

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am
11. Februar 1971
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

VII ZR 170/69

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Udo S [REDACTED], genannt P [REDACTED],
Inhaber der Firma Dr. B [REDACTED] & S [REDACTED], H [REDACTED] [REDACTED],
I [REDACTED]straße [REDACTED],
2. des Kaufmanns Gerhard V [REDACTED], Inhaber des V [REDACTED]-
Rechenzentrums, H [REDACTED] [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten, Berufungsbeklagten,
Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

- den Steuerbevollmächtigten Dipl.-Volkswirt Dr. Klaus L [REDACTED],
H [REDACTED]-W [REDACTED], K [REDACTED] [REDACTED],
Kläger, Berufungskläger,
Revisionsbeklagten und
Anschlußrevisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 21. Mai 1969 wird zurückgewiesen.

Die Anschlußrevision des Klägers wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß zu dem zu ersetzenden Schaden auch etwa vom Kläger noch zu erfüllende Rückgriffsansprüche von Kunden gehören.

Die Kosten der Revisionsinstanz werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger entschloß sich, ab 1. Januar 1967 für interessierte Mandanten eine "Zentrale Verwaltungsstelle" (ZVS) einzurichten, um mittels elektronischer Datenverarbeitung das Rechnungswesen zu vereinfachen.

- 3 -

Die in seinem Büro zur Datenerfassung benötigten Maschinen bestellte er im August 1966 beim Beklagten zu 1). Den Beklagten zu 2) beauftragte er im August 1966 mit der Ausarbeitung des für die Datenverarbeitung erforderlichen Programms und mit den Auswertungsarbeiten. Im November 1966 erklärte er sich damit einverstanden, daß diese Leistungen von einer von beiden Beklagten begründeten GmbH ausgeführt werden sollten. Diese wurde am 27. Januar 1967 unter der Firma Rechenzentrum Ha[REDACTED] GmbH in das Handelsregister eingetragen.

Die Datenerfassungsmaschinen wurden im November 1966 geliefert.

Die für November 1966 vorgesehenen und späterhin vom Beklagten zu 1) für die zweite Dezemberhälfte angekündigten Testauswertungen fanden nicht statt. Bis zum Zeitpunkt der ersten Auswertungen im Februar 1967 war lediglich das Problem des Ausschreibens der Überweisungen gelöst, für die eine andere Firma das Programm aufgestellt hatte. Alle übrigen Auswertungen entsprachen nicht den Vereinbarungen.

Am 10. Februar 1967 schrieb der Kläger an den Beklagten zu 1) - mit Durchschlag des Briefes an den Beklagten zu 2) - u.a., er müsse darauf dringen, daß auf jeden Fall die Auswertungen für den Monat Februar entsprechend den Vereinbarungen und spätestens bis zum 9. März 1967 abends erstellt seien. Anderenfalls müsse er sich Schadensersatzforderungen vorbehalten.

Der Beklagte zu 1) erklärte in seinem Antwortschreiben vom 6. März 1967 den Ausfall der Testaus-



wertungen im Dezember 1966 und die unrichtigen Januar-
auswertungen damit, daß die Datenerfassung vielfälti-
ge Fehlermöglichkeiten enthalte. Das Programm sei
jetzt fertiggestellt, bedürfe jedoch noch einiger
Verbesserungen.

In den folgenden Monaten mahnte der Kläger mehr-
fach die Lieferung brauchbarer Auswertungen an, setzte
den Beklagten Nachfristen, die diese jedoch nicht ein-
hielten, und forderte sie auf, ihre Verpflichtung zum
Ersatz des Schadens anzuerkennen, der ihm aus der
nicht rechtzeitigen Datenverarbeitung entstanden sei
und etwa noch entstehen werde. Das lehnten die Beklag-
ten ab.

Am 26. Juli 1967 erhob der Kläger Klage auf
Zahlung eines Schadensersatzes von 5.486 DM (Honorar-
ausfall für Mai 1967 in Höhe von 5.411 DM und Ersatz
von 75 DM Kosten für die Zusammenstellung der Umsatz-
steuerwerte nach den Eingabeprotokollen.)

Die ersten unbeanstandeten Buchhaltungslisten
für Januar bis März wurden am 14. September 1967 ge-
liefert. Später folgten entsprechende Listen für die
anschließenden Monate. Die ersten fehlerlosen Kosten-
stellenrechnungen wurden am 25. September 1967 und
die ersten - vom Kläger aber beanstandeten - Erfolgs-
übersichten am 19. Oktober 1967 geliefert. Auf die
ursprünglich vorgesehenen Warengruppenstatistiken
hatte der Kläger verzichtet. Die Überweisungen waren
schon seit dem 23. Januar 1967 fehlerfrei ausgeführt
worden.

Da anlässlich eines außergerichtlichen Vergleichsgesprächs am 27. Oktober 1967 die Beklagten erklärt hatten, daß sie bei Aufrechterhaltung der Schadensersatzansprüche nicht mehr mit dem Kläger zusammenarbeiten wollten, übernahm ab 1. Oktober 1967 das Rechenzentrum N[REDACTED] die Auswertungen für den Kläger, der dieses bereits im Juli 1967 damit beauftragt gehabt hatte, die erforderlichen Programme kurzfristig zu entwickeln.

Mit Schriftsatz vom 26. Oktober 1967 erhöhte der Kläger seine Klageforderung auf 23.274,60 DM nebst Zinsen. Er macht geltend, infolge des Verzuges der Beklagten bei der Herstellung eines tauglichen Datenverarbeitungsprogramms seien ihm folgende Schäden entstanden:

- a) 26.641 DM Honorarausfall für die Monate Mai - September 1967 einschließlich des durch das Ausscheiden des Mandanten Adam bedingten Honorarausfalls.
- b) 4.000 DM, da ihm infolge des Verzuges der Beklagten ein erheblicher Arbeitsmehraufwand entstanden sei. Er sei gezwungen gewesen, die gelieferten fehlerhaften Auswertungen zu prüfen und zu korrigieren, die Umsatzsteuerberechnungen manuell an Hand der Eingabeprotokolle zu ermitteln. Durch die häufigen Besprechungen mit den Beklagten und Besprechungen zur Beschwichtigung seiner Mandanten, sei er mit seiner sonstigen beruflichen Arbeit so in Rückstand geraten, daß er einen freien Mitarbeiter habe einsetzen müssen.

- c) 997,40 DM, die ihm als Unkosten entstanden seien, da er die Daten des Monats Juli mit Hilfe einer Buchungsmaschine außerhalb seines Büros habe aufarbeiten lassen müssen.

Unter Berücksichtigung der Forderungen der Beklagten für die Programmierung und Datenverarbeitung von 8.363,80 DM ergebe sich somit eine Schadensersatzforderung von 23.274,60 DM.

Außerdem begehrt der Kläger die Feststellung, daß die Beklagten verpflichtet seien, ihm allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm daraus, daß die Beklagten die Datenverarbeitung nicht vereinbarungsgemäß vorgenommen hätten, bereits entstanden sei oder noch entstehen werde.

Dazu macht er geltend, für die Monate Januar bis April 1967 habe er von seinen Mandanten das volle Honorar erhalten. Er müsse damit rechnen, daß diese Rückforderungsansprüche, die er mit 22.694 DM veranschlage, und darüber hinaus Schadensersatzansprüche stellen würden. Es sei auch davon auszugehen, daß sich bei erfolgreicher Datenverarbeitung ab 1.1.1967 weitere Mandanten der ZVS angeschlossen hätten. Insoweit sei ihm infolge des Verzuges der Beklagten ein Gewinn entgangen. Außerdem werde er an die N[REDACTED] 11.800 DM zu zahlen haben.

Die Beklagten leugnen eine Schadensersatzpflicht. Sie machen in erster Linie geltend, sie hafteten nicht für etwaige Schäden, da ihre Verpflichtungen aus der Datenverarbeitung auf die Rechenzentrum Ha[REDACTED] GmbH

übergegangen seien. Sie bestreiten auch jeden Verzug.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da - wenn überhaupt - für die geltend gemachten Schäden nur eine Haftung der Rechenzentrum Ha[REDACTED] GmbH gegeben sei.

In der Berufungsinanz hat der Kläger seinen Zahlungsantrag um 11.800 DM erhöht, nachdem er diesen Betrag an die N[REDACTED] gezahlt hatte. Das Berufungsgericht hat dem Zahlungsantrag in Höhe von 17.956,70 DM stattgegeben und festgestellt, daß die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger den etwaigen Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erlitten hat oder erleiden wird, daß die Beklagten bis zum 9. März 1967 kein taugliches Datenverarbeitungsprogramm hergestellt hatten.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage in vollem Umfang. Mit seiner unselbstständigen Anschlußrevision verfolgt der Kläger seine Ansprüche weiter, soweit ihm von der Klageforderung 16.722,40 DM abgesprochen sind und seinem Feststellungsantrag nicht in vollem Umfang entsprochen worden ist.

Jede Partei bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenpartei.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten

I.

Das Berufungsgericht hält die Beklagten als Gesamtschuldner zum Schadensersatz für verpflichtet, da sie im Namen der Rechenzentrum Ha[REDACTED] GmbH noch vor deren Eintragung in das Handelsregister Verpflichtungen übernommen hätten (§ 11 Abs. 2 GmbH-Gesetz), die weder von ihnen selbst noch von der GmbH rechtzeitig erfüllt worden seien. Diese Haftung der Beklagten sei weder kraft Gesetzes noch auf Grund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Beteiligten erloschen.

1. Die dazu vom Berufungsgericht gegebene Begründung (BU 30 - 44) ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 11 Abs. 2 GmbH-Gesetz (vgl. u.a. LM Nr. 2, 9, 10, 14 zu § 11 GmbH-Gesetz).

2. Die Revision bittet auch nur um Nachprüfung der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung des Schreibens des Klägers vom 9. Mai 1967 an die Ha[REDACTED] GmbH und das Rechenzentrum V[REDACTED], aus dem die Beklagten herleiten wollen, daß der Kläger sie aus der persönlichen Haftung entlassen habe. Die Auslegung läßt jedoch keinen Rechtsfehler erkennen. Sie bindet daher das Revisionsgericht.

II.

Das Berufungsgericht sieht die Beklagten gemäß § 286 BGB dem Kläger gegenüber für Schadensersatzpflichtig an, weil die sich aus den vertraglichen Vereinbarungen ergebende Verpflichtung zur Herstellung eines tauglichen Programms für die Datenverarbeitung nicht rechtzeitig erfüllt worden ist und die Beklagten das zu vertreten haben.

1. Zu Recht führt das Berufungsgericht aus, daß diese Verpflichtung nach den Regeln des Werkvertragsrechts zu beurteilen ist (vgl. Loewenheim BB 1967, 593, 594).

Es hat Inhalt und Umfang dieser Verpflichtung im einzelnen festgestellt (BU 44 ff). Die insoweit erhobenen Rügen der Revision sind unbegründet.

2. Das Berufungsgericht kommt in tatrichterlicher Würdigung des Schriftwechsels der Parteien unter Berücksichtigung des den Beklagten erkennbaren Interesses des Klägers an einer sogleich nach Abschluß der einzelnen Monate vorzunehmenden Auswertung zu dem Ergebnis, daß ein einwandfreies Programm spätestens Ende Januar 1967 fertiggestellt sein mußte. Es sieht aber den Verzug der Beklagten erst ab 9. März 1967 als gegeben an. Darauf wird bei der Anschlußrevision noch einzugehen sein (vgl. unter B II 1).

3. Rechtlich zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagten die rechtzeitige Erfüllung und das Nichtvertretenmüssen der Verspätung dar-

zulegen und zu beweisen haben. Es hält die rechtzeitige Erfüllung nicht nur für nicht bewiesen, sondern nicht einmal für ausreichend dargetan; ebenso auch nicht, daß die Beklagten die bei der Aufstellung des Programms eingetretenen Verzögerungen nicht zu vertreten haben.

Die insoweit von der Revision erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet.

4. In dem Angebotschreiben des Beklagten zu 2) vom 9. August 1966 sind am unteren Rand des Briefbogens in kleinem Druck u.a. folgende Zeilen enthalten:

"Liefertermine werden schon im eigenen Interesse eingehalten. Es können aus geringfügigen Verspätungen Rücktritts- und Schadensersatzansprüche nicht hergeleitet werden. ... Jegliche Haftung für unrichtige Auswertungen werden nicht übernommen. Gerichtsstand für beide Teile ist Hamburg."

a) Die Beklagten meinen, mit diesen Geschäftsbedingungen sei die Haftung für die vom Kläger geltend gemachten Schäden jedenfalls ausgeschlossen.

Das Berufungsgericht führt aus, diese Bedingungen könnten nicht als Bestandteil des Angebots angesehen werden, da in dem Text des Angebots auf sie nicht Bezug genommen sei und sie wegen ihres sehr kleinen Drucks leicht hätten übersehen werden können.

Diese Auffassung hält - wie der Revision zuzugeben ist - der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Darauf, ob in dem Text des Angebotsschreibens auf diese Bedingungen ausdrücklich Bezug genommen worden ist, kommt es nicht an. Sie sollten erkennbar Teil des Angebots sein. Dieses hat der Kläger angenommen. Die Geschäftsbedingungen sind damit ein Teil der vertraglichen Abmachungen der Parteien geworden. Das wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß sie infolge ihres sehr kleinen Drucks leicht übersehen werden konnten. Von einem Geschäftspartner, insbesondere von dem Kläger, der Steuerbevollmächtigter ist, kann verlangt werden, daß er sich das Angebot genau durchliest, bevor er es annimmt. Wenn er das nicht tut, dann geht das zu seinen Lasten. Es liegt hier kein Sachverhalt vor, der dem vom VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 11. November 1969 (BB 1969, 66) entschieden vergleichbar ist. Es ist daher davon auszugehen, daß die Parteien die Geltung dieser Geschäftsbedingungen vereinbart haben.

b) Die Beklagten können sich aber gegenüber dem geltend gemachten Verzugsschaden nicht auf einen Haftungsausschluß berufen. Die insoweit vom Berufungsgericht hilfsweise gegebene Begründung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

aa) Die Revision meint, es handle sich um vom Revisionsgericht selbst auslegbare Allgemeine Geschäftsbedingungen. Das ist jedoch nicht der Fall.

In den Bedingungen ist als ausschließlicher örtlicher Gerichtsstand Hamburg genannt. Mit der Auslegung der Bedingungen wird daher jedenfalls für den insoweit allein in Betracht kommenden Normalfall nur

ein Oberlandesgericht befaßt werden. In einem solchen Fall unterliegen die Geschäftsbedingungen aber nicht der freien Nachprüfbarkeit durch das Revisionsgericht (u.a. BGH LM Nr. 66 zu § 549 ZPO; VII ZR 13/67 vom 12. Juni 1969).

bb) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung ist daher nur beschränkt nachprüfbar. Sie enthält keine Rechtsfehler.

Das Berufungsgericht hat der Klausel nicht zu entnehmen vermocht, daß sie sich mit der notwendigen Eindeutigkeit auf die hier in Frage stehende Verzögerung bei der Herstellung eines tauglichen Programms bezieht. Das muß die Revision hinnehmen. Solche Klauseln sind eng auszulegen (u.a. BGH LM Nr. 6 zu § 157 (Gf) BGB). Unklarheiten in ihnen gehen zu Lasten dessen, der sie verfaßt hat (u.a. BGHZ 47, 207, 216; BGH BB 1969, 1504).

Es handelt sich hier nicht um Schäden, die durch falsche Auswertungen oder eine falsche Programmierung entstanden sind, sondern um Verzugsschäden. Es bedarf daher nicht der Entscheidung, inwieweit in Allg. Geschäftsbedingungen von Rechenzentren die Haftung für unrichtige Auswertungen überhaupt ausgeschlossen werden kann, ohne daß damit ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit gegeben ist (vgl. dazu Loewenheim aaO S. 595 ff).

Die Formulierung der Geschäftsbedingungen spricht zudem hier gerade dafür, daß Schadensersatzansprüche nur bei geringfügigen Verzögerungen nicht gegeben sein sollten. Solche liegen aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (BU 53) nicht vor.

5. Das Berufungsgericht hat ein mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB) des Klägers an der Verzögerung der Programmierung nicht festzustellen vermocht.

Auch dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Die vorgesehenen Testauswertungen haben nicht stattgefunden (BU 8, 59). Die im Februar 1967 vorgenommenen Auswertungen sollten bereits die im Januar 1967 erfaßten Daten betreffen. Die Revision geht insoweit von Annahmen aus, die dem unstreitigen Sachverhalt widersprechen. Die in diesem Zusammenhang nach § 139 ZPO erhobene Rüge ist unbegründet.

b) Das Berufungsgericht konnte zu dem Ergebnis kommen, daß sich die Beklagten auf eine im Januar 1967 im Büro des Klägers vorgenommene zunächst fehlerhafte Datenerfassung nicht berufen können, da bei Vornahme der vorgesehenen Testauswertungen diese schon vor Beginn der Auswertungen der Januar-Daten entdeckt und beseitigt worden wäre. Es hat zudem festgestellt, daß besonders schwerwiegende Fehler bei der Datenerfassung, deren Vermeidung vom Kläger auch ohne vorherige Probeauswertungen ohne weiteres zu verlangen war, nicht festzustellen sind (BU 60). Zumindest hätten sich solche Fehler nicht über den vom Berufungsgericht angenommenen Zeitpunkt des Beginns des Verzuges ausgewirkt. Das muß die Revision hinnehmen.

c) Mit dem Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe die Berichtigung des Programms dadurch verzögert, daß er es versäumt habe, die gelieferten Auswertungen unverzüglich auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, hat sich das Berufungsgericht auseinandergesetzt (BU 61). Es ist nicht zu beanstanden, daß es dieses Vorbringen nicht als hinreichend substantiiert angesehen hat. Es war Sache der Beklagten, von sich aus Beweis anzutreten. Eine Verletzung der Bestimmung des § 139 ZPO liegt nicht vor.

III.

Das Berufungsgericht hat einen Honorarausfall des Klägers in Höhe von 26.245,50 DM und die Aufwendungen zur manuellen Ermittlung der Umsatzsteuerwerte mit 75 DM (BU 72) als durch den Verszug verursacht angesehen. Es hat davon 8.363,80 DM für vom Kläger geschuldete Vergütung abgesetzt und kommt so zu einem von den Beklagten zu ersetzenden Schadensbetrag von 17.956,70 DM.

Auch die zur Höhe des Schadens vom Berufungsgericht gemachten Ausführungen greift die Revision ohne Erfolg an.

1. Da es sich um einen zu ersetzenden Verzugschaden handelt (§ 286 BGB in Verbindung mit § 636 Abs. 1 S. 2 BGB) liegen die Ausführungen der Revision zu § 634 BGB neben der Sache.

2. Das Berufungsgericht hat als Schaden angesehen den Honorarausfall, den der Kläger dadurch er-

litten hat, daß der Mandant Adam das Vertragsverhältnis aufgekündigt hat (BU 64) und der Kläger gehalten war, den übrigen Mandanten Teile des vereinbarten Honorars nachzulassen, da er ihnen gegenüber wegen der nicht rechtzeitigen Lieferung der Auswertungen seine übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllen konnte. Seine dazu gemachten Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dem Kläger sei auch nicht zum Vorwurf zu machen, daß er die im Februar 1967 gelieferten Buchhaltungslisten nicht weitergeleitet habe, ist aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden.

3. Zwar sind die Auswertungen im September/Oktober 1967 erfolgt, nachdem schließlich ein taugliches Programm hergestellt worden war. Die Ermäßigung der Honorare war aber schon allein deshalb gerechtfertigt, weil die Mandanten die Auswertungen nicht rechtzeitig erhalten hatten. Dafür, daß es dem Kläger möglich gewesen wäre, nach Lieferung der Auswertungen das vor dem nachgelassene Honorar voll zu verlangen, ist in den Tatsacheninstanzen von den Beklagten nichts dargelegt. Es ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht es als gerechtfertigt angesehen hat, daß der Kläger seinen Mandanten die Honorarnachlässe in dem dargelegten Umfang (BU 67/68) gewährt hat und diese von den Beklagten als Verzugschaden ersetzt verlangt.

4. Darauf, ob der Kläger schon im Juli 1967 die Nordata mit der Anfertigung eines Programms beauftragt hat, kommt es für den ihm vom Berufungsgericht

zugesprochenen Schadensersatzanspruch wegen der Honorarerausfälle nicht an.

6. Das Berufungsgericht hat dem Kläger als Verzugsschaden auch zu Recht weitere 75 DM (Ermittlung der Umsatzsteuerwerte) zugesprochen. Diese Schadensposition sollte, wie die Darlegungen des Klägers ergeben (HA 107, 113), in den weiterhin geforderten 4.000 DM enthalten sein.

Die zu dieser Schadensposition von der Revision erhobene Verfahrensrüge ist unbegründet.

IV.

Das Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung auch stand, soweit das Berufungsgericht dem Feststellungsantrag des Klägers stattgegeben hat.

1. Das Feststellungsinteresse wird nicht - wie das die Revision meint - dadurch in Frage gestellt, daß die vertraglichen Beziehungen der Parteien beendet sind. Das Berufungsgericht hat es als wahrscheinlich angesehen, daß der Kläger infolge des Verzuges der Beklagten möglicherweise gehindert worden ist, neue Mandanten zu gewinnen und daß ihm insoweit Gewinn entgangen sein könnte. Es hat auch ohne Rechtsfehler angenommen, daß ihm eine Bezifferung noch nicht möglich ist (BU 79/80). Es hat daher das Feststellungsinteresse zu Recht bejaht (u.a. BGH LM Nr. 7 zu § 256 ZPO).

2. Als Verzugsschaden kann auch ein entgangener Gewinn geltend gemacht werden. Das folgt aus § 252 BGB.

B. Unselbständige Anschlußrevision des Klägers

I.

Darin, daß das Berufungsgericht dem Zahlungsantrag nicht hinsichtlich weiter geforderter 16.722,40 DM entsprochen hat, tritt kein Rechtsfehler zutage.

1. Von den für Mehrarbeit verlangten 4.000 DM hat das Berufungsgericht dem Kläger nur 75 DM zugesprochen (vgl. oben unter A III 6). Es kommt zu dem Ergebnis, daß durch den Verzug der Beklagten die notwendige Mitarbeit des Klägers nur zeitlich hinausgeschoben wurde und sich aus seinen Behauptungen keine greifbaren Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, daß der Verzug zu einer ins Gewicht fallenden Mehrarbeit des Klägers geführt habe.

a) Das Berufungsgericht hat damit keinen Erfahrungssatz verkannt. Die Tätigkeit des Klägers während des Verzuges der Beklagten braucht nicht notwendigerweise umfangreicher gewesen zu sein, als sie es gewesen wäre, wenn die Testauswertungen stattgefunden hätten. Nach dem unstreitigen Sachverhalt hat der Kläger vor September 1967 nur fehlerhafte Auswertungen im Februar 1967 (BU 8) und Mitte Mai 1967 (BU 14) erhalten, die er überprüft hat. Der Kläger wäre zudem auch bei einem einwandfreien Programm gehalten gewesen, die Auswertungen vor der Weiterleitung an seine Mandanten zu überprüfen.

b) Es ist eine durch nichts belegte Behauptung der Anschlußrevision, daß bei Testauswertungen nur die Ergebnisse von einem oder höchstens zwei Mandantenbetrieben hätten erfaßt werden sollen. Die insoweit nach § 139 ZPO erhobene Rüge der Revision geht fehl.

c) Das Berufungsgericht hat die Behauptung des Klägers, er sei auch deshalb nicht zur Erledigung seiner sonstigen Arbeiten gekommen, weil er zur Beschwichtigung seiner Mandanten Besprechungen mit diesen habe abhalten müssen, als so wenig substantiiert angesehen, daß nicht festgestellt werden kann, ob und inwieweit gerade durch verzugsbedingte Besprechungen der Einsatz einer Hilfskraft erforderlich gewesen sein sollte.

Die insoweit erhobenen Verfahrensrügen der Anschlußrevision sind unbegründet.

2. Nicht als berechtigt angesehen hat das Berufungsgericht die Forderung des Klägers auf Ersatz weiterer 997,40 DM (Aufwand für die im Juli 1967 mit Hilfe einer Buchungsmaschine außerhalb seines Büros aufgearbeiteten Daten).

Die dafür gegebene Begründung ist gleichfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Zu Recht verweist das Berufungsgericht darauf, daß der Kläger entweder den gewährten Honorarnachlaß als Schaden ersetzt verlangen kann oder die Erstattung dieser Kosten, aber nicht beides nebeneinander.

Diesen Betrag kann der Kläger auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer von ihm zur Schadensminderung für notwendig gehaltenen Aufwendung ersetzt verlangen. Er hat nicht dargelegt, daß ein größerer

Schaden entstanden wäre, d.h. er den Mandanten noch weiter hätte entgegenkommen müssen oder daß diese das Vertragsverhältnis gekündigt hätten, wenn er diese Aufwendungen nicht gemacht hätte.

3. Als nicht begründet angesehen hat das Berufungsgericht schließlich auch die Forderung des Klägers auf Erstattung der von ihm an die Nordata für die Ausarbeitung eines neuen Programms gezahlten 11.800 DM.

a) Zu Recht weist das Berufungsgericht darauf hin, daß der Kläger insoweit Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert. Es handelt sich dabei nicht um Aufwendungen, die ihm durch den Verzug bei der Fertigstellung eines tauglichen Datenverarbeitungsprogramms entstanden sind. Diese Aufwendungen hat er nicht gemacht, um während des Lieferverzuges sein Interesse anderweitig zu befriedigen. Sie sind vielmehr entstanden, weil der Kläger schon während des Bestehens des Vertrages Vorbereitungen getroffen hat, um sich vom Vertrag lösen zu können.

Der Anspruch auf Ersatz der 11.800 DM könnte daher nur unter den Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden. Das setzt aber voraus, daß der Kläger eine Nachfrist gesetzt und erklärt hätte, daß er die Erfüllung nach Ablauf der Frist ablehnen werde. Das hat er aber gerade nicht getan, wie sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt. Er hat immer wieder gedrängt, daß das bestellte Programm fertiggestellt

würde. Mit der Fortsetzung der Arbeit durch die Beklagten hat er sich auch nach Ablauf von ihm gesetzter Fristen ausdrücklich einverstanden erklärt. Die Beklagten haben das Programm dann auch schließlich, wenn auch mit erheblicher Verspätung, fertiggestellt und die Auswertungen geliefert. Ersatzansprüche hat er stets nur in Bezug auf die Schäden angemeldet, die ihm durch den Verzug entstanden waren. Solche Ersatzansprüche bestehen neben dem Anspruch auf Erfüllung. Auch aus den von der Anschlußrevision angeführten Schreiben des Klägers ergibt sich nicht, daß er während des Verzuges Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert hat.

b) Zu Recht verweist das Berufungsgericht darauf, daß die Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 BGB nicht vorliegen. Der Kläger hat sein Interesse an der Erfüllung nicht deshalb verloren, weil die Beklagten in Verzug gekommen waren, sondern weil er ein Deckungsgeschäft abgeschlossen hat, dessen Erfüllung bevorstand. Das rechtfertigt aber die Anwendung des § 326 Abs. 2 BGB nicht (vgl. Larenz Lb. des Schuldrechts, 10. Aufl., § 25 II b; RGRK, 11. Aufl. § 326 Anm. 14; BGB LM Nr. 2 zu § 326 (D) BGB).

c) Der Kläger kann aus den vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei dargelegten Gründen diese Kosten auch nicht unter dem Gesichtspunkt für die Schadensminderung erforderlich gehaltener Aufwendungen ersetzt verlangen. Er hat sie nicht aufgewandt, um den Verzugsschaden zu mindern, sondern um bei einer Auflösung des Vertrages in der Lage zu sein, die Datenverarbeitung durch ein anderes Rechenzentrum vornehmen zu lassen.

d) Auch daraus, daß die Beklagten bei dem außergerichtlichen Vergleichsgespräch am 27. Oktober 1967 erklärt haben, wenn der Kläger seine Schadensersatzansprüche aufrechterhalte, wollten sie mit ihm nicht mehr zusammenarbeiten, ergibt sich der geltend gemachte Anspruch nicht. Der Kläger hat nicht etwa auf Grund dieser Erklärung die Firma N[REDACTED] beauftragt, sondern bereits im Juli 1967 (BU 18), also zu einer Zeit, in der er noch auf die Erfüllung des Vertrages drängte.

II.

Das Berufungsgericht hält die Beklagten nur für verpflichtet, dem Kläger den etwaigen Schaden zu ersetzen, den er dadurch erlitten hat oder erleiden wird, daß die Beklagten bis zum 9. März 1967 kein taugliches Datenverarbeitungsprogramm hergestellt hatten.

1. Mit der Anschlußrevision will der Kläger erreichen, daß seinem Feststellungsantrag ohne diese zeitliche Einschränkung stattgegeben wird. Auch insoweit ist ihr der Erfolg zu versagen.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mußte das Programm spätestens Ende Januar 1967 fertiggestellt sein, damit die Auswertungen ab "Anfang 1967" ordnungsgemäß vorgenommen werden konnten. Es ist der Auffassung, die Beklagten seien aber erst mit dem 9. März 1967 in Verzug geraten. Dazu habe die in dem Schreiben des Klägers vom 10. Februar 1967 enthaltene Mahnung geführt. Zu einem früheren Zeitpunkt sei ein Verzug der Beklagten noch nicht eingetreten, weil es an einer nach Fälligkeit erklärten

Mahnung des Klägers zu einem früheren Termin fehle. Eine Mahnung sei auch nicht nach § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB entbehrlich gewesen, denn für die Leistung sei keine Zeit nach dem Kalender bestimmt. Es sei offen geblieben, welcher bestimmte Tag für die Fälligkeit maßgebend sein sollte (BU 48, 49).

b) Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Kalendermäßig bestimmt ist eine Leistung i.S. von § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB nur, wenn ein Kalendertag unmittelbar oder wenigstens mittelbar bezeichnet ist (vgl. u.a. RGZ 103, 33, 34; BGH VII ZR 162/60 vom 9. April 1962). Damit, daß das Programm bis Ende Januar 1967 fertiggestellt sein mußte, ist das aber bei der hier gegebenen Sachlage noch nicht der Fall. Es sollte damit nur sichergestellt sein, daß die Auswertungen für den Monat Januar rechtzeitig vorgenommen werden konnten. Dafür hätte es auch ausgereicht, wenn ein taugliches Programm Anfang Februar 1967 zur Verfügung gestanden hätte. Es mußten erst einmal die Januar-Ergebnisse der Mandanten des Klägers vorliegen und diese von ihm in die Datenerfassungsmaschine eingegeben werden. Erst dann kam eine Auswertung der erfaßten Daten durch die Beklagten in Betracht. Auch der Kläger hat das so aufgefaßt und nicht die Leistung der Beklagten schon als kalendermäßig bestimmt in dem Sinne angesehen, daß sie ohne Mahnung ab Ende Januar 1967 in Verzug kamen. Er hat vielmehr die von den Beklagten zu erbringende Leistung in seinem Schreiben vom 10. Februar 1967 angemahnt und für den Fall, daß sie nicht bis zum 9. März 1967 erbracht sei, sich Schadensersatzforderungen vorbehalten.

2. Die Anschlußrevision erstrebt weiter, daß dem Feststellungsantrag des Klägers auch insoweit entsprochen wird, als es sich um Schadensersatzansprüche handelt, die sich daraus ergeben könnten, daß seine Mandanten die Rückzahlung eines Teiles des Honorars für die Monate Januar bis April 1967 verlangen und noch weitere Schadensersatzansprüche stellen würden.

Soweit solche Rückgriffsansprüche der Mandanten daher rühren, daß die Beklagten bis zum 9. März 1967 kein taugliches Datenverarbeitungsprogramm hergestellt hätten, ist die Schadensersatzpflicht der Beklagten aber bereits durch das angefochtene Urteil festgestellt. Ein darüber hinausgehender Anspruch für die Zeit vor dem 9. März 1967 besteht nicht (vgl. oben unter B II 1).

a) Das Berufungsgericht hat bei der Prüfung des Feststellungsinteresses (§ 256 ZPO) zwar ausgeführt, der Kläger könne dieses nicht allein daraus herleiten, daß er mit den genannten Ansprüchen der Mandanten zu rechnen hätte (BU 79). Es hat jedoch das Feststellungsinteresse aus anderen Gründen bejaht und damit den Feststellungsantrag insgesamt als zulässig behandelt. Der Kläger ist daher durch diese Ausführungen des Berufungsgerichts nicht beschwert.

b) Es hat jedoch - wie seine Ausführungen (BU 80) ergeben - den Feststellungsantrag in der Sache nur zum Teil als begründet angesehen und zwar, soweit dem Kläger Gewinn entgangen sein sollte. Die Einschränkung ist jedoch rechtlich nicht haltbar. Unter den zu ersetzenden Verzugsschaden würden auch die etwa

vom Kläger noch zu erfüllenden Rückgriffsansprüche fallen. Wenn solche, zu denen der Kläger bisher nur vorgetragen hat, ihm seien sie angedroht (HA 109), tatsächlich bestehen sollten, dann könnte der Kläger sie, soweit sie den Zeitraum ab 9. März 1967 betreffen, auch geltend machen. Der Kläger ist aber auch durch diese Ausführungen des Berufungsgerichts deshalb nicht beschwert, weil ein solcher Schaden in dem Tenor der angefochtenen Entscheidung von der Ersatzpflicht der Beklagten nicht ausgenommen und die Klage insoweit nicht abgewiesen worden ist. Das bedarf jedoch auf die Anschlußrevision des Klägers hin der Klarstellung.

C. Nach alledem ist die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Die Anschlußrevision des Klägers ist gleichfalls zurückzuweisen, jedoch mit der Maßgabe, daß zu dem zu ersetzenden Schaden auch etwa vom Kläger noch zu erfüllende Rückgriffsansprüche von Kunden gehören.

Die Kosten der Revisionsinstanz waren gegeneinander aufzuheben (§§ 92, 97 ZPO).

Glanzmann

Erbel

Vogt

Finke

Schmidt