

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB

- 1. Die Fristsetzung muss aus zwei Teilen bestehen, aus einer Leistungsaufforderung sowie der Setzung einer angemessenen Frist. Für eine Leistungsaufforderung im Sinne des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB reicht grundsätzlich die Aufforderung, die vertragliche Leistung zu bewirken (im Anschluss an BGH, Urteil vom 7. Juli 1987 – X ZR 23/86, NJW-RR 1988, 310).**
- 2. Durch die Leistungsaufforderung mit Fristsetzung soll dem Schuldner noch einmal in nachhaltiger Form zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages angehalten und ihm klargemacht wird, dass nach furchtlosen Ablauf der Frist die Leistung durch ihn abgelehnt werde.**

BGH, Urteil vom 25.03.2010, Az.: VII ZR 224/08

### **Tenor:**

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 2. Oktober 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

### **Tatbestand:**

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadens- und Aufwendungsersatz aus einem vorzeitig beendeten Vertragsverhältnis.

Die Klägerin, die komplexe Softwarelösungen entwickelt, beabsichtigte, die Planung und Abwicklung größerer Projekte durch die von der Beklagten hergestellte Software "P. " zu unterstützen. Die anzuschaffende Software sollte die Funktionen Projektsteuerung, Leistungs- und Kostenerfassung, Dokumentenmanagement und Berichtswesen umfassen. Darüber hinaus sollten die mit "P. " erstellten Daten in das Rechnungswesen der Klägerin und ihren Fakturaprozess übertragen werden. Zu diesem Zweck sollte die bei der Klägerin für das Rechnungswesen und den Fakturaprozess eingesetzte Software S. -D. auf Empfehlung der Beklagten durch die "C. W. " (im Folgenden: CWL) der M. Software GmbH ersetzt und durch Programmierung entsprechender Schnittstellen an "P. " angebunden werden. Weiterhin sollten die Daten von CWL an die von der Klägerin weiter verwendete Software S. -F. und S. -C. übertragen werden.

Zunächst schlossen die Parteien eine mündliche Vereinbarung, die am 10. Februar 2004 in einem "Letter of Intent" niedergelegt wurde. Nachdem das Projekt bereits in

Angriff genommen und ein Teil der Arbeiten ausgeführt worden war, schlossen die Parteien unter dem 28. Juli 2004 einen "Dienstleistungsvertrag für ein P. Software-System", nach dem die Beklagte ein Nutzungskonzept zu erstellen, einen Prototypen und später ein Pilotsystem zu entwickeln und zu installieren hatte. Die von der Klägerin an die Beklagte zu zahlende Nettovergütung wurde auf 226.800 &euro; festgelegt. Unter demselben Datum schlossen die Parteien einen "Vertrag für ein P. Software-System", in dem sich die Klägerin verpflichtete, an die Beklagte für die zu liefernden Softwarekomponenten einen Nettogesamtpreis von 175.000 &euro; zu zahlen.

Bereits vor Abschluss der Verträge vom 28. Juli 2004 waren Probleme hinsichtlich der Funktionalitäten der Software aufgetreten und war deshalb die von der Beklagten gewünschte Abnahme zum 30. Juni 2004 nicht erfolgt. Nachdem es in der Folgezeit zu einer Reihe von Anpassungen und Korrekturen gekommen war, forderte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 3. August 2004 auf, eine Komplettinstallation des Softwarepaketes bis zum 16. August 2004 vorzunehmen, um einen Produktivstart zum 1. September 2004 zu ermöglichen. Der 1. September 2004 wurde als offizieller Produktionstermin von einem Mitarbeiter der Beklagten bestätigt. Mit Schreiben vom 17. August 2004 verlängerte die Klägerin die bis 16. August 2004 gesetzte Frist bis 23. August 2004.

Nachdem es weiterhin Komplikationen hinsichtlich einzelner Funktionalitäten gab, richtete die Klägerin unter dem 5. Oktober 2004 ein Schreiben an die Beklagte, in dem dieser unter Bezugnahme auf die Schreiben vom 3. und 17. August 2004 eine letzte Frist bis 20. Oktober 2004 zur Vornahme der Komplettinstallation sowie zur Lieferung des Testkonzeptes, des Einführungskonzeptes und der Installationsanweisung gesetzt wurde.

Mit Schreiben vom 15. November 2004 lehnte die Klägerin alle weiteren Leistungen der Beklagten ab.

Die Klägerin fordert die Rückzahlung der an die Beklagte geleisteten Vergütung von insgesamt 222.654,14 &euro; sowie die Erstattung weiterer Aufwendungen von zusammen 654.983,06 &euro;. Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten. Auf die dagegen eingelegte Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO. I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin könne weder Schadensersatz statt der Leistung noch Ersatz vergeblicher Aufwendungen beanspruchen.

Nachdem es sich bei den Verträgen der Parteien um Werkverträge handele und eine Abnahme der Leistungen und der Software durch die Klägerin nicht erfolgt sei, könnten die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche lediglich auf §§ 280 ff. BGB gestützt werden. Voraussetzung eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung sei, dass der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt habe. Davon könne nicht ausgegangen werden. Ein Nachbesserungsverlangen müsse so konkret gefasst sein, dass die Mängel mit Hilfe von Zeugen bzw. Sachverständigen feststellbar seien, wobei es genüge, dass die

Symptome hinreichend genau bezeichnet würden. Auch müsse die Unzulänglichkeit der Leistung so konkret beschrieben werden, dass sie individualisiert werden könne.

Das Nachbesserungsverlangen der Klägerin sei unstreitig allein in deren Schreiben vom 5. Oktober 2004 zu sehen. Dass die darin erhobenen Forderungen nach Lieferung des Testkonzepts, des Einführungskonzepts und der Installationsanweisung sowie der "Komplettinstallation" den Anforderungen an ein konkretes Nachbesserungsverlangen nicht genügten, sei offensichtlich, die Forderung nach einer Komplettinstallation von Software an Allgemeinheit kaum zu überbieten. Die Klägerin sei von der Notwendigkeit eines konkreteren Nachbesserungsverlangens auch nicht dadurch befreit, dass es eine von den Parteien auf Technikerebene "gemeinsam gepflegte" Fehlerliste der gesamten Software gegeben habe. Auch wenn es eine solche fortgeschriebene gemeinsame Liste gegeben habe, und wenn die Klägerin ihr Nachbesserungsverlangen grundsätzlich darauf hätte stützen können, hätte sie in der Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung ausdrücklich auf diese Liste in einer der zum Zeitpunkt des Verlangens konkret bestehenden Fassung Bezug nehmen müssen. Gerade weil die Liste fortgeschrieben worden sei und sich daher ständig verändert habe, wäre eine solche eindeutige Bezugnahme auf eine konkrete Liste unerlässlich gewesen. Hinzu komme, dass die von den Parteien gemeinsam geführte Liste eher die Funktion einer gemeinsamen "to do list" und damit eine überwiegend organisatorische Funktion gehabt zu haben scheine. Die Existenz der Liste vom 7. Oktober 2004 könne das allein existierende Nachbesserungsverlangen vom 5. Oktober 2004 nicht zu einem den gesetzlichen Anforderungen genügenden machen. Denn auf sie sei in dem Schreiben nicht konkret Bezug genommen worden und habe auch nicht Bezug genommen werden können, weil die Liste nach dem 5. Oktober 2004 datiere.

Eine Konkretisierung und Individualisierung der Mängel, auf die das Nacherfüllungsverlangen gestützt werde, sei der Klägerin auch im Prozess nicht gelungen. Im Schriftsatz vom 30. Mai 2008 sei von "Zielsetzungen" und nicht gegebenen "Funktionalitäten", nicht aber konkret von Abweichungen der Ist-Beschaffenheit der Software von ihrer Soll-Beschaffenheit die Rede. Deshalb wäre selbst dann, wenn man aufgrund der "Projektkennntnis" der Beklagten die Anforderungen an das Nachbesserungsverlangen im Verhältnis zur Beklagten hätte reduzieren können, noch immer kein im Sinne des Zivilprozessrechts schlüssiger Vortrag zu den behaupteten Mängeln der Software gegeben. Unabhängig von der Frage des Nachbesserungsverlangens sei daher die Forderung der Klägerin auf Schadensersatz statt der Leistung mangels Substantiierung der behaupteten Mängel der erbrachten Leistungen unbegründet.

## II.

Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht überspannt die Anforderungen an eine Aufforderung des Bestellers, die geschuldete Leistung binnen einer bestimmten Frist zu erbringen, und verkennt, dass die Klägerin schlüssig dazu vorgetragen hat, dass der Vertrag durch die Beklagte nicht erfüllt worden ist.

1. Zutreffend und von der Revision nicht beanstandet hat das Berufungsgericht die als "Dienstleistungsvertrag für ein P. Software-System" bezeichnete vertragliche Vereinbarung vom 28. Juli 2004 als Werkvertrag qualifiziert. Gegenstand dieses Vertrags war eine umfangreiche Anpassung der P. Software der Beklagten an die Bedürfnisse der Klägerin und die Schaffung von Schnittstellen zur CWL. Welche rechtliche Qualität dem "Vertrag für ein P. Software-System" zukommt, kann dahingestellt bleiben, weil die Klägerin auf dessen Grundlage keine Ansprüche geltend macht.

2. Die Leistung der Beklagten ist zur Zeit der Leistungsaufforderung vom 5. Oktober 2004 noch nicht abgenommen gewesen. Der Vertrag befand sich noch im Erfüllungsstadium. In diesem Stadium reicht grundsätzlich eine Aufforderung, die vertragliche Leistung zu bewirken. Das hat der Bundesgerichtshof schon zur Leistungsaufforderung mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung nach § 326 Abs. 1 BGB a.F. entschieden (BGH, Urteil vom 7. Juli 1987 - X ZR 23/86, NJW-RR 1988, 310). Er hat dabei darauf hingewiesen, dass die Anforderungen an eine Aufforderung zur Erfüllung des Vertrages nicht denjenigen entsprechen, die an die Aufforderung zur Mängelbeseitigung zu stellen sind (dazu BGH, Urteil vom 12. Juni 1980 - VII ZR 270/79, BauR 1980, 574). Diese müssen deshalb konkreter sein, weil sich durch die Abnahme das Werk des Unternehmers konkretisiert hat.

Für eine Leistungsaufforderung mit Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt nichts anderes. Maßgeblich ist, dass der Schuldner durch die Leistungsaufforderung mit Fristsetzung noch einmal in nachhaltiger Form zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages angehalten und ihm klargemacht wird, dass nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Leistung durch ihn abgelehnt werde. Er soll sich entscheiden können, ob er die Folgen mangelnder Erfüllung auf sich nehmen oder durch Tätigwerden innerhalb der Frist von sich abwenden will. Richtig ist allerdings, dass eine Leistungsaufforderung diesen Zweck nicht erfüllen kann und ins Leere geht, wenn der Unternehmer die Leistung nach seiner Auffassung vollständig erbracht hat und durch die erhobene Rüge nicht erkennen kann, warum der Besteller sie nicht als vertragsgemäß akzeptiert (vgl. Alpmann in: jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 281 Rdn. 24; MünchKommBGB/Ernst, 4. Aufl., § 281 Rdn. 33; Staudinger/Hansjörg Otto/Roland Schwarze, (2009), § 281 Rdn. B 38). Daraus kann aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Leistungsaufforderung mit Fristsetzung schon dann unwirksam ist, wenn der Besteller die Defizite der Leistung nicht im Einzelnen aufführt. Das überspannt die Anforderung an die Leistungsaufforderung, denn dazu ist der Besteller häufig mangels eigener Sachkunde nicht in der Lage. Es reicht vielmehr, wenn er in diesem Fall die fehlende Funktionalität beanstandet. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof eine Aufforderung, eine Basisversion einer Software im vereinbarten Umfang fertig zu stellen, als ausreichend angesehen, ohne dass der Besteller gehalten gewesen wäre, die etwa vorhandenen Mängel der Software aufzuführen (BGH, Urteil vom 24. November 1998 - X ZR 21/96, NJW-RR 1999, 347, 348). Auch reicht eine Aufforderung aus, die nach dem Vertrag durch eine Software zu bewirkende Funktion herbeizuführen (BGH, Urteil vom 18. Mai 1999 - X ZR 100/98, juris).

3. Auf dieser Grundlage kann die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Leistungsaufforderung mit Fristsetzung vom 5. Oktober 2004 sei unwirksam, keinen Bestand haben. Ohne Belang ist, dass das Berufungsgericht das Erfüllungsverlangen der Klägerin als Nachbesserungsverlangen bezeichnet hat. Das ändert nichts daran, dass in der Sache die Erfüllung des Vertrages verlangt wurde.

a) Die Klägerin hat die Beklagte mit Schreiben vom 5. Oktober 2004 unter anderem aufgefordert, die Komplettinstallation vorzunehmen. Damit hat sie, wie sich auch schon aus ihrer E-Mail vom 8. Juni 2004 ergibt, die Fertigstellung der vertraglich geschuldeten Leistung gefordert. In dieser E-Mail hat sie gefordert, die Beklagte solle das System inklusive Schnittstellen vollständig und lauffähig zur Verfügung stellen. Dass mit dem Schreiben vom 4. Oktober 2004 nichts anderes verlangt wurde, ergibt sich hinreichend deutlich aus dem darin in Bezug genommenen Schreiben vom 3. August 2004. Dort hatte die Klägerin die Beklagte aufgefordert, eine Komplettinstallation mit sämtlichen ihr - der Beklagten - bekannten Programm-/Schnittstellenänderungen sowohl in der Test- als auch in der Produktionsumgebung vorzunehmen, so dass die vor Produktionsstart erforderlichen Tests durchgeführt werden könnten und der Produktivstart am 1. September 2004

erfolgen könne. Verlangt war damit eine die vertraglich vereinbarten Funktionalitäten erfüllende abnahmefähige Software.

b) Es mag Fälle geben, in denen unter Berücksichtigung der besonderen Vertragsverhältnisse und der Probleme bei der Durchführung des Vertrages noch eine weitere Spezifizierung des Erfüllungsverlangens gefordert werden kann. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien in den Schriftsätzen vom 30. Mai 2008 und 18. Juli 2008 war das Projekt bereits so weit fortgeschritten, dass nicht nur ein Konzept für die Anpassung der Software erstellt, sondern bereits ein Prototyp entwickelt und installiert worden war. Es standen daher entsprechend dem "Dienstleistungsvertrag" vom 28. Juli 2004 noch die abnahmefähige Entwicklung des "Piloten" und das darauf folgende "Roll-Out" für die Gesamtorganisation der Klägerin aus. Dies war für die Beklagte als Projektentwicklerin ohne weiteres erkennbar. Die Parteien hatten darüber hinaus nach dem Vortrag der Klägerin, von dem mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist, in einer gemeinsam geführten Liste festgehalten, welche Fehler noch zu beseitigen waren. Eines Hinweises auf die bei Abfassung des Schreibens vom 5. Oktober 2004 aktuelle Fehlerliste bedurfte es nicht. Der Beklagten war diese Liste bekannt; frühere Fehlerlisten waren erkennbar überholt. Die Klägerin hätte zudem mit einem Verweis auf die in der Fehlerliste genannten Mängel ihr Ziel, eine Komplettinstallation zu erhalten, nicht sicher erreichen können. Denn es war nicht absehbar, dass bereits nach Beseitigung der bekannten Mängel die Software die vereinbarten Funktionalitäten aufgewiesen hätte. Soweit die Klägerin der Beklagten mit E-Mail vom 7. Oktober 2004 und damit in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Schreiben vom 5. Oktober 2004 eine Fehlerliste übermittelt hat, diente dies der Unterstützung der Beklagten zur Erreichung der vereinbarten Funktionalitäten.

4. Auch soweit das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin dazu, dass die Beklagte den Vertrag nicht erfüllt hat, als unschlüssig ansieht, hält es der Nachprüfung nicht stand. Die Klägerin hat vorgetragen, dass die Beklagte ihre Werkleistung nicht innerhalb der gesetzten Frist fertiggestellt habe. Sie hat darüber hinaus, worauf die Revision zu Recht hinweist, substantiiert vorgetragen, welche Mängel die bis dahin erbrachte Werkleistung der Beklagten aufgewiesen habe. Das Vorliegen jedenfalls eines Teils dieser Mängel hat das Landgericht nach erfolgter Beweisaufnahme auch als erwiesen angesehen.

### III.

Das Berufungsurteil kann daher mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Das Berufungsgericht hat zu den sonstigen Voraussetzungen des von der Klägerin gemäß §§ 280, 281 BGB geltend gemachten Schadensersatzanspruchs statt der Leistung keine Feststellungen getroffen.

Kniffka Kuffer Safari Chabestari Halfmeier Leupertz Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 23.03.2007 - 33 O 76/06 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 02.10.2008 - I-7 U 82/07 -