

# Ersatzansprüche für durch unvollständige Programmlieferung bedingte Mehrarbeit

OLG Düsseldorf; Urteil vom 26. März 1993 – „BG-Programm“ (22 U 199/92)

## Leitsätze

1. Der Anspruch auf eine zur Sicherung der fristgerechten Lieferung eines noch ausstehenden Programmteils vereinbarte Vertragsstrafe erlischt, wenn der Erwerber sich bei Annahme des kompletten Programms das Recht auf Zahlung der Vertragsstrafe nicht vorbehält.
2. Erfüllt ein geliefertes Standardprogramm entgegen einer Zusicherung des Verkäufers zunächst bestimmte Funktionen – hier: Erstellen von Arztberichten und Schreiben von Rechnungen – nicht, dann umfaßt der Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB auch den Mehraufwand für die anderweitige Fertigung der Arbeiten bis zur Komplettierung des Programms.

## Leitsätze der Redaktion

1. Ein Anspruch auf Freizeitschädigung für Versuche, mit unvollständig gelieferter Software außerhalb der üblichen Arbeitszeit trotz der Unvollständigkeit das gewünschte Ergebnis zu erzielen, ist nicht gegeben. Die praktisch mit jedem Schadensfall verbundene Einbuße an Freizeit stellt keinen Vermögensschaden dar. Dies gilt grundsätzlich auch für die Zeit, die der Geschädigte zur Abwicklung des Schadensfalles aufwendet.
2. Wird beim Verkauf von Computer-Hardware auch die Lieferung von Software vereinbart, die nicht speziell für den Käufer entworfen und hergestellt worden ist, so beurteilt sich der gesamte Vertrag nach Kaufrecht.
3. Ist ein bestelltes Programm als solches zwar rechtzeitig geliefert worden, fehlt indessen ein verbindlich zugesagter Programmteil, so beurteilen sich die Rechtsfolgen nicht nach Verzugsregeln. Vielmehr muß in der Lieferung des unkompletten Programms das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft im Sinne des § 463 BGB gesehen werden.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.  
Die auf die Zahlung des Restkaufpreises gerichtete Klage ist jedenfalls in der vom Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zugesprochenen Höhe von 8.065,78 DM nach §§ 433 Abs. 2, 387, 389, 463 BGB und den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung begründet.

### I.

Die Klägerin hatte gegen den Beklagten aus dem mit ihm geschlossenen Vertrag vom 31.01.1989/10.02.1989 Anspruch auf Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises in Höhe von

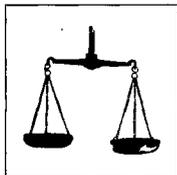
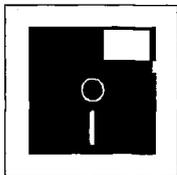
	36.777, -- DM
+ 14 % Mehrwertsteuer	5.148,78 DM
und der „Gebühr“ für die Anlieferung und Aufstellung der Anlage in Höhe von	1.000, -- DM
zuzüglich 14 % Mehrwertsteuer	140, -- DM
insgesamt	43.065,78 DM
abzüglich vom Beklagten gezahlter	30.000, -- DM
mithin	13.065,78 DM.

Diese ursprüngliche Forderung ist zwischen den Parteien unstrittig.

### II.

Die Forderung der Klägerin ist nicht durch die mit Schriftsatz vom 30.01.1992 erklärte Aufrechnung des Beklagten mit einem Anspruch aus der Vereinbarung der Parteien vom 07.02.1990 in Höhe von 5.000 DM erloschen. Denn der Beklagte hat einen aufgrund dieser Vereinbarung erlangten Anspruch gemäß § 341 Abs. 3 BGB verloren.

*Kein Erlöschen der Forderung  
durch Aufrechnung*



*Unselbständiges  
Vertragsstrafversprechen*

*Erlöschen der Vertragsstrafe  
durch vorbehaltlose Annahme*

*Regelung nach § 341 Abs. 1  
BGB*

*Umfang der berechtigten  
Aufrechnung*

*Fehlen einer zugesicherten  
Eigenschaft*

*Kaufrecht*

*Das fehlende  
„H-Arzt-Verfahren“*

1. Die Vereinbarung vom 07.02.1990 ist ein sog. unselbständiges Vertragsstrafversprechen nach § 339 BGB. Aus dem Wortlaut der Vereinbarung folgt, daß die Parteien mit ihr in erster Linie die Erfüllung der unstreitig noch ausstehenden Lieferung des kompletten „BG-Programms“ ON 11 sichern wollten. Liegt eine solche Zweckvereinbarung vor, handelt es sich um eine Vertragsstrafe im Sinne des § 339 BGB (BGHZ 49, 84, 89). Daß die Parteien eine Sicherungsabrede im obigen Sinne gewollt haben, folgt zudem auch aus der unstreitigen Tatsache, daß es dem Beklagten ganz wesentlich darauf ankam, daß die Klägerin das „BG-Programm“ um die noch fehlenden Teile (insbesondere das sog. H-Arzt-Verfahren) ergänzte. Dies zeigt auch der außergerichtliche, zu den Akten gereichte Schriftwechsel zwischen den Parteien. So mahnte der Beklagte z. B. mit Schreiben vom 02.08.1989 „noch einmal die funktionsfähige Software für das H-Arztverfahren“ an und wies darauf hin, daß er sich, sollten seine Ansprüche nicht bis zum 14.08.1989 erfüllt sein, gezwungen sehe, einen Anwalt einzuschalten.

2. Die infolge der unstreitig verspätet erfolgten vollständigen Lieferung des BG-Programms im Mai 1991 verwirkte Vertragsstrafe in Höhe von 5.000 DM ist indes durch die vorbehaltlose Annahme des vorgenannten Programms im Mai 1991 nach § 341 Abs. 3 BGB erloschen.

Die Parteien haben die Vertragsstrafe für den Fall „nicht vollständiger und fristgerechter Lieferung“ vereinbart, also eine Regelung im Sinne des § 341 Abs. 1 BGB getroffen. Der Beklagte durfte deshalb grundsätzlich gemäß § 341 Abs. 1 BGB neben der verwirkten Strafe auch Erfüllung verlangen. Nimmt der Gläubiger, wie vorliegend der Beklagte, die Erfüllung der im Vertragsstrafversprechen gesicherten Verbindlichkeit an, so kann er die Strafe nach § 341 Abs. 3 BGB jedoch nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme der Leistung vorbehält. Daß sich der Beklagte bei der unstreitig am 13. Mai 1991 erfolgten Lieferung des kompletten BG-Programms die Strafe vorbehalten hat, ist nicht vorgetragen und auch aus dem Inhalt der Akten nicht ersichtlich. Der außergerichtliche, zu den Akten gereichte Schriftverkehr zwischen den Parteien läßt keinen entsprechenden Rückschluß zu. Der Vorbehalt muß grundsätzlich ausdrücklich bei Annahme der Leistung erklärt werden (BGHZ 73, 243, 246). Stillschweigender Vorbehalt genügt nur in Ausnahmefällen (BGHZ a. a. O.). Frühere oder spätere Vorbehalte reichen nicht aus (BGHZ 33, 236, 237). Mithin genügte es nicht, wenn der Beklagte z. B. im Schreiben vom 16.02.1990 Zahlung der Strafe verlangte. Denn dieses Verlangen lag weit vor der Erfüllung der gesicherten Verbindlichkeit im Mai 1991. Mangels gegenteiliger Darlegungen, zu denen der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch auf einen entsprechenden rechtlichen Hinweis nicht in der Lage war, muß davon ausgegangen werden, daß ein Vorbehalt im Sinne des § 341 Abs. 3 BGB bei Annahme des kompletten BG-Programms im Mai 1991 nicht erfolgt ist, was zum Erlöschen des Vertragsstrafanspruches kraft Gesetzes geführt hat (vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 52. Aufl., § 341 Rdnr. 3). Ob der Beklagte von dieser Rechtsfolge des § 341 Abs. 3 BGB wußte, ist unerheblich (vgl. Palandt, a. a. O.).

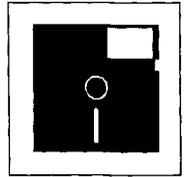
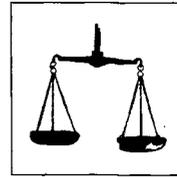
III.

Die Aufrechnung des Beklagten mit Schadenersatzansprüchen greift insgesamt jedenfalls nicht wegen eines höheren Betrages als der 5.000 DM durch, die das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung bereits zugunsten des Beklagten der Höhe nach bindend (§ 536 ZPO) abgezogen hat.

1. Der Beklagte ist berechtigt, nach § 463 BGB Schadenersatz wegen Nichterfüllung wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der erworbenen Computeranlage nebst dazugehöriger Software zu verlangen.

Wird beim Verkauf von Computer-Hardware auch die Lieferung von Software vereinbart, die nicht speziell für den Käufer entworfen und hergestellt worden ist, so beurteilt sich der gesamte Vertrag nach Kaufrecht (OLG Bremen, NJW-RR 1992, 951).

Der vom Beklagten erworbenen Kaufsache fehlte zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft im Sinne des § 463 BGB. Der Beklagte erwarb unstreitig gemeinsam mit der Computeranlage u. a. auch das Programm „ON 11“. Dabei handelte es sich um das „Programm BG-Verfahren“. Bei Vertragsschluß wurde dem Beklagten unstreitig von der Klägerin zugesichert, daß dieses BG-Programm auch das sog. „H-Arzt-Verfahren“ enthalte. Dies war indes nicht der Fall. Das am 04.04.1989 gelieferte BG-Programm wurde erst viel später, frühestens im April 1990 (Bl. 18) hinsichtlich des H-Arzt-Verfahrens komplettiert. Eine vollständige vertragsgemäße Verwertung des BG-Programms war sogar erst im Mai 1991 möglich. Die Klägerin ist diesem Vorbringen des Beklagten nicht entgegengetreten. Dieser



Mangel bestand auch bereits zur Zeit des Vertragsschlusses, denn das BG-Programm konnte erst in den Jahren 1989, 90 und 91 komplettiert werden. Da aus dem Vorbringen der Parteien und deren außergerichtlichem Schriftwechsel folgt, daß das BG-Programm als solches zwar rechtzeitig geliefert worden war, indes z. B. hinsichtlich des H-Arzt-Verfahrens nicht funktionierte, kann nicht von einem Verzug der Klägerin mit der Lieferung des geschuldeten BG-Programms (mit der von dem Beklagten begehrten Rechtsfolge des § 326 BGB) ausgegangen werden. Vielmehr muß in der Lieferung des unkompletten BG-Programmes das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft im Sinne des § 463 BGB gesehen werden.

Der nach § 463 BGB bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft vom Verkäufer zu zahlende Schadensersatz wegen Nichterfüllung erfaßt auch die hier vom Beklagten geltend gemachten sog. Mangelfolgeschäden, also auch solche Schäden, die über den den Mangel begründenden Nachteil an der verkauften Sache hinausgehen. Dies gilt für fehlende zugesicherte Eigenschaften zumindest dann, wenn die Mangelfolgeschäden vom objektiven Sinne der Zusicherung umfaßt werden, insbesondere wenn die Zusicherung bezweckt, den Käufer vor solchen Schäden zu schützen (BGHZ 50, 200).

Da es dem Beklagten für die Klägerin erkennbar auf das komplette BG-Programm (einschl. H-Arzt-Verfahren) und die damit zusammenhängende bezweckte Arbeitszeiterparnis ankam, umfaßte der Zweck der Zusicherung gerade auch den Schutz des Beklagten vor Schäden im Zusammenhang mit dem Anfall von Mehrarbeit, die durch die von der Klägerin gekaufte Software gerade vermieden werden sollte.

Die Schadensersatzansprüche des Beklagten nach § 463 BGB waren zwar gemäß § 477 BGB verjährt, weil zur Zeit ihrer gerichtlichen Geltendmachung mit Schriftsatz vom 30.01.1992 die Sechsmonatsfrist des § 477 BGB, die mit Ablieferung des mangelhaften Programms am 04.04.1989 zu laufen begann, längst abgelaufen war.

Der Beklagte hatte sich aber gemäß §§ 479 Satz 1, 478 Abs. 1 Satz 1 BGB das Recht zur Aufrechnung gegen die Kaufpreisforderung der Klägerin mit Schadensersatzansprüchen nach § 463 BGB erhalten. Er hatte nämlich das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft der Klägerin gegenüber bereits mit Schreiben vom 17.04.1989, also ca. zwei Wochen nach Lieferung der Programme, gerügt, hinreichend konkretisiert und mit Schreiben vom 02.08.1989 auch zu erkennen gegeben, daß er hieraus Rechte geltend machen werde.

Im einzelnen hatte der Beklagte gegen die Klägerin allenfalls folgende Schadensersatzansprüche nach § 463 BGB:

a) Im Zusammenhang mit der zusätzlichen Erstellung von angeblich 1.177 H-Berichten sind dem Beklagten Mehrkosten von höchstens

3.502,81 DM entstanden.

Der Beklagte konnte bis Mai 1991 und im Mai und Juni 1992 nach seiner Darstellung insgesamt 1.177 H-Berichte infolge der nur unvollständigen Lieferung der bestellten Programme nicht, wie beabsichtigt, mit Hilfe der Computeranlage erstellen. Er mußte diese Berichte mit der Schreibmaschine fertigen lassen und zusätzlich die entsprechenden Daten in die Computeranlage eingeben, um die Patientendaten im Computer zumindest zu erfassen und um damit später Rechnungen fertigen zu können. Die dadurch bedingte Mehrarbeit ist im Rahmen des § 463 BGB zu erstatten, da der Käufer so gestellt werden muß, wie er stehen würde, wenn die Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft gehabt hätte.

Im Hinblick darauf, daß die berechtigten Schadensersatzansprüche des Beklagten insgesamt die vom Landgericht bereits bindend abgezogenen 5.000 DM nicht erreichten, kann zugunsten des Beklagten unterstellt werden, daß die von ihm in der Berufungsbegründung errechnete Anzahl der 1.177 H-Berichte zutreffend angegeben ist.

Den zeitlichen Mehraufwand pro Bericht schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung des zur Anschauung vom Beklagten vorgelegten „Muster-H-Berichts“ auf allenfalls zehn Minuten. Eine geübte Schreibkraft muß entsprechende Arbeiten, die noch nicht einmal eine volle Schreibmaschinenseite umfassen, unschwer in dieser Zeitspanne erledigen können. 1.177 x 10 Minuten machen insgesamt 196,17 Stunden aus. Bei einem vom Beklagten seinen Angestellten zu zahlenden Stundenlohn von 14,88 DM ergibt sich ein Gesamtbetrag von 2.919,01 DM.

Da die Angestellten des Beklagten schon vor der Anschaffung der Computeranlage ausgelastet waren, folglich diese zusätzliche Arbeit nicht innerhalb der üblichen Arbeitszeit erledigen konnten, liegt es auf der Hand, daß der Beklagte einen „Überstundenaufschlag“ von 20 %, also 583,80 DM entgelten mußte.

Der von der Klägerin zu erstattende Mehraufwand errechnet sich somit auf insgesamt

3.502,81 DM.

*Zu ersetzen auch:  
Mangelfolgeschäden*

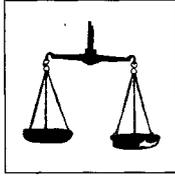
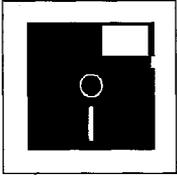
*Schadensersatzansprüche  
verjährt ...*

*... Recht zur Aufrechnung  
vorbehalten.*

*Aufschlüsselung der  
Mehrkosten*

*Schätzung zur Arbeitsleistung  
einer „geübten Schreibkraft“*

*Überstundenaufschlag*



## Unvollständiges Programm und Mehrarbeit

b) Einen aufrechenbaren Mangelfolgeschaden im Sinne des § 463 BGB stellt auch die erforderliche Mehrarbeit des Beklagten für die Erstellung von 105 Rechnungen für sogenannte „Nicht-BG-Heilbehandlungen“ (allgemeine Heilbehandlungen) dar. Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz zwar den Arbeitsaufwand, nicht indes die Anzahl der zu fertigenden Rechnungen bestritten.

Da bei einem vollständigen und funktionsfähigen Programm dieses die Rechnungen auf Abruf selbständig erstellt hätte, handelt es sich um zusätzlich angefallene Mehrarbeit. Der Senat schätzt den erforderlichen Arbeitsaufwand gemäß § 287 ZPO auf 10 Minuten je Rechnung. Dabei kann die Behauptung des Beklagten, das Schreiben der Rechnungen sei besonders aufwendig gewesen, da die Gebührentatbestände in den Gebührenordnungen nachgeschlagen werden müßten, keine Berücksichtigung finden. Denn den Angestellten des Beklagten waren diese Tatbestände aus ihren früheren manuellen Abrechnungstätigkeiten bekannt.

105 x 10 Minuten ergeben 17,5 Stunden. Bei einem Stundenlohn von 14,88 DM errechnet sich ein Gesamtaufwand von

260,40 DM.

*Kein Aufschlag für Feiertags- und Wochenendarbeit*

Ein Aufschlag für Feiertags- und Wochenendarbeit der Angestellten kann dem Beklagten nicht zuerkannt werden, da die Angestellten auch früher die Rechnungen während der üblichen Arbeitszeit schreiben mußten und konnten und nicht erkennbar ist, weshalb dies nicht auch wieder vorübergehend bis zur vollständigen Lieferung des gekauften Programms möglich gewesen sein soll.

*Kosten für Eingaben von Updates*

c) Zugunsten des Beklagten kann ferner unterstellt werden, daß dem Beklagten im Zusammenhang mit der Erstellung und Eingabe von sechs Updates und deren Überprüfung Aufwendungen in Höhe von insgesamt 116,02 DM entstanden sind.

*Keine Freizeitentschädigung*

d) Eine Freizeitentschädigung des Beklagten für Versuche, mit der unvollständigen Software außerhalb seiner üblichen Arbeitszeit zu arbeiten, steht dem Beklagten nicht zu. Die praktisch mit jedem Schadensfall verbundene Einbuße an Freizeit stellt keinen Vermögensschaden dar (BGHZ 69, 34, 36). Dies gilt grundsätzlich auch für die Zeit, die der Geschädigte zur Abwicklung des Schadensfalles aufwendet (BGHZ 66, 112).

*Weiterer Zeitaufwand:  
Keine hinreichend konkreten Angaben*

Im übrigen hat der Beklagte auch in der Berufungsinstanz den behaupteten Zeitaufwand der Höhe nach nicht hinreichend dargelegt. Es fehlen jegliche konkrete Angaben, die eine Schätzungsgrundlage für eine Anwendung des § 287 ZPO bieten könnten. Ferner fehlt es an Darlegungen, welche Maßnahmen gerade der Beklagte selbst getätigt haben sollte, die über die unter III. 1. a) und b) bereits als erstattungsfähig anerkannten Arbeiten seiner Angestellten hinausgegangen wären. Soweit der Beklagte im Zusammenhang mit den Quartalsabrechnungen zusätzliche Arbeiten anspricht, hätte es gleichfalls näherer Darlegung im vorgenannten Sinn bedurft. Auch die angebliche Verlängerung der Behandlungszeit wegen Nichtverfügbarkeit der Angestellten hätte näher dargelegt werden müssen.

Für die geltend gemachte Unkostenpauschale in Höhe von 1.500 DM fehlen gleichfalls jegliche Schätzungsgrundlagen. Wieviele zusätzliche Fahrten in die Praxis über welche Entfernung und wieviele Telefonate mit der in Frankfurt ansässigen Klägerin will der Beklagte vorgenommen bzw. geführt haben? Mangels näherer Darlegungen ist es nicht möglich, die behaupteten Unkosten auch nur annähernd zuverlässig zu schätzen.

Die erstinstanzlich mit 100.000 DM geltend gemachten Überstunden und Umsatzeinbußen im Zusammenhang mit den Quartalsabrechnungen werden von dem Beklagten in der Berufungsinstanz nicht mehr beansprucht.

*Aufwendungen für Teilnahme an einem „Arbeitsforum“*

2. Da die unter III. 1 a)–c) behandelten Schadensersatzansprüche von 3.502,81 DM + 260,40 DM + 116,02 DM erst 3.879,23 DM ausmachen, mithin den vom Landgericht Wuppertal rechtskräftig vorgenommenen Abzug von 5.000 DM noch nicht erreichen, kann ferner zugunsten des Beklagten unterstellt werden, daß er anlässlich der Einladung der Klägerin zu einem Arbeitsforum am 06.10.1989 unnütze Aufwendungen in Höhe von

466,78 DM

hatte und daß die Klägerin nach den Grundsätzen der schuldhaften Verletzung vertraglicher Nebenpflichten insoweit schadenersatzpflichtig war.

*(Eingesandt von VRiOLG Dr. Friedhelm Weyer)*