

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

11

AGBG §§ 1, 2

Schließt ein Verfasser von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Verträge in der Regel nur unter deren Einbeziehung ab, ist er Verwender der Bedingungen auch dann, wenn sein Vertragspartner sie im Hinblick auf diese Übung bereits in sein Angebot aufgenommen und damit formal in den Vertragsabschluß eingeführt hat.

AGBG § 9 Bb Abs. 2 Nr. 1

Die Regelung in § 9 Nr. 4 BVB-Überlassung (Vertragstyp I)

"Hält der Auftraggeber aufgrund der Funktionsprüfung die Programme nicht für geeignet, hat er ausschließlich das Recht, innerhalb von 2 Wochen nach Ablauf der für die Funktionsprüfung vereinbarten Zeit vom Vertrag zurückzutreten."

verstößt gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG und ist daher unwirksam.

BGH, Urt. v. 4. März 1997 - X ZR 141/95 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 141/95

Verkündet am:
4. März 1997
Schanz
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

I [REDACTED] für S [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Mario L [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], F [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und Dr. von [REDACTED] -

gegen

S [REDACTED] C [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer Heinz D [REDACTED] und Gerd E [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED], C [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

11

- 2 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 1997 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß, Dr. Melullis und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 3. Mai 1995 aufgehoben und das Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 5. November 1993 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein Energieversorgungsunternehmen; die Beklagte erstellt und vertreibt unter anderem Computerprogramme für die Energiewirtschaft. Dazu gehört das EAS Energieabrechnungssystem mit den Komponenten EAS-TAR Tarifabrechnung und EAS-ZVW Zählerverwaltung. Beide Programme dienen der Abwicklung der Geschäfte mit den Beziehern von Energie.

Diese Abrechnungen hatte die Klägerin früher mit Hilfe von EDV-Programmen durchgeführt, die von einem ihrer Mitarbeiter entwickelt worden waren. Im Zuge einer, durch veränderte rechtliche Vorgaben bewirkten grundsätzlichen Umstellung der Tarife in Niedersachsen beabsichtigte sie, auf die Software der Beklagten überzuwechseln, die sie mit den beiden Komponenten in der Version 2.0 erwarb. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses war diese Version noch nicht fertiggestellt; beide Programme sollten nach den Vereinbarungen der Parteien bis zum Januar 1991 geliefert werden. Dann sollte auch die erste Kaufpreisrate des insgesamt vereinbarten Preises von 250.000,-- DM fällig werden; der Restbetrag sollte in mehreren Raten nach der Einführung in die beiden Programmkomponenten gezahlt werden. Weitere Einzelheiten des Vertrages waren in dem Überlassungsschein EAS 9016 bestimmt. Außerdem haben die Parteien die Geltung der Besonderen Vertragsbedingungen für die Überlassung von DV-Programmen (BVB-Überlassung) vereinbart, wobei nach dem Überlassungsschein die Regelungen für den Vertragstyp I maßgebend sein sollten. § 9 dieser Bedingungen hat folgenden Wortlaut:

Abnahme nach vereinfachtem Verfahren

1. Entspricht die Leistung des Auftragnehmers der Leistungsbeschreibung, erklärt der Auftraggeber nach erfolgreicher Funktionsprüfung unverzüglich schriftlich die Abnahme.
2. Die Funktionsprüfung ist erfolgreich durchgeführt, wenn feststeht, daß die Programme den in der Leistungsbeschreibung festgelegten Spezifikationen entsprechen und für den vorgesehenen Einsatzzweck geeignet sind. Die Dauer der Funktionsprüfung wird in der Leistungsbeschreibung festgelegt; eine Verlängerung kann vereinbart werden.
3. Wurden während der Funktionsprüfung Abweichungen von den in der Leistungsbeschreibung festgelegten Spezifikationen festgestellt und werden die Programme dennoch abgenommen, werden die Abweichungen in der Abnahmeerklärung als Mängel festgehalten.
4. Hält der Auftraggeber aufgrund der Funktionsprüfung die Programme für nicht geeignet, hat er ausschließlich das Recht, innerhalb von zwei Wochen nach Ablauf der für die Funktionsprüfung vereinbarten Zeit vom Vertrag zurückzutreten. Während der Erklärungsfrist ist eine Nutzung unzulässig. ...

Im Januar 1991 zahlte die Klägerin die erste Rate in Höhe von 142.500,-- DM. Da zu diesem Zeitpunkt die Version 2.0 der erworbenen Programme nicht fertiggestellt war, instal-

lierte die Beklagte Ende Januar 1991 zunächst die bereits seit längerem vorliegende Vorgängerversion 1.0. Ob sie die Klägerin hiervon vor der Installation unterrichtet hat, ist zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin hat geltend gemacht, sie habe dem erst nachträglich zugestimmt, nachdem sie von der Beklagten vor die Wahl gestellt worden sei, anderenfalls bis zur Fertigstellung der Programme nichts zu erhalten.

In der Folge erhob die Klägerin verschiedentlich Beanstandungen gegenüber der installierten Software, die zum Teil mündlich, zum Teil schriftlich vorgebracht wurden. Im Rahmen der in diesem Zusammenhang geführten Korrespondenz kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 27. Mai 1991 die Lieferung der Version 2.0 der beiden Programme für Dezember 1991 bzw. Januar 1992 an und teilte zugleich mit, daß mit der Einführung der Mitarbeiter der Klägerin in die Programme mit dem 4. Juni 1991 begonnen werden könne. In mehreren anschließenden Unterredungen stimmten die Parteien die Schulungstermine ab.

Mit Anwaltsschreiben vom 4. Juni 1991 rügte die Klägerin erneut Mängel der installierten Programme und forderte die Beklagte unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Mängelbeseitigung bis zum 30. Juni 1991 auf. In ihrer Antwort beanstandete die Beklagte, das Schreiben enthalte keine ordnungsgemäßen, den Vereinbarungen entsprechenden Fehlermeldungen. Zugleich erklärte sie ihre Bereitschaft, gerügte und vorliegende Fehler unverzüglich zu beseitigen. Die Klägerin hielt die Rügen aufrecht und bestätigte zugleich, daß die Einführungsphase für das installierte Programm am 24. Juni

1991 ende. Da die von ihr gerügten Mängel bis zum Ablauf der gesetzten Frist ihrer Meinung nach nicht beseitigt waren, verlangte die Klägerin mit Schreiben vom 29. Juli 1991 Schadensersatz. Hilfsweise erklärte sie den Rücktritt vom Vertrag und gab dabei ihrem Willen Ausdruck, an der Vereinbarung unter keinen Umständen festhalten zu wollen. Aus diesem Grunde werde der Rücktritt erklärt, um das Ziel in jedem Fall zu erreichen. Die Beklagte wies beide Begehren zurück.

Daraufhin hat die Klägerin im Wege der Klage Rückzahlung der angezahlten 142.500,-- DM mit der Begründung verlangt, die von der Beklagten gelieferte Software habe den an sie zu stellenden Anforderungen nicht genügt und sei für ihre, der Klägerin, Zwecke ungeeignet. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung des geforderten Betrages Zug um Zug gegen Rückgabe der gelieferten und installierten Programme verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf volle Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen und zur Abweisung der Klage. Die Vorinstanzen haben zu Unrecht einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung ihrer Vorauszahlung angenommen.

I. 1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich dieser Rückzahlungsanspruch aus einem wirksamen Rücktritt der Klägerin von dem mit der Beklagten geschlossenen Ver-

trag. Das Recht zum Rücktritt folge insoweit aus § 9 Nr. 4 BVB-Überlassung. Für dieses genüge, daß die Klägerin die gelieferten Programme für ungeeignet halte; ein objektives Fehlen der Brauchbarkeit sei insoweit nicht erforderlich, im übrigen aber auch gegeben.

Daß entscheidend die subjektive Einschätzung durch den Abnehmer der Programme sei, folge aus dem Wortlaut der Vorschrift und finde seine sachliche Rechtfertigung darin, daß für die Eignung eines Programms auch subjektive Momente auf seiten des Benutzers ausschlaggebend seien. Der systematische Zusammenhang, in dem die Regelung stehe, zwingt zu keinem anderen Verständnis. Der Umstand, daß die Fiktion der Nr. 2 des § 9 BVB-Überlassung an objektive Kriterien anknüpfe, gebe für das Verständnis der Nr. 4 des gleichen Paragraphen nichts her. Entscheidend für die Frage der Abnahme sei allein die Überzeugungsbildung auf seiten des Auftraggebers, die eine der in den vorausgegangenen Absätzen geregelten Funktionsprüfung nachgeordnete Stufe sei und der subjektiven Einschätzung durch den Erwerber überlassen bleibe. Komme er dabei zum Ergebnis, daß die Software für ihn nicht brauchbar sei, genüge das jedenfalls dann für einen Rücktritt, wenn er - wie hier - für seine Einschätzung nachvollziehbare Gründe anführen könne und nicht willkürlich handele.

Das Rücktrittsrecht bestehe auch dann, wenn die Klägerin die Vorgängerversion akzeptiert haben sollte. Eine Vertragsänderung, durch die der Gegenstand der Leistungspflicht der Beklagten auf diese Version beschränkt worden sei, liege darin nicht. Im übrigen habe auch diese Version, sollte sie - vorübergehend - geschuldet gewesen sein, für den Standard-

verkehr der Klägerin geeignet sein müssen, woran es gefehlt habe. Der detaillierten Mängelliste der Klägerin sei die Beklagte nicht nur nicht entgegengetreten, sondern sie habe die auf den S. 9 und 10 der Mängelliste aufgeführten Mängel mit den laufenden Nrn. 8, 9, 11 und 12 als Fehler eingeräumt. Es sei daher ihre Sache gewesen, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß entgegen der Einschätzung der Klägerin und dem erklärten Zugeständnis die Programme einwandfrei liefen und die Zwecke der Klägerin vollständig erfüllten. An einem solchen Vortrag fehle es jedoch. Die Beklagte habe insbesondere mit keinem Wort erwähnt, welche Maßnahmen sie zur Beseitigung der Mängel ergriffen habe. Der Rücktritt sei auch fristgerecht ausgesprochen worden, nämlich innerhalb von zwei Wochen nach Ablauf der für die Funktionsprüfung vereinbarten Spanne. Die Einführung sei unstrittig am 24. Juni 1991 beendet worden. An diese habe sich die vierwöchige Frist für die Funktionsprüfung angeschlossen. Damit liege der am 29. Juli 1991 erklärte Rücktritt noch innerhalb der Frist des § 9 Nr. 4 BVB-Überlassung.

Im übrigen seien auch die Voraussetzungen des § 326 BGB erfüllt, auf den das Rückzahlungsverlangen der Klägerin ebenfalls gestützt werden könne. Die Beklagte habe unstrittig die Komponente EAS-ZVW nicht ausgeliefert. Schließlich könne die Klägerin ihre Anzahlung auch im Wege der Wandelung zurückverlangen, da die Beklagte eine fristgerechte Behebung der gerügten Mängel nicht dargelegt habe. Die Wandelung sei in dem erklärten Rücktritt enthalten.

2. Diese Würdigung greift die Revision im Ergebnis mit Erfolg an. Auf § 9 Nr. 4 der BVB-Überlassung kann der Rücktritt der Klägerin nicht gestützt werden, da die Vorschrift der gebotenen Inhaltskontrolle nach dem AGBG nicht standhält.

a) Die vom Berufungsgericht als Grundlage für das Rücktrittsrecht herangezogene Vorschrift des § 9 Nr. 4 BVB-Überlassung ist nach § 9 Nr. 1 AGBG unwirksam, da sie die Beklagte als Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt. Die Regelung ist mit der dem Kaufvertrag innewohnenden Risikoverteilung und damit wesentlichen Grundgedanken der Regelung, von der sie abweicht, nicht zu vereinbaren (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG). Diese Abweichung rechtfertigende Umstände sind nicht zu erkennen.

Die BVB-Überlassung sind auf die besonderen Verhältnisse bei der Datenverarbeitung abgestimmte allgemeine Einkaufsbedingungen der öffentlichen Hand, die von dieser und ihr nahestehenden oder vergleichbaren Unternehmen, insbesondere solchen, die sich wie die Klägerin im Bereich der Energieversorgung betätigen, regelmäßig bei entsprechenden Erwerbsgeschäften zugrunde gelegt werden. Sie stellen damit Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des AGBG dar (vgl. Sen.Urt. BGHZ 113, 55, 56 f.).

Wie der Senat bereits entschieden hat (BGHZ 113, 55, 57 f.), enthalten die BVB-Überlassung keine den Interessen aller Beteiligten Rechnung tragende und allgemein anerkannte fertig bereitliegende Vertragsordnung, bei der wegen ihres insgesamt angemessenen Regelungsinhaltes auf eine Prüfung

der einzelnen Klauseln verzichtet werden könnte. Sie bilden vielmehr ein einseitig an den Interessen der öffentlichen Hand orientiertes Regelwerk, das diese aufgrund ihrer Marktmacht in Verträgen mit den Herstellern von Software durchsetzen kann. Seine Klauseln sind demgemäß jeweils einzeln an den Bestimmungen des AGBG zu messen.

b) Der Anwendung des AGBG steht im vorliegenden Fall nicht entgegen, daß beide Parteien Kapitalgesellschaften des Handelsrechts und damit Vollkaufleute sind. Die Grundsätze des § 9 AGBG waren nach dem bei Abschluß des Vertrages und dem bei der Erklärung des Rücktritts durch die Klägerin und auch heute noch maßgeblichen Recht im kaufmännischen Verkehr zu beachten (vgl. § 24 AGBG).

c) Verwender der hier streitigen Klausel ist unabhängig von der durch das Berufungsgericht nicht abschließend geklärten Frage, wer die Einbeziehung der BVB-Überlassung in den Vertrag angeregt hat, die Klägerin.

Das folgt allerdings nicht schon daraus, daß sie durch die Klausel begünstigt wird. Aus einer solchen Begünstigung sowie aus dem Inhalt der Bestimmungen allein kann auf die Verwendereigenschaft nach Sinn und Zweck des AGBG nicht geschlossen werden (BGHZ 130, 50, 57). Auch wenn die Formulierung als solche für die Frage der Verwendereigenschaft regelmäßig allein nicht aussagekräftig ist (vgl. BGHZ 88, 368, 370), ergibt sich diese hier daraus, daß die BVB-Überlassung von der öffentlichen Hand für ihre Zwecke aufgestellte Vertragsbedingungen sind, die von ihr ebenso wie von den Energieversorgungsunternehmen regelmäßig entsprechenden Ein-

kaufsgeschäften zugrunde gelegt werden. Nach der Zielsetzung des AGBG, der Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch das Stellen vorformulierter Bedingungen gegenüber der benachteiligten Partei entgegenzuwirken, kann es bei einer solchen Übung nicht darauf ankommen, ob der Vertragspartner des Aufstellers sich diesen Regeln erst auf dessen Verlangen unterwirft oder sie - wie hier nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten - in Kenntnis dieser Praxis und der daran anschließenden Erwartung, daß anders ein Vertragsabschluß nicht zu erreichen sein wird, von vornherein in das Angebot aufnimmt. Auch in diesem Fall ist die Aufnahme der Klausel nicht das Ergebnis einer freien Entscheidung des Vertragspartners des Aufstellers, sondern Folge von dessen Übung, Verträge nur unter Einbeziehung dieser Regeln abzuschließen. Ihre Aufnahme in den Vertrag ist daher auch in diesem Falle Ausdruck der von dem Verfasser der Bedingungen ausgehenden Marktmacht, so daß sie allein ihm zuzurechnen ist. Auch ohne ausdrückliches Verlangen hat er durch diese Übung auf die inhaltliche Gestaltung der Vereinbarung Einfluß genommen und so die Einbeziehung der von ihm aufgestellten Vertragsbedingungen in den Vertrag veranlaßt. Das genügt, um ihn auch insoweit als Verwender der Bedingungen erscheinen zu lassen; auf eine eigenhändige Einbeziehung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (vgl. dazu auch BGHZ 112, 204, 215; 98, 24, 28).

d) Die Regelung in § 9 Nr. 4 der BVB-Überlassung benachteiligt die Beklagte unangemessen, weil sie der Klägerin ein von objektiv vorliegenden Mängeln unabhängiges, allein von ihrer subjektiven Einschätzung und damit von der gesetzlichen Regelung des zugrundeliegenden Geschäftes abweichendes

Recht zum Rücktritt vom Vertrag einräumt. Insoweit tritt der Senat der Auslegung der Klausel durch das Berufungsgericht bei. Als Allgemeine Geschäftsbedingungen, die von der öffentlichen Hand im gesamten Bundesgebiet und damit in Bezirken mehr als eines Oberlandesgerichtes verwendet werden, unterliegen die BVB-Überlassung der freien Auslegung des Revisionsgerichtes (BGHZ 104, 292, 293; 112, 204, 210; 126, 327, 328).

Nach seinem Wortlaut knüpft § 9 Nr. 4 BVB-Überlassung das Rücktrittsrecht nicht an den objektiven Ausgang der Funktionsprüfung. Maßgebend ist vielmehr allein die freie Entscheidung des Auftraggebers. Dieser ist danach auch bei erfolgreicher Funktionsprüfung nicht verpflichtet, das Programm abzunehmen (so auch Zahrnt, VOC Verdingungsordnung für Computerleistungen (1988), § 9 BVB-Überlassung, Rdnr. 3; ders. BB 1978, 133, 134). Für eine Einschränkung des Inhalts, daß der Abnehmer jedenfalls nachvollziehbare Gründe für seine Entscheidung angeben müsse, ist der Regelung nichts zu entnehmen. So hat auch die Klägerin die von ihr verwandte Regelung verstanden. Ihre Forderung auf Rückzahlung der erbrachten Leistungen hat sie in erster Linie mit einem aus dieser abgeleiteten freien Recht zum Rücktritt vom Vertrag begründet. Die Vorschrift hebt nur auf die subjektive Einschätzung des Abnehmers ab und verlangt weiter, daß er sie aufgrund der Funktionsprüfung erlangt hat. Dabei ist bewußt auf seine subjektive Beurteilung abgestellt worden, um Streitigkeiten zu vermeiden (Zahrnt, VOC, § 9 BVB-Überlassung, Rdnr. 17). Welche Gründe den Auftraggeber zu seiner Entscheidung bewogen haben, ist daher ebenso unerheblich wie die objektive Eignung oder Nichteignung (Zahrnt, aaO

Rdnr. 18, 19). Kommt es aber auf die Gründe nicht an, kann deren Darlegung nicht verlangt werden. Dann bedarf es auch einer nachvollziehbaren Begründung nicht. Die systematische Abfolge der Vorschrift führt, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, zu keinem anderen Ergebnis. In den vorausgegangenen Absätzen des § 9 BVB-Überlassung werden, wie auch die Klägerin nicht verkennt, andere Sachverhalte geregelt. Ihr Gegenstand sind allein Vornahme und Folgen der Funktionsprüfung; eine Verpflichtung des Abnehmers, das Programm bei dem erfolgreichen Abschluß dieser Prüfung in jedem Fall zu behalten, läßt sich diesen Vorschriften nicht entnehmen.

Mit diesem, von einem objektiven Mangel oder einer objektiv fehlenden Eignung nicht abhängigen Lösungsrecht des Erwerbers weicht die Klausel von dem typischen Inhalt des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes ab. Nach der aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden von Revision und Revisionserwiderung nicht angegriffenen und in der Sache überzeugenden Würdigung des Berufungsgerichts haben die Parteien des Rechtsstreits einen Kaufvertrag über die Software geschlossen. Gegenstand ihrer Vereinbarung ist nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts der Erwerb eines Standardprogramms, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht Werk-, sondern Kaufvertragsrecht unterliegt (BGHZ 102, 135, 141; 109, 97, 99; Urt. v. 7.3.1990 - VIII ZR 56/89, MDR 1990, 103 = NJW 1990, 3011).

Bei einem solchen Vertrag trägt das Risiko der späteren Brauchbarkeit grundsätzlich der Erwerber. Ein Recht, sich von dem Vertrag zu lösen, besteht nach der gesetzlichen Re-

gelung nur bei dem Vorliegen von Rechts- oder Sachmängeln; ein allein vom Belieben oder einer subjektiven Einschätzung mangelnder Brauchbarkeit abhängiges derartiges Recht kennt das Gesetz für den Regelfall nicht. Anders ist es lediglich in dem Sonderfall des Kaufs auf Probe, aus dem die Revisionserwiderung hier die Zulässigkeit einer dieses Lösungsrecht begründenden Klausel herleiten will. Dabei verkennt sie, daß weder das Berufungsgericht einen solchen Vertragsinhalt festgestellt hat noch die vorliegenden Urkunden oder der Parteivortrag Anhaltspunkte für einen Willen der Beteiligten bieten, die Billigung des gekauften Gegenstandes habe hier dem Belieben des Käufers überlassen bleiben sollen. Der Kauf auf Probe ist nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Kaufrechtes kein Regelfall des Kaufvertrages; § 495 BGB enthält lediglich eine Auslegungsregel, deren Anwendung einen auf den Abschluß eines solchen Geschäftes gerichteten Willen der Parteien voraussetzt.

Aus der Bestimmung des § 9 Nr. 4 BVB-Überlassung ist insoweit nichts anderes herzuleiten. Regeln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen können, wie schon § 9 AGBG erkennen läßt, nicht zu einer inhaltlichen Änderung des nach den Erklärungen der Parteien anzunehmenden Vertragstypes führen. Die Annahme einer Abweichung von einem im Gesetz bestimmten Regelfall eines Vertragstypes setzt eine hierauf gerichtete Einigung unter den Parteien voraus, die durch Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ersetzt werden kann. Nicht der Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmt die Vertragsart; von dieser hängen vielmehr Zulässigkeit und Wirksamkeit der von einer Seite einseitig aufgestellten Vertragsbestimmungen ab. Diese können daher nur die

beiderseitigen Verpflichtungen, die sich aus dem nach den Erklärungen der Beteiligten geschlossenen Vertragstyp ergeben, präzisieren und weiterbilden, nicht jedoch läßt sich aus einer solchen Bestimmung eine Veränderung eines unbedingt geschlossenen Vertrages in Richtung auf einen Vertrag auf Probe ableiten.

Eine trotz der Abweichung vom Leitbild des Gesetzes angemessene und damit der Anwendung der Zweifelsregel des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG entzogene Regelung enthält § 9 Abs. 4 BVB-Überlassung auch nicht mit Rücksicht auf die berechtigten Interessen des Abnehmers der Software. Zwar hat das Berufungsgericht zu Recht darauf hingewiesen, daß auch eine im Grundsatz mangelfreie Software nicht in jedem Fall den Bedürfnissen des Kunden entspricht. Vielfach wird sich ihre Eignung nicht schon aufgrund einer mehr oder weniger allgemeinen Funktionsbeschreibung, sondern erst nach einer praktischen Erprobung beurteilen lassen. Insbesondere dann, wenn - wie hier - höherpreisige Programme Gegenstand der Vereinbarung sind, wird daher auch der Veräußerer davon ausgehen müssen, daß der Erwerber die von ihm zu erbringenden beträchtlichen Aufwendungen nicht ohne weiteres, sondern erst nach einer Überprüfung des Programms auf seine Eignung aufzubringen bereit ist. Eine Regelung, die dem Rechnung trägt, mag daher noch als angemessener Interessenausgleich erscheinen, soweit sie an die Mangelfreiheit und eine nach objektiven Kriterien zu bestimmende Eignung anknüpft.

Von dem Lieferanten von Software kann jedoch nicht ohne weiteres und in gleicher Weise erwartet werden, daß er allgemein die Wirksamkeit eines solchen Geschäftes in das freie

Belieben des Abnehmers stellt, diesem also auch generell offenhält, die Leistung trotz objektiver Eignung für seine Zwecke abzulehnen. Ihm allgemein dieses Risiko einer subjektiven Billigung durch den Erwerber aufzuerlegen, besteht auch vor dem Hintergrund des vom Berufungsgericht angeführten Umstandes kein Anlaß, daß die Benutzbarkeit der Software häufig auch von subjektiven Erwägungen abhängt. Das gilt um so mehr, als die Billigung nach der Regelung in § 9 Abs. 4 BVB-Überlassung auch aus Gründen verweigert werden kann, die mit der erworbenen Software nichts zu tun haben, oder die Abnahme der Software - wie hier - zu einem Zeitpunkt abgelehnt wird, zu dem der Vertragsgegenstand noch nicht einmal ausgeliefert worden ist und daher seine Prüfung weder möglich war noch stattgefunden hat. Mit dem freien Rücktrittsrecht nach § 9 Abs. 4 BVB-Überlassung wird daher dem Lieferanten der Software ein wirtschaftliches Risiko auferlegt, ohne daß ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, seinerseits Maßnahmen zur Abwehr der damit verbundenen Verluste zu ergreifen. Er muß diese vielmehr selbst dann tragen, wenn - wie hier - mangels Prüfung der nach dem Vertrag geschuldeten Version 2 der verkauften Programme offen ist, ob diese den subjektiven Anforderungen des Erwerbers entsprechen. Demgegenüber kann die öffentliche Hand deren Abnahme selbst dann verweigern, wenn sie diese subjektiv für geeignet hält, weil sich etwa anderweitig eine günstigere Bezugsmöglichkeit eröffnet hat und sich so etwa auch nach Abschluß des Ausschreibungsverfahrens noch von abgeschlossenen Vereinbarungen lösen. Eine derartig weitreichende Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos ist mit einem schutzwürdigen Interesse des Aufstellers der AGB nicht mehr zu rechtfertigen; sie kann daher nicht Gegenstand einer allgemeinen Vertragsbe-

stimmung sein, sondern wirksam nur als zwischen den Parteien ausgehandelte Klausel in den Vertrag aufgenommen werden. Insoweit ist die Interessenlage hier nicht anders als bei sonstigen Erwerbsgeschäften, bei denen auch bei anderen Objekten der Gebrauch des erworbenen Gegenstandes vielfach von subjektiven Erwartungen und Empfindungen beeinflusst wird, ohne daß dem Erwerber nach der Verkehrsanschauung auch ohne besondere Vereinbarung generell ein Lösungsrecht zuzubilligen wäre, wenn sich seine Erwartungen nicht verwirklichen.

3. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Rücktritt der Klägerin sei aufgrund von Mängeln in der Leistung der Beklagten berechtigt. Bei dieser Würdigung hat es verkannt, daß ein Rücktritt von dem Gesamtvertrag grundsätzlich nur in Betracht kommt, wenn dem Vertragsgegenstand selbst Mängel anhaften. Derartige Fehler sind jedoch weder geltend gemacht noch festgestellt. Der eigentliche Vertragsgegenstand, nämlich die Programme in der Version 2.0, ist, wie sich aus dem angefochtenen Urteil ergibt, bis zu dem von der Klägerin erklärten Rücktritt weder fertiggestellt noch bei der Klägerin installiert worden. Fehler dieser Programme hat die Klägerin daher auch nicht geltend gemacht oder als Grundlage ihrer Rücktrittserklärung bezeichnet. Diese ist vielmehr nur auf Abweichungen der installierten Version 1.0 von dem nach dem Vertrag geschuldeten Leistungsumfang und Fehler dieses Programms gestützt worden. Dieses ist jedoch nicht in diesem Sinne Vertragsgegenstand geworden.

In tatrichterlicher Würdigung der zwischen den Parteien getroffenen Absprachen hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Lieferung der früheren Programmversion und das von den Parteien hierüber letztendlich erzielte Einvernehmen nicht zu einer Änderung des Vertrages und einer Beschränkung der Verpflichtungen der Beklagten auf diese Version geführt haben. Diese, von Revision und Revisionserwiderung nicht angegriffene Wertung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Sie steht im Einklang mit dem weiteren Verhalten der Beklagten, die sich auch nach der Installation dieser Version weiterhin zur Lieferung und Einrichtung der ursprünglich vereinbarten Version 2.0 verpflichtet gefühlt und dem Ausdruck verliehen hat. Sie hat auch nach der Installation einen Liefertermin für die ursprünglich geschuldete Version 2.0 angekündigt und ferner angeboten, die für die Benutzung dieses Programms erforderliche Schulung der Mitarbeiter der Klägerin im Juli 1991 beginnen zu lassen. Es sind auch keinerlei Anhaltspunkte dafür zu erkennen, daß die Klägerin sich mit der Programmversion 1.0 hätte zufriedengeben wollen. Daß der von den Parteien ursprünglich vereinbarte Preis im Gefolge der Installierung der Vorgängerversion abgeändert worden ist, hat keine der Parteien geltend gemacht; für eine solche Abänderung ergibt sich auch aus den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts kein Anhaltspunkt. Nach der Lebenserfahrung ist aber nicht anzunehmen, daß die Klägerin für eine aus ihrer Sicht schlechtere Leistung, die nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien zumindest im Komfort hinter der geschuldeten zurückblieb, die gleiche Vergütung wie für den eigentlich vereinbarten Gegenstand entrichten wollte. Nach dem festgestellten Sachverhalt diente die Installation der bereits vorliegenden Programmversionen vielmehr nur da-

zu, die Zeit bis zur Fertigstellung der nach dem Vertrag geschuldeten Software zu überbrücken, der Klägerin so die Aufnahme der Arbeit und insbesondere die für sie wichtige Abrechnung mit ihren Kunden zu ermöglichen, damit Einbußen auf ihrer Seite zu verhindern oder doch zumindest zu verringern und so zugleich eine mögliche Ersatzpflicht der Beklagten wegen der verspäteten Lieferung der geschuldeten Programme zu begrenzen.

Aus Mängeln der im Zuge des Versuchs einer solchen Schadensbegrenzung erbrachten Leistungen, die - wie letztlich auch die Revisionserwiderung nicht verkennet - nur eine Zwischenlösung darstellen, läßt sich allein ein Recht zum Rücktritt von dem gesamten Vertrag nicht herleiten. Ob derartige Rechte in einem solchen Fall dann bestehen können, wenn bereits aufgrund der als Zwischenlösung erbrachten Leistung abzusehen ist, daß auch der nach dem Vertrag geschuldete Gegenstand mangelbehaftet sein wird, bedarf im vorliegenden Fall keiner abschließenden Erörterung. Einen solchen Sachverhalt hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; für sein Vorliegen findet sich im Vorbringen der Parteien auch keine Grundlage. Welchen Leistungsumfang die spätere Fassung des Programms aufweist und welchen Anforderungen sie genügt, war vor ihrer Fertigstellung für die Klägerin nicht zu erkennen. Zu Unrecht meint diese daher, sie habe auch ohne die Feststellung von Mängeln des nach dem Vertrag als Hauptleistung geschuldeten Programms von dem gesamten Vertrag zurücktreten können; die erklärte Vertragsauflösung betreffe beide Leistungen.

4. Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

a) Die Voraussetzungen des von ihm bejahten Rücktrittsrechtes nach § 326 BGB hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Für deren Vorliegen ist dem Parteivorbringen auch sonst kein Anhaltspunkt zu entnehmen. Zwar ist die Beklagte mit der von ihr geschuldeten Leistung, der Lieferung der Programme in der Version 2.0, auch ohne Mahnung in Verzug geraten, da sie nach den getroffenen Vereinbarungen diese Leistung bis Ende Januar 1991 erbringen sollte und damit die Fälligkeit kalendermäßig bestimmt war (§ 284 Abs. 2 BGB). Es ist jedoch nicht geltend gemacht, daß die Klägerin insoweit auch die nach § 326 BGB erforderliche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ausgesprochen und im Anschluß daran den Rücktritt wegen des Verzuges erklärt hat. Insoweit kann daher dahinstehen, ob dieser Verzug durch die Bereitschaft der Klägerin, die von der Beklagten installierte Zwischenlösung hinzunehmen, und die im Anschluß daran geführten Gespräche unter den Parteien über neue Liefertermine und Beginn der Schulung aufgehoben worden ist.

b) Soweit die Klägerin eine Frist nach § 326 BGB gesetzt hat, betraf dies allein die Beseitigung von Mängeln der installierten Programmversion 1.0. Aus der von ihr insoweit behaupteten Verletzung der vertraglichen Pflichten durch die Beklagte läßt sich, deren Vorliegen unterstellt, ein Recht zum Rücktritt von dem gesamten Vertrag allein nicht ableiten. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie für die Mängelgewährleistung selbst. Daß die Klägerin eine unterbliebene Lieferung der Programmkomponente ZVW zum Anlaß ge-

nommen hat, eine Leistungsfrist mit Ablehnungsandrohung zu setzen und im Anschluß hieran nach fruchtlosem Verstreichen dieser Frist den Rücktritt vom Vertrag zu erklären, ist ebenfalls nicht ersichtlich; das Berufungsgericht hat einen solchen Sachverhalt nicht festgestellt. Auch der Sachvortrag der Parteien ergibt hierfür keine Anhaltspunkte. Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom 29. Juli 1991 (Anl. 13) und die anschließenden weiteren Schreiben der Klägerin greifen diesen Gesichtspunkt nicht auf; in ihnen steht im Vordergrund ein Verlangen nach Schadensersatz, das zum einen mit der unterbliebenen Beseitigung der behaupteten Mängel begründet wird und zum anderen damit, daß der Klägerin durch das Ausbleiben der eigentlich geschuldeten Lieferung und die zwischenzeitliche Installation einer Zwischenlösung Mehrkosten entstanden sind. Der anschließende Rücktritt ist nicht erklärt worden wegen einer verzögerten Lieferung, sondern deshalb, weil die Klägerin nach den Erfahrungen mit der installierten Programmversion zu dem Ergebnis gelangt war, daß diese für ihre Zwecke unbrauchbar war.

c) Ebensowenig hat sie die behauptete eigenmächtige Installation der früheren Version durch die Beklagte zum Anlaß genommen, Aufhebung des Vertrages zu verlangen. Nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien hat sie sich damit vielmehr jedenfalls einverstanden erklärt, so daß auch dahinstehen kann, ob die eigenmächtige Installation eine das Rücktrittsrecht auslösende Vertragsverletzung enthält.

5. Nach alledem ist daher davon auszugehen, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag weiter besteht. Auf seine Rückabwicklung ließ sich das Zahlungsbegehren der Klägerin daher nicht stützen. Andere Anspruchsgrundlagen für dieses Verlangen sind nicht ersichtlich.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Rogge

Maltzahn

Broß

Melullis

Keukenschrijver