

BGHZ : nein

BGH, Urt. v. 30. März 1983 - VIII ZR 3/82 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 3/82

URTEIL

Verkündet am
30. März 1983
Schnurr,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Institut D [REDACTED] & Partner GmbH, L [REDACTED]straße [REDACTED] in
M [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer
Karlheinz D [REDACTED],

Beklagte, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

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

g e g e n

Firma Wissenschaftliche Datenverarbeitung GmbH, Z [REDACTED]-
straße [REDACTED] in G [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Geschäfts-
führer Josef Lu [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 1983 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Merz, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird, unter Zurückweisung der Anschlußrevision der Klägerin, das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 2. Dezember 1981 aufgehoben, soweit die Widerklage mit Haupt- und Hilfsanträgen abgewiesen worden ist.

Das Urteil wird teilweise geändert und neu gefaßt:

Die Widerklage auf Leistung von Ersatz für den Schaden, der der Beklagten dadurch entstanden ist, daß sie den Drucker Hytype II Marke D [REDACTED] vom 18. Februar bis 29. Mai 1978 nicht benutzen konnte, ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Es wird festgestellt, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten auch allen weiteren aus der Vorenthaltung des Druckers Hytype II Marke



Diablo entstandenen Schaden, soweit er nicht schon Gegenstand der Leistungsklage ist, zu ersetzen.

Im übrigen wird im Umfang der Aufhebung der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch hinsichtlich einer etwaigen Zurückverweisung an das Landgericht und hinsichtlich der Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte betreibt Marktforschung unter Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen. Eine solche Anlage, mit deren Hilfe Programme für schriftliche Umfragen erstellt, die zu Befragenden angeschrieben und Umfrageergebnisse ausgewertet werden können, vermietete ihr die Klägerin aufgrund schriftlicher Verträge vom 26. November und 21. Dezember 1976 "für zwei Jahre", nach deren Ablauf das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit weiterlaufen und "dann von beiden Seiten unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten" kündbar sein sollte. Das aus mehreren Geräten, darunter einem Drucker Hytype II, bestehende System sollte bis spätestens 15. März 1977 instal-

liert und in Betrieb genommen werden. Die Software, über die die Klägerin verfügte, sollte der Beklagten unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Die Anlage wurde am 5. April 1977 geliefert. Bei der Inbetriebnahme ergaben sich technische Schwierigkeiten, die die Klägerin zu beheben suchte. Die Beklagte sah in der Folgezeit Anlaß zu weiteren Beanstandungen. Sie sind in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 13. Juli 1977 im einzelnen angeführt und betreffen nicht gelieferte Software, Mängel an der Hardware und Fehler beim Wartungsdienst. Bei einer Besprechung der Differenzen am 14. Juli 1977 kam es nach Darstellung der Beklagten zu einer Vereinbarung über die Lieferung und Installierung bestimmter Geräte. Nr. 8 der Vereinbarung besagt, "ab 1. Juli haben wir (= Beklagte) die Anlage mietfrei, bis alles entsprechend unserer Vereinbarung in Ordnung ist". Ob die Klägerin den Beanstandungen in der vereinbarten Weise abgeholfen hat - sie behauptet, das sei bis Oktober 1977 geschehen - ist streitig. Die Aufforderung der Klägerin, ab November 1977 den vereinbarten Mietzins zu zahlen, beantwortete die Beklagte fernmündlich und schriftlich mit weiteren Beanstandungen. Zu allen 23 Punkten nahm die Klägerin mit zwei Schreiben vom 2. Februar 1978 Stellung und vertrat den Standpunkt, die Beanstandungen beruhten teils auf mangelndem Verständnis der technischen Zusammenhänge, teils auf Bedienungsfehlern und auf der Verwendung ungeeigneter Programme. Ersatzansprüche wies sie zurück und bot der Beklagten an, "den bestehenden Mietvertrag abzubrechen". Am 17. Februar 1978 ließ die Klägerin den Drucker

Hytype II bei der Beklagten zur Instandsetzung abholen. Dem Mitarbeiter der Klägerin gab die Beklagte ein auf den 17. Februar 1978 datiertes Schreiben mit, in dem es heißt:

"Wie am Donnerstag, den 16. Februar 1978, gegen 17.30 Uhr mit Ihnen vereinbart, holen Sie am Freitag, den 17. Februar 1978, gegen 9.00 Uhr den Hytype II WP ab zum Einsetzen des abgebrochenen Splints. Sie haben zugesichert, daß der Hytype II WP bis 15.00 Uhr am Freitag, den 17. 2. 1978, repariert, zurückgebracht und an den Rechner wieder betriebsfähig angeschlossen wird....".

Tags darauf sprach die Klägerin die fristlose Kündigung des Mietvertrages aus und teilte der Beklagten mit, die Anlage werde bis spätestens 20. Februar 1978 abgeholt. Vorsorglich kündigte die Klägerin außerdem am 22. Mai 1978 zum 26. November 1978, nach ihrer Meinung dem Ablauf der im Mietvertrag vorgesehenen Zweijahresfrist.

Am 22. Mai 1978 brachte die Klägerin den Drucker zurück, der am 29. Mai wieder an die Datenverarbeitungsanlage angeschlossen wurde.

Die Klägerin hat den vereinbarten Mietzins für die Monate November und Dezember 1977, sowie die Vergütung für Wartungsarbeiten nach besonderer Vereinbarung eingeklagt und Herausgabe der zu der vermieteten Anlage gehörenden Geräte verlangt. Die Beklagte ist dem Begehren entgegengetreten. Sie hat außerdem

zunächst hilfsweise eine Gegenforderung von 3 514,92 DM (= 2 435,72 DM Vergütung für Kopien + 1 079,20 DM Mietzinsrückzahlung für Juli 1977) zur Aufrechnung gestellt. Später hat sie im Wege der Widerklage

die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 308 940 DM Schadensersatz verlangt

und die Feststellung begehrt,

die Klägerin sei verpflichtet, ihr sowohl die Aufwendungen zu ersetzen, die notwendig gewesen seien, um die EDV-Anlage in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, als auch ihr weiteren Schadensersatz dafür zu leisten, daß die EDV-Anlage in Zusammensetzung und Funktionsfähigkeit nicht der Vereinbarung im Mietvertrage vom 26.11./21.12.1976 entsprochen habe.

Das Landgericht hat nur der Herausgabeklage stattgegeben; im übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen.

Während der Berufungsinstanz hat die Beklagte die Anlage zurückgegeben. Sodann hat das Herausgabebegehren durch Abschluß eines Teilvergleichs Erledigung gefunden. Die Klägerin begehrt Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 1. September 1980 bis

- 7 -

zum 12. Februar 1981, und zwar 7 917,30 DM zuzüglich Zinsen und Mehrwertsteuer (Anschlußberufung).

Die Beklagte hat den bisher erforderlichen Aufwand, um die Anlage in vertragsgemäßen Zustand zu bringen, mit 154 812,31 DM beziffert, davon Teilbeträge von 84 040,09 DM eingeklagt und geltend gemacht, es seien noch weitere Anschaffungen zu diesem Zweck notwendig gewesen. Den im wesentlichen aus der Wegnahme des Druckers bereits entstandenen Schaden hat die Beklagte mit 308 940 DM angegeben und auf das Entstehen weiteren Schadens hingewiesen. Demgemäß hat sie - im Wege der Widerklage - beantragt,

festzustellen, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten die Aufwendungen zu ersetzen, die erforderlich waren und die angefallen sind und weiter anfallen, um die von der Klägerin an die Beklagte vermietete elektronische Datenverarbeitungsanlage in einen dem Mietvertrag entsprechenden Zustand zu versetzen (= Antrag III),

insoweit hilfsweise die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 84 040,09 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 4. Oktober 1979 zu zahlen, und festzustellen, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten auch die weiteren Aufwendungen zu ersetzen, die erforderlich waren und die angefallen sind und weiter anfallen, um die von der Klägerin an die Beklagte vermietete elektronische Datenverarbeitungsanlage in einen dem Mietvertrag entsprechenden Zustand zu versetzen (= Antrag III a),

die Klägerin des weiteren zu verurteilen, an die Beklagte 308 940 DM nebst 5 % Zinsen aus 76 210 DM seit Zustellung des Schriftsatzes vom 11. April 1978 und aus 232 730 DM seit Zustellung des Schriftsatzes vom 20. März 1980 zu zahlen, und festzustellen, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten auch

weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr außer den Aufwendungen zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes der Anlage gemäß dem vorstehenden Antrag zu 1 daraus entstanden ist und weiter entsteht, daß die von der Klägerin vermietete elektronische Datenverarbeitungsanlage in Zusammensetzung und Funktionsfähigkeit nicht der Vereinbarung im Mietvertrag entsprach und insbesondere der Drucker vom 17. Februar bis zum Mai 1978 nicht zur Verfügung stand (= Antrag IV).

Das Berufungsgericht hat in Abänderung der Entscheidung des Landgerichts unter Abweisung der Widerklage und Zurückweisung der Berufung der Beklagten im übrigen den mit der Widerklage verfolgten Anspruch auf Ersatz des Schadens, der der Beklagten daraus erwachsen ist, daß sie den Drucker Hytype II vom 3. März bis 29. Mai 1978 nicht habe benutzen können, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe dieses Anspruchs und zur Verhandlung und Entscheidung über das mit der Anschlußberufung erhobene Nutzungsentschädigungsbegehren hat die Vorinstanz den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten auch allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr seit dem 27. März 1980 dadurch entstanden ist oder noch entstehen wird, daß sie den Drucker Hytype II vom 3. März bis 29. Mai 1978 nicht habe benutzen können.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte, soweit sie im zweiten Rechtszug unterlegen ist, ihr Begehren weiter.

Die Klägerin erstrebt im Wege der selbständigen Anschlußrevision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils zur Widerklage.

Die Beklagte beantragt, die Anschlußrevision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

A) Die Revision der Beklagten

I. 1. Das Berufungsgericht meint, der Widerklageantrag auf Feststellung einer Verpflichtung der Klägerin zum Ersatz von Aufwendungen, die erforderlich waren, tatsächlich auch angefallen sind und weiter anfallen, um die EDV-Anlage in einen dem Mietvertrag entsprechenden Zustand zu versetzen (= Antrag III der Berufungsbegründung vom 6. Februar 1981), sei unzulässig, soweit es um Aufwendungen v o r Erhebung der Widerklage mit dem damals im Schriftsatz vom 4. Oktober 1979 gestellten Antrag (zugestellt am 9. Oktober 1979) gehe. Insoweit habe die Be-

klagte auf Leistung klagen können. Deshalb müsse das Feststellungsinteresse verneint werden.

Im übrigen sei der Feststellungsantrag zwar zulässig, aber sachlich nicht gerechtfertigt. Alle für den Aufwendungsersatz in Betracht zu ziehenden Anspruchsgrundlagen (§§ 538 Abs. 2, 547 BGB) setzten ein bestehendes Mietverhältnis voraus. Im vorliegenden Falle sei der Mietvertrag jedoch bereits am 5. Oktober 1979, also vor Klageerhebung beendet worden. Die Mietzeit nach dem auf zweieinhalbjährige Laufzeit (zwei Jahre + sechs Monate Kündigungsfrist) angelegten Verträge habe spätestens mit der Übergabe eines benutzbaren Teils der Anlage am 5. April 1977 begonnen. Für die Behauptung, am 14. Juli 1977 seien die Parteien darüber einig geworden, die Mietzeit solle erst mit der Erfüllung der an diesem Tage getroffenen Absprachen beginnen, habe die Beklagte den Beweis nicht geführt. Die Vereinbarung zeitweiliger Befreiung der Beklagten von der Verpflichtung, Mietzins zu zahlen, beinhalte keine Verlängerung der Vertragsdauer. Mithin habe das Vertragsverhältnis am 5. Oktober 1979 geendet, weil die Klägerin bereits am 22. Mai und 16. November 1978 die ordentliche Kündigung erklärt und mit dem Herausgabeverlangen zum Ausdruck gebracht habe, sie wolle den Vertrag so bald wie möglich beenden.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Feststellungsbegehren, das den Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen

zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes der EDV-Anlage betrifft, hält den Revisionsangriffen nicht stand.

a) Für dieses Begehren könnte das Feststellungsinteresse allerdings dann gefehlt haben, wenn die Annahme des Berufungsgerichts zuträfe, das Mietverhältnis sei bereits am 5. Oktober 1979 und damit vor Erhebung der Widerklage am 9. Oktober 1979 beendet gewesen. Ersatzansprüche für Aufwendungen, die erforderlich sind, um die Mietsache in den vertragsgemäßen Zustand zu bringen, können nämlich nur bis zum Vertragsende entstehen (Staudinger/Emmerich, BGB, 12. Aufl., § 538 Rdn. 25; Palandt, BGB, 41. Aufl., § 538 Anm. 1). Ist mit der Vertragsbeendigung der anspruchsbegründende Sachverhalt abgeschlossen, so liegt die Annahme nicht fern, der Mieter könne den vom Vermieter gemäß § 538 Abs. 2 BGB geschuldeten Aufwendungsersatz beziffern. Die Beklagte hätte bei solcher Fallgestaltung auf Leistung klagen können und müssen.

b) Der Mietvertrag war jedoch bei Erhebung der Feststellungswiderklage am 9. Oktober 1979 nicht beendet.

aa) Die Annahme des Berufungsgerichts, das Mietverhältnis habe spätestens am 5. April 1977 begonnen, wird von der Revision nicht bekämpft; sie ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

bb) Ob das Mietverhältnis durch die fristlose Kündigung der Klägerin vom 18. Februar 1978 beendet worden ist, hat das Landgericht dahingestellt sein lassen. Das Berufungsgericht hat in anderem Zusammenhang eine Berechtigung der Klägerin zur fristlosen Kündigung verneint. Davon ist in der Revisionsinstanz auszugehen (vgl. unten III 2 a).

cc) Im Gegensatz zum Landgericht hat das Berufungsgericht gemeint, der Mietvertrag habe eine um die Kündigungsfrist zu verlängernde Gesamtlaufzeit von zwei Jahren und sechs Monaten gehabt. Ob diese Auslegung zutrifft, wie die Revision meint, kann vom erkennenden Senat nicht geprüft werden, denn sie hält sich im Rahmen tatrichterlichen Beurteilungsspielraumes und ist jedenfalls nicht unmöglich. Die Klägerin hat sie überdies nicht beanstandet.

dd) Das führt indessen nicht zum Ablauf der Vertragsdauer am 5. Oktober 1979. Verfahrensfehlerhaft ist die Auffassung des Berufungsgerichts zustande gekommen, die Beklagte habe nicht bewiesen, daß die Vertragsparteien am 14. Juli 1977 übereingekommen sind, auf die Laufzeit des Vertrages sei die Spanne nicht anzurechnen, welche die Klägerin benötige, um die an diesem Tage eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Die im ersten Rechtszuge vernommene Zeugin Dr. P. [REDACTED] hat mit Bezug auf die Vereinbarung der Parteien vom 14. Juli 1977, in der sich die Klägerin zu ergänzenden Lieferungen und zum Austausch

von Hardware verpflichtete und in der sie der Beklagten zugestand, ab 1. Juli 1977 habe sie die Anlage mietfrei bis alles in Ordnung ist, ausgesagt, bei der Besprechung an diesem Tage habe Herr Lu■■■ (Geschäftsführer der Klägerin) das Angebot gemacht, daß die Beklagte mietfrei sei bis die genannten Mängel behoben seien und "diese Zeitspanne solle nicht auf die vereinbarte Mietzeit angerechnet werden". Das Landgericht hat darin die Bestätigung der von der Beklagten behaupteten Vereinbarung gesehen, daß die Dauer des Mietvertrages um die Zeit, in der wegen Mangelhaftigkeit der Anlage keine Miete zu zahlen war, verlängert werden sollte. Für seine gegenteilige Wertung hat das Berufungsgericht keine Begründung gegeben. Ersichtlich ist es davon ausgegangen, die Beklagte wolle unmittelbar aus der Vereinbarung einer zeitweiligen Befreiung von der Mietzahlungspflicht die Verlängerung der Vertragsdauer herleiten. Darum geht es indessen nach den Bekundungen der Zeugin Dr. P■■■ nicht. Nach ihrer Darstellung hat der Geschäftsführer der Klägerin der Beklagten zweierlei angeboten: Mietfreiheit bis zur Behebung der Beanstandungen u n d Nichtanrechnung dieser Zeitspanne auf die vereinbarte Mietzeit. Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts hält danach der in der Revisionsinstanz möglichen beschränkten Nachprüfung nicht stand.

ee) Zur Dauer der Unterbrechung der Laufzeit des Mietvertrages hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen. Das Landgericht

hat sie auf höchstens 16 Monate bemessen und ist - ausgehend von einer festen Mietzeit von zwei Jahren - zu dem Ergebnis gelangt, das Mietverhältnis sei spätestens am 5. Oktober 1980 beendet worden. Selbst wenn insoweit vom Vorbringen der Klägerin auszugehen wäre, daß bis Oktober 1977 alle Mängel behoben gewesen seien und die Beklagte umfangreiche Aufträge habe ausführen können, wären der festen Mietzeit - nach Meinung des Berufungsgerichts zwei Jahre und sechs Monate - vier Monate zuzurechnen. Sie wäre danach frühestens am 4. Februar 1980 abgelaufen.

c) Bestand danach bei Erhebung der Feststellungswiderklage am 9. Oktober 1979 das Mietverhältnis in jedem Falle noch, so rechtfertigt die schlüssige Behauptung der Beklagten, in diesem Zeitpunkt sei die EDV-Anlage noch immer nicht in dem vertraglich vereinbarten Zustand gewesen, die Annahme eines rechtlichen Interesses der Beklagten an der Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin gemäß § 538 Abs. 2 BGB. Daß diese Behauptung, die die Beklagte noch im Schriftsatz vom 11. September 1981 aufrechterhalten hat, nicht aus der Luft gegriffen war, zeigt das im Beweissicherungsverfahren erstattete Sachverständigengutachten vom 6. August 1981, in dem jedenfalls die Notwendigkeit von Korrekturen im Funktionsablauf der EDV-Anlage im einzelnen dargestellt worden ist. Befindet sich ein anspruchsbegründender Sachverhalt im Zeitpunkt der Klageerhebung noch in der Entwicklung, so steht der Umstand, daß im Zeitpunkt der Klageerhebung eine teilweise Bezifferung möglich wäre, der Bejahung des Fest-

stellungsinteresses jedenfalls dann nicht entgegen, wenn der Anspruch seiner Natur nach sinnvollerweise erst nach Abschluß seiner Entwicklung beziffert werden kann. Das hat der erkennende Senat für Schadensersatzansprüche wiederholt ausgesprochen (Senatsurteile vom 30. September 1970 - VIII ZR 203/68 und vom 18. November 1974 - VIII ZR 188/73 beide nicht veröffentlicht). Dieser Grundsatz, der gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung entspricht (BGHZ 5, 314, 315; BGH Urteil vom 15. November 1977 - VI ZR 101/76 = NJW 1978, 210 und Urteil vom 10. Januar 1978 - VI ZR 113/75 = WM 1978, 470, 471; BAG Urteil vom 15. Februar 1973 - 2 AZR 16/72 = JZ 1973, 561) gilt auch für den Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 538 Abs. 2 BGB. Welche Aufwendungen der Mieter einer EDV-Anlage vornehmen muß, um diese in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, kann erst beurteilt werden, wenn die Anlage die funktionale Aufgabe tatsächlich löst, zu deren Bewältigung sie gemietet worden ist. Das erfordert die Bereitstellung der notwendigen Geräte (Hardware) ebenso wie die Bereitstellung und den sachgerechten Einsatz der Programme (Software). Selbst das zum Zwecke der Beweissicherung von der Klägerin aufgestellte Modell der vermieteten Anlage erforderte, wie dargelegt, bei Probelaufen technische Korrekturen.

d) Bestand für die am 9. Oktober 1979 erhobene Widerklage das Feststellungsinteresse, so war die Beklagte nicht gezwungen, später zur Leistungsklage überzugehen, selbst wenn das im Verlaufe des Prozesses möglich geworden wäre. Auch das entspricht

der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats (Senatsurteile vom 25. Juni 1980 - VIII ZR 260/79 = BGHZ 77, 301 (insoweit nicht in der amtlichen Sammlung) = WM 1980, 1176 und vom 10. Dezember 1980 - VIII ZR 186/79 = WM 1981, 66 m.w. Nachw.).

e) Schließlich kann der Beklagten kein Nachteil daraus erwachsen, daß sie hilfsweise Leistungswiderklage auf Ersatz eines Teils der Aufwendungen erhoben hat, die nach ihrer Darstellung erforderlich waren, um die EDV-Anlage in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. Das folgt unmittelbar aus dem oben unter d) dargestellten Grundsatz. Er verwehrt einer Prozeßpartei naturgemäß nicht, einem etwaigen prozessualen Risiko vorsorglich zu begegnen.

f) Unter diesen Umständen durfte das von der Beklagten seit dem 9. Oktober 1979 verfolgte Feststellungsbegehren, das schließlich in dem Widerklageantrag Nr. III der Berufungsbeurteilung vom 6. Februar 1981 aufgegangen ist, nicht als unzulässig abgewiesen werden.

3. Soweit das Berufungsgericht das Feststellungsbegehren gemäß Nr. III der Widerklage für zulässig, aber unbegründet angesehen hat, trägt die Begründung, die in Betracht kommenden Ansprüche setzten - was zutrifft - ein bestehendes Mietverhältnis voraus, im vorliegenden Falle sei der Mietvertrag der Par-

teilen aber bereits am 5. Oktober 1979 beendet worden, die Entscheidung nicht. Auf die vorstehenden Ausführungen unter 2 b) wird Bezug genommen.

4. Die Entscheidung über den Widerklagehauptantrag Nr. III der Berufungsbegründung vom 6. Februar 1981 konnte danach keinen Bestand haben und mußte aufgehoben werden.

Eine Entscheidung in der Sache ist dem erkennenden Senat verwehrt, weil es weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf. In der aus diesem Grunde notwendigen anderweiten Verhandlung wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß als Anspruchsgrundlage für den Aufwendungsersatz der Mieterin nur § 538 Abs. 2 BGB in Betracht kommt, nicht auch, wie die Vorinstanz offenbar gemeint hat, § 547 Abs. 1 BGB. Aufwendungen des Mieters zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache sind nicht notwendige Verwendungen im Sinne des § 547 BGB (Senatsurteil vom 26. September 1958 - VIII ZR 121/57 = WM 1958, 1420, 1423; Soergel/Siebert/Kummer, BGB, 11. Aufl., § 538 Rdn. 24 m.w.Nachw.; MünchKomm-Völskow, § 547 Rdn. 7 m.w.Nachw.).

II. Da über den Widerklagehauptantrag Nr. III der Berufungsbegründung anderweit zu verhandeln und entscheiden ist, ist der Entscheidung des Berufungsgerichts über den dazu gestellten Hilfsantrag, der aus einem Leistungs- und einem Feststellungs-

begehren zusammengesetzt ist, die Grundlage entzogen.

Indessen ist darauf hinzuweisen, daß das Berufungsgericht die Anforderungen an die Substantiierungspflicht überspannt hat. Darauf hat die Revision unter Hinweis auf den Sachvortrag der Beklagten im ersten Rechtszuge hingewiesen. An der zitierten Stelle heißt es u.a.:

"Anschaffung von Datenträgerscassetten und zwei kleineren Platten insgesamt DM 5 264,53, Aufwendung für Wartung und Reparaturen, die die Klägerin vertragswidrig verweigert hat insgesamt DM 16 459, 71, Lieferung von Multi-User-Basic DM 4 009,60, Software-Arbeiten zur Installation von Multi-User-Basic und Mängelbeseitigung in anderen von der Klägerin gelieferten Programmen DM 11 453,40 und Anschaffung von drei zusätzlichen Druckern DM 46 852,85 insgesamt also DM 84 040,09".

Dazu sind 46 Rechnungen überreicht worden, die zum Teil mit Zahlungsvermerken versehen sind. Die Zuordnung der Rechnungen zu den einzelnen Aufwendungsposten aufgrund richterlicher Verfügung vom 8. Mai 1981 ist im Schriftsatz vom 10. Juni 1981 nachgeholt worden. Im zitierten Schriftsatz wird dargestellt, wann und wie die Klägerin mit der Beseitigung der Mängel in Verzug geraten sein soll. Die Aufwendungen, bei denen es sich um Ersatzbeschaffung, teilweise auch um die Beschaffung von Ergänzungsgeräten handelt, sind nach Art und Umfang beschrieben.

Da die Sache indessen ohnehin erneut verhandelt werden muß, bleibt der Beklagten unbenommen, ihren Sachvortrag und ihre Beweisangebote noch weiter zu ergänzen.

Falls das Widerklagebegehren in der anderweiten Verhandlung nicht mit Rücksicht auf den Teilvergleich, mit dem das Mietverhältnis auch faktisch beendet worden ist, auf neue Anträge umgestellt wird, wird Gelegenheit sein, den Hilfsantrag auf Feststellung (Nr. III a der Berufungsbegründung vom 6. Februar 1981) zu präzisieren.

III. 1. Das Berufungsgericht hat die Widerklage auf Zahlung von 308 940 DM zuzüglich Zinsen (Antrag Nr. IV erster Teil der Berufungsbegründung vom 6. Februar 1981) dem Grunde nach teilweise für gerechtfertigt angesehen und ausgeführt, die Beklagte könne Ersatz des Schadens verlangen, welcher ihr dadurch entstanden sei, daß sie den Drucker Hytype II vom 3. März bis 29. Mai 1978 nicht habe benutzen können. Im übrigen, d.h. soweit Schaden in der Zeit vom 18. Februar bis 2. März 1978 aus dem gleichen Grunde verursacht worden ist, schulde die Klägerin keinen Schadensersatz. Vom 3. März bis 29. Mai habe die Klägerin der Beklagten den Drucker vorenthalten. Die Wegnahme des Geräts sei zum Zwecke der Reparatur erfolgt. Diese habe nicht mehr als eine Woche Zeit beansprucht. Die gleiche Zeit komme der Klägerin außerdem für das Wiederanschließen des Druckers zugute. Vorenthalten habe sie der Beklagten den Drucker in der Zeit vom

3. März bis 29. Mai 1978, weil das Vertragsverhältnis und damit das Gebrauchsrecht der Beklagten fortbestanden habe. Zur fristlosen Kündigung sei die Klägerin nämlich nicht berechtigt gewesen.

Die Vorinstanz hat schließlich gemeint, dem Vorbringen der Beklagten sei nicht zu entnehmen, daß noch andere Mängel als Schadenursache in Betracht kämen und den geltend gemachten Ersatzanspruch rechtfertigen könnten.

2. Diese Ausführungen halten einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz gleichfalls nicht in allen Punkten stand.

a) Das Berufungsgericht hat darin recht, daß die Klägerin der Beklagten den zur EDV-Anlage gehörenden Drucker Hytype II zwischen dem 18. Februar und 29. Mai 1978 während der Zeit vorenthalten hat, die sie nicht für Reparatur und Wiederanschluß des Geräts nach der Instandsetzung benötigte. Von einer Vorenthaltung war deshalb auszugehen, weil die Klägerin keinen Anspruch auf Rückgabe der Mietsache oder von Teilen derselben hatte. Ihre am 18. Februar 1978 ausgesprochene fristlose Kündigung hat nicht zur Beendigung des Mietverhältnisses geführt. Das Berufungsgericht hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgeführt, daß sich die Klägerin auf einen Zahlungsrückstand als außerordentlichen Kündigungsgrund deshalb nicht berufen konnte, weil etwaige Mietzinsansprüche durch die von

der Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen waren. Dagegen hat sich die Klägerin in der Revisionsinstanz nicht mit stichhaltigen Gründen gewandt. Dadurch, daß die Klägerin am 29. Mai 1978 den Drucker wieder an die EDV-Anlage angeschlossen hat, hat sie im übrigen zu erkennen gegeben, daß sie die fristlose Kündigung selbst nicht für durchgreifend angesehen hat.

b) Die zeitliche Begrenzung des dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärten Ersatzanspruchs wegen der Vorenthaltung des Druckers auf Einbußen zwischen dem 3. März und 29. Mai 1978 ist dagegen nicht gerechtfertigt. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 17. Februar 1978 hat die Klägerin der Beklagten zugesagt, sie werde den Drucker am 17. Februar 1978 gegen 9.00 Uhr abholen, den abgebrochenen Splint ersetzen und das Gerät repariert am selben Tage bis 15.00 Uhr zurückbringen und betriebsfertig anschließen. Von dieser Verpflichtung hat sich die Klägerin, da ihr ein Kündigungsrecht, wie dargelegt, nicht zustand, ohne Grund losgesagt. Weshalb das Berufungsgericht angesichts des zitierten Schreibens vom 17. Februar 1978, das der Klägerin ersichtlich am selben Tage durch einen ihrer Mitarbeiter ausgehändigt worden ist, zu der Auffassung gelangt ist, das Auswechseln eines gebrochenen Splints und das Anschließen des reparierten Druckers beanspruche insgesamt zwei Wochen, ist unerfindlich. Unerfindlich ist auch, weshalb der Klägerin nach Erklärung der fristlosen Kündigung noch eine Frist zur Prüfung der Rechtslage zugebilligt worden

ist. Die Rechtslage hätte die Klägerin vorher prüfen müssen. Hat sie ohne Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt voreilig fristlos gekündigt, so gereicht ihr dies zum Verschulden.

3. In dem Ausspruch des Berufungsgerichts über den Grund der Ersatzpflicht war danach die zeitliche Begrenzung, wie von der Beklagten begehrt, zu ändern.

IV. 1. Den Feststellungswiderklageantrag in der Fassung der Nr. IV zweiter Teil der Berufungsbegründung vom 6. Februar 1981 hat das Berufungsgericht als unzulässig abgewiesen, soweit er sich auf Schäden richtet, die vor - erstmaliger - Zustellung dieses Antrags in der Fassung vom 20. März 1980 am 27. März 1980 entstanden sein sollen. Die bis dahin entstandenen Schäden, hat das Berufungsgericht gemeint, könne die Beklagte mit einer auf Zahlung gerichteten Klage oder Widerklage verfolgen. Im übrigen, d.h. für die Zeit nach dem 27. März 1980 hat die Vorinstanz die Feststellungsklage für zulässig gehalten.

2. Die Revision hat darin recht, daß die Feststellungsklage ohne Einschränkung zulässig ist.

Die Feststellungsklage bezieht sich auf die Ersatzpflicht für Schäden, die nach Darstellung der Beklagten seit 1977 in fortlaufender Entwicklung dadurch entstanden sind, daß die EDV-Anlage in ihrer Zusammensetzung und Funktionsfähigkeit nicht dem

vertraglich vorausgesetzten Zweck entsprach, sowie auf weitere Schäden wegen der Vorenthaltung des Druckers. Bei derartiger Sachlage war die Beklagte berechtigt, wie geschehen, auf Feststellung zu klagen (Senatsurteil vom 30. September 1970 - VIII ZR 203/68 und die weitere oben unter I 2 c) zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung). Auf die vorstehenden hier sinngemäß geltenden Ausführungen unter I 2 c) wird Bezug genommen.

3. Die teilweise Abweisung der in Rede stehenden Feststellungswiderklage konnte danach keinen Bestand haben.

V. Soweit das Berufungsgericht das auf die Verpflichtung der Klägerin zur Schadensersatzleistung gerichtete Feststellungsbegehren als unbegründet angesehen hat, hält auch das einer Nachprüfung nicht stand.

1. Die zeitliche Begrenzung der Ersatzpflicht für weitere Schäden aus der Vorenthaltung des Druckers Hytype II auf die Zeit vom 3. März bis 29. Mai 1978 ist, wie oben (III 2 b) dargelegt, nicht gerechtfertigt.

2. Soweit die Ersatzpflicht der Klägerin für weiteren Schaden wegen anderer Mängel mit der Begründung verneint worden ist, derartige Mängel seien dem Sachvortrag der Beklagten nicht zu entnehmen, rügt das die Revision ebenfalls mit Erfolg.

Das Landgericht hat über andere den vertragsgemäßen Gebrauch der EDV-Anlage beeinträchtigende Mängel Beweis erhoben. Auch das Berufungsgericht selbst hat dies im Beweissicherungsverfahren getan. Das Landgericht hat freilich in Abschnitt II. 1. seines Urteils andererseits ausführlich dargelegt, unter welchen - weiteren - Voraussetzungen selbst bei Vorhandensein von Mängeln, die die Nutzungsmöglichkeiten der EDV-Anlage einschränkten, erst Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens besteht. Darauf ist das Berufungsgericht nicht zurückgekommen. Insbesondere ist nicht festgestellt worden, daß die Beklagte ihren Sachvortrag im zweiten Rechtszuge nicht entsprechend den Forderungen des Landgerichts ergänzt hätte. Dazu bedarf es mithin weiterer Aufklärung.

3. Eine abschließende Entscheidung über das Feststellungsbegehren war dem erkennenden Senat nicht möglich. Entscheidungsreif ist lediglich die Ersatzpflicht der Klägerin für weitere Schäden aus der Vorenthaltung des Druckers in der Zeit vom 18. Februar bis 29. Mai 1978. Im übrigen sind weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich. Das macht eine Aufhebung und Zurückverweisung der Sache wegen der Ersatzpflicht der Klägerin wegen anderer Mängel der EDV-Anlage notwendig (§ 565 ZPO).

VI. Die Beklagte wendet sich schließlich dagegen, daß das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen des angefochtenen

Urteils ausgeführt hat, der im Wege der Anschlußberufung geltend gemachte Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 1. September 1980 bis 12. Februar 1981 sei entstanden.

Darauf, ob dies zutrifft, braucht nicht eingegangen zu werden, denn die Urteilsformel enthält insoweit nur eine - unzulässige - Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht. Der vom Berufungsgericht zur Begründung der Zurückverweisung angeführte Grund des Verlusts einer Tatsacheninstanz, der andernfalls einträte, überzeugt nicht. Daraus, daß eine Klageänderung im zweiten Rechtszuge als sachdienlich zugelassen werden kann, folgt, daß das Gesetz den Verlust einer Tatsacheninstanz in Kauf nimmt (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 19. Aufl., § 538 Anm. II.2.). Das Berufungsgericht muß bei der Prüfung der Sachdienlichkeit einer im Wege der Anschlußberufung herbeigeführten Klageänderung berücksichtigen, ob es in der Lage sein wird, über das neue Begehren zu entscheiden; denn § 538 ZPO gilt nicht, wenn in der Berufungsinstanz über einen erst dort erhobenen Anspruch verhandelt wird (Stein/Jonas/Grunsky aaO). Ergibt sich dabei, daß über das neue Begehren eine Entscheidung nicht möglich ist, etwa weil, wie hier, über einen Aufrechnungseinwand befunden werden müßte, welcher aufgrund insoweit zulässiger Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht dort zu prüfen ist, wird die Sachdienlichkeit einer Klageerweiterung zu verneinen sein.

B) Die Anschlußrevision der Klägerin

I. Die Klägerin wendet sich mit der Anschlußrevision dagegen, daß der Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen Vorenthaltung des Druckers Hytype II dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist.

Damit kann sie keinen Erfolg haben. Auf die Ausführungen unter A) III wird Bezug genommen. Die Klägerin hat keine rechtlichen Gesichtspunkte vorgetragen, die nicht schon im Zusammenhang mit den Revisionsangriffen der Beklagten, welcher das Grundurteil nicht weit genug geht, geprüft worden wären.

II. Die Klägerin wendet sich ferner dagegen, daß das Berufungsgericht ihre Ersatzpflicht für weitere Schäden aus der Vorenthaltung des Druckers festgestellt hat. Sie meint, diese Feststellung sei unzulässig.

Das trifft nicht zu. Insoweit wird auf die Ausführungen unter A) IV verwiesen.

Soweit sich die Klägerin gegen den Grund ihrer Ersatzpflicht auch für die weiteren Schäden aus der Vorenthaltung des Druckers wendet, gilt, was oben unter I ausgeführt worden ist, entsprechend.

III. Der Anschlußrevision mußte danach der Erfolg versagt bleiben.

C) Über die Kosten der Revision und Anschlußrevision kann nur einheitlich entschieden werden. Der endgültige Erfolg oder Mißerfolg der Revision hängt vom Ergebnis der anderweiten Verhandlung und Entscheidung durch das Berufungsgericht ab. Ihm war deshalb auch die Entscheidung über die Kosten der Rechtsmittel vorzubehalten.

Braxmaier

Wolf

Merz

Dr. Skibbe

Groß

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZR 3/82

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

Wegen eines Schreibversehens werden die Ausfertigungen und Abdrucke des Urteils vom 30. März 1983 - VIII ZR 3/82 - dahin berichtigt, daß auf Seite 2 in der dritten Zeile anstelle von Dr. Paulusch als mitwirkender Richter Dr. Skibbe anzugeben ist.

Das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 30. März 1983 ergibt eindeutig, daß Dr. Skibbe und nicht Dr. Paulusch an der Entscheidung mitgewirkt hat. Die anderslautende Ausfertigung des Urteils vom 30. März 1983 war daher insoweit zu berichtigen.

(Schnurr)

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Bundesgerichtshofs