

# Vertrauensverlust bei EDV-Projekt als Kündigungsgrund – 'Bauherrenmodell-Software'

BGH, Urteil vom 25. März 1993 (X ZR 17/92)

## Leitsätze

1. Eine außerordentliche Kündigung eines Werkvertrages durch den Besteller berührt den Werklohnanspruch des Unternehmers für den bis zur Kündigung erbrachten Teil der Werkleistung grundsätzlich nicht.
2. Den Unternehmer trifft in einem solchen Fall die Beweislast dafür, daß das Teilwerk als solches frei von Mängeln ist. Daß es für den Besteller von Wert ist, muß er nicht beweisen.

## Leitsatz der Redaktion

Eine Vereinbarung über die Erstellung von Individualsoftware stellt auch dann einen Werkvertrag dar, wenn eine Abrechnung nach Stundenaufwand vereinbart wird.

## Tatbestand

Bis zur Einleitung der Liquidation befaßte sich die Beklagte mit dem An- und Verkauf von Objekten im Rahmen des sogenannten Bauherrenmodells. Dabei arbeitete sie mit ihrer Schwesterfirma, der S., zusammen, die in erster Linie mit dem Vertrieb dieser Objekte be-  
traut war.

### *Auftragserteilung*

Im April 1982 beauftragten beide Firmen die Klägerin mit der Erstellung von Programmen, die ihre Geschäftsvorgänge datenmäßig erfassen sollten. Zu diesem Zweck sollte ein bereits vorhandenes Programm der Firma S. angepaßt werden. Ihre Vergütung sollte die Klägerin auf der Grundlage von Stundensätzen erhalten. Dabei war der Beklagten nach ihrer Darstellung im Rahmen der Vorgespräche von dem Geschäftsführer der Klägerin ein Kostenaufwand in der Größenordnung von 100.000,- DM bis 120.000,- DM angegeben worden. Dieser Betrag wurde in der schriftlichen Auftragsbestätigung durch die Klägerin deutlich unterschritten. Für ihre in der Folge erbrachten Arbeiten berechnete die Klägerin beiden Firmen 480.000,- DM. Mit Schreiben vom 3. August 1982 drohte ihr die Beklagte die Beendigung der Zusammenarbeit an, weil die Rechnungen nicht nachprüfbar, die Aufgabenbereiche der Auftraggeber nicht klar abgegrenzt und die Fertigstellungstermine, nach denen die Programme bis Mitte Juli 1982 arbeitsfähig und nach einer Einarbeitungsphase im August 1982 zur Verfügung hatten stehen sollen, nicht eingehalten worden seien. Mit Fernschreiben vom 19. August 1982 wiederholte sie ihre Forderung, Kosten und Zeiten für die einzelnen Programmpunkte detailliert aufzuführen. In ihrer Antwort vom 23. August 1982 legte die Klägerin anhand eines genauen Einsatzplans ihrer Mitarbeiter dar, daß diese an dem Gesamtprojekt noch bis zum 30. Oktober 1982 tätig sein würden.

### *Kündigung*

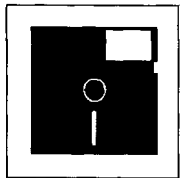
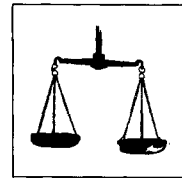
Nachdem die Arbeiten Anfang Dezember 1982 nicht abgeschlossen waren, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 5. Dezember 1982 die Geschäftsbeziehung zur Klägerin mit der Begründung fristlos, daß die Beratungsleistungen mangelhaft gewesen, die Kosten im Softwarebereich weit überschritten und die verbindlichen Endtermine weit überzogen worden seien.

### *Einstellung der Arbeiten*

Die Klägerin setzte ihre Arbeiten bis in den Januar 1983 hinein fort. Dann stellte sie sie deshalb ein, weil die Beklagte – und die Firma S. – die Datenverbindungen zu ihr unterbrachen. Nachdem die Beklagte weitere Zahlungen abgelehnt hatte, hat die Klägerin sie wegen der noch nicht vergüteten Arbeiten auf insgesamt 116.441,40 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen.

### *Prozeßgeschichte*

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt; auf deren Rechtsmittel hat das Berufungsgericht diese Entscheidung aufgehoben und die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihr bisheriges Begehren weiterverfolgt. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.



## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht sieht in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag – trotz der besonderen Form der Abrechnung nach Aufwand – einen Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB; Das entspricht der Rechtsprechung des Senats, nach der die Erstellung von Individualsoftware diesen Vorschriften unterliegt. Die gewählte Form der Abrechnung mag für einen Werkvertrag untypisch sein. Seine Annahme schließt sie nicht aus.

II.

1. Einen Vergütungsanspruch der Klägerin verneint das Berufungsgericht mit der Begründung, dieser sei infolge der erklärten außerordentlichen Kündigung des Vertrages erloschen. Zu dieser sei die Beklagte berechtigt gewesen, weil die Klägerin die von ihr selbst genannten Fristen überschritten habe und dem berechtigten Verlangen der Beklagten nach näherer Eingrenzung und Präzisierung nicht nachgekommen sei. Damit habe sie aus der Sicht der Beklagten ihre vermeintliche Rechtsstellung ausnutzen wollen, um dieser unkontrolliert und unbegrenzt Arbeitsstunden in Rechnung stellen zu können, und so in zurechenbarer Weise einen die Kündigung rechtfertigenden Vertrauensverlust bewirkt.

Nach dieser Kündigung komme allenfalls ein Vergütungsanspruch der Klägerin aus § 242 BGB dann in Betracht, wenn deren Leistung für die Beklagte noch von Wert gewesen sei. Den dafür erforderlichen Nachweis habe die Klägerin nicht geführt. Hierzu hätte es des angeordneten Sachverständigenbeweises bedurft, dessen Einholung daran gescheitert sei, daß die Klägerin ihren Vorschuß nicht gezahlt habe.

2. Diese Beurteilung hält den Rügen der Revision nicht vollen Umfang stand.

a) Im Ergebnis unbegründet sind allerdings die gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den Werkvertrag aus wichtigem Grund fristlos kündigen können, gerichteten Angriffe. Ob ein zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund vorliegt, ist – wie auch die Revision nicht verkennt – eine Frage tatrichterlicher Würdigung, die in der Revisionsinstanz nur beschränkt darauf überprüft werden kann, ob der Tatrichter das ihm eingeräumte Ermessen überschritten, insbesondere wesentliche Tatsachen außer acht gelassen oder nicht vollständig gewürdigt hat (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 21.4.1975 – II ZR 2/73, WM 1975, 761; Urt. v. 14.12.1989 – I ZR 56/88, NJW 1990, 1989 – Musikverleger IV; Urt. v. 25.2.1991 – II ZR 76/90, WM 1991, 635 = ZIP 1991, 509; Urt. v. 2.5.1991 – I ZR 184/89, GRUR 1992, 112, 114 – Pulpwash). Einen derartigen Fehler zeigt die Revision indessen nicht auf.

Soweit das Berufungsgericht einen wichtigen Grund in einem durch die Klägerin zu vertretenden Vertrauensverlust gesehen hat, läßt das einen Rechtsfehler nicht erkennen. Entgegen der Darstellung der Revision findet diese Auffassung ihre Grundlage nicht in dem bestrittenen Sachvortrag der Beklagten. Das Berufungsgericht hat seine Auffassung vielmehr daraus abgeleitet, daß die Klägerin, nachdem sie die von ihr selbst genannten Termine und Kosten beträchtlich überschritten habe, den Wunsch der Beklagten nach weiterer verbindlicher Präzisierung nicht erfüllt hat. Dieses Verständnis ist vertretbar und muß daher im Revisionsverfahren hingenommen werden. Ihm steht entgegen der Auffassung der Revision nicht entgegen, daß die Klägerin die von ihr genannten Termine als unverbindlich verstanden wissen wollte. Hiervon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Das Kündigungsrecht der Beklagten hat es demgemäß auch nicht aus einem Verzug der Klägerin abgeleitet, sondern daraus, daß diese auf ein mit Rücksicht auf ihr bisheriges Verhalten berechtigtes Verlangen der Beklagten nach konkreteren Absprachen nicht eingegangen ist und deshalb der Eindruck habe entstehen können, sie wolle ihre Position zum Nachteil der Beklagten ausnutzen. Bei diesen Ausführungen hat sich das Berufungsgericht auf den zwischen den Parteien unstreitigen Schriftwechsel gestützt.

Dieser Vertrauensverlust stellt einen wichtigen Grund zur Kündigung dar. Dieser liegt vor, wenn dem Vertragspartner bei Abwägung aller Umstände die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zu dem Empfänger der Kündigung auch bis zum Ablauf einer ordentlichen Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 3.12.1973 – II ZR 85/70, WM 1974, 131, 133; Urt. v. 19.10.1987 – II ZR 97/87, ZIP 1988, 47, 48). Das Berufungsgericht konnte daher ohne Rechtsverstoß annehmen, durch diesen Vertrauensverlust sei die Vertragsgrundlage zwischen den Parteien so schwer erschüttert, daß von der Beklagten ein Festhalten an dem Vertrag nicht zu verlangen war.

Der Wirksamkeit der von der Beklagten erklärten Kündigung steht schließlich nicht entgegen, daß diese den Vertrauensverlust in ihrem Kündigungsschreiben nicht ausdrücklich angeführt hat. Hierauf hat sie sich jedenfalls im Verlaufe des Rechtsstreits berufen und ihn als

*Erstellung von Individualsoftware: Werkvertrag (trotz Abrechnung nach Stundensätzen)*

*Verneinung des Vergütungsanspruchs durch das Berufungsgericht*

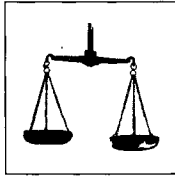
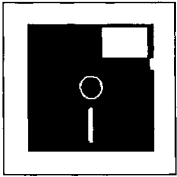
*Berufungsgericht: Vergütungsanspruch allenfalls aus § 242 BGB*

*Ausführungen des Berufungsgerichts zur Berechtigung der Kündigung halten stand.*

*Vertrauensverlust als wichtiger (Kündigungs-)Grund*

*Definition 'wichtiger Grund'*

*Nachschieben des Kündigungsgrundes im Prozeß ausreichend*



*Allein durch die Kündigung entfällt der Vergütungsanspruch nicht.*

*Regeln für den Anspruch auf Bezahlung des Teilwerkes*

*Vereinbart:  
Abrechnung nach Zeitaufwand*

*Zahlungsanspruch ist fällig.*

*Mangelhaftigkeit (bisher) nicht festgestellt.*

*Vergütungsanspruch nur für 'mangelfreie, dem reduzierten Werkvertrag entsprechende Leistung'*

Grund für ihren Entschluß angegeben, die Geschäftsbeziehung zu beenden. Das darin liegende Nachschieben der Gründe für die fristlose Kündigung genügt (vgl. BGHZ 65, 391, 393) und hat zur Folge, daß diese auf den Zeitpunkt zurückwirkt, zu dem der Vertrag hätte gekündigt werden können.

b) Nicht frei von Rechtsfehlern ist jedoch die daran anschließende Annahme des Berufungsgerichts, allein durch diese Kündigung sei der Vergütungsanspruch der Klägerin vollen Umfangs entfallen. Zwar gilt für die Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund § 649 Satz 2 BGB nach ständiger Rechtsprechung nicht, so daß in einem solchen Fall der Unternehmer eine Vergütung für noch nicht erbrachte Leistungen nicht verlangen kann (BGHZ 31, 224, 229; 45, 372, 375; Palandt/Thomas, BGB, 52. Aufl., § 649 BGB Rdn. 4; Staudinger/Peters, BGB, 12. Aufl., § 649 BGB Rdn. 35). Wie allgemein beschränkt sich die Wirkung einer solchen Kündigung jedoch auch hier auf die Zukunft. Dem Unternehmer bleibt daher grundsätzlich der Anspruch auf Vergütung für die bisher erbrachten Leistungen erhalten (BGH, Urt. v. 10.5.1990 – VII ZR 45/89, NJW-RR 1990, 1109 = BGHR § 649 – Beweislast 1; OLG Düsseldorf, BauR 1988, 237; OLG Hamm, NJW-RR 1986, 764; NJW-RR 1986, 1150; Palandt/Thomas a.a.O. Rdn. 6). Die Berechnung der Vergütung im vorliegenden Fall hat gemäß dem im angefochtenen Urteil referierten Sachverhalt nach der Zahl der geleisteten Arbeitsstunden zu dem vereinbarten Stundensatz zu erfolgen.

Ein solcher Anspruch scheidet hier auch nicht deshalb aus, weil die Klägerin nicht nachgewiesen hat, daß ihre Leistung für die Beklagte von Wert ist. Diesen Nachweis zu führen, oblag nicht der Klägerin. Soweit die Rechtsprechung für den Anspruch auf Bezahlung des Teilwerkes darauf abgehoben hat, ob es brauchbar sei (vgl. etwa BGH, Urt. v. 6.2.1975 – VII ZR 244/73, NJW 1975, 825, 826), stellt sie nicht auf diesen Wert ab, sondern – wie insbesondere auch die dort in Bezug genommenen Entscheidungen erkennen lassen – darauf, ob das Teilwerk Mängel aufweist oder nicht, wobei als Mangel in diesem Sinne nicht etwa die durch die Kündigung veranlaßte Unvollständigkeit des Werkes, sondern nur den Teilleistungen selbst anhaftende Fehler in Betracht kommen, wie auch dadurch bestätigt wird, daß im gleichen Zusammenhang davon gesprochen wird, daß sich die Leistungspflicht des Unternehmers infolge der Kündigung auf das bis zu deren Wirksamwerden erstellte Teilwerk beschränke (vgl. Urt. v. 6.2.1975 a.a.O.). Wie auch sonst beschränkt sich die Beweislast des Unternehmers daher grundsätzlich auf die Mangelfreiheit des von ihm – noch – geschuldeten Werkes. Soweit sein dann bestehender Vergütungsanspruch überhaupt dadurch berührt werden kann, daß die Teilleistung aus der Sicht des Bestellers ohne jeden Wert ist, stellt das eine Einschränkung der regelmäßigen Vergütungspflicht dar, für die nach allgemeinen Grundsätzen der Besteller die Beweislast trägt. Daß die Klägerin durch ihr Verhalten den Grund für die außerordentliche Kündigung gesetzt hat, ändert an dieser Beweislastverteilung nichts. Eine schuldhaft, eine Verpflichtung zum Schadenersatz gegenüber der Beklagten begründende Pflichtverletzung der Klägerin hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Zudem träge die Beweislast für den Eintritt eines durch eine solche Pflichtverletzung verursachten Schadens ebenfalls die Beklagte.

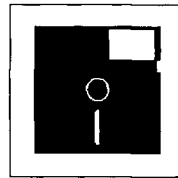
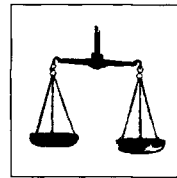
3. Die klagabweisende Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

a) Nach den Absprachen der Parteien sollte dieser Werklohn auf der Grundlage des Zeitaufwandes der Klägerin berechnet werden. Der auf dieser Grundlage ermittelte Betrag ist Gegenstand der von der Klägerin geltend gemachten Forderung, die den ihren bisherigen Leistungen entsprechenden Teil dieser Vergütung verlangt.

b) Dieser Anspruch ist fällig. Nachdem sich der Gegenstand des Werkvertrages infolge der Kündigung auf das bis dahin erbrachte Teilwerk beschränkte und damit die weitere Ausführung der Arbeiten unmöglich wurde, ist der Beklagten die Berufung auf die fehlende Abnahme versagt (vgl. Staudinger/Peters, § 649 BGB Rdn. 12 m.w.N.).

c) Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts läßt sich die Klageabweisung auch nicht auf eine Mangelhaftigkeit der bisherigen Werkleistungen der Klägerin stützen.

aa) Allerdings scheidet ein Vergütungsanspruch aus, solange die Leistungen der Klägerin mangelhaft und infolgedessen für die Beklagte nicht brauchbar sind. Das folgt schon aus der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers, die durch die Kündigung nicht berührt wird. Demgemäß steht ihm ein Entgelt nur für die mangelfreie, dem reduzierten Werkvertrag entsprechende Leistung zu. Dem entspricht es, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Kündigung auch die Nachbesserungsansprüche des Bestellers und die Nachbesserungspflichten des Unternehmers nicht berührt (vgl. etwa BGH, Urt. v. 8.10.1987 – VII ZR 45/87, NJW-RR 1988, 208, 209; RGRK (BGB)-Glanzmann, § 649 BGB Rdn. 23; kritisch hierzu Staudinger/Peters, § 649 BGB Rdn. 13).



bb) Derartige Mängel des Teilwerks hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Insoweit läßt sich die abweisende Entscheidung auch nicht darauf stützen, daß die Klägerin beweisfällig geblieben sei. Bei seiner gegenteiligen Auffassung hat das Berufungsgericht verkannt, daß die Erhebung des von der Klägerin angetretenen Beweises nicht infolge eines von ihr zu vertretenden Umstandes, sondern wegen einer fehlerhaften Fassung des Beweisbeschlusses unterblieben ist.

a1) Vor der Abnahme trägt der Unternehmer die Beweislast für die Mängelfreiheit. Demgemäß muß er diesen Nachweis grundsätzlich auch bei einem Streit über die Abnahmepflicht des Bestellers führen (vgl. Staudinger/Peters, § 649 BGB Rdn. 55 m.w.N.). An dieser Beweislastverteilung hat die Kündigung durch die Beklagte nichts geändert. Diese hat nicht die Abnahme ersetzt, sondern der Beklagten nur die Berufung darauf verwehrt, daß der Anspruch mangels Abnahme nicht fällig sei. Eine andere Beweislastverteilung folgt auch nicht daraus, daß die Beklagte die Programme durch ein weiteres Unternehmen hat fertigstellen lassen. Dies könnte zu einer Umkehrung der Beweislast allenfalls dann führen, wenn darin eine Abnahme des Werks in dem Sinne zu sehen wäre, daß die Beklagte die Leistungen der Klägerin als in der Hauptsache vertragsgemäß anerkannt hat. Dafür ist jedoch ein Anhaltspunkt nicht zu erkennen. Abnahme ist die Billigung des Werkes als zumindest in der Hauptsache vertragsgemäß (vgl. Palandt/Thomas a.a.O. § 640 BGB Rdn. 2 m.w.N.). In einem Verhalten kann eine solche Erklärung nur dann gesehen werden, wenn darin aus der Sicht des Unternehmers zumindest auch ein derartiges, konkludent erklärtes Anerkenntnis liegt oder dessen Verweigerung sich als Verletzung der Pflicht des Bestellers nach § 640 Abs. 1 BGB darstellt. Daran fehlt es hier.

Die Beklagte hat bereits vor der Kündigung des Vertrages auf Fehler der Programme hingewiesen, deren mangelnde Brauchbarkeit geltend gemacht und – nachdem sie ein weiteres Unternehmen mit der Fortsetzung der Arbeiten betraut hatte – mit deren Fortschritt auch nach Darstellung der Klägerin die Fehler näher spezifiziert und weitere Mängel aufgeführt. Eine Billigung auch nur der von der Klägerin bisher erbrachten Teilleistungen als vertragsgerecht kann darin nicht gesehen werden.

b1) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei beweisfällig geblieben.

Eine Beweisaufnahme zu der von der Klägerin behaupteten Mängelfreiheit ihrer Teilleistungen hat das Berufungsgericht nicht angeordnet. Gegenstand des Beweisbeschlusses vom 28. Mai 1986 ist nur der Wert der von der Klägerin erbrachten Teilleistungen für die Beklagte, die Angemessenheit der Arbeiten, die das durch die Beklagte zur Fortsetzung eingeschaltete Unternehmen erbracht hat, und die tatsächlichen Voraussetzungen der von der Beklagten schließlich geltend gemachten Ersatzansprüche. Hierfür aber traf die Beweislast nicht die Klägerin, die – wie dargelegt – nur darzulegen und zu beweisen hatte, daß ihre (Teil-)Leistung keinen Mangel aufwies, nicht jedoch, daß und aus welchen Gründen diese für die Beklagte auch von Wert war. Daraus, daß die Klägerin den zur Einholung eines Sachverständigengutachtens zu dieser Frage eingeforderten Vorschuß nicht eingezahlt hat, kann daher ihre Beweisfähigkeit nicht abgeleitet werden.

4. Im Rahmen der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht daher vor allem der Frage nachzugehen haben, ob die Werkleistung der Klägerin – bezogen auf den bei der Kündigung des Vertrages erreichten Stand – mit Fehlern behaftet war.

*Fehlerhafte Fassung des Beweisbeschlusses*

*Beweislast für Mängelfreiheit*

*Abnahme nicht erklärt – im Gegenteil*

*Mängel des Beweisbeschlusses*