

## Wartefrist aus AGB's und Lösung vom EDV-Vertrag – 'Brotfabrikationssoftware'

BGH, Urteil vom 23. Juni 1992 (X ZR 92/90)

### Leitsatz der Redaktion

Wenn die für einen kombinierten Soft- und Hardwarelieferungsvertrag geltenden AGB's eine Wartefrist vorsehen, falls Modifikationswünsche des Bestellers für eine Überschreitung vertraglich zugesicherter Termine ursächlich sind, so ist der Besteller in einem derartigen Fall gehalten, bei Fristsetzungen (etwa wegen Beanstandungen hinsichtlich der bestellten Programme) mindestens diese Frist einzuhalten.

### Tatbestand

Die Klägerin befaßte sich mit Serviceleistungen im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung und unterhielt in X eine Großrechneranlage.

*Der Vertrag:  
Übertragung der extern  
durchzuführenden  
EDV-Arbeiten*

Die Beklagte zu 5 betrieb die Brotfabrikation mit einer Betriebsstätte in Y. Mit Vertrag vom 13./24. Juni 1980 übertrug die Beklagte zu 5 der Klägerin alle für ihren Brotfabrikationsbetrieb in Y extern durchzuführenden EDV-Arbeiten mit Wirkung ab 1. Januar 1981. Gemäß Nr. 9 dieses Vertrages hatte die Klägerin darüber hinaus im Betrieb der Beklagten bis zum 1. September 1980 ein Terminal für den Bestell- und Abrechnungsverkehr der Beklagten zu 5 mit der Firma St. (im folgenden: XYZ-Projekt) einzurichten, wobei sie für die Entwicklung der hierfür benötigten speziellen Software eine einmalige Zahlung von 25.000,- DM und für die Überlassung der erforderlichen Hardware eine Monatsmiete von 2.250,- DM erhalten sollte.

*Keine vollständige  
Leistungserbringung*

Die Klägerin hat ihre für das XYZ-Projekt geschuldeten Leistungen zum Teil erst nach dem vereinbarten Termin und teilweise überhaupt nicht mehr erbracht. Bei den ihr im August 1980 übergebenen Programmen wünschte die Beklagte zu 5 Änderungen, die die Klägerin in einer Liste von 16 Punkten zusammengefaßt hat. Die Parteien streiten darüber, in welchem Umfang diese Änderungen Abweichungen von dem ursprünglichen Vertragsinhalt darstellten oder aber von vornherein von der Klägerin hätten berücksichtigt werden müssen. Bei den von Anfang bis Mitte September 1980 durchgeführten Programmabläufen ergaben sich beim Ausdruck der Bestellformulare erhebliche Geschwindigkeitsprobleme, die die Beklagte zu 5 darauf zurückgeführt hat, daß die Kapazität der gelieferten Hardware von vornherein zu gering bemessen gewesen sei, während die Klägerin eine auf den Änderungswünschen der Beklagten beruhende Ausweitung der Programme für die Schwierigkeiten verantwortlich gemacht hat.

*Fristsetzung für einwandfreie  
Fertigstellung mit  
Ablehnungsandrohung*

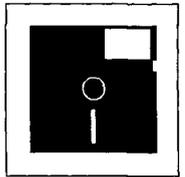
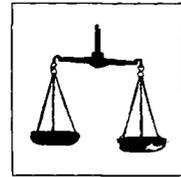
Die Klägerin, der von der Beklagten zu 5 mit Schreiben vom 23. September 1980 eine Frist für die einwandfreie Fertigstellung des Terminals bis zum 3. Oktober 1980 gesetzt und der zugleich erklärt worden war, daß Leistungen nach dem Ablauf der Frist abgelehnt werden würden, übergab der Beklagten zu 5 am 26. September 1980 die nach ihrer Behauptung getesteten und im wesentlichen vollständigen geänderten und erweiterten Programme; zugleich widersprach sie der Fristsetzung und bot zur Behebung der Schwierigkeiten eine Kapazitätserweiterung der Anlage gegen Zahlung erhöhter laufender Kosten und gegen Vergütung für erforderlichen zusätzlichen Programmieraufwand an. Die Beklagte zu 5 ging hierauf nicht ein und erklärte mit Anwaltsschreiben vom 6. Oktober 1980, daß sie weitere Leistungen nicht mehr annehmen werde und die Rücknahme der bereits gelieferten Geräte verlange.

*Begehren der Klägerin*

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin von der Beklagten zu 5 8.850,31 DM zuzüglich Zinsen als vereinbarte Vergütung der beabsichtigten externen Datenverarbeitung für den Monat Januar 1981 unter Berücksichtigung ersparter Eigenaufwendungen verlangt und zusätzlich wegen der von ihr für das XYZ-Projekt geleisteten Programmierarbeiten einen weiteren Betrag von 56.590,45 DM nebst 13% Zinsen seit dem 20. Februar 1981.

*Prozeßgeschichte*

Das Landgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der gegen die Beklagte zu 5 gerichteten Klage in Höhe von 8.850,31 DM nebst Zinsen stattgegeben und im übrigen die Berufung zurückgewiesen. Auf die Revision der Klägerin hat der erkennende Senat das Berufungsurteil aufgehoben, soweit es die Beklagte zu 5 beschwerte und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwies (Urt. v. 24.06.1986 – X ZR 16/85, WM 1986, 1255 f.).



Das Berufungsgericht ist nach Beweiserhebung wiederum zu der Beurteilung gelangt, die im Hinblick auf das XYZ-Projekt geltend gemachte Klageforderung von 56.590,45 DM nebst Zinsen sei unbegründet, und hat deshalb die Berufung der Klägerin erneut zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie nach inzwischen erfolgter Abtretung der Klageforderung die Verurteilung der Beklagten zu 5 zur Zahlung von 56.590,45 DM nebst 5% Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank seit dem 20. Februar 1981 an die Zessionarin, Frau F., begehrt. Die Beklagte zu 5 beantragt die Zurückweisung der Revision.

## Entscheidungsgründe

I. Die Revision der Klägerin hat in der Hauptsache vollen Erfolg. Soweit die Klägerin mehr als 5% Zinsen seit Rechtshängigkeit begehrt (vgl. § 291 BGB, § 352 HGB), führt die Revision zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, da der Sachverhalt insoweit noch weiterer Aufklärung bedarf.

1. Das Berufungsgericht hat die erneute Zurückweisung der Berufung der Klägerin wie folgt begründet:

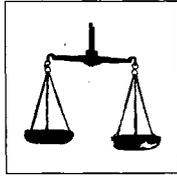
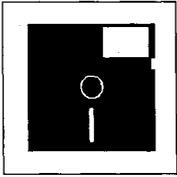
Zwischen den Parteien sei unstrittig, daß sich bei den Programmtestläufen auf der installierten Hardware unzumutbar geringe Arbeitsgeschwindigkeiten beim Ausdruck der Bestellformulare für die Belieferung der XYZ-Filialen ergaben, die einen sinnvollen Einsatz der Datenverarbeitungsanlage zu dem vorgesehenen Zweck nicht zuließen. Diesen wesentlichen Sachmangel der geschuldeten Anlage habe die Klägerin unabhängig von einem Verschulden zu vertreten. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne sich die Klägerin nicht darauf berufen, der Rechner sei durch von der Beklagten zu 5 nachträglich verlangte Änderungen und Ergänzungen der Programme überlastet gewesen.

Der gerichtliche Sachverständige habe dargelegt, daß die Hardware sowohl hinsichtlich der Speicherkapazität als auch der Arbeitsgeschwindigkeit bei geeigneter Programmierung ausreichte, um die in der 16-Punkte-Liste zusammengefaßten Änderungen und Erweiterungen der Programme zu verarbeiten. Die vom Sachverständigen als „exorbitant“ bezeichnete Verlängerung der Druckgeschwindigkeit beruhe vielmehr auf einer mangelhaften Programmierung durch die Klägerin. Die Beklagte zu 5 sei deshalb berechtigt gewesen, der Klägerin für die Fehlerbeseitigung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu setzen, daß nach dem Ablauf der Frist eine Nachbesserung abgelehnt werde. Dies habe die Beklagte zu 5 mit Schreiben vom 23. September 1980 getan, das der Klägerin am 25. September 1980 zugegangen sei. Die gesetzte Frist bis zum 3. Oktober 1980 sei zwar knapp, aber ausreichend gewesen. Hierbei sei zu berücksichtigen, daß die Klägerin die Einführung des XYZ-Projekts bis zum 1. September 1980 garantiert habe. Sie sei daher bei in ihren Risikobereich fallenden zusätzlichen Schwierigkeiten zu besonderen Anstrengungen verpflichtet gewesen. Soweit im ersten Berufungsurteil eine Frist von etwa drei Monaten für angemessen gehalten worden sei, habe sich das nicht auf eine Fristsetzung zur Beseitigung eines Sachmangels der Anlage bezogen, sondern auf die rechtzeitige Herstellung der gesamten Anlage. Bei der Fristbemessung sei seinerzeit ferner berücksichtigt worden, daß die Herstellung der Programme sich durch nachträgliche, teilweise mit erheblichem Programmieraufwand verbundene Änderungs- und Ergänzungswünsche der Beklagten zu 5 verzögert habe und die Klägerin deshalb gemäß ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Nachfrist von mindestens einem Monat hatte in Anspruch nehmen können. Nachdem sich inzwischen herausgestellt habe, daß die Programmänderungen und -ergänzungen auf die Rechnergeschwindigkeit keinen wesentlichen Einfluß gehabt hätten oder bei geeigneter Programmgestaltung hätten vermieden werden können, könnten diese Erwägungen für die Bemessung der Nachfrist zur Beseitigung der Geschwindigkeitsprobleme nicht gelten. Auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ständen der Fristsetzung nicht entgegen, denn für die Beseitigung von Fehlern verlange Ziffer XI Absatz 3 nur die Setzung einer angemessenen Nachfrist, eine Mindestfrist habe sich die Klägerin insoweit nicht ausbedungen. Selbst wenn die von der Beklagten zu 5 gesetzte Frist um einige Tage zu kurz gewesen sein sollte, seien die Arbeiten nach den eigenen Angaben der Klägerin jedenfalls bis zum 8. Oktober 1980 ausführbar gewesen, einem Zeitpunkt, zu dem die Klägerin nach ihren eigenen Angaben von dem die Verweigerung der Leistungsannahme enthaltenden Anwaltsschreiben der Beklagten zu 5 vom 6. Oktober 1980 noch keine Kenntnis gehabt habe. Die vom gerichtlichen Sachverständigen vorgenommene Schätzung der erforderlichen Zeitspanne auf etwa zwei bis acht Wochen sei ohne Kenntnis der nicht mehr zur Verfügung stehenden Programme erfolgt.

*Revision in der Hauptsache erfolgreich*

*Begründung des Berufungsgerichts für die Zurückweisung der Berufung*

*Die Darlegungen des Sachverständigen*



*Umsetzung in Assembler nicht ernsthaft erwogen*

*Revisionsrüge*

*Fehlerhafte Nichtbeachtung der gemäß AGB's möglichen Überschreitungsrüfen*

*Nachträgliche Änderungswünsche*

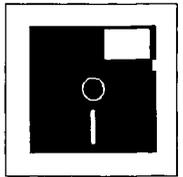
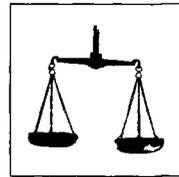
Im übrigen sei angesichts des vorprozessualen und prozessualen Verhaltens der Klägerin zu bezweifeln, daß diese seinerzeit die Umsetzung der geschwindigkeitsrelevanten Teile des Programms in die Programmiersprache Assembler überhaupt ernsthaft in Erwägung gezogen habe. Aus alledem folge, daß das Vertragsverhältnis, soweit es das XYZ-Projekt betroffen habe, mit Ablauf der im Schreiben vom 23. September 1980 gesetzten Frist (3. Oktober 1980), spätestens aber mit Ablauf der damit in Lauf gesetzten angemessenen Frist (8. Oktober 1980) beendet worden und damit die Vergütungspflicht der Beklagten zu 5 entfallen sei.

2. a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, eine Frist zur Mängelbeseitigung könne auch dann vergleichsweise kurz bemessen werden, wenn dem Werkunternehmer zur Herstellung des Werkes eine eher geräumige Frist eingeräumt werden müßte. Bereits sachlich könne regelmäßig nicht zwischen der fehlenden Vollständigkeit und einer sonst begründeten Mangelhaftigkeit des Werks unterschieden werden. Eine unvollständige Werkleistung könne aber auch rechtlich nicht anders behandelt werden als eine mangelhafte, da in beiden Fällen das Werk mit Fehlern behaftet sei, die seine Tauglichkeit zu dem bestimmungsgemäßen Gebrauch aufheben oder minderten. Bei der Bemessung der Frist könne nicht danach differenziert werden, ob die vom Besteller gesetzte Nachfrist zur Beseitigung eines Mangels oder zur vollständigen Herstellung des Werks gesetzt worden sei. Das Berufungsgericht habe zwar festgestellt, daß die von der Klägerin erstellte 16-Punkte-Liste zumindest teilweise spätere Änderungs- und Ergänzungswünsche der Beklagten zu 5 hinsichtlich der Programme enthalte und insbesondere der unter der dortigen TZ 8.2 aufgeführte Änderungswunsch nicht vorhersehbar gewesen sei, habe aber insoweit nicht berücksichtigt, daß nach dem Sachvortrag der Klägerin gerade durch diese Ergänzung ein immenser Programmieraufwand ausgelöst worden sei.

Das Berufungsgericht habe ferner verkannt, daß die Beklagte zu 5, da sie Änderungs- und Ergänzungsarbeiten an den Programmen gewünscht habe, gemäß Ziffer VI 3 der zum Vertragsinhalt gewordenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin sich nicht mehr auf die insoweit vereinbarten Fertigstellungsfristen berufen können. Mit der weiteren Frage, ob hierdurch auch die Fertigstellungsfristen für die Gesamtleistung betroffen gewesen seien, habe sich das Berufungsgericht trotz der Hinweise im ersten Revisionsurteil nicht befaßt. Mangels entgegenstehender tatrichterlicher Feststellungen sei zu beachten, daß die Programme den zentralen Teil der von der Klägerin zu erbringenden Leistung darstellten, ohne die die weiteren Leistungen für die Beklagte zu 5 nicht brauchbar gewesen seien. Da der vertraglich geregelte Zeitpunkt für die Fertigstellung der Arbeiten vom 1. September 1980 nicht mehr bindend gewesen sei, hätte das Berufungsgericht im Hinblick darauf, daß die Nachfrist gemäß § 634 BGB jedenfalls nicht vor der für die Ablieferung des Werks bestimmten Frist ablaufen dürfen, zunächst feststellen müssen, in welchem Umfang der Leistungszeitpunkt durch die von der Beklagten zu 5 gewünschten Änderungen und Ergänzungen der Programme hinausgeschoben gewesen sei.

b) Die Rügen der Revision sind begründet. Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, daß die Klägerin gemäß Ziff. VI 2 ihrer zum Vertragsinhalt gewordenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Mindestfrist von einem Monat für den Fall der Überschreitung vertraglich zugesagter Termine für „den Beginn der Rechenarbeiten“ im Fall von Änderungswünschen der Beklagten beanspruchen konnte. Die der Klägerin von der Beklagten zu 5 mit Schreiben vom 23. September 1980 bis zum 3. Oktober 1980 gesetzte Nachfrist war deshalb zu kurz, die der Klägerin am 8. Oktober 1980 zugegangene Erklärung der Beklagten (Anwaltsschreiben vom 6. Oktober 1980), sie lehne die Annahme weiterer Leistungen ab und verlange die Rücknahme der bereits gelieferten Geräte unberechtigt. Diese Weigerung der Beklagten stellt sich rechtlich als eine vor Vollendung des Werks ausgesprochene Kündigung des Bestellers dar, durch die der (unstreitige) Werklohnanspruch der Klägerin nicht berührt wurde (§ 649 Satz 2 BGB).

aa) Nach der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien sollte die Gesamtanlage am 1. September 1980 vollständig eingerichtet sein. Diese Frist war aber nicht mehr maßgebend, denn es ist unstreitig, daß die Beklagte zu 5 im August 1980 die Änderungen an den übergebenen Programmen wünschte, die in der 16-Punkte-Liste der Klägerin zusammengefaßt sind. Auch nach der Auffassung des Berufungsgerichts waren jedenfalls die von der Beklagten zu 5 gewünschte Umstellung der Artikel-Listung und der in TZ 8.2 der 16-Punkte-Liste aufgeführte Änderungswunsch für die Klägerin nicht voraussehbar. Diese von der Beklagten zu 5 geforderten Programmergänzungen waren vom ursprünglichen Vertragsinhalt nicht mitumfaßt, sie beruhten vielmehr auf nachträglichen Änderungswünschen der Beklagten zu 5.



Es ist weiter unstreitig, daß den Vertragsbeziehungen der Parteien die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zugrunde lagen, die in Ziffer VI 3 folgende Bestimmung enthalten: „*Führt das Rechenzentrum (i.e. die Klägerin) auf Wunsch des Kunden (i.e. der Beklagten zu 5) Änderungs- oder Ergänzungsarbeiten an Programmen aus, so kann sich der Kunde auf vereinbarte Fristen für die Fertigstellung von Programmen nicht berufen. Auch eine Angemessenheit der Verlängerung von Fristen kann seitens des Rechenzentrums nicht gewährleistet werden.*“

Daraus folgt, daß die ursprünglich für den 1. September 1980 vereinbarte Fertigstellungsfrist der Gesamtanlage wegen der genannten Änderungswünsche der Beklagten zu 5 vom August 1980 nicht mehr maßgebend war.

bb) In Ziff. VI 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ist weiter bestimmt, daß der Kunde bei jeder Fristüberschreitung eines vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermins eine Mahnung zu übersenden und darin eine angemessene Frist zu setzen hat, die „*je nach Umfang der übernommenen Arbeiten mindestens einen Monat und höchstens sechs Monate beträgt*“.

Bei den Anfang bis Mitte September 1980 durchgeführten Testläufen der (geänderten) Programme ergaben sich erhebliche Geschwindigkeitsprobleme, die nach der Feststellung des sachverständig beratenen Berufungsgerichts nicht auf eine unzureichende Leistungsfähigkeit des Rechners (Hardware), sondern auf Defizite im Bereich der Programmierung (Software) zurückzuführen sind. Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, daß die bei den Testläufen der Programme Anfang bis Mitte September 1980 aufgetretenen Probleme vermieden worden wären, wenn die Klägerin zur Umsetzung der von der Beklagten zu 5 gewünschten Änderungen und Erweiterungen der Programme das vom gerichtlichen Sachverständigen aufgezeigte Verfahren der Programmierung verwandt hätte. Es mag sein, daß die Beklagte zu 5 berechtigt war, der Klägerin gemäß Ziff. VI 2 der vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine angemessene Frist zur Fertigstellung der Gesamtanlage zu setzen, als sich bei den Testläufen der Programme Anfang bis Mitte September 1980 herausstellte, daß die auf Wunsch der Beklagten zu 5 geänderten und erweiterten Programme den zu stellenden Anforderungen nicht genügten und deshalb eine Verzögerung der Fertigstellung der Gesamtanlage absehbar war. Die der Klägerin gemäß Ziff. VI 2 der AGB einzuräumende Frist betrug jedenfalls mindestens einen Monat. Die der Klägerin bereits vor der Übergabe der geänderten und erweiterten Programme am 26. September 1980 (– auch zu diesem Zeitpunkt waren die Programme nach der Feststellung des Berufungsgerichts noch nicht vollständig, also unfertig –) mit Schreiben vom 23. September 1980 gesetzte Fertigstellungsfrist bis zum 3. Oktober 1980 war mithin zu kurz. Damit ist auch die innerhalb der noch laufenden Frist für die Leistungserbringung mit Anwaltsschreiben vom 6. Oktober 1980 erklärte endgültige Verweigerung der Leistungsannahme durch die Beklagte zu 5 ohne Grundlage. Diese endgültige Verweigerung der Leistungsannahme stellt sich rechtlich als eine dem Besteller vor Völlendung des Werks (§ 646 BGB) jederzeit ohne Fristsetzung und ohne Angabe von Gründen mögliche Kündigung des Werkvertrages im Sinne von § 649 Satz 1 BGB dar. Die Klägerin ist danach berechtigt, die der Höhe nach unstreitige Vergütung von 56.590,45 DM zu verlangen, da ersparte Aufwendungen im Sinne von § 649 Satz 2 Halbsatz 2 BGB nicht geltend gemacht sind.

3. Hinsichtlich des Zinsanspruchs ist die Sache nur teilweise entscheidungsreif. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat die Klägerin 13% Zinsen seit dem 20. Februar 1981 (Rechtshängigkeit) begehrt, die Beklagte zu 5 hat die Zinsforderung bestritten (GA V 196). Im Revisionsrechtszug hat die Klägerin Zinsen nurmehr in Höhe von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank seit dem 20. Februar 1981 begehrt. Entscheidungsreif ist der Zinsanspruch nur in Höhe von 5% seit Rechtshängigkeit, da beide Parteien Kaufleute sind (§ 291 BGB, § 352 HGB). Im übrigen bedarf der Sachverhalt noch weiterer Aufklärung, da der weitergehende Zinsanspruch bestritten ist.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Soweit über die Kosten bereits rechtskräftig entschieden ist, bleibt die insoweit nur wiederholend ausgesprochene Verurteilung erhalten.

AGB's: Keine Maßgeblichkeit vereinbarter Fristen bei Änderungswünschen

Softwareprobleme und zu frühe endgültige Verweigerung der Leistungsannahme