

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 4/84

URTEIL

Verkündet am
6. März 1985
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

I [REDACTED] für V [REDACTED] GmbH, L [REDACTED]straße 205
in M [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Geschäfts-
führer Karl-Heinz D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Firma W [REDACTED] D [REDACTED] GmbH, Z [REDACTED]-
straße 11 in G [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Geschäfts-
führer Josef L [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Zülch und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird, unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen, das Teil-Endurteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14. Dezember 1983, soweit darin zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist, teilweise aufgehoben. Das Urteil wird wie folgt abgeändert und neu gefaßt:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 19. Dezember 1980 in Nr. II und Nr. III der Entscheidungsformel aufgehoben.

II. Auf die Leistungswiderklage (= Antrag I) wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 5.586,64 DM und 14,5 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1983 zu zahlen.

13

- 3 -

Wegen eines Betrages von 12.200 DM (Honorar Dr. P [REDACTED]) sowie wegen eines 14,5 % übersteigenden Zinsanspruchs wird die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Betrag von 25.271,94 DM wird die Widerklage abgewiesen.

III. Auf die Widerklage (= Antrag II 1) wird festgestellt, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten auch die weiteren - nicht im Widerklageantrag Nr. I enthaltenen - A u f w e n d u n g e n zu ersetzen, die erforderlich waren und die angefallen sind und weiter anfallen, um die von der Klägerin an die Beklagte vermietete EDV-Anlage in einen dem Mietvertrag vom 26. November/21. Dezember 1976 entsprechenden Zustand zu versetzen.

IV. Zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die Höhe der dem Grunde nach im Senatsurteil vom 30. März 1983 - VIII ZR 3/82 für gerechtfertigt erklär-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



ten Leistungsklage wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

V. Auf die Widerklage (Antrag IV 1) wird festgestellt, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten auch den weiteren - nicht in den Widerklageanträgen Nr. I, II und III enthaltenen - S c h a d e n zu ersetzen, der der Beklagten daraus entstanden ist und weiter entsteht, daß die ihr von der Klägerin vermietete EDV-Anlage in Zusammensetzung und Funktionsfähigkeit nicht der Vereinbarung im Mietvertrag vom 26. November/21. Dezember 1976 entsprach.

VI. Auf die Widerklage (Antrag V 3) wird festgestellt, daß der Mietvertrag vom 26. November/21. Dezember 1976 nicht vor dem 4. November 1981 beendet worden ist. Die weitergehende Widerklage (Antrag V 1 und V 2) wird abgewiesen.

VII. Die Widerklage auf Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin für den der Beklagten aus der fristlosen Kündigung

vom 18. Februar 1978 angeblich entstandenen Schaden (Antrag VII) wird als unzulässig abgewiesen.

VIII. Die Entscheidung über die Kosten aller Rechtszüge bleibt dem Berufungsurteil vorbehalten.

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 Diablo, bestehende System sollte bis spätestens 15. März 1977 installiert 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. Die Beklagte wies bei dieser Gelegenheit schriftlich darauf hin, daß der Drucker entsprechend einer am

16. Februar 1978 getroffenen Absprache am 17. Februar 1978 bis 15.00 Uhr repariert und betriebsfähig wieder angeschlossen sein solle.

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 Scha-
densersatz 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 in der mündlichen Verhandlung am 4. Novem-
ber 1981 Erledigung gefunden. Die Klägerin hat Nutzungsentschä-
digung für die Zeit vom 1. September 1980 bis zum
12. Februar 1981, und zwar 7.917,30 DM zuzüglich Zinsen und
Mehrwertsteuer im Wege der Anschlußberufung geltend gemacht.

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 ... 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.

Diese Entscheidung haben die Beklagte mit der Revision und die Klägerin mit der Anschlußrevision angefochten. Die Anschlußrevision der Klägerin hatte keinen Erfolg. Auf die Revision der Beklagten hat der erkennende Senat das Berufungsurteil aufgehoben, soweit darin die Widerklage mit Haupt- und Hilfsanträgen abgewiesen worden ist. Er hat das Urteil teilweise geändert und ausgesprochen,

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

Der erkennende Senat hat ferner 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 ist der Rechtsstreit im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch hinsichtlich einer etwaigen Zurückverweisung an das Landgericht, an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden (WM 1983, 766).

Im zweiten Berufungsverfahren hat die Beklagte folgende Widerklageanträge gestellt:

I. Die Klägerin ist schuldig, an die Beklagte 79.208,60 DM nebst 15 % Zinsen seit 1. Oktober 1983 zu zahlen.

II. 1. Es wird festgestellt, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten die Aufwendungen, soweit nicht im Antrag I. enthalten, 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.

Zu diesem Antrag hat die Beklagte die auf S. 16-26 des zweiten Berufungsurteils wiedergegebenen Feststellungshilfsanträge gestellt. Darauf wird Bezug genommen.

Die Beklagte hat im Wege der Widerklage weiter beantragt:

III. Die Klägerin ist schuldig, an die Beklagte
308.940 DM nebst 15 % Zinsen seit
1. Oktober 1983 zu zahlen.

IV. 1. Es wird festgestellt, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten den über den in vorstehenden Ziffern I., II. und III. sowie dem BGH Urteil enthaltenen, weitergehenden Schaden zu ersetzen, der der Beklagten daraus entstanden ist und weiter entsteht, daß die von der Klägerin vermietete elektronische Datenverarbeitungsanlage in Zusammensetzung und Funktionsfähigkeit nicht der Vereinbarung im Mietvertrag vom 26. 11./21. 12. 1976

entsprach und insbesondere das Sichtgerät ab 1. 2. 1978 bis zum Ende der Vertragslaufzeit der Beklagten von der Klägerin vorenthalten wurde.

Zu diesem Feststellungsantrag hat die Beklagte die auf S. 27 und 28 des zweiten Berufungsurteils wiedergegebenen Feststellungshilfsanträge gestellt. Darauf wird ebenfalls Bezug genommen.

Die Beklagte hat weiter beantragt:

V. 1. Es wird festgestellt, daß der Mietvertrag vom 26. 11./21. 12. 1976 zwischen den Parteien noch nicht beendet ist.

2. Hilfsweise hierzu:

Es wird festgestellt, daß der Mietvertrag am 6. 9. 1983 beendet war.

3. Weiter hilfsweise hierzu:

Es wird festgestellt, daß der Mietvertrag am 4. 11. 1981 beendet war.

VI. Die Klägerin ist schuldig, an die Beklagte
188.326,36 DM an Zinsen zu bezahlen.

VII. Es wird festgestellt, daß die Klägerin
verpflichtet ist, der Beklagten den Schaden
aus der fristlosen Kündigung vom 18. 2. 1978
des Mietvertrages vom 26. 11./21. 12. 1976 zu
ersetzen, soweit dieser nicht schon in
vorstehenden Ziffern I., II., III., IV. und
VI. enthalten ist.

Die Klägerin hat beantragt, unter Zurückweisung der Beru-
fung der Beklagten die Widerklage abzuweisen.

Die Berufung der Beklagten hatte in dem aus der Entschei-
dungsformel des am 14. Dezember 1983 verkündeten Teil-Endur-
teils des Oberlandesgerichts München im einzelnen ersichtlichen
Umfang teilweise Erfolg, teilweise ist die Widerklage abgewiesen
worden und zu einem weiteren Teil ist der Rechtsstreit beim
Berufungsgericht anhängig geblieben.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin bean-
tragt, verfolgt die Beklagte die Widerklage weiter, soweit sie
abgewiesen worden ist.

Entscheidungsgründe

A) Leistungswiderklage

(Ersatz von Aufwendungen zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes der Anlage)

I. Der mit der Leistungsklage geltend gemachte Betrag von 79.208,60 DM setzt sich aus den von der Beklagten in der Aufstellung zum Schriftsatz vom 7. März 1980 im einzelnen bezifferten Aufwendungen = 62.608,60 DM und weiteren Beträgen von 4.400 DM (Sichtgerät) und 12.200 DM (Honorar Dr. P. [REDACTED]) zusammen.

Das Berufungsgericht hat der Beklagten hiervon 4.785,94 DM zugesprochen, 33.102,28 DM abgewiesen und die Entscheidung über den verbleibenden Restbetrag dem Schlußurteil vorbehalten.

II. Soweit die Vorinstanz die Leistungsklage für begründet angesehen hat, hat sie die Verurteilung darauf gestützt, daß die Klägerin mit der Beseitigung von Mängeln der Anlage in Verzug geraten und die Beklagte deshalb berechtigt gewesen sei, diese Mängel selbst zu beheben; für die zu diesem Zweck erforderlichen Aufwendungen könne sie Ersatz verlangen (§ 538 Abs. 2 BGB). Diese Auffassung entspricht dem Standpunkt der Beklagten. Sie ist aus Rechtsgründen, wie bereits im ersten Revisionsurteil ausgeführt wurde, nicht zu beanstanden.

Soweit die Widerklage abgewiesen worden ist, geht es dabei um folgende Positionen:

1. Magnetplattenspeicher

a) Das Berufungsgericht hat den Ersatzanspruch der Beklagten gemäß § 538 Abs. 2 BGB, den diese mit 6.811,90 DM beziffert hat (2.286,90 DM + 2.025 DM + 2.500 DM), auf 1.067,64 DM geschätzt (§ 287 ZPO).

Es hat die Kosten der Ersatzbeschaffung mit 6.201 DM bewertet, und zwar den

aa) Aufwand für die Nutzungsmöglichkeit der Magnetplattenkassetten (Nr. 32-37 der zu den Akten überreichten Aufstellung, künftig: Aufstellung) mit 1.676 DM,

bb) den Installationskostenaufwand für zwei Laufwerke (Nr. 8, 9, 20, 26, 27, 28 Aufstellung) mit 2.025 DM,

cc) den Kostenaufwand für das Einrichten der Platten mit 2.500 DM

insgesamt

 6.201 DM.

Von diesem Betrag hat das Berufungsgericht den von der Beklagten ersparten Mietzins für den geschuldeten, aber vorenthaltenen Magnetplattenspeicher, den es auf 5.133,36 DM geschätzt hat, abgezogen. Das ergibt 1.067,64 DM.

b) Die Beklagte, die in ihre Schadensberechnung den Kaufpreis für die Magnetplattenkassetten von 2.286,90 DM eingesetzt hatte, macht mit der Revision geltend, das Berufungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, daß nicht der Kaufpreis für die ersatzweise beschafften Magnetplattenkassetten, sondern nur deren Wertverlust während der Mietvertragsdauer der Schadensberechnung zugrunde zu legen sei. Der Wertverlust sei überdies unzutreffend berechnet worden, weil das Berufungsgericht bei der Dauer des Mietvertrages und der Lebensdauer des Magnetplattenspeichers von unrichtigen Zeitspannen ausgegangen sei. Die Revision meint schließlich, es sei rechtsfehlerhaft, den vollen auf den Magnetplattenspeicher entfallenden Mietzins in Abzug zu bringen.

c) Das angefochtene Urteil hält diesen Revisionsangriffen im Ergebnis stand.

aa) Vergeblich wendet sich die Beklagte gegen die der Schadensschätzung zugrunde gelegte Methode. Der von der Revision aufgezeigte Weg der Schadensermittlung, der Beklagten müsse

17

der Kaufpreis für die Magnetplattenkassetten voll erstattet werden, allerdings erst Zug um Zug gegen Rückgabe des Geräts, ist im vorliegenden Falle schon deshalb nicht gangbar, weil die Parteien in der mündlichen Verhandlung am 4. November 1981 im ersten Berufungsverfahren eine Einigung über die Besitzverhältnisse an der Anlage erzielt haben. Danach sollte die Klägerin im Besitz der mit der Herausgabeklage verlangten und ihr vom Landgericht zugesprochenen Teile der Anlage bleiben, ferner im Besitz der mit der Anschlußberufung verlangten Gegenstände. Daraus folgt, daß alle übrigen Gegenstände, zu denen auch die Magnetplattenkassetten gehören, endgültig der Beklagten verbleiben sollten. So ist auch verfahren worden. Seitdem nutzt die Beklagte die Anlage mit den ihr verbliebenen und von ihr angeschafften Bestandteilen. Einer Verpflichtung der Klägerin zur Übernahme der Magnetplattenkassetten ist damit, wenn sie überhaupt bestanden haben sollte, die Grundlage entzogen worden. Unter diesen Umständen ist es sachgerecht, daß die Vorinstanz davon ausgegangen ist, daß der im Anschaffungspreis bezifferte Sachwert der Magnetplattenkassetten, soweit er der Beklagten nach Ablauf der Mietzeit verblieben ist, nicht Gegenstand des Aufwendungsersatzes gemäß § 538 Abs. 2 BGB sein kann.

bb) Auszugleichen ist danach der Wertverlust der Magnetplattenkassetten während der verbleibenden Mietzeit. Den Berechnungsansatz, der auf die normale Lebensdauer der Magnetplatten-

kassetten und die Dauer des Mietverhältnisses abstellt, beanstandet die Revision als solche nicht.

α) Sie wendet sich vergeblich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Lebensdauer der Magnetplattenkassetten betrage sieben Jahre. Die Vorinstanz hat sich dabei auf Angaben der Beklagten gestützt. Daß diese Angaben - Wertverlust von 50 % in dreieinhalb Jahren - zur Streitwertermittlung gemacht worden sind, ist unerheblich. Wären sie falsch, wie die Beklagte jetzt in der Revisionsbegründung geltend macht, so hat sie sich diesen Nachteil selbst zuzuschreiben. Das Berufungsgericht durfte auf die Richtigkeit vertrauen und von den Angaben der Beklagten bei der Entscheidung in der Sache selbst ausgehen. Zu einem Hinweis gemäß § 139 ZPO bestand bei dieser Sachlage kein Anlaß.

β) Soweit die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht bei der Ermittlung des Aufwendungsersatzes angenommen hat, das Mietverhältnis habe nur bis zum 12. Juni 1981 gedauert, greift die Rüge zwar durch, ohne daß das allerdings im Ergebnis Auswirkungen hat.

Für die Berechnung des Aufwendungsersatzes gemäß § 538 Abs. 2 BGB ist, was die Dauer der Vorenthaltung des Magnetplattenspeichers angeht, der Zeitpunkt maßgebend, von dem an die Beklagte die Magnetplattenkassetten nicht mehr als Ersatz für den vorenthaltenen Magnetplattenspeicher benutzte oder be-

nutzen durfte. Das ist, wie noch darzulegen sein wird (vgl. unten E II.), entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, nicht der 12. Juni 1981, sondern der 4. November 1981, nämlich der Tag, an dem der Streit der Parteien über das Herausgabebegehren der Klägerin durch Teilvergleich beendet worden ist. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes erfährt der Aufwendersatzanspruch eine geringfügige Erhöhung auf 925 DM. Die Korrektur konnte der erkennende Senat selbst vornehmen, weil es dazu weiterer tatsächlicher Feststellungen nicht bedarf. Sie ergibt sich aus der vom Berufungsgericht angewandten Berechnungsformel, in die, ausgehend vom 1. Januar 1979 als mittlerem Anschaffungszeitpunkt, eine restliche Mietzeit von 34 Monaten eingesetzt worden ist:

$$\begin{array}{r} 2.287 \text{ DM} \times 34 \text{ Monate} \\ \hline 84 \text{ Monate (Lebensdauer)} \end{array} \sim 925 \text{ DM.}$$

cc) Die Berechnung der Verzinsung des Kaufpreises für die Magnetplattenkassetten mit 799 DM greift die Revision nicht an.

dd) Die Kosten für die Installation von zwei Laufwerken in Höhe von 2.025 DM und für das Einrichten der Platten von 2.500 DM hat die Vorinstanz der Beklagten in der geltend gemachten Höhe zuerkannt.

Die erstattungsfähigen Aufwendungen betragen demnach rechnerisch 6.249 DM (925 DM + 799 DM + 2.025 DM + 2.500 DM).

ee) Das Berufungsgericht hat gemeint, die Beklagte müsse sich 5.133,36 DM dafür anrechnen lassen, daß sie während der Zeit, in der sie mit den selbst beschafften Magnetplattenkassetten gearbeitet habe, nämlich bis 12. Juni 1981, keinen - anteiligen - Mietzins für den Magnetplattenspeicher geleistet habe.

Die Revision rügt, die Auffassung des Berufungsgerichts sei verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Wesentlicher Sachvortrag der Beklagten sei nicht berücksichtigt worden, insbesondere nicht, daß die im Verhältnis zu dem Magnetplattenspeicher geringere Kapazität der Datenträgerkassetten Mehraufwand an Arbeit verursacht habe.

Selbst wenn es zutrifft, daß die Anschaffung der Magnetplattenkassetten die Vorenthaltung des Magnetplattenspeichers nicht voll auszugleichen vermochte, ändert das nichts daran, daß sich die Beklagte ersparten anteiligen Mietzins für den nicht bereitgestellten Magnetplattenspeicher anrechnen lassen muß. Sie kann aufgrund des Verzugs der Klägerin nicht besser gestellt werden, als im Falle ordnungsgemäßer Vertragserfüllung. Die Beklagte mag den angeblichen Arbeitsmehraufwand mit den übrigen noch nicht bezifferten Aufwendungen zur Herstellung des ver-

tragungsgemäßen Zustandes der Anlage - beziffert - geltend machen.

Die Beklagte kann gleichwohl wegen der Vorenthaltung des Magnetplattenspeichers Aufwendungsersatz nur in Höhe des ihr vom Berufungsgericht zuerkannten Betrages von 1.067,64 DM verlangen. Da das Mietverhältnis nicht am 12. Juni, sondern erst am 5. November 1981 endete, erhöht sich der anzurechnende ersparte Mietzins um einen die Differenz zwischen 1.067,64 DM und 1.116 DM - richtig berechneten - Aufwendungsersatz übersteigenden Betrag. Eine Abänderung des Urteils zum Nachteil der Beklagten kam andererseits aus Rechtsgründen nicht in Betracht.

2. Drucker Hytype II Marke Diablo

a) aa) Das Berufungsgericht hat der Beklagten für die - ersatzweise - Beschaffung eines Fazit-Nadeldruckers, den sie in der Zeit vom 17. Februar 1978, 15.00 Uhr, bis 29. Mai 1978 anstelle des ihr vertragswidrig vorenthaltenen Druckers Hytype II eingesetzt hat, gemäß § 538 Abs. 2 BGB statt der verlangten 10.970 DM (lfd.Nr. 1 Aufstellung) 433 DM und für die Schaffung des Betriebssystems DOS für den Ersatzdrucker - die von der Beklagten verlangten - 1.185 DM (Bl. 1245 lfd.Nr. 12, 15, 16 Aufstellung) Aufwendungsersatz zugebilligt.

bb) Die Revision macht im wesentlichen geltend, die Beklagte brauche sich nicht mit dem ihr vom Berufungsgericht zuer-

kannten Wertverlust während der Benutzungsdauer des Fazit-Nadel-druckers (17. Februar bis 29. Mai 1978) als Aufwendungsersatz zu begnügen, ihr müsse der Kaufpreis erstattet werden, freilich Zug um Zug gegen Herausgabe des Geräts.

cc) Die Revisionsrüge hat aus den oben (II. 1. c aa) angeführten Gründen keinen Erfolg. Der Drucker Hytype II Diablo ist aufgrund des Vergleichs vom 4. November 1981 im Besitz der Klägerin verblieben. An seine Stelle ist damit der von der Beklagten zunächst ersatzweise beschaffte Fazit-Nadeldrucker endgültig getreten.

Soweit die Revision bei der Berechnung des Wertverlustes des Fazit-Nadeldruckers während seines Einsatzes vom 17. Februar bis 29. Mai 1978 den Faktor Lebensdauer = sieben Jahre beanstandet, ist die Rüge aus den oben (II. 1. c bb) angeführten Gründen nicht gerechtfertigt.

Für die Berechnung des gemäß § 538 Abs. 2 BGB zu ersetzenden Schadens hat, entgegen der Ansicht der Revision, die - irr-tümliche - Annahme der Vorinstanz, das Mietverhältnis sei am 12. Juni 1981 beendet worden, keine Rolle gespielt. Die Revi-sionsrüge liegt mithin neben der Sache.

b) Das Berufungsgericht hat die geltend gemachten Wartungs- und Reparaturkosten von 3.266,68 DM (Nr. 2, 3, 58, 60, 61 Auf-

stellung) bzw. 808 DM (Nr. 59 Aufstellung) für den Fazit-Nadeldrucker und "Generierungskosten" für das Betriebssystem DOS von 200 DM (Nr. 21 Aufstellung) mit der Begründung abgewiesen, diese Aufwendungen seien erst nach dem erfolgreichen Wiederanschluß des Druckers Hytype II Diablo entstanden und deshalb nicht gemäß § 538 Abs. 2 BGB erstattungsfähig.

Die Revision greift den - zutreffenden - Standpunkt des Berufungsgerichts, die Aufwendung von 3.266,68 DM, 808 DM und 200 DM hätten nicht der Mangelbeseitigung gedient, nicht an, meint aber, sie seien der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung deshalb zu ersetzen, weil die Klägerin am 18. Februar 1978 den Mietvertrag fristlos gekündigt und auch schon Herausgabeklage erhoben hatte und die Beklagte sich daher gezwungen gesehen habe, "für den Fall vorzusorgen, daß die Klägerin mit ihrem Verlangen durchdringen sollte".

Mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben. Bei dem Fazit-Nadeldrucker und dem Betriebssystem DOS handelt es sich nicht um Teile des Mietobjekts, sondern um eigene Hardware und Software der Beklagten. Die Aufwendungen hierfür nach dem Wiederanschluß des gemieteten Druckers Hytype II Diablo waren Aufwendungen für eigene Sachen der Mieterin, mit denen sie nicht erst nach Abschluß des Vergleichs vom 4. November 1981 und nicht erst nach der Herausgabevollstreckung am 13. Februar 1981 aufgrund des landgerichtlichen Urteils, sondern offensichtlich

seit Mitte 1978 zusätzlich gearbeitet hat. Die Erwägung der Revision, die Klägerin sei ihr gleichwohl - aus positiver Vertragsverletzung - für Aufwendungen ersatzpflichtig, die sie vorsorglich für den Fall habe machen müssen, daß die Klägerin mit ihrem Herausgabeverlangen durchdringe, ist rechtlich nicht haltbar.

c) Im Zusammenhang mit dem Aufwendungsersatzanspruch wegen der Beschaffung eines Ersatzdruckers hat das Berufungsgericht die von der Beklagten an die Zeugin Dr. P. [REDACTED] gezahlte Vergütung von 12.200 DM für deren Tätigkeit bei der Ersatzbeschaffung geprüft und mit der Begründung verneint, diese Leistungen gehörten zu Mühewaltungen, für welche der Geschädigte einen Ausgleich nicht verlangen könne.

Die Abweisung des Anspruchs auf Ersatz des Honorars der Zeugin Dr. Plass hält einer Prüfung nicht stand. Die vom Berufungsgericht herangezogene Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 28. Februar 1969 (NJW 1969, 1109) und die in diesem Urteil zitierte Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs betreffen andere Sachverhalte. Sie lassen im übrigen keinen Zweifel daran, daß Aufwendungen, die dazu dienen, Schäden zu beheben - hier Mängel zu beseitigen - auch dann zu ersetzen sind, wenn der Ersatzberechtigte eigene Arbeitskräfte einsetzt.

Der Ersatzanspruch ist danach gemäß § 538 Abs. 2 BGB dem Grunde nach gerechtfertigt. Da nur notwendige Aufwendungen zu ersetzen sind, kommt es darauf an, ob die Vergütung, die die Zeugin Dr. Plass erhalten hat, angemessen war. Der Mieter, der gemäß § 538 Abs. 2 BGB berechtigt ist, Mängeln der Mietsache abzuhelpen und dafür Ersatz zu verlangen, darf weder beim Einsatz eigener Arbeitskräfte noch beim Einsatz Dritter überhöhte Vergütungen versprechen und zahlen.

Die Abweisung eines Teilbetrages von 12.200 DM konnte danach keinen Bestand haben. Zur Feststellung der angemessenen Vergütung bedarf es der Sachaufklärung. Sie wird vom Berufungsgericht nachzuholen sein.

3. Software Multi User Basic

a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Fehlen der Software Multi User Basic, deren Bereitstellung die Klägerin, ohne daß dafür gesondert Mietzins vereinbart worden sei, geschuldet habe, habe zur Mangelhaftigkeit der vermieteten Anlage geführt, mit der Behebung des Mangels sei die Klägerin in Verzug geraten, so daß die Beklagte für die Beschaffung auf ihre Kosten Aufwundersatz verlangen könne, § 538 Abs. 2 BGB. Die Vorinstanz hat der Beklagten jedoch nicht den vollen Kaufpreis von 3.580 DM (Nr. 44 Aufstellung), sondern nur 2.100,30 DM zugebilligt. Sie ist davon ausgegangen, daß die Beklagte die Soft-

ware als Teil ihres Betriebsvermögens eingesetzt habe, das ihr nach Beendigung des Mietverhältnisses verblieben sei. Deshalb könne als Aufwendungsersatz nur der Wertverlust während der vertraglichen Mietzeit - 954,70 DM - und die auf diesen Zeitraum entfallende Zinsbelastung für den Kaufpreis - 1.145,60 DM - als erstattungsfähiger Aufwand im Sinne des § 538 Abs. 2 BGB angesehen werden.

b) Die dagegen gerichteten Revisionsangriffe haben nur teilweise Erfolg.

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Beklagten müsse der volle Kaufpreis für das Betriebsprogramm als Aufwendungsersatz Zug um Zug gegen Herausgabe der Software erstattet werden. Es gilt in diesem Zusammenhang sinngemäß, was oben (II. 1. c aa) ausgeführt worden ist. Die Einigung der Parteien darüber, was an Hardware im Besitz der Klägerin bleibt und mit welcher Hardware folglich die Beklagte die Anlage, wie geschehen, weiterbetreiben würde, hat späterem Herausgabe- oder Übernahmeverlangen, sei es von Hardware, sei es von Software, die Grundlage entzogen. Das gilt insbesondere für Betriebssoftware als der Summe der Arbeitsanweisungen für eine bestimmte Hardware-Konfiguration, wie sie die Beklagte über den 4. November 1981 hinaus behalten und unternehmerisch für ihre Zwecke eingesetzt hat.

Die Berechnung des Wertverlustes und des Zinsaufwands für

den Kaufpreis bis zum Ende der Mietzeit durch das Berufungsgericht bedarf dagegen der Korrektur, weil das Ende der Mietzeit nicht am 12. Juni, sondern erst am 4. November 1981 eingetreten ist (vgl. unten E II.).

Die Revision hat auch darin recht, daß nicht einzusehen ist, weshalb für das hardwarebezogene Betriebssystem Multi User Basic eine längere Nutzungsdauer gelten soll als für wesentliche Teile der Hardware (z.B. der Magnetspeicherkassetten und des Druckers), die das Berufungsgericht mit sachgerechter Begründung auf sieben Jahre bemessen hat. Da die Korrektur keine weiteren tatsächlichen Feststellungen voraussetzt, konnte sie der erkennende Senat selbst vornehmen. Bei einer Lebensdauer von sieben Jahren auch der Software und einer fünf Monate längeren Mietzeit ergibt sich ein Ausgleichsanspruch von 2.901 DM unter Zugrundelegung der vom Berufungsgericht angewandten Berechnungsmethode

(3.580 DM x 37 Monate	
-----	= 1.576,76 DM;
84 Monate	
3.580 DM x 12 ½ x 37 Monate	
-----	= 1.324,60 DM,
12 Monate	

insgesamt 2.901,30 DM).

4. Kernspeicher

a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe keinen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises von 4.000 DM

(lfd.Nr. 62 = Aufstellung) für einen "an sich überflüssigen" Kernspeicher, den sie am 5. Dezember 1980 erworben habe, um eine Ersatzanlage in Betrieb nehmen zu können, falls die Klägerin ihr die vermietete Anlage, gestützt auf die - unberechtigte - fristlose Kündigung streitig machen sollte. Die Vorinstanz hat gemeint, als Anspruchsgrundlage käme allein § 717 Abs. 2 ZPO in Betracht. Dessen Voraussetzungen, daß der Schaden durch die Vollstreckung des Landgerichtsurteils vom 19. November 1980 entstanden sein müsse, sei nicht gegeben, denn die Beklagte habe den Kernspeicher vor Verkündung des Urteils gekauft.

b) Die Abweisung der Klage in Höhe von 4.000 DM hält den Revisionsangriffen im Ergebnis stand.

aa) Die Revision läßt zwar gelten, daß § 717 Abs. 2 ZPO nicht Platz greife, meint aber, der Schaden sei aus dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung zu ersetzen. Im Gegensatz zu der unter II. 2. b behandelten Argumentation macht die Revision hier geltend, mit der vorsorglichen Anschaffung des Kernspeichers habe die Beklagte nachteiligen Folgen der unberechtigten Kündigung begegnen wollen.

bb) Mit der wegen fehlender materieller Gründe unwirksamen Kündigung vom 18. Februar 1978 und der auch darauf gestützten Herausgabeklage hat die Klägerin der Beklagten den Besitz an der vermieteten Datenverarbeitungsanlage streitig gemacht und damit

ihre Vertragspflichten verletzt. Daß die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt war, steht aufgrund des ersten Revisionsurteils in dieser Sache fest (vgl. dort III. 2. a). Selbst wenn die Klägerin gemeint haben sollte, zur fristlosen Kündigung berechtigt zu sein, entlastet sie das nicht. Das Risiko, die Rechtslage unrichtig zu beurteilen, trägt nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Kündigende (Senatsurteil vom 11. Januar 1984 - VIII ZR 255/82 = NJW 1984, 1028 m.w.Nachw.). Daß bei der hier gegebenen Sachlage (fehlender Mietzinsrückstand im Hinblick auf eine von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen) ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorgelegen haben könnte, mag im Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung fernliegen. Zu prüfen war aber, ob die unberechtigte fristlose Kündigung allein oder auch nur mitursächlich dafür war, daß die Beklagte sich Ersatz für den ihr streitig gemachten Kernspeicher beschafft hat, der wegen der unstreitigen Überkapazität teilweise für sie nutzlos war. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, daß die Beklagte das Gerät am 5. Dezember 1980 angeschafft hat, nachdem das Landgericht in seinem am 19. November 1980 verkündeten, der Beklagten am 26. November 1980 mit Entscheidungsgründen zugestellten Urteil offengelassen hat, ob die fristlose Kündigung berechtigt war oder nicht und dem Herausgabebegehren entsprochen hat, weil nach seiner Auffassung das Mietverhältnis durch Zeitablauf inzwischen beendet gewesen sei. Reagierte die Beklagte darauf mit der Ersatzbeschaffung, so rechtfertigt das, ohne daß es weiterer

Feststellungen bedurfte, die Annahme, sie habe sich damit auf ein normales Vertragsende und nicht auf die fristlose Kündigung eingerichtet.

III. Die Leistungswiderklage erweist sich danach bisher im Betrage von 5.586,64 DM (1.067,64 DM + 433 DM + 1.185 DM + 2.901 DM) als begründet.

Über weitere 12.200 DM (Honorar Dr. P. [REDACTED]) ist nach Aufhebung des angefochtenen Teilurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht aufgrund erneuter Verhandlung zu entscheiden.

Vom Teilurteil nicht erfaßt und somit beim Berufungsgericht anhängig geblieben ist ein mit der Leistungsklage geltend gemachter Betrag von insgesamt 36.150,02 DM. Dabei handelt es sich um die Rechnungsbeträge mit der laufenden Nummer 10, 11, 13, 14, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 30, 31, 38-43 und 45 der mit Schriftsatz vom 10. Oktober 1983 eingereichten Zusammenstellung, sowie um die Rechnung über 4.400 DM für ein Sichtgerät.

Danach bleibt es schon jetzt bei der Abweisung eines Teilbetrages von 25.271,94 DM = 79.208,60 DM - (5.586,64 DM + 12.200 DM + 36.150,02 DM).

IV. Für die zuerkannte Hauptsumme von 5.586,64 DM schul-

det die Klägerin jedenfalls 14,5 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1983. Soweit das Berufungsgericht 0,5 % Zinsen auf die Hauptsumme abgewiesen hat, fehlt es, wie die Revision mit Recht rügt, an einer Begründung. Insoweit konnte die Klageabweisung keinen Bestand haben, § 551 Nr. 7 ZPO. Eine Entscheidung über den abgewiesenen Teil des Zinsanspruchs ist dem erkennenden Senat nicht möglich, so daß die Sache auch insoweit zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen war.

B) Widerklage auf Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin für weitere Aufwendungen zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes der EDV-Anlage

I. Das Berufungsgericht hat den Feststellungshauptantrag Nr. II. 1. als unzulässig abgewiesen und dazu ausgeführt, ihm fehle ausreichende Bestimmtheit. Die Feststellung bliebe, falls sie getroffen würde, ohne konkreten Inhalt.

Das hält einer Nachprüfung nicht stand.

Der im zweiten Berufungsverfahren gestellte Feststellungshauptantrag Nr. II. 1. entspricht dem im ersten Berufungsverfahren gestellten Feststellungshauptantrag Nr. III.. Dieses Klagebegehren ist im ersten Berufungsurteil als unzulässig abgewiesen worden. Zu der Entscheidung, die der erkennende Senat am

30. März 1983 aufgehoben hat, ist im ersten Revisionsurteil ausgeführt worden, das von der Beklagten seit dem 9. Oktober 1979 verfolgte Feststellungsbegehren, das schließlich in dem Widerklageantrag Nr. III. der Berufungsbegründung vom 6. Februar 1981 aufgegangen sei, habe nicht als unzulässig abgewiesen werden dürfen (Senatsurteil vom 30. März 1983 unter A) I. 2. f). Auch wenn es im ersten Revisionsverfahren um das vom Berufungsgericht verneinte Feststellungsinteresse ging, so war mit Rücksicht darauf, daß seinerzeit auch die Vorinstanz ersichtlich keine Zweifel am Vorliegen der übrigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens hatte, klar, daß der erkennende Senat die Zulässigkeit ohne jede Einschränkung bejaht hat. Andernfalls wäre das die Zulässigkeit verneinende erste Berufungsurteil mit anderer Begründung aufrechterhalten worden. An die Bejahung der Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens war das Berufungsgericht gebunden (§ 565 Abs. 2 ZPO).

Die verfahrenswidrige Abweichung von der rechtlichen Beurteilung, die der erkennende Senat der Aufhebung des ersten Berufungsurteils über das Feststellungsbegehren zugrunde gelegt hat, führt im übrigen in der Sache zu einem unzutreffenden Ergebnis. Der Antrag ist hinreichend bestimmt und keineswegs inhaltslos. Seine Formulierung entspricht der ständigen Praxis etwa in Schadensersatzprozessen nach Verkehrsunfällen, in denen regelmäßig die Feststellung der Ersatzpflicht des Schädigers für weitere unfallbedingte materielle und immaterielle Schäden begehrt wird,

ohne daß je an der hinreichenden Bestimmtheit eines derartigen Antrags Zweifel erhoben worden wären. Die von der Beklagten erstrebte Feststellung, die Klägerin schulde Ersatz für weitere - noch nicht bezifferte - Aufwendungen, die erforderlich waren und noch erforderlich werden, um die EDV-Anlage in einen dem Mietvertrag entsprechenden Zustand zu versetzen, hat die Wirkung eines Grundurteils. In einem anschließend allerdings notwendigen Leistungsprozeß ist nur noch zu prüfen, ob und in welcher Höhe bezifferte Aufwendungen zur Ersatzvornahme im Sinne von § 538 Abs. 2 BGB notwendig waren.

II. Da der Feststellungshauptantrag II. 1. zulässig ist, die Feststellungshilfsanträge hierzu aber nur für den Fall seiner Unzulässigkeit gestellt worden sind, sind sie gegenstandslos. Der Entscheidung des Berufungsgerichts über die Hilfsanträge zu dem Feststellungshauptantrag II. 1. ist damit, auch soweit sie zugunsten der Beklagten ergangen ist, die Grundlage entzogen.

III. Der erkennende Senat konnte auch in der Sache selbst über das Feststellungsbegehren entscheiden, § 565 Abs. 3 ZPO. Es bedarf dazu keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen, weil aufgrund der Ausführungen des Berufungsgerichts zu von ihm positiv beschiedenen Feststellungshilfsanträgen davon auszugehen ist, daß der Beklagten über die in der Leistungswiderklage bezifferten Aufwendungen hinaus tatsächlich noch weitere Aufwen-

dungen entstanden sind, um die EDV-Anlage in einen dem Mietvertrag entsprechenden Zustand zu versetzen.

C) Leistungswiderklage auf Zahlung von 308.940 DM

Das Berufungsgericht hat gemeint, zur Entscheidung über diesen Anspruch unzuständig zu sein. Das Widerklagebegehren sei insoweit mit Urteil vom 2. Dezember 1981 an das Landgericht München I zurückverwiesen worden. An diese vom Bundesgerichtshof nicht aufgehobene Entscheidung sei es gemäß § 318 ZPO gebunden.

Gegen diesen Standpunkt wendet sich die Revision mit Recht.

Der erkennende Senat hat das auf die Zeit vom 3. März bis 29. Mai 1978 beschränkte Grundurteil des Berufungsgerichts geändert und den Ersatzanspruch dem Grunde nach für die Zeit vom 18. Februar bis 29. Mai 1978, also ohne zeitliche Beschränkung gegenüber dem Antrag, für gerechtfertigt erklärt. Die Änderung des ersten Berufungsurteils zum Grund des Anspruchs auf Zahlung von 308.940 DM Schadensersatz hat die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zurückverweisung an das Landgericht gegenstandslos gemacht. Das ist in der Urteilsformel ausgesprochen worden. Aufgrund des ersten Revisionsurteils ist der Streit über die Höhe des Ersatzanspruchs insgesamt zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht gelangt.

D) Widerklage auf Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin für den - nicht in den Widerklageanträgen I., II. und III. enthaltenen - weitergehenden Schaden, der der Beklagten daraus entstanden ist und noch entsteht, daß die von der Klägerin vermietete EDV-Anlage in Zusammensetzung und Funktionsfähigkeit nicht der Vereinbarung im Mietvertrag entsprach

I. Die Revision hat darin recht, daß das Berufungsgericht den teilweise von ihm als begründet angesehenen Hilfsantrag IV. 3.1 beschieden hat, ohne für die Abweisung des vorrangigen Feststellungshauptantrages IV. 1. und für die Abweisung des gleichfalls vorrangigen Hilfsantrags IV. 2. eine Begründung zu geben. Das Berufungsurteil kann deshalb insoweit gemäß § 551 Nr. 7 ZPO keinen Bestand haben.

II. Über das Feststellungsbegehren konnte der erkennende Senat selbst entscheiden, da es weiterer tatsächlicher Feststellungen nicht bedarf, § 565 Abs. 3 ZPO.

1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Der Feststellungsantrag war bereits Gegenstand des ersten Berufungsverfahrens (dort Antrag IV. 2. Teil) und des ersten Revisionsurteils. Der erkennende Senat hat darin ausgesprochen, daß die Feststellungsklage ohne Einschränkung zulässig ist (A) IV. 2. = S. 22 des

ersten Revisionsurteils). An diese Auffassung des erkennenden Senats, die zur Aufhebung des ersten Berufungsurteils geführt hat, war das Berufungsgericht gebunden, § 565 Abs. 2 ZPO. Das Berufungsgericht durfte die Feststellungsklage auch nicht, wie geschehen, teilweise als unzulässig abweisen. Die Beklagte hat, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, die Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen Vorenthaltung des Druckers Hytype II ab 18. Februar 1978 nicht begehrt. Der Feststellungshauptantrag enthält ausdrücklich die Einschränkung, daß Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin nur insoweit verlangt werde, als es nicht um Schäden geht, die Gegenstand der Anträge I., II. und III. sind.

2. Die Feststellungsklage ist auch begründet. Aufgrund der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist die Annahme gerechtfertigt, daß der Beklagten jedenfalls weitere noch nicht bezifferte Schäden entstanden sind, für die die Klägerin gemäß § 538 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig ist. Daß der Beklagten irgendein weiterer Schaden entstanden ist, reicht für die Begründetheit des Feststellungsbegehrens aus.

III. Die Entscheidung entsprechend dem Feststellungshauptantrag IV. 1. zwingt die Beklagte, wenn sie Ersatzansprüche realisieren will, nunmehr dazu, Leistungsklage zu erheben.

E) Widerklage auf Feststellung des Zeitpunkts der Beendigung des Mietverhältnisses

I. Die Feststellungsklage ist mit Haupt- und Hilfsanträgen abgewiesen worden, weil das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, das Mietverhältnis bestehe nicht mehr, sondern habe am 12. Juni 1981 sein Ende gefunden.

II. Die Vorinstanz hat darin recht, daß das Mietverhältnis der Parteien nicht mehr besteht. Das rechtfertigt die Abweisung des Feststellungshauptantrages. Wäre das Mietverhältnis am 12. Juni 1981 beendet worden, so hätte die Vorinstanz den Hilfsanträgen, wenn sie wörtlich zu verstehen wären, stattgeben müssen, denn dann war der Mietvertrag am 4. November 1981 und erst recht am 6. September 1983 beendet. Die Feststellungshilfsanträge bedürfen jedoch der Auslegung. Sie müssen, wie sich aus dem Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 10. Oktober 1983 ergibt, dahin verstanden werden, es solle festgestellt werden, daß der Mietvertrag nicht vor dem 6. September 1983 bzw. nicht vor dem 4. November 1981 beendet worden ist.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Mietvertrag habe am 12. Juni 1981 sein Ende gefunden, hält einer Nachprüfung nicht stand. Die Vorinstanz hat, wie die Revision mit Recht geltend gemacht hat, nicht beachtet, daß die Herausgabe der noch im Besitz der Beklagten befindlichen Hardware am 13. Juni 1981

lediglich zu dem Zweck erfolgt ist, die Durchführung des von der Klägerin in die Wege geleiteten Beweissicherungsverfahrens zu ermöglichen. Zwar entspricht diese Situation nicht gänzlich derjenigen einer Herausgabe zur Abwendung der Zwangsvollstreckung. Andererseits kann nicht verkannt werden, daß der Beklagten rechtliche Nachteile erwachsen konnten, wenn das Beweissicherungsverfahren, das die Aufstellung der Anlage zum Zwecke ihrer Erprobung erforderte, an ihrem Verhalten gescheitert wäre. Das rechtfertigt die Annahme, daß die Herausgabe der Hardware am 13. Juni 1981 ebensowenig freiwillig erfolgte, wie das bei einer Herausgabe zur Abwendung der Zwangsvollstreckung der Fall ist.

Da das Berufungsgericht im übrigen rechtsfehlerfrei festgestellt hat, daß das Mietverhältnis vor dem 12. Juni 1981 nicht beendet worden ist und die Parteien sich schließlich am 4. November 1981 über das Herausgabebegehren der Klägerin und damit über die Besitzverhältnisse an der Hard- und Software geeinigt haben, ist das Mietverhältnis an diesem Tage beendet worden.

Da es weiterer Sachaufklärung nicht bedarf, konnte der erkennende Senat gemäß § 565 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden und aussprechen, daß der Mietvertrag vom 26. November/21. Dezember 1976 nicht vor dem 4. November 1981 beendet war.

F) Die Entscheidung über die Leistungsklage auf Zahlung von 188.326,36 DM Zinsen hat sich das Berufungsgericht für das Schlußurteil vorbehalten.

G) Widerklage auf Feststellung der Ersatzpflicht der Klägerin für den Schaden, der der Beklagten aus der fristlosen Kündigung vom 18. Februar 1978 entstanden ist, soweit dieser nicht schon in den Anträgen I., II., III., IV. und VI. enthalten ist.

Das Berufungsgericht hat die Feststellungsklage abgewiesen und ausgeführt, ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung stehe der Beklagten nicht zu, denn er setze voraus, daß das Mietverhältnis, veranlaßt durch eine ungerechtfertigte Kündigung, vorzeitig beendet werde. Diese Voraussetzung liege hier nicht vor. Die Herausgabe der gemieteten Anlage sei nicht im Hinblick auf die fristlose Kündigung, sondern zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts vom 19. November 1980 erfolgt. Das Landgericht aber habe die Verurteilung auf Beendigung des Mietverhältnisses durch Zeitablauf gestützt. Auch für die freiwillige Herausgabe der restlichen Teile der Anlage am 12. Juni 1981 sei die fristlose Kündigung vom 18. Februar 1978 ohne Belang gewesen.

Ob diese Ausführungen, die die Revision angreift, die Entscheidung des Berufungsgerichts tragen können, kann offen bleiben. Das Rechtsmittel hat schon deshalb keinen Erfolg, weil die Feststellungsklage unzulässig ist. An der begehrten Feststellung hat die Beklagte kein rechtliches Interesse. Bei Zustellung des am 3. November 1983 eingereichten Widerklageantrags war das Schadensereignis, aus dem die Beklagte Ersatzansprüche herleitet, abgeschlossen. Sie war in der Lage, ihre vorsorglich gemachten Aufwendungen zur Fortsetzung ihres Betriebes für den Fall des "Durchgreifens der Kündigung" zu beziffern. Sie war mithin in der Lage, Leistungsklage zu erheben, und verpflichtet, dies zu tun, wenn sie die Klägerin auf Ersatz in Anspruch nehmen wollte.

H) Die Entscheidung über die Kosten aller Rechtszüge war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Zülch

Dr. Paulusch