



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 129/01

Verkündet am:
16. Dezember 2003
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ nein

BGB § 631

- a) Ob der Werkunternehmer, der sich zur Erstellung eines Datenverarbeitungsprogramms verpflichtet hat, dem Besteller auch den Quellcode des Programms überlassen muß, ist mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Neben der Höhe des vereinbarten Werklohns kann dabei insbesondere dem Umstand Bedeutung zukommen, ob das Programm zur Vermarktung durch den Besteller erstellt wird und dieser zur Wartung und Fortentwicklung des Programms des Zugriffs auf den Quellcode bedarf.
- b) Haben die Vertragsparteien nicht im einzelnen vereinbart, was das zu erstellende Programm zu leisten hat, schuldet der Unternehmer ein Datenverarbeitungsprogramm, das unter Berücksichtigung des vertraglichen Zwecks des Programms dem Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard entspricht. Welche Anforderungen sich hieraus im einzelnen ergeben, hat der Tatrichter gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe festzustellen.

BGH, Urteil vom 16. Dezember 2003 - X ZR 129/01 -

OLG Bamberg
LG Aschaffenburg

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und des Beklagten wird das am 30. März 2001 verkündete Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg teilweise, nämlich im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist und soweit das Berufungsgericht die Widerklage des Beklagten in Höhe eines Betrages von 150.457,20 DM (= 76.927,54 €) nebst Zinsen abgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist das B. Institut der ... und betreut diese gegen Entgelt unter anderem auf dem Gebiet der Informationsverarbeitung. Der Beklagte war bei der Klägerin und der S. bank (S. -Bank) tätig, bevor er sich selbständig machte. Zwischen den Parteien bestanden seit 1984 geschäftliche Kontakte; die Klägerin übertrug dem Beklagten mehrere Aufträge zur Entwicklung von Software.

Mit Vertrag vom 7. Juni 1988 verpflichtete sich der Beklagte gegen Zahlung einer Vergütung von 327.500,-- DM, die Software "W.

(W.)" zu erstellen. Hierbei handelte es sich um ein Programm für die Abwicklung von Wertpapieraufträgen für ausländische Börsen. Es war vorgesehen, daß dieses System im Einsatz mit dem auf dem Großrechner des Genossenschaftsrechenzentrums in F. installierten Programm WV. kommunizieren sollte.

Die für den 30. Juni 1989 vorgesehene Fertigstellung verzögerte sich, zum Teil aufgrund von Änderungs- und Erweiterungswünschen der Klägerin, zum Teil aus anderen Gründen, die zwischen den Parteien streitig sind. Die Endabnehmerin der Klägerin, die S. -Bank, setzte der Klägerin schließlich eine "letzte Frist" bis zum 24. September 1992 für die Fertigstellung und drohte den Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatzforderungen an, falls die Frist

nicht eingehalten werde. Die Klägerin forderte daraufhin den Beklagten mit Schreiben vom 25. September 1992 unter Fristsetzung zur Beseitigung von Mängeln auf und drohte ihrerseits dem Beklagten ebenfalls Regreßansprüche an.

Der Beklagte übersandte der Klägerin zwei "Endabrechnungen", wonach ihm abzüglich von Abschlagszahlungen aus dem W. -Projekt noch eine Vergütung von 150.457,20 DM zustand. Die Klägerin lehnte die Zahlung ab und führte in einem Antwortschreiben aus, der Beklagte habe trotz mehrfacher Aufforderung nicht den vertraglich geregelten Leistungsumfang erbracht, seine Leistung sei auch nicht als mangelfrei abgenommen worden. Zugleich wies sie den Beklagten darauf hin, daß ihr Kunde durch Verschulden des Beklagten das W. -Programm nicht mehr verfolge. In der weiteren Korrespondenz stellte sich der Beklagte auf den Standpunkt, seit dem 15. Oktober 1992 habe die Klägerin keine Beanstandungen mehr erhoben, sondern das System ihrem Endabnehmer zur Verfügung gestellt. Er habe auch die aus Systementwurf, Systembeschreibung und Benutzerhandbuch bestehende Dokumentation vorgelegt, den Quellcode könne die Klägerin nicht fordern. Demgegenüber verlangte die Klägerin unter Fristsetzung auch die Überlassung der Quellprogramme und wies in diesem Schreiben darauf hin, daß sie nach Fristablauf die weitere Vertragsdurchführung ablehne.

Durch einen weiteren Vertrag verpflichtete sich der Beklagte, gegen Zahlung einer Vergütung von 155.760,-- DM eine neue Version "Version 2.00" des Programms "D. " zu erstellen. Die Vorgängerversion stellte die

Klägerin dem Beklagten zur Verfügung. Der Beklagte berechnete mit Endabrechnung vom 14. Januar 1993 abzüglich erhaltener Abschlagszahlungen seinen Vergütungsanspruch auf 45.949,20 DM. Auch in diesem Fall verweigerte der Beklagte die Herausgabe des Quellcodes. Die Klägerin forderte den Beklagten in der Folgezeit zur Behebung von Programmfehlern auf. Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte dem nachgekommen ist.

Schließlich zahlte die Klägerin dem Beklagten auf dessen Bitte Anfang 1992 einen Betrag von 80.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer, wobei zwischen den Parteien streitig ist, was dieser Zahlung zugrunde lag.

Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage im Hinblick auf das Projekt W. die Feststellung, daß der Beklagte ihr zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist, im Hinblick auf das Projekt D. die Zahlung von 133.174,80 DM nebst Zinsen, nämlich die Summe der geleisteten Abschlagszahlungen, und die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihr darüber hinausgehenden Schaden zu ersetzen, und schließlich im Hinblick auf die Zahlung von 80.000,-- DM nebst Mehrwertsteuer die Rückzahlung dieses Betrages nebst Zinsen.

Widerklagend verlangt der Beklagte die Zahlung der restlichen Vergütung für die Projekte W. und D. , insgesamt 196.406,40 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten verurteilt, 45.250,80 DM nebst Zinsen zu zahlen. Im übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen beider Parteien, mit denen sie Klage und Widerklage weiterverfolgen.

Der Senat hat die Revision der Klägerin insgesamt, die Revision des Beklagten in Höhe von 150.457,20 DM angenommen. Im Umfang der Annahme der Revisionen beantragen beide Parteien die Aufhebung des Berufungsurteils.

Entscheidungsgründe:

Soweit der Senat die Revisionen angenommen hat, sind diese begründet. Sie führen in diesem Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Revision der Klägerin

1. Projekt W.

Das Berufungsgericht hat angenommen, ein Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB bestehe nicht, weil der Beklagte sich allenfalls mit der Auslieferung des Quellcodes in Verzug befunden habe. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich offengelassen, ob es eine vertragliche Hauptleistungspflicht des Beklagten gewesen sei, den Quellcode herauszugeben. Auch wenn der Beklagte hierzu verpflichtet gewesen sei, sei seine Weigerung nicht schuldhaft gewesen, denn es habe eine unklare Vertragslage bestanden. Der schriftliche Vertrag enthalte eine solche Verpflichtung des Beklagten nicht und darüber hinaus die Klausel, daß Änderungen und Ergänzungen des Vertrages der Schriftform bedürften. Ob gleichwohl die Herausgabe des Quellcodes geschuldet sei, hänge von der Bewertung aller Umstände des Einzelfalls ab, die "naturgemäß unterschiedlich ausfallen" könne. Der Beklagte habe die Herausgabe erst nach anwaltlicher Beratung verweigert. Da die auf dem Gebiet der Software-Herstellung sachkundige und erfahrene Klägerin die Unklarheiten mitverur-

sacht habe, sei ein Verschulden des Beklagten zu verneinen. Jedenfalls verstoße es gegen Treu und Glauben, wenn die Klägerin die Rechte aus § 326 BGB a.F. allein wegen der Weigerung des Beklagten, den Quellcode herauszugeben, geltend mache. Im Hinblick auf die Entwertung der jahrelangen Arbeit des Beklagten und drohender Schadensersatzansprüche seitens der S.-Bank sei es der Klägerin zuzumuten gewesen, ihrer Endabnehmerin die lauffähige W.-Version zur Verfügung zu stellen und die Frage der Herausgabeverpflichtung des Beklagten hinsichtlich des Quellcodes in einem Rechtsstreit zu klären. Für möglicherweise notwendige Programmänderungen hätte der Klägerin bis zur Entscheidung des Hauptsacherechtsstreits über die Herausgabeverpflichtung bezüglich der Quellcodes der vorläufige Rechtsschutz zur Verfügung gestanden.

Dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Nachdem das Berufungsgericht dies ausdrücklich offen gelassen hat, ist in der Revisionsinstanz davon auszugehen, daß die Herausgabe des Quellcodes vereinbart war. Da das Berufungsgericht gegenteilige Feststellungen nicht getroffen hat, ist ferner in der Revisionsinstanz zugunsten der Klägerin ihr als übergangen gerügter Vortrag zu unterstellen, im Jahre 1988 sei eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen worden, daß ihr die Quellcodes an dem Programm W. zustehen sollten. Dabei ist nicht entscheidend, daß nach dem schriftlichen Vertrag Änderungen und Ergänzungen der Schriftform bedurften. Denn die Parteien können hiervon einvernehmlich abweichen und den Formzwang - auch ohne Einhaltung der Schriftform - aufheben (BGHZ 66, 378, 380). Beruhte die Verpflichtung

des Beklagten aber auf einer ausdrücklich getroffenen Vereinbarung, so bestand keine unklare Vertragslage, auf die das Berufungsgericht seine Annahme fehlenden Verschuldens des Beklagten maßgeblich gestützt hat.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Herausgabe des Quellcodes geschuldet war, wenn die Parteien hierüber keine ausdrückliche Abrede getroffen haben sollten, wird das Berufungsgericht, wie es dies bei der Prüfung einer solchen Verpflichtung bezüglich der D. -A Software zugrunde gelegt hat, alle Umstände zu berücksichtigen und die Interessenlage beider Parteien in Betracht zu ziehen haben. Dabei wird einerseits den Erwägungen besondere Bedeutung zukommen, daß die Klägerin beabsichtigte, die Software im genossenschaftlichen Bankenbereich weiter zu vermarkten, sowie ihrer Darstellung, daß für Fehlerbeseitigungs-, Wartungs- und Änderungsarbeiten an der Software die Überlassung des Quellcodes erforderlich war. Diese Erwägungen dürften mangels anderer Anhaltspunkte grundsätzlich dafür sprechen, daß die Herausgabe des Quellcodes an die Klägerin vereinbart war. Wesentliche Bedeutung wird andererseits der vereinbarten Vergütung zukommen. Dabei wird das Berufungsgericht jedoch nicht, wie es dies bezüglich des D. -A-Programms ausgeführt hat, zugrunde legen können, wie viele „Mannmonate“ der gerichtliche Sachverständige letztlich für den Entwicklungsaufwand für erforderlich gehalten hat, sondern auf die Kostenkalkulation des Beklagten. Diese dürfte für Rückschlüsse dazu maßgeblich sein, ob die Preisgestaltung dafür oder dagegen spricht, daß die Überlassung des Quellcodes vereinbart war.

Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, soweit die Klägerin neben der Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe des Quellcodes auch Mängel geltend mache, habe die Klägerin zwar in der Klageschrift sieben Fehler bzw. Fehlergruppen benannt. Der Beklagte sei dem jedoch entgegengetreten und habe hinsichtlich der Fehlergruppe 1 und 4 bereits einen ihn insoweit treffenden Leistungsumfang bestritten. Zur Fehlergruppe 5 habe der Beklagte vorgetragen, daß die W. -Module ... von der Abnehmerin der Klägerin, der S. -Bank, gestrichen worden seien und deshalb auch für ihn keine Leistungsverpflichtung bestanden habe. Unter diesen Umständen sei die Klägerin ihrer Darlegungslast hinsichtlich des Leistungsumfangs im Rahmen der Lieferung des Programmpakets W. nicht nachgekommen. Deshalb sei davon auszugehen, daß der Beklagte seinen Leistungsverpflichtungen bei Erstellung der Software W. nachgekommen sei, ohne daß wesentliche Mängel vorgelegen hätten.

Auch dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Selbst wenn man mit dem Berufungsgericht davon ausginge, daß weitergehende Vereinbarungen zum Leistungsumfang nicht getroffen worden sind, so schuldete der Beklagte die Erstellung eines Datenverarbeitungsprogramms, das dem Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard entspricht (Sen.Urt. v. 24.09.1991 - X ZR 85/90, CR 1992, 543). Die Klägerin hat aber gerügt, daß die Software diesen Anforderungen nicht entsprochen habe. Sie hat im einzelnen unter Beweisantritt vorgetragen, daß das Programm nicht funktionsgerecht eingesetzt werden konnte. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß dies nicht zutrifft. Ob einzelnen Abnehmern ein Arbeiten mit dem W. -Programm

möglich

gewesen wäre, ist nicht entscheidend. Daß sich der Vertrag auf die Lieferung eines Programms beschränkte, mit dem die Klägerin Leistungspflichten gegenüber einem Dritten hätte genügen können, hat das Berufungsgericht ebenso wenig festgestellt wie den Umfang solcher Leistungspflichten. Es geht vielmehr wie die Parteien davon aus, daß die Klägerin ein Programm mit den im einzelnen bestimmten Merkmalen bestellt hat und dies ihrerseits gegenüber einer Mehrzahl von Abnehmern vermarkten wollte. Das bestimmte die - gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe festzustellenden - Anforderungen an die geschuldete Leistung, nicht die Arbeitsmöglichkeiten einzelner Abnehmer; maßgebend ist vielmehr, was die Klägerin nach den getroffenen Absprachen erwarten durfte. Konnte das Programm in diesem Sinne nicht funktionsgerecht eingesetzt werden, so entsprach die Leistung des Beklagten nicht dem Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstand.

Das Berufungsgericht hat weiter auch nicht festgestellt, daß eine Abnahme stattgefunden hat. Bis zur Abnahme trägt aber der Werkunternehmer die Beweislast für die Mangelfreiheit seines Werks. Eine Abnahme ergebende Feststellungen lassen sich auch nicht aus den Ausführungen des Berufungsgerichts (BU 24) zu der W. -Projektbesprechung am 26. Mai 1992 entnehmen. Aus der dort in Bezug genommenen Aktennotiz ergibt sich, daß es zu einer erneuten Verschiebung des Einsatzes der W. -Software gekommen war. Es werden dort Bedenken geäußert, ob es unter diesen Umständen noch sinnvoll sei, das Projekt weiterzuverfolgen. Falls die Zusagen in den nächsten Wochen nicht eingehalten würden, sei es seitens der S. -Bank erforderlich, den Vor-

stand zu informieren und das Projekt mit Regreßansprüchen gegen die Klägerin einzustellen. Dies läßt ohne weitere Feststellungen nicht die Annahme zu, daß es bei diesem Gespräch zu einer Abnahme des Werks gekommen sei.

Ist es aber nicht zu einer Abnahme gekommen, so traf die Beweis- und Darlegungslast für die Mangelfreiheit des Werks den Beklagten.

Damit ist auch der weiteren Annahme des Berufungsgerichts, die Geltendmachung der Ansprüche der Klägerin aus § 326 BGB a.F. verstoße gegen Treu und Glauben, die Grundlage entzogen. Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht auszuschließen, daß sich der Beklagte auch mit der Beseitigung von Mängeln in Verzug befunden hat. Die Klägerin hat den Beklagten mit Schreiben vom 25. September 1992 zur Fehlerbeseitigung aufgefordert und dies mit ihrem Schreiben vom 29. September 1992 unter Ankündigung von Regreßansprüchen wiederholt. Die Klägerin hat nochmals mit Schreiben vom 19. Januar 1993 darauf hingewiesen, daß der vertraglich geregelte Leistungsumfang nicht erbracht und die Leistung nicht als mangelfrei abgenommen worden sei, und hat den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 12. Februar 1993 aufgefordert, die Software mangelfrei herzustellen und die Dokumentation zu übergeben. Mit Schreiben vom 18. Februar 1993 hat die Klägerin dem Beklagten schließlich mitgeteilt, daß die Vertragsdurchführung wegen der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung gescheitert sei, und vorsorglich nochmals eine letzte Frist mit Ablehnungsandrohung bis zum 24. Februar 1993 gesetzt.

2. D. Version 2.00

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, die Klägerin könne sich nicht auf Mängel oder Unvollständigkeiten berufen, weil sie das Werk des Beklagten abgenommen habe. Sie habe die angelieferte Software rügelos entgegengenommen und nicht in angemessener Frist Unvollständigkeiten oder Mängel angezeigt. Seine Überzeugung von der rügelosen Abnahme hat das Berufungsgericht auf das Ergebnisprotokoll über die Testphase vom 7. bis 8. Dezember 1992 und vom 7. bis 8. Januar 1993 des Projektteams D. -A- Managementanwendungen vom 12. Januar 1993 gestützt.

Die Revision der Klägerin beanstandet zu Recht, daß das Berufungsgericht das Ergebnisprotokoll nicht vollständig gewürdigt hat. Das Berufungsgericht nimmt an, das Ergebnisprotokoll zeige, daß schon vor der Besprechung vom 12. Januar 1993 eine Abnahme stattgefunden habe. Das findet im Wortlaut des Schreibens, auf den sich das Berufungsgericht stützt, keine tragfähige Grundlage. Nach der Niederschrift über die Besprechung war es Zweck des Treffens, das Programm zu testen und eine Abnahme herbeizuführen. In dem Ergebnisprotokoll heißt es nach der vom Berufungsgericht zitierten Textpassage: "Bestände mit Sonderausstattungen konnten nur mit Einschränkungen getestet werden. Diese Bestände mußten durch Bestandsänderungen erzeugt werden, da das Programm für die Belieferung der Bestände mit Sonderausstattung vom Hostrechner noch nicht zur Verfügung stand. Abweichungen bei den Renditeberechnungsverfahren B. und A1. konnten noch nicht abschließend geklärt werden, da auch die Ergebnisse der Kontrollrechner unter-

einander nicht übereinstimmen. ... In der Liste Zinsen/Fälligkeiten ist ein Abbruch der Funktion (Drucken) nicht möglich. Dies wird zeitnah von Herrn E. behoben." Im Anschluß daran folgt die Aussage, daß das Projektteam darin übereinstimme, daß ein Einsatz zu Testzwecken nicht ausgeschlossen sei. Die Freigabe für weitere Tests kann einer Billigung des Werks in der Hauptsache aber nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden.

Zwar steht einer Abnahme des Werks nicht entgegen, daß noch kleinere und für seine Gebrauchsfähigkeit unbedeutende Restarbeiten ausstehen. Die noch ausstehenden Leistungen müssen aber von solch untergeordneter Bedeutung sein, daß das Werk bei natürlicher Betrachtung als Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung angesehen werden kann. Nur unter dieser Voraussetzung kann angenommen werden, daß der Besteller das Werk als im wesentlichen vertragsgerecht billigt, was Kernstück der Abnahme auch im Fall einer stillschweigenden Werkabnahme ist (Sen.Urt. v. 03.11.1992 - X ZR 83/90, NJW 1993, 1063, 1064). Daß der Einsatz bei einigen Pilotbanken trotz Einschränkungen bei der Funktion des Programms von dem Projektteam für möglich gehalten worden ist, ist damit einer Abnahme nicht ohne weiteres gleichzusetzen.

Im übrigen lag zum Zeitpunkt der Besprechung vom 12. Januar 1993, wie sich aus dem Ergebnisprotokoll ergibt, das Handbuch noch nicht vor. Hier- von geht auch das Berufungsgericht aus. Die Aushändigung der Dokumentationsunterlagen, insbesondere des den bestimmungsgemäßen Gebrauch der EDV-Anlage erst ermöglichenden Benutzerhandbuchs, ist aber eine wesentli-

che, wenn nicht unerläßliche Vertragsleistung (Sen.Urt. v. 03.11.1992, aaO, Sen.Urt. v. 20.02.2001 - X ZR 9/99, BGHRep. 2001, 357). Das Berufungsgericht hat dazu angenommen, aus einem Schreiben vom 27. Januar 1993 ergebe sich, daß allen Mitgliedern des Projektteams das überarbeitete Handbuch zugeleitet worden sei. Dafür spreche auch ein Schreiben des Anwalts des Beklagten vom 19. Februar 1993, in dem dieser beanstande, daß die Klägerin sich im Handbuch der Urheberrechte an der Software berühme. Aus diesen Feststellungen des Berufungsgerichts mag zwar herzuleiten sein, daß es ein Handbuch gegeben hat, es fehlt jedoch an Feststellungen dazu, ob und wann der Beklagte es der Klägerin zur Verfügung gestellt hat und ob es den zu stellenden Anforderungen genügt.

Das Berufungsgericht hat bezüglich des Projekts D. Version 2.00 eine Verpflichtung des Beklagten zur Übergabe des Quellcodes verneint. Zwar sei dieser erforderlich, um Programmfehlerbeseitigungs-, Wartungs- oder Änderungsarbeiten vornehmen zu können. Die Klägerin sei auch daran interessiert gewesen, gegenüber ihren Endabnehmern solche Arbeiten sicherzustellen. Sie hätte zu diesem Zweck jedoch auch einen Wartungsvertrag mit dem Beklagten schließen können, was sie auch in anderen Fällen, bezogen auf andere Software, gemacht habe. Daraus, daß der Beklagte sich noch in seinem Schreiben vom 25. November 1992 bereit erklärt habe, den Quellcode für das Programm D. herauszugeben, lasse sich eine rechtliche Herausgabeverpflichtung nicht herleiten. Der Beklagte habe dazu in der mündlichen Verhandlung erklärt, er sei nur zu einer Hinterlegung des Quellcodes unter ge-

wissen noch auszuhandelnden Bedingungen bereit gewesen. Auch der Aussage des Zeugen Br. lasse sich nicht entnehmen, daß eine Verpflichtung des Beklagten zur Übergabe des Quellcodes des Programms D. bestanden habe. Die Angaben des Zeugen Br. bezögen sich nur auf das Programm W. . Eine Verpflichtung des Beklagten, den Quellcode herauszugeben, ergebe sich schließlich auch nicht daraus, daß die Klägerin Inhaberin der Rechte des ursprünglichen Programms D. gewesen sei, denn der gerichtliche Sachverständige habe überzeugend ausgeführt, daß es sich bei der Leistung des Beklagten um eine neue schöpferische Entwicklung gehandelt habe, die vom Ausgangsprodukt völlig losgelöst sei. Schließlich sei auch zu berücksichtigen, daß die Vergütung des Beklagten gering gewesen sei. Nach dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen sei der Entwicklungsaufwand sehr viel höher gewesen. Bei dem gegebenen Preis-Leistungs-Verhältnis könne nicht davon ausgegangen werden, daß der Beklagte bei einer Vergütung von weniger als 20 % des Werts seiner Leistungen auch die Lieferung des Quellcodes geschuldet habe.

Die Revision der Klägerin beanstandet zu Recht, daß das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen Br. nur unvollständig gewürdigt hat. Der Zeuge hat bekundet, er meine, daß in den Verträgen immer geregelt gewesen sei, daß die Klägerin als Auftraggeberin auch die Rechte an den von dem Beklagten entwickelten Quellcodes haben sollte und zwar schon auf den für Großrechner entwickelten Programmen. Nach seiner Erinnerung gebe es auch ein Gesprächsprotokoll, daß die Klägerin an den von dem Beklagten entwickelten Programmen, speziell dem Programm D. , "die Rechte" gehabt habe.

Er, der Zeuge, meine, daß die Tatsache, daß der Beklagte zunächst bei der Klägerin gearbeitet habe und aus verschiedenen Gründen, auch aus Raumgründen, später bei sich daheim im Büro gearbeitet habe, nichts an den rechtlichen Zuständen bzw. Rechten an den entwickelten Programmen geändert habe. Noch im Jahre 1988 sei eine klärende Vereinbarung getroffen worden. Inhalt der Vereinbarung sei es gewesen, daß die Quellcodes dem Auftraggeber gehören sollten. Dies sei in der Folgezeit auch so gehandhabt worden. Die letzte Version des Programms D. , die die Klägerin erhalten habe, sei die Version 1.00. Auf dieser Version habe der Beklagte die neue Version 2.00 aufgebaut.

Diese Aussage des Zeugen ist nach dem protokollierten Inhalt keineswegs, wie das Berufungsgericht angenommen hat, auf das Projekt W. beschränkt. Vielmehr hat der Zeuge danach die allgemeine Vertragspraxis dargestellt und ausdrücklich Angaben zu dem Projekt D. Version 2.00 gemacht. Geht man zudem, mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts, mit dem Landgericht davon aus, daß dem Beklagten beim jeweiligen Vertragsschluß bekannt war, daß die Klägerin die Programme im genossenschaftlichen Bankenbereich einsetzen wollte und daß ihm als langjährigen Mitarbeiter und Geschäftspartner der Klägerin weiter bekannt war, daß sich die Klägerin bei Entwicklung von Datenverarbeitungsprogrammen zur Weitergabe an Banken des genossenschaftlichen Bereichs regelmäßig auch den Quellcode herausgeben ließ, so stützt dies die Darstellung des Zeugen Br. . Hinzu kommt das Angebot des Beklagten, den Quellcode herauszugeben, das das Berufungsgericht allerdings deshalb für unerheblich gehalten hat, weil der Be-

klagte hierzu nur unter noch auszuhandelnden Bedingungen bereit gewesen sei. Diese Einschränkung kann im Revisionsverfahren indessen der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden. Das Berufungsgericht hat den entsprechenden Vortrag des Beklagten als streitig angesehen. Feststellungen dazu, ob er zutrifft, enthält das Berufungsurteil ebenso wenig wie die Gründe, aus denen sich eine solche Wertung herleiten ließe. In dem Schreiben selbst wird die Auslieferung von Original-Software (einschließlich Quellcode) an eine Übergabebestätigung gebunden im Hinblick darauf, daß jegliche Gewährleistung sich nur auf den unveränderten Softwarebestand erstrecken solle. Weiter wird dort ausgeführt, der Beklagte sei jederzeit bereit, die Software unter den vorgenannten Voraussetzungen ordnungsgemäß zu übergeben. Das Schreiben spricht daher, mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts, eher dafür, daß die Darstellung des Zeugen Br. zutrifft. Hiermit hat sich das Berufungsgericht, weil es die Aussage des Zeugen Br. nicht vollständig gewürdigt hat, jedoch nicht auseinandergesetzt. Dies wird es nunmehr nachzuholen haben. Es wird dabei erneut, wie oben bezüglich des Programms W. ausgeführt, alle Umstände und die Interessenlage beider Parteien zu berücksichtigen haben. Bei der Beurteilung des Preis-Leistungs-Verhältnisses wird es jedoch auch insoweit nicht ohne weiteres die vom gerichtlichen Sachverständigen als Entwicklungsaufwand für erforderlich gehaltenen „Mannmonate“ zugrunde legen können, sondern zu beurteilen haben, wie die Vertragsparteien das Preis-Leistungs-Verhältnis eingeschätzt haben.

II. Revision des Beklagten

Der Senat hat die Revision des Beklagten nur insoweit angenommen, als der Beklagte restlichen Werklohn für das Projekt W. beansprucht. Das Berufungsgericht hat dazu angenommen, zwar sei es unstrittig, daß es im Rahmen des Projekts W. zu einer Vielzahl von Inhaltsänderungen des ursprünglich erteilten Auftrags gekommen sei. Im Rahmen der Geltendmachung restlicher Werklohnvergütung sei es aber Aufgabe des Beklagten gewesen, den vertraglich geschuldeten Leistungsumfang zu beweisen. Dies sei durch das von ihm angebotene Sachverständigengutachten nicht möglich.

Die Revision des Beklagten beanstandet zu Recht, daß das Berufungsgericht einen Hinweis hätte erteilen müssen, wenn es weiteren Vortrag des Beklagten für erforderlich gehalten habe. Das Berufungsgericht gehe selbst davon aus, daß die Vergabe von Zusatzaufträgen unstrittig sei.

Das Berufungsgericht hat in seinem Hinweisbeschuß die Klägerin darauf hingewiesen, daß weiterer Vortrag erforderlich sei, insbesondere zum Umfang der Vertragspflichten des Beklagten. Es hat ausgeführt, dem bisherigen Sachvortrag der Klägerin und den insoweit vorgelegten Unterlagen könne der genaue, nach Abänderungen und Ergänzungen dem Beklagten letztlich erteilte Auftrag nicht entnommen werden. Daß auch hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Beklagten dessen Vortrag nicht für ausreichend gehalten wurde, ergab sich aus diesem Beschuß nicht. Allerdings wird die Berechtigung der Forderung des Beklagten auch davon abhängen, ob das Berufungsgericht nach

erneuter Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klägerin berechtigt war, nach § 326 BGB a.F. vorzugehen. War sie dies, so wird der Beklagte auch für Zusatzleistungen keine weitere Vergütung beanspruchen können.

Melullis

Keukenschrijver

Mühlens

Meier-Beck

Asendorf