

EDV-„Maßanzug“ und stillschweigende Werkabnahme

BGH, Urteil vom 3. November 1992 (X ZR 83/90)

Leitsätze

1. Die stillschweigende Werkabnahme einer speziellen EDV-Systemlösung ist auch dann möglich, wenn die Parteien schriftlich einen förmlich zu protokollierenden Abnahmetest mit anschließender dreimonatiger fehlerfreier Erprobung des Werks vereinbart haben. Zur Annahme einer stillschweigenden Werkabnahme müssen jedoch Tatsachen festgestellt sein, aus denen sich unzweideutig ergibt, daß die Parteien auf die vereinbarte förmliche Werkabnahme durch schlüssiges Verhalten verzichtet haben.
2. Eine stillschweigende Werkabnahme setzt voraus, daß das Werk vollendet, d. h. bei natürlicher Betrachtung als Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung anzusehen ist. Ist Vertragsgegenstand eine auf die Bedürfnisse des Vertragspartners zugeschnittene spezielle EDV-Systemlösung, so ist das Werk ohne die Aushändigung des Benutzerhandbuchs noch nicht vollendet.

Tatbestand

*Vertragsinhalt:
Eine maßgeschneiderte
EDV-Systemlösung*

Mit Vertrag vom 19./21. September 1983 verpflichtete sich die Klägerin, eine auf den Fertigbetonbetrieb der Beklagten zugeschnittene EDV-Systemlösung (Hardware und Software) gegen Zahlung einer Pauschalvergütung von 80.000,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer zu entwickeln und zu installieren. Mit der Klage hat die Klägerin, die sich seit 1986 in Liquidation befindet, die Zahlung eines restlichen Teilbetrages der Pauschalvergütung in Höhe von 22.800,- DM (Rechnung vom 15.12.1983, GA 13), eine Vergütung von 29.124,25 DM (Rechnung vom 04.12.1984, GA 17) für eine Fehlersuche und eine Fehlerbeseitigung im Zusammenhang mit einer von der Firma L. installierten Schnittstelle, einen Betrag von 1.547,76 DM (Rechnung vom 14.11.1984, GA 16) für die Einweisung einer mit der Bedienung der Anlage nicht vertrauten Ersatzkraft der Beklagten durch einen Mitarbeiter der Klägerin, 2.865,96 DM Installationskosten (Rechnung vom 07.05.1985, GA 18) für ein von der Klägerin auf Wunsch der Beklagten Ende April/Anfang Mai 1985 zusätzlich eingerichtetes Terminal und eine Anfang 1985 auf Veranlassung der Beklagten in der Firma R.-K., einer Gesellschafterin der Beklagten, erfolgte Beratungstätigkeit, insgesamt also 56.337,97 DM nebst Zinsen und außergerichtlichen Mahnkosten verlangt.

Der Beklagtenvortrag

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Sie hat geltend gemacht, die Klägerin habe ihre Leistungen nicht vollständig erbracht, die Anlage erfülle die vertraglich vereinbarten Anforderungen nicht. Die restliche Vergütung von 22.800,- DM sei noch nicht fällig. Der im Vertrag vorgesehene Abnahmetest sei noch nicht erfolgt. Notwendige Arbeits- und Dokumentationsunterlagen zur Anlage habe die Klägerin nicht ausgehändigt. Der geltend gemachte Betrag von 1.547,76 DM für die Einweisung eines Mitarbeiters in die Bedienung der Anlage stehe der Klägerin nicht zu, da sie die Einweisung bereits nach dem Pauschalvertrag vom 19./21. September 1983 schulde. Das gelte auch für die Besprechung bei der Firma R.-K. und die Arbeiten im Zusammenhang mit der von der Firma L. installierten Schnittstelle.

*Die Entscheidungen
des LG Frankfurt und des
OLG Frankfurt*

Mit Teilurteil vom 4. Februar 1988 hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 27.213,72 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Februar 1987 sowie 7,50 DM außergerichtlichen Mahnkosten verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des Landgerichts durch Urteil vom 31. Mai 1989 wegen der zwischenzeitlich erfolgten Abtretung der Klageforderung mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß Zahlung an den Zessionar zu leisten sei, und der Beklagten die Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte in vollem Umfang Revision eingelegt.

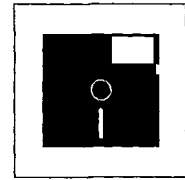
Die Revisionsanträge

Die Beklagte beantragt,
das angefochtene Urteil aufzuheben, das Teilurteil des Landgerichts vom 4. Februar 1988 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Die ordnungsgemäß geladene Klägerin war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht erschienen.

Die Beklagte hat den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.



Entscheidungsgründe

Die Revisionsklägerin hat gegen die ordnungsgemäß geladene und im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienene Revisionsbeklagte den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt. Da die Revisionen zulässig sind, hat das Revisionsgericht in der Sache durch echtes Versäumnisurteil zu entscheiden.

Die Revisionen führen zur Aufhebung des Berufungsurteils vom 31. Mai 1989 in vollem Umfang und zur Aufhebung des Berufungsurteils vom 6. Juni 1990 insoweit, als über die Kosten des ersten Rechtszuges entschieden worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionen, an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da die Sache noch weiterer tatrichterlicher Aufklärung bedarf.

I. Gegenstand des Streits der Parteien im Revisionsverfahren ist in erster Linie, ob die Beklagte zur Zahlung der restlichen Vergütung von 22.800,- DM nebst Zinsen aus dem Pauschalvertrag vom 19./21. September 1983 verpflichtet ist.

1. Das Berufungsgericht sieht diesen Vertrag als Werkvertrag an, weil sich die Leistung der Klägerin nicht in der Lieferung von Hardware und Standardsoftware erschöpft habe, sondern Vertragsgegenstand die Erarbeitung einer speziell auf den Betrieb der Beklagten abgestellten EDV-Systemlösung gewesen sei. Dieser Ausgangspunkt ist rechtsfehlerfrei.

2. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die vertraglich geschuldete Werkleistung der Klägerin vollständig erbracht. Dazu führt das Berufungsgericht aus: Die Installation der Anlage durch die Klägerin sei (spätestens) Anfang Dezember 1984 abgeschlossen gewesen. Mit Schreiben vom 4. Dezember 1984 habe die Beklagte die Klägerin zwar zur Komplettierung des Systems aufgefordert, um die Anlage auch mit einer Parallelfakturierung betreiben zu können. Nach einem daraufhin erfolgten Besuch eines Mitarbeiters der Klägerin seien von der Beklagten Mängel jedoch nicht mehr gerügt und die Durchführung zusätzlicher Arbeiten an der Anlage nicht mehr verlangt worden. Spätestens Anfang März 1985 sei die Anlage damit von der Beklagten abgenommen gewesen. Der vertraglich vereinbarte Abnahmetest, dessen schriftliche Niederlegung der Pauschalvertrag vom 19./21. September 1983 vorsehe, sei zwar nicht durchgeführt worden, jedoch habe keine der Parteien vor oder nach der Inbetriebnahme der Anlage auf der Durchführung des Abnahmetests bestanden. Dies sei als Ausdruck des beiderseitigen Willens der Parteien zu werten, auf den Abnahmetest zu verzichten. Auf das Fehlen von Dokumentationsunterlagen, insbesondere des Benutzerhandbuchs, sowie das Fehlen der vertraglich vereinbarten Schulungs- und Einsatzunterstützung ihrer Mitarbeiter könne sich die Beklagte im Prozeß nicht berufen, weil sie diese behaupteten Versäumnisse der Klägerin gemäß § 640 Abs. 2 BGB schon vorher hätte rügen müssen.

Die Revision rügt, daß eine stillschweigende Abnahme der Werkleistung nicht in Betracht komme, wenn im Vertrag eine schriftlich festzuhaltende Abnahme vorgesehen und zum Zeitpunkt des fraglichen Verhaltens wesentliche Vertragspflichten des Werkunternehmers noch nicht erfüllt seien. Darüber hinaus habe das Berufungsgericht die rechtlichen Anforderungen verkannt, die an ein als schlüssige Abnahme zu wertendes Verhalten zu stellen seien. Bei der Prüfung einer stillschweigenden Abnahme durch die Beklagte habe das Berufungsgericht außerdem wesentlichen Prozeßstoff unberücksichtigt gelassen. Da der vertraglich vereinbarte schriftliche Abnahmetest bislang nicht durchgeführt worden sei, sei die letzte Rate aus dem Pauschalvertrag nicht fällig geworden.

Die Rüge ist begründet.

a) In Ziff. 6 des Pauschalvertrages (GA 43) ist hinsichtlich der Fälligkeit des vereinbarten Pauschalbetrages von 80.000,- DM in bezug auf die Software folgendes vereinbart: „Der Betrag für die Software ist jeweils zu einem Drittel bei Vertragschluß, zu Beginn und bei Beendigung des Projekts (gem. Ziff. 2.1 Abs. 2) fällig.“

In Ziff. 2.1 Abs. 2 des Vertrages ist bestimmt, daß nach der Installation der Programme auf der Anlage bei der Beklagten ein Abnahmetest durchzuführen und dessen Ergebnis schriftlich niederzulegen sei. Die vertragliche Leistung gelte als erbracht, wenn die Beklagte drei Monate nach erfolgter Abnahme keine Fehlerbehebungen oder Nachbesserungen geltend mache.

b) Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Parteien übereinstimmend durch mündliche Abrede oder durch schlüssige Handlung auch von einer solchen detaillierten Vertragsregelung abweichen können. Dieser Ausgangspunkt ist rechtsfehlerfrei. Für eine solche Abänderung müssen aber hinreichende Anhaltspunkte vom Tatrichter festgestellt sein, zumal in Ziff. 7 des Pauschalvertrages bestimmt ist, daß jede Änderung oder Ergänzung des Vertrages der

*Entscheidung durch echtes
Versäumnisurteil*

*„Gegenstand des Streits“ im
Revisionsverfahren*

*Vertragscharakter:
Werkvertrag*

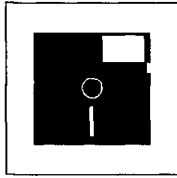
*OLG Frankfurt zur
Vollständigkeit der
vertraglichen Leistung*

Die Revisionsrüge

Die vertragliche Vereinbarung

Der vereinbarte Abnahmetest

*Die Annahmen des
OLG Frankfurt*



Stillschweigender Verzicht auf
den Abnahmetest?

Was das OLG zu prüfen haben
wird ...

Das „Kernstück“ der Abnahme

Vom OLG festgestellt:
Kein Benutzerhandbuch

„Das Benutzerhandbuch ist
gleichsam ein Teil der Anlage ...“

Abnahmetest, Werkabnahme
und Übergabe der
Dokumentationsunterlagen

Schriftform bedarf. Mit Recht rügt die Revision, es fehle an hinreichenden tatrichterlichen Feststellungen, daß die Parteien auf die Durchführung der im schriftlichen Vertrag vorgesehenen, durchdachten Regelung übereinstimmend verzichtet haben.

aa) Die Revision rügt mit Recht, daß die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten stillschweigend auf den schriftlich festzuhaltenden Abnahmetest verzichtet, von den getroffenen Feststellungen nicht getragen wird. Zwar kann ein Verzicht auf ein schriftlich vereinbartes Recht auch durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck gebracht werden. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, daß ein Verzicht nicht zu vermuten ist. Dementsprechend sind an die Feststellung eines Verzichtswillens erhebliche Anforderungen zu stellen. Mit dem schriftlich festzuhaltenden Abnahmetest war auch bezweckt, einen eindeutigen Zeitpunkt für den Beginn des Laufs von Gewährleistungsfristen festzulegen. In Ziff. 2.1 Abs. 2 des Pauschalvertrages ist bestimmt, daß die nach dem Abnahmetest in Lauf gesetzte Frist von drei Monaten bis zum Eintritt der Werkabnahme auf die Gewährleistungsfrist anzurechnen ist. Die vertraglich vorgesehene, an den protokollierten Abnahmetest anknüpfende Festlegung des Beginns des Laufs von Gewährleistungsfristen lag vor allem im Interesse der Beklagten. Das Berufungsgericht hätte deshalb Tatsachen feststellen müssen, aus denen auf ein von der Klägerin als Aufgabe des Rechts auf einen Abnahmetest und dessen Protokollierung zu verstehendes unzweideutiges Verhalten der Beklagten geschlossen werden kann. Eine auf konkrete Tatsachen gestützte Feststellung ist im angefochtenen Urteil aber nicht enthalten.

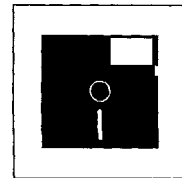
Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß die von der Beklagten unter Beweis gestellte Behauptung, sie habe vor Dezember 1984 Mängel an der EDV-Anlage festgestellt und gegenüber der Klägerin geltend gemacht, ein gewichtiges Indiz dafür ist, daß die Beklagte erkennbar auf den vertraglich vorgesehenen Abnahmetest nicht verzichten wollte.

bb) Selbst wenn man dem Berufungsgericht darin folgen wollte, daß die Parteien auf die vereinbarte mehraktige förmliche Abnahme, d. h. den zu protokollierenden Abnahmetest und die sich daran anschließende beanstandungsfreie Erprobung der Anlage von drei Monaten, als Fälligkeitsvoraussetzung des restlichen Werklohns verzichtet hätten, so ergäbe sich daraus nur, daß die Fälligkeit des Restwerklohns bereits unter der gesetzlichen Voraussetzung einer formlosen Abnahme eintreten konnte. Insoweit hat das Berufungsgericht jedoch nicht beachtet, daß Voraussetzung der Abnahme eines Werks dessen Vollendung ist. Einer Werkabnahme steht zwar nicht entgegen, daß noch kleinere und für die Gebrauchsfähigkeit des Werks unbedeutende Restarbeiten ausstehen. Die noch ausstehenden Leistungen müssen aber von solch untergeordneter Bedeutung sein, daß das Werk bei natürlicher Betrachtung als Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung angesehen werden kann. Nur unter dieser Voraussetzung kann angenommen werden, daß der Besteller das Werk als im wesentlichen vertragsgerecht billigt, was Kernstück der Abnahme auch im Falle einer stillschweigenden Werkabnahme ist.

Das Berufungsgericht stellt nicht nur fest, daß die Beklagte die Klägerin am 4. Dezember 1984 aufgefordert hat, das installierte EDV-System insoweit zu komplettieren, daß nach einem Probelauf die Anlage Anfang 1985 auch mit einer Parallelfakturierung in Betrieb genommen werden könne. Es unterstellt außerdem, daß die Klägerin die vereinbarte Schulungs- und Einsatzunterstützung der Mitarbeiter der Beklagten (vgl. Ziff. 2.1 Abs. 4 des Pauschalvertrages) nicht geleistet und vor allem die vertraglich geschuldeten Dokumentationsunterlagen (vgl. Ziff. 2.1 Abs. 3 des Pauschalvertrages), insbesondere das Benutzerhandbuch, nicht ausgehändigt hat.

Die Aushändigung der Dokumentationsunterlagen, insbesondere des den bestimmungsgemäßen Gebrauch der EDV-Anlage erst ermöglichenden Benutzerhandbuchs, ist keine für die Gebrauchsfähigkeit des Werks unbedeutende Nebenleistung, sondern eine für die Gebrauchsfähigkeit der Anlage wesentliche, wenn nicht unerlässliche Vertragsleistung (vgl. BGH NJW 1989, 3222, 3223 = LM § 448 ZPO Nr. 7 = WM 1989, 1574 (unter II)); ferner BGH NJW 1991, 2135, 2136). Das Benutzerhandbuch ist gleichsam ein Teil der Anlage, ohne den die Werkleistung nicht vollständig erbracht ist und ohne den eine stillschweigende Werkabnahme nicht in Betracht kommt.

Dem kann nicht entgegengesetzt werden, daß die Dokumentationsunterlagen gemäß Ziff. 2.1 Abs. 3 des Pauschalvertrages erst nach dem Abschluß des Abnahmetests an die Beklagte zu übergeben waren. Der Pauschalvertrag unterscheidet, wie auch das Berufungsgericht festgestellt hat, zwischen dem Abnahmetest als erstem Teilschritt der Abnahme einerseits und dem diesem nach drei Monaten beanstandungsfreier Erprobung folgenden Endtermin andererseits, der nach dem erkennbaren Willen der Parteien als Abschluß der



Abnahme gelten und die Wirkungen der Abnahme nach § 640 BGB auslösen sollte. Bei der Übergabe der Dokumentationsunterlagen handelt es sich um Vertragspflichten, die von der Klägerin zwar erst nach dem Abnahmetest, aber vor der (frühestens drei Monate danach eintretenden) Abnahme des Werks zu erfüllen waren. Die vom Berufungsgericht unterstellte fehlende Erfüllung dieser Vertragsleistungen hatte zwar gemäß Ziff. 2.1 Abs. 3 des Pauschalvertrages erst nach dem Abnahmetest, aber vor der Werkabnahme zu erfolgen.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe das Werk der Klägerin abgenommen, ist schon deshalb nicht rechtsfehlerfrei getroffen, weil das Werk nach der Unterstellung des Berufungsgerichts noch gar nicht vollendet ist; der festgestellte Sachverhalt bietet auch keine Grundlage für die Annahme, die Beklagte habe auf die noch ausstehenden Leistungen verzichtet. Da § 640 Abs. 2 BGB voraussetzt, daß das vollendete Werk abgenommen wird, fehlt auch die Grundlage für die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe etwaige Rügemöglichkeiten in Ansehung der in Rede stehenden Vertragspflichten verloren. Denn es geht insoweit nicht um erbrachte, dem Besteller angeordnete mangelhafte Leistungen, die dieser gemäß § 640 Abs. 2 BGB rügen muß, wenn er Rechtsnachteile vermeiden will, sondern um fehlende Leistungen, die zur Vollendung des Werks nötig sind. Die vollständige Herstellung des vertragsgemäßen Werks setzt u. a. die Aushändigung der Dokumentationsunterlagen voraus, insbesondere die Aushändigung des Benutzerhandbuchs; erst danach konnte die Klägerin mit einer stillschweigenden Abnahme der Werkleistung gemäß § 640 Abs. 1 BGB rechnen.

II. Bezüglich der Klageforderung von 1.547,76 DM für die Einweisungskosten stellt das Berufungsgericht fest, der mit der Anlage nicht vertraute Ersatzmischermeister S. der Beklagten habe wegen einer Störung der EDV-Anlage einen Angestellten der Klägerin herbeigerufen, der ihn bei diesem Anlaß auf seinen Wunsch hin in die Bedienung der Anlage eingewiesen habe. Zu dieser zusätzlichen Einweisungsunterstützung sei die Klägerin nach dem Pauschalvertrag nicht verpflichtet gewesen. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, S. sei zur Erteilung eines Einweisungsauftrags an die Klägerin nicht befugt gewesen. Denn seine Vertretungsmacht folge aus den Grundsätzen der Duldungsvollmacht; die Beklagte habe nämlich gewußt, daß S. sich wegen des Ausfalls der Anlage an die Beklagte wenden und insoweit als ihr Vertreter auftreten werde. Im übrigen sei jedenfalls im Schreiben der Beklagten vom 17. Februar 1987 eine Genehmigung des von S. geschlossenen Vertrages zu sehen.

Die Revision rügt, die Ausführungen des Berufungsgerichts seien widersprüchlich. Das Berufungsgericht habe offengelassen, ob die Klägerin die vertraglich geschuldete Schulungs- und Einsatzunterstützung von einer „Mannwoche“ geleistet habe. Dann aber habe es nicht andererseits annehmen dürfen, der Ersatzmischermeister S. habe eine *zusätzliche* Einweisungsunterstützung erhalten.

Die Rüge der Revision ist begründet.

Das Berufungsgericht hat nicht rechtsfehlerfrei festgestellt, daß S. über die gemäß Ziff. 2.1 Abs. 3 des Pauschalvertrages geschuldete Einweisungsunterstützung hinaus eine *zusätzliche* Einweisungsunterstützung erhalten hat. Das Berufungsgericht hat nämlich unentschieden gelassen, ob die Klägerin die vertraglich geschuldete Schulungs- und Einsatzunterstützung von fünf Manntagen zu acht Arbeitsstunden geleistet hat (BU 10 Abs. 3). Nach dem deshalb für die Revisionsinstanz als richtig zu unterstellenden Sachvortrag der Beklagten war das nicht der Fall. Dann aber konnte die Klägerin nicht annehmen, daß S., der einen Mitarbeiter der Klägerin wegen einer angeblichen Störung der Anlage herbeirief, einen zusätzlichen Vertrag über eine Einsatzunterstützung zur Bedienung der Anlage abschließen wollte; sie mußte vielmehr annehmen, daß S. die nach Ziff. 2.1 Abs. 3 des Pauschalvertrages von der Klägerin geschuldete Leistung beanspruche. Schon deshalb brauchte die Beklagte nicht mit der Möglichkeit zu rechnen, daß ihr Schreiben vom 17. Februar 1987 (GA 27) von der Klägerin als Anerkenntnis oder Genehmigung eines von ihrem Mitarbeiter als vollmachtlosen Vertreter geschlossenen Vertrages im Sinne des § 177 Abs. 1 BGB gedeutet werde. Dieses Schreiben enthält zudem auch kein Anerkenntnis der Beklagten. Die Beklagte teilt der Klägerin darin mit, daß ihr unter anderen Rechnungen auch die „Rechnung vom 14. November 1984 über 1.547,76 DM“ als begründet erscheine, andererseits macht sie geltend, die Klägerin habe „Separatrechnungen für Leistungen gestellt, die im vereinbarten Festpreis bereits enthalten waren“. Das Schreiben vom 17. Februar 1987 bestätigt mithin keine bestehende Schuld, sondern teilt einen unter dem Vorbehalt näherer Prüfung stehenden ersten Eindruck mit.

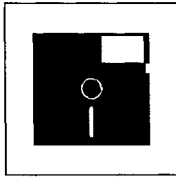
*Abnahme nicht vor Vollendung
(und keine Vollendung ohne
Handbuch)*

Ersatz der Einweisungskosten?

*Revisionsrüge:
Widersprüchlichkeit*

*„Einweisungsunterstützung“
und „zusätzliche
Einweisungsunterstützung“*

[...]



Noch im Streit:
Kosten aus Beratung

Der Komplex
„Buchführungsarbeiten“

Die Reichweite des
Schriftformerfordernisses

Möglich:
Stillschweigende Aufhebung des
Formzwangs

2. In Streit ist insoweit nur noch eine restliche Klageforderung von 684,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer für eine Beratung der Beklagten aus Anlaß einer Besprechung im Hause der mit ihr gesellschaftsrechtlich verbundenen Firma R.-K. Hierzu führt das Berufungsgericht aus: Die Buchführungsarbeiten der Beklagten seien zwischenzeitlich bei der Firma R.-K. erledigt worden. Gegenstand der Besprechung seien der organisatorische Ablauf der Fakturierung sowie die Anforderungen der Firma R.-K. an Aufbau und Gestaltung der Kundenrechnungen gewesen, außerdem seien Möglichkeiten des Datenaustausches zwischen der Firma R.-K. und der Beklagten erörtert worden. Eine hierbei erbrachte Beratungstätigkeit unterfalle nicht der Leistungsverpflichtung der Klägerin aus dem Pauschalvertrag der Parteien vom September 1983. Innerorganisatorische Abläufe, die sich aus einer zum Zeitpunkt des Abschlusses des Pauschalvertrages der Parteien noch gar nicht absehbaren Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und der Firma R.-K. ergeben hätten, seien nicht Regelungsgegenstand des Pauschalvertrages, sondern Sache der Beklagten.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei über ihren Vortrag hinweggegangen, daß nach der Übernahme der Buchhaltung der Beklagten durch die Firma R.-K. nunmehr anstatt mit ihr selbst ein Einweisungsgespräch mit der Firma R.-K. habe durchgeführt werden müssen.

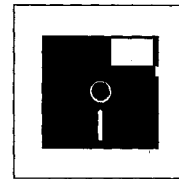
Die Rüge ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat unangefochten festgestellt (BU 4 Abs. 3), daß die Buchführungsarbeiten zwischenzeitlich zentral von der Firma R.-K., einer Gesellschafterin der Beklagten, übernommen worden waren. Es ist ferner unstrittig, daß die Firma R.-K. die Beklagte an ihr zentrales Rechenzentrum angeschlossen hat, von wo aus auch die Fakturierung der Beklagten erledigt wird (GA 64, 88). Das Berufungsgericht hat ferner unangefochten festgestellt, die Beklagte habe der Klägerin Anfang 1985 den Auftrag erteilt, der Firma R.-K. eine fachliche Beratung zu erteilen. Diese Beratung habe dazu gedient, die „Erfassung der Belege für die Buchführung der Firma R.-K. zu erleichtern“, die besondere Anforderungen an die Form und den Aufbau der Kundenrechnungen und des Rechnungsausgangsbuchs der Beklagten gestellt habe, ferner sei es um Möglichkeiten des Datenträgeraustausches zwischen der Beklagten und R.-K. gegangen. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht Ziff. 2.1 Abs. 4 des Pauschalvertrages dahin ausgelegt hat, die geschuldete „Schulungs- und Einsatzunterstützung“ habe sich auf die bei der Beklagten installierte EDV-Anlage beschränkt, nicht aber eine nachträglich erforderlich gewordene Beratung der Firma R.-K. eingeschlossen, die deshalb erfolgt ist, weil die Firma R.-K. die Beklagte zwischenzeitlich an ihr zentrales Rechenzentrum anschließen wollte, von wo aus nunmehr auch die Fakturierung für die Beklagte durchgeführt wird. Was die Revision der Auffassung des Berufungsgerichts entgegengesetzt, ist einmal ihre abweichende Auslegung von Ziff. 2.1 Abs. 3 des Pauschalvertrages, ohne einen Rechtsfehler aufzuzeigen. Das ist revisionsrechtlich unzulässig. Soweit die Revision meint, es habe sich insoweit um eine bei der Firma R.-K. (in F.) durchgeführte „Einweisung“ in die (an anderem Ort) installierte EDV-Anlage der Beklagten gehandelt, stehen dem die von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts entgegen, daß es bei der Beratung um Anforderungen der Firma R.-K. im Zusammenhang mit dem Anschluß der Beklagten an deren zentrales Rechenzentrum gegangen ist.

b) Die Revision rügt weiter, der Wirksamkeit des von der Klägerin insoweit behaupteten, über den schriftlichen Pauschalvertrag hinausgehenden weiteren Vertragsschlusses habe das in Ziff. 7 Abs. 1 des Pauschalvertrages enthaltene Schriftformerfordernis entgegengestanden, das auch der Klarstellung habe dienen sollen, ob einzelne, zusätzliche Leistungen noch dem Pauschalvertrag unterfielen.

Auch diese Rüge ist unbegründet.

Die Revision übersieht, daß dieser Fall in Ziff. 2.1 des Pauschalvertrages schriftlich geregelt ist. Dort heißt es, daß eine über die festgelegte Schulungs- und Einsatzunterstützung an der installierten EDV-Anlage hinausgehende weitere Unterstützung gesondert zu vergüten ist, und zwar mit 600,- DM pro Manntag, wobei Hin- und Rückfahrt als Arbeitszeit gelten. Dort ist darüber hinaus bestimmt, daß etwaige Auslagen für Übernachtung zu Lasten der Beklagten gehen. Im übrigen übersieht die Revision, daß in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit langem anerkannt ist, daß die Parteien einen vereinbarten Formzwang jederzeit formlos aufheben können (BGH NJW 1991, 1750, 1751; BGH NJW 1968, 32, 33). Eine stillschweigende Aufhebung oder Einschränkung der Formabrede ist anzunehmen, wenn die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben (BGH WM 1982, 902; BGH DB 1967, 80; BGH NJW 1962, 1908). Das gilt sogar dann, wenn die Parteien an den Formzwang nicht gedacht haben (BGHZ 71, 162, 164).



Eine mündliche Einigung der Parteien über die in Rede stehende Beratung wird von der Revision nicht in Frage gestellt.

IV. Die von der Beklagten gegen die Klageforderung zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche wegen Verzugs gemäß §§ 286 Abs. 1, 284, 285 BGB hat das Berufungsgericht nicht durchgreifen lassen, weil der Beklagten solche Ansprüche nicht zuständen. Denn die Klägerin habe Verzögerungen bei der Fertigstellung der Anlage nicht zu vertreten, die im Zusammenhang mit der von der Firma L. installierten Schnittstelle gestanden hätten. Die Beklagte habe auch nicht erwarten können, die Klägerin werde sich nach der Beseitigung dieser Störung unter Zurückstellung bestehender sonstiger Verpflichtungen sofort und ausschließlich mit der Fertigstellung der Anlage der Beklagten befassen. Vielmehr sei ihr ein mindestens bis Ende Oktober 1984 zu bemessender Zeitraum zur Fertigstellung der Anlage einzuräumen gewesen, weshalb überhaupt kein Verzug vorgelegen habe. Außerdem fehle es an einem entsprechenden Schaden.

Die Revision rügt zunächst, die Klägerin habe sich nicht darauf berufen, vor Ablauf des Monats Oktober 1984 wegen sonstiger Verpflichtungen zur Fertigstellung der Anlage außerstande gewesen zu sein. Ganz im Gegenteil habe die Klägerin der Beklagten, die der Klägerin mit Schreiben vom 28. August 1984 eine letzte Nachfrist zur Fertigstellung der Anlage bis zum 4. September 1984 gesetzt habe, im Schreiben vom 6. September 1984 zugesagt, daß die wesentlichen Teile der Anlage auf jeden Fall Ende September 1984 fertiggestellt sein würden. Mit Schreiben vom 13. September 1984 habe die Beklagte auf den eingetretenen Verzug hingewiesen und die Rüge der noch immer fehlenden Fertigstellung der Anlage in den Schreiben vom 5. und 15. Oktober 1984 wiederholt. Im Schreiben vom 19. Oktober 1984 habe die Klägerin nochmals bekräftigt, daß die Fertigstellung der Anlage in wenigen Tagen bewirkt sein werde. Es gebe mithin keine tatsächliche Grundlage für die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei wegen anderweit bestehender Verpflichtungen vor Ablauf des Monats Oktober 1984 zur Fertigstellung der Anlage außerstande gewesen.

Im übrigen habe das Berufungsgericht einerseits festgestellt, daß zumindest am 12. Juli 1984 die Voraussetzungen für die Fortsetzung der von der Klägerin auszuführenden Arbeiten geschaffen gewesen seien, und andererseits, daß zumindest die vorgesehene Parallelfakturierung nicht früher als ab Mitte Dezember 1984 habe durchgeführt werden können. Die Beklagte habe zudem vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß eine ordnungsgemäße Fakturierung der Lieferscheine wegen der immer wieder aufgetretenen Fehler beim Überspielen der Lieferscheindaten vom Mischerturm und beim Ausdruck nicht habe vorgenommen werden können. Schließlich habe sie vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß auch Fehler der vorgesehenen Kfz-Datei gegenüber der Klägerin gerügt worden seien und daß ein geordnetes Mahnwesen mit dem gelieferten System nicht möglich sei. Dafür, daß das von der Klägerin gelieferte EDV-System mit Mängeln behaftet gewesen sei, die unabhängig von den Problemen bei der Installierung des Anschlusses zur Steuerungsanlage des Mischerturms hätten behoben werden können, spreche insbesondere auch das Schreiben der Klägerin vom 20. März 1984, wobei die Beklagte die Klägerin insoweit schon mit Schreiben vom 28. März 1984 in Verzug gesetzt habe. Nachdem die Beklagte vorgetragen und unter Beweis gestellt habe, daß es ihr infolge der Mängel der EDV-Anlage in der Zeit von Mitte 1984 bis Mitte 1986 (vgl. GA 171) nicht möglich gewesen sei, eine Arbeitskraft einzusparen, für die monadisch 2.500,- DM aufzuwenden gewesen seien, habe das Berufungsgericht ohne Beweiserhebung nicht davon ausgehen dürfen, daß die Beklagte auch nach dem Abschluß der Arbeiten der Klägerin kein Personal entlassen oder in eine Partnerfirma versetzt habe.

Die Rügen sind begründet.

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Haftung der Klägerin für die von der Beklagten geltend gemachten Schäden bereits dem Grunde nach abgelehnt hat, deckt überhaupt nur den Zeitraum bis Oktober 1984 ab. Es ist von der Beklagten aber geltend gemacht und unter Beweis gestellt worden, daß es ihr infolge der von der Klägerin zu vertretenden Mängel der EDV-Anlage auch danach, nämlich bis Mitte 1986, nicht möglich war, eine Arbeitskraft einzusparen, und daß sie insoweit einen der Klägerin zuzurechnenden Schaden erlitten hat. Im übrigen ist die Beurteilung des Berufungsgerichts auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil sie unter Außerachtlassung des vorstehend wiedergegebenen Sachvortrags und unter Übergang der diesbezüglichen Beweisantritte der Beklagten erfolgt ist. Nach den bislang getroffenen Feststellungen kann die Verneinung der Schadensersatzansprüche, mit denen die Beklagte gegen die Klageforderung aufgerechnet hat, keinen Bestand haben.

*Schadensersatzansprüche wegen Verzugs:
Nach OLG Frankfurt nicht gegeben.*

Die Revisionsrügen

*Schaden:
Nicht-Einsparung einer
Arbeitskraft*