

Verletzung der Mitwirkungspflichten durch den Software-Besteller und Schuldnerverzug

BGH, Urteil vom 28. Juni 1994 (X ZR 95/92) – „Verbranntes Pflichtenheft“

Leitsatz der Redaktion

Ersucht ein Software-Entwickler seinen Auftraggeber um Überlassung des bei ihm nicht mehr vollständig vorhandenen Pflichtenheftes und kommt der Auftraggeber diesem Ersuchen nicht vollständig nach, so tritt Gläubigerverzug des Auftraggebers ein (§ 293 BGB) mit der Folge, daß der Auftragnehmer nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet (§ 300 Abs. 1 BGB).

Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 26. Juni 1992 aufgehoben.

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

Tatbestand

Mitte 1987 betraute die Klägerin die Beklagte mit der Lieferung und Installation verschiedener EDV-Programme, die zum Teil auf der Grundlage des vorhandenen Bestandes, zum Teil neu entwickelt werden sollten. Grundlage des Auftrages war ein Pflichtenheft, das die Firma B. für die Klägerin erstellt hatte.

Nachdem zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten entstanden waren, die unter anderem ein auf Antrag der Klägerin eingeleitetes Beweissicherungsverfahren zur Folge hatten, kamen sie Mitte 1990 überein, ihre Beziehung rechtlich zu klären. Dies fand seinen Niederschlag in einer am 31. Mai/6. Juni 1990 unterzeichneten Vereinbarung, in der sich die Beklagte außer zur Erstattung der Kosten des Beweissicherungsverfahrens dazu verpflichtete, die ausstehenden Arbeiten (zu Nr. 2.2.2.2 bis 5 des ursprünglichen Vertrages) bis spätestens zum 14. September 1990 abzuschließen. Die Installation aller Programme sollte nach dieser Absprache am 17. September 1990 erfolgen; die Gesamtabnahme wurde auf den 18. September 1990 festgelegt. Für den Fall, daß diese Termine nicht eingehalten wurden, sollte die Klägerin nach Ziff. 3 der Vereinbarung eine Nachfrist von vier Wochen setzen können und nach deren Ablauf Erfüllung des Vertrages ablehnen und Ersatz des durch die Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen können. Außerdem verpflichtete sich die Beklagte zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 30.000,- DM.

Einige Tage vor Unterzeichnung der Vereinbarung hatte die Beklagte am 21. Mai 1990 den Zeugen B. unter Hinweis darauf, daß das Pflichtenheft bei einem Brand Ende 1989 in ihren Geschäftsräumen zum Teil beschädigt und unlesbar geworden sei, um Überlassung einer weiteren Kopie gebeten. Daraufhin übersandte der Zeuge ihr einen Auszug aus dem Pflichtenheft, dessen Umfang im einzelnen zwischen den Parteien streitig ist. Nach ihrer Darstellung erhielt die Beklagte die Anlage B 9, die nach dem übereinstimmenden Vortrag beider Parteien keine ausreichende Grundlage für die vertragsgerechte Ausführung der ausstehenden Programmierarbeiten bot. Die Klägerin behauptet demgegenüber, es sei der Inhalt der Anlage K 24 übersandt worden, der auch nach Meinung der Beklagten zum Abschluß der Arbeiten genügt hätte.

In ihrer Bestätigung des Eingangs dieser Sendung bat die Beklagte mit Schreiben vom 7. Juni 1990 den Zeugen, „zur Vervollständigung unserer Unterlagen“ auch die restlichen Teile zu übersenden. Das lehnte der Zeuge mit der Begründung ab, die Beklagte habe alles Erforderliche erhalten. Daraufhin wandte sich der mit den Arbeiten für die Klägerin betraute Mitarbeiter H. der Beklagten mit der gleichen Bitte unmittelbar an die Klägerin. Der von ihm angesprochene Mitarbeiter B. der Klägerin lehnte diese Bitte nach Rücksprache mit dem Zeugen B. einige Tage später telefonisch ab.

Mit Schreiben vom 18. September 1990 rügte die Klägerin, daß die ihr übergebenen Programmteile zu 2.2.2.1, 2.2.2.2 und 2.2.2.4 nicht nach dem Pflichtenheft B. erstellt seien. Einige Tage darauf übersandte sie der Beklagten auf deren „telefonische Bitte vom 24. September 1990“ eine weitere Gesamtausgabe des Pflichtenheftes. Die anschließend hinsicht-

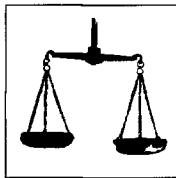
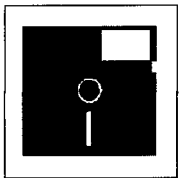
Die Auftragserteilung

Meinungsverschiedenheiten und Zwischenvereinbarung

Pflichtenheft bei Brand teilweise beschädigt ...

... und nicht vollständig ergänzt.

Rüge der fehlenden Übereinstimmung mit dem Pflichtenheft



*Fristsetzung mit
Ablehnungsandrohung*

lich einzelner Programmteile erhobenen Mängelrügen wies die Beklagte als unbegründet zurück. Zu den Punkten 2.2.2.4 und 2.2.2.3 habe sie die geforderte Leistung nicht erbringen können, da ihr die dazu erforderlichen Aufzeichnungen aus dem Pflichtenheft nicht vorgelegen hätten. Diese würden nachgeliefert, wobei derzeit ein Termin nicht genannt werden könne, da sie die für diese Arbeiten erforderlichen Mitarbeiter nicht kurzfristig aus anderen Projekten abziehen könne.

Prozeßgeschichte

Unter dem 14. November 1990 setzte die Klägerin der Beklagten wegen der noch ausstehenden Leistungen eine Frist bis zum 17. Dezember 1990 und kündigte für den Fall des fruchtlosen Verstreichens dieser Frist an, die Leistung der Beklagten abzulehnen und die weiteren Rechte aus der Vereinbarung vom Mai/Juni 1990 in Anspruch zu nehmen. Die Beklagte trat der Fristsetzung entgegen und bot an, die Arbeiten bis Ende Januar 1991 abzuschließen. Hierauf ging die Klägerin nicht ein, sondern lehnte nach Ablauf der gesetzten Frist die Annahme der Leistungen der Beklagten ab und nahm diese anschließend auf Rückzahlung der an die Beklagte erbrachten Leistungen, Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe, Erstattung der Kosten des Beweissicherungsverfahrens und Schadensersatz in Anspruch.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Zwischen- und Teilurteil vom 17. September 1991 zur Zahlung in Höhe von 201.923,35 DM nebst Zinsen verurteilt, die Klage in Höhe des weiter geforderten Betrages von 80.000,- DM dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin den weiteren Schaden zu ersetzen, der dieser durch die Nichterfüllung der Verträge entsteht. Das hiergegen gerichtete Rechtsmittel hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision hält die Beklagte an ihrem Abweisungsantrag fest. Die Klägerin ist dem Rechtsmittel entgegengetreten.

Entscheidungsgründe

*Aufhebung und
Zurückverweisung*

Die zulässige Revision der Beklagten führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

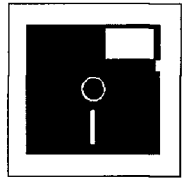
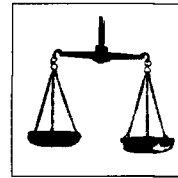
*Die Erwägungen des
Berufungsgerichts*

1. 1. Das Berufungsgericht stützt die Verurteilung der Beklagten auf die Vereinbarung der Parteien vom Mai/Juni 1990. Die dort genannten Voraussetzungen seien für die zuerkannten Ansprüche gegeben. Die Beklagte habe ihre Leistungen unstreitig zu den vereinbarten Terminen nicht erbracht. Diese Verzögerung habe sie auch dann zu vertreten, wenn – wovon nach Überzeugung des Gerichts auszugehen sei – das Pflichtenheft bei dem Brand in ihren Geschäftsräumen vernichtet worden sei und sie – wie zu ihren Gunsten unterstellt werden könnte – auf ihre Bitte hin ausreichende Unterlagen für die Fortsetzung der Arbeiten von der Klägerin nicht erhalten habe. Habe sie ohne diese die Arbeiten nicht mit einem vertragsgemäßen Ergebnis abschließen können, folge ihr Verschulden daraus, daß sie nicht mit dem gebotenen Nachdruck auf Vervollständigung der Unterlagen gedrängt und einem möglichen Irrtum auf seiten der für die Klägerin handelnden Personen über den ihr überlassenen Teil des Pflichtenheftes entgegengewirkt habe. Gegenüber dem Zeugen B. habe sie sich zunächst mißverständlich geäußert und nach dessen Weigerung nicht nachgefaßt, so daß dieser davon ausgehen könne, seine Annahme, alles Notwendige übersandt zu haben, sei zutreffend. Ungenügend seien auch die anschließenden Bemühungen des Zeugen H. gegenüber der Klägerin selbst gewesen, der er unschwer habe deutlich machen können, daß die Annahme des Zeugen B. falsch gewesen sei. Wenn er sich gleichwohl mit unzureichendem Material zufriedengegeben und trotz der Gefahr eines Verfehlens der Vorgaben aus dem Pflichtenheft weitergearbeitet habe, gereiche das der Beklagten zum Verschulden.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht vollen Umfangs stand.

Tatrichterliche Auslegung

a) Keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet allerdings die der Würdigung des Berufungsgerichts zugrundeliegende Annahme, die von der Klägerin geltend gemachten Rechte hingen über die in der Vereinbarung vom Mai/Juni 1990 ausdrücklich genannten Voraussetzungen hinaus auch davon ab, daß die Überschreitung der vereinbarten Leistungstermine von der Beklagten zu vertreten sei. Zu diesem Verständnis ist das Berufungsgericht im Wege der Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung gelangt. Diese dem Tatrichter vorbehaltene Würdigung, die die Revision als ihr günstig hin- nimmt, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.



b) Nicht beigetreten werden kann dem Berufungsgericht jedoch, wenn es diese Voraussetzungen nach den bisher getroffenen Feststellungen als erfüllt ansieht. Soweit es einen Verzug der Beklagten bereits deshalb bejaht, weil diese nicht hinreichend auf der Überlassung der fehlenden Unterlagen bestanden habe, und in diesem Zusammenhang einfache Fahrlässigkeit genügen läßt, hat es – wie die Revision zu Recht rügt – verkannt, daß sich die Haftung der Beklagten angesichts der im Berufungsurteil rechtsfehlerfrei festgestellten Verletzung von Mitwirkungspflichten durch die Klägerin auf grobe Fahrlässigkeit beschränkte. Eine solche hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Verletzung von Mitwirkungspflichten durch die Klägerin

aa) Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, war die Klägerin nach dem im Berufungsurteil zugrunde gelegten Sachverhalt gehalten, der Beklagten die von dieser benötigten Teile des Pflichtenheftes erneut zur Verfügung zu stellen. Das Oberlandesgericht nimmt an, das der Beklagten überlassene Exemplar dieses Anforderungskataloges für die geschuldeten Programme sei bei einem Brand vernichtet worden. Ohne Kenntnis vom Inhalt dieser Aufstellung hätten – wie es weiter ausführt – die bei Abschluß der Vereinbarung vom Mai/Juni 1990 noch ausstehenden Programmteile, zu denen insbesondere die in Ziff. 2.2.2.4 aufgeführten Gegenstände gehörten, nicht in dem nach dem Vertrag geschuldeten Umfang hergestellt werden können. Die Revision nimmt diese Ausführungen als ihr günstig hin. Auf ihrer Grundlage war von der Klägerin, die nach dem unstrittigen Sachverhalt über die notwendigen Unterlagen verfügte, nach Treu und Glauben zu erwarten, daß sie der Beklagten das fehlende Material erneut zur Verfügung stellte und so den Abschluß der Arbeiten ermöglichte, an dem ihr schon mit Blick auf den von ihr erteilten Auftrag liegen mußte. Daß ihr die Herausgabe unzumutbar gewesen ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die nach dem angefochtenen Urteil vor der Vereinbarung von Mai/Juni 1990 zwischen den Parteien aufgetretenen Unstimmigkeiten können eine solche Unzumutbarkeit schon deshalb nicht begründen, weil ihre Beziehung durch diese auf eine neue Grundlage gestellt werden sollte. Im übrigen wäre es auch vor dem Hintergrund der bis zu diesem Zeitpunkt aufgetretenen Differenzen zwischen den Parteien mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn die Klägerin durch die Weigerung, für die vertragsgerechte Herstellung des Werkes erforderliche Unterlagen zu überlassen, einen Verzug der Beklagten mit den in dem Vertrag der Parteien vorgesehenen Folgen herbeiführen könnte.

Pflicht zur erneuten Überreichung des Pflichtenhefts

bb) Ihrer danach bestehenden Mitwirkungspflicht hat die Klägerin nach der Behauptung der Beklagten, die mangels abweichender tatrichterlicher Feststellungen im Revisionsverfahren zugrunde zu legen ist, nicht genügt. Danach hat die Beklagte auf ihre Bitte um Überlassung der fehlenden Unterlagen von dem Zeugen B. lediglich die Anlage B 9 erhalten, die unstrittig zum Abschluß der Arbeiten nicht genügt. Die Wiederholung dieser Bitte gegenüber dem Zeugen B. und gegenüber der Klägerin selbst hatte unstrittig keinen Erfolg, obwohl sie nach der im Berufungsurteil wiedergegebenen Bekundung des Zeugen H. darauf hingewiesen hatte, daß ohne diese Unterlagen nicht gearbeitet werden könne.

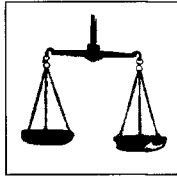
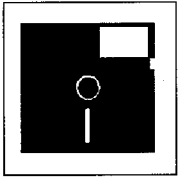
Verweigerung der erneuten Übergabe des Pflichtenhefts

cc) Ob trotz des Unterbleibens einer gebotenen Mitwirkung (Schuldner-)Verzug jedenfalls dann eintreten kann, wenn der Schuldner dies in von ihm zu vertretender Weise (mit-)veranlaßt hat, oder die Anwendung der §§ 284 ff. BGB in einem solchen Fall schlechthin ausgeschlossen ist und allenfalls Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung in Betracht kommen, bedarf im vorliegenden Fall keiner abschließenden Entscheidung. Hier kann derzeit nicht festgestellt werden, daß die Beklagte die Überschreitung des Herstellungszeitpunktes im Rechtssinn zu vertreten hat, so daß schon aus diesem Grunde nicht von einem Verzug der Beklagten ausgegangen werden kann.

Die Beklagte hat die Terminüberschreitung nicht zu vertreten.

Da die Überlassung der fehlenden Teile des Pflichtenheftes durch die Klägerin nach dem vom Berufungsgericht angenommenen Sachverhalt eine notwendige Voraussetzung für die Leistung der Beklagten bildete, trat durch deren unterbliebene Überlassung nach § 295 BGB Annahmeverzug (§ 293 BGB) ein, der – wie durch § 642 Abs. 1 BGB bestätigt wird – auch im Werkvertragsrecht nicht nur durch eine Annahmeverweigerung im eigentlichen Sinne, sondern darüber hinaus dadurch ausgelöst werden kann, daß der Gläubiger in diesem Sinne notwendige Mitwirkungshandlungen unterläßt. Darauf, ob das Verhalten der Beklagten der Klägerin in der Vergangenheit Anlaß hätte geben können, von dem Vertrag mit der Beklagten Abstand zu nehmen, kommt es auch insoweit schon wegen der Neuordnung der beiderseitigen Verhältnisse durch die Vereinbarung von Mai/Juni 1990 nicht an. Ob die Klägerin die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse erkannt hat, ist unerheblich, da der Gläubigerverzug nach § 293 BGB ein Verschulden des Gläubigers nicht voraussetzt

Folge der unterbliebenen Überlassung: Annahmeverzug



Beschränkung der Haftung auf
Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

“Grobe Fahrlässigkeit”:
Definition und Subsumtion

Beispiele für “grobe
Fahrlässigkeit”

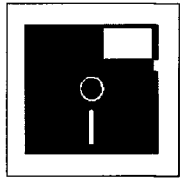
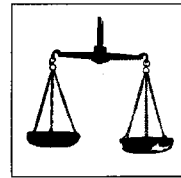
“Verbranntes Pflichtenheft”

(vgl. BGHZ 24, 91, 96; BGH, Urt. v. 10.05.1988 – IX ZR 175/87, WM 1988, 1131 = ZIP 1988, 905). Er wird daher auch durch einen Irrtum der Klägerin über die Rechts- und Sachlage nicht berührt (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 53. Aufl., § 293 BGB Rdn. 10).

Infolge des Gläubigerverzuges der Klägerin beschränkte sich – wie die Revision zu Recht geltend macht – die Haftung der Beklagten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 Abs. 1 BGB), da die der Beklagten vorgehaltene Nachlässigkeit ihre Hauptleistungspflicht betraf, für die § 300 Abs. 1 BGB uneingeschränkt gilt (vgl. Palandt/Heinrichs, aaO, § 300 BGB Rdn. 2 m.w.N.). Ob der Beklagten ein solches Verhalten zur Last fällt, hat das Berufungsgericht nach dem Inhalt seiner Entscheidungsgründe nicht geprüft. Diese befassen sich allein mit der Feststellung einfacher Fahrlässigkeit. Die damit fehlende Würdigung kann durch den Senat nicht ersetzt werden. Im Revisionsverfahren kann die in erster Linie dem Tatrichter obliegende Bewertung des Verschuldensgrades, insbesondere des Vorliegens grober Fahrlässigkeit (vgl. BGHZ 89, 152, 160; BGH, Urt. v. 19.01.1993 – XI ZR 76/92, BB 1993, 604, 605 = NJW 1993, 1066), nur dann getroffen werden, wenn weitere Tatsachenfeststellungen nicht zu erwarten sind und die bisher getroffenen eine abschließende Beurteilung zulassen. Daran fehlt es hier.

Von grober Fahrlässigkeit wird gesprochen, wenn die im Verkehr zu beachtende Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden oder das unbeachtet geblieben ist, was jedem sofort und ohne weiteres hätte einleuchten müssen (BGHZ 10, 14, 16; 89, 153, 161; BGH, Urt. v. 29.11.1992 – XI ZR 265/91, NJW 1992, 3235, 3236). Daß die Beklagte nach der mehrfachen Weigerung der für die Klägerin tätigen Personen nicht weiter remonstrierte, vermag diesen Vorwurf allein noch nicht zu begründen. Nach der durch das Berufungsgericht zugrunde gelegten Bekundung des Zeugen H. hatte dieser jedenfalls gegenüber der Klägerin selbst zum Ausdruck gebracht, ohne die erbetenen Unterlagen nicht weiterarbeiten zu können, und damit seinen Wunsch hinreichend erläutert und begründet. Sein anschließendes Bescheiden mit der Weigerung der Klägerin, ihm das gewünschte Material zu überlassen, mag ihm – wie das Oberlandesgericht angenommen hat – zum Verschulden gereichen; die Annahme einer subjektiv unentschuldbaren Pflichtverletzung, die das Maß der gewöhnlichen Fahrlässigkeit nach § 276 BGB deutlich übersteigt (BGH, Urt. v. 08.10.1991 – XI ZR 238/90, WM 1991, 1946, 1948), läßt sich hierauf noch nicht stützen. Es war zunächst Sache der Klägerin, den Wunsch des Beklagten zu prüfen, wobei insbesondere vor dem Hintergrund, daß für eine Weigerung der Herausgabe auf ihrer Seite schutzwürdige Interessen für die Weigerung weder geltend gemacht noch zu erkennen sind und andererseits die Ausführung der von ihr bestellten Arbeiten in ihrem Interesse liegen mußte, eine wohlwollende Prüfung dieser Bitte zu erwarten war.

Vor diesem Hintergrund könnte der Vorwurf grober Fahrlässigkeit auf Seiten der Beklagten allerdings etwa dann berechtigt sein, wenn sich dem Zeugen H. oder den weiteren in die Abwicklung des Auftrages eingeschalteten Mitarbeitern der Beklagten hätte aufdrängen müssen, daß die Weigerung der Klägerin auf einem von ihnen leicht aufzuklärenden Irrtum über den Inhalt der bereits übersandten Teile des Pflichtenheftes beruhte. Für eine solche Annahme findet sich jedoch in den bisher getroffenen Feststellungen derzeit keine tragfähige Grundlage. Danach hat der Zeuge H. – nachdem die Beklagte von dem Zeugen B. abgewiesen worden war – seine Bitte bei der Klägerin zunächst persönlich vorgetragen. Anhaltspunkte dafür, daß er aufgrund dieses Gespräches mit einer Ablehnung hätten rechnen müssen, finden sich in dem angefochtenen Urteil nicht. Diese erhielt der Zeuge H. einige Tage später telefonisch von seinem Gesprächspartner bei der Klägerin, nachdem dieser zuvor – wie angekündigt – die Stellungnahme des Zeugen B. eingeholt hat. Auch wenn angesichts der um diese Zeit herum von den Parteien unterzeichneten Vereinbarung von Mai/Juni 1990 wenig dafür sprach, daß es sich dabei um eine Schikane der Klägerin handelte, läßt sich diese Weigerung nicht nur mit einem Irrtum der für die Klägerin tätigen Personen erklären. Zwar mußte der Zeuge schon aufgrund der ihm sonst vorliegenden Unterlagen erkennen, daß die Arbeit ohne die fehlenden Teile des Pflichtenheftes risikobehaftet war, zumal er, wie die Begründung seiner Bitte gegenüber der Klägerin deutlich macht, zumindest damit gerechnet hat, daß dort mit allgemeinen Überlegungen nicht ohne weiteres aufzufindende Anforderungen an das fertige Programm genannt waren. Nicht auszuschließen ist jedoch, daß ihm ohne Kenntnis des schriftlichen Anforderungsprofils Größe und Bedeutung der mit einer Arbeit ohne das Pflichtenheft verbundenen Gefahr verborgen geblieben oder jedenfalls nicht deutlich geworden sind. Soweit derzeit ersichtlich beruhte das von dem Zeugen B. erstellte Pflichtenheft auf allgemeinen Anforderungen an einschlägige Programme, die von dem Zeugen für die Bedürfnisse der Klägerin modifiziert worden



waren. Vor diesem Hintergrund war die Weigerung der Beklagten etwa auch dann verständlich, wenn in dem als fehlend monierten Teil weitergehende Anforderungen nicht enthalten waren und die Beklagte ihn aus diesem Grunde nicht benötigte. Dann war auch die von dem Zeugen ins Auge gefaßte Weiterarbeit ohne die entsprechenden Teile des Pflichtenheftes zu rechtfertigen und darüber hinaus unter Umständen sogar veranlaßt. Dafür, daß der Zeuge von diesem Verständnis ausgegangen ist, könnte sprechen, daß die Beklagte die Arbeiten auf dieser Grundlage fortgesetzt und nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichtes abgeschlossen hat. Danach hat die Klägerin zu dem im Vertrag vom Mai/Juni 1990 bestimmten Fälligkeitstermin (17. September 1990) nur gerügt, daß die abgelieferten Programmteile zu 2.2.2.2–2.2.2.4 nicht den Vorgaben im Pflichtenheft des Zeugen B. entsprächen. Das spricht dafür, daß entsprechende Programme erstellt und der Beklagten übergeben worden sind, da die Klägerin andernfalls deren völliges Fehlen geltend gemacht hätte. In die gleiche Richtung weist die Argumentation, mit der sich die Beklagte gegenüber diesen Rügen verteidigt hatte, indem sie nur darauf verwiesen hat, daß ihr die Programmierung ohne Kenntnis des Pflichtenheftes nicht möglich gewesen sei.

dd) Ebensowenig kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden, daß ein weiterer Herstellungstermin zwischen den Parteien verbindlich festgelegt worden ist, dessen Überschreitung die Klägerin nach dem fruchtlosen Verstreichen einer Nachfrist zur Geltendmachung der in der Vereinbarung vom Mai/Juni 1990 bestimmten Rechte berechtigt hätte.

Keine Vereinbarung eines weiteren Herstellungstermins

ee) Daß die vereinbarten Termine auch dann nicht eingehalten worden wären, wenn die Klägerin ihrer Mitwirkungspflicht genügt hätte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Ob sich die geltend gemachten Rechte hierauf hätten stützen lassen, bedarf daher im gegenwärtigen Stadium keiner Erörterung.

Keine „Was wäre wenn“-Betrachtung im OLG-Urteil

c) Die Verurteilung zu den von der Klägerin beehrten Leistungen läßt sich nach dem bisherigen Sach- und Streitstand auch nicht als Folge einer sonstigen Pflichtverletzung der Beklagten aufrechterhalten. In der angefochtenen Entscheidung findet schon die Annahme keine ausreichende Grundlage, die von den Parteien für den Fall eines Verzuges der Beklagten vereinbarten Rechtsfolgen könnten ohne weiteres auch für auf andere Rechtsgrundlagen gestützte Ansprüche wie etwa solche aus positiver Forderungsverletzung herangezogen werden.

Keine sonstige Pflichtverletzung der Beklagten

3. Aus den gleichen Gründen hat die Revision insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung einer Vertragsstrafe und der pauschalierten Kosten des Beweissicherungsverfahrens sowie die Feststellung der Pflicht zum Ersatz des weitergehenden Schadens wendet.

Erfolg der Revision im übrigen

II. Im Rahmen der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht der bislang offengebliebenen Frage nachzugehen haben, welche Unterlagen der Zeuge B. der Beklagten übermittelt hat. Trifft hier die Darstellung der Beklagten zu, wird davon auszugehen sein, daß die Beklagte mit Ablauf der für die Ablieferung und Installation vorgesehenen Termine in Verzug geraten ist, da dann die überlassenen Unterlagen auch nach ihrer Auffassung zum Abschluß der Arbeiten ausgereicht hätten. Unter diesen Voraussetzungen könnten der Klägerin daher die von ihr geltend gemachten Ansprüche zustehen.

Was zu klären sein wird ...

Sollte sich die Darstellung der Beklagten bestätigen, wird das Berufungsgericht den Grad des Verschuldens der Beklagten hinsichtlich des Überschreitens der vereinbarten Leistungstermine klären und – soweit die Prüfung zur Annahme grober Fahrlässigkeit auf ihrer Seite führt – bei der möglichen Abwägung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge im Rahmen eines möglichen Mitverschuldens weiter berücksichtigen müssen, daß die Beklagte nur für schweres Verschulden einzustehen hat, die Schwere dieses Verschuldens also nicht zusätzlich zu ihren Lasten berücksichtigt werden kann. Für diese Abwägung wird weiter zu bedenken sein, daß die Klägerin sich hinsichtlich ihres Verursachungsbeitrages nach dem Rechtsgedanken des § 282 BGB entlasten muß. Soweit die Klägerin sich zu ihrer Entlastung auf die Erklärungen des Zeugen B. beruft, wird zu beachten sein, daß das Berufungsgericht ein Verschulden auf dessen Seiten deshalb verneint hat, weil ihm gegenüber durch die Beklagte die Unvollständigkeit der Unterlagen nicht deutlich gemacht worden sei. Anders als der Zeuge B. ist nach dem durch das Berufungsgericht zugrunde gelegten Sachverhalt die Klägerin hierauf durch den Zeugen H. ausdrücklich hingewiesen worden.

Verschuldensgrad