm. Ellenberger). Da das Berufungsgericht mangelbegründende Tatsachen nicht festgestellt hat, ist für die Revisionsinstanz zu unterstellen, daß die Software nicht mit einem Mangel behaftet war,

der ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert hätte.

Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Entscheidung darüber, welche Rechtsvorschriften im vorliegenden Fall für die Beurteilung von Mängelfolgen heranzuziehen wären und ob insbesondere wie bei patentrechtsähnlichen Lizenzverträgen die §§ 325, 326 BGB maßgebend wären, wie das Berufungsgericht meint (vgl. BGH LM PatG § 9 Nr. 31 = DB 1979, 2367 = GRUR 1979, 768; demgegenüber §§ 542, 581 BGB für Fälle der Nutzungsbehinderung bei Softwareüberlassungsverträgen als pachtähnlichen ‚know-how-Verträgen‘ Senatsurteil vom 3. Juni 1981 aaO; vgl. ferner auch Senatsurteil vom 5. Oktober 1981 — VIII ZR 259/80 = NJW 1982, 696; zum Meinungsstand in der Literatur vgl. Mehrings NJW 1986, 1904, Brandi-Dohrn CuR 1986, 63, Kilian in: Gorny/Kilian, Computer-Software und Sachmängelhaftung, 1985, S. 19 ff., Engel BB 1985, 1159, jeweils m.w.N.).

2. Das Berufungsgericht, das den Vertrag hinsichtlich der Software nicht als Sach- oder Rechtskauf, sondern als Lizenzvertrag ansieht, ist der Auffassung, der Kläger könne die Softwarevereinbarung rückgängig machen, weil die Beklagte ihre Vertragspflichten in schwerwiegender Weise verletzt und dadurch dem Vertrag die Vertrauensgrundlage entzogen habe. Es führt dazu aus: Die Vertragsverletzung liege darin, daß die Beklagte den Einbau der Programmsperre zunächst verschwiegen und dann dazu mißbraucht habe, den Kläger zu einem für ihn ungünstigen Wartungsvertrag zu zwingen. Auf einen solchen mit annehmbarem Inhalt sei der Kläger angewiesen gewesen, weil er nur dann die Software sinnvoll habe nutzen und die notwendigen Ergänzungen und Änderungen habe erhalten können. Die alternativ von der Beklagten vorgeschlagene Vereinbarung sei ungleich teurer gewesen. Unannehmbar sei auch das Erlöschen der Grundlizenz im Falle einer auch für die Beklagte vorgesehenen vorzeitigen Kündigung des Wartungsvertrages gewesen. Demgegenüber habe der Gegenentwurf des Klägers für die Beklagte eine angemessene Regelung enthalten, zumal er ausdrücklich das Urheberrecht der Beklagten habe aufrechterhalten wollen. Bei dieser Sachlage hätte die Beklagte den Kläger nicht ultimatив unter Druck setzen dürfen, sondern hätte die Sperre ohne Vorbedingungen aufheben und mit dem Kläger weiter verhandeln müssen. Eine weitere Zusammenarbeit sei dem Kläger unter diesen Umständen nicht zuzumuten gewesen, so daß die Beklagte die Software zurücknehmen und den dafür erhaltenen Preis zurückzahlen müsse.

Diese Ausführungen halten im Ergebnis den Angriffen der Revision stand.

a) Gegenstand der Softwarevereinbarung im Vertrag vom 21. Dezember 1982 war unstreitig ein Standardprogramm. Die rechtliche Einordnung eines derartigen Überlassungsvertrages, die für die Inhaltsbestimmung der einzelnen vertraglichen Rechte und Pflichten wie auch für die Voraussetzungen einer vorzeitigen Vertragsbeendigung von Bedeutung sein kann, ist in der Literatur umstritten (vgl. die oben zu I 1 am Ende zitierten Nachweise). Weitgehende Einigkeit besteht nur insofern, als in der Überlassung auch von Standardsoftware ein Nutzungsvertrag im wesentlichen über ein geistiges

Werk gesehen wird, der häufig — so im vorliegenden Fall von beiden Parteien und vom Berufungsgericht — als Lizenzvertrag oder als Know-how-Vertrag — so im Senatsurteil vom 3. Juni 1981 aaO. — bezeichnet wird. Streit besteht jedoch darüber, ob eine solche Vereinbarung einem gesetzlich geregelten Vertragstyp (vor allem dem Kauf-, Miet- oder Pachtrecht) zuzuordnen bzw. anzunähern oder als Vertrag eigener Art zu behandeln ist, für den die einzelnen Rechtsfolgen je nach der zu beurteilenden Situation verschiedenen Gesetzesregelungen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entnehmen wären.

Diese unterschiedlichen Auffassungen sind für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung. Die Revision rügt daher schon aus diesem Grunde ohne Erfolg, daß das Berufungsgericht den rechtlichen Charakter des Lizenzvertrages als Dauerschuldverhältnis verkannt habe.

aa) Nach Ansicht der Revision hat das Oberlandesgericht den Lizenzvertrag als Austauschvertrag gewürdigt und dem Kläger ein Rücktrittsrecht aufgrund positiver Vertragsverletzungen (Ausnutzung der heimlich eingebauten Programmsperre als Druckmittel) entsprechend § 326 BGB zugebilligt. Das läßt sich dem angefochtenen Urteil jedoch nicht entnehmen. Seine Ausführungen zu den §§ 325, 326 BGB beziehen sich ersichtlich nur auf die Erhebung von — hier nicht interessierenden — Mängelansprüchen. Das Recht des Klägers, den Vertrag rückgängig zu machen, wird vom Berufungsgericht aus einem allgemeinem Grundsatz hergeleitet, der im Falle schwerwiegender Vertragsverletzungen für alle Vertragstypen gelten soll, also nicht nur für Austauschverträge.

Selbst wenn das Berufungsgericht von einem Austauschverhältnis ausgegangen wäre, könnte die Revision keinen Erfolg haben, weil die Rechtsfolgen die gleichen wären wie bei der Annahme eines Dauerschuldverhältnisses.

bb) Wäre der Softwarevertrag — etwa wegen unbefristeter Nutzungsüberlassung und einmaliger Gegenleistung — kaufrechtsähnlich und damit wie ein Austauschvertrag zu behandeln, so könnte eine vom Berufungsgericht angenommene schwere Vertragsverletzung zum Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung verpflichten, oder den Kläger zum Rücktritt berechtigen (Senatsurteil vom 19. Februar 1969 — VIII ZR 58/67 = NJW 1969, 975 = WM 1969, 499). Dasselbe gilt, wenn der Softwarevertrag als Dauerschuldverhältnis oder ähnlich einem solchen, insbesondere als pachtähnliches Rechtsverhältnis verstanden wird. Zwar tritt bei einem Dauerschuldverhältnis in der Regel die Kündigung an die Stelle des Rücktritts, wenn der Vertrag bereits vollzogen ist (Senatsurteile vom 10. Juli 1968 — VIII ZR 120/66 = BGHZ 50, 312, 315 und vom 10. März 1976 — VIII ZR 268/74 = WM 1976, 508 unter III 1). Diesen Grundsatz hat der Bundesgerichtshof aber nur für den Regelfall aufgestellt, weil die Parteien eines Dauerschuldverhältnisses im allgemeinen kein Interesse haben, wegen einer nachträglich (d.h. während des in Vollzug gesetzten Vertragsablaufs) eingetretenen Störung auch die bereits erbrachten Leistungsteile rückgängig zu machen (Senatsurteil vom 23. Februar 1972 — VIII ZR 115/70 = WM 1972, 625 unter III 1, insoweit in NJW 1972, 827 nicht abgedruckt). Besteht ausnahmsweise ein derartiges Interesse, kann also auch bei einem Dauerschuldverhältnis ein Rücktritt in Betracht kommen, selbst wenn einzelne Leistungen bereits erbracht sind.

Ob hier ein solcher Ausnahmefall vorliegt, läßt sich mangels tatrichterlicher Feststellungen über Art und Ausmaß der vom Kläger genossenen Nutzung und des darauf entfallenden Vergütungsanteils nicht abschließend beurteilen. Die Frage kann aber dahingestellt bleiben, weil der volle Rückzahlungsanspruch auch im Falle der Kündigung aus wichtigem Grunde gerechtfertigt ist. Durch die Kündigung wird

nämlich ein auf positiver Vertragsverletzung beruhender Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen (Senatsurteil vom 23. Februar 1972 aaO unter III 1), der hier die gesamte Vergütung für die Softwareüberlassung einschließt. Denn wenn der Kläger das Programmpaket nicht mehr nutzen kann, ist er gezwungen, sich bei einem anderen Hersteller Ersatz zu beschaffen. Dafür hat er die volle Vergütung zu entrichten, so daß sich für ihn die an die Beklagte geleistete Zahlung als vollständig nutzlos erweist. Denkbar wäre, daß er sich den Nutzungswert für zeitweiligen Gebrauch des Programms anrechnen lassen müßte. Das Berufungsgericht hat aber keine Feststellungen hierzu getroffen und die Beklagte auch nichts Substantiiertes vorgetragen.

cc) Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn dem Kläger in seiner Revisionserwiderng zu folgen wäre. Danach soll der Softwarevertrag noch nicht vollständig abgeschlossen gewesen sein, weil er sich auch auf die Vereinbarung von Wartungs- und Programmergänzungsleistungen gerichtet habe. Ob dem zu folgen ist, mag dahingestellt bleiben. Die vom Berufungsgericht angenommene schwere Vertragsverletzung wäre in diesem Falle als ein Verschulden bei Vertragsabschluß zu werten, das die Beklagte zur Erstattung der geleisteten Aufwendungen, d.h. der Vergütung für die Software, verpflichten würde. Die ursprüngliche Erhebung eines Wandelungsbegehrens stünde dem nicht entgegen, weil der Kläger seinen Anspruch von Anfang an auch als Schadensersatzanspruch geltend gemacht hat.

b) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht mit Recht eine schwerwiegende Vertragsverletzung angenommen, die den Kläger zum Rücktritt vom Softwarevertrag oder zur Kündigung aus wichtigem Grunde — und damit verbundenem Schadensersatz — (oben I 2 a bb) oder zum Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsabschluß (oben I 2 a cc) berechtigte.

aa) Die schuldhafte Zerstörung des für den Vertragserfolg unstreitig erforderlichen Vertrauensverhältnisses sieht das Berufungsgericht weder nur im Einbau einer Programmsperre noch allein in der Weigerung, den Wartungsvertrag nach dem Vorschlag des Klägers abzuschließen, sondern in dem ultimativen, auf die kurzfristig angekündigte Programmzerstörung gestützten Druck, einen der beiden Vorschläge der Beklagten anzunehmen, die das Oberlandesgericht beide für unangemessen hält.

Die Revision räumt ein, daß dieser Sachverhalt ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde rechtfertigen würde. Sie meint aber zu Unrecht, die tatrichterlichen Feststellungen beruhten auf widersprüchlicher Tatsachenwürdigung und Übergehung wesentlichen Parteivortrags.

bb) Unzutreffend ist der Vorhalt der Revision, die Beklagte sei nicht zur Vereinbarung eines Wartungsvertrages mit einem bestimmten, angemessenen Inhalt verpflichtet gewesen. Nach der zum Vertragsbestandteil gemachten Preisliste ‚ist ein Wartungsvertrag abzuschließen‘. Diese uneingeschränkte Formulierung läßt keinen Zweifel daran, daß nicht nur der Kläger, sondern auch die Beklagte zum Abschluß verpflichtet war. Daß der von ihr vorzuschlagende Inhalt angemessen sein mußte, wenn der Kläger zur Annahme gezwungen sein sollte, bedarf keiner näheren Begründung.

Auf die von der Revision aufgeworfene Frage, ob das Interesse des Klägers an dem Vertragsabschluß in Widerspruch zu der vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang ge-

troffenen Feststellung stehe, der Kläger habe die Nutzung des Grundprogramms nicht durch den (von der Beklagten vorgeschlagenen) Wartungsvertrag zu gefährden brauchen, kommt es für die Abschlußpflicht der Beklagten nicht an. Auch trifft es nicht zu, daß die Beklagte die Benutzbarkeit des Grundprogramms ohne jeden Wartungsvertrag schlüssig behauptet hätte. Der Streit der Parteien in den Vorinstanzen ging nur darum, ob das Programm ‚Generation 4‘ bereits vollständig vorlag oder noch ergänzt werden mußte. Zweifel an der Notwendigkeit einer begleitenden Betreuung durch sie hat die Beklagte nicht geltend gemacht.

cc) Unberechtigt ist ferner die Rüge, das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, die Ausführung einzelner Wartungsarbeiten entsprechend dem Alternativangebot vom 17. Juli 1984 sei unzumutbar teurer gewesen. Auf die Kosten der Einzelarbeiten hat das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht gestützt. Seine Annahme, der Kläger habe schon wegen der eigenen Preisangaben der Beklagten in der Preisliste ohne Festlegung im einzelnen mit erheblich höheren Kosten rechnen müssen, erscheint bei Würdigung der Gesamtumstände nicht unberechtigt. Ob und in welchem Umfang Einzelregelungen in der auf den Abschluß eines Wartungsvertrages zielenden Preisliste auch ohne einen solchen Vertrag gelten sollten, war für den Kläger nicht erkennbar. Auf die Häufigkeit von Wartungs- und Ergänzungsanlässen konnte es dabei nicht ankommen.

dd) Die Beklagte kann nichts für sie Günstiges daraus herleiten, daß auch der Kläger in seinem Schreiben vom 9. Februar 1984 nur zu den Bedingungen seines Gegenentwurfs abschließen wollte und keine weiteren Verhandlungen angeboten hat. Ihr wird nicht vorgeworfen, daß sie ebenso wie der Kläger zu Beginn der Verhandlungen ihr Interesse vertreten und einen Entwurf nach ihren Vorstellungen vorgelegt hat. Die Vertrauensbasis hat sie dadurch verletzt, daß sie ihre für den Kläger nachteiligen Bedingungen mit dem Druckmittel einer ihm bis dahin verheimlichten, kurzfristig wirksam werdenden Programmsperre durchzusetzen versuchte.

ee) Diesem Vorwurf kann die Beklagte nicht mit Hinweisen darauf entgehen, der Kläger habe bis zum Angebot Anfang Januar 1984 keinen Wartungsvertrag verlangt und sei — was das Berufungsgericht nicht gewürdigt habe — nach ihrem zweitinstanzlichen unter Beweis gestellten Vertrag schon vor der Vertragsunterzeichnung auf die wesentlichen, die Grundlizenz betreffenden Bedingungen hingewiesen worden.

Der Kläger hat zwar nach seinen Angaben bereits seit Mitte 1983 nicht mehr mit der Software der Beklagten gearbeitet. Nachdem die Vertragsverhandlungen aber im Jahre 1984 wieder in Gang gekommen waren, berechtigte das frühere Verhalten des Klägers die Beklagte nicht zu ihrem ultimativen Vorgehen. Kenntnis von der Gesamtheit der Bedingungen hatte der Kläger auch nach dem Vortrag der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 7. August 1985 nicht gehabt. Die dort behauptete Information soll sich auf den Inhalt der neuen Preisliste 5/83 bezogen haben. Dort wird zwar die Benutzung des Programms bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Wartungsgebühren untersagt; von einem — auch grundlosen — Kündigungsrecht der Beklagten mit der Folge des Erlöschens der Grundlizenz ist aber nicht die Rede.

ff) Mit ihren weiteren Einwendungen will die Beklagte in revisionsrechtlich unzulässiger Weise ihre eigene Beurteilung der Rücktritts- oder Kündigungsgründe an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts setzen, ohne jedoch Gründe für eine zwingende Beachtung dieser anderen Bewertung darzulegen.

Die denkbare Anerkennung eines Interesses der Beklagten an der Verknüpfung der Hauptlizenz mit der Zahlung der

Wartungsvergütung zwingt aus den bereits erörterten Gründen nicht dazu, das Verhalten der Beklagten nicht als Bruch des Vertrauensverhältnisses zu werten. Auf den Ablauf von fast 2 Jahren zwischen Vertragsabschluß und dem Schreiben des Klägers vom 14. November 1984 kann es ebenfalls nicht ankommen; entscheidend ist das Schreiben der Beklagten vom 17. Juli 1984. Nach diesem Zeitpunkt hat der Kläger zwar etwa 4 Monate mit einer Reaktion gezögert. Darin kann aber weder objektiv noch aus der damaligen Sicht der Beklagten geschlossen werden, der Kläger habe das Schreiben vom 17. Juli nicht als schwere Vertragsverletzung bewertet. Auch für die Beklagte stand fest, daß aufgrund der Sperrwirkung jede ‚Benutzung der Software ausgeschlossen war. Für einen zu vermutenden Willen des Klägers, den Vertrag fortzusetzen, fehlt daher jeder Anhaltspunkt. Auf den Wert einer etwa genossenen Benutzung des Programms kommt es für die Frage der Kündigung oder des Rücktrittsrechts nicht an; er wäre allenfalls für die Höhe des Schadens von Interesse. Insoweit fehlt es aber, selbst wenn der Kläger darlegungs- und beweispflichtig ist, an jedem substantiierten Bestreiten der Schadenshöhe, so daß der Kläger keinerlei Anhaltspunkte dafür hat, welche Tatsachen er vortragen muß, um die mangelnde Berechtigung für eine Nutzungsanrechnung zu begründen.

3. Die Revision konnte nach alledem keinen Erfolg haben, soweit die Beklagte zur Rückzahlung der Softwarevergütung ... verurteilt worden ist, Zug um Zug gegen Rückgabe des Architekturkomplettpakets. Aufrechtzuerhalten war das Berufungsurteil auch insoweit, als es — ohne Einwendungen der Revision — festgestellt hat, daß sich die Beklagte in Annahmeverzug hinsichtlich des zurückzugebenden Softwarepakets befindet.

II. Dagegen konnte die weitergehende Verurteilung keinen Bestand haben. Ein Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises für die Hardware besteht nicht.

1. Einen selbständigen, in der kaufrechtlichen Rechtsbeziehung über die Hardware liegenden Wandelungs- oder Rücktrittsgrund hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und der Kläger auch nicht geltend gemacht. Das angefochtene Urteil spricht dem Kläger die Rückzahlung des Hardwarekaufpreises zu, weil ihm wegen des Wegfalls der Softwarevereinbarung auch das Festhalten am Kaufvertrag über die Hardware nicht mehr zuzumuten sei. Der Kläger habe — nach seinem unwidersprochenen Vortrag — die Hardware nur deshalb bei der Beklagten gekauft, weil er deren Software haben wollte. Die Lebenserfahrung und ebenso die Preisgestaltung der Beklagten sprächen dafür, daß man die Software bei gleichzeitigem Kauf der Hardware erheblich billiger als ohne diese Verbindung beider Geschäfte erwerben könne. Deshalb sei es dem Kläger nicht zuzumuten, die von der Beklagten gelieferte Hardware zu behalten und die Software von einem anderen Hersteller zu beziehen.

Diese Erwägungen halten jedoch der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

2. Hard- und Software werden — wie beide Parteien nicht bezweifeln — vielfach gemeinschaftlich, häufig aber auch in getrennten Verträgen angeboten und in Anspruch genommen. Die rechtlichen Gestaltungs-

möglichkeiten dafür und die mit dem Erwerb verfolgten Ziele sind so vielfältig, daß auch dann nicht notwendig und ausnahmslos ein einheitliches Rechtsgeschäft mit völlig gleichen Rechtsfolgen vorliegt, wenn der Kauf der Hardware und die Überlassung der Software in ein und demselben Vertrag vereinbart werden. Das hat der Berufungsgericht teils ausdrücklich ausgesprochen (so für einen Fall mit individuell herzustellender Software Senatsurteil vom 23. Februar 1977 — VIII ZR 312/75 = WM 1977, 390 unter II 2), teils unausgesprochen seinen Entscheidungen zugrunde gelegt (vgl. Senatsurteile vom 5. Oktober 1981 aaO, vom 23. März 1983 — VIII ZR 335/81 = NJW 1983, 1903 = WM 1983, 685 unter III 1 und vom 6. Juni 1984 — VIII ZR 83/83 = WM 1984, 1092 unter I). Die einheitliche Behandlung beider Geschäfte kommt deshalb nur in Betracht, wenn die von der Rechtsprechung aufgestellten allgemeinen Voraussetzungen dafür vorliegen.

3. a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Berufungsgerichts stellen zwei an sich selbständige Vereinbarungen nur dann ein einheitliches Rechtsgeschäft dar, wenn nach den Vorstellungen der Vertragsschließenden die Vereinbarungen nicht für sich allein gelten, sondern gemeinsam miteinander ‚stehen und fallen‘ sollen (BGH Urteil vom 30. April 1976 — V ZR 143/74 = NJW 1976, 1931 mit ausführlichen Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen). Erforderlich ist der Wille zur rechtlichen Einheit, nicht nur zur wirtschaftlichen Verknüpfung. Jedoch genügt es, wenn dieser Wille nur bei einem Partner vorhanden, dem anderen jedoch erkennbar geworden und von ihm hingenommen ist. Da es naheliegt, daß der Grund für die gleichzeitige Regelung verschiedener Gegenstände in ihrem sachlichen Zusammenhang zueinander zu suchen ist, kann der ‚Einheitlichkeitswille‘ vermutet werden, wenn die beiden Geschäfte in derselben Urkunde niedergelegt sind (BGH 54, 71, 72; BGH Urteil vom 30. April 1976 aaO unter II 1). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist Frage des Einzelfalls, die unter Abwägung aller Umstände beantwortet werden muß.

b) Das angefochtene Urteil wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Die als unstreitig festgestellte Überlegung des Klägers, er habe die Hardware bei der Beklagten gerade wegen der von ihr zu beziehenden Software gekauft, ist nun eine wirtschaftliche Motivation, die für sich allein zur Begründung der rechtlichen Einheit nicht ausreicht (BGH Urteil vom 30. April 1976 aaO). Denn sie besagt nichts darüber, daß über den bloßen gleichzeitigen Vertragsabschluß hinaus auch der Fortbestand beider Geschäfte, die sich inhaltlich stark voneinander unterscheiden, auf Dauer in gegenseitiger Abhängigkeit bleiben sollte. Es fehlt auch eine Feststellung und jeder Parteivortrag, daß der Kläger seine eventuelle innere Vorstellung gegenüber der Beklagten erkennbar gemacht und diese sie hingenommen hat. Die Einheitlichkeit ergibt sich auch nicht aufgrund einer aus gleichzeitiger Regelung herzuleitenden Vermutung, weil sich das Berufungsgericht mit den die Vermutung begründenden oder sie widerlegenden Umständen nicht auseinandergesetzt hat. Mit der in ihm

enthaltenen Begründung kann das angefochtene Urteil daher nicht aufrecht erhalten werden.

4. Einer Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiterer Aufklärung bedarf es nicht. Der unstreitige und vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt läßt die rechtliche Schlußfolgerung zu, daß ein einheitliches Rechtsgeschäft nicht vorlag, so daß der für die Software berechtigte Rücktritt bzw. die ausgesprochene Kündigung keine Wirkung für den Hardwarekaufvertrag hat.

a) Eine ausdrückliche Erklärung über die — rechtliche — Verbindung beider Geschäftsteile enthalten die Vertragsurkunden nicht. Mündliche Äußerungen dazu sind weder festgestellt noch behauptet. Für die sichere Annahme einer eindeutigen stillschweigenden Übereinstimmung bietet der Sachverhalt, der den Kauf eines handelsüblichen Computers und die Überlassung von Standard-Software betrifft, keine hinreichenden Anhaltspunkte. Einheitlichkeit des Geschäfts kann deshalb nur angenommen werden, wenn die aus äußerlicher Verbindung in einer Urkunde möglicherweise herzuleitende Vermutung (vgl. oben II 3 a) eingreifen kann und nicht durch objektive Umstände widerlegt wird.

b) Voraussetzung für diese Vermutung ist die vertragliche Regelung in nur einer Urkunde. Das ist hier nicht zweifelsfrei, weil die Parteien zwei Vertragsurkunden angefertigt haben, deren eine allein die Hardware enthält, während die andere Hard- und Software umfaßt. Da beide Urkunden aber den gleichen Vergütungsanspruch (233 001,48 DM) nennen und die Parteien ersichtlich den Vertragstext vom 21. Dezember 1982 für den maßgebenden halten, kann von der Regelung in derselben Urkunde ausgegangen werden.

c) Gegen die Vermutung spricht hier in eindeutiger Weise der Gegenstand beider Vereinbarungen. Mit dem Kaufvertrag hat der Kläger einen von einem bekannten Hersteller stammenden und nicht nur bei der Beklagten zu beziehenden handelsüblichen Tischcomputer erworben. Dieser war weder für spezielle Bedürfnisse des Klägers noch für die ihm überlassene Software konstruiert oder eingerichtet. Bei dem Architekturkomplettpaket handelte es sich unstreitig um sog. Standard-Software, die ebenfalls nicht für besondere Anforderungen des Klägers oder gerade für den gelieferten Computer entwickelt worden war. Hardware und Software waren also nicht speziell aufeinander abgestimmt. Sie ließen sich ohne größere Schwierigkeiten auch anderweitig verwenden, indem beispielsweise der Computer durch einen anderen ersetzt oder — wie der Kläger ausdrücklich als möglich eingeräumt hat — mit Software anderer Herkunft betrieben wurde.

In einem solchen Falle muß davon ausgegangen werden, daß beide Vertragspartner den Bestand der verschiedenen Vereinbarungen nicht voneinander abhängig machen wollten.

Für die Beklagte wäre ein derartiges Interesse ohnehin nicht ersichtlich, weil es ihr im wesentlichen auf ihren — für die rechtliche Verbindung nicht ausrei-

chenden — Absatz als wirtschaftlichen Zweck ankommen mußte, der aus ihrer Sicht nicht davon abhängig war, daß beide Vertragsteile dem gleichen rechtlichen Schicksal unterworfen blieben. Der Kläger wollte allerdings Hard- und Software gemeinschaftlich verwenden. Diese Zweckverbindung allein reicht jedoch nicht aus, den einheitlichen Vertragswillen anzunehmen, wenn nur handelsübliche Ware gekauft und Standard-Software in Anspruch genommen wird. Denn der gemeinschaftliche Zweck könnte ebenso durch mehrere nacheinander geschlossene Verträge oder durch Vereinbarungen mit mehreren Lieferanten erfüllt werden.

Ohne Bedeutung ist es demgegenüber, daß nicht festgestellt ist, ob z. Zt. des Vertragsabschlusses gleichartige Software anderer Hersteller tatsächlich angeboten wurde. Denn beide Parteien sind darüber einig, daß ein solches Angebot grundsätzlich möglich war, weil es sich nicht um ein Spezialprogramm für den individuellen Bedarf des Klägers handelte.

5. Wird danach der Hardwarekaufvertrag mangels rechtlicher Einheitlichkeit nicht vom Rücktritt oder von der Kündigung der Softwarevereinbarung betroffen, so kann sich der Kläger auch nicht darauf berufen, das Festhalten am Vertrag sei für ihn unzumutbar. Soweit er gezwungen ist, Software bei einem anderen Hersteller zu höheren Preisen zu beschaffen, kann er die Mehrkosten als Schadensersatz geltend machen, weil die Beklagte die vorzeitige Beendigung des Softwareüberlassungsvertrages verschuldet hat. Diesen Schaden hat der Kläger bisher nicht geltend gemacht, so daß er im vorliegenden Rechtsstreit nicht berücksichtigt werden kann.“

### Anmerkung

Das Urteil des OLG Stuttgart (Vorinstanz) ist in IuR 1987, 57 abgedruckt.

Den Ausführungen zu I. zur Frage, ob der Kläger sich vom Vertrag über die Überlassung von Standardsoftware lösen durfte, ist grundsätzlich zuzustimmen.

Den Ausführungen zur Koppelung von Computer (DV-Anlage = Hardware und Systemsoftware) und Standardanwendungsprogrammen ist hingegen entschieden zu widersprechen. Auch dieses Urteil zeigt wie eine Reihe vorhergehender wenig EDV-Nähe; auch dieses Urteil behandelt wiederum einen Sonderfall, was nicht genug betont werden kann: Der BGH geht unter II.4 c) davon aus, daß „Hardware und Software ... nicht speziell aufeinander abgestimmt“ waren. „Sie ließen sich ohne größere Schwierigkeiten auch anderweitig verwenden, indem beispielsweise der Computer durch einen anderen ersetzt oder — wie der Kläger ausdrücklich als möglich eingeräumt hat — mit Software anderer Herkunft betrieben wurde.“ Die Parteien waren sich auch darüber bei Vertragsabschluß einig, wie es am Ende zu c) heißt.

Unter diesen Umständen ist dem Urteil im Ergebnis zuzustimmen. Insofern hat das OLG Stuttgart auch eine Position zugunsten der Koppelung am Rande des

vertretbaren Spektrums eingenommen. Es hat die Koppelung rein wirtschaftlich und nicht technisch begründet.

Im Verhältnis dazu ist der in den Leitsatz aufgenommene Satz des Urteils, daß die Vermutung widerlegt sei, wenn sich der Vertrag auf den Kauf eines handelsüblichen Computers und auf die Überlassung von Standardsoftware beziehe, eine katastrophale Vereinfachung des Sachverhaltes. Dieser Satz gilt auch für den Regelfall bei Computern dieser Größenklasse, die alle handelsüblich sind und für die es alle handelsübliche Standardsoftware gibt, nur mit der entscheidenden Maßgabe, daß die Standardsoftware nur für den bestimmten Computer (DV-Anlage) paßt, weil sie darauf abgestellt ist.

Man spürt, daß der BGH zu diesem Ergebnis kommen wollte. Dementsprechend wird bei der Zitierung der bisherigen Rechtsprechung unter II.3. a) korrekt wiedergegeben, daß der Einheitlichkeitswille bei Zusammenfassung in einer Urkunde vermutet werden kann. Unter II.4 a) wird plötzlich von einer „möglicherweise herzuleitenden“ Vermutung gesprochen. Dementsprechend schief heißt es auch im Leitsatz, daß „die Zusammenfassung ... eine Vermutung dafür begründen kann, ...“. Normalerweise schaffen bestimmte Tatsachen eine Vermutung, die durch andere Tatsachen widerlegt werden kann.

In der Sache stützt sich der BGH unter II.3. b) darauf, daß sich die beiden Geschäfte „inhaltlich stark voneinander unterscheiden“ würden. Worin die angeblichen starken Unterschiede liegen sollen, erklärt er allerdings nicht. Im Gegenteil führt er aus, daß der Anwender Computer und Standardanwendungssoftware zu einem einheitlichen Zweck langfristig miteinander nutzen wollte. Dementsprechend hatte er ein zeitlich unbefristetes Nutzungsrecht erworben. Der BGH sieht auch unter I.2. a) bb) es als eine von zwei möglichen Alternativen, daß der Überlassungsvertrag kaufrechtsähnlich sei. In anderen Urteilen hat er bei grundsätzlich gleicher technischer Situation sogar von einem einzigen Produkt gesprochen (z.B. im Urteil vom 5. Oktober 1981 Zahnartzkamm (VIII ZR 259/80), Zahnrt, DV-Rechtsprechung Band 2 K/M-29; BB 1981, 2030; NJW 1982, 696; WM 1981, 1358; ZIP 1981, 1341).

Der BGH begründet unter II.4. c) seine Aussage, daß die Zweckverbindung alleine hier nicht ausreiche, damit, daß der gemeinschaftliche Zweck ebensogut durch mehrere nacheinander geschlossene Verträge oder durch Vereinbarungen mit mehreren Lieferanten erfüllt werden könne. Diese Aussage stimmt einfach nur dann, wenn handelsübliche Hardware und handelsübliche Standardsoftware beliebig miteinander kombiniert werden können. Das ist, wie mit wenigen Blicken in Software-Kataloge festgestellt werden kann, nur sehr ausnahmsweise der Fall. Auch wenn man mehrere Verträge nacheinander schließt, wie es der BGH vorschlägt, müssen Hardware und Standardsoftware zueinander passen. Dasselbe gilt bei Vereinbarungen mit mehreren Lieferanten.

(ch. z.)