



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am:
29. Januar 2002
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

X ZR 231/00

In dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Januar 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 19. Oktober 2000 verkündete Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger vertreibt Hard- und Software. Die Beklagte betreibt eine Vermittlung von Reha- und Pflegeplätzen für stationär aufzunehmende Patienten. Mit Vertrag vom 20./23. März 1996 kamen die Parteien überein, bundesweit ein Datennetz zur Vernetzung von Reha- und Pflegeeinrichtungen mit einer Datenbank zum Nachweis freier Reha- und Pflegeplätze zu errichten. Die Vereinbarung sah im wesentlichen vor, daß die Beklagte die Kunden akquirieren sowie das Datennetz aufbauen und der Kläger alle für den Aufbau des Net-

zes nötige Hard- und Software liefern sowie das Netzwerk betreiben sollte. Die Teilnehmer am Netz sollten mit "V.-Eingabeterminals und die von der Beklagten

betriebene Zentrale mit einem Server einschließlich der erforderlichen Software, Applikationssoftware für die Terminals, einer Vorrechner- und Vermittlungseinheit "I." sowie 5 Terminals (Workstations) zum Anbinden an den Server

ausgestattet werden. Dem Kläger oblagen der Betrieb des Netzes, die Programmierarbeiten sowie die Wartung der Terminals und des Servers der Zentrale mittels eines Service-Servers. Der Beklagten oblagen die Eingabe der Stammdaten und die Pflege der Datenbank. Den Wert der Ausstattung der Zentrale legten die Parteien auf 107.500,-- DM fest. Für die zum Vertrieb an die Kunden vorgesehenen Terminals vereinbarten die Parteien einen Festpreis von 1.290,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Aus dem Vertrieb der ersten 500 Kundenterminals sollten der Beklagten jeweils 215,-- DM zustehen, die auf den Wert der Ausstattung der Zentrale verrechnet werden sollten, so daß mit der 500. Bestellung die vom Kläger der Zentrale zu liefernde Hard- und Software bezahlt sein und in das Eigentum der Beklagten übergehen sollte. Die Parteien waren darüber einig, daß der Aufbau des Netzes erst ab einer Größenordnung von 500 Teilnehmern wirtschaftlich sinnvoll sei, und vereinbarten, daß bei weniger als 500 Kundenbestellungen bis 31. Dezember 1996 die Beklagte einen Ausgleich in Höhe von 250,-- DM für jedes nicht bestellte Terminal bis zur Erreichung der Zielgröße von 500 Bestellungen an den Kläger zahlen sollte. Mit Vertrag vom 17./18. Mai 1996 wurde die Zahl der für die Zentrale vorgesehenen Terminals auf vier reduziert, die Lieferung von Bildschirmen mit Trinitron Monitoren vereinbart und der Wert der Ausstattung der Zentrale mit 104.200,-- DM dem geänderten Leistungsumfang angepaßt.

Am 1. Juni 1996 lieferte der Kläger den Server, 2 Terminals (Workstations) und die Vorabversion der Datenbank Software. Am 17. Juni 1996 rüstete der Kläger den Arbeitsspeicher des Servers auf und lieferte die Datenbank. Nachdem sich die Kundenbestellungen nicht wie erwartet entwickelten, fand am 18. Juni 1996 ein Gespräch mit dem Ergebnis statt, daß die Zentrale ihre Vermittlungsdienste zunächst weiterhin per Telefon und Fax erbringen und der Kläger den Auftrag über von ihm bereits geordnete "V."- Kundenterminals stornieren sollte. Am 2. August 1996 kam es zu einem Gespräch zwischen dem Kläger und der Beklagten, über das die Parteien ein Gesprächsprotokoll fertigten, in dem es heißt:

- "1. Die Funktionalität des Datenbankprogramms scheint soweit hergestellt. Kleinere Korrekturen können evtl. noch während der Benutzung auftreten und werden dann behoben.
2. Der dritte Rechner wird kurzfristig mit einem Pentium Prozessor und einer Gigabyte Platte geliefert.
3. Die Lieferung eines vierten Rechners ist z. Zt. nicht vorgesehen.
4. Warum die Festplatte von care 2 dauernd voll ist, muß noch geklärt werden.
5. Herr Z. wird eine Rechnung über die bisherigen Leistungen zusammenstellen.
6. Es ist klar, daß das Projekt mit einer gewissen Elastizität von beiden Seiten vorangebracht werden muß."

In der Folgezeit reklamierte die Beklagte verschiedene Mängel der Rechner und der Datenbank. Für die Datenbank lieferte der Kläger ein Update,

ferner nahm er verschiedene Reparaturen an den Rechnern vor oder ließ sie von Dritten vornehmen. Am 24. August 1996 erfolgte die Lieferung der dritten Workstation sowie weiterer Software, wobei der Rechner zurückgeschickt und nach Reparatur am 14. November 1996 erneut ausgeliefert wurde. Am 27. August 1996 lieferte der Kläger die Applikationssoftware für die "V."-Terminals.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Arbeiten seien erfolgreich abgeschlossen, und unter Bezugnahme auf die Vereinbarung vom 2. August 1996 am 27. August 1996 eine Rechnung über insgesamt 91.655,-- DM erstellt. Dabei ging er von dem vereinbarten Wert der der Zentrale gelieferten EDV-Anlage in Höhe von 104.200,-- DM aus, brachte davon 4.500,-- DM für ein nicht geliefertes PC-Terminal und 20.000,-- DM für die nicht gelieferte Vermittlungseinheit "I." in Abzug und ermäßigte die Mehrwertsteuer entsprechend. Nach Auffassung der Beklagten haben die Reparatur- und Nachbesserungsversuche des Klägers insgesamt nicht zu einem einwandfreien Betrieb der EDV-Anlage geführt. Mit Schreiben vom 10. Oktober 1996 stellte sie die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs in Abrede, machte geltend, daß erst ab 2. August 1996 ein einigermaßen sinnvolles Arbeiten mit der Anlage möglich gewesen sei und wies auf neue Probleme mit der Datenbank und der Hardware hin. In der Folgezeit fanden weitere Untersuchungen an Rechnern und Monitoren statt, die nach Darstellung des Klägers keine Mängel ergaben. Für diese Untersuchungen verlangt er von der Beklagten Zahlung eines Betrages von 266,22 DM. Weil die Beklagte keinerlei Zahlungen leistete, erstellte der Kläger am 7. Dezember 1996 eine neue Rechnung, mit der er von der Beklagten für jedes der 500 prognostizierten und nicht ausgelieferten Kundenterminals die Zahlung eines Betrages von 250,-- DM verlangte. Die Rechnung belief sich

unter Abzug der nicht gelieferten Komponenten für die Zentrale und zuzüglich weiterer Schäden, die sich aus der Bestellung von Sicherheiten für einen vom Kläger aufgenommenen Kredit ergeben sollen, auf insgesamt 112.118,84 DM nebst Zinsen. Die Beklagte hat im Verlauf des ersten Rechtszuges Wandelung verlangt.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung über die von der Beklagten gerügten Mängel durch Einholung des Gutachtens eines Sachverständigen die Erklärung der Wandlung für unberechtigt gehalten, die Beklagte zur Zahlung von 80.390,75 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hatte nur in Höhe von 1.690,75 DM Erfolg. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die Abweisung der Klage in vollem Umfang weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat den von den Parteien geschlossenen Vertrag als Werkvertrag angesehen. Die Revision greift diese Würdigung nicht an. Sie läßt einen Rechtsfehler auch nicht erkennen. Aus dieser rechtlichen Einordnung folgt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, daß der Kläger dem Grunde nach Anspruch auf den vereinbarten Werklohn hat (§ 631 Abs. 1 BGB).

II. 1. Das Berufungsgericht hat den Vergütungsanspruch des Klägers in Höhe von 78.800,-- DM für begründet und fällig gehalten.

a) Zur Höhe des Vergütungsanspruchs ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Umfang der vom Kläger bei Errichtung des Werks zu erbringenden Leistungen durch Vereinbarungen vom 17./18. Mai 1996, 18. Juni 1996 und 2. August 1996 auf die mit der Rechnung vom 27. August 1996 abgerechneten Positionen reduziert worden sei. Diesen Rechnungsbeitrag abzüglich 1.000,-- DM für eine nicht gelieferte unterbrechungsfreie Stromversorgung und abzüglich der in der Rechnung ausgewiesenen Mehrwertsteuer schulde die Beklagte als vertragliche Vergütung für die vom Kläger für die Zentrale der Beklagten gelieferte EDV-Anlage. Denn nachdem die Parteien auf den Vertrieb der "V."-Terminals zunächst verzichtet hätten, sei ein durch die Vereinbarung vom 2. August 1996 dringend zu regelnder Aspekt die Vergütung des Klägers gewesen. Dieser habe in Erwartung einer beträchtlichen Menge abzusetzender "V."-Terminals in erheblichem Umfang bis dahin unvergütet gebliebene Vorleistungen erbracht und würde wegen des einverständlichen Absehens von diesen Terminals eine Vergütung in Gestalt des vereinbarten Ausfallgeldes erhalten haben, wenn man diesbezüglich keine vom ursprünglichen Vertrag abweichende Regelung getroffen hätte. Im Hinblick darauf sei die Abrede vom 2. August 1996, der zufolge dem Kläger seine bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Leistungen vergütet werden sollten, bei interessengerechter Auslegung dahin zu verstehen, daß der Kläger auf eine Vergütung nach der Anzahl nicht vertriebener "V."-Terminals verzichte und entsprechend der vertraglichen Wertstellung der gelieferten Teile wie mit der Rechnung vom 27. August 1996 geschehen abrechne.

b) Das Berufungsgericht hat den Vergütungsanspruch in dieser Höhe für fällig gehalten. Es hat dazu ausgeführt, zwar sei das vom Kläger bis zum

2. August 1996 erstellte Werk weder vor diesem Datum noch mit der Vereinbarung vom 2. August 1996 abgenommen worden. Gleichwohl hat das Berufungsgericht den Vergütungsanspruch für fällig gehalten und ausgeführt, zu der mit der Vereinbarung vom 2. August 1996 erfolgten Neuregelung des Vergütungsanspruchs des Klägers habe auch gehört, den Zahlungsanspruch für die bisher erbrachten Leistungen in zeitlicher Hinsicht zu konkretisieren. Das sei im Wortlaut der Vereinbarung durch das Wort "scheint" zum Ausdruck gebracht worden. Diese beinhalte eine der Beklagten obliegende alsbaldige Überprüfung (und gegebenenfalls Beanstandung) des "Scheins" einer fehlerfreien Funktionalität und schließe zugleich die Rüge von Fehlern aus, die der Beklagten schon bekannt gewesen seien oder hätten bekannt sein können. Von einer nach dem Parteiwillen nur noch für eine angemessene Frist eingeräumten Rügebefugnis der Beklagten sei auszugehen, weil die Vereinbarung ersichtlich auf die Schaffung klarer Verhältnisse, insbesondere zum Zahlungsanspruch des Klägers, abgezielt habe und eine umfassende Überprüfung durch die Beklagte nach der anschließend erfolgten Inbenutzungnahme des Datenbanksystems ohne weiteres möglich und zuzumuten gewesen sei. Zu dem so zu sehenden Inhalt der Vereinbarung habe es auch gehört, daß der bloße Ablauf der vereinbarten Prüfungsfrist den Zahlungsanspruch des Klägers habe fällig machen sollen, falls keine erheblichen Mängelrügen erhoben würden, ohne daß noch eine ausdrückliche Abnahmeerklärung notwendig gewesen sei. Daß nach dem Parteiwillen nur schwerwiegende Fehler den Zahlungsanspruch des Klägers beeinträchtigen können sollten, zeige die von den Parteien getroffene abweichende Sonderregelung für kleinere Korrekturen. Die der Beklagten eingeräumte angemessene Frist zur Prüfung der Leistung des Klägers und Geltendmachung etwaiger Mängel der oben beschriebenen Art sei mit rund drei Wochen anzusetzen. Dem entspreche auch das Datum der Rech-

nung des Klägers vom 27. August 1996. Bis zu diesem Datum habe der Kläger die ihm gemeldeten "kleineren Korrekturen" vorgenommen und mit der Rechnungsstellung zugewartet.

2. Die Ausführungen und Würdigungen des Berufungsgerichts zur Höhe der vereinbarten Vergütung und deren Fälligkeit lassen einen durchgreifenden Rechtsfehler nicht erkennen.

a) Die Revision greift die Feststellung des Berufungsgerichts, eine Abnahme der vom Kläger der Beklagten für deren Vermittlungszentrale gelieferten EDV-Anlage sei weder vor dem 2. August 1996 noch mit der Vereinbarung vom 2. August 1996 erfolgt, nicht an. Das Berufungsurteil läßt insoweit auch keinen Rechtsfehler erkennen. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung folgt dies schon aus dem Umstand, daß ausweislich des Inhalts dieser Vereinbarung der dritte Rechner noch zu liefern war, das vom Kläger zu errichtende Werk also noch nicht vollständig hergestellt war, und zudem ein Handbuch nicht geliefert worden war, dessen Lieferung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann zu den Hauptpflichten des Unternehmers gehört, wenn dies im Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt wird (Urt. v. 4.11.1992 - VIII ZR 165/91, NJW 1993, 461, 462). Darauf weist die Revision zu recht hin.

b) Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe gegen allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen, indem es einerseits aus der Verwendung des Wortes "scheint" in Punkt 1 der Vereinbarung vom 2. August 1996 geschlossen habe, daß eine Abnahme weder gewollt gewesen sei noch stattgefunden habe, und gleichzeitig aus dieser Formulierung gefolgert habe, die Parteien hätten einen alsbaldigen und im we-

sentlichen mängelunabhängigen Zahlungsanspruch des Klägers schaffen wollen, hat diese Rüge keinen Erfolg.

Die Revision übersieht, daß § 641 Abs. 1 BGB die Fälligkeit des Werklohns zwar an die Abnahme des Werks knüpft, es den Parteien aber grundsätzlich freisteht, eine davon abweichende Fälligkeitsregelung zu treffen. Denn die Parteien eines Werkvertrags können die Fälligkeit des Werklohnanspruchs dem jeweiligen Leistungsstand anpassen, Abschlagzahlungen und sogar Vorauszahlungen auf die Vergütung vereinbaren sowie die Fälligkeit der Werklohnforderung von der Erteilung einer prüffähigen Rechnung abhängig machen (vgl. statt aller Soergel in MünchKomm./BGB, 3. Aufl., § 641 Rdn. 2; Palandt/Sprau, BGB 61. Aufl., § 641 Rdn. 9). Eine solche Vereinbarung ist nicht nur bei Vertragsschluß möglich, sondern auch später, wenn wie im Streitfall während der Vertragsausführung Abreden über die Erweiterung oder Reduzierung der vom Unternehmer zu erbringenden Werkleistung getroffen werden. Demzufolge verstößt es weder gegen Denkgesetze, Auslegungsregeln oder Erfahrungssätze und ist insbesondere nicht in sich widersprüchlich, wenn das Berufungsgericht bei der Auslegung der Vereinbarung vom 2. August 1996 einerseits eine Abnahme der bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Leistungen des Unternehmers verneint und andererseits bei dieser Gelegenheit getroffene Vergütungsvereinbarungen dahin auslegt, daß der Werklohnanspruch neu geregelt und ohne Abnahme fällig gestellt werden sollte. Eine solche Auslegung ist rechtlich möglich und angesichts der vom Berufungsgericht festgestellten Entwicklung des Vertragsverhältnisses revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe mit dieser Auslegung der Vereinbarung den Sachvortrag der Beklagten im Schriftsatz vom

6. Oktober 2000, Seite 1 f, unberücksichtigt gelassen, verkennt sie, daß die Beklagte mit diesem Schriftsatz lediglich ihre Rechtsauffassung zur Auslegung der Vereinbarung vorgetragen hat. Mit ihrer Rüge versucht die Revision daher, die Vertragsauslegung der Beklagten an die Stelle der Vertragsauslegung durch das Berufungsgericht zu setzen. Das ist revisionsrechtlich nicht angängig. Soweit sie in diesem Zusammenhang weiter rügt, das Berufungsgericht habe auch den Sachvortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 20. September 2000, Seite 2, nicht berücksichtigt, kommt es auf dieses Vorbringen nicht an, da das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem dortigen Sachvortrag der Beklagten die fehlende Abnahme der Teilleistungen des Klägers festgestellt hat.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang weiter, der Kläger hätte nach dem Inhalt der Vereinbarung vom 2. August 1996 keine pauschale Endabrechnung vornehmen dürfen, sondern nur eine Zwischenrechnung mit prüffähigen Einzelpositionen stellen dürfen, also insbesondere keine Leistungen abrechnen dürfen, die nach diesem Zeitpunkt erbracht worden seien. Mit dieser Rüge verkennt die Revision, daß die von dem Berufungsgericht im Wege der Auslegung bestimmte Abrechnungsvereinbarung der Parteien eine solche feste Grenze nicht vorgesehen hat. Nach Punkt 2 der Vereinbarung war der dritte Rechner kurzfristig zu liefern; der Kläger sollte eine Rechnung über die bisherigen Leistungen nach Ablauf der vom Berufungsgericht der Vereinbarung entnommenen kurzen Prüf- und Rügefrist erstellen. Die Auslegung des Berufungsgerichts, die Rechnung solle die bis zur Rechnungsstellung erbrachten Leistungen umfassen, ist vor diesem Hintergrund revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Auch die weitere in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Revision, der Kläger habe seine Endabrechnung vom 27. August 1996 zurückgenommen und durch die Rechnung vom 7. Dezember 1996 ersetzt, mit der er auf die Berechnung der Vergütung nach Maßgabe nicht verkaufter "Verifone"-Terminals zurückgekommen sei, ist unbegründet. Denn die Revision zeigt nicht auf, weshalb das Berufungsgericht dieses Verhalten des Klägers bei der Auslegung der Vereinbarung vom 2. August 1996 hätte berücksichtigen müssen. Die Rückkehr des Klägers zur Berechnung seines Vergütungsanspruchs nach der alten vertraglichen Abrede läßt sich auch dahin verstehen, daß der Kläger zunächst von dem vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Verständnis der Vereinbarung vom 2. August 1996 ausgegangen ist und sich - nachdem keine Zahlung geleistet wurde - nicht mehr an die neue vertragliche Regelung seines Vergütungsanspruchs gebunden fühlte. Aus diesem Verhalten des Klägers ergibt sich nicht zwingend, daß die Neuregelung der Vergütung durch die Vereinbarung vom 2. August 1996 vom Berufungsgericht fehlerhaft ausgelegt worden wäre.

Revisionsrechtlich ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, daß sich die von der Beklagten geschuldete Vergütung infolge der Vereinbarung vom 2. August 1996 der Höhe nach nicht mehr nach der Anzahl nicht abgesetzter "V."-Terminals, sondern nach den Wertansätzen der Verträge für die der Beklagten gelieferten Komponenten der EDV-Anlage richten und fällig gestellt werden sollte.

III. Dagegen greift die Revision die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte könne dem Zahlungsbegehren ein Wandelungsverlangen nicht mehr entgegenhalten, mit Erfolg an.

Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Beklagte als Mängel des vom Kläger zu erstellenden Werks u.a. das fehlende Handbuch, Ausfälle bei bzw. Unmöglichkeit von Eingaben/Abfragen in der Datenbank, unscharfe bzw. "tanzende" Monitor-Bilder, fehlende Fernwartungsmöglichkeiten, mangelhafte Geschwindigkeit (Berufungsschrift vom 26. Juli 2000, S. 2/4) vorgetragen hatte und diese Mängel vom gerichtlichen Sachverständigen in seinem Gutachten im wesentlichen bestätigt worden sind, der insgesamt zu dem Ergebnis gekommen ist, es sei offensichtlich, daß wesentliche Leistungsbestandteile nicht erfüllt worden seien und ein ordnungsgemäßes Arbeiten mit der Software nicht möglich sei.

Das Berufungsgericht hat sich in seinem Urteil zwar zur behaupteten Unschärfe der Monitore geäußert und ausgeführt, es könne nicht festgestellt werden, daß diese Fehler ihre Ursache im Verantwortungsbereich des Klägers hätten. Damit verkennt das Berufungsgericht, daß der Kläger ein insgesamt mangelfreies Werk auch im Zusammenspiel der Einzelkomponenten der EDV-Anlage zu liefern hatte und die Beweislast für die Vollständigkeit und Mangelfreiheit des Werks vor der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erfolgten Abnahme des Werks beim Unternehmer liegt (Sen.Urt. vom 24.11.1998 - X ZR 21/96, NJW-RR 1999, 347, 349).

Bezüglich der von der Beklagten gerügten übermäßigen Speicherplatzbelegung der Festplatte eines Arbeitsplatzrechners hat das Berufungsgericht zwar ausgeführt, durch den Mangel werde die Funktionsfähigkeit der Datenbankanwendung nicht tangiert, es hat aber keine tatsächlichen Feststellungen dahin getroffen, daß die zu errichtende Anlage vertragsgemäß nur zur Daten-

bankanwendung geeignet gewesen sein sollte, und auch im übrigen keine tatsächlichen Feststellungen getroffen, die seine rechtliche Wertung tragen könnten. Soweit sich das Berufungsgericht zur Begründung der Unerheblichkeit der sonstigen gerügten Mängel auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils bezogen hat, ist - auch im Hinblick auf das zu einem gegenteiligen Ergebnis kommende Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen - nicht ersichtlich, auf welche tatsächlichen Feststellungen sich die Wertung der Mängelrügen als unerheblich stützen soll. Insbesondere fehlt es an Feststellungen dazu, weshalb das Fehlen des Handbuchs für die Software, dessen Lieferung nach der Rechtsprechung auch dann zu den Hauptpflichten des Unternehmers gehört, wenn seine Lieferung nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, ein die Tauglichkeit des Werk zu dem vertragsgemäßen Zweck nur unerheblich beeinträchtigender Mangel sein könnte.

Mangels entsprechender tatsächlicher Feststellungen ist für das Revisionsverfahren daher davon auszugehen, daß die vom Kläger erstellte EDV-Anlage dem Vortrag der Beklagten entsprechend die gerügten Mängel aufwies und dadurch die Tauglichkeit des Werks zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck beeinträchtigt war.

Bei dieser Sachlage ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Wandelungseinrede sei unberechtigt, die Beklagte sei wegen Ablaufs der nach der Vereinbarung vom 2. August 1996 konkludent vereinbarten Prüfungs- und Rückfrist mit dem Wandlungsbegehren ausgeschlossen, nicht frei von Rechtsirrtum. Die Revision macht zu Recht geltend, daß die Verjährungsfrist für den Anspruch der Beklagten auf Beseitigung von Mängeln sowie für die wegen der Mängel ihr zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Scha-

denersatz mit der Abnahme des Werks zu laufen begonnen hätte (§ 638 Satz 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung, im folgenden a.F.). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß und wann eine Abnahme erfolgt sein könnte; es fehlen zudem konkrete Feststellungen, welche Mängel im einzelnen wann gerügt worden sind. Schon weil es an tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zum Beginn der Verjährungsfrist der Ansprüche der Beklagten auf Mängelbeseitigung sowie der aus dem Vorhandensein von Mängeln resultierenden Folgeansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz fehlt, ist das Wandlungsbegehren der Beklagten nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es verjährt wäre.

Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht deshalb als richtig, weil die Beklagte wegen Ablaufs der nach der Auslegung der Vereinbarung vom 2. August 1996 konkludent vereinbarten Prüfungs- und Rügefrist mit dem Wandlungsbegehren ausgeschlossen wäre. Zwar sind von § 638 BGB a.F., der auf den Streitfall anzuwenden ist (Art. 229, § 6 EGBGB in der Fassung des Gesetzes vom 26. November 2001, BGBl. I, Seite 3139 ff), abweichende Vereinbarungen zu Beginn und Dauer der Verjährungsfrist möglich. Das Berufungsgericht hat aber keine Feststellungen getroffen, ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt die Parteien die gesetzliche Verjährungsfrist abweichend vereinbart hätten. Für das Revisionsverfahren ist daher davon auszugehen, daß die Verjährungsfrist nicht abgelaufen war und jedenfalls die von der Beklagten bis einschließlich Oktober 1996 gerügten Mängel in unverjährter Zeit dem Kläger angezeigt worden sind.

Daraus folgt, daß die Beklagte diese Mängel dem Vergütungsanspruch des Klägers entgegenhalten kann. Denn nach § 639 BGB a.F. in Verbindung

mit § 478 BGB a.F. kann der Besteller dem Begehren des Unternehmers auf Zahlung der Vergütung ein Wandlungsrecht entgegensetzen, soweit die Mängel in unverjährter Zeit angezeigt worden sind und das Wandelungsbegehren rechtfertigen. Das war bei den von der Revision in Bezug genommenen und bis in den Oktober 1996 gerügten Mängeln nach dem dem Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt der Fall. Aus der Würdigung des Berufungsgerichts ergibt sich nicht, daß die Beklagte nach Ablauf einer wie auch immer gearteten Rügefrist durch die Vereinbarung vom 2. August 1996 in weitergehendem Umfang der Rechte als Besteller verlustig gehen sollte, als dies nach einer Abnahme im Sinne des § 640 BGB der Fall gewesen wäre. Dafür, daß ein derartiger Rechtsverlust nicht vereinbart war, spricht bereits, daß die Parteien auch nach Auffassung des Berufungsgerichts allenfalls eine mindere Form, nicht jedoch den Eintritt aller Wirkungen des § 640 BGB unmittelbar aufgrund der Vereinbarung vom 2. August 1996 gewollt haben. Wenn die Beklagte eine Abnahme schon nicht erklärt hat, ist auch aus der Sicht des Klägers kein Grund dafür erkennbar, daß die Beklagte mit der Vereinbarung vom 2. August 1996 über die gesetzliche Regelung für die Abnahme hinaus auf ihr zustehende Rechte verzichten wollte.

IV. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mellullis

Keukenschrijver

Mühlens

Meier-Beck

Asendorf