

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

X ZR 110/91

Verkündet am:
28. Juni 1994
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

S [REDACTED] C [REDACTED] GmbH, F [REDACTED]straße [REDACTED], N [REDACTED], vertreten
durch den Geschäftsführer Dipl.-Ing. Hans S [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagte,

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

gegen

S [REDACTED] S [REDACTED] Bad S [REDACTED], vertreten durch die
Sparkassendirektoren T [REDACTED] und D [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],
Bad S [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

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

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1994 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dr. Broß, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. Juni 1991 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin mehr als 20.918,77 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 2. März 1989 zu zahlen.

Die weitergehende Revision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten von Revision und Anschlußrevision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin klagt aus abgetretenem Recht gegen die Beklagte eine Kaufpreisforderung ein. Die Beklagte bestreitet eine wirksame Abtretung und stellt verschiedene Gegenforderungen zur Aufrechnung.

Der Zedent der Forderung, von C■■■■, war Inhaber eines Gebrauchsmusters. Dieses wandelte die herkömmlichen Doppel-T-Stahl-Träger dahin ab, daß der Steg zwischen Ober- und Untergurt nicht flach ausgebildet war, sondern ein Sicken-Profil aufwies. Mit dieser Profilierung konnte der Steg dünner dimensioniert werden, so daß im Vergleich zu herkömmlichen Trägern gleicher Tragfähigkeit Gewicht erspart wird.

Dieses Gebrauchsmuster veräußerte er mit notariellem Vertrag vom 14. März 1985 an die damals noch in Gründung befindliche Beklagte. Im Vertrag heißt es unter anderem:

" § 1

... Die Übertragung bezieht sich uneingeschränkt auf die ... Verwertung, ohne daß der Verkäufer eine Gewähr für die Nutzungsmöglichkeit übernimmt.

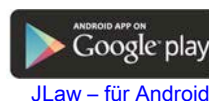
§ 2

Übertragen werden weiterhin

a) ...



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



b) ...

c) ...

d) Sämtliche Software-Programme mit Zubehör, ...

e) Sämtliche Bemessungstabellen mit Zubehör."

Im Zusammenhang mit der Unterzeichnung des Kaufvertrages stellte sich heraus, daß der Verkäufer von C[REDACTED] die Bemessungstabellen (im folgenden: BMT) und die Software noch nicht in Händen hatte. Mit der Herstellung hatte er den Dipl.-Ing. R[REDACTED] beauftragt, der an der Entwicklung des Stahlträgers maßgeblich beteiligt gewesen war. Im März 1985 trat von C[REDACTED] die Forderung aus dem Kaufvertrag von noch 1,125 Mio. DM sicherungshalber an die Klägerin ab. Im April 1985 erfolgte eine Rückabtretung in Höhe von 455.000,-- DM an von C[REDACTED].

Bereits vor Übertragung des Schutzrechts durch von C[REDACTED] auf die Beklagte nahm ihr Geschäftsführer S[REDACTED] Verhandlungen zur Weiterverwertung des Gebrauchsmusters auf. Er verhandelte mit der Firma "A[REDACTED] für D[REDACTED] und M[REDACTED] GmbH" (im folgenden: ADM) und mit John K[REDACTED], einem Handelsmakler mit Residenz in Australien. Unter dem 20. Februar 1985 unterzeichneten der Geschäftsführer S[REDACTED] und K[REDACTED] ein Schriftstück, wonach letzterer beabsichtigte, gegen Zahlung von 18 Mio. DM eine "Australienlizenz" zu erwerben unter der Voraussetzung, daß mit dem neuen Träger "auch tatsächlich ein Drittel Gewicht Einsparungen ... erzielt werden".

Am 22. Februar 1985 verhandelte S. [REDACTED] mit Vertretern der Firma ADM in deren Betrieb über die Erteilung einer Lizenz. Im Anschluß daran übersandte ADM Spelten ein von ihr unterzeichnetes Schriftstück "Zusammenarbeitsvertrag". Danach sollte S. [REDACTED] bzw. die noch zu gründende Beklagte bis zum 31. Mai 1985 "typengeprüfte Bemessungstabellen für die TS-Profile" liefern sowie den "Nachweis über mindestens ein Drittel Gewichtersparnis im Vergleich mit herkömmlichen Profilen" erbringen. Unter dieser Voraussetzung wollte die Firma ADM eine Pilotanlage herstellen und sollte eine weltweit gültige ausschließliche Lizenz für die Herstellung von Anlagen zur Produktion der TS-Träger erhalten, und zwar gegen Zahlung einer Lizenzgebühr in Höhe von 2,1 Mio. DM. Die erste Rate dieser Gebühr in Höhe von 300.000,-- DM sollte bei der Übergabe der oben genannten Dokumente, spätestens am 31. Mai 1985 fällig sein.

Von C. [REDACTED] konnte die in § 2 d und e des Vertrages bezeichneten Programme und Bemessungstabellen nicht liefern. Die Beklagte beauftragte daraufhin den Dipl.-Ing. R. [REDACTED] mit der Weiterentwicklung von BMT und Software. Dafür hat sie erhebliche Beträge aufgewendet.

Am 21. Mai 1985 meldete das Unternehmen VC-M. [REDACTED] GmbH Konkurs an und am 15. November 1985 gab von C. [REDACTED] die Offenbarungsversicherung ab.

Die Klägerin hat vor dem Landgericht zunächst nur einen Teilbetrag in Höhe von 150.000,-- DM nebst Zinsen eingeklagt, die Beklagte hat sich auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen und im übrigen Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 142.470,-- DM nebst Zinsen verurteilt, im übrigen hat es die Klage wegen der geltend gemachten Gegenansprüche, die es nur zu einem Teil für gegeben angesehen hat, abgewiesen.

Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Klage um 520.000,-- DM erhöht. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 320.919,23 DM verurteilt und die weitergehende Klage wegen der geltend gemachten Gegenforderungen abgewiesen, die es nur zum Teil für begründet gehalten hat.

Die Beklagte begehrt mit ihrer Revision die Aufhebung des Berufungsurteils und die Abweisung der Klage.

Eine von der Klägerin eingelegte Anschlußrevision hat der Senat unter Vorbehalt der Kostenentscheidung nicht zur Entscheidung angenommen.

Die Klägerin tritt der Revision entgegen und beantragt deren Zurückweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt wegen eines Betrages in Höhe von 300.000,-- DM (zur Verrechnung gestellte angebliche Schadensersatzforderung der Beklagten wegen entgangenen Gewinns, Geschäft mit der Firma ADM) zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung insoweit an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu Recht von einer wirksam abgetretenen Kaufpreisforderung in Höhe von noch 670.000,-- DM zugunsten der Klägerin ausgegangen (§§ 433 i.V.m. 398 BGB). Ihm ist darin zu folgen, daß diese Abtretung nicht wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nichtig ist.

1. Nicht frei von Rechtsirrtum ist allerdings die Meinung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne im Verhältnis zur Klägerin keine Rechte aus einer möglicherweise wegen Verstoßes gegen § 138 BGB unwirksamen Abtretung herleiten. Ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB führt immer dann auch zur Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäftes, wenn die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt, wie es bei Sicherungsübereignungen und -abtretungen grundsätzlich der Fall ist (st. Rspr. vgl. BGHZ 19, 12, 18; BGH NJW-RR 1990, 1459; NJW 1991, 2144, 2147 m.w.N.).

2. Letztlich kann offenbleiben, ob das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten zur Übersicherung im Hinblick auf den Sachvortrag der Klägerin im Schriftsatz vom

15. April 1991 mit Recht als unsubstantiiert bewerten und von einer Darlehensschuld in Höhe von 872.800,-- DM ausgehen durfte.

Selbst wenn das Berufungsgericht nicht annehmen durfte, daß der Kredit in Höhe von 872.800,-- DM in Anspruch genommen war, stellt sich der Kreditvertrag der Klägerin mit von C[REDACTED] nicht als sittenwidrig dar.

Umstände, die die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes begründen, müssen schon bei dessen Abschluß vorgelegen haben. Es hat sich bei dem eingeräumten Kredit erkennbar um einen "Dispositionskredit" gehandelt. Dieser war auf 950.000,-- DM eingeräumt. Mit seiner vollständigen Inanspruchnahme durch den Schuldner mußte die Klägerin nach der Darlehenszusage jederzeit rechnen. Zur Sicherung dieses Kredites hatte die Klägerin ursprünglich eine Forderung in Höhe von 1,125 Mio. DM abgetreten erhalten. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes standen sich also ein Kreditrahmen in Höhe von 950.000,-- DM und eine Sicherungsforderung in Höhe von 1,125 Mio. DM gegenüber (die spätere Rückabtretung seitens der Klägerin an von C[REDACTED] in Höhe von 455.000,-- DM hat außer Betracht zu bleiben). Diese Beträge stehen zueinander schon vom Zahlenverhältnis her nicht außer Verhältnis. Zu berücksichtigen ist auch, daß die zur Sicherung abgetretene Forderung für die Klägerin nicht ohne Risiken war. Sie betraf ein Geschäft, das im Zeitpunkt der Abtretung vom Verkäufer/Darlehensnehmer von C[REDACTED] nicht voll erfüllt war und bei dem Leistungsstörungen nicht auszuschließen waren.

Damit liegt ein auffälliges Mißverhältnis zwischen der Höhe des eingeräumten Kredites und der sicherungshalber abgetretenen Forderung nicht vor. Andere Umstände, die einen Verstoß gegen die guten Sitten begründen könnten, sind weder festgestellt noch vorgetragen. Die Tatsache, daß von C [REDACTED] im Herbst 1984 in wirtschaftlicher Bedrängnis war, rechtfertigt für sich nicht den Schluß, daß er durch die Abtretung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit unbillig behindert worden ist (vgl. BGHZ 19, 12, 18; 98, 303 ff.). Dies wäre nur der Fall, wenn ihm durch die Abtretung jegliche Freiheit für die eigene wirtschaftliche und kaufmännische Entschließung genommen und er durch die Gläubigerin - die Klägerin - "geknebelt" worden wäre.

Dies bedeutet nicht, daß die Klägerin nicht unter Umständen gehalten ist, Beträge aus der Sicherungsabtretung an den Schuldner rückabzutreten, wenn dieser den Kredit nicht oder nicht mehr in Anspruch nimmt. Dieser möglicherweise gegebene Rückgewähranspruch des Schuldners von C [REDACTED] gegen die Klägerin beeinflusst die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits aber nicht. Sollte die Klägerin im Innenverhältnis zu ihrem Schuldner von C [REDACTED] mehr erlangen, als ihr wirklich zusteht, hat sie diesen Betrag möglicherweise an von C [REDACTED] nach Abrechnung auszukehren, ohne daß sich das Verlangen nach voller Bezahlung der abgetretenen Forderung gegenüber der Beklagten als rechtsmißbräuchlich darstellen würde.

II. Zutreffend hat das Berufungsgericht gegenüber dem Anspruch auf Kaufpreiszahlung Gegenansprüche der Beklagten berücksichtigt, die sich daraus ergeben, daß der Verkäufer

von C [REDACTED] Software-Programme und Bemessungstabellen nicht geliefert hat, und daß die Beklagte insoweit Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen kann. Darüber besteht dem Grunde nach auch kein Streit zwischen den Parteien. Die Berechtigung der bereits im erstinstanzlichen Urteil berücksichtigten Abzüge in Höhe von 7.530,-- DM und vom Berufungsgericht anerkannten weiteren Gegenansprüche in Höhe von insgesamt 341.550,77 DM (bei richtiger Addition: 341.551,23 DM) steht nicht mehr zur Diskussion, nachdem sich die Anschlußrevision der Klägerin durch Nichtannahme-Beschluß erledigt hat. Soweit das Berufungsurteil einen Gegenanspruch wegen weiterer Einzelpositionen verneint, ist es nicht in allen Punkten frei von Rechtsfehlern.

1. Erfolgreich wendet sich die Revision gegen die Feststellungen des Berufungsurteils zur Frage des entgangenen Gewinns in Höhe von 300.000,-- DM aus dem nicht durchgeführten Geschäft mit der Firma ADM in Brüggen.

Das Berufungsgericht meint, nicht feststellen zu können, daß aus den damals angebahnten Geschäftsbeziehungen für die Beklagte ein Gewinn im Sinne des § 252 BGB mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre, wenn von C [REDACTED] bei Vertragsschluß oder jedenfalls bis Ende Mai 1985 Softwareprogramme und BMT ausgehändigt hätte. Es hat dabei zwar unterstellt, daß der von der Firma ADM aufgesetzte "Zusammenarbeitsvertrag" in der Folgezeit durch einen ordentlichen Vertrag ersetzt worden wäre, der mit Rücksicht auf die in ihm vorgesehenen Ausschließlichkeitsbindungen die Formvorschrift des § 34 GWB erfüllt hätte. Als entscheidendes Hindernis für die Hypothese, bei rechtzeitiger Vertragserfül-

lung durch von C [REDACTED] sei es zu gedeihlicher Zusammenarbeit mit der Beklagten gekommen, hätte sich aber deren Verlangen nach dem Nachweis erwiesen, daß die ihr angedienten TS-Profile im Vergleich mit herkömmlichen Profilen eine Gewichtsersparnis von mindestens ein Drittel erzielen ließen. Dieser Nachweis sei unstreitig schlechterdings nicht zu führen gewesen.

2. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei diesen Feststellungen wesentliches Vorbringen der Beklagten unter Verstoß gegen § 286 ZPO unberücksichtigt gelassen, greift durch.

Die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Nachweis der Gewichtsersparnis sei schlechterdings nicht zu führen gewesen, sei als unstreitig anzusehen, steht mit dem einschlägigen Akteninhalt nicht in Einklang. In dem vom Berufungsgericht zur Stützung seiner Auffassung angezogenen Schriftsatz der Klägerin vom 5. Juni 1990 (GA III 438) bestreitet diese "mit Nichtwissen, daß es der Beklagten gelungen sei, jemals einen dahingehenden Nachweis zu führen" (S. 14 dieses Schriftsatzes, GA III 451). "Ferner bestreitet die Klägerin mit Nichtwissen, daß die Führung eines derartigen Nachweises der Beklagten überhaupt möglich wäre. Denn die Klägerin bestreitet mit Nichtwissen, daß mit dem an die Beklagte veräußerten Gebrauchsmuster eine Gewichtseinsparung von einem Drittel überhaupt erzielbar ist" (GA III 451). Unter Hinweis auf diese Ausführungen nimmt die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 15. April 1991 (GA III 503) nochmals Bezug auf ihren Schriftsatz vom 5. Juni 1990 und den Hinweis darauf, "daß die Klägerin nach wie vor grundsätzlich mit Nichtwissen

bestreitet, daß mit den in Rede stehenden TS-Profilen tatsächlich eine Gewichtseinsparung gegenüber den vorbekannten Profilen von mindestens einem Drittel und gar bis zu 50 % möglich wäre" (GA III 537). Hiernach steht eindeutig fest, daß dieser für die Entscheidung des Berufungsgerichts maßgebliche Umstand zwischen Klägerin und Beklagter gerade nicht unstreitig ist. Die Beklagte hatte schriftsätzlich (GA 237/238) ausdrücklich vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß und wie sie den verlangten Beweis der Gewichtsersparnis hätte erbringen können, und zwar auf der Grundlage typengeprüfter Bemessungstabellen. Das wird von der Revision zu Recht als übergangen gerügt. Es ist kein Anhaltspunkt dafür erkennbar, daß die Beklagte diesen Vortrag später fallengelassen hätte. Aus den vorstehend und im angefochtenen Urteil zitierten Schriftsätzen der Klägerin ergibt sich das Gegenteil.

Den vorstehend dargestellten Widerspruch hat das Berufungsgericht im Berichtigungsbeschluß vom 12. November 1991 nicht behoben. Es zitiert eingangs unter II. 1. (Berichtigungsbeschl. S. 3) die hier einschlägigen Seiten (GA III 451 u. 537), ohne in seinen weiteren Darlegungen auf deren maßgeblichen Inhalt zurückzukommen.

Dieser Verstoß gegen § 286 ZPO führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht; denn das Berufungsgericht legt (BU 23) den Zusammenarbeitsvertrag zwischen S. [REDACTED] und ADM vom 6. März 1985 nicht aus. Von daher fehlt es für das Revisionsgericht an einer tragfähigen Grundlage für eine eigene Entscheidung. Die Auslegung des Zusammenarbeitsvertrages zwischen S. [REDACTED] und ADM vom

6. März 1985, die das Berufungsgericht im Berichtigungsbeschluß (dort S. 4) vornimmt, ist insoweit unbeachtlich; denn insoweit war die Bindungswirkung des § 318 ZPO eingetreten. Die Voraussetzungen einer Berichtigung gemäß § 319 oder § 320 ZPO liegen nicht vor. Vielmehr trifft das Berufungsgericht im Berichtigungsbeschluß mit der nachgeschobenen Vertragsauslegung eine Entscheidung, die dem Urteil vorbehalten bleibt.

Auch im Hinblick auf den im Vertrag enthaltenen Gewährleistungsausschluß (§ 1 des Kaufvertrages) kann von einer Zurückverweisung nicht abgesehen werden. Zwar mag es sein, daß der Kauf eines technischen Schutzrechtes ein risikobehaftetes Geschäft ist und die Parteien deshalb in § 1 des Kaufvertrages einen Gewährleistungsausschluß vereinbart haben. Hinsichtlich der geltend gemachten Gegenansprüche der Beklagten greift dieser aber nicht ein. Es geht bei diesen Ansprüchen nämlich nicht um Gewährleistungsansprüche wegen des Gebrauchsmusters selbst, sondern um Ansprüche wegen Nichterfüllung der vertraglich selbständigen Pflichten aus § 2 des Vertrages, die nichts mit der Übertragung des Gebrauchsmusters und dessen Beschaffenheit zu tun haben. Der Verkäufer hat diese Verpflichtung zusätzlich zur bloßen Übertragung des Gebrauchsmusters übernommen.

Das Berufungsgericht wird für das weitere Verfahren zu erwägen haben, daß der Zusammenarbeitsvertrag vom 6. März 1985 verschiedene Möglichkeiten der Auslegung eröffnet. Eine Auslegung dahingehend, daß typengeprüfte Bemessungstabellen für die TS-Profile und der Nachweis über mindestens ein Drittel Gewichtsersparnis im Vergleich mit herkömmlichen

Profilen unmittelbar durch "amtliche Urkunden" nachgewiesen werden sollten, dürfte eher fernliegend sein, da es nach dem offenbar übereinstimmenden Vortrag der Parteien keine "staatlich geprüften und genehmigten Unterlagen" gibt, die den Nachweis einer Gewichtsparsparnis als Ergebnis einer Vergleichsuntersuchung zum Gegenstand haben. Davon geht auch das Berufungsgericht in seinem Berichtigungsbeschluß aus.

Der Vertrag zwischen der Beklagten und ADM kann allerdings auch so verstanden werden, daß jeder geeignete Nachweis und damit auch ein solcher als ausreichend angesehen werden konnte, der sich - auch nur theoretisch und rechnerisch - durch den Vergleich von BMT hätten führen lassen. Der durch Vergleich von BMT möglicherweise zu ermittelnde Gewichtsunterschied bei gleicher Tragfähigkeit kann einen ausreichenden Nachweis darstellen. Hätte seinerzeit der Zeuge R. oder ein beauftragter Sachverständiger eine Gegenüberstellung etwa in Form einer Tabelle gefertigt, aus der sich die vertraglich vorausgesetzte Gewichtsparsparnis nachweislich ergeben hätte, hätte ADM diesen Nachweis unter Umständen als vertragsgemäß akzeptieren müssen, wenn kein darüber hinausgehender bestimmter anderer Nachweis geschuldet war. Die im Tatbestandsberichtigungsbeschluß vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, daß sich der Nachweis nicht im Vergleich von Tabellen erschöpfen sollte, findet weder in seinen bisherigen Feststellungen noch im Sachvortrag der Parteien eine Stütze.

3. Ohne Erfolg bleiben die Angriffe der Revision demgegenüber insoweit, als sie sich gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Frage eines möglichen Schadensersatz-

anspruches aus der "Vereinbarung" zwischen der Beklagten (bzw. S██████) und K██████ wendet. Die hierzu an erster Stelle gegebene Begründung des Berufungsgerichts ist zwar den gleichen Bedenken ausgesetzt wie hinsichtlich des vorstehend behandelten Vertrages mit der Firma ADM. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung aber auf eine selbständige zweite Begründung gestützt, die die angefochtene Entscheidung zu diesem Punkt trägt.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß K██████ nicht selbst Vertragspartner der Beklagten war, sondern als Vermittler eines Geschäftes zwischen ihr und der australischen Firma B██████ H██████ auftreten wollte. Dies greift die Revision nicht an, davon ist deshalb für die Revisionsinstanz auszugehen. Ein endgültiger Lizenzvertrag, aus dem nach dem Willen der Parteien nur die Firma B██████ H██████ berechtigt und verpflichtet werden sollte, hätte danach erst noch abgeschlossen werden müssen. Davon ausgehend hat das Berufungsgericht mit Recht die Voraussetzungen des § 252 BGB nicht als gegeben angesehen. Nach dieser Vorschrift gilt als entgangen nur der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Ob dies der Fall ist, ist ein Problem der Beweiswürdigung; § 252 BGB enthält eine Beweiserleichterung zugunsten des Geschädigten und stellt eine besondere Ausgestaltung des § 287 ZPO dar (vgl. BGHZ 29, 393, 398, 399; 74, 221, 224). Der Geschädigte hat nur Umstände darzulegen und in den Grenzen des § 287 ZPO zu beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen des Falles die Wahrscheinlichkeit eines Gewinneintritts ergibt (vgl. BGHZ 54,

45, 55). Bei der durch § 252 Satz 2 BGB zugelassenen Wahrscheinlichkeitsprüfung sind durch das Gericht Tatsachen festzustellen, die eine Gewinnerwartung wahrscheinlich machen. Erst wenn diese vorliegen, kann der Geschädigte sich auf § 252 Satz 2 BGB berufen.

Die Beweiswürdigung des Tatrichters unterliegt der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur insoweit, ob diese in sich widersprüchlich ist, den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen zuwiderläuft oder Teile des Beweisergebnisses ungewürdigt läßt.

Solche Fehler zeigt die Revision in diesem Punkt nicht auf.

Das Berufungsgericht hat keine Tatsachen feststellen können, die eine Gewinnerwartung hinreichend wahrscheinlich gemacht hätten. Dabei ist der Revision zuzugeben, daß unter Umständen der Wille einer Person (hier: eines entscheidungsbefugten Mitglieds des Vorstandes der B. H.) nicht nur von dieser selbst (als Zeuge) bekundet werden, sondern dies auch durch Vernehmung anderer Zeugen geschehen kann. Das Berufungsgericht stellt aber entscheidend darauf ab, daß der Zeuge K. nur mit einem Herrn M. verhandelt hat, welcher wiederum selbst keine Entscheidungsbefugnis gehabt hat, sondern "ein Herr des Ingenieur- und Konstruktionsbüros" gewesen ist. Ob dieser dem Vorstand selbst angehört hat, weiß der Zeuge nicht, obwohl die Firma B. H. angeblich zu seinen ständigen Geschäftspartnern gehörte. Auch ob M. mit dem Vorstand verhandelt hat, kann er nicht aus eigener Wahrnehmung bekunden, sondern schließt dies nur aus dem Um-

stand, daß dieser keine eigene Entscheidungsbefugnis besaß. Deshalb zieht das Berufungsgericht vertretbar in Zweifel, daß K. eine hinreichend sichere Aussage über den möglichen Willen eines Entscheidungsträgers der Firma B. H. machen konnte.

4. Ohne Erfolg bleibt die Revision auch insoweit, als sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht den Wert der Software lediglich auf 30.000,-- DM geschätzt hat. Das Berufungsgericht hat den Wert rechtsfehlerfrei festgestellt.

Zu Recht hat das Berufungsgericht bei seiner tatrichterlichen Würdigung der wertbildenden Umstände (§§ 286, 287 ZPO) der Software berücksichtigt, daß diese nach der auf ihrer Grundlage erfolgten Fertigstellung der BMT nur noch eine geringere praktische und damit auch wirtschaftliche Bedeutung hat. Sie kann nämlich nur noch dazu dienen, etwaige, in den fertigen BMT nicht enthaltene Trägergrößen leichter zu berechnen, wie der Zeuge R. bekundet hat. Bei dieser Sachlage kann der Wert der Software nicht nach dem vollen Wert der ursprünglich geschuldeten bemessen werden. Zudem hat das Berufungsgericht der Beklagten weitere 100.000,-- DM Schadensersatz zugesprochen, weil sie diesen Betrag konkret aufwenden mußte, um den Zeugen R. zur Fertigstellung der BMT zu veranlassen, die sie nunmehr - allerdings ohne die dazugehörige Software - in Besitz hat. Die 30.000,-- DM gleichen damit zu Recht nur noch den Schaden aus, der der Beklagten dadurch entstanden ist, daß sie die im Vertrag zugesagte Software nicht auf Dauer zu ihrer vollen Verfügung erlangt hat.

Mit seiner Bewertung befindet sich das Berufungsurteil entgegen der insoweit erhobenen Revisionsrüge auch nicht in Widerspruch, sondern in voller Übereinstimmung mit den Ausführungen des sachverständigen Zeugen R■■■■, der ebenfalls ausgeführt hat, daß die Software mit Erstellung der BMT weitgehend ihren Zweck erfülle und entsprechend an Wert verloren hat.

Eine Gesetzesverletzung (§ 550 ZPO) liegt bei der Ermittlung dieser Schadensposition somit nicht vor.

III. Demnach hat das Berufungsgericht nur noch darüber zu entscheiden, ob wegen des oben zu II. erläuterten Betrages von 300.000,-- DM ein weiterer Abzug in Höhe von 300.000,-- DM von der Klageforderung vorzunehmen ist.

Beim Tenor des Revisionsurteils hat der Senat einen geringfügigen Rechenfehler im Berufungsurteil richtiggestellt. Die Summe der bereits vom Berufungsgericht als berechtigt anerkannten Gegenforderungen der Beklagten beläuft sich auf 341.551,23 DM.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision und der Anschlußrevision zu übertragen.

Rogge

Jestaedt

Broß

Melullis

Greiner