

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

X ZR 66/95

Verkündet am:
13. November 1997
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 1997 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dipl.-Ing. Frhr. von Maltzahn, Dr. Broß, Dr. Melullis und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 7. April 1995 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die inzwischen aufgelöste und im Handelsregister gelöschte Klägerin befaßte sich mit dem Vertrieb von EDV-Programmen für Mediziner. Der Beklagte, der ein Büro für Informationssysteme betreibt, hatte gemeinsam mit anderen die Idee entwickelt, eine unter Windows 3.0 laufende EDV-Praxissoftware für Ärzte zu erstellen, und war wegen des Vertriebs mit der Klägerin in Kontakt getreten. Am 7. September 1991 wurde zwischen den Parteien ein "Kooperationsvertrag" unterzeichnet, nach dem der Beklagte durch Subunternehmer eine Software für ärztliche Kostenabrechnung und Praxisverwaltung bis zur Fertigstellung besorgen sollte. Die Klägerin verpflichtete sich, zur Projektsicherung einen Entwicklungskostenanteil in Höhe von 370.000,-- DM in drei Teilbeträgen an den Beklagten zu bezahlen. Sämtliche Schutz- und Urheberrechte sollten beim Beklagten verbleiben, die Klägerin sollte die ausschließlichen Nutzungsrechte und das alleinige Recht zur Vergabe von Einzellizenzen erhalten sowie Marketing und Vertrieb übernehmen. Die Erlöse sollten nach einem näher vereinbarten Schlüssel zwischen den Parteien verteilt werden. Der erste Teilbetrag, den die Klägerin mit ihrer Klage zurückverlangt, wurde nicht, wie in der Vereinbarung vorgesehen, am 1. Oktober 1991 gezahlt, sondern dem Beklagten am 6. November 1991 überwiesen und seinem Konto am 11. November 1991 gutgeschrieben. Der zweite Teilbetrag sollte vereinbarungsgemäß "am 1. November 1991 nach Abgabe der MEDICA-Version" an den Beklagten überwiesen werden; das ist nicht geschehen. Zur Fachmesse MEDICA am 20.-24. November 1991 stellte der Beklagte der Klägerin eine erste Teilversion des Programms zur Verfügung, die im wesentlichen aus verschiedenen Eingabemasken bestand und es ermöglichte, einen Musterpatienten anzuzei-



gen; ein Programmlauf war noch nicht möglich. In der Folgezeit kam es zu Meinungsverschiedenheiten der Parteien; der Beklagte meinte, Anspruch auf die zweite Projektsicherungsrate zu haben, während die Klägerin die Auffassung vertrat, daß zunächst die Erstellung eines Pflichtenhefts und die Ablieferung einer lauffähigen "Beta-Version" geschuldet seien, was man auf einer Besprechung am 21. Dezember 1991 so vereinbart habe. Mit Schreiben vom 17. Februar 1992 forderte die Klägerin den Beklagten zur Vorlage des Pflichtenhefts und eines Zeitplans binnen einer Woche auf; andernfalls erwarte sie die Entlassung aus dem Vertrag und die Rückführung der geleisteten Zahlung. Der Beklagte erklärte am 21. Februar 1992, er sei zur Erstellung des Pflichtenhefts nicht verpflichtet; gleichzeitig legte er weitere Programmteile, insbesondere eine weitere Eingabemaske und eine elektronische Karteikarte, vor. Mit Anwaltsschreiben vom 25. März 1992 forderte der Beklagte unter Fristsetzung die Zahlung der zweiten Rate. Die Klägerin verlangte daraufhin ihrerseits mit Anwaltsschreiben vom 8. April 1992 die Ablieferung einer "vollständigen MEDICA-Version" mit der Möglichkeit der Dateneingabe und -verwaltung, des Datensortierens und Ausdrucks auf speziellen Formularen bis 15. April 1992 und kündigte für den Fall der Nichteinhaltung der Frist Ablehnung der Leistung an. Mit Anwaltsschreiben vom 16. Juni 1992 verlangte sie unter Bezugnahme auf § 326 BGB die Rückzahlung der von ihr gezahlten ersten Rate und behielt sich weitere Schadensersatzansprüche vor; der behauptete Rückzahlungsanspruch ist Gegenstand der vorliegenden Klage. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Kammergericht den Beklagten in der Hauptsache antragsgemäß verurteilt. Mit seiner Revision begehrt der Beklagte in erster Linie die Wiederherstellung des landgerichtlichen

Urteils. Die in der mündlichen Verhandlung nicht vertretene Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht im Wege des Versäumnisurteils, nachdem die Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Revision nicht vertreten war; die Entscheidung beruht allerdings nicht auf der Säumnisfolge (BGHZ 37, 79, 81 f.). Die Klägerin war, nachdem der Senat ihrem Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe nicht entsprochen hat, im Verhandlungstermin nicht vertreten. Ihre Gegenvorstellungen gegen die Versagung der Prozeßkostenhilfe hat der Senat geprüft; er erachtet sie als nicht durchgreifend, da die Bestimmung des § 116 ZPO der Bewilligung auch unter Zugrundelegung des Vorbringens in den Gegenvorstellungen entgegensteht. Einer Vertagung der Verhandlung bedurfte es deshalb nicht.

I. Ob die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung über die Erstellung des Programms eine unabhängig von ihren gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zu beurteilende Rechtsbeziehung hinsichtlich der geleisteten 120.000,-- DM geschaffen hat oder ob der Rückzahlungsanspruch im Rahmen der Auseinandersetzung der Gesellschaft zu beurteilen ist, wie die Revision meint, ist im wesentlichen Auslegungsfrage. Da, wie nachfolgend ausgeführt wird, auch auf der Grundlage der Annahme des Berufungsgerichts das Urteil keinen Bestand haben kann, bedarf es für die Entscheidung über die Revision keiner abschließenden Klärung. Auch unter Zu-

grundelegung eines Gesellschaftsvertrages kann, wie es das Berufungsgericht angenommen hat, ausnahmsweise eine Einzelabrechnung in Betracht kommen (vgl. BGH, Urt. v. 26.11.1989 - II ZR 128/88, NJW 1990, 573, 574; Urt. v. 2.10.1997 - II ZR 249/96, zur Veröffentlichung bestimmt, Umdr. S. 6 f.); ob dies vorliegend der Fall ist, wird das Berufungsgericht erneut zu prüfen haben.

II. 1. Das Berufungsgericht hat auf der Grundlage der Anwendbarkeit werkvertragsrechtlicher Normen angenommen, daß die Klägerin vom Vertrag wirksam zurückgetreten sei und deshalb die Rückgewähr der geleisteten ersten Projektsicherungsrate verlangen könne. Dies begegnet im rechtlichen Ausgangspunkt, daß im Falle des Verzugs auch, und zwar in erster Linie, bei werkvertraglichen Verpflichtungen vor Abnahme die Bestimmung des § 326 Abs. 1 BGB anwendbar ist, keinen Bedenken.

2. Das Berufungsgericht hat jedoch, was die Revision mit Recht rügt, das Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen nicht fehlerfrei festgestellt.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Beklagte zum Zeitpunkt der ihm gegenüber ausgesprochenen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung mit der von ihm geschuldeten Leistung in Verzug gewesen sei; er habe weitere Programmierleistungen geschuldet, die er nicht von der vorherigen Zahlung der zweiten Rate habe abhängig machen dürfen. Der Beklagte sei dafür darlegungspflichtig, daß er die ausbedungene "MEDICA-Version" geliefert habe; die Verteilung der Darlegungslast ergebe sich aus der Abweichung von der gesetzlichen Fälligkeitsregel des § 641 BGB. Dies be-

ruht, wie die Revision mit Recht rügt, teilweise auf einer Verkennung der Verteilung der Darlegungslast.

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der Beklagte verpflichtet war, die "MEDICA-Version" abzuliefern, bevor er Anspruch auf die zweite Projektsicherungsrate hatte. Diese Auslegung der getroffenen Vereinbarung ist naheliegend und wird auch im Ergebnis von der Revision nicht angegriffen. Von Rechtsfehlern beeinflußt ist jedoch die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die "MEDICA-Version" nicht geliefert.

Der Besteller, der Rechte aus einer verspäteten Leistung des Unternehmers herleiten will, hat die allgemeinen Voraussetzungen hierfür darzulegen. Dies erfordert nach allgemeinen Grundsätzen auch ausreichenden Vortrag darüber, welche Leistung geschuldet war. Der Besteller hat daher zunächst darzulegen, welchen Inhalt die Leistungspflicht des Unternehmers hat, und weiter, daß Verzug im Sinne des § 284 BGB vorlag. Diese Verteilung der Darlegungslast hat das Berufungsgericht verkannt. Eine abweichende Verteilung ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht daraus, daß die vereinbarte Fälligkeitsregelung von der in § 641 BGB gesetzlich vorgesehenen abweicht. Wäre die Fälligkeitsregelung an sich im Streit, hätte allerdings der Beklagte die Abweichung von der gesetzlichen Vorgabe als ihm günstige Tatsache darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen. Daß und in welcher Form hier eine Vorleistungspflicht vereinbart wurde, ist indessen zwischen den Parteien nicht streitig; im Streit ist nur, ob der Beklagte bei Erklärung des Rücktritts im Verzug war.

Erst wenn geklärt ist, was der Beklagte aufgrund der mit der Klägerin geschlossenen Vereinbarung oder nach späteren Abreden als "MEDICA-Version" schuldet, stellt sich die weitere Frage, ob er die geschuldete Leistung erbracht hat. Unstreitig hat der Beklagte der Klägerin Programmteile zur Verfügung gestellt, die auch auf der Fachmesse "MEDICA" im November 1991 vorgestellt wurden; unstreitig erlaubten diese Programmteile aber einen Programmlauf noch nicht. Das Berufungsgericht hat nicht rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die seinerzeit und bis zur Erklärung des Rücktritts noch gelieferten Programmteile der Leistungspflicht des Beklagten nicht genügten. Dies ist Frage der grundsätzlich dem Tatrichter vorbehaltenen Vertragsauslegung. Diese kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob sie auf Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr.; vgl. Sen., Urt. v. 2.11.1995 - X ZR 93/93, CR 1996, 667; Urt. v. 25.2.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967). Ein solcher Fall liegt hier vor.

b) Ohne Erfolg bleibt allerdings die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe außer acht gelassen, daß die Klägerin die zur Fachmesse MEDICA gelieferte Programmversion mit ihrem Schreiben vom 17. Februar 1992 als vertragsgemäß akzeptiert habe. Das Berufungsgericht hat dieses Schreiben dahin ausgelegt, daß es nur als Eingeständnis einer Mitverantwortung der Klägerin an der Verzögerung, nicht aber als Billigung der Leistung verstanden werden könne. Diese Auslegung ist möglich und läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

cc) Die Revision rügt jedoch mit Erfolg, daß die Feststellungen des Berufungsgerichts gegen § 286 ZPO verstießen. Das Berufungsgericht hat die geschuldete "MEDICA-Version" mit einer "Demo-Version" gleichgesetzt. Hierfür bietet der vorgetragene und festgestellte Sachverhalt jedoch keinen ausreichenden Anhaltspunkt. Der Begriff "Demo-Version", mit dem sich das Berufungsgericht auseinandergesetzt hat, scheint nicht in der vertraglichen Abrede, sondern erstmals im Anwaltsschriftsatz der Bevollmächtigten der Klägerin vom 8. April 1992 auf, und zwar als "Demoversion, bestehend aus sechs Bildschirmmasken, die ineinander verschachtelt abrufbar waren". Das bildet für die Bestimmung des Umfangs der Leistungspflicht keine brauchbare Grundlage, weil das Berufungsgericht nicht festgestellt hat, daß die Parteien bei Vertragsschluß übereinstimmend unter der Angabe "MEDICA-Version" das verstanden haben, was die Klägerin später im Prozeß mit dem anderen Begriff der "Demo-Version" erfassen wollte. Im Verfahren vor den Tatsacheninstanzen haben zwar beide Parteien den Begriff "Demo-Version" verwendet, hiermit aber unterschiedliche Inhalte verbunden. Die Gleichsetzung der geschuldeten "MEDICA-Version" mit einer zumal vom Berufungsgericht in bestimmter Weise verstandenen "Demo-Version" stellt damit eine Schlußfolgerung dar, die außerhalb des Denkmöglichen liegt. Das Berufungsgericht hatte den nicht eindeutigen Begriff der "MEDICA-Version" eigenständig zu bestimmen und dabei den Vortrag der Parteien auszuschöpfen. Diesen Anforderungen genügt die Begründung des Berufungsgerichts nicht. Eine eigenständige Auslegung ist dem Senat verwehrt, weil nicht feststeht, daß keine weiteren tatsächlichen Feststellungen zu treffen sind.

III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Es ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Das Berufungsgericht wird im weiteren Verfahren zunächst zu klären haben, was Gegenstand der geschuldeten "MEDICA-Version" war. Es wird dazu die Beweisangebote der Parteien und auch das von diesen vorgetragene und unter Beweis gestellte Geschehen im Vorfeld der Präsentation auf der MEDICA-Messe und daran anschließend zu berücksichtigen haben. Es wird dabei auch den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten zu würdigen haben, die Rechnungsstellung für die zweite Rate sei wegen finanzieller Schwierigkeiten bei der Klägerin erst für Februar 1992 vereinbart worden (GA 40); hieraus können sich Rückschlüsse auf die Vorstellungen der Parteien über die Fälligkeit der zweiten Rate ergeben, aus denen wiederum auf den geschuldeten Leistungsumfang hinsichtlich der "MEDICA-Version" gefolgert werden könnte. Sofern sich danach nicht

feststellen lassen sollte, welchen Inhalt die Vereinbarung insoweit hatte, wird das Berufungsgericht die auch für die Beweislast maßgebliche aufgezeigte Verteilung der Darlegungslast zu berücksichtigen haben.

Rogge

Maltzahn

Broß

Melullis

Keukenschrijver