
Datum: 11.06.1999
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 7/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1999:0611.19U7.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 85 O 103/98
Normen: BGB §§ 326, 635;
Leitsätze:

Zahlung des Werklohns alleine kein sicheres Indiz für
stillschweigende Abnahme der Individualsoftware.

BGB §§ 326, 635 Von einer stillschweigenden Abnahme eines
Softwareprogramms, gestützt auf erfolgte Bezahlung, kann nicht
ausgegangen werden, wenn zwischen Installation und Erstellung
der letzten Teilrechnung ein Jahr liegt, der Auftragnehmer selbst
nach Bezahlung dieser Rechnungen darauf verwiesen hat, die
zugesicherten Termine zur Abnahme und Produktionsübergabe
hätten noch nicht stattgefunden und sich aus dem vorgelegten
Schriftwechsel zudem ergibt, dass der Auftraggeber fortlaufend
wesentliche Funktionsmängel gerügt hat. Der Auftraggeber ist bei
fehlender Abnahme berechtigt, Ansprüche gem. § 326 BGB
geltend machen, die von der werkvertraglichen
Verjährungsregelung des 638 Abs. 1 BGB nicht erfaßt werden.

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 5. Kammer für
Handelssachen des Landgerichts Köln vom 6.10.1998 - 85 O
103/98 - aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten des
Berufungsverfahrens, an das Landgericht - 5. Kammer für
Handelssachen - zurückverwiesen.

Tatbestand

1

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von 134.412,07 DM wegen Nichterfüllung eines im Februar 1995 geschlossenen Vertrages, der die Erstellung eines Ersatzteillager-Verwaltungsprogrammes durch die Beklagte zum Gegenstand hatte, sowie weiterer Zusatzaufträge. Der Preis für den ursprünglichen Auftrag sollte brutto 84.042,-- DM betragen. Nach Ziffer 10 des Vertrages war das Programm vollständig in das bei der Klägerin bestehende Programm zu integrieren; auf die Daten dieses Systems sollte über eingebundene Tabellen in Access direkt zugegriffen werden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Angebot der Beklagten vom 4.2.1995 verwiesen (Anlage K1). Die Installation des neuen Programmes erfolgte in der Zeit von März bis Juni 1995. Vor Erteilung dieses Auftrages hatte die Beklagte die bestehende Datenbank der Klägerin gegen Entgelt getestet und überarbeitet.

2

Die Klägerin hat folgende Beträge an die Beklagte gezahlt:

3

Rechnungsnr. Rechnungsdatum Rechnungsbetrag bezahlt am

4

1. 15.03.1995 DM 28.014,00 12.04.1995
2. 16.05.1995 DM 28.014,00 24.07.1995
3. 04.06.1996 DM 28.014,00 20.09.1996
4. 02.08.1996 DM 13.800,00 22.01.1997
5. 05.11.1996 DM 3.450,00 22.01.1997
6. 04.12.1996 DM 431,25 14.02.1997
7. 28.05.1997 DM 2.371,88 01.08.1998
8. 04.06.1997 DM 1.581,25 25.08.1997
9. 03.07.1997 DM 4.707,81 25.08.1997

5

Summe: DM 110.384,19

6

Die Klägerin hat unter Beweisantritt (Zeugen u. Sachverständiger) behauptet, die Software habe zu keinem Zeitpunkt die gestellten Anforderungen erfüllt. In den ersten Monaten sei das Programm überhaupt nicht funktionsfähig gewesen, was auch eine Überprüfung einzelner Funktionen unmöglich gemacht habe. Deshalb sei das Programm auch nicht abgenommen worden, es sei auch nicht abnahmefähig. Etwa seit März 1996 habe die Beklagte das Programm partiell zum Laufen gebracht, jedoch seien immer wieder in kurzen Abständen erhebliche Fehler aufgetreten, die über größere Zeiträume eine Anwendung desselben unmöglich gemacht hätten und machten. Die Beklagte sei deshalb mehrfach telefonisch und schriftlich aufgefordert worden, die beanstandeten Fehler zu beheben. Bei diesen Fehlern habe es sich u.a. um die in den Schreiben der Klägerin vom 24.10. und 12.12.1997 (Anlage K 3) aufgeführten Fehlfunktionen gehandelt. Sämtliche Versuche der Beklagten, die Fehlfunktionen zu beheben, seien vergeblich gewesen. Letztmalig mit Schreiben vom 12.12.1997 sei die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 10.1.1998 mit Ablehnungsandrohung und unter detaillierter Auflistung der Mängel aufgefordert worden, die Fehler zu beheben. Sämtliche Fehler seien so erheblich, dass ein ordnungsgemäßes Arbeiten mit dem Programm unmöglich sei. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 23.12.1997 (Anlage K 4) zu den Fehlern Stellung genommen und versucht habe, die Verantwortung hierfür der Klägerin zuzuschieben, sei sie mit Schreiben vom 21.1.1998 nochmals umfassend informiert worden; ihr sei eine weitere Frist bis zum 10.2.1998, wiederum mit Ablehnungsandrohung, zur Fehlerbehebung gesetzt worden. Zusätzlich sei sie auf weitere erhebliche

7

Programmfehler aufmerksam gemacht worden. Mit anwaltlichem Schreiben vom 11.2.1998 habe die Beklagte mitgeteilt, an einer außergerichtlichen Lösung interessiert zu sein, sie habe um Verlängerung der Frist gebeten. Zwischenzeitlich habe die Klägerin weitere, in der Klageschrift erläuterte, zu Systemabstürzen führende Fehler festgestellt. Hierauf habe sie die Beklagte mit Schreiben vom 2.3.1998 hingewiesen und eine erneute Frist zur Behebung bis zum 20.3.1998 gesetzt, die fruchtlos verstrichen sei.

Die Klägerin hat weiter behauptet, sie habe über die bezahlten Rechnungen hinaus Aufwendungen in Form von Arbeitsstunden ihrer Mitarbeiter erbracht, um das System in einen funktionsfähigen Zustand zu versetzen. Insgesamt seien von Juli 1996 bis Oktober 1997 748 Arbeitsstunden durch den Zeugen D. erbracht worden; seine Arbeitsstunde koste 34,19 DM, so dass sich ein Schaden von 25.574,12 DM ergebe. Hinzu kämen Kosten für den Zeugen M. von 3.453,76 DM. 8

Die Klägerin hat beantragt, 9

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 139.412,07 DM nebst 11,5 % Zinsen ab dem 21. Juli 1998 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückgabe der im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils unter Ziffer 1a) und b) aufgeführten Gegenstände sowie Mitwirkung und Unterlassung ; 10

festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Rücknahme der in Ziffer 1) aufgeführten Waren in Annahmeverzug befindet. 11

Die Beklagte hat beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Die Beklagte hat bestritten, dass das Programm fehlerhaft gewesen sei; die Klägerin habe das Programm vollständig bezahlt und im Mai 1996 ein weiteres Programm "Retouren" für netto 12.000,-- DM bestellt (Bl. 28 d.A.); auch habe sie im Juli 1996 Änderungen und Erweiterungen am Programm "Ersatzteillagerverwaltung" durchführen lassen (Bl. 29 d.A.). Auch diese Leistungen seien ordnungsgemäß erbracht und vorbehaltlos bezahlt worden. Die in der Zahlungsaufstellung der Klägerin aufgeführten zusätzlichen Zahlungen beträfen weitere Änderungs- und Ergänzungswünsche, auch 1997 seien Zusatzaufträge erteilt worden. Die Klägerin habe das Programm konkludent abgenommen, evtl. Gewährleistungsansprüche seien verjährt. 14

Die Klägerin hat weiter bestritten, das Programm produktiv einsetzen zu können; eine Abnahme sei nicht erfolgt. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 16

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, die Klägerin habe das Werk der Beklagten abgenommen, da sie alle Rechnungen bezahlt und das Programm auch offensichtlich produktiv genutzt habe; der Mängelrüge der Klägerin fehle die nötige Substanz. Gewährleistungsansprüche seien nach § 638 BGB verjährt. Wegen der weiteren Begründung wird auch insoweit auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung verwiesen. 17

Mit der form- und fristgerecht eingelegten und auch rechtzeitig begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Klageantrag weiter und rügt, das Landgericht habe nur deshalb eine stillschweigende Abnahme unterstellen können, weil es den unter Beweis 18

gestellten Vortrag der Klägerin zu den Fehlern des Programms nicht berücksichtigt habe. Das Programm habe zu keiner Zeit vertragskonform funktioniert, der Klägerin sei auch nie eine ordnungsgemäße Dokumentation zur Verfügung gestellt worden; das sei u.a. auch im Schreiben vom 21.1.1998 (Anlage K 5) bemängelt worden. Der Ausgleich der Rechnungen sei erfolgt, um Unstimmigkeiten über die Bezahlung, die einer Fehlerbehebung im Wege gestanden hätten, vorzubeugen und schnellstmöglich eine akzeptable Lösung herbeizuführen; das sei der wirtschaftlich sinnvollste Weg gewesen. Hintergrund der Änderungs- und Ergänzungsbestellungen, auf die das Landgericht auch als Indiz abgestellt habe, sei das Versprechen der Beklagten gewesen, die Klägerin könne dann die ursprüngliche Software tatsächlich nutzen. Tatsächlich habe die Beklagte den elementaren Punkt, wonach die neue Software die vorhandenen Datenbanken habe nutzen sollen, nie zu realisieren vermocht; weder die Einbindung der vorhandenen Kundendatenbanken noch der Datenbanken für die Faktoring sei seitens der Beklagten berücksichtigt worden. Dies ergebe sich u.a. auch aus dem Schreiben der Beklagten vom 26.2.1997 (Bl. 106 - 114 d.A.). Die Klägerin habe Mängel immer unverzüglich gerügt und sei immer wieder getröstet worden. Im Sommer 1997 habe die Beklagte ihr offenbart, die Einbindung der vorhandenen Datenbank scheitere an dem Programm "Access" in der alten Version, es müsse auf die neuere Version gewechselt werden, die Mehrkosten habe die Klägerin zu tragen. Das Schreiben der Beklagten vom 4.11.1997 (Bl. 115 d.A.) verdeutliche dies. Die Beklagte sei aber, wie das Schreiben zeige, selbst nicht von einer Abnahme ausgegangen, obwohl die Rechnungen zu diesem Zeitpunkt mit Ausnahme eines Teilbetrages von 2.371,88 DM bereits beglichen gewesen seien. So heiße es dort:

"Weder gibt es bis heute die zugesicherten Termine zur Abnahme und Produktionsübergabe, noch gibt es ein koordiniertes Vorgehen im Bereich Test und Qualitätssicherung. Hierauf haben wir vor Ort wiederholt hingewiesen. Die von Ihnen dargestellten grundlegenden Fehler (Ihre Liste, datierend vom 20. Oktober 1997) sind zum größten Teil behoben, von den Entwicklern ihres Hauses aber noch nicht getestet, daher auch nicht abgenommen." 19

Die Klägerin behauptet nach wie vor, dass eine Nutzung nicht möglich sei. Die von der Beklagten angeführten Lieferscheine beträfen nur einen kleinen Teil des Softwareprogrammes, wie das Angebot zeige. Auch dieser Ausdruck sei nicht fehlerfrei erfolgt, was im Schreiben vom 21.1.1998 (Anlage K 5) unter Ziff. I 2 d bemängelt worden sei. Ein Benutzerhandbuch sei nicht übergeben worden. 20

Die Klägerin beantragt, 21

unter Abänderung des angefochtenen Urteils 22

1. die Beklagte unter Aufhebung des am 06.10.1998 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln - Az.: 85 O 103/98 - zu verurteilen, an die Klägerin DM 139.412,07 nebst 11,5 % Zinsen ab Rechtshängigkeit zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Rückholung, hilfsweise Rückgabe folgender von der Beklagten gelieferten Waren:a) - Software der PKR-GmbH mit der Bezeichnung Ersatzverwaltung (3 Disketten - entsprechend der Kopie als Anlage zur Klageschrift),- Software der PKR-GmbH mit der Bezeichnung Retourverwaltung (1 Diskette - entsprechend der Kopie als Anlage zur Klageschrift; 23

- übergebene Dokumentation in den beiden Ordner, deren Beschriftung als Kopie der Klageschrift anbei liegt, namentlich- Ausdruck der Quelltexte- Ausdruck der Datenbankstruktur b) ferner Zug um Zug gegen- Bereitstellung der oben bezeichneten Waren zur Abholung- Mitwirkung bei der Abholung- Löschung aller beim Kläger vorhandenen Softwarekopien einschließlich der Sicherungskopien- Abgabe einer Unterlassungserklärung 24

hinsichtlich der Nutzung von derBeklagten gelieferten Software2. Festzustellen, daß sich die Beklagte mit der Rücknahme der in Ziffer 1. aufgeführten Waren in Annahmeverzug befindet.	
Die Beklagte beantragt,	25
die gegnerische Berufung zurückzuweisen;	26
ihr zu gestatten, Sicherheiten auch durch Bürgschaften einer deutschen Großbank, einer Genossenschaftsbank oder einer öffentlichen Sparkasse erbringen zu können.	27
Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung. Sie ist der Ansicht, die Klägerin habe ihr Werk zumindest konkludent abgenommen. Sie habe die Rechnungen vorbehaltlos bezahlt und das Programm auch produktiv nutzen können, insbesondere zum laufenden Ausdruck von Liefer- und Bestellscheinen. Das Programm sei fehlerfrei, Gewährleistungsansprüche seien nach § 638 BGB verjährt.	28
Wegen der Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst den überreichten Unterlagen Bezug genommen.	29
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	30
Die zulässige Berufung der Klägerin führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung, weil das Urteil auf einem wesentlichen Verfahrensmangel beruht, § 539 ZPO. Denn das Landgericht hat entscheidungserhebliches Vorbringen der Klägerin übergangen und deshalb deren rechtliches Gehör verletzt.	31
Das Landgericht ist zu Unrecht von einer konkludenten Abnahme der Leistungen der Beklagten und einer Verjährung evtl. Schadensersatzansprüche ausgegangen. Diese Ansicht beruht auf einer unzureichenden Berücksichtigung des unter Beweis gestellten Vortrags der Klägerin, die Software habe zu keinem Zeitpunkt den vertraglichen Anforderungen genügt. Ist keine Abnahme erfolgt, ist nicht § 635 BGB Anspruchsgrundlage, der eine Abnahme voraussetzt, sondern § 326 Abs. 1 BGB (vgl. u.a. OLG Hamm, NJW-RR 1989, 601; BGH DRsp-ROM Nr. 1996/30487 = NJW 1997, 50), dessen Voraussetzungen die Klägerin schlüssig dargelegt hat. Ansprüche aus § 326 BGB werden von der werkvertraglichen Verjährungsregelung des § 638 Abs. 1 BGB nicht erfaßt (BGH a.a.O.), die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen trägt allerdings der Besteller (Senat, Urt. v. 1.6.1992 - 19 U 51/92 - CR 1992, 546; Palandt-Heinrichs, BGB, 58. Aufl., § 326 Rn 30).	32
Von einer stillschweigenden Abnahme kann nur ausgegangen werden, wenn das Werk vollendet ist, etwa noch ausstehende Leistungen müssen so unbedeutend sein, dass das Werk bei natürlicher Betrachtung als Erfüllung der vertraglichen Leistung angesehen werden kann. Die Anerkennung liegt dann in einem zur Kenntnis durch den Unternehmer geeigneten Verhalten des Bestellers, aus dem der Unternehmer nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte schließen darf, der Besteller billige die Leistung als im wesentlichen vertragsgemäß (vgl. BGH NJW 1993, 1063; Palandt-Sprau, BGB, 58. Aufl., § 640 Rn 3 m.w.N.). Einen derartigen Schluß hat die Beklagte nicht ziehen können und auch nicht gezogen, wie ihr bereits zitiertes Schreiben vom 4. November 1997 (Bl. 115 d.A.) belegt. Dieses Schreiben widerlegt auch die Ansicht des Landgerichts, die Bezahlung der Rechnungen und die Bestellung zusätzlicher Leistungen spreche für eine Abnahme. Denn bezahlt war die ursprünglich bestellte Software bereits am 22.9.1996, wie die eingangs aufgeführte Rechnungsübersicht zeigt; die Zusatzleistungen, insbesondere der von der Beklagten in Feld geführte Zusatzauftrag über 12.000,-- DM netto, waren es bis auf eine	33

kleinere Rechnung über 2.371,88 DM ebenfalls. Wenn die Beklagte dann in ihrem Schreiben vom 4.11.1997 darauf hinwies, dass die in einer Liste der Klägerin vom 20.10.1997 dargestellten grundlegenden Fehler zum größten Teil behoben seien, so zeigt dies deutlich, dass die Klägerin auch aus Sicht der Beklagten kein Verhalten an den Tag gelegt hatte, aus dem die Beklagte schließen konnte, die Klägerin billige ihre Leistungen; insbesondere die Bezahlung der Rechnungen wurde von der Beklagten nicht als Billigung angesehen.

Dem Landgericht war zwar das Schreiben vom 4.11.1997 nicht bekannt. Gleichwohl durfte es auch nach dem von ihm zu bewertenden Sachverhalt nicht von einer konkludenten Abnahme ausgehen, wie es denn auch offen gelassen hat, ab wann das Programm abgenommen worden sein soll. Schon ein Blick auf die Rechnungs- und Zahlungsdaten hätte dem Landgericht zeigen müssen, dass die Bezahlung der Rechnungen allein nur als ein schwaches Indiz für eine Abnahme anzusehen war. Denn obwohl die Installation des ursprünglichen Programms bereits März bis Juni 1995 erfolgte, datiert die letzte Teilrechnung hierfür auf den 4. Juni 1996; das Programm war also nach der Installation nicht fertig, die Beklagte hat danach offensichtlich noch ein Jahr gebraucht, um es in einen Zustand zu versetzen, der zumindest aus ihrer Sicht eine Rechnungstellung rechtfertigte. Vollends verbot sich die vom Landgericht vorgenommene Bewertung, wenn es den ihm mit der Klageschrift vorgelegten Schriftwechsel der Parteien, insbesondere das Schreiben der Klägerin vom 12.12.1997 und der Beklagten vom 23.12.1997 sowie das anwaltliche Schreiben der Klägerin vom 21.1.1998 (Anlagen K 3, 4 und 5) in Verbindung mit Angebot der Beklagten (Anlage K 1) berücksichtigt hätte, die die Klägerin zum Gegenstand ihres Sachvortrags gemacht hatte. Denn schon hieraus wurde deutlich, dass die Klägerin ihre alten (S+H) Datenbanken nicht wie gewünscht nutzen konnte, obwohl die Beklagte es ausdrücklich übernommen hatte, das bestehende System zu integrieren (Ziffer 10 des Angebots). Auch wenn die Beklagte die Verantwortung hierfür in ihrem Schreiben vom 23.12.1997 abgelehnt hat, so hat sie doch ihre Verantwortlichkeit für weitere Fehler im selben Schreiben unter Ziffer 3 und 4 eingeräumt; auch ergibt sich aus diesem Schreiben, dass die Parteien zu diesem Zeitpunkt, in dem bereits nahezu sämtliche Rechnungen bezahlt waren, über weitere Fehler des Programms und die Verantwortlichkeit hierfür gestritten haben. Das Landgericht konnte deshalb nicht von einer stillschweigenden Abnahme ausgehen, wie es auch völlig unbelegt gelassen hat, aufgrund welcher Tatsachen es zu dem Schluß gelangen konnte, die Klägerin habe das Programm produktiv genutzt. Die Beklagte hatte hierfür nichts vorgetragen, die Klägerin dagegen unter Beweisantritt, dass das Programm zu keinem Zeitpunkt die gestellten Anforderungen erfüllt habe. Soweit das Landgericht abschließend gemeint hat, die Ausführungen der Klägerin zu den angeblichen Mängeln entzögen sich näherer Prüfung, so belegt dies einmal mehr, dass es sich mit den Anlagen zur Klageschrift, insbesondere auch dem Schreiben vom 21.1.1998, überhaupt nicht auseinandergesetzt hat; allein dieses Schreiben weist auf über sieben Seiten detaillierte Fehlerbeschreibungen und Beanstandungen auf, die dokumentieren, dass das Programm aus Sicht der Klägerin noch immer nicht vertragsgemäß lief.

Es bedarf daher der Beweiserhebung darüber, ob das von der Beklagten gelieferte Programm den vereinbarten Anforderungen entsprach. Dabei erscheint es schon wegen des Umfangs der noch zu erhebenden Beweise sachdienlich, diese Beweiserhebung wie auch, falls sich der Vortrag der Klägerin als gerechtfertigt erweist, die zur Höhe der geltend gemachten nutzlosen Aufwendungen gem. §§ 539, 540 ZPO dem Landgericht zu übertragen, das auch über die Kosten dieses Berufungsverfahrens zu entscheiden hat.

Beschwer für beide Parteien und Berufungsstreitwert: 139.412,07 DM

36

