

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 21/96

Verkündet am:
24. November 1998
Schanz
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1998 durch die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Melullis, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Januar 1996 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein EDV-Anbieter für die Nahrungsmittelwirtschaft, die Beklagte zu 1, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, vertreibt Tiefkühlkost an private Haushalte.

Die Klägerin verlangt ein Entgelt von 2.031.592,-- DM aus einem mit den Beklagten geschlossenen Vertrag über die Entwicklung von Software, dessen Durchführung abgebrochen worden ist.

In den Niederlassungen der Beklagten waren früher Einzelplatz-PCs eingesetzt, die im Zuge der Expansion der Geschäftstätigkeit der Beklagten durch ein mehrplatzfähiges System abgelöst werden sollten. Gleichzeitig sollte der Standard der EDV erweitert und der aktuellen Entwicklung angepaßt werden. Das neu zu installierende System sollte unter anderem die Schwerpunkte Kundenverwaltung, Warenwirtschaft, Tourenwesen und Berichtswesen umfassen, wobei eine geschlossene EDV-Kette von der Zentrale bis zum einzelnen Verkaufsfahrer hergestellt werden sollte.

Am 4. Januar 1991 übersandte die Klägerin "Informationsunterlagen" zu ihrem System an die Beklagte zu 1 und erstellte am 26. September 1991 ein "detailliertes Angebot" im Umfang von 107 Seiten, dem am 18. Oktober 1991 sowie am 3. und 4. Februar 1992 weitere Angebote folgten. Außerdem führte sie im Herbst 1991 eine Ist-Aufnahme in einer Niederlassung der Beklagten zu 1 und anschließend eine Testin-



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



stallation durch. Am 20. März 1992 schlossen die Parteien eine schriftliche Vereinbarung, wonach unter Leitung der Klägerin ein Projektteam aus Mitarbeitern der Klägerin und der Beklagten aus dem vorliegenden Pflichtenheft (vom 26. Februar 1992) eine Programmiervorlage für alle drei Phasen zu einem Festpreis von 180.000,-- DM erstellen sollte, die am 30. August 1992 abzuliefern war. Die Basisversion - Verwaltung der Kundendaten und festes Tourenwesen - sollte nach der Vereinbarung im Festpreis von 180.000,-- DM enthalten und als einsatzfähiges Programm bis zum 30. April 1992 erstellt sein. Über etwaige zusätzliche Anforderungen an die Basisversion sollte später verhandelt werden, wobei die Klägerin versprach, auch nach Fertigstellung der Programme alle von den Beklagten gewünschten Änderungen zu einem Tagessatz von 1.200,-- DM zu realisieren. Die ordentliche Kündigung des Vertrages sollte frühestens nach zwei Jahren und mit einer Frist von einem Jahr möglich sein.

Im Anschluß an die Vereinbarung vom 20. März 1992 fanden mehrere Sitzungen des Projektteams statt. Am 30. April 1992 teilte die Klägerin mit, aufgrund zahlreicher Erweiterungen/Neuerungen gegenüber dem Pflichtenheft sei ein erheblicher Zusatzaufwand entstanden, der die Fertigstellung verzögere. Es fehlten ihr im übrigen dazu auch noch erforderliche und von der Beklagten zu 1 zugesagte Unterlagen. Sie fragte deshalb an, ob das System ohne Benutzerdokumentation, Kundentermindaten, Kundenkartendaten, Verkäufereinsatzplan sowie Tourenterminplan ausgeliefert werden solle. Dem widersprach die Beklagte zu 1 noch am selben Tag; sie erwarte, daß die Basisversion auch die von der Klägerin ge-

nannten Punkte enthalte. Sie habe bezüglich der Basisversion ohnehin Abstriche gemacht, die eine erhebliche Verminderung des Realisierungsaufwandes bedeuteten. Als neuen Übergabetermin für die Basisversion nannte die Beklagte zu 1 den 5. Mai 1992.

Am 5. Mai 1992 fand ein Termin statt, den die Klägerin als Abnahme wertet. In dem darüber erstellten Protokoll ist festgehalten, daß die Lösung einer Aufgabe "noch nicht fertiggestellt" bzw. "noch nicht enthalten" sei. Die Klägerin erklärte am 6. Mai 1992, die im Protokoll als offen gekennzeichneten Punkte seien bereits in Arbeit und schlug als nächsten Besprechungstermin den 11. Mai 1992 vor. Demgegenüber setzte die Beklagte zu 1 der Klägerin mit Telefax vom 8. Mai 1992 eine "letzte Nachfrist von einer Woche von heute an", um die komplette Basisversion vollständig und mängelfrei zu erstellen und zu präsentieren. Falls die geforderten Leistungen von der Klägerin nicht fristgerecht und vollständig erbracht würden, werde sie mit Ablauf der gesetzten Frist vom Vertrage zurücktreten.

Am 11. Mai 1992 teilte die Klägerin mit, sie akzeptiere eine Abgabefrist von acht Tagen für die "laut Protokoll zu ergänzenden Punkte" ab dem Tag, an dem die fehlenden Unterlagen an sie übergeben würden. Am darauffolgenden Tag machte sie geltend, da in den bisherigen Projektbesprechungen die Basisversion mehrfach einvernehmlich erweitert und geändert worden sei, sei der ursprünglich vereinbarte Übergabetermin zum 30. April 1992 nicht mehr maßgebend. Es müsse vielmehr ein neuer Termin vereinbart werden. Zur Klärung

der noch offenen Punkte lade sie zu einer Projektbesprechung am 13. Mai 1992 ein.

Am 14. Mai 1992 fand eine weitere Sitzung des Projektteams statt, wobei für den Systemtest bei der Klägerin bzw. Besprechung/Test bei der Beklagten zu 1 der 18., 19. und 20. Mai 1992 vorgeschlagen wurde.

Am 19. Mai 1992 teilte die Beklagte zu 1 der Klägerin mit, da die mit Schreiben vom 8. Mai 1992 gesetzte Nachfrist verstrichen sei und die Klägerin sich als nicht in der Lage erwiesen habe, die abnahmefähige Basisversion bis zum 18. Mai 1992 zur Verfügung zu stellen, trete sie vom Vertrag zurück und lehne dessen Erfüllung ab. Vorsorglich erkläre sie die Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund.

Die Klägerin wies das Vorgehen der Beklagten am 20. Mai 1992 zurück und schlug am 22. Mai 1992 einen Termin zur Präsentation und Demonstration für den 29. Mai oder den 1. Juni 1992 vor. Unter dem 25. Mai 1992 erklärte sie, sie sei bereit, alle vereinbarten Vertragspunkte zu erfüllen. Die Beklagten gingen auf das Verlangen der Klägerin nicht ein.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der unterschiedlichen Standpunkte der Parteien wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 2.031.592,-- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 10. Juni 1993 zu zahlen.

Die Beklagten haben die Abweisung der Klage beantragt.

Das Landgericht hat die Klage ohne Beweisaufnahme abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Klage - ebenfalls ohne Beweisaufnahme - dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Entscheidung über die Höhe an das Landgericht zurückverwiesen.

Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils begehren.

Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht, da der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif ist.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß es sich bei der vereinbarten Erstellung der Programmiervorlage einschließlich der Basisversion um einen Werkvertrag handele.

Die Beklagten seien von diesem Werkvertrag nicht wirksam zurückgetreten, sondern hätten ihn grundlos gekündigt, so daß der Klägerin ein Anspruch aus § 649 Satz 2 BGB zustehe, über dessen Höhe das Landgericht zu befinden habe. Dazu hat das Berufungsgericht im einzelnen ausgeführt:

a) Gemäß §§ 636, 634 Abs. 1 BGB setze ein Rücktritt vom Vertrag voraus, daß die Klägerin mit der Erbringung ihrer Leistung in Rückstand geraten sei und die Beklagten ihr deswegen eine angemessene Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hätten. Es sei jedoch nicht feststellbar, daß die von der Klägerin geschuldete Leistung fällig gewesen sei, als ihr von den Beklagten am 8. Mai 1992 eine Frist mit der Erklärung gesetzt worden sei, daß sie die Annahme der Leistung der Klägerin nach dem Ablauf der Frist ablehnten.

Die ursprünglich im Vertrag vom 20. März 1992 zum 30. April 1992 vereinbarte Fälligkeit für die Ablieferung der Basisversion sei dadurch (stillschweigend) einvernehmlich aufgehoben worden, daß von der Klägerin die Einarbeitung von Änderungen und Erweiterungen verlangt worden sei, was die Beklagten (überwiegend) nicht in Abrede stellten. Daß die Beklagten die zunächst verlangten Änderungs- und Erweiterungswünsche später (Anfang/Mitte Mai 1992) wieder fallengelassen hätten und die Basisversion nun doch wieder auf der Grundlage des ursprünglichen Pflichtenhefts habe erstellt werden sollen, habe nicht dazu geführt, daß dadurch der ursprünglich vereinbarte Fälligkeitstermin vom 30. April 1992 für die Ablieferung der Basisversion automatisch rückwirkend wieder in Kraft getreten sei. Von den

Parteien hätte vielmehr ein neuer Fälligkeitstermin entweder vereinbart werden müssen oder die Beklagten hätten durch Fristsetzungsschreiben einen neuen Fälligkeitstermin setzen müssen. Ein gemeinsam vereinbarter Termin sei nicht zustande gekommen. Im Schreiben der Beklagten zu 1 vom 8. Mai 1992 sei zwar eine Fristsetzung zur Leistungserbringung enthalten, es fehle jedoch an der nach den §§ 636, 634 BGB erforderlichen Setzung einer Nachfrist, so daß ein Rücktrittsrecht nicht gegeben sei.

b) Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung aus dem unbestrittenen Verlangen der Beklagten nach einer Erweiterung der Basisversion durch "Einarbeitung von Änderungswünschen" eine stillschweigende einvernehmliche Aufhebung des ursprünglich vereinbarten festen Fertigstellungstermins zum 30. April 1992 hergeleitet hat. Für diese tatrichterliche Beurteilung spricht, daß eine erweiterte Basisversion nicht in derselben Zeit erstellt werden kann wie eine einfache. War aber der ursprüngliche Termin vom 30. April 1992 von den Parteien einvernehmlich konkludent aufgehoben worden, so trat er nicht rückwirkend dadurch automatisch wieder in Kraft, daß die Beklagten nachträglich zur ursprünglichen Basisversion zurückkehrten und auf die zuvor einvernehmlich verabredeten Erweiterungen und Änderungswünsche einseitig verzichteten. Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß hier entweder ein neuer Fälligkeitstermin

hätte vereinbart werden müssen oder von den Beklagten einseitig eine angemessene Frist zur Fertigstellung der Basisversion hätte gesetzt werden müssen.

Mit Recht rügt die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 326 Abs. 1 BGB bzw. gemäß §§ 636, 634 Abs. 1 BGB lägen nicht vor.

Die Beklagte zu 1 hat der Klägerin am 30. April 1992 eine Frist zur Fertigstellung der Basisversion im ursprünglich vereinbarten Umfang (zu dem die Beklagten nach der Feststellung des Berufungsgerichts zurückgekehrt sind, indem sie auf zuvor einvernehmlich verabredete Erweiterungen und Änderungswünsche einseitig verzichteten, wozu sie nach Ziff. 3 des Vertrages vom 20. März 1992 berechtigt waren) bis zum 5. Mai 1992 gesetzt. Nach dem fruchtlosen Ablauf dieser Frist hat die Beklagte zu 1 der Klägerin mit Schreiben vom 8. Mai 1992 eine letzte Nachfrist von einer Woche zur vollständigen und mängelfreien Herstellung der kompletten Basisversion gesetzt und erklärt, sie werde für den Fall der nicht fristgerechten Erbringung der Leistung vom Vertrag zurücktreten.

Das Berufungsgericht hat nicht bedacht, daß das Schreiben der Beklagten zu 1 vom 30. April 1992 mit der Fristsetzung zum 5. Mai 1992 eine fälligkeitsbegründende Maßnahme darstellen kann. Das Schreiben vom 30. April 1992 enthält nämlich das Verlangen im Sinne von § 271 Abs. 1 BGB, das Werk bis zum 5. Mai 1992 fertigzustellen. Eine

fälligkeitsbegründende Fristsetzung war nötig, weil das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei in tatrichterlicher Würdigung eine konkludente Aufhebung des ursprünglichen Fertigstellungstermins vom 30. April 1992 angenommen hat. Im Schreiben vom 30. April 1992 (GA I 154) heißt es, daß anstelle des Übergabetermins vom 30. April 1992 als neuer Termin für die Übergabe der Basisversion (Phase 1) der 5. Mai 1992, 10.00 Uhr in S. , festgesetzt werde. In dem Schreiben ist im einzelnen aufgelistet, wie die Basisversion (Phase 1) zum 5. Mai 1992 beschaffen sein müsse, so daß auch der Leistungsumfang konkret bezeichnet ist.

Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, daß die gesetzte Frist unangemessen war, so daß für das Revisionsverfahren davon auszugehen ist, daß die Leistung der Klägerin zum 5. Mai 1992 fällig wurde. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin die geschuldete Leistung am 5. Mai 1992 nicht vollständig erbracht hat (BU 7 unten, 8 oben). Mit Schreiben vom 8. Mai 1992 (GA I 22) hat die Beklagte zu 1 der Klägerin daraufhin eine "letzte Nachfrist von einer Woche von heute an" gesetzt, die "komplette Basisversion vollständig und mängelfrei zu erstellen", und erklärt, sie werde "mit Ablauf der gesetzten Nachfrist sofort vom Vertrag zurücktreten, wenn die geforderten Leistungen von Ihnen nicht fristgerecht" erbracht werden.

Es gibt keine Feststellungen des Berufungsgerichts dazu, welche Leistungen die Klägerin zum Zeitpunkt des Ablaufs der gesetzten Nachfrist erbracht hatte, insbesondere

ob diese Leistungen mängelfrei und vollständig waren. Dem angefochtenen Urteil ist lediglich zu entnehmen, nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. St. im Beweissicherungsverfahren habe die von der Klägerin entwickelte Basisversion am 19. Mai 1992 den sich aus dem Pflichtenheft in Verbindung mit der Checkliste vom 5. Mai 1992 sowie dem Protokoll der Beklagten vom gleichen Tag ergebenden Anforderungen "in weiten Bereichen" entsprochen. Daß die Leistung "in weiten Bereichen" den Anforderungen entsprach, bedeutet, daß es Teilbereiche gibt, die mangelhaft oder unvollständig waren. Tatsächliche Feststellungen insoweit fehlen.

Es sind auch keine Feststellungen dazu getroffen, daß die gesetzte Nachfrist unangemessen kurz gewesen wäre. Für das Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, daß die Klägerin zum Zeitpunkt der Fälligkeit die geschuldete Leistung nicht vollständig und mängelfrei erbracht hat, daß ihr daraufhin eine angemessene Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gesetzt wurde und daß die Klägerin diese Frist hat verstreichen lassen, ohne das geschuldete Werk vollständig und mängelfrei zu liefern.

c) Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Auf die weiteren Revisionsrügen kommt es nicht mehr an. Der Senat kann andererseits nicht abschließend entscheiden, weil der Sachverhalt noch weiterer Aufklärung bedarf. Es ist unklar, was genau zuletzt als "Basisversion" von der Klägerin geschuldet war und in welchen Punkten die von der Klägerin erbrachte Leistung zum Zeitpunkt des Ab-

laufs der gesetzten Nachfrist hinter der geschuldeten Leistung zurückblieb. Es ist offen, ob die gesetzten Fristen angemessen waren. Außerdem hat die Klägerin geltend gemacht, sie habe das Werk nicht rechtzeitig und vollständig vollenden können, weil die Beklagte zu 1 ihrer Mitwirkungsverpflichtung unzureichend nachgekommen sei, insbesondere benötigte Unterlagen nicht übergeben habe (BU 8). Auch das ist nicht aufgeklärt.

d) Zur Beweislast ist insoweit folgendes anzumerken: Es ist nicht festgestellt, daß die Beklagten die Basisversion abgenommen hätten. Vor der Abnahme muß der Besteller lediglich dartun, daß ein Mangel besteht oder das Werk unvollständig ist, was hier geschehen ist. Es ist dann Sache des Werkunternehmers, darzulegen und zu beweisen, daß sein Werk nicht mit Mängeln behaftet ist und die erbrachte Leistung nicht hinter der vertraglich geschuldeten zurückbleibt (vgl. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., BGB, § 633 Rdn. 2). Vor der Abnahme ist es auch Sache des Werkunternehmers, den Nachweis zu führen, daß sich der Besteller treuwidrig verhält, wenn er sich auf einen Mangel oder eine Unvollständigkeit der erbrachten gegenüber der geschuldeten Werkleistung mit der Begründung beruft, der Mangel oder die Unvollständigkeit des Werks seien unerheblich. Der Werkunternehmer muß auch die Rechtzeitigkeit der Herstellung beweisen (vgl. Baumgärtel, aaO, BGB, § 636 Rdn. 1). Demgegenüber hat der Besteller, der sich vor der Abnahme auf ein Rücktrittsrecht beruft, grundsätzlich nur den Zeitpunkt der Fälligkeit, die Setzung und

den Ablauf der Frist sowie die Rücktrittserklärung zu beweisen (Baumgärtel, aaO, BGB, § 636 Rdn. 2 m.w.N.).

II. Da der Ausgang des Rechtsstreits offen ist, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Jestaedt

Maltzahn

Melullis

Scharen

Keukenschrijver