

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1999 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Melullis, Scharen, Keukenschrijver und die Richterin Mühlens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 9. Dezember 1997 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Inhaberin eines Autohauses. Die Klägerin betreibt Unternehmensberatung. Mit schriftlichem Vertrag vom 9. November 1993, der nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits ist, schloß die Klägerin mit der Beklagten einen Beratungsvertrag, dessen Vertragsgegenstand die Beratung "bei der

Vorbereitung unternehmerischer Entscheidungen" sein sollte. Die Beratertätigkeit sollte sich u.a. erstrecken auf

"...

7. Aufbau einer leistungsgerechten EDV-Konzeption im Zusammenspiel mit der geplanten V.software.

..."

Als Vergütung wurde ein monatliches Pauschalhonorar von 8.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart.

Die Parteien streiten über einen weiteren schriftlichen "Programmentwicklungsvertrag" mit dem Datum vom 8. Januar 1994. Dieser Vertrag wurde vom Geschäftsführer der Klägerin und dem Schwiegersohn des Geschäftsführers der Beklagten, dem Zeugen S., unterzeichnet. Der Zeuge S. war als Prokurist der Beklagten tätig bis zu seiner fristlosen Entlassung am 10. Januar 1995. Nach dem "Programmentwicklungsvertrag" sollte die Klägerin verpflichtet sein, problemorientierte Anwendungssoftware zu erstellen in Form einer Datenbank zur Verwaltung aller Neu-, Lager-, Vorführ-, Miet- und Gebrauchtwagen. Die Vergütung sollte 90,-- DM pro Stunde zuzüglich Mehrwertsteuer betragen, wobei die voraussichtliche Anzahl der Arbeitsstunden mit "nicht weniger als 1.200 und nicht mehr als 1.400" angegeben wird.

Der Zeuge S. unterzeichnete neben dem schriftlichen Vertrag einen "Abnahmeschein" vom 23. August 1994, mit dem die von der Klägerin er-

brachte Software abgenommen wurde, und insgesamt acht Arbeits- und Zeitanzeige der Klägerin für die Monate Januar bis August 1994.

Mit Rechnung vom 15. September 1994 forderte die Klägerin von der Beklagten die Zahlung von 127.408,50 DM für geleistete 1.231 Arbeitsstunden. Diese Rechnung ist mit dem Satz überschrieben: "Gemäß Ihrem Auftrag und der mündlichen Vereinbarung erlauben wir uns ...".

Das Landgericht hat nach Einholung von Sachverständigengutachten die Klage mit der Begründung abgewiesen, die vom Zeugen S. gezeichneten Urkunden seien im Zusammenwirken des Zeugen S. und der Klägerin nachträglich, frühestens am 23. August 1994, hergestellt worden. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Zur Entscheidung über die Höhe der Klageforderung hat das Berufungsgericht die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten. Die Klägerin ist in der Revisionsinstanz nicht anwaltlich vertreten.

Entscheidungsgründe:

Da die Klägerin trotz ordnungsgemäßer Ladung in der Verhandlung über die Revision nicht vertreten war, ist antragsgemäß sachlich durch Versäumnisurteil jedoch aufgrund umfassender Sachprüfung zu entscheiden (BGHZ 37, 79, 81). In der Sache führt die Revision zur Aufhebung des angefochtenen Ur-



teils und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, ein Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte entfalle nicht schon dann, wenn die streitgegenständlichen Urkunden frühestens am 23. August 1994 im Zusammenwirken zwischen der Klägerin einerseits und dem Zeugen S. andererseits hergestellt worden seien. Die Klägerin habe vielmehr gegen die Beklagte einen Anspruch aus einem bereits im Dezember 1993 mündlich geschlossenen Vertrag des Inhalts, wie er in dem schriftlichen Vertrag mit Datum vom 8. Januar 1994 niedergelegt sei. Die Beklagte sei dem detaillierten Vortrag der Klägerin über den mündlichen Vertragsschluß nicht substantiiert entgegengetreten. Dieser mündliche Vertrag habe bereits eine rechtliche Bindung bewirkt. Zwar sei gemäß § 154 Abs. 2 BGB eine mündliche Einigung nicht ausreichend, wenn die Parteien eine Beurkundung vereinbart hätten. Dies gelte aber nicht, wenn die Parteien erst nach Vertragsschluß die Schriftform vereinbart hätten. Eine von Anfang an bestehende Einigung über die Schriftform sei nicht vorgetragen. Diese sei im übrigen - sollte sie bestanden haben - durch die Durchführung des Vertrages stillschweigend aufgehoben worden.

Der Vertrag sei nicht gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig, ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sei nicht dargelegt.

Die Forderung der Klägerin sei auch ohne Abnahme der erbrachten Leistung durch die Beklagte fällig, nachdem die Klägerin die von ihr zu erbringende Leistung abgeschlossen sowie eine spezifizierte Rechnung erteilt und die Beklagte Mängel nicht geltend gemacht habe. Zwar habe die Beklagte bestrit-

ten, daß die Klägerin eine "diesbezügliche Leistung" erbracht habe. Dies stehe jedoch in Widerspruch zu ihrem Vortrag, die Klägerin habe das Programm zu eigenen Zwecken bei der Beklagten als Testobjekt entwickelt und das Programm sei später von dem Zeugen S. gelöscht worden.

Im Zusammenhang mit der Bewertung der vom Zeugen S. unterschriebenen Leistungsnachweise hat das Berufungsgericht ausgeführt, nach der in erster Instanz durchgeführten Beweisaufnahme spreche vieles dafür, daß sowohl der Vertrag vom 8. Januar 1994 als auch die Leistungsnachweise nachträglich vom Zeugen S. unterschrieben worden seien; es bestünden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des klägerischen Vortrages, die Unterschriften seien zu den auf den Urkunden jeweils angegebenen Daten erfolgt.

2. Das Berufungsurteil hält der Revision nicht stand.

Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, die Parteien hätten einen wirksamen mündlichen Vertrag geschlossen.

Das Berufungsgericht stellt dazu fest, die Beklagte sei dem detaillierten Vortrag der Klägerin zum mündlichen Vertragsschluß nicht substantiiert entgegengetreten. Sie habe nicht bestritten, daß bereits Mitte Dezember 1993 Gespräche über die Notwendigkeit einer Softwareentwicklung zwischen den Parteien stattgefunden hätten und am Dienstag zwischen Weihnachten und Neujahr dem Geschäftsführer der Beklagten ein Entwurf der Klägerin zu einem schriftlichen Vertrag vorgelegt worden sei, die Parteien sich bei dieser Gelegenheit auf einen Stundensatz von 90,-- DM geeinigt hätten sowie auf den Stundenumfang und auf kleinere Änderungen formeller Art.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Beklagte den Abschluß eines mündlichen Vertrages vorbehaltlos bestritten hat. Das ist bereits in erster Instanz (GA 24) und durch Bezugnahme in der Berufungserweiterung erneut geschehen, worauf die Revisionsbegründung zutreffend verweist. Einer weiteren Substantiierung bedurfte es insoweit nicht. Das gilt um so mehr, als sich der Abschluß eines mündlichen Vertrages nicht einmal aus dem schriftsätzlichen Vortrag der Klägerin entnehmen läßt. Die Klägerin hat nämlich in der Berufungsbegründung (GA 165 ff.) ausdrücklich vorgetragen, ein zunächst vorgelegter schriftlicher Vertragsentwurf sei wegen inhaltlicher Differenzen nicht unterzeichnet worden; man habe sich dann auf eine inhaltliche Änderung und die Unterzeichnung einer geänderten Fassung verständigt. Der Vertrag wäre daher nach der Regel des § 154 Abs. 2 BGB "im Zweifel" erst mit der späteren Unterzeichnung verbindlich geworden. Weder im schriftlichen Vortrag der Klägerin noch im angefochtenen Urteil sind Gründe für die Annahme zu finden, es sei entgegen der gesetzlichen Vermutungsregel eine sofortige Verbindlichkeit ohne die vorgesehene Beurkundung gewollt gewesen.

Da das Berufungsgericht die Frage einer wirksamen schriftlichen Auftragserteilung offengelassen hat und seine Annahme eines mündlichen Vertragsschlusses von den tatsächlichen Feststellungen nicht getragen werden, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO). Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Prüfung den wirksamen Abschluß eines - mündlichen oder schriftlichen - Vertrages bejahen, so wird es auch die Frage von Abnahme und Fälligkeit (§ 641 BGB) neu zu prüfen haben.

Rogge

Melullis

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens