

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja  
-----

BGB §§ 305, 535, 536

Zur Mitwirkungspflicht des Mieters elektronischer Registrierkassen bei der Herstellung des von ihm gewünschten Anwenderprogramms durch den Vermieter.

BGH, Urt. v. 13. Juli 1988 - VIII ZR 292/87 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

# BUNDESGERICHTSHOF 36

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 292/87

### URTEIL

Verkündet am:  
13. Juli 1988  
Kanik,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma R [REDACTED] S [REDACTED] GmbH, vertreten durch  
den Geschäftsführer Klaus S [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED] in A [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

Roland E [REDACTED], T [REDACTED] Straße [REDACTED] in St [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter  
und Revisionsbeklagter,

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

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1988 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Zülch und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28. Oktober 1987 geändert:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 20. Februar 1987 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat auch die Kosten der Berufungs- und Revisionsinstanz zu tragen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber mehrerer Gaststätten. Für einen Betrieb in St [REDACTED] und Betriebe in B [REDACTED] mietete er aufgrund schriftlichen Vertrages vom 26. Januar 1984 von der Beklagten vier elektronische Registrierkassen "Casio 7100 Lagerbestand" für 54 Monate zu einem monatlichen Mietzins von je 200 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Der Mietzins sollte jeweils für sechs Monate im voraus gezahlt werden und erstmals bei Übergabe der Kassen fällig sein. Programmkosten



waren gesondert zu vergüten. Mit Schreiben vom 1. März 1984 mahnte die Beklagte die zur Programmierung erforderlichen Unterlagen beim Kläger mit dem Hinweis an, daß sie zur Fertigstellung ca. vier Wochen Zeit benötige. Im Schreiben vom 15. Mai 1984 stellte die Beklagte fest, sie habe immer noch keine Programmunterlagen vorliegen, eine weitere kostenlose Reservierung der Kassen sei ihr nicht möglich. Deshalb müsse sie ihm für die Zeit vom 15. Mai bis 14. November 1984 Mietzins und Mehrwertsteuer für zwei Registrierkassen, insgesamt 3.078 DM in Rechnung stellen. Wegen dieses Betrages und 18 DM Nebenkosten (= 3.096 DM) zuzüglich Zinsen erhob die Beklagte am 2. Juli 1984 Klage beim Landgericht Stuttgart, mit der sie außerdem künftig fällig werdende Mietzinsraten geltend machte. Die Parteien beendeten den Vorprozeß umgekehrten Rubrums am 26. September 1984 durch Prozeßvergleich. Darin ist bestimmt:

- "1. Der Beklagte (= Kläger des vorliegenden Rechtsstreits) verpflichtet sich, ab 1. Oktober 1984 für drei Registrierkassen Casio 7100 monatlich DM 200 zuzüglich Mehrwertsteuer pro Kasse insgesamt somit DM 600 zuzüglich Mehrwertsteuer, jeweils für sechs Monate im voraus - wie im Mietvertrag vom 26.1.1984 vereinbart - zu zahlen.

Die Klägerin (Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit) verpflichtet sich, die drei Kassen an den Beklagten innerhalb 14 Tagen nach Übergabe der Programmunterlagen durch den Beklagten zu liefern.

2. Der Beklagte verpflichtet sich ferner, eine weitere Registrierkasse Casio 7100 bis spätestens 31.3.1985 von der Klägerin abzunehmen.

3. Im übrigen gelten die Vereinbarungen des Mietvertrages vom 26.1.1984 weiter. ..."

Nach Vergleichsabschluß ließ die Beklagte vom Konto des Klägers 4.104 DM abbuchen. Ausweislich der Rechnung vom 27. September 1984 handelte es sich dabei um den Mietzins für drei Registrierkassen ab 1. Oktober 1984 bis 31. März 1985 zuzüglich 14 % Mehrwertsteuer.

In Besprechungen am 3. und 18. Dezember 1984 verhandelten die Parteien über die Programmierung der Kassen. Bei dieser Gelegenheit überließ der Kläger der Beklagten von ihm ausgefüllte Programmblätter. Im Gespräch war unter anderem auch, ob der Kläger statt des Modells Casio 7100 Registrierkassen des Typs Casio 204 mieten sollte. Zu einer abschließenden Vereinbarung fanden die Parteien nicht. Mit Anwaltsschreiben vom 12. April 1985 forderte der Kläger die Beklagte mit Fristsetzung bis zum 22. April 1985 auf, "den Vertrag so zu erfüllen, wie er im Vergleich seine Ausgestaltung erfahren" habe. Die Frist wurde in weiteren Anwaltsschreiben zunächst bis 20. Mai, dann bis zum 11. Juni 1985 verlängert. Für den Fall fruchtlosen Fristablaufs drohte der Kläger der Beklagten Ablehnung der Erfüllung an. Die Beklagte hat das vom Kläger gewünschte Programm nicht erstellt. Die Entgegennahme der Kassen in seinen Geschäftsräumen, Tübinger Straße 92 in Stuttgart, in denen sie die Beklagte am 17. Mai 1985 - lediglich mit einem Grundprogramm ausgestattet, jedoch ohne das vorgesehene Anwenderprogramm - ausliefern wollte, lehnte der Kläger ab. Er ließ mit Anwaltsschreiben vom 19. Juli 1985 den Mietvertrag kündigen und die Beklagte zur Leistung von Schadensersatz wegen

Nichterfüllung des Prozeßvergleichs auffordern. In dem Brief heißt es unter anderem:

"Sie haben trotz des Vergleichs die Registrierkassen nicht innerhalb von 14 Tagen nach Übergabe der Programmunterlagen geliefert. Sie waren nicht in der Lage die Programme zu erstellen. ...

Ich muß Sie auffordern, die bereits abgebuchten 4.104 DM bis 26.7.1985 zu überweisen. ..."

Der Kläger steht auf dem Standpunkt, die Beklagte könne aus dem Mietvertrag und dem Prozeßvergleich keine Rechte mehr herleiten, weil sie mit ihrer Hauptleistungspflicht - Lieferung programmierter Registrierkassen - in Verzug geraten sei; die bereits abgebuchten Mieten müsse sie zurückgewähren. Er hat deshalb beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich für unzulässig zu erklären und die Beklagte zur Zahlung von 4.104 DM zuzüglich Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat geltend gemacht, der Kläger habe es an der unerläßlichen Vorbereitung und Mitwirkung bei der Programmierung fehlen lassen. Im Wege der Widerklage hat sie die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 1.368 DM (Mietzins für die vierte Registrierkasse ab 16. Mai bis 15. November 1985 = 1.200 DM + 168 DM Mehrwertsteuer) zuzüglich Zinsen und zur Zahlung weiterer je 1.200 DM an den künftigen acht Fälligkeitsterminen, letztmals am 16. Mai 1989, zuzüglich Mehrwertsteuer verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat gegenteilig

entschieden. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils erster Instanz.

#### Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht meint, die Zwangsvollstreckung aus dem Prozeßvergleich sei unzulässig, weil der Kläger wirksam von dem Mietvertrag, wie er im Vergleich ausgestaltet worden ist, zurückgetreten sei. Die Beklagte sei mit der ihr nach dem Vertrage obliegenden Hauptleistungspflicht, dem Kläger in bestimmter vertraglich vorgesehener Weise programmierte Registrierkassen zum Gebrauch zu überlassen, in Verzug geraten. Trotz Mahnung, Fristsetzung und Ablehnungsandrohung habe sie die geschuldete Leistung nicht erbracht. Entgegen der Auffassung des Landgerichts könne es nicht dem Kläger angelastet werden, daß es zur Programmierung der Registrierkassen nicht gekommen sei. Zwar stehe fest, daß der Kläger die zur Programmierung unbedingt erforderlichen Programmblätter unvollständig und unrichtig ausgefüllt habe, so daß sie zur Erstellung des Programms nicht ausreichend und ungeeignet gewesen seien. Dies sei aber darauf zurückzuführen, daß es an einer schriftlichen Ausfüllanweisung gefehlt habe. Unter diesen Umständen genüge es nicht, daß ein Mitarbeiter der Beklagten dem Kläger die Programmblätter mündlich erläutert und seine Hilfe beim Ausfüllen angeboten habe. Nachdem die Beklagte bereits im Besitz der vom Kläger - allerdings falsch und unvollständig - ausgefüllten Programmblätter gewesen sei, sei es ihre Sache gewesen, ihn auf die Unzulänglichkeit seiner Angaben hinzuweisen, wenn sie

schon nicht in der Lage gewesen sei, eine schriftliche Auffüllanweisung zur Verfügung zu stellen. Dadurch, daß sie nach dem 18. Dezember 1984 nichts dergleichen getan, die Mahnungen des Klägers unbeantwortet gelassen und schließlich die Kassen kommentarlos in unprogrammiertem Zustand ausgeliefert habe, habe sie gegen ihre Vertragspflichten verstoßen und trage deshalb letztlich die Verantwortung dafür, daß es zur Programmierung der Kassen nicht gekommen sei.

II. Das angefochtene Urteil hält den Revisionsangriffen nicht stand. Die Auffassung des Oberlandesgerichts, der Kläger sei zum Rücktritt vom Mietvertrage gemäß § 326 BGB berechtigt gewesen, weshalb die Zwangsvollstreckung aus dem Prozeßvergleich unzulässig sei, ist von Rechtsirrtum beeinflusst und verfahrensfehlerhaft zustande gekommen.

1. Gewährt der Vermieter dem Mieter nicht rechtzeitig den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache, so bestimmen sich die Rechte des Mieters nach § 326 BGB, d.h. er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder, wie es der Kläger getan hat, vom Vertrage zurücktreten, wenn der Vermieter mit der Gebrauchsüberlassung in Verzug geraten ist und eine mit Ablehnungsandrohung verbundene Nachfrist zur Bewirkung der Leistung hat ungenutzt verstreichen lassen.

a) Die Beklagte schuldete aufgrund Mietvertrages vom 26. Januar 1984 die Gebrauchsüberlassung von vier programmierten elektronischen Registrierkassen. Die Programmierung hatte sie als - gesondert zu vergütende - Hauptpflicht übernommen. Im Vertrag vom 26. Januar 1984 ist der Mietgegenstand als "Casio 7100 Lagerbestand" bezeichnet. "Casio

7100" bezeichnet die Hardware, "Lagerbestand" die Software. Mit dem Begriff "Lagerbestand" war die ursprüngliche Aufgabe, die mit dem Programm bewältigt werden sollte, nämlich die Umsatzermittlung verbunden mit einer Lagerbestandskontrolle, gekennzeichnet. Unerheblich ist, wie die Vorinstanzen mit Recht angenommen haben, daß der Kläger seinen ursprünglichen Programmwunsch während der Besprechungen im Anschluß an den Vergleichsabschluß im Vorprozeß geändert hat und die Parteien im Zusammenhang damit erwogen haben, sogar die Hardware zu ändern. Der Kläger hat letztlich Erfüllung des Vertrages so, wie er ursprünglich vereinbart worden war, verlangt.

b) Die Beklagte hat das ursprünglich vorgesehene Anwenderprogramm "Lagerbestand" nicht erstellt, sondern dem Kläger am 17. Mai 1985 in seinen Geschäftsräumen Registrierkassen ausliefern wollen, die zwar mit einem Grundprogramm ausgestattet waren, für die aber das vereinbarte Anwenderprogramm fehlte. Gleichwohl ist sie nicht in Schuldnerverzug geraten.

Unstreitig ist, daß die Beklagte die Verpflichtung zur Programmierung sinnvoll nur unter Mitwirkung des Klägers erfüllen konnte. Er mußte die Speisen- und Getränkekarten der Gaststätten, in denen die Registrierkassen verwendet werden sollten, der Beklagten zur Verfügung stellen und hatte außerdem "Programmblätter" auszufüllen. In diese Programmblätter sollten Warengruppe, Preis und eine auf sechs Buchstaben beschränkte Kurzbezeichnung der Ware eingetragen werden. Die dafür erforderlichen Programmblatt-Formulare, von denen eines zum Zweck der Anleitung des Kunden eine

Mustereintragung enthält, hat der Kläger von der Beklagten erhalten. Auch das ist unstreitig. In dem im Vorprozeß, zu dem es gekommen war, weil der Kläger weder Miete gezahlt noch die Vorarbeiten für die Programmierung geleistet hatte, in der mündlichen Verhandlung am 26. September 1984 geschlossenen Vergleich haben die Parteien die Gebrauchsüberlassungspflicht der beklagten Vermieterin ausdrücklich "von der Übergabe der Programmunterlagen durch den Beklagten" (= Kläger im vorliegenden Rechtsstreit) abhängig gemacht. Diese - auch ohne ausdrückliche Regelung aus in der Natur der Sache liegenden Gründen - vor der Gebrauchsüberlassung geschuldete Mitwirkungspflicht hat der Kläger, wie die Beweisaufnahme im ersten Rechtszuge ergeben hat, nicht erfüllt. Das hat der vom Landgericht hinzugezogene Sachverständige in seinem Gutachten im einzelnen dargestellt. Auch die Vorinstanz hat das nicht anders gesehen und zutreffend ausgeführt, die vom Kläger vorgelegten Programmierungsunterlagen seien unbrauchbar gewesen. Da die Beklagte zur Gebrauchsüberlassung mit dem Anwenderprogramm ausgestatteter Registrierkassen erst 14 Tage nach Übergabe - brauchbarer - Programmunterlagen verpflichtet war, ist sie mit der geschuldeten Leistung nicht in Verzug geraten.

c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann der Beklagten nicht angelastet werden, daß der Kläger zur Programmierung der Registrierkassen keinen brauchbaren Beitrag geleistet hat. Die Vorinstanz hat ausgeführt, es sei Sache der Beklagten gewesen, den Kläger auf die falsche bzw. unvollständige Ausfüllung im einzelnen hinzuweisen und ihn über die richtige und vollständige Art der Ausfüllung aufzuklären, wenn sie schon nicht in der Lage gewesen sei, ihm

eine schriftliche Ausfüllanweisung zur Verfügung zu stellen. Aus der Tatsache, daß die Beklagte unstreitig nach dem 18. Dezember 1984 von sich aus nicht mehr tätig geworden ist, hat sie den Schluß gezogen, die Beklagte habe den Vertragszweck durch bewußte Inaktivität gefährdet. Das ist vom rechtlichen Ansatz her verfehlt und mit dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme, auf das im angefochtenen Urteil abgestellt worden ist, unvereinbar.

Da der Kläger wünschte, die Registrierkassen sollten die ihnen zugedachte innerbetriebliche Aufgabe nach einem auf seine Bedürfnisse zugeschnittenen Anwenderprogramm erledigen, mußte er nicht nur die Aufgabenstellung mitteilen, sondern auch das Material, das elektronisch verarbeitet werden sollte, angeben. Das versteht sich von selbst. Kam er damit allein nicht zurecht, mußte er die Beklagte um Unterstützung bitten. Das hat er unstreitig nicht getan, sondern erst lange nach Vertragsschluß unbrauchbare Vorarbeit zur Programmierung geleistet. Sobald sich dies herausgestellt hatte, hat die Beklagte dem Kläger die gebotene Hilfe zuteil werden lassen. Der vom Landgericht vernommene Zeuge Döbrich hat ausgesagt, er habe sich zusammen mit dem Kläger hingesetzt und ihm gezeigt und erklärt, wie er die Bogen auszufüllen habe. Außerdem habe er bereits vor dem 18. Dezember 1984 mit dem Kläger über die Programmblätter gesprochen. Es trifft darüber hinaus nicht zu, daß es an jeglicher schriftlichen Aufklärung gefehlt hätte, denn die Beklagte hat dem Kläger Programmblätter mit Mustereintragen ausgehändigt. Die Spalten der Programmblätter sind im übrigen durch Überschriften bzw. Karo-Einteilung (z.B. für die Eintragung der ausgegebenen Ware = sechs Karos für sechs Buchstaben sowie

für den Preis = sechs Karos für sechs Ziffern) so gekennzeichnet, daß sie in Verbindung mit mündlichen Erläuterungen sachgemäß ausgefüllt werden konnten. Der Sachverständige ist, wie sein Gutachten ausweist, auch nicht anders verfahren. Es entspricht im übrigen allgemeiner Erfahrung, daß die praktische Unterweisung durch einen Sachkundigen sinnvoller ist als eine schriftliche Anleitung, schon weil in der praktischen Hilfestellung deutlich wird, wo die zu unterrichtende Vertragspartei Schwierigkeiten hat. Die Beklagte hat dem Kläger außerdem in der Besprechung am 18. Dezember jede weitere Unterstützung angeboten. Damit hat sie alles ihrerseits Erforderliche getan, um den Kläger in den Stand zu versetzen, ihr brauchbare Programmunterlagen zu übergeben. Seine Hauptaufgabe bestand in diesem Zusammenhang darin, die Speisen- und Getränkeangaben für das Programm jeweils auf Begriffe mit nicht mehr als sechs Buchstaben, sei es durch Abkürzungen, sei es durch Codifizierung, zurückzuführen. Dazu muß ein branchenkundiger Gastronom in der Lage sein. Die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts führt zu einer Überspannung der Sorgfaltspflichten des Vermieters von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen und im konkreten Falle zur Beseitigung einer sachgerechten Mitwirkungspflicht des Mieters. Das geht nicht an. Bestand deshalb die Mitwirkungspflicht des Klägers fort, konnte die Beklagte vor deren Erfüllung nicht in Verzug geraten.

2. War der Kläger danach weder zum Rücktritt vom Mietvertrag gemäß § 326 BGB berechtigt noch zu dessen außerordentlicher Kündigung gemäß § 542 BGB wegen Nichtverschaffung des vertragsgemäßen Gebrauchs befugt, bestehen die im Mietvertrag in Verbindung mit dem Prozeßvergleich vereinbarten

konkreten Leistungspflichten fort. In entsprechender Anwendung des dem § 162 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedankens muß der Kläger sich so behandeln lassen, als habe ihm die Beklagte die vier gemieteten Registriertassen mit dem vorgesehenen Anwenderprogramm angeboten.

a) Der Mietzins für drei Registriertassen ist im Prozeßvergleich tituliert. Die Beklagte ist aus dem Titel zur Zwangsvollstreckung berechtigt. Das gilt allerdings nur für den Mietzins vom siebten bis zum 54. Monat der vereinbarten Vertragsdauer, denn für die ersten sechs Monate hat die Beklagte den geschuldeten Mietzins unstreitig erhalten. Sie hat zwar vorprozessual die Zwangsvollstreckung aus dem Titel auch wegen des auf die ersten sechs Monate entfallenden Mietzinses angedroht, diese Androhung ist indessen aufgrund ihres eigenen Vorbringens in der Klageerwiderung gegenstandslos geworden. Darin hat sie ausdrücklich erklärt, der Kläger habe für die erste Mietperiode vom 1. Oktober 1984 bis 31. März 1985 Zahlung geleistet. Betreibt die Beklagte danach die Vollstreckung nur, soweit ihr der Anspruch auf Mietzins noch zusteht, war der Vollstreckungsklage auch nicht teilweise stattzugeben, sondern, wie vom Landgericht ausgesprochen, insgesamt abzuweisen.

b) Daß der Kläger den Mietzins für die ersten sechs Monate der vereinbarten Vertragsdauer nicht zurückfordern kann, folgt aus dem Gesagten ohne weiteres.

c) Er schuldet außerdem den Mietzins für die vierte Registriertasse. Aus dem Verlauf der Besprechungen am 3. und

18. Dezember 1984 wußte er, daß die von ihm erstellten Programmierungsunterlagen unbrauchbar waren. Wie bei der Vorbereitung zu verfahren sei, hat ihm der Mitarbeiter der Beklagten am 18. Dezember 1984 noch einmal erläutert. Aus dem Hinweis, er werde im Bedarfsfalle auch weitere Unterstützung beim Ausfüllen neuer Programmblätter erfahren, mußte er entnehmen, daß die Beklagte nun, falls er diese Unterstützung nicht in Anspruch nahm, auf die Erfüllung der Mitwirkungspflicht vertraute. Unter diesen Umständen ist die Untätigkeit des Klägers treuwidrig und führt dazu, daß die Beklagte Vertragserfüllung verlangen kann (vgl. BGHZ 50, 175). Dieser Anspruch ist im Prozeßvergleich nicht tituliert, so daß er im Wege der Widerklage geltend zu machen war. Die Widerklage ist in dem vom Landgericht zuerkannten Umfang begründet.

3. Das angefochtene Urteil konnte danach keinen Bestand haben. Weiterer Sachaufklärung und Beweiserhebung bedarf es nicht. Deshalb konnte der erkennende Senat in der Sache selbst entscheiden, § 565 Abs. 3 ZPO. Das Urteil des Landgerichts war wiederherzustellen. Das hat zur Folge, daß der Kläger auch die Kosten der Berufungs- und Revisionsinstanz zu tragen hat, §§ 91, 97 ZPO.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Zülch

Dr. Paulusch