
Datum: 24.11.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 19 U 17/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:1124.19U17.14.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 14 O 9/13

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 19.12.2013 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn - 14 O 9/13 - wird gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil des Landgerichts Bonn vom 19.12.2013 - 14 O 9/13 - und dieser Beschluss sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i. H. v. 110 % des aufgrund des erstinstanzlichen Urteils und dieses Beschlusses vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit i. H. v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin befasst sich mit der Entwicklung von Software, der Vergabe von Softwarelizenzen sowie den dazu gehörigen Serviceleistungen. Sie stand seit 2001 in laufender Geschäftsbeziehung zur Beklagten; ihre später gegründete Schwestergesellschaft T GmbH (im Folgenden: T2 GmbH) seit Anfang 2004. Am 09.04./17.04.2001 haben die Parteien einen Rahmenvertrag mit der Nr. 160XXXX8 (neu: 1600XXXX94) geschlossen. Gegenstand dieses Vertrages sind Beratungs-, Unterstützungs- und Softwareerstellungss-

1

2

3

/Programmierleistungen für die Beklagte. Wegen der weiteren Einzelheiten zum Vertragsinhalt wird auf Anl. K1, Bl. 25 ff. GA, verwiesen. Einen weiteren Vertrag haben die Parteien am 19.07./24.07.2001 mit der Nr. CXX/XXXXX180 geschlossen. Gegenstand dieses Vertrages war die Überlassung der Software F (Vorgängerversion der Software N) nebst Lizenzen, Softwarepflege, Support, Personalleistungen für Customizing, Know-how Transfer, IT- Entwicklung und Schulung sowie Dokumentation. Wegen der weiteren Einzelheiten zum Vertragsinhalt wird auf Anl. K2, Bl. 33 ff. GA, verwiesen. Dieser Vertrag wurde durch Schreiben der Beklagten vom 15.11.2005 mit Wirkung zum 31.12.2005 gekündigt.	
Die Klägerin macht im vorliegenden Verfahren gegenüber der Beklagten Lizenzgebühren im Zusammenhang mit einer behaupteten Nutzungsmöglichkeit betreffend die Software „N“ durch die Beklagte für das Jahr 2009 aus eigenem, hilfsweise aus abgetretenem Recht der T2 GmbH geltend.	4
Mit Schreiben vom 29.11.2006 unterbreitete die T2 GmbH der Beklagten ein „B 2007“ „für den Betrieb von T N im Jahr 2007 und die damit verbundenen Projekte“ (Anl. K3, Bl. 48 GA). Am 08.01.2007 erteilte die Beklagte der T2 GmbH daraufhin den Auftrag (Anl. K4, Bl. 53 f. GA). Im Jahre 2007 kam es zwischen den Parteien und der T2 GmbH zum Zerwürfnis, dessen Folgen letztlich in diversen Gerichtsverfahren und staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren mündeten.	5
Mit E-Mail vom 17.12.2008 teilte eine Mitarbeiterin der Beklagten, Frau Berthold, dem Geschäftsführer der Klägerin folgendes mit:	6
<i>„Sehr geehrter Herr T3,</i>	7
<i>wie Sie ja bereits der Information zur Aufhebung unserer Ausschreiben „Geschäftsbriefvorlagen“ entnehmen konnten, werden wir in Zukunft bei der E AG keine Software für die automatische Pflege und zur Verfügungsstellung von Geschäftsbriefvorlagen mehr einsetzen.</i>	8
<i>Wir werden bis zum 31.12.2008 die Software N abschalten und von den Rechnern der E entfernen. Da somit die Zusammenarbeit mit der T-T4 GmbH enden wird, möchten wir Sie bitten, sofern es noch ausstehende Rechnungen für Lizenzen aus 2008 gibt, diese bitte bis zum 28.12.2008 an folgende Adresse zu senden....“.</i>	9
Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beklagte das Programm N tatsächlich zum 01.01.2009 aus Ihrem System entfernt hat. Unstreitig hat die Beklagte die Nutzung der Software N im Jahre 2008 fortgesetzt und einen Betrag in Höhe der im Vorjahr gezahlten Lizenzgebühr für einen Nutzungsumfang bis zu 80.000 Nutzern nachgezahlt.	10
Die Klägerin macht auf der Basis der Anlage zum Angebot vom 29.11.2006 unter Berücksichtigung von 80.000 D für das Jahr 2009 eine Nettolizenzgebühr i.H.v. 192.000,00 € zuzüglich Umsatzsteuer, mithin 228.480,00 € geltend.	11
Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, bei einem hier anzunehmenden Mietvertrag hindere nur die tatsächliche Rückgabe der Software und das Löschen auf den Rechnern der Beklagten die Fortsetzung eines bestehenden Vertrages.	12
Die Klägerin hat unter Bezugnahme auf die E-Mail eines Mitarbeiters der U GmbH, C, vom 24.02.2009 (Anlage K5, Bl. 55 GA) behauptet, dass die Beklagte im Jahre 2009 noch die Möglichkeit gehabt habe, die Software im Umfang von mindestens 4.828 Nutzern („D“) zu	13

nutzen - bis zum 25.02.2009 sogar in einem Umfang von mindestens 38.573 Nutzern. Für die damit einhergehende Vertragsverlängerung sei es unerheblich, ob die Beklagte von dieser Nutzungsmöglichkeit Gebrauch gemacht habe oder nicht, weil es nach den ausdrücklich getroffenen Absprachen und insbesondere ihren AGB auf den tatsächlichen Umfang der Nutzung der Software nicht ankomme. Im Rahmen der laufenden Geschäftsbeziehung entspreche diese Folge der Nutzungsmöglichkeit der zwischen den Parteien geübten Praxis. Auch im Jahre 2008 habe es keine ausdrückliche Erklärung gegeben; die Beklagte habe das Vertragsverhältnis fortgesetzt, ohne dieses bekannt gegeben zu haben. Indem sie die Software auf den Rechnern gelassen habe, habe sie nach außen erklärt, dass sie nichts verändern wolle und weiterhin die Nutzungsmöglichkeit wahrnehme. Durch die zentrale Abschaltung werde die Nutzbarkeit der Software nicht beseitigt.

Die Klägerin hat beantragt, 14

die Beklagte zu verurteilen, an sie 228.480,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 15
Prozentpunkten jährlich über dem Basiszinssatz ab Zustellung des Mahnbescheids zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Die Beklagte hat behauptet, dass sie die Firma U am 26.11.2008 beauftragt habe, die 18
Software N im Wege der Deinstallation vollständig aus den lokalen Computerarbeitsplätzen zu entfernen. Zur Deinstallation der Software habe die Firma U ein sogenanntes Software-Verteilungswerkzeug eingesetzt mit dem Ziel, die für Installations- und Deinstallationsvorgänge erforderlichen Eingabebefehle zentralisiert und automatisiert an die im Netzwerk angeschlossenen Computerarbeitsplätze zu übermitteln. Sie habe als Alternative zur Software N eine über ihr Intranet abrufbare Vorlagensammlung installiert, die auf den zentralen Servern installierte Softwarekomponenten der Softwarelösung N zum Ende des Jahres 2008 deinstalliert und den Zugang zu den Servern gesperrt. Die Softwarelösung N sei damit ab Beginn des 01.01.2009 für alle Mitarbeiter nicht mehr nutzbar gewesen und auch nicht genutzt worden.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 19.12.2013 abgewiesen. Zur Begründung hat es 19
ausgeführt, dass die Klägerin aus keinem rechtlichen Grund einen Anspruch gegen die Beklagte auf Bezahlung der verlangten Lizenzgebühren für die Nutzungsmöglichkeit betreffend die Software N im Jahre 2009 habe.

Die Klägerin habe nicht hinreichend dargelegt, dass zwischen den Parteien auch für 2009 ein 20
Vertrag über die Nutzungsmöglichkeit der Software gegen eine Vergütung zustande gekommen sei. Ein ausdrücklicher Vertragsschluss sei unstreitig nicht erfolgt. Die Darlegungen der Klägerin seien auch nicht ausreichend, um den Rückschluss auf einen konkludenten Vertragsschluss zuzulassen. Es sei bereits zweifelhaft, ob auf der Grundlage der erheblichen Auseinandersetzungen der Parteien dem Schweigen der Klägerin ein Erklärungstatbestand und ein Erklärungswille zu entnehmen sei. Jedenfalls sei das Verhalten der Beklagten aber nicht als Willenserklärung zur Fortsetzung des Vertrages in 2009 zu werten. Die Beklagte habe substantiiert dargelegt, dass und warum sie die Software ab dem 01.01.2009 - entsprechend ihrer Erklärung in der E-Mail vom 17.12.2008 - nicht mehr habe nutzen wollen und genutzt habe. Es könne dahinstehen, ob und in welchem Umfang die Deinstallation der Software-Komponenten der Softwarelösung N zum Ende des Jahres 2008 tatsächlich stattgefunden und zur Folge gehabt habe, dass die Software damit ab dem

01.01.2009 für alle Mitarbeiter der Beklagten nicht mehr nutzbar gewesen sei. Selbst wenn die Nutzungsmöglichkeit noch bestanden hätte, wäre hieraus nicht der Schluss auf die von der Klägerin verwiesene Rechtsfolge einer Verlängerung des Lizenzvertrages zu ziehen. Es sei letztlich nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont die ausdrückliche Erklärung der Beklagten aus der E-Mail vom 17.12.2008 zu beachten, dass sie die Weiterführung des Vertrages ablehne; für eine davon abweichende Auslegung sei die Klägerin darlegungs- und beweisfällig geblieben. Auch die Überlegungen der Klägerin zum widersprüchlichen Verhalten der Beklagten oder einer Annahmeerklärung durch sozialtypisches Verhalten (protestatio facto contraria) führten zu keinem anderen Ergebnis, weil der Lizenzvertrag keine Vereinbarung im Massenverkehr oder im Bereich der Daseinsvorsorge sei und die Möglichkeit des Zugriffs auf die Softwarelösung nicht die Inanspruchnahme einer Leistung im Sinn eines sozialtypischen Verhaltens indiziere. Das Schweigen der Beklagten zum 01.01.2009 und danach könne deshalb auch nicht als Erklärungshandlung ausgelegt werden.

Das Vertragsverhältnis habe sich auch nicht stillschweigend analog § 545 BGB verlängert, weil die Beklagte ihren entgegenstehenden Willen rechtzeitig erklärt habe. 21

Die Klägerin habe gegen die Beklagte auch keinen Schadensersatzanspruch, weil die Beklagte die ihr eingeräumte Zugriffsmöglichkeit auf die bis zu 80.000 D vertragswidrig nicht bis zum 01.01.2009 gelöscht habe. Eine solche Verpflichtung habe schon nicht bestanden. Tatsachen für eine Verletzung des Urheberrechts der Klägerin mit einem daraus folgenden Anspruch aus dem Urheberrechtsgesetz habe die Klägerin ebenfalls nicht dargelegt. 22

Des Weiteren stehe der Klägerin auch kein Bereicherungsanspruch zu. Mit dem Wegfall des Lizenzvertrags falle das eingeräumte Nutzungsrecht an den Urheber zurück, ohne dass es einer gesonderten Rückübertragung bedürfte. Dementsprechend hätte die Beklagte den objektiven Nutzungswert herauszugeben, wenn sie in den Zuweisungsgehalt des Rechtes der Klägerin eingegriffen hätte, indem sie deren ausschließliche Benutzungsbefugnis missachtet und die Softwarelösung N nach dem 31.12.2008 genutzt hätte. Hierfür sei die Klägerin aber darlegungs- und beweisfällig geblieben. Es fehle an einem Vortrag zum Umfang der Nutzung und damit zum Umfang des Erlangten als Grundlage für die Berechnung der Höhe des Anspruchs auf eine angemessene Lizenzgebühr, die vernünftige Parteien bei Abschluss eines fiktiven Lizenzvertrages in Kenntnis der wahren Rechtslage und der Umstände des konkreten Einzelfalles vereinbart hätten. 23

Entsprechende Erwägungen hätten auch für einen etwaigen Anspruch aus § 546 a BGB zu gelten, zumal die Deinstallation von Software mit der physischen Übergabe (Rückgabe) in der Regelung des § 546 a BGB nicht vergleichbar sei. Die notwendige Zeitdauer der Deinstallation sei der Klägerin bekannt gewesen. Dann sei auf diese notwendige Zeitdauer abzustellen; eine vorherige Rückgabe sei unmöglich. Für diesen Zeitraum habe die Klägerin keinen Anspruch auf eine Leistung, es sei denn, sie lege dar und beweise, dass diese Zeitdauer das Ergebnis einer tatsächlichen Weiternutzung oder einer Pflichtverletzung sei. Daran fehle es aber. 24

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Ziel weiter. Sie meint, dass das Landgericht zu Unrecht einen Vertrag über die Nutzungsmöglichkeit der Software für 2009 abgelehnt habe. Ein solcher sei durch Verlängerung des vorangegangenen Vertragsschlusses infolge der Aufrechterhaltung der Nutzungsmöglichkeit und der nicht erfolgten vollständigen Deinstallation der Software zustande gekommen. Durch die E-Mail vom 17.12.2008 sei der (Vor-)Vertrag auch nicht beendet worden. Selbst wenn man darin ein Kündigungsschreiben erblicken wollte, sei die nach den Vertragsbedingungen vereinbarte dreimonatige Kündigungsfrist nicht eingehalten 25

worden. Den Rahmenvertrag habe die Klägerin erst mit Schreiben vom 28.12.2012 zum „31.11.2012“ gekündigt und damit ihren Wunsch zur Vertragsbeendigung erst zu diesem Zeitpunkt zum Ausdruck gebracht. Nachdem die Beklagte verpflichtet gewesen sei, die Software von ihren Rechnern zu entfernen, könne sie jedenfalls einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Klageforderung beanspruchen. Auch stehe ihr ein Anspruch aus Eingriffskondiktion zu. Wegen der weiteren Einzelheiten hierzu wird auf die Ausführungen der Klägerin auf Seite 7 der Berufungsbegründung (Bl. 181 ff. GA) verwiesen. Schließlich folge ein Vergütungsanspruch auch aus § 546a BGB. Insbesondere sei die Deinstallation der Software entgegen der Meinung des Landgerichts mit der erforderlichen Rückgabe der Mietsache gleichzusetzen.

Der Klägerin beantragt, 26

die Beklagte unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu verurteilen, an sie 228.480,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten jährlich über dem Basiszinssatz ab Zustellung des Mahnbescheids zu zahlen 27

Die Beklagte beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. 30

II. 31

Die Berufung der Klägerin ist gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen. Sie hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder die nach § 529 ZPO zugrundezulegenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). Ebenso wenig ist eine Entscheidung des Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO) oder aus anderen Gründen eine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO). 32

Die Klägerin ist auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür mit Beschluss des *Senats* vom 26.06.2014 hingewiesen worden. 33

1. 34

Der *Senat* hat im genannten Beschluss folgendes ausgeführt: 35

„Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung bleiben ohne Erfolg.“ 36

1. 37

Zunächst kann die Klägerin nicht mit Erfolg darauf verweisen, sie habe mit der Beklagten auch für das Jahr 2009 einen Lizenzvertrag über die von der Klägerin bereitgestellte Software N geschlossen mit der Folge, dass ihr gegen die Beklagte hieraus die geltend gemachten 228.480,00 € zustünden. 38

a. 39

<i>Eine dahingehende, ausdrückliche vertragliche Vereinbarung behauptet bereits die Klägerin selbst nicht. Aber auch durch schlüssiges Verhalten der Parteien ist eine solche vertragliche Verbindung nicht begründet worden.</i>	40
<i>b.</i>	41
<i>Zwar können Willenserklärungen, soweit keine Formvorschriften entgegenstehen, auch konkludent abgegeben werden. Bei Willenserklärungen dieser Art findet das Gewollte nicht unmittelbar in einer Erklärung seinen Ausdruck, der Erklärende nimmt vielmehr Handlungen vor, die mittelbar einen Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgewillen zulassen. Dies ist z.B. insbesondere bei der Inanspruchnahme einer entgeltlich angebotenen Leistung der Fall (vgl. Ellenberger in: Palandt, BGB, 73. Aufl., Einf. v § 116, Rz. 6).</i>	42
<i>aa.</i>	43
<i>Eine solche Willenserklärung der Beklagten kann die Klägerin zunächst nicht aus einer angeblichen Weiternutzung des von ihr zur Verfügung gestellten Computerprogramms ableiten. Die Beklagte hat die tatsächliche Weiternutzung des Programms ausdrücklich in Abrede gestellt. Demgegenüber hat die hierfür darlegungs- und beweisbelastete Klägerin indes nichts vorgetragen, was die gegenteilige Annahme rechtfertigen könnte. Die in Bezug auf diesen Umstand von der Kläger unterbreiteten Darlegungen sind lediglich pauschal und unsubstantiiert, mithin nicht einlassungsfähig und damit unbeachtlich. Aus der E-Mail des Herrn C, Mitarbeiter der Fa. U GmbH, vom 25.02.2009 (Anl. K 5, Bl. 55 f. GA) kann die Klägerin insoweit nichts herleiten. Hieraus ist allenfalls ablesbar, dass der von der Beklagten behauptete Lösungsprozess bei einer Vielzahl von Computerarbeitsplätzen noch nicht beendet war. Hinsichtlich einer tatsächlichen Nutzung des Programms an diesen Arbeitsplätzen ist damit allerdings nichts gesagt.</i>	44
<i>Die Klägerin kann auch nicht erfolgreich geltend machen, jeder Aufruf der auf den Computerarbeitsplätzen verfügbaren N2-Anwendungen führe gleichzeitig zu einer Ladung des von der Klägerin bereitgestellten Programms in den Hauptspeicher. Denn eine tatsächliche Nutzung der von dem Programm bereitgehaltenen Funktionen ist hiermit nicht verbunden, woraus auch auf einen Nutzungswillen bzw. ein Erklärungsbewusstsein der Beklagten in Bezug auf einen Lizenzvertrag nichts herzuleiten ist. Insoweit kann auch dahinstehen, ob der diesbezügliche, erstmals in der Berufungsbegründung unterbreitete und von der Beklagten bestrittene Vortrag in Ansehung der Regelungen aus § 531 Abs. 2 ZPO überhaupt berücksichtigungsfähig wäre.</i>	45
<i>bb.</i>	46
<i>Die Beklagte hat auch nicht etwa durch das Unterlassen einer gegenüber der Klägerin geschuldeten Löschung des Programms in dem von ihr betriebenen Computersystem eine Willenserklärung in Bezug auf einen Lizenzvertrag für das Jahr 2009 abgegeben. Davon durfte die Klägerin nach ihrem Empfängerhorizont bereits deswegen nicht ausgehen, weil die Beklagte mit ihrer E-Mail vom 17.12.2008 ausdrücklich die Fortsetzung einer vertraglichen Beziehung mit der Klägerin abgelehnt hat. In diesem Zusammenhang weist die Beklagte auch mit Recht darauf hin, dass es bereits in den vorangegangenen Zeiträumen zwischen den Parteien keine Praxis in Bezug auf eine stillschweigende Verlängerung von Lizenzverträgen gab, aus denen die Klägerin etwa abweichende Schlüsse hätte ziehen dürfen. Denn nach dem eigenen Vortrag der Klägerin hatte die Beklagte den in Bezug auf die Lizenzen geschlossenen Rahmenvertrag bereits im Jahre 2005 gekündigt und sodann für 2007 ein gesondertes Vertragsverhältnis mit der Klägerin begründet. Im Jahre 2008 gab es</i>	47

gar keine vertragliche Abrede zwischen den Parteien, sondern die Beklagte hat lediglich die Software genutzt und dies der Klägerin später vergütet.

cc. 48

Hieraus ist daneben abzuleiten, dass der zwischen den Parteien im Jahre 2001 geschlossene Rahmenvertrag mit seinem Verweis auf die ergänzenden Vertragsbedingungen „F2 Überlassung Typ B“ in der Folgezeit nicht mehr Grundlage der vertraglichen Beziehung der Beklagten war. Dies hat die Klägerin in Bezug auf die hier in Rede stehenden Lizenzen bereits in der Klageschrift selbst eingeräumt (dort Seite 3, Bl. 13 GA). Daneben ist auch aus dem schriftlichen Angebot der Klägerin für die in 2007 erbrachten Leistungen ein Verweis auf die Konditionen des Rahmenvertrages in dem hier interessierenden Sinn nicht abzuleiten. Denn das Angebot verweist lediglich auf einzelne bestimmte Konditionen des Rahmenvertrages, ohne dessen Inhalt allgemein für verbindlich zu erklären. Aber selbst wenn dies anders zu beurteilen wäre, folgt aus der Tatsache, dass die Klägerin ihre Leistungen in 2007 zum Gegenstand besonderer Vertragsverhältnisse gemacht hat, dass dieses eine befristete Laufzeit zum Ende des Kalenderjahres enthielt und dies insoweit den lediglich subsidiär vereinbarten ergänzenden Vertragsbedingungen vorging. 49

2. 50

Die Klägerin kann auch nicht mit Erfolg auf mietvertragliche Ansprüche verweisen. Ungeachtet der Frage, ob auf das hier in Rede stehende rechtliche Verhältnis der Parteien überhaupt Mietrecht Anwendung finden kann, ist eine Fortsetzung des etwaigen Mietverhältnisses aus § 545 S. 1 BGB bereits deswegen nicht anzunehmen, weil die Beklagte auch nach dem Vortrag der Klägerin die Software lediglich behalten bzw. nicht gelöscht hat, was für die Annahme einer Fortsetzung eines – unterstellten – Mietverhältnisses allein allerdings nicht ausreicht (vgl. Weidenkaff in: Palandt, BGB, 73. Aufl., § 545 Rz. 7), und die tatsächliche (Weiter-) Nutzung jedenfalls nicht hinreichend substantiiert dargetan ist. 51

3. 52

Aber auch aus § 546 a BGB analog kann die Klägerin keine Ansprüche herleiten. Denn auf die rechtliche Beziehung der Parteien ist das Mietrecht nicht anwendbar. 53

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erfolgt die Zuordnung von EDV-Verträgen zu den Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches nach dem von den Parteien vereinbarten Vertragszweck, wie er in der vertraglichen Leistungsbeschreibung und dem hieran anknüpfenden Parteiwillen, insbesondere auch in der verobjektivierten Kundenerwartung, zum Ausdruck kommt, und rechtfertigt sich letztlich auch aus einem Vergleich mit Verträgen, die ähnliche Gegenstände betreffen (vgl. zu Internetsystemverträgen BGH, Urt. v. 04.03.2010 – III ZR 79/09, BGHZ 184, 345 m.w.n.). Bei typengemischten Verträgen, die im Zusammenhang mit Leistungen im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung in der Regel vereinbart werden, sind für jede Leistung die Vorschriften des entsprechenden Vertragstyps des BGB heranzuziehen, es sei denn, die Eigenart des Vertrages verbietet eine solche Vorgehensweise; dann ist das Recht denjenigen Vertragstypus heranzuziehen, der den rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwerpunkt des Vertrages bildet (vgl. dazu BGH, Urt. v. 29.10.1980 – VIII ZR 326/79, NJW 1981, 341 f.; Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Aufl., Überbl. v § 311, Rz. 24 ff.). 54

Auf der Grundlage dieser Kriterien unterfällt das Vertragsverhältnis der Parteien einheitlich dem Werkvertragsrecht des BGB. Dies nimmt der Senat auch in dem anhängigen 55

Parallelverfahren der T GmbH und der Beklagten zum Aktenzeichen 19 U 177/12 an, in dem die vertraglichen Beziehungen in Bezug auf „C2 ML“ ebenfalls streitgegenständlich sind.

Dabei gilt im Ausgangspunkt, dass die Klägerin sich angesichts der zwischen der T GmbH und der Beklagten bestehenden Rechtsbeziehungen nicht auf das Argument zurück ziehen kann, ihr stünden weiterhin die Lizenzrechte zu und sie sei nicht Vertragspartner der Beklagten in Bezug auf die weiteren Leistungspflichten, wie sie sich etwa aus dem Angebot vom 29.11.2006 ergeben. Denn die T GmbH hat die Überlassung der Lizenzen ausdrücklich zum Gegenstand ihres Angebotes gemacht und dort mit 192.440 € veranschlagt. Sie ist demnach Teil einer einheitlichen Vertragsbeziehung zu der Beklagten. Diese Beziehung kann nicht nach Mietrecht beurteilt werden. 56

a. 57

Zwar hat der Bundesgerichtshof in dem von der Klägerin zitierten Urteil vom 15.11.2006 (Az. XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394) für die internetbasierte Gewährung von Nutzungsmöglichkeiten an einem Computerprogramm ("B (B2)") Mietrecht angewendet. Bei dem B2 -Vertrag stellt der Anbieter auf seinem Server Software bereit und gestattet dem Kunden, diese Software für eine begrenzte Zeit über das Internet oder andere elektronische Netze zu nutzen. Die Software verbleibt während der gesamten Nutzungsdauer auf dem Rechner des Anbieters. Dem Kunden werden die jeweils benötigten Funktionen der Anwendungen lediglich über Datenleitungen auf seinem Bildschirm zur Verfügung gestellt. Als zusätzliche Leistung übernimmt der Anbieter in der Regel die Softwarepflege, Updates und Datensicherung und stellt für die Nutzung Speicherplatz zur Verfügung. 58

Als typische Leistung steht beim B2-Vertrag danach aber die Gewährung der Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit als Hauptleistungspflicht im Mittelpunkt der Vereinbarung. Das hat den Bundesgerichtshof veranlasst, mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum als Rechtsgrundlage für diese vertraglichen Ansprüche einen Mietvertrag, der die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zum Gegenstand hat, anzunehmen. 59

b. 60

Eine dementsprechende vertragliche Vereinbarung besteht zwischen den Parteien in Bezug auf die Software N aber nicht. Für das Jahr 2009 ist bereits – wie oben ausgeführt – ein Vertragsschluss nicht festzustellen. Aber auch auf das in 2007 bestehende Vertragsverhältnis findet Mietrecht keine Anwendung, so dass auch eine verspätete Rückgabe der Software jedenfalls nicht zur Begründung von Ansprüchen aus § 546 a BGB geführt haben kann. 61

Grundlage der Vertragsbeziehung war das Angebot der T GmbH vom 29.11.2006 (Anlage K 3, Bl. 48 GA). Gegenstand des Angebotes war die beigefügte Leistungstabelle, die unter anderem für die Gewährung der nötigen Lizenzen 192.440,00 € auswies, daneben aber eine Fülle weiterer vertraglicher Leistungen beschreibt, die sich im Wesentlichen auch auf die im Angebotsschreiben ausdrücklich benannten Bereiche Betrieb und Wartung des Systems, einheitliches Design der erstellten Dokumente, Leistungen im Rahmen der Internationalisierung und Pflege der Daten beziehen. 62

In Ansehung dieses Bündels an Vertragspflichten handelt es sich um einen Software-Wartungs- und Pflegevertrag, auf den Mietrecht keine Anwendung findet, sondern nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Dienst- oder Werkvertragsrecht (vgl. dazu BGH, Urt. v. 04.03.2010 - III ZR 79/09, zitiert nach juris). 63

Verträge über die "Wartung" oder "Pflege" von Software, EDV-Programmen oder Websites sind als Werkverträge einzuordnen, soweit sie auf die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit und die Beseitigung von Störungen (und somit: auf einen Tätigkeitserfolg) gerichtet sind, wohingegen ihre Qualifizierung als Dienstvertrag nahe liegt, wenn es an einer solchen Erfolgsausrichtung fehlt und die laufende Serviceleistung (Tätigkeit) als solche geschuldet ist. Für Letzteres bestehen hier aber keine Anhaltspunkte, vielmehr schuldet die Klägerin einen störungsfreien Betrieb im Sinne eines Werks nach den §§ 631 ff. BGB. An dieser Einordnung ändert sich auch nichts dadurch, dass die Überlassung der Software – für sich allein betrachtet – ggf. mietvertragliche Elemente im Sinne der oben zitierten BGH-Rechtsprechung zum B2-Vertrag aufweist. Denn der Schwerpunkt der vertraglichen Leistungspflichten der Klägerin lag in der Wartung, Fortentwicklung und Internationalisierung der Software, die auch nach ihrem eigenen Vortrag die Erweiterung auf 160.000 Anwender zum Inhalt hatte und in eine Vielzahl verschiedener Projekte mündete, wie sie im Einzelnen in der dem Angebot für 2007 beigefügten Tabelle zu entnehmen sind, und die dort bereits bei erstem Hinsehen gegenüber der reinen Softwareüberlassung den weit überwiegenden Anteil der Vertragsleistungen ausmachen.

Angesichts dessen wäre es verfehlt, wollte man die Überlassung der Software isoliert nach Mietrecht beurteilen. Vielmehr begründet das vielgestaltige Leistungsspektrum des Vertrages eine besondere Eigenart, die eine Anwendung von Mietrecht allein auf einen untergeordneten Ausschnitt der Leistungspflichten verbietet. Danach ist es der Klägerin verwehrt, aus einer verspäteten Rückgabe der Software mietrechtliche Ansprüche abzuleiten.

4. 66

Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Leistung von Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB wegen einer fehlenden Entfernung der Software von den Rechnern der Beklagten. Ein der Klägerin hieraus entstandener Schaden ist nicht ersichtlich, da sie selbst jederzeit Zugriff auf das von ihr entworfene Programm hatte und deswegen an seiner wirtschaftlichen Verwertung nicht gehindert war.

5. 68

Schließlich kann die Klägerin auch keine Ansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB i.V.m. § 818 Abs. 3 BGB geltend machen.

a. 70

Denn allein durch die Tatsache, dass die Beklagte die Software nicht fristgerecht zum 31.12.2008 gelöscht hat, ist sie nicht ungerechtfertigt bereichert. Eine tatsächliche Nutzung der Software hat die Klägerin – wie oben ausgeführt – nicht hinreichend dargelegt und bewiesen. In der automatischen Ladung des Programms in den Arbeitsspeicher liegt eine solche Nutzung ebenfalls nicht, da damit allein die von dem Programm bereitgestellten Funktionen nicht aktiviert und verwendet werden.

b. 72

Auch in der weiterhin gegebenen Nutzungsmöglichkeit an sich liegt keine ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten. Die Voraussetzungen der §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 3 BGB liegen nicht vor.

74

Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet. Der Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB unterliegt dabei jeder vermögensrechtliche Vorteil („etwas“), den der Erwerber nur unter Verletzung einer geschützten Rechtsposition und der alleinigen Verwertungsbefugnis des Rechtsinhabers („auf dessen Kosten“) erlangen konnte und der deshalb dem Zuweisungsgehalt der verletzten Rechtsposition widerspricht (vgl. BGH, Urt. v. 09.03.1989 – I ZR 189/86, BGHZ 107, 117, 120 f.; Urt. v. 18.01.2012 – I ZR 187/10, GRUR 2012, 417 ff.). Dabei kann es sich vorliegend allein um die Lizenzen handeln, welche bereits zuvor Gegenstand der vertraglichen Verhältnisse der Parteien waren. Wie bereits das Landgericht mit Recht in seinem Urteil ausgeführt hat, bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nach Auslauf der Lizenzdauer jedoch keines Rückübertragungsaktes an die Klägerin; vielmehr fällt die Lizenz und damit die Nutzungsberechtigung automatisch an die Klägerin zurück (BGH, Urt. vom 19.07.2012 – I ZR 70/10, BGHZ 194, 136-150 ff. = GRUR 2012, 916 ff.) und das nachfolgende, angebliche Untätigbleiben der Beklagten ist für sich genommen kein Eingriff in einen Vermögenswert der Klägerin. Denn die Beklagte hat in Bezug hierauf allein die Verfügungsgewalt über die von der Klägerin programmierten Daten erlangt und müsste diese an die Klägerin herausgeben, was tatsächlich nur durch Löschung erfolgen kann. Die Klägerin macht indes keinen Anspruch auf Löschung geltend, sondern Wertersatz.

6. 75

Der Senat versteht die Berufungsbegründung dahin, dass die Klägerin Ansprüche wegen Verletzung ihres Urheberrechtes letztlich nicht geltend macht. Sie dürften aber auch nicht schlüssig vorgetragen sein: 76

a. 77

Wie ausgeführt, ist eine tatsächliche Nutzung des Programms durch dessen Anwendung durch die Beklagte nicht ersichtlich. 78

b. Es kann aber auch dahin stehen, ob bei dem Aufruf von N2-Programmen die Software N automatisch geladen und damit im Sinne des § 44 a UrhG unerlaubt vervielfältigt wird, und ob damit die subjektiven Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches nach § 97 Abs. 2 UrhG verwirklicht sind. Denn es fehlt bereits an der Darlegung eines entsprechenden Schadens. Die wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeiten der Klägerin an ihrem Programm sind nicht beeinträchtigt worden. Anhaltspunkte für einen durch diese Vervielfältigung bei der Beklagten eingetretenen Gewinns fehlen. Auch gibt § 97 Abs. 2 UrhG keinen Anspruch auf einen Strafschadensersatz in Gestalt einer Lizenzgebühr; vielmehr ist Voraussetzung auch hier der Eintritt eines konkreten Schadens. Allein bei dessen Berechnung kann auf die Höhe einer etwaigen Lizenzgebühr zurück gegriffen werden (vgl. dazu BGH, Urt. v. 17.06.1992 - I ZR 107/90, GRUR 1993, 55; Reber in: Beck'scher Onlinekommentar Urheberrecht, § 97 Rz. 110 ff., 119 ff.).“ 79

2. 80

Der Senat sieht sich auch in der für die vorliegende Entscheidung zuständige Besetzung auch in Ansehung der ergänzenden Stellungnahme der Klägerin im Schriftsatz vom 30.07.2014 nicht veranlasst, hiervon abzurücken. Lediglich zur Klarstellung sei hierzu folgendes ausgeführt: 81

a. 82

Auch ohne Rückgriff auf die Erkenntnisse des Parallelverfahrens vor dem *Senat* zum Aktenzeichen 19 U 177/12 lässt sich eine Lizenzvereinbarung für das Jahr 2009 nicht aus einer (stillschweigenden) Verlängerung des Vorvertrages aus 2007 und 2008 herleiten. Sofern sich die Klägerin nunmehr auf den Standpunkt stellt, dass der Rahmenvertrag vom 09./17.04.2001 und damit die einbezogenen F2 auch nach Kündigung des ursprünglichen Lizenzvertrages durch die Klägerin zum 31.12.2005 vollumfänglich Geltung beanspruchte, handelt es sich hierbei um neuen Sachvortrag, der gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen ist. Die Möglichkeit zur Stellungnahme auf einen Hinweis nach § 522 Abs. 2 ZPO eröffnet nicht das Feld für neue Tatsachenfeststellungen, sondern die Stellungnahme unterliegt den Beschränkungen der §§ 529, 530 ZPO. Daraus folgt, dass konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, gem. § 520 Abs. 3 ZPO in der Berufungsbegründungsschrift vorzutragen sind (vgl. etwa *Senat*, Beschluss vom 24.09.2013 – 19 U 88/13 -, m. w- N.). Der Klägerin ist es zudem in der Berufung nicht gestattet, sich aus dem beiderseitigen Sachvortrag der Parteien „die Rosinen herauszupicken“ und sich damit gleichsam in Widerspruch zu ihrem erstinstanzlichen Vortrag zu setzen. Mit einem relevanten „Irrtum“ (vgl. Seite 6 des Schriftsatzes der Klägerin vom 30.07.2014, Bl. 340 GA) über zugrunde zulegende Tatsachen hat die auf diese gestützte, schlicht geändert rechtliche Argumentationslinie der Klägerin nichts zu tun. Die Klägerin hat im Übrigen auch im Verfahren 19 U 177/12 stets geltend gemacht, dass der Rahmenvertrag sowohl für die T2 GmbH als auch für sie jedenfalls ab 2007 keine Rolle mehr gespielt habe (vgl. dort Bl. 178 GA).

b. 84

Ein Anspruch der Klägerin folgt auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 546a BGB. Die datenträgerlose temporäre Überlassung der Nutzungsmöglichkeit von Software im Sinne einer reinen Lizenzierung ohne bestimmungsgemäße Zugriffsobliegenheit auf einen fremden Server (als Sachgebrauch im Sinne der Rechtsprechung des *BGH*) - worauf die Klägerin für die Zeit ab 2008 letztlich abstellt - kann mangels Sachqualität des Vertragsgegenstandes (§ 90 BGB) keinen mietvertraglichen Charakter haben, sondern allenfalls eine Berechtigung zur Nutzung eines Immaterialgutes darstellen (vgl. *Hilty*, MMR 2003, 3 ff.). Damit scheidet ein Rückgriff (auch analog) auf mietvertragliche Vorschriften mangels vergleichbarer Interessenlage und Regelungslücke aus, weshalb sämtliche Begründungsansätze der Klägerin, die auf das gesetzliche Regime des Mietrechts aufbauen, fehlgehen. Auch die schlichte Anknüpfung an eine vollständige und fristgerechte Deinstallation der Software (als Quasi-Rückgabe) sowie die im Falle ihres Unterlassens von der Klägerin postulierten Rechtsfolgen einer Vertragsverlängerung oder zumindest Entschädigungspflicht scheiden mithin aus. Aufgrund der aus dem Angebot der Klägerin vom 29.11.2006 abgeleiteten Jahreslizenzierung lief das Nutzungsrecht der Beklagten und der hieraus folgende Vergütungsanspruch der Klägerin zum 31.12.2008 aus, ohne dass es einer Kündigung bedurfte. Eine stillschweigende Verlängerung der Lizenz in 2009 scheidet wiederum aufgrund der E-Mail der Beklagten vom 17.12.2008 aus.

c. 86

Für die damit allenfalls noch denkbaren Ansprüche auf Schadensersatz oder Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung genügt die bloße Nutzungsmöglichkeit nicht. Hierzu bedarf es der substantiierten Darlegung eines adäquat-kausalen Schadens auf Seiten der Klägerin bzw. eines Vermögenseingriffes und einer tatsächlichen Bereicherung auf Seiten der Beklagten. Dass es hieran mangelt, hat der *Senat* bereits - nicht ergänzungsbedürftig -

ausgeführt.

III. 88

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 89

Streitwert für das Berufungsverfahren: 228.480 € 90