

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 2/90

URTEIL

Verkündet am:
14. Mai 1991
Welte
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma G [REDACTED] Gr [REDACTED] Center, Inhaber Egon K [REDACTED],
Am S [REDACTED], I [REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

gegen

die E [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch die E [REDACTED] Ver-
waltungs-GmbH, diese gesetzlich vertreten durch ihren
Geschäftsführer Ante Lu [REDACTED], H [REDACTED]straße 8, Ke [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt 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 der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 29. November 1989 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Alfons W. GmbH & Co. KG als Rechtsvorgängerin der Klägerin war mit der Beklagten, die u.a. Spülmaschinen für Großküchen herstellt und vertreibt, im Februar 1984 übereingekommen, daß sie für deren Spülmaschinen elektrische Steuerungen entwickeln und liefern sollte. Der Preis pro Steuerung sollte 372,20 DM zuzüglich Mehrwertsteuer betragen; zusätzlich hatte sich die Beklagte mit 32.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer an den Entwicklungskosten zu beteiligen.

Mit der Klage hat die Klägerin die Zahlung eines Betrages von 35.415,20 DM für nicht bezahlte Lieferungen beansprucht. Die Beklagte hat wegen eines von ihr behaupteten Gegenanspruchs auf Rückzahlung zuviel bezahlter Entwicklungskosten in Höhe von 35.515,20 DM die Aufrechnung erklärt und im Wege der Widerklage von der Klägerin Schadensersatz in Höhe von 463.933,52 DM verlangt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hatte lediglich insoweit Erfolg, als das Oberlandesgericht die Klage nur in Höhe von 32.495,22 DM für begründet erachtet hat. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungs- und Widerklagebegehren in vollem Umfang weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, daß der Beklagten gegenüber dem in Höhe von 32.495,22 DM schlüssig dargelegten Klageanspruch ein aufrechenbarer Anspruch weder unter dem Gesichtspunkt des Rücktritts noch gemäß § 326 Abs. 1 BGB noch auch nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluß zustehe. Hinsichtlich der letzteren in Betracht



gezogenen Anspruchsgrundlage hat es dabei dahinstehen lassen, ob die an die Beklagte gelieferten Steuerungen mit denen übereinstimmen, die die Klägerin zuvor für die Firma H. [REDACTED] (in den Akten teilweise auch "H. [REDACTED]"; im weiteren: Firma H.) entwickelt hatte.

Ohne Erfolg rügt die Revision, daß der Beklagten in jedem Fall ein Anspruch auf Rückzahlung der, wie mittlerweile unstreitig ist, in voller Höhe bezahlten Entwicklungskosten zustand.

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Beklagte habe nicht dargelegt, daß die Klägerin bereits beim Abschluß der Vereinbarung mit der Beklagten gewußt habe, daß die an diese zu liefernden Steuerungen mit den früher für die Firma H. hergestellten Steuerungen übereinstimmen und daß deshalb keine weiteren Entwicklungskosten entstehen würden. Insoweit erhebt die Revision keine Rüge. Dementsprechend scheiden Ansprüche der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluß und unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB) aus.

2. Zugunsten der Beklagten ist deshalb allenfalls davon auszugehen, daß die Klägerin nach Vertragsschluß - sei es vor oder nach dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagte die Entwicklungskosten bezahlt hat - Kenntnis davon erlangt hat, daß keine Entwicklungskosten mehr anfielen. Danach aber ist der zur Aufrechnung gestellte Rückzahlungsanspruch weder nach Bereicherungsrecht noch unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegeben.

a) § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB setzt voraus, daß der nicht erreichte Leistungszweck nicht in der Erfüllung (oder Begründung) einer Verbindlichkeit bestanden hat; diese Fälle sind nämlich bereits in § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 und Satz 2 Fall 1 BGB geregelt. Allerdings ist die erstgenannte Vorschrift nach der Rechtsprechung (vgl. die Nachweise bei Palandt/Thomas, BGB 50. Aufl. § 812 Rdn. 92) nicht nur dann anwendbar, wenn die Leistung überhaupt nicht im Hinblick auf eine rechtliche Verpflichtung erfolgt ist, sondern auch dann, wenn mit der Leistung sowohl eine Verbindlichkeit erfüllt (oder begründet) werden sollte als auch ein über diese Erfüllung (Begründung) hinausgehender Erfolg bezweckt wurde, der dann nicht eingetreten ist. Letztere Voraussetzung ist im Streitfall nicht erfüllt; die Beklagte ist mit der Bezahlung der Entwicklungskosten allein ihrer diesbezüglichen vertraglichen Verpflichtung nachgekommen.

b) Wenn für die betreffende Zahlung die Geschäftsgrundlage gefehlt haben oder weggefallen sein sollte, könnte sich eine Rückzahlungsverpflichtung aus § 242 BGB ergeben. Voraussetzung für einen solchen Anspruch wäre jedoch, daß sich ein Umstand als nicht gegeben erwiesen hätte, den mindestens eine Partei beim Vertragsschluß vorausgesetzt hatte, der für diese Partei auch so wichtig war, daß sie den Vertrag nicht oder zumindest nicht so wie geschehen abgeschlossen hätte, wenn sie die Richtigkeit ihrer Voraussetzung als fraglich erkannt hätte, und auf dessen Berücksichtigung die andere Partei sich redlicherweise hätte einlassen müssen. Letzteres setzte voraus, daß der Umstand nicht in die Risikosphäre einer Vertragspartei fiel. Das aber ist hier der

Fall: Mit dem Pauschalbetrag von netto 32.000,-- DM sollte der gesamte Entwicklungsaufwand der Klägerin abgegolten sein. Die Klägerin hätte daher, wenn sich nachträglich ergeben hätte, daß die tatsächlichen Entwicklungskosten höher lagen als dieser Betrag, von der Beklagten nicht etwa den Unterschiedsbetrag nachverlangen können. Daß die tatsächlichen Entwicklungskosten möglicherweise höher lagen als der vereinbarte Pauschalbetrag, war mithin das Risiko der Klägerin, das sie mit der Vereinbarung vom Frühjahr 1984 übernommen hatte. Umgekehrt hat dann aber die Beklagte das Risiko zu tragen, daß sie bei nachträglicher Betrachtung trotz eines nur geringen oder - wovon für das Revisionsverfahren auszugehen ist - ganz fehlenden Entwicklungsaufwands einen nicht unerheblichen Pauschalbetrag zu zahlen hat.

c) Die zugunsten der Beklagten allenfalls in Betracht zu ziehende ergänzende Auslegung der getroffenen Vereinbarung dahin, daß der von der Beklagten gezahlte Pauschalbetrag für die Entwicklung jedenfalls dann zurückzuzahlen war, wenn der Klägerin insoweit tatsächlich keinerlei Kosten entstanden, gehörte, da keine typische Vereinbarung getroffen war, zum Bereich der Tatsachenfeststellung (BAGE 4, 360, 365 f.). Dafür fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts. Ein Rechtsfehler ist insoweit weder dargetan noch ersichtlich.

II.

1. Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob die von der Klägerin gelieferten Steuerungen entsprechend

dem Vortrag der Beklagten von Grund auf mangelhaft und nicht nachbesserungsfähig waren. Denn die Beklagte könne ihre Leistung jedenfalls deshalb nicht unter Berufung auf die behauptete Mangelhaftigkeit verweigern, weil sie nicht hinreichend vorgetragen habe, daß sie ihrer Obliegenheit gemäß § 377 HGB zu rechtzeitiger Untersuchung und Rüge nachgekommen sei. Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei von dem zuständigen Prüfer des TÜV schon im September 1985 auf im einzelnen bezeichnete Mängel, die auch gegenwärtig noch vorhanden seien, hingewiesen worden, führe nicht weiter. Denn das etwaige Fortbestehen der behaupteten Mängel stelle keinen genügenden Beweis dar für die geltend gemachte Arglist als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch.

2. Das Berufungsgericht hat dabei wesentlichen Sachvortrag der Beklagten unberücksichtigt gelassen. Es hat dahinstehen lassen und für die Revisionsinstanz ist daher zu unterstellen, daß die an die Firma H. gelieferten Steuerungen mit denjenigen übereinstimmten, die die Beklagte geliefert erhalten hat. Im Hinblick darauf hätte das Berufungsgericht dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Beklagten nachgehen müssen, die Firma H. habe bei den ihr gelieferten Steuerungen dieselben Mängel wie die Beklagte beanstandet und schließlich die weitere Herstellung und den Vertrieb der elektronisch gesteuerten Spülmaschinen eingestellt; das gleiche gilt für den Vortrag (vgl. Berufungsurteil S. 27), die Klägerin habe unverändert mangelhafte Steuerungen ausgeliefert, obwohl sie bereits vom zuständigen Prüfer des TÜV auf bestehende Mängel hingewiesen worden war und zugesichert habe, diese Mängel behoben zu haben. Danach nämlich hätte die Klägerin jedenfalls im maßgeblichen Zeit-

punkt der Ablieferung der Steuerungen (BGH NJW 1986, 316, 317 r.Sp.; BGH MDR 1955, 31, 32) gewußt, daß die für die Firma H. entwickelte Elektronik für den Betrieb in einer Geschirrspülmaschine möglicherweise ungeeignet war, und so in Kauf genommen, daß die Steuerungen für den von den Parteien vorausgesetzten Gebrauch nicht taugten. Damit aber läßt sich aufgrund der bislang getroffenen Feststellungen ein arglistiges Verhalten der Klägerin im Sinne der §§ 377 Abs. 5, 381 Abs. 2 HGB nicht verneinen. Arglist liegt nämlich bereits dann vor, wenn der Verkäufer oder, wenn es sich - wie vorliegend - um einen Werklieferungsvertrag gemäß §§ 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2, 381 Abs. 2 HGB handelt, der Unternehmer den Mangel zwar nicht kannte, aber doch mit ihm rechnete und sich bewußt war, daß dem Käufer oder Besteller der Mangel unbekannt sein könnte und er die angebotene Ware/das angebotene Werk bei Kenntnis der Sachlage nicht als Vertragserfüllung annehmen würde (BGH NJW 1986, 316, 317 r.Sp.).

Im Rahmen der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, seinen Standpunkt zum Vortrag der Beklagten, die Klägerin sei auch vom zuständigen Prüfer des TÜV auf mehrere Mängel hingewiesen worden, zu überprüfen.

III.

1. Die von der Beklagten unter Berufung darauf, daß die Urheberrechte an der Software für die gelieferten Steuerungen ausschließlich bei der Firma H. lägen, ferner erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrags erachtet das Berufungsgericht für nicht begründet, weil die Beklagte nicht sub-

stantiiert dargelegt habe, daß das betreffende Datenverarbeitungsprogramm ein Werk im Sinne des § 2 UrhG dargestellt habe. Soweit die Klägerin eingeräumt habe, der Firma H. stehe ein "gewisser urheberrechtlicher Schutz" zu, sei darin ein Geständnis nicht zu erblicken. Denn es sei eine Rechtsfrage, ob dieser Firma Rechte nur im Verhältnis zur Klägerin oder, wie im Falle des Urheberrechts, gegenüber Dritten zustünden. Dementsprechend schieden auch Schadensersatzansprüche der Beklagten gemäß §§ 434, 440 Abs. 1, 325, 326 BGB aus.

2. Das Berufungsgericht hat damit wesentlichen Tatsachenstoff außer Betracht gelassen und so das Gebot verletzt, den Vortrag der Parteien im Rechtsstreit umfassend zu würdigen (§ 286 ZPO).

a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß das Bestehen eines fremden Urheberrechts, welches dazu führt, daß der Käufer in der ungestörten Ausnutzung der ihm gebührenden Rechtsposition beeinträchtigt wird, einen Rechtsmangel im Sinne des § 434 BGB darstellt (vgl. MünchKomm/H. P. Westermann, 2. Aufl. § 434 Rdn. 3 sowie Staudinger/Köhler, BGB 12. Aufl. § 434 Rdn. 7 a.E.). Die genannte Vorschrift gilt auch für Werklieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen (§ 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB; Palandt/Thomas § 651 Rdn. 5).

b) Das Berufungsgericht hat jedoch die Anforderungen an die Substantiierung des Klagevortrags hinsichtlich der Urheberrechtsfähigkeit der in Rede stehenden Steuerung überspannt. Ein Sachvortrag zur Begründung eines Klageanspruchs oder auch - wie vorliegend - einer Einrede ist bereits dann

schlüssig und damit erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht oder Gegenrecht als entstanden erscheinen zu lassen. Zergliederungen der Sachdarstellung in Einzelheiten sind nur dann erforderlich, wenn der Gegenvortrag dazu Anlaß bietet, d.h. wenn der Vortrag infolge der Einlassung des Gegners unklar wird und nicht mehr den Schluß auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts oder Gegenrechts zuläßt (BGH MDR 1985, 315). Dementsprechend hätte das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, die Firma H. habe das ihr zustehende Urheberrecht an den von der Klägerin gelieferten Steuerungen gegenüber der Beklagten geltend gemacht, als infolge Nichtbestreitens zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO) anzusehen und insoweit allein die im Berufungsurteil offengelassene Frage zu klären gehabt, ob die an die Beklagte gelieferten Steuerungen mit denen übereinstimmten, die die Klägerin an die Firma H. geliefert hatte.

IV.

1. Die Ablehnung des von der Beklagten geltend gemachten Gewährleistungsanspruchs begründet das Berufungsgericht ferner damit, daß die Beklagte eine Fristsetzung für die Beseitigung der Mängel nicht dargetan habe.

2. Die Rüge der Revision, eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung sei entbehrlich, wenn der Unternehmer wie im Streitfall das Vorhandensein von Mängeln in Abrede stelle, geht insoweit ins Leere, als sie sich auf die Ausführungen

bezieht, mit denen das Berufungsgericht den von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB abgelehnt hat. Insoweit nämlich hat das Berufungsgericht es ausdrücklich dahinstehen lassen, ob es angesichts des Bestreitens der Mangelhaftigkeit durch die Klägerin einer Fristsetzung bedurft hätte.

Demgegenüber hat das Berufungsgericht hinsichtlich des in Rede stehenden Rechtsmangels festgestellt, daß die gemäß §§ 326 Abs. 1, 440 Abs. 1 BGB erforderliche Fristsetzung zur Mängelbeseitigung nicht dargetan sei. Jedoch läßt sich auch mit dieser Begründung die Ablehnung von Gewährleistungsansprüchen der Beklagten wegen Rechtsmängeln nicht rechtfertigen.

a) Eine Fristsetzung im Sinne des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB ist wegen offensichtlicher Zwecklosigkeit entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung bestimmt, ernstlich und endgültig verweigert. Insoweit weist die Klägerin im Ansatz zutreffend darauf hin, die Beklagte habe selbst nicht ausdrücklich vorgetragen, daß die Klägerin die Beseitigung eines etwaigen Rechtsmangels endgültig verweigert hat.

b) Nicht gefolgt werden kann der Klägerin indes insoweit, als sie geltend macht, sie habe den vermeintlichen Rechtsmangel, da die Beklagte diesen erst während des Rechtsstreits gerügt und hieraus sogleich Schadensersatzansprüche abgeleitet habe, zur Vermeidung sonst gemäß § 138 Abs. 3 ZPO eintretender prozessualer Nachteile bestreiten müssen; darin könne aber keine endgültige Ablehnung eines

Nachbesserungsverlangens gesehen werden. Grundsätzlich steht nichts entgegen, gegebenenfalls auch in Prozeßhandlungen wie etwa der Stellung eines Klageabweisungsantrags eine endgültige Erfüllungsverweigerung zu erblicken (BGH NJW 1984, 1460, 1461). Im Einzelfall mögen die Umstände wie insbesondere der zeitliche Druck, unter dem eine Prozeßhandlung vorgenommen wurde, dagegen sprechen, daß die in dieser enthaltene Leistungsverweigerung bereits das letzte Wort darstellte. Das trifft jedoch auf den Streitfall nicht zu. Denn die Klägerin hatte das Vorliegen eines Rechtsmangels bereits in dem in der ersten Instanz eingereichten Schriftsatz vom 6. März 1989 ausdrücklich in Abrede gestellt und war von diesem Vortrag auch nachfolgend in keiner Weise abgerückt.

V.

Im Rahmen der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls folgende rechtliche Gesichtspunkte zu beachten haben:

1. Auf die Frage, ob die Erklärung des Klägervertreters vom 22. Februar 1989, der Firma H. stehe an der von der Klägerin gelieferten Spülmaschinensteuerung ein "gewisser urheberrechtlicher Schutz" zu, als Geständnis zu werten ist, wird es im Hinblick auf die Ausführungen zu vorstehend III. 2. b) nur dann ankommen, wenn die Klägerin im weiteren erstmals die Urheberrechtsfähigkeit der Steuerungen in Abrede stellen sollte. Insoweit ist zu berücksichtigen, daß der Begriff des Werkes im Sinne des § 2 UrhG ein unbestimmter Rechtsbegriff ist (Nordemann/Vinck, Urheberrecht 7. Aufl.

§ 2 Rdn. 2 m.N.). Dementsprechend ist die Frage, ob ein Computerprogramm Urheberrechtsschutzfähigkeit besitzt, als Rechtsfrage einem Geständnis grundsätzlich nicht zugänglich (Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. § 288 Rdn. 7). Allenfalls wäre zu erwägen, daß die in Rede stehende Erklärung des Klägervertreters ein zusammenfassendes Geständnis hinsichtlich der zugrundeliegenden Tatsachen beinhaltet (Stein/Jonas/Leipold, aaO Rdn. 6 u. § 284 Rdn. 13 u. 14). Im Hinblick auf die weitreichende Rechtsfolge des § 290 ZPO erfordert ein Geständnis im Sinne der §§ 288 ff. ZPO jedoch eine unzweideutige Erklärung, wie sie in der Äußerung, der Firma H. stehe ein "gewisser urheberrechtlicher Schutz" zu, wohl nicht erblickt werden kann.

2. Nicht zutreffend ist die Auffassung der Revision, die Rechtsberührung der Firma H. begründe unabhängig davon, ob sie berechtigt sei, jedenfalls einen Sachmangel im Sinne des § 633 BGB. Ein Mangel ist entweder Rechtsmangel oder Sachmangel. Wenn sich die Firma H. gegenüber der Beklagten zu Recht eines Urheberrechts berühmte, läge, wie vorstehend zu III. 2. a) dargetan, ein Rechtsmangel vor; ein Sachmangel wäre also nicht gegeben. Begründet aber ein tatsächlich gegebener Rechtsmangel keinen Sachmangel, so kann für einen nur behaupteten, tatsächlich nicht gegebenen Rechtsmangel erst recht nichts anderes gelten. Im übrigen können, wie der eindeutige Wortlaut der Vorschrift ergibt, allein tatsächlich bestehende, nicht dagegen nur behauptete, angebliche Rechte Dritter einen Rechtsmangel im Sinne des § 434 BGB begründen.

3. Die kurze Verjährung des hier über § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB anwendbaren § 638 BGB für eventuelle Gewährleistungsansprüche der Beklagten wegen Sachmängeln käme, abgesehen davon, daß sie für sogenannte entferntere Mangelfolgeschäden nicht gilt, dann nicht zum Tragen, wenn sich aufgrund der neuen Verhandlung ergäbe, daß der Klägerin arglistiges Verhalten zur Last fällt.

Rogge

Broß

Maltzahn

Melullis

Jestaedt