

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. November 1999 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Jestaedt, Dr. Melullis, Keukenschrijver und die Richterin Mühlens

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Revisionen wird das am 20. März 1997 verkündete Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München auf die Revision der Beklagten aufgehoben, soweit die Beklagte unter Zurückweisung ihrer Berufung zur Zahlung eines 251.820,-- DM nebst Zinsen übersteigenden Betrags verurteilt worden ist; es wird weiter auf die Revision der Klägerin aufgehoben, soweit die Klage unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin in Höhe eines Betrags von 56.263,-- DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt ein Rechenzentrum, in dessen Rahmen sie u.a. Buchhaltungsdienstleistungen anbietet. Die Beklagte handelt mit EDV-Anlagen und Software, daneben bietet sie Beratungsdienstleistungen im EDV-Bereich an. 1987 beabsichtigte die Klägerin, das Verfahren zur Dateneingabe auf ihren Großrechner von den Einzelplatzrechnern ihrer Mitarbeiter anstelle der bis dahin durchgeführten Eingabe mittels Disketten auf Eingabe im Dialog von mit dem Großrechner vernetzten Einzelplatzrechnern aus umzustellen. Sie schloß dazu mit der Beklagten im Sommer 1987 einen Vertrag, nach dem sie über die Beklagte einen Großrechner Bull DPS 6 erwarb, der den vorhandenen Rechner DPS 4 ersetzen sollte. Weiter sollte nach dem Vertrag die vorhandene Software im Verhältnis 1:1 auf den neuen Rechner umgestellt werden. Für die Softwarearbeiten stellte die Beklagte ihren Mitarbeiter M. ab. Die Umstellungs-

arbeiten waren zum vertraglich vorgesehenen Termin (30. Juni 1987) nicht abgeschlossen; Anfang 1988 lag die Finanzbuchhaltung vor, ob die Anpassung der Lohnbuchhaltung abgeschlossen wurde, ist streitig. In der Folgezeit kam es zu Mahnungen, Frist- und Nachfristsetzungen. Schließlich lehnte die Klägerin im Januar 1989 die weitere Erfüllung durch die Beklagte ab, machte Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend und gab die Anlage DPS 6 zurück. Sie verlangte im Wege des Schadensersatzes die Rückzahlung der bereits entrichteten Vergütung in Höhe von 350.000,-- DM, von 20.000,-- DM für anbezahlte Programmierungskosten, die Erstattung von 46.118,28 DM bezahlter Wartungskosten, die Kosten für ein durchgeführtes Beweissicherungsverfahren in Höhe von 9.000,-- DM sowie 583,-- DM Transportkosten für die Rückführung des Rechners DPS 6. Die in der Hauptsache auf Zahlung eines

Betrags von insgesamt 425.701,28 DM gerichtete Klage hatte in den Tatsacheninstanzen überwiegend Erfolg; soweit das Landgericht die Klage hinsichtlich des Teilbetrags von 9.000,-- DM abgewiesen hat, hat die Klägerin das erstinstanzliche Urteil nicht angegriffen. Auf Revision der Beklagten hat der Senat den Rechtsstreit zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (Sen.Urt. v. 23. Januar 1996 - X ZR 105/93, NJW 1996, 1745 = MDR 1996, 567 = WM 1996, 963). Das Berufungsgericht hat daraufhin nach Beweisaufnahme das landgerichtliche Urteil unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Beklagten und Klageabweisung im übrigen dahin abgeändert, daß die Beklagte verurteilt wurde, an die Klägerin 360.438,28 DM nebst Zinsen zu zahlen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte in erster Linie ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter; die Klägerin begehrt eine weitergehende Verurteilung der Beklagten wegen der nicht ausgeteilten Kosten für den Rücktransport des Rechners; sie wendet sich daneben gegen die Berücksichtigung von Aufwendungen der Beklagten für die Programmierarbeiten des Mitarbeiters M. in Höhe von 55.680,-- DM zu ihren Lasten.

Die Parteien

treten jeweils dem gegnerischen Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat in vollem Umfang, die der Beklagten hat teilweise Erfolg.

I. 1. Das Berufungsgericht ist nach erneuter Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, daß der im Sommer 1987 zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag wegen eines verdeckten Dissenses in Form eines Schein-



konsenses nicht zustande gekommen sei. Anspruchsgrundlage für die Klageforderung sei mithin nicht, wie im ersten Berufungsurteil angenommen, § 326 Abs. 1 BGB, sondern § 812 Abs. 1 BGB i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB. Bei Vorliegen eines verdeckten Einigungsmangels seien nämlich die bereits erbrachten Leistungen nach Bereicherungsrecht zurückzugewähren. Ausgehend von den Aussagen der vom Berufungsgericht vernommenen Zeugen S. und M. habe die Klägerin bei den Vertragsverhandlungen die gesamte Umstellung der Dialogverarbeitung vertraglich geregelt wissen wollen, die Beklagte dagegen nur Teilbereiche ausführen wollen. Die Bestimmung in den Vertragsunterlagen, die lautet: "Der Umstellungsaufwand für die gesamte Software beträgt ca. 30 Mann/Tage ...", hätten die Parteien unterschiedlich verstanden. Die Klägerin habe sie auf einsatzfähige Programme (d.h. für die Dialogverarbeitung) und damit auch auf ein Erfassungsprogramm für den Rechner DPS 6 bezogen, hingegen habe sie die Beklagte nur auf die Software für die Umstellung 1:1 bezogen. Die Erklärungen der Parteien deckten sich mithin zwar ihrem Wortlaut nach, ein unzweideutiger Inhalt lasse sich aber im Wege objektiver Auslegung nach den bereits bei den Vorverhandlungen bestehenden unterschiedlichen Vorstellungen und Bewertungen der Parteien nicht ermitteln. Es sei deshalb davon auszugehen, daß die Parteien den Vertrag ohne Einigung über die "gesamte Software" nicht geschlossen hätten, da die Preisvorstellungen zu weit voneinander abgewichen seien.

2. a) Die Beklagte wendet sich mit der Rüge einer Verletzung der §§ 133, 157 BGB gegen die Annahme eines Scheinkonsenses. Zwischen den Parteien sei stets unstreitig gewesen, daß die Klägerin eine Umstellung des Betriebs auf Dialogverarbeitung angestrebt habe. Hierfür habe der Rechner DPS 6 angeschafft werden sollen. Dieses Ziel sei nur über verschiedene Aus-

baustufen zu erreichen gewesen, nämlich zunächst über eine Umstellung der Programme und in einem zweiten Schritt über die Einrichtung der Dialogverarbeitung auf dem neuen Rechner mit einem geeigneten Erfassungsprogramm. Die Parteien stritten um den Umfang der Pflichten der Beklagten im Hinblick auf die zweite Stufe. Auch das Erfassungsprogramm und die Dialogverarbeitung seien Gegenstand der Vereinbarung der Parteien gewesen. Die Beweisaufnahme habe nichts ergeben, was der bisherigen und vom erkennenden Senat gebilligten Auslegung des Vertrags durch das Berufungsgericht entgegenstehe.

b) Die Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat, ohne am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks "gesamte Software" zu haften, den wirklichen Willen der Vertragsparteien erforscht; es ist dabei in rechtlich nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, daß sich ein unzweideutiger Inhalt im Wege objektiver Auslegung nach den bereits bei den Vorverhandlungen bestehenden unterschiedlichen Vorstellungen und Bewertungen der Parteien nicht ermitteln lasse, obgleich sich die Erklärungen der Parteien ihrem Wortlaut nach deckten. Dies entspricht den Vorgaben des § 133 BGB. Es ist weiter nicht ersichtlich, warum die Auslegung der Erklärungen der Parteien gegen den in § 157 BGB aufgestellten Grundsatz verstoßen sollte, daß Verträge so auszulegen sind, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Die Annahme, es liege im Sinne der Regelung des § 155 BGB ein verdeckter Einigungsmangel in Form eines Scheinkonsenses vor, begegnet angesichts des vom Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung des Streitstoffs nunmehr festgestellten unterschiedlichen Verständnisses des Begriffs "gesamte Software" keinen rechtlichen Bedenken. Der danach vorliegende versteckte Dissens führt regelmäßig zum Nichtzustandekommen des Vertrags.

Hiervon ist das Berufungsgericht ausgegangen.

3. Die in diesem Zusammenhang erhobenen, auf eine Verletzung der §§ 286, 318 und 565 Abs. 2 ZPO gestützten Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber nicht als durchgreifend erachtet (§ 565a ZPO).

II. 1. Das Berufungsgericht hat der Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte aus ungerechtfertigter Bereicherung in Höhe von 360.438,28 DM zuerkannt, der sich aus den Positionen Preis des Rechners DPS 6 (350.000,-- DM), Anzahlung für die Programmierung (20.000,-- DM) und Wartungskosten (46.118,28 DM) zusammensetzt. Davon hat das Berufungsgericht einen Betrag von 55.680,-- DM für Aufwendungen der Beklagten für Programmierarbeiten des Zeugen M. abgezogen, was die Revision der Klägerin angreift, die sich weiter gegen die Nichtberücksichtigung der Rücktransportkosten hinsichtlich des Rechners DPS 6 in Höhe von 583,-- DM wendet (nachfolgend unter 2.). Die Revision der Beklagten greift den der Klägerin zuerkannten Bereicherungsanspruch der Höhe nach an. Zum einen ist sie der Ansicht, daß sich die Klägerin bei der Rückabwicklung die aus dem Einsatz des Rechners DPS 6 gezogenen Nutzungen, die sie mit 62.500,-- DM beziffert hat, anrechnen lassen müsse, zum anderen meint sie, die Klägerin könne die hierauf entfallenden Wartungskosten in Höhe von 46.118,28 DM nicht zurückverlangen (nachfolgend unter 3.).

2. a) aa) Das Berufungsgericht hat der Klägerin einen Anspruch auf Erstattung der in Höhe von 583,-- DM geltend gemachten Kosten für den Rücktransport des Rechners DPS 6 nicht zugebilligt, weil die Leistung nicht auf Grund des nicht zustande gekommenen Vertrags erfolgt sei; als Anspruchs-

grundlage komme nur Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß in Betracht. Ein Verschulden der Beklagten am Dis-sens sei aber nicht einmal behauptet.

bb) Die Klägerin meint demgegenüber, daß diese Kosten in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Bereicherungsvorgang ständen und deshalb bereicherungsmindernd geltend gemacht werden könnten. Jedenfalls folge der Anspruch als Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB.

cc) Die Rüge ist auf der Grundlage der vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen berechtigt. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß Ansprüche aus § 812 BGB am Sitz des Rückgewährschuldners zu erfüllen sind (vgl. BGH, Urt. v. 20. November 1961 - VIII ZR 167/60, MDR 1962, 399; Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl., Rdn. 15 zu § 269 BGB). Auf dieser Grundlage war der Rücktransport für die Klägerin ein objektiv fremdes Geschäft. Nahm die Klägerin - wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat - irrtümlich an, daß es sich um ein eigenes Geschäft handelte, ist § 687 Abs. 1 BGB anwendbar; Rechtsfolgen aus dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag kommen dann nicht in Betracht. Allerdings hat die Beklagte eigene Aufwendungen für den Rücktransport erspart. Diese Ersparnis kann von der Klägerin nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB herausverlangt werden (vgl. BGHZ 36, 321, 323; BGHZ 37, 258, 264; BGHZ 55, 128, 130; BGHZ 70, 12 unter VI.4.; BGH, Urt. v. 5. November 1981 - VII ZR 216/80, NJW 1982, 879; Urt. v. 23. Juni 1994 - VII ZR 167/93, MDR 1995, 39 = DtZ 1994, 339, jeweils für den Fall nichtiger Verträge; BGHZ 55, 128, 130 f - Flugreisefall -, für die Ersparnis auf Grund Entgegennahme von ihrer Natur nach nicht rückgabefähigen Dienstleistungen; Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl., Rdn. 1088). Der Anspruch

ist nach § 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz gerichtet. Nahm die Klägerin dagegen zutreffend an, ein fremdes Geschäft zu führen, kamen Aufwendungersatzansprüche nach §§ 677, 683, 670 BGB in Betracht. Die Prüfung, ob die Voraussetzungen des Anspruchs auf der einen oder der anderen Grundlage erfüllt sind, wird das Berufungsgericht nachzuholen haben.

b) aa) Die Revision der Klägerin beanstandet weiter, daß das Berufungsgericht den Wert der Programmierarbeiten des Zeugen M. in vollem Umfang von der Klageforderung abgezogen hat.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, hinsichtlich dieser Aufwendungen der Beklagten habe die Klägerin ihrerseits Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB im Rahmen ihrer Rechtsbeziehungen zu der Beklagten zu leisten. Anschließend, aber ersichtlich in anderem Zusammenhang führt das Berufungsgericht weiter aus, für ihre Behauptung, die Klägerin habe die Programmierleistungen benutzt, habe die Beklagte keinen Beweis angeboten. Die Klägerin habe den Rechner DPS 6 zwar zeitweilig für ihre Finanzbuchhaltung eingesetzt, da sie ihren eigenen Rechner wegen der Umstellarbeiten nicht habe nutzen können. Dadurch habe sie jedoch keinen Vorteil erlangt. Bei dieser Sachlage komme es auf den weiteren Vortrag zur Mangelhaftigkeit der von der Beklagten erbrachten Leistungen und zur Begrenzung des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung und des Mitverschuldens nicht an.

bb) Die Revision der Klägerin macht geltend, die Programmierleistungen hätten der Klägerin keinen Vermögensvorteil gebracht und seien von ihr auch nicht genutzt worden. Sie begründeten deshalb keine bei der Saldierung zu berücksichtigende Bereicherung der Klägerin.

cc) Auch diesem Revisionsangriff kann auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts der Erfolg nicht versagt bleiben. Mit Recht verweist die Revision darauf, daß eine unbrauchbare oder nicht verwertete Leistung keine Bereicherung begründet (BGH, Urt. v. 5. November 1981 - VII ZR 216/80, NJW 1982, 879, 880; Urt. v. 23. Juni 1994 - VII ZR 167/93, MDR 1995, 39 = DtZ 1994, 339). Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil hatte der Zeuge M. die Umstellarbeiten in Angriff genommen. Jedenfalls

falls die Finanzbuchhaltung lag Anfang 1988 vor, ob die Umstellung der Lohnbuchhaltung abgeschlossen wurde, ist strittig und nicht festgestellt. Ebenfalls strittig und nicht festgestellt ist weiter, ob die Programme der Beklagten wertlos gewesen und oder ob sie benutzt worden sind.

Allerdings geht der Hinweis der Revision der Klägerin darauf fehl, daß sie Mängel des Programms unter Beweisantritt substantiiert vorgetragen habe. Die von ihr angezogenen Stellen im Schriftsatz vom 15. Januar 1997 betreffen eine Mangelhaftigkeit in dem Sinn, daß der von der Klägerin angenommene Vertragszweck nicht erreicht wurde; ein darüber hinausgehender Vortrag, daß die Programme nicht gleichwohl verwendet werden konnten und verwendet wurden, ist ihnen nicht zu entnehmen. Da jedenfalls die Finanzbuchhaltung vorlag, kann von einer Unbrauchbarkeit auch nicht ohne weiteres ausgegangen werden, ebensowenig davon, daß nicht diese, sondern ein anderes Programm benutzt worden wäre (vgl. zur Darlegungs- und Beweislast BGH, Urt. v. 5. November 1981 - VII ZR 216/80, NJW 1982, 879, unter II.2.). Darauf, ob die Leistung mangelfrei war, kommt es für den bereicherungsrechtlichen Ausgleich nicht an.

Dies spricht an sich insoweit für die Richtigkeit des Ergebnisses des angefochtenen Urteils. Indessen könnte dessen Formulierung, daß die Beklagte für die Nutzung der Programmierleistungen des Zeugen M. keinen Beweis angeboten habe, darauf hindeuten, daß das Berufungsgericht lediglich unterstellt hat, diese Leistungen seien von der Klägerin nicht genutzt worden, ohne hierzu eigene Feststellungen zu treffen und ohne die Verteilung der Darlehungs- und Beweislast zu berücksichtigen. Danach wäre es jedoch Sache der Klägerin gewesen, näher vorzutragen, daß sie die Programmierleistungen der Beklagten nicht genutzt habe (vgl. BGH, Urt. v. 5. November 1981 - VII ZR 216/80, aaO.). Zwar kommt es für den Bereicherungsausgleich bei unwirksamen Verträgen allein darauf an, ob der Bereicherungsschuldner Ersparnisse hatte; lag ein an sich verwertbares Ergebnis vor, ist es jedoch dessen Sache vorzutragen, warum eine Bereicherung nicht eingetreten ist. Ein diesbezüglicher Vortrag läßt sich weder dem angefochtenen Urteil entnehmen noch rügt die Revisionsbegründung, daß solcher Vortrag übergangen ist. Nach den getroffenen Feststellungen steht andererseits aber nicht fest, daß ein den Eintritt einer Bereicherung ausschließender Sachverhalt nicht vorliegt.

Sollte sich im weiteren Verfahren ergeben, daß die Programmierleistungen des Zeugen M. nicht brauchbar waren und nicht verwertet worden sind, scheiden Ersparnisse auf Grund dieser Leistungen aus. In diesem Fall kommt ein Abzug für diese Leistungen von der Klageforderung jedenfalls auf bereicherungsrechtlicher Grundlage nicht in Betracht. Für eine Berücksichtigung auf anderer Grundlage, etwa im Wege des Aufwendungsersatzes, ist eine tatsächliche Grundlage nicht erkennbar.

3. a) Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann ein in die Saldierung einzubeziehender Gegenanspruch der Beklagten wegen der Nutzung des Rechners DPS 6 durch die Klägerin dem Grunde nach nicht verneint werden. Insoweit ist auch ein Gegenanspruch wegen der Wartungskosten gegeben. Es fehlt jedoch an tatsächlichen Feststellungen für die Bestimmung der Höhe dieser Ansprüche. Deshalb ist für das Revisionsverfahren von der Anspruchshöhe auszugehen, die die Beklagte behauptet hat. Auf dieser Grundlage ist die Revision der Beklagten in Höhe von 108.618,28 DM (62.500,-- DM Nutzungen; 46.118,28 DM Wartungskosten) begründet.

b) Entgegen der knapp begründeten Auffassung des Berufungsgerichts, das darauf abstellt, der Einsatz des Rechners DPS 6 habe nicht zu einer Beschleunigung des Programmablaufs geführt, ergibt sich schon daraus, daß - wie das Berufungsgericht festgestellt hat - die Klägerin die neue Anlage genutzt hat, ein Bereicherungsanspruch nach § 818 Abs. 1, 2 i.V.m. §§ 99, 100 BGB. Bereits im Gebrauch der Anlage liegen gezogene Nutzungen der herauszugebenden Sache, die ihrerseits herauszugeben sind.

c) Begründet ist auch die weitere Rüge der Revision der Beklagten bezüglich des Ersatzes der Wartungskosten für die Zeit, in der der Klägerin die Nutzungen verblieben. Um diese Wartungsleistung ist die Klägerin bereichert; sie schuldet hierfür nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz, da Naturalherausgabe nicht möglich ist.

d) Wie hoch der Wert der zu berücksichtigenden Bereicherung jeweils ist, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben.

III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit die Beklagte unter Zurückweisung ihrer Berufung zur Zahlung eines 251.820,-- DM übersteigenden Hauptsachebetrags verurteilt worden ist; es kann weiter keinen Bestand haben, soweit die Klage unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin in Höhe eines Hauptsachebetrags von 56.263,-- DM abgewiesen worden ist. In diesem Umfang sind somit das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Rogge

Jestaedt

Melullis

Keukenschrijver

Mühlens