

---

**Datum:** 04.09.2009  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 12. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 12 U 129/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2009:0904.12U129.09.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Arnsberg, 4 O 173/08  
**Schlagworte:** Abgrenzung Dienst-/Werkvertrag  
**Normen:** §§ 611 Abs. 1, 612 BGB

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20.02.2009 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte verurteilt bleibt, an den Kläger 2.056,32 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.08.2007 und weitere 114,65 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.08.2007 zu zahlen.

Im Übrigen bleiben Klage und Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des beizutreibenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Gründe:</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 1  |
| (gem. § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 2  |
| A.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 3  |
| Die Parteien machen wechselseitig im Wege von Klage und Widerklage Ansprüche nach vorzeitiger Beendigung eines zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses geltend.                                                                                                                                                                                                                                | 4  |
| Seit Februar 2006 war der Kläger, der freiberuflich eine Firma im Bereich Entwicklung und Anwendung von Elektronik betreibt, als freier Mitarbeiter bei der Beklagten im Bereich der Entwicklungsabteilung für elektronischer Geräte leitend tätig. Die Entgeltzahlung erfolgte in der Weise, dass der Kläger seine monatlichen Stunden in Rechnung stellte, die dann von der Beklagten bezahlt wurden. | 5  |
| Ab Ende März/Anfang April 2006 erhielt die Beklagte den Auftrag für die Entwicklung eines sog. Chargers für einen elektrisch betriebenen Motorroller. Ab November 2006 wurde der Kläger dann vereinbarungsgemäß in den Räumen der Beklagten tätig, nachdem er zuvor seine Arbeiten von seinem Firmenbüro aus – mit regelmäßigen Besuchen bei der Beklagten – erledigt hatte.                            | 6  |
| Im Rahmen der Entwicklung des Chargers kam es am Abend des 02.05.2007 zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer der Beklagten zu einer verbalen Auseinandersetzung, deren inhaltliche Tragweite zwischen den Parteien streitig ist.                                                                                                                                                                   | 7  |
| Unstreitig ist der Kläger nach dem 02.05.2007 nicht mehr am Sitz der Beklagten gewesen und hat auf entsprechende Aufforderung bei ihm vorhandene Unterlagen zum Charger an die Beklagte übersandt.                                                                                                                                                                                                      | 8  |
| Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Geschäftsführer der Beklagten habe das Vertragsverhältnis mit ihm bei dem Gespräch gekündigt. Er hat sich für die Zeit seiner Tätigkeit bis zum 11.05.2007 einen restlichen Entgeltanspruch errechnet, den er mit der Klage verfolgt.                                                                                                                         | 9  |
| Der Kläger hat beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 10 |
| die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.390,04 € zu zahlen nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 31.05.2007 aus 1.713,60 €, seit dem 17.06.2007 aus 676,44 € sowie weiterer vorgerichtlicher Kosten in Höhe von 114,65 € nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 28.08.2007 zu zahlen.                                                                                                | 11 |
| Die Beklagte hat beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 12 |
| die Klage abzuweisen und                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 13 |
| widerklagend den Kläger zu verurteilen, an sie                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 14 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 15 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 39.800,82 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz                                                                                                                                                                                                                                               |     |
| sowie weitere 265,70 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz                                                                                                                                                                                                                                    | 1,6 |
| jeweils seit Rechtshängigkeit zu zahlen.                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 17  |
| Der Kläger hat insoweit beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 18  |
| die Widerklage abzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 19  |
| Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Kläger sei ihr gegenüber wegen mangelhafter Leistungserbringung und Mehraufwendungen infolge vorzeitiger Beendigung der Zusammenarbeit aus werkvertraglichen Gesichtspunkten schadensersatzpflichtig.                                                                          | 20  |
| Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage in Höhe eines Teilbetrages von 2.056,32 € nebst Zinsen und in Höhe der geltend gemachten vorgerichtlichen Kosten stattgegeben und im Übrigen Klage und Widerklage abgewiesen.                                                                                            | 21  |
| Zur Begründung hat es ausgeführt, der klägerische Anspruch bestehe für seine Tätigkeiten am 02.05.2007 insgesamt, mangels Anspruchsgrundlage aber nicht für die für den 11.05.2007 abgerechnete Vergütung.                                                                                                                 | 22  |
| Die Widerklageforderung bestehe nicht, weil es bereits nach dem Vortrag der Beklagten an der notwendigen Fristsetzung zur Nacherfüllung fehle. Zudem sei eine Pflichtverletzung des Klägers nicht feststellbar. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils Bezug genommen. | 23  |
| Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie beantragt,                                                                                                                                                                                                                                              | 24  |
| den Kläger zu verurteilen, an sie 39.800,82 € nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.                                                                                                                                                                                 | 25  |
| Sie ist der Ansicht, die Erklärung ihres Geschäftsführers stelle keine Kündigung des Werkvertrages dar, das Landgericht habe die Beweislast für die Vergütung bei Stundenlohnarbeiten ebenso wie die Entbehrlichkeit der Fristsetzung verkannt.                                                                            | 26  |
| Der Kläger verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vorbringens, allerdings mit Korrektur seines Zinsantrages laut Terminprotokoll vom 04.09.2009.                                                                                                                 | 27  |
| Der Senat hat die Parteien persönlich gehört, wegen des Ergebnisses wird auf den Berichterstattevermerk vom 04.09.2009 Bezug genommen.                                                                                                                                                                                     | 28  |
| B.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 29  |
| Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.                                                                                                                                                                                                                                                                     | 30  |
| Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend der Klage teilweise stattgegeben und die Widerklage insgesamt abgewiesen.                                                                                                                                                                                                       | 31  |
| Die vom Senat vorgenommenen Änderungen des landgerichtlichen Urteilstenors sind allein im Hinblick auf die Korrektur der klägerischen Anträge erfolgt.                                                                                                                                                                     | 32  |
| I.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 33  |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Da die vertragliche Beziehung der Parteien nach dem 01.01.2002 begründet worden ist, findet vorliegend neues Recht Anwendung, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 34 |
| II.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 35 |
| Die Klage des Klägers ist entgegen der Ansicht der Beklagten in dem vom Landgericht angenommenen Umfang begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 36 |
| Der zuerkannte Zinsanspruch und die zuerkannten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen finden ihre Grundlage in den Verzugsregelungen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 37 |
| 1.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 38 |
| Dem Kläger steht aus den §§ 611 Abs. 1, 612 BGB i.V.m. dem Vertrag gegen die Beklagte ein Entgeltanspruch i.H.v. 2.056,32 € zu.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 39 |
| a)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 40 |
| Entgegen der Auffassung der Beklagten haben die Parteien keinen Werkvertrag, sondern einen Dienstvertrag abgeschlossen, ohne dass der Kläger zum Arbeitnehmer wurde. Nach dem übereinstimmenden Vortrag beider Parteien war der Kläger nämlich selbständig mit eigener Firma als freier Mitarbeiter für die Beklagte tätig                                                                                                                                                                                                                                      | 41 |
| Der Beklagten ist zwar darin Recht zu geben, dass allein die Vereinbarung eines Stundenlohns nicht zwangsläufig gegen einen Werkvertrag spricht (vgl. Palandt-Sprau, BGB ,68. Aufl. 2009, Einf v § 631 Rz. 8).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 42 |
| Entscheidend ist hier aber, dass der Kläger lediglich die Arbeitsleistung als solches schuldet, nicht aber die Herbeiführung eines vereinbarten, gegenständlich fassbaren Arbeitsergebnisses (vgl. dazu BGH NJW 2002, 3323), was sich aus Folgendem ergibt:                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 43 |
| Entgegen der Darstellung der Beklagten war die Entwicklung des Chargers nicht die ausschließliche Aufgabe des Klägers.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 44 |
| Dies ergibt sich daraus, dass der Kläger nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten Leiter ihres Entwicklungsteams war und unwidersprochen erst ab Mai 2006 überwiegend mit der Entwicklung des Chargers beschäftigt war. Die Entwicklung des Chargers war auch nicht die alleinige Aufgabe des Klägers, wie sich z.B. aus der Gesprächsnotiz betreffend die Fa. H vom 23.03.2007 ergibt, die gerade eine andere technische Entwicklung betraf.                                                                                                                  | 45 |
| Etwas anderes folgt auch nicht aus der Erklärung des Klägers im Senatstermin, er habe zugesagt, die Entwicklung des Chargers zu betreiben. Denn der Leiter einer Entwicklungsabteilung, wie der Kläger es war, sagt natürlich die Entwicklung einer bestimmten technischen Einheit zu, ohne damit aber den Erfolg der Entwicklungsarbeit garantieren zu wollen. Vielmehr geht es um die leitende Tätigkeit in der Entwicklungsabteilung, die mit der Entwicklung eines bestimmten Bauteils, hier des Chargers, befasst ist, was nach der Rechtsprechung des BGH | 46 |
| für einen Dienstvertrag spricht (NJW 2000, 1107; 2002, 595). Hinzu kommt, dass die vertragliche Beschreibung eines Ziels allein kein hinreichendes Indiz für die Annahme eines Werkvertrages darstellt (BGH NJW 2003, 3323).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 47 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Auch die Entlohnung des Klägers spricht für die Annahme eines Dienstvertrages, da es sich insoweit nicht um Abschlagszahlungen der Beklagten gehandelt hat, sondern der Kläger für geleistete Stunden als Leiter der Entwicklungsabteilung ein Entgelt erhalten hat, wie er unwidersprochen im Senatstermin dargelegt hat.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |    |
| Entgegen der Ansicht der Beklagten war ihr eine weitere Schriftsatzfrist nicht einzuräumen, da die Frage, ob ein Werk- oder Dienstvertrag vorliegt, bereits erstinstanzlich Gegenstand der rechtlichen Erörterungen war und die Beklagte auch im Urteil darauf hingewiesen worden ist, dass ihr Vorbringen auch bei Annahme eines Werkvertrages keinen Erfolg hat. Weiterer rechtlicher Hinweise bedurfte es bei der von Anfang an anwaltlich vertretenen Beklagten nicht.                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 49 |
| b)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 50 |
| Da der Kläger die Dienste erbracht hat, ist der vereinbarte Stundenlohn auch fällig.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 51 |
| Die Höhe des vom Landgericht zugesprochenen Stundenlohns wird von der Berufung nicht angegriffen, weshalb es, da auch keine Anschlussberufung des Klägers vorliegt, hierbei zu verbleiben hat.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 52 |
| 2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 53 |
| Der Zinsanspruch hinsichtlich der Hauptforderung ergibt sich aus den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 2 BGB.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 54 |
| Aufgrund der Mahnung des Klägers vom 05.08.2007 befand sich die Beklagte jedenfalls seit dem 11.08.2007 – wie vom Landgericht angenommen und vom Kläger nicht angegriffen – in Verzug. Die Höhe des Zinsanspruchs ergibt sich § 288 Abs. 2 BGB, da es sich um eine Entgeltforderung handelt und beide Parteien nicht Verbraucher sind.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 55 |
| 3.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 56 |
| Der Anspruch auf die geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ist ebenfalls aus Verzug gem. §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 4 BGB gegeben.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 57 |
| Die Beklagte befand sich wie dargelegt in Verzug.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 58 |
| Durch die Einschaltung des Rechtsanwalts und dessen Mahnschreiben vom 15.08.2007 ist dem Kläger auch ein Schaden entstanden, da die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG i.V.m. Vorb. 3 IV RVG nur zur Hälfte auf die Verfahrensgebühr angerechnet wird.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 59 |
| Bei einem Streitwert bis 2.500,00 € beläuft sich eine Gebühr auf 161,00 €. Die Geschäftsgebühr ist mit dem 1,3 fachen Satz zu veranschlagen, so dass sich eine Gebühr i.H.v. 209,30 € ergibt. Hinzuzurechnen ist die Auslagenpauschale nach Nr. 7002 VV RVG mit 20,00 €, die bei jeder Tätigkeit erhoben werden kann. Mehrwertsteuer ist im Rahmen des Schadensersatzes nicht hinzuzurechnen, da der Kläger vorsteuerabzugsberechtigt ist. Da nach der Rechtsprechung des BGH die Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr nach Vorbemerkung 3 Abs. 4 zu Nr. 3100 VV RVG in der Weise zu erfolgen hat, dass nicht die Geschäftsgebühr vermindert, sondern die Verfahrensgebühr zu kürzen ist (BGH NJW 2007, 2049; 2050), ist hier die volle Gebühr in Ansatz zu bringen. | 60 |
| Da der Kläger hier nur die hälftige Gebühr geltend gemacht hat, hat das Landgericht diesen Betrag rechtsfehlerfrei zugesprochen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 61 |

Dieser Betrag ist – entsprechend dem geänderten Antrag des Klägers – mit 5 Prozentpunkten gem. §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB seit dem 28.08.2007 zu verzinsen, da sich die Beklagten jedenfalls nach Ablauf der im Schreiben vom 15.08.2007 genannten Frist in Verzug befand und es sich nicht um eine Entgelt-, sondern um eine Schadensersatzforderung handelt. 62

III. 63

Die zulässige Widerklage ist – auch bei Zugrundelegung der Rechtsansicht der Beklagten – unbegründet. Eine zum Schadensersatz führende Vertragspflichtverletzung des Beklagten kann nicht festgestellt werden. 64

1. 65

Ein Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen den Kläger aus Verletzung seiner Pflichten aus dem Dienstvertrag besteht nicht, weil der Kläger nach den §§ 621 ff. BGB berechtigt war, seine freie Mitarbeit im Betrieb der Beklagten gemäß § 621 Nr. 1 bzw. 2 BGB zu kündigen. Eine fristlose Kündigung der Beklagten gegenüber dem Kläger wegen Pflichtverletzung und ein darauf gestützter Schadensersatzanspruch waren aber nur dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen des § 314 BGB eingehalten wurden, insbesondere zuvor wirksam eine Abhilfefrist nach § 314 Abs. 2 BGB gesetzt wurde, was vorliegend nicht der Fall ist. 66

2. 67

Auch bei Annahme eines Werkvertrages stehen der Beklagten keine Schadensersatzansprüche gegen den Kläger unter dem Gesichtspunkt mangelhafter Leistungserbringung und unberechtigter Einstellung der Tätigkeit zu. 68

Ein Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Erfüllung eines Werkvertrages gemäß den §§ 634 Nr. 4, 636, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB scheitert an der fehlenden substantiierten Darlegung eines Mangels und der gebotenen Fristsetzung. 69

a) 70

Ein Mangel der Leistung des Klägers ist dem Vortrag der Beklagten nicht zu entnehmen. 71

Da es wegen der vorzeitigen Beendigung des Vertrages nicht zur Herstellung des Chargers während dieser Zeit mehr gekommen ist, müsste die Beklagte darlegen, dass die bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses erbrachten Leistungen mangelhaft waren. Hierfür wäre erforderlich gewesen im Einzelnen darzulegen, wie weit die Entwicklungsarbeit des Klägers hätte gediehen sein müssen, wenn er mangelfrei gearbeitet hätte, und wie weit die Arbeit tatsächlich gediehen war. Hierzu fehlt jeglicher substantiierter Vortrag. 72

Soweit die Beklagte im Rahmen der Widerklage darauf abstellt, die E-Mail des Klägers von 12.05.2007 sei nicht geeignet gewesen, die zwingend notwendigen Informationen zu liefern, genügt dieser Vortrag nicht den dargestellten Anforderungen an einen qualifizierten Parteivortrag. 73

b) 74

Nach den Feststellungen des Landgerichts, denen die Beklagte nichts entgegensetzt, ist dem Kläger seitens der Beklagten auch keine Frist zur Nacherfüllung gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 75

BGB gesetzt worden.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| c)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 76 |
| Entgegen der Auffassung der Beklagten hat sie auch nicht die Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß den §§ 281 Abs. 2, 636 BGB ausreichend dargelegt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 77 |
| Zwar behauptet sie in der Widerklage, der Kläger habe sich trotz Aufforderungen beharrlich geweigert, die Arbeiten in ihren Räumen wieder aufzunehmen. Dieser Vortrag weicht aber ganz erheblich vom Inhalt der vorgelegten E-Mails ab. Ausweislich der Mail vom 10.8.2007 soll der Kläger nämlich erklärt haben, "nicht wie bisher an dem Projekt weiter arbeiten" zu wollen. Daraufhin habe Herr M die bisherigen Entwicklungsergebnisse und Projektaufzeichnungen zurückgefordert. Dem entspricht auch die Mail des Klägers vom 12.05.2007, worin er auf seinen Urlaub und seine Erreichbarkeit in dringenden Fällen hinweist.                                                                                                                                                                                                                                | 78 |
| Darüber hinaus hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 15.09.2008 vorgetragen, Herr M habe den Kläger am 09.05.2007 aufgefordert, die Leistungen fortzuführen und die Unterlagen zu übergeben. Eine Ablehnung der weiteren Zusammenarbeit seitens des Klägers wird in diesem Zusammenhang aber gerade nicht erwähnt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 79 |
| Neben diesen Widersprüchen spricht gegen die Darstellung der Beklagten, dass sie bereits am 12.05.2007 Zeitungsanzeigen schalten ließ, in denen sie nach einem Entwicklungsingenieur suchte, obwohl zu diesem Zeitpunkt nach ihrem eigenen Vortrag noch keine endgültige Ablehnung der Weiterarbeit seitens des Klägers vorlag.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 80 |
| 3.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 81 |
| Die Beklagte legt auch keinen Schadensersatzanspruch substantiiert dar, der sich darauf stützt, der Kläger habe von sich aus vertragswidrig die Arbeiten eingestellt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 82 |
| Sowohl hinsichtlich des in Betracht kommenden Schadensersatzanspruchs aufgrund allgemeiner Pflichtverletzung gem. den §§ 280 Abs. 1, 281 BGB als auch aus Verzugs Gesichtspunkten gem. den §§ 280 Abs. 2, 286 BGB fehlt es jedenfalls an der substantiierten Darlegung einer Fristsetzung, die auch verzugsbegründende Wirkung hatte.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 83 |
| Die Beklagte begnügt sich bei ihrem Vortrag mit dem pauschalen, im Senatstermin wiederholten Hinweis, dem Kläger sei eine Frist zur Fortsetzung der Arbeit mündlich gesetzt worden, wobei sie sich auf das Zeugnis ihres Mitarbeiters M beruft. Dieser Zeuge ist aber ausweislich des Schriftsatzes vom 15.09.2008 dafür benannt worden, dass der Kläger aufgefordert worden ist, "die Leistungen fortzuführen und die Unterlagen zu übergeben". Von einer Fristsetzung seitens des Herrn M ist ausdrücklich nicht die Rede. Zudem ist der Vortrag widersprüchlich, weil die Fortsetzung der Tätigkeit bei gleichzeitiger Herausgabe der Unterlagen verlangt wird. Eine Vernehmung des Zeugen M wäre dementsprechend auf einen Ausforschungsbeweis hinausgelaufen, weshalb der Senat dem Beweisantritt mangels substantiierten Vortrages nicht nachgegangen ist. | 84 |
| Die Fristsetzung war auch, wie bereits dargelegt, nicht entbehrlich nach § 281 Abs. 2 BGB.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 85 |
| Aus den gleichen Gründen kann in der angeblichen Erklärung des Mitarbeiters M auch keine Mahnung des Klägers i.S.d. § 286 Abs. 1 BGB gesehen werden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 86 |

Eine solche ist auch nicht entbehrlich nach § 286 Abs. 2 BGB. Denn eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung seitens des Klägers wird von der Beklagten, wie bereits ausgeführt, nicht dargelegt. Auch sind besondere Gründe im Sinne der Ziff. 4 des § 286 Abs. 2 BGB dem Vortrag der Beklagten nicht zu entnehmen.

IV. 88

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 89

Die Revision war nicht gem. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert. 90