

# Programmierverzögerung durch Verschulden des Auftraggebers oder: „doctrine of clear hands“

OLG Köln, Urteil vom 31. Januar 1992 (19 U 114/91)

## Leitsatz

Stellt ein Programmierer die ihm in Auftrag gegebene Software nicht termingerecht fertig, so kann der Auftraggeber von ihm weder Schadensersatz wegen Nichterfüllung noch entgangenen Gewinn verlangen, wenn die Terminüberschreitung darauf beruht, daß der Auftraggeber einer ihm obliegenden Mitwirkungspflicht (hier: Lieferung von Vorprogrammen, auf denen die neue Software aufbauen soll) nicht rechtzeitig nachgekommen ist (clean hands). In diesem Fall trifft den Schuldner kein Verschulden, so daß er nicht in Verzug geraten ist.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

Die Beklagte begehrt mit der Berufung nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages über die Programmierung der Ö-Norm (29.000,- DM) und insoweit auch entgangenen Gewinns (20.000,- DM). Das Landgericht hat ihre Widerklage hierzu abgewiesen mit der Begründung, die Beklagte habe sich selbst nicht vertragstreu verhalten, der Kläger habe sich deshalb nicht in Verzug befunden; jedenfalls sei es der Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt, sich hierauf zu berufen. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

Die Beklagte hat nicht bewiesen, daß die Voraussetzungen des von ihr nach § 326 BGB geltend gemachten Schadenersatzanspruchs vorliegen. Voraussetzung hierfür wäre, daß der Kläger sich mit seiner Programmierarbeit in Verzug befand und eine von der Beklagten gesetzte Frist mit Ablehnungsandrohung nutzlos verstrichen wäre. Dies hat die Beklagte ebenso zu beweisen wie auch, daß sie ihre zur Programmierung der Ö-Norm erforderlichen Mitwirkungspflichten nicht verletzt und nötige Vorleistungen erbracht hat (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 50. Aufl., § 326 Rn 29). Hieran fehlt es.

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, daß die formalen Voraussetzungen des § 326 BGB erfüllt sind. Der Kläger hat die im Vertrag vom 11.1.1988 vereinbarte Frist zur Programmierung der Ö-Norm bis zum 27.3.1988 unstreitig nicht eingehalten; er hat die ihm mit Schreiben der Beklagten vom 28.3.1988 gesetzte Nachfrist bis zum 8.4.1988 nutzlos verstreichen lassen; das Schreiben enthält auch die erforderliche Ablehnungsandrohung. Der Kläger war aber nicht in Verzug, weil er die Terminüberschreitung nicht zu vertreten hatte. Der Kläger hat aber bereits erstinstanzlich behauptet, die Nichteinhaltung der gesetzten Termine sei ihm nicht anzulasten. Die Arbeiten (gemeint ist an der Wärmebedarfs-Flächentabelle, auf der die Ö-(= Österreich)Norm aufbauen sollte) hätten sich schon deswegen verzögert, weil eine entsprechend korrigierte Version des Programms „GO.EXE“ erst am 25.1.1988 bei ihm angekommen sei; auch habe die Beklagte für die Bearbeitung notwendige Besprechungstermine nicht eingehalten. Der Kläger hat hierzu auf sein an die Beklagte gerichtetes Schreiben vom 22.3.1988 verwiesen, in dem es u. a. heißt:

„Der Beginn der Arbeiten verzögerte sich nicht unerheblich, weil eine entsprechend korrigierte Version des Programms GO.EXE erst mit großer Verspätung (... 25.1.1988) ankam. Hinzu kam, daß diese Version die Arbeit am Projekt erheblich erschwerte, was einen nicht unerheblichen Mehraufwand verursachte. Eine sauber arbeitende Version erreichte uns erst am 14.3.1988 ... Von uns vorgeschlagene Termine zum Test der Version (Ende Februar) wurden von ihnen nicht wahrgenommen, von Ihnen selbst vorgeschlagene Termine (z. B. 11.3.1988) wurden kurzfristig abgesagt.“

Der Kläger hat seine diesbezüglichen Behauptungen in der Berufungserwidmung wiederholt und weiter ausgebaut. Daß bei einer Aufgabe wie der vorliegenden, die zudem auf Programmen des Auftraggebers aufbaute, dieser zur Mitwirkung bei der Lieferung der Vorprogramme und Abstimmung der Leistung verpflichtet ist, liegt auf der Hand und ist von der Beklagten auch nicht grundsätzlich bestritten worden. Der Kläger hat dies in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zudem noch einmal anschaulich erläutert. Aufgabe der Beklagten als Anspruchstellerin wäre es demnach gewesen, darzulegen und zu

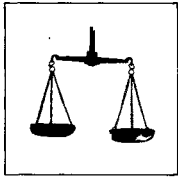
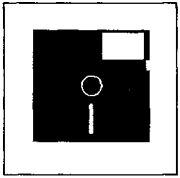
*Das Berufungsbegehren*

*Die Voraussetzungen von § 326 BGB*

*Die formalen Voraussetzungen von § 326 BGB sind erfüllt.*

*Der Programmierer hat den Verzug nicht zu vertreten.*

*Mitwirkungspflichten des Programm-Auftraggebers*



beweisen, daß die Verzögerung nicht auf die Verletzung ihrer eigenen Mitwirkungspflichten beruhte, wollte sie ihren Schadenersatz rechtfertigen. Traf nämlich die Behauptung des Klägers zu, hätte er die Verzögerung nicht zu vertreten und wäre mithin nicht in Verzug geraten (§ 285 BGB). Denn ungeschriebene Voraussetzungen des Rechtsbehelfs des § 326 BGB ist grundsätzlich die eigene Vertragstreue des Gläubigers („clean hands“, vgl. hierzu Palandt, a. a. O., § 326 Rn 10 ff.). Dem hat die Beklagte nicht genügt. Sie hat in ihrer Berufungsbegründung lediglich vorgetragen, der Kläger habe ihr telefonisch am 27.3.1988 erklärt, er werde die Ö-Norm wegen anderer Arbeiten weder jetzt noch später programmieren. Für die Behauptung fehlt aber jeglicher Beweisantritt; sie kann auch angesichts der anders lautenden Darstellung des Klägers in der Berufungserwiderung nicht als unstrittig angesehen werden.

*Ergebnis: Kein Verzug*

Nach alledem kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger sich mit der Programmierung der Ö-Norm im Verzug befand, als die Beklagte das Vertragsverhältnis mit ihm beendete; sie kann daher auch keinen Schadenersatz verlangen. Die Kosten der hienach erfolglosen Berufung hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Beklagte zu tragen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Berufungsstreitwert und Beschwer für die Beklagte: 49.000,- DM.

*Eingesandt vom 19. Zivilsenat des OLG Köln*