

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am:
10. März 1998
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle
X ZR 32/96

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 1998 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dr. Broß, Dr. Melullis und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 5. Februar 1996 verkündete Urteil des 31. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 34. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

-

Tatbestand:

I. Die Klägerin erwarb von der Beklagten eine "EDV-Hotel-Restaurant-Lösung" für die Betriebe des Hotels "W. " und des Restaurants "D. " nebst Bistro. Zugrunde lagen das Pflichtenheft und das Angebot vom 22. Mai 1988. Die schriftliche Auftragsbestätigung stammt vom 1. Juli 1988.

Am 2. Dezember 1988 unterzeichneten die Parteien ein Protokoll, in dem es unter anderem hieß: "Durch die Übergabe des Restbetrages aus der Rechnung vom 14.10.88 (DM 34.915) sind alle gegenseitigen Ansprüche erledigt. Hiervon bleiben die Gewährleistungsansprüche, die aus dem Pflichtenheft heraus abzuleiten sind, unberührt." Dieses Protokoll wird von der Klägerin in der vorgerichtlichen Korrespondenz und in der Klageschrift als Abnahmeprotokoll bezeichnet.

Die Klägerin macht bezüglich von der Beklagten gelieferter und installierter Software - EDV-Hotel-Restaurant-Lösung - einen Wandelungsanspruch geltend. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen bestritten, daß auftretende Fehlfunktionen ihre Ursache in der von ihr gelieferten Software hätten. Diese seien vielmehr auf Bedienungsfehler der Klägerin, fehlerhafte Erstellung der Stammdaten und Anwenderdateien durch die Klägerin und eigenmächtige Änderungen durch ein von ihr eingeschaltetes Konkurrenzunternehmen zurückzuführen. Im übrigen seien Gewährleistungsansprüche jedenfalls verjährt.

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens stattgegeben und die Beklagte



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



antragsgemäß verurteilt, an die Klägerin Zug um Zug gegen Herausgabe der von der Beklagten gelieferten - im einzelnen bezeichneten - Software 115.546,60 DM zu bezahlen.

II. Das Oberlandesgericht hat seinerzeit die hiergegen gerichtete Berufung mit Urteil vom 3. Mai 1993 zurückgewiesen.

Auf die damalige Revision der Beklagten hat der erkennende Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (Urt. v. 27.04.1995).

Das Berufungsgericht hat nunmehr das der Klage stattgebende Urteil des Landgerichts abgeändert, die Klage abgewiesen und die Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Revision, das Berufungsurteil aufzuheben und entsprechend ihren Anträgen in der Berufungsinstanz zu erkennen, hilfsweise begehrt sie Zurückverweisung. Die Beklagte tritt der Revision entgegen und beantragt deren Zurückweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Wert oder die Tauglichkeit des von der Beklagten gelieferten EDV-

Programms erheblich gemindert ist. Jedenfalls sei, soweit ein erheblicher Mangel nach dem Ergebnis des vom Landgericht erhalten Sachverständigengutachtens in Betracht komme, Verjährung eingetreten. Am 2. Dezember 1988 sei die Abnahme erfolgt, was erstinstanzlich unstreitig gewesen sei. Ob hierin ein Geständnis zu sehen sei, könne dahinstehen. Mehrere unstreitige Indizien sprächen für eine Abnahme. Anhaltspunkte, die das Gegenteil belegen könnten, seien von der Klägerin nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 28. November 1988 (Anl. 6 z. Schriftsatz d. Kläg. v. 28.12.1995) ergebe sich, daß der Termin vom 2. Dezember 1988 ausdrücklich als Abnahmetermin vereinbart worden sei. Der Aktenvermerk der Klägerin vom 2. Dezember 1988 (Anl. 8 z. Schriftsatz d. Kläg. v. 28.12.1995) bezeichne das Protokoll ebenfalls als Abnahmeprotokoll. Die Formulierungen des Protokolls, alle gegenseitigen Ansprüche seien erledigt und unberührt blieben nur Gewährleistungsansprüche, drückten die grundsätzliche Billigung der gelieferten Software durch die Klägerin und damit die Abnahme im Sinne des Werkvertragsrechts aus. Die Formulierung bedeute nicht, daß das Vertragsverhältnis nunmehr mit Ausnahme der Gewährleistungshaftung und der offenstehenden Zahlungen beendet gewesen sei. Vielmehr sei eine weitere Projektbetreuung durch beide Parteien beabsichtigt und gewünscht gewesen.

Später durchgeführte Arbeiten könnten dann eigene Gewährleistungsansprüche auslösen, nicht jedoch die Wandelung eines bereits abgenommenen und - unterstellt - fehlerfreien Werks begründen. In diesem Sinne hätten die Parteien am 2. Dezember 1988 den geschlossenen Vertrag mit den im Protokoll erwähnten Ausnahmen als erfüllt angesehen.

Der Vortrag der Klägerin, hierbei sei nur ein Teil des Werks abgenommen, eine Vielzahl der weiteren Leistungen der Beklagten aus dem Pflichtenheft habe noch gefehlt, sei unsubstantiiert. Es sei nicht ersichtlich, welche konkrete Leistung gemeint sei.

Die von der Klägerin gerügten Mängel könnten damit nur insoweit Beachtung finden, als sie das am 2. Dezember 1988 abgenommene Werk betreffen und in dem Abnahmeprotokoll oder innerhalb der damit beginnenden Verjährungsfrist gerügt worden seien und die weiterhin laufende Verjährung durch ein Anerkenntnis des Mangels seitens der Beklagten unterbrochen oder durch Mangelbeseitigungsversuche seitens der Beklagten gehemmt worden sei. Dies sei nicht der Fall.

II. Diese Auffassung bekämpft die Revision im Ergebnis zu Recht.

1. a) Die Abnahme im Sinne des § 640 BGB besteht darin, daß der Besteller das Werk körperlich entgegennimmt und zu erkennen gibt, er wolle die Leistung als in der Hauptsache dem Vertrag entsprechend annehmen (BGHZ 48, 257, 262; Sen.Urt. v. 25.04.1996 - X ZR 59/94, WM 1996, 1646). Mit Rücksicht auf die weitreichenden Rechtsfolgen der Abnahme dürfen an die tatsächlichen Voraussetzungen der Abnahme allerdings keine zu geringen Anforderungen gestellt werden (Sen.Urt. v. 16.11.1993 - X ZR 7/92, NJW 1994, 942 u. v. 29.06.1993 - X ZR 16/92, NJW-RR 1993, 1461, 1462 sowie v. 25.04.1996, aaO, WM 1996, 1647). Das gilt vor allem, wenn ein tatsächliches Verhalten zur Beurteilung steht, das nach der Rechtsprechung des Senats (Urt. v. 28.04.1992 - X ZR 27/91, WM 1992, 1579, 1580) nur dann als schlüssige Abnahmeerklärung aufzufassen ist, wenn der

Unternehmer aus ihm nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) schließen konnte und durfte, der Besteller billige seine Leistung als in vollem Umfang oder doch im wesentlichen vertragsgerecht. Maßgebend sind jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalls.

b) Das Berufungsgericht stützt seine Annahme, die Klägerin habe am 2. Dezember 1988 die von der Beklagten gelieferte Software abgenommen, auf das handschriftliche Protokoll vom selben Tage (GA 66/67) sowie auf das Schreiben der Beklagten vom 28. November 1988 (Anl. 6 z. Schriftsatz d. Kläg. v. 28.12.1995) und einen Aktenvermerk der Klägerin vom 2. Dezember 1988 (Anl. 8 z. vorbezeichneten Schriftsatz), der das Protokoll ebenfalls als Abnahmeprotokoll bezeichne. Auch wenn die Auslegung der vom Berufungsgericht angezogenen Schriftstücke zuvörderst Aufgabe des Tatrichters ist und vom Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüft werden kann (vgl. etwa BGHZ 65, 107, 110; Sen.Urt. v. 17.03.1994 - X ZR 80/92, NJW 1994, 2613), hält das angefochtene Urteil insoweit der revisionsgerichtlichen Kontrolle nicht stand. Die Auslegung des Berufungsgerichts findet in dem festgestellten Sachverhalt keine Grundlage.

Ersichtlich ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß das sogenannte "Protokoll" vom 2. Dezember 1988 mit der von ihm zitierten Textpassage für eine Abnahme spricht, andererseits aber auch nicht eindeutig ist und daher der Auslegung bedarf, wobei vor allem auch der Zusammenhang zu berücksichtigen ist, in dem das Protokoll zustande gekommen ist. Insoweit ist das angefochtene Urteil nicht zu beanstanden. In diesem Zusammenhang hat das

Berufungsgericht aber dem Schreiben der Beklagten vom 28. November 1988 und dem vermeintlich vom 2. Dezember 1988 stammenden Aktenvermerk ein ihnen nicht zukommendes Gewicht beigemessen, weil es ihren Inhalt unzutreffend erfaßt hat.

Dem Wortlaut des Schreibens der Beklagten vom 28. November 1988 an die Klägerin läßt sich kein Hinweis darauf entnehmen, daß der Termin vom 2. Dezember 1988 konkludent, oder gar "ausdrücklich" als Abnahmetermin vereinbart worden ist. Das Schreiben befaßt sich in mehreren Punkten mit den Gegenständen der Sitzung vom 24. November 1988 und einem Scheckprotest; denn die Klägerin hatte einen der Beklagten übersandten Verrechnungsscheck "sperrern" lassen. Hierdurch sah sich die Beklagte "in Mißkredit gebracht" (S. 4 1. Abs. dieses Schreibens). Sie forderte deshalb die Klägerin auf, nach Erhalt dieses Briefes einen Scheck oder eine Überweisung über den Betrag der Beklagten zukommen zu lassen. Für den 1. und 2. Dezember 1988 wurden "gemeinsam" Schulungstage in W. festgelegt (3. Planung, S. 4 unten dieses Schreibens). Mit der Schulung sollte am 8. und 9. Dezember 1988 fortgefahren werden, was aber am Urlaub eines Herrn

J. scheiterte. Aus diesem Grunde wurden die Tage 14. und 15. Dezember 1988 festgelegt (S. 4 unten dieses Schreibens). Die Klägerin sollte ferner dafür Sorge tragen, "daß auch alle Betroffenen zur Schulung da sind und nicht ständig weglaufen" (S. 5 oben dieses Schreibens). Lediglich im Zusammenhang mit der Nichteinlösung des von der Klägerin ausgestellten Verrechnungsschecks macht die Beklagte geltend, sie könne nicht warten, bis die Klägerin "irgendwann die Installation abnehmen" wolle. Die Vereinbarung eines Abnahmetermins für den 2. Dezember 1988, wie vom Berufungsgericht angenommen, ergibt sich aus diesem

Schreiben nicht.

Der vom Berufungsgericht für die Stützung seiner Auffassung ferner angezogene "Aktenvermerk vom 2. Dezember 1988" wurde am 5. Dezember 1988 über das "Orga-Gespräch am 02.12.88 in W. " gefertigt. Ein Hinweis darauf, daß es sich um einen Abnahmetermin gehandelt hat, ergibt sich aus der Überschrift nicht. Auch der Inhalt dieses Aktenvermerks läßt nach seinem Wortlaut keinen Schluß hierauf zu. Das Vorblatt zu diesem Aktenvermerk, das mit "Anmerkungen zum Abnahmeprotokoll des Pflichtenheftes vom 02.12.1988" bezeichnet ist, muß später gefertigt worden sein; denn es enthält zu einzelnen Punkten Hinweise auf Aktennotizen vom 14. März 1989, sonach des Folgejahres. Dem Aktenvermerk kommt damit nicht das ihm vom Berufungsgericht beigemessene Gewicht zu.

Bei der erneuten Prüfung werden sich nach der gebotenen gründlichen Aufarbeitung des Streitstoffs weitere Gesichtspunkte ergeben, die für oder auch gegen eine den Inhalt der Software erfassende Abnahme sprechen können.

2. Das vom Berufungsgericht gefundene Ergebnis begegnet noch unter einem anderen Gesichtspunkt Bedenken und kann deshalb keinen Bestand haben.

Bei der Würdigung hat das Berufungsgericht dadurch gegen § 286 Abs. 1 ZPO verstoßen, daß es einen Beweisantritt der Klägerin übergangen hat. Die Revision macht zu Recht geltend, die Klägerin habe dafür, daß es die von der Beklagten behauptete "Abnahme" nicht gegeben und sich der Termin vom 2. Dezember 1988 ausschließlich auf die "Abnahme der Installation" beschränkt habe und eine auch

nur ansatzweise gelungene Projektrealisierung überhaupt noch nicht in Sicht gewesen sei, Beweis durch Einvernahme des Zeugen B.

angetreten (GA II 418). Hierzu verhält sich das Berufungsurteil nicht. Das Berufungsgericht war gehalten, diesen Beweis zu erheben; denn der unter Beweis gestellte Vortrag der Klägerin war geeignet, der Beurteilung des Berufungsgerichts, diese habe das von der Beklagten erstellte EDV-Programm abgenommen, auch dadurch sei der Lauf der Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB in Gang gesetzt worden, die Grundlage zu entziehen.

III. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, weil eine weitere Sachaufklärung erforderlich ist.

1. Das Berufungsgericht wird zunächst zu klären haben, wie die "Abnahmeverhandlung" vom 2. Dezember 1988 einzuordnen ist. Hierzu hat es unter Beachtung der vom Senat vorstehend gegebenen Hinweise das Schreiben der Beklagten vom 28. November 1988 und den Aktenvermerk vom 5. Dezember 1988 über das "Orga-Gespräch" am 2. Dezember 1988 erneut unter Beachtung dessen auszulegen, was der Zeuge B. bekundet.

2. Ergibt die Beweisaufnahme, daß am 2. Dezember 1988 lediglich die Hardware abgenommen wurde, ist dies für das Ergebnis des Rechtsstreits ohne Belang; denn die Klägerin verlangt Wandelung bezüglich der von der Beklagten gelieferten Software. Insoweit wäre dann aber mangels Abnahme die Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB noch nicht in Lauf gesetzt; denn die Verjährung beginnt (erst) mit der Abnahme des Werks, wie sich aus § 638 Abs. 1

Satz 2 BGB ergibt. Im übrigen hätte das Berufungsgericht selbst unter Zugrundelegung seiner vom Senat beanstandeten Auffassung zu erwägen, daß nach dem Inhalt des Aktenvermerks über das "Orga-Gespräch" vom 2. Dezember 1988 noch Fragen einer Änderung und Ergänzung der Software offen waren, die zunächst nicht für eine Abnahme sprechen. Der Besteller, der das Werk unter Vorbehalt von Änderungsarbeiten des Unternehmers abnimmt, kann insoweit nicht schlechtergestellt werden als der Besteller, der nur Mängel rügt. Das Berufungsgericht wird auch zu erwägen haben, daß nach seinen Feststellungen (BU 5 2. Abs.) nach dem vom Landgericht eingeholten Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Pärli fünf der gerügten zehn Mängel vorliegen und daß nach dessen Einschätzung der praktische Einsatz des Programms nicht riskiert werden kann. Damit wäre die Werkleistung der Beklagten zunächst einmal unbrauchbar und das Wandlungsbegehren begründet.

IV. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Rogge

Jestaedt

Broß

Melullis

Keukenschrijver