

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 25/90

URTEIL

Verkündet am:
18. Juni 1991
Meyer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Reiner S [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Otmar F [REDACTED] GmbH, R [REDACTED]straße [REDACTED], K [REDACTED], gesetz-
lich vertreten durch ihren Geschäftsführer Otmar F [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 1991 durch die Richter Rogge, Dipl.-Ing. Frhr. von Maltzahn, Dr. Jestaedt, Dr. Broß und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 25. Oktober 1989 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin befaßt sich mit der Planung und Errichtung industrieller Produktionsanlagen. Im April 1988 erhielt sie von einem Stuhlhersteller den Auftrag, als Generalunternehmer eine etwa 40 m lange und bis zu 8 m breite computergesteuerte Förderanlage zu entwerfen und zu liefern. Die Anlage, mit der auf mehreren Ebenen vor allem Stühle verpackt und zum Versand hergerichtet werden sollten, sollte spätestens zum 29. Juli 1988 betriebsbereit sein. Das Gesamtvolumen des Auftrags belief sich auf rund 800.000,-- DM.

Am 25. April 1988 beauftragte die Klägerin ihrerseits die Zethner GmbH (im weiteren: Z. GmbH) als Subunternehmerin für den Gesamtauftrag. Diese wiederum erteilte am 7. Juli 1988 dem Beklagten, der ein technisches Büro betreibt und programmierbare Steuerungen mit Hard- und Software erstellt, den Auftrag, für die Elektro-Konstruktion der Förderanlage die Hard- und Software zu liefern, den Schaltschrank zu bauen und die Anlage zu installieren. Als der der Klägerin gesetzte Fertigstellungstermin nicht eingehalten worden und auch eine Nachfrist erfolglos verstrichen war, drohten der Klägerin im August 1988 erhebliche Schadensersatzansprüche ihrer Auftraggeberin. Zur selben Zeit hatte der Beklagte gegen die Z. GmbH, die sich damals bereits in Zahlungsschwierigkeiten befand und im Herbst 1988 in Konkurs gefallen ist, Forderungen von über 200.000,-- DM offenstehen. Zudem verweigerte das Unternehmen, das der Beklagte seinerseits mit der Montage der von ihm zu errichtenden Anlage beauftragt hatte, nun aber nicht mehr bezahlen konnte, die Weiterarbeit. In dieser Situation traf die Klägerin mit dem Beklagten am 15. August 1988, einen Tag vor einem von der Auftraggeberin der Klägerin für alle beteiligten Unternehmen anberaumten "Krisengespräch", eine Vereinbarung, um so die Durchführung der Auftragsarbeiten doch noch bzw. wieder zu ermöglichen. In Vollzug dieser Vereinbarung erhielt der Beklagte von der Klägerin einen Scheck über 72.220,31 DM, den er einlöste. Wegen Unstimmigkeiten über die Verpflichtungen des Beklagten aus der Vereinbarung untersagte die Klägerin ihm jedoch alsbald die Weiterarbeit und verlangt nunmehr den Scheckbetrag zurück. Die Klage hatte, nachdem sie vom Landgericht abgewiesen worden war, im zweiten



Rechtszug Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I.

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen schuldete der Beklagte nach der Vereinbarung vom 15. August 1988 auch die Lieferung der für den Betrieb der Anlage benötigten Software.

Die dagegen gerichteten Revisionsangriffe bleiben ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat eingehend ausgeführt, weshalb der Vertrag nach seinem Sinn und Zweck und nach dem Zusammenhang seiner Einzelregelungen auch die Verpflichtung des Beklagten zur Lieferung der erforderlichen Software umfaßte. Die von der Revision insoweit gleichwohl erhobene Rüge mangelnder Begründung (§ 551 Nr. 7 ZPO) geht deshalb fehl.

2. Die Revision macht in diesem Zusammenhang ferner geltend, der Beklagte habe ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der nach Nr. 4 der Vereinbarung geschuldete Betrag bis

auf 2 Pfennig Rundungsdifferenz der Summe aus der Rechnung des Beklagten an die Z. GmbH vom 3. August 1988 entsprochen habe; da aber in dieser Rechnung keine Software aufgeführt gewesen sei, sei diese auch nicht nach Nr. 4 der Vereinbarung geschuldet gewesen. Die Revision rügt damit, daß das Berufungsgericht bei der Auslegung der Vereinbarung wesentlichen Sachvortrag nicht berücksichtigt habe (§ 286 ZPO). Es handelt sich insoweit um eine Verfahrensrüge, die jedoch nicht entsprechend den Erfordernissen des § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO ausgeführt ist. Sie kann schon deshalb keinen Erfolg haben (vgl. Zöllner/Schneider, ZPO 16. Aufl. § 554 Rdn. 14).

3. Ohne Erfolg bleibt ferner die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte den vom Beklagten für die Behauptung angetretenen Sachverständigenbeweis nicht übergehen dürfen, daß der Beklagte die in Nr. 4 verwendeten Begriffe Logik und Inbetriebnahme nicht in dem Sinne habe verstehen können und müssen, daß damit die Lieferung der Software umfaßt gewesen sei. Das Berufungsgericht hat zu Recht davon abgesehen, den vom Beklagten dazu, wie der Begriff der Inbetriebnahme "im Computerbereich", d.h. unter Computerfachleuten verstanden wird, angetretenen Sachverständigenbeweis zu erheben. Der Beweisantrag war nicht zielführend, weil die Klägerin, ein auf die Planung und Realisierung von industriellen Produktionsanlagen spezialisiertes Unternehmen, ihrerseits dem Personenkreis, auf den der Beweisantrag abstellte, nicht angehörte (vgl. MünchKomm/Mayer-Maly 2. Aufl. § 157 Rdn. 23). Aus diesem Grund ist auch die weitere Rüge der Revision nicht begründet, das Berufungsgericht hätte Sachverständigenbeweis dazu erheben müssen, daß die Software zur

"Inbetriebnahme" nicht erforderlich sei, weshalb mängelfreie Inbetriebnahme lediglich bedeute, daß die Anlage über die Software in Gang gesetzt werde, um ihr mängelfreies Funktionieren festzustellen.

II.

Das angefochtene Urteil kann jedoch aus folgendem Grund keinen Bestand haben:

Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob durch die Nr. 4 des Vertrags vom 15. August 1988 die dort genannten Gegenstände wirksam auf die Klägerin übereignet worden waren. Für das Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, daß dies der Fall gewesen ist. Der Beklagte hat in der Berufungserwiderung geltend gemacht, daß allenfalls eine Verurteilung Zug um Zug erfolgen könne. Im Hinblick darauf kam allenfalls eine solche eingeschränkte Verurteilung in Betracht; daß die Klägerin einen entsprechenden Antrag nicht gestellt hat, ist unerheblich (§§ 348, 320, 322 Abs. 1 BGB; vgl. BGH NJW 1951, 517, 518). Die bislang vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen ermöglichen keine abschließende Beurteilung. Das nötigt zur Aufhebung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 565 Abs. 1 ZPO).

1. Allerdings hat das Berufungsgericht festgestellt, daß im Streitfall im Hinblick auf die Besonderheiten des Vertrages vom 15. August 1988 gleichwohl eine uneingeschränkte Verurteilung gerechtfertigt sei. Dies liefere im

Ergebnis darauf hinaus, daß der Vertrag eine Verwirkungsklausel beinhaltete. § 360 BGB bestimmt jedoch, daß der Gläubiger sogar dann lediglich zum Rücktritt berechtigt ist, wenn der Vertrag die ausdrückliche Abrede enthält, daß der Schuldner seine vertraglichen Rechte im Falle der Nichterfüllung seiner Verpflichtungen automatisch verlieren soll. Nach dieser gesetzlichen Regelung hat der Gläubiger also auch in diesem besonderen Fall die von ihm vertragsgemäß erhaltene Leistung Zug um Zug gegen Rückgabe der erbrachten Leistung zurückzugewähren (§§ 346 S. 1, 348 BGB). Zwar kann § 360 BGB abbedungen werden (BGH NJW 1972, 1893, 1894); es sind dann jedoch die §§ 339 ff. BGB entsprechend anzuwenden (BGH WM 1968, 799; WM 1972, 1277; BGH Urt. v. 24.4.1991 - VIII ZR 180/90 - Umdr. S. 18 f. - zur Veröffentlichung bestimmt; Palandt/Heinrichs, BGB 50. Aufl. Vorbem. vor § 339 Rdn. 5 m.N. auf die Rsp.). Hierzu hat das Berufungsgericht bislang keine Feststellungen getroffen.

2. Das Berufungsgericht wird deshalb auch zu prüfen haben, welche Leistungen der Beklagte aufgrund der Vereinbarung vom 15. August 1988 - und nicht schon vorher und unabhängig von dieser Vereinbarung - an die Klägerin erbracht hat.

a) Sollte sich dabei ergeben, daß insoweit entgegen dem Wortlaut der Nr. 4 dieser Vereinbarung eine Leistung vom Beklagten nicht oder nicht mehr erbracht worden ist, stünde dem Beklagten kein Gegenrecht zu; das hier angefochtene Urteil wäre damit im Endergebnis zu bestätigen.

b) Ergibt die weitere Prüfung demgegenüber, daß, wofür der Wortlaut der Nr. 4 der vertraglichen Vereinbarung spricht, der Beklagte Leistungen an die Klägerin erbracht, insbesondere das Eigentum an dem Schaltschrank verschafft hat, wäre der Rücktritt nicht gemäß § 351 BGB ausgeschlossen, wenn die Klägerin diese Leistungen nachfolgend an ihre Auftraggeberin weitergegeben hätte. Zum einen betrifft die genannte Vorschrift - wie im übrigen auch die §§ 352, 353 BGB - überhaupt nur den Fall, daß die Herausgabe des empfangenen Gegenstandes zeitlich vor der Rücktrittserklärung unmöglich geworden ist (vgl. BGH NJW 1960, 2331, 2332). Zum anderen war die von den Parteien getroffene Vereinbarung gerade darauf ausgerichtet, daß die Klägerin über die erhaltenen Leistungen alsbald disponieren konnte und durfte. Es fehlte unter weiterer Berücksichtigung dessen, daß die Klägerin sich hier wegen der - nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts vertragswidrigen - Leistungsverweigerung des Beklagten in einer Zwangslage befand, an einem schuldhaften Verhalten.

c) Aus den genannten Gründen stünde dem Beklagten solchenfalls zwar auch kein Gegenanspruch gemäß §§ 347 S. 1, 989 BGB, wohl aber ein auf die Herausgabe des Surrogats gerichteter, verschuldensunabhängiger Anspruch gemäß § 281 Abs. 1 BGB zu. Dieser umfaßte auch das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt (BGHZ 46, 260, 264 f.; BGH NJW 1983, 929, 930).

d) Sofern dem Beklagten nach den vorstehenden Ausführungen ein Gegenanspruch zusteht, entfällt der von der Klägerin erfolgte Zinsanspruch (vgl. BGHZ 55, 198, 200; 61, 42, 46).

Rogge

Maltzahn

Jestaedt

Broß

Melullis