

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 106/96

Verkündet am:
3. März 1998
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 404 Abs. 1 Satz 1, 410, 391

- a) Ein Zivilgericht kann die Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg in Fragen der Organisation und Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung als Sachverständigen hinzuziehen.
- b) Ob ein Sachverständiger zu beeiden ist, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters.

BGH, Urt. v. 3. März 1998 - X ZR 106/96 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

- 3 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 1998 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß und Scharen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 10. Juli 1996 verkündete Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte, eine Große Kreisstadt mit etwa 36.000 Einwohnern, beabsichtigte, Beamten- und Angestelltenstellen extern bewerten zu lassen. Mit dem Hinweis, zu bewerten seien ca. 197 Stellen, forderte sie verschiedene Unternehmen zur Angebotsabgabe auf, unter anderem die Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg, eine Anstalt öffentlichen Rechts, sowie die Klägerin. Die Klägerin bot die Begutachtung an. Im April 1992 vergab die Beklagte auf der Grundlage dieses Angebots den Auftrag zu einem Pauschalpreis von 103.516,-- DM inklusive aller Nebenkosten und Mehrwertsteuer an die Klägerin.

Nachdem am 28./29. Juli 1992 eine Besprechung stattgefunden hatte, während der die Beklagte Überarbeitungswünsche geäußert hatte, händigte die Klägerin der Beklagten am 11./12. August 1992 ein Stellenbewertungsgutachten aus. Am 19. August 1992 fand eine Sitzung des Verwaltungsausschusses des Gemeinderats statt, in der eine schriftliche Stellungnahme der Beklagten zu dem Stellenbewertungsgutachten der Klägerin erörtert wurde, die angebliche Widersprüche und Fehlzusordnungen beanstandete. Am 27. August 1992 berechnete die Klägerin der Beklagten als Zusatzhonorar 15.103,55 DM, weil sie anstelle der ursprünglich vorgesehenen 197 tatsächlich eine größere Anzahl von Stellen zu bewerten habe.

Am 14./16. September 1992 übermittelte die Klägerin der Beklagten erneut ein Stellenbewertungsgutachten, zu dem sie mit Schreiben vom 23. September 1992 Änderungen/Ergän-

zungen übersandte. Mit Rechnung vom 21. September 1992 verlangte die Klägerin von der Beklagten eine Vergütung von 3.572,98 DM für ihre Teilnahme an der Sitzung vom 28./29. Juli 1992.

Die Beklagte erstellte Ende September 1992 eine umfangreiche Liste über angebliche Mängel des Stellenbewertungsgutachtens der Klägerin. Diese legte am 12. Oktober 1992 der Beklagten erneut ein Gutachten vor, mit dem insgesamt 226 Stellen bewertet wurden. Am 13. Oktober 1992 übersandte die Beklagte der Klägerin die überarbeitete Mängelaufstellung zur Kenntnisnahme, verweigerte die Annahme des erstellten Stellenbewertungsgutachtens, weil es unbrauchbar sowie wertlos und deshalb nicht abnahmefähig sei, und forderte die Klägerin auf, die bereits erhaltenen Zahlungen in Höhe von insgesamt 96.900,-- DM zurückzuzahlen.

Die Klägerin, die ein Zurückbehaltungsrecht an Originalakten der Beklagten geltend macht, die ihr zur Anfertigung des Gutachtens übergeben worden waren, hat die Beklagte mit am 14. Januar 1993 zugestellter Klage auf Zahlung restlicher 25.427,37 DM in Anspruch genommen. Die Beklagte hat widerklagend Zahlung von 96.900,-- DM sowie Herausgabe näher bezeichneter Originalakten begehrt. Das Landgericht hat ein schriftliches Gutachten der Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg darüber eingeholt, ob die Mängelrügen der Beklagten oder die hierzu abgegebenen Stellungnahmen der Klägerin zuträfen, und hierzu im Termin zur mündlichen Verhandlung ergänzend den Oberverwaltungsrat bei der Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg W. K. gehört. Mit der Begründung, das Stellenbewertungsgutachten sei fehler-

haft und nicht abnahmefähig, hat das Landgericht sodann die Klage abgewiesen und entsprechend der Widerklage die Klägerin zur Zahlung von 96.900,-- DM nebst Zinsen seit dem 1. November 1992 sowie zur Herausgabe der Originalakten verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die hiergegen von der Klägerin eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit ihrer Revision beantragt die Klägerin,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Widerklage die Beklagte zu verurteilen, an sie, die Klägerin, 25.427,37 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 31. Oktober 1992 zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe bestimmter ihr übergebener Originalakten,

hilfsweise, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die gegnerische Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Oberlandesgericht beurteilt den zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertrag als Werkvertrag. Ein Rechtsfehler liegt hierin nicht. Es entspricht der Recht-

sprechung des Bundesgerichtshofes, daß ein auf die Erstellung eines Gutachtens gerichteter Vertrag als Werkvertrag anzusehen und zu behandeln ist (BGHZ 127, 378, 384).

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, das von der Klägerin vorgelegte Stellenbewertungsgutachten sei auch in seiner Endfassung für die von beiden Vertragsparteien vorausgesetzten Zwecke insgesamt wertlos und unbrauchbar, weshalb der Beklagten ein Recht zur Wandelung zustehe. Es ist dabei davon ausgegangen, daß bezüglich der Stellen Ka. , Kl. , S. , G. , Sc. , W. , D. , H. , Sch. und Gö. dem vom Landgericht eingeholten Gutachten der Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg (im folgenden GPA) den handwerklichen Bereich der Gutachtenserstellung betreffende Beanstandungen zu entnehmen seien und daß die Klägerin gegen diese Beanstandungen als solche nichts eingewendet habe. Streitig ist insoweit allein, ob diese Beanstandungen einen von der Klägerin zu vertretenden Mangel des geschuldeten Stellenbewertungsgutachtens im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB darstellen oder der Klägerin nicht angelastet werden können.

3. Das Berufungsgericht hat insoweit einen Mangel des Stellenbewertungsgutachtens angenommen, weil die Klägerin vertragsgemäß die vollständigen, zur Bewertung erforderlichen Daten zu ermitteln gehabt habe. Ob dies richtig ist, hängt vom Inhalt der von der Klägerin geschuldeten Leistung ab. Er ist im Wege der tatrichterlichen Auslegung der übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien festzustellen, deren revisionsrechtliche Kontrolle sich darauf beschränkt, ob der Tatrichter gesetzliche oder allgemein an-

erkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat oder ob seine Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, indem er etwa unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer acht gelassen hat (st. Rspr., etwa BGH, Urt. v.

11.03.1996 - II ZR 26/95, NJW-RR 1996, 932; Sen.Urt. v.

25.02.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968).

4. Das Berufungsgericht hat dem Angebot der Klägerin entnommen, die Ermittlung der vollständigen, zur Stellenbewertung erforderlichen Daten sei versprochen worden. Die Klägerin habe zugesagt, die allgemeinen stellenrelevanten Daten, die Stellenbeschreibungen mit den tätigkeitsbezogenen prozentualen Anteilen, eine tabellarische numerische Bewertungsdarstellung sowie eine verbale Begründung der Eingruppierung zu erbringen. Das erfordere die Ermittlung der vollständigen Daten, so daß die fehlende Ermittlung der Bewertungsgrundlagen eine Pflichtverletzung und das daraus resultierende fehlerhafte Ergebnis der Stellenbewertung einen Mangel des Gutachtens der Klägerin darstelle.

Die Revision hält dagegen, zu den Aufgaben der Klägerin habe nicht die Erstellung von Stellenbeschreibungen gehört; vielmehr seien ordnungsgemäße Stellenbeschreibungen von der Beklagten zur Verfügung zu stellen gewesen. Die Revision setzt damit lediglich ihre eigene Bewertung des Angebots der Klägerin an die Stelle der Auslegung durch das Berufungsgericht. Rechtsfehler, wie sie nach ständiger Rechtsprechung im Revisionsrechtszug beachtlich sind, zeigt sie dagegen nicht auf. Die Auslegung durch das Berufungsgericht ist zumindest vertretbar. Aus der Rubrik "Vorgehens-

weise" des mit Schreiben vom 9. April 1992 übermittelten Angebots der Klägerin ergibt sich, daß die von der Beklagten zur Verfügung zu stellenden Stellenbeschreibungen nur ein Teil der Daten sein sollten, welche die Klägerin sammeln und als Grundlage für die Personalstellenbewertungen verwenden wollte. Da das Ergebnis eine Ist-Personalstellenbewertung sein sollte (vgl. unter 3.2 und 4. des Angebots), konnte dies dahin verstanden werden, daß die Klägerin aus dem anderen ermittelbaren Datenbestand gegebenenfalls auch für eine notwendige Ergänzung der ihr als Unterlagen überlassenen Stellenbeschreibungen sorgen wolle.

5. Das Berufungsgericht folgert aus dem von ihm festgestellten Mangel ohne weiteres ein Recht der Beklagten zur Wandelung des abgeschlossenen Werkvertrages. Wie bereits erörtert, hat dies seinen Grund allein in handwerklichen Fehlern bei insgesamt zehn Stellen, die hauptsächlich wegen unzureichender Ermittlungen zustande gekommen sind. Denn Feststellungen zu anderen Stellenbewertungen enthält das angefochtene Urteil nicht. Die zehn Fehler hat das Berufungsgericht als ausreichend für eine Wandelung gehalten, weil die Beklagte mit dem Gutachtensauftrag einen fremden, außerhalb der Tätigkeitsbehörde stehenden Sachverständigen "gekauft" habe, der keine bzw. kaum Angriffsmöglichkeiten seitens der Bediensteten der Beklagten biete. Das geschuldete Stellenbewertungsgutachten sei deshalb nur akzeptabel, wenn es allenfalls geringfügige, nachbesserbare und in ihrer Entstehung nachvollziehbare Fehler enthalte. Anderenfalls bleibe auch an den mangelfrei bewerteten Stellen die Unsicherheit haften, auch sie könnten - wenn auch bislang unentdeckt - fehlerbehaftet sein.

Die Revision bekämpft dies mit dem Hinweis, daß es sich bei den vom Berufungsgericht festgestellten "Mängeln" samt und sonders nicht um sachliche Fehler, sondern um erkennbare, ohne weiteres ergänzbare Unvollständigkeiten handle. Der Senat versteht das dahin, das Oberlandesgericht habe nicht hinreichend bedacht, daß die von ihm festgestellten Fehler insgesamt gesehen nur geringfügig seien. Diese Rüge der Revision hat im Ergebnis Erfolg.

Gemäß § 634 Abs. 3 BGB ist die Wandelung eines Werkvertrages ausgeschlossen, wenn der festgestellte Mangel den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nur unerheblich mindert. Das Gesetz geht also davon aus, daß ein geringfügiger Fehler nicht zur Rückgängigmachung des Werkvertrages führen soll. Es ist nicht festgestellt, daß die Parteien des hier zu beurteilenden Gutachtensvertrages etwas anderes vereinbart hätten. Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Mangel des Stellenbewertungsgutachtens nur darin liegen kann, daß bei weniger als 5 % der bewerteten Stellen hinsichtlich der Ermittlung von Umständen Fehler vorgekommen sind, die sich bei den Stellen Ka. und H. - wie das schriftliche GPA-Gutachten ergibt - noch nicht einmal im Ergebnis ausgewirkt haben, so daß nur etwas mehr als 3 % der Einzelergebnisse als fehlerhaft bewertet werden können, hätte deshalb auch im vorliegenden Fall die Möglichkeit eines Ausschlusses des vom Berufungsgericht angenommenen Wandelungsrechts geprüft werden müssen. Diese Prüfung setzt eine Befassung mit den einzelnen Beanstandungen voraus, damit eine sachgerechte Bewertung im Hinblick

darauf möglich ist, ob und inwieweit sie zu einer Wert- oder Tauglichkeitsminderung führen oder beitragen.

An dieser Auseinandersetzung fehlt es. Das Berufungsgericht verweist nur allgemein auf die Sensibilität von Bediensteten, mit der sie an Stellenbewertungen üblicherweise herangingen. Warum beispielsweise die Angabe einer Summe von Zeitanteilen, die geringfügig den Wert 100 % unterschreitet, wie sie bei den Stellen D. , H. , Sch. vorgekommen ist, geeignet gewesen sein soll, die erforderliche Akzeptanz und das Vertrauen in die Richtigkeit von Entscheidungen der Beklagten zu gefährden, die auf dem Gutachten der Klägerin beruhen, läßt sich allein damit nicht begründen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß Unvollständigkeiten dieser Art als bei umfangreichen Arbeiten erfahrungsgemäß immer wieder vorkommende Ungenauigkeiten sowohl von den jeweils betroffenen als auch von anderen überprüften Personen hingenommen werden. Zu Recht macht die Klägerin in diesem Zusammenhang auch geltend, das Berufungsgericht habe ihre Behauptung nicht berücksichtigt, daß die Mitarbeitergespräche zu den Stellenbeschreibungen auf erhebliche Schwierigkeiten bis hin zur Verweigerung der Mitwirkung gestoßen seien. Solche Umstände, von denen mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts bei der revisionsrechtlichen Überprüfung des angefochtenen Urteils auszugehen ist, können den Mitarbeitern offenbart werden und sind geeignet, Vorbehalte gegen das Gutachten erst gar nicht entstehen zu lassen oder jedenfalls zu mindern, die aus Unzulänglichkeiten der Bewertung von Stellen von Mitarbeitern herrühren können, die ihre Mitarbeit verweigert haben. Die vom Berufungsgericht getroffenen Fest-

stellungen rechtfertigen nach allem nicht die Annahme, das von der Klägerin als Werk hergestellte Stellenbewertungsgutachten sei in einer Weise mangelbehaftet, daß eine Wandelung nicht ausgeschlossen sei. Diese Annahme verlangt vielmehr nach der Feststellung weiterer Tatsachen.

6. Das Berufungsgericht wird deshalb im einzelnen zu prüfen und festzustellen haben, welche Stellenbewertung des Gutachtens der Klägerin in welcher Weise zu beanstanden ist, um auf dieser Grundlage zu einer sachgerechten Bewertung der Fehlerhaftigkeit des Gutachtens zu kommen.

7. Das Berufungsgericht wird dabei sowohl das schriftliche Gutachten der GPA als auch die Bekundungen des in mündlicher Verhandlung gehörten Oberverwaltungsrats W.

K. heranziehen können. Dies wird entgegen der Meinung der Revision nicht dadurch ausgeschlossen, daß die GPA die Beklagte schon früher (etwa 1989) in Fragen der Organisation beraten, daß die Beklagte sich im Frühjahr 1992 wegen des Stellenbewertungsgutachtens zunächst unmittelbar an die GPA gewandt, diese aber wegen Auslastung die Übernahme des Auftrages abgelehnt hatte, und daß die GPA im Anschluß an die Begutachtung durch die Klägerin 84 von einer Bewertungskommission der Beklagten erarbeitete Ergebnisse nochmals überprüft hatte, wie die GPA dem Landgericht mit Schreiben vom 23. Juli 1993 mitgeteilt hatte. Denn der Tatrichter hat gemäß § 286 ZPO nach freier Überzeugung zu entscheiden, weshalb er alle Erkenntnismöglichkeiten nutzen kann, die ordnungsgemäß in das Verfahren eingeführt sind, so daß die Parteien Gelegenheit hatten, hierzu Stellung zu nehmen.

a) Ohne Erfolg rügt die Revision insoweit die Beauftragung der GPA als verfahrensfehlerhaft. Die Revision anerkennt zwar, daß im Zivilprozeß öffentliche Behörden ausnahmsweise zum Sachverständigen bestellt werden könnten, dann nämlich, wenn diese Möglichkeit gesetzlich geregelt sei. Sie meint aber, zu den gesetzlichen Aufgaben der GPA gehöre die Erstattung von Gutachten nicht. Dem kann nicht beigetreten werden.

Gemäß § 2 Abs. 2 GPAG vom 14. Juli 1983 (GBl. f. BW 1983, 394) hat die GPA unter anderem die Aufgabe, Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts in Fragen der Organisation und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung auf Antrag zu beraten. Sonstige im öffentlichen Interesse tätige juristische Personen kann sie in diesen Fragen auf Antrag beraten.

Ein Sachverständiger ist Berater des Tatrichters (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1993 - VI ZR 155/92, NJW 1994, 801, 802). Mithin gehört es auch zu den gesetzlichen Möglichkeiten der GPA, auf Antrag eines Zivilgerichts als Sachverständiger zur Verfügung zu stehen, weil das Zivilgericht Teil einer im öffentlichen Interesse tätigen juristischen Person (Land, Bundesrepublik Deutschland) ist.

Aufgrund ihres gesetzlichen Auftrages ist die GPA überdies als Fachbehörde in Fragen der Organisation und Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung anzusehen. Es begegnet deshalb auch keinen Bedenken, daß das Landgericht sie und nicht eine natürliche Person, etwa den später

in mündlicher Verhandlung vernommenen Beamten, mit der Erstellung des schriftlichen Gutachtens betraut hat. Der in § 404 Abs. 2 ZPO enthaltene Rechtsgedanke erlaubte die Beauftragung der Fachbehörde (vgl. BGHZ 62, 93, 94).

b) Was Oberverwaltungsrat K. in mündlicher Verhandlung vor dem Landgericht bekundet hat, ist ebenfalls grundsätzlich geeignet, als Äußerung eines gerichtlichen Sachverständigen verwertet zu werden. Denn das Landgericht hat diesen Beamten der GPA ausweislich des Terminsprotokolls als Sachverständigen gehört. Obwohl Herr K. im Beweisbeschuß nicht zum Sachverständigen ernannt worden war, war dies ohne weiteres möglich, weil § 360 ZPO eine Änderung eines Beweisbeschlusses einschließlich der Hinzuziehung von weiteren Sachverständigen erlaubt.

c) Entgegen der Meinung der Revision, die geltend macht, § 410 ZPO habe die Vereidigung von Oberverwaltungsrat K. erfordert, steht der Heranziehung der Ausführungen dieses Sachverständigen zur Wahrheitsfindung auch nicht entgegen, daß sie unbeeidet geblieben sind.

§ 410 Abs. 1 ZPO regelt nur, wie bei einem solchen Sachverständigen die Beeidigung vorzunehmen ist. Ob die Notwendigkeit einer Beeidigung besteht, beurteilt sich in Anbetracht der Vorschrift des § 402 ZPO auch bei dem Sachverständigen nach § 391 ZPO (RG, Urt. v. 10.01.1939 - VII 46/38, HRR 1939 Nr. 385; MünchKomm./Damrau, ZPO, § 410 Rdn. 1, § 402 Rdn. 5; Alternativkomm. ZPO/Rüßmann, § 410 ZPO Rdn. 1; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., Anm. A zu § 410 ZPO m.w.N.). Danach ist ein Sachverständiger zu beeiden,

wenn das Gericht dies mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für geboten erachtet und die Parteien auf die Beeidigung nicht verzichten. Die Beeidigung eines Sachverständigen steht damit im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Daß das Landgericht das ihm eingeräumte Ermessen mißbräuchlich ausgeübt und dadurch verfahrensfehlerhaft gehandelt habe, rügt die Revision der Klägerin nicht.

d) Sollte das Berufungsgericht sich bei seiner erneuten Bewertung des Stellenbewertungsgutachtens der Klägerin auf die vorhandenen gutachterlichen Äußerungen stützen wollen, wird allerdings mindestens eine ergänzende Anhörung des Oberverwaltungsrats K. als Sachverständiger vonnöten sein, um die Berechtigung der umfangreichen Einwendungen gegen das schriftliche Gutachten der GPA zu klären, welche die Klägerin sowohl in erster Instanz als auch mit der Berufung erhoben hat und die das Berufungsgericht bislang teilweise entweder überhaupt nicht berücksichtigt oder als richtig unterstellt hat.

e) Da Beweismwürdigung bedeutet, unter Berücksichtigung des gesamten Streitstoffs gewissenhaft zu prüfen und abzuwägen, was für und gegen die Wahrheit einer entscheidungserheblichen Behauptung spricht, wird das Berufungsgericht dann auch die eingangs erwähnten, die GPA betreffenden Umstände nicht unberücksichtigt lassen können. Insbesondere daß die GPA im Anschluß an die Begutachtung durch die Klägerin verschiedene von einer Bewertungskommission der Beklagten erarbeitete Ergebnisse nochmals überprüft hat, kann

für die Frage der Unvoreingenommenheit der GPA und ihres Bediensteten Oberwaltungsrat K. von Bedeutung sein.

8. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, daß die Wandelung nicht ausgeschlossen ist, weil das Stellenbewertungsgutachten einen Mangel aufweist, von dem nicht festgestellt werden kann, daß er den Wert oder die Tauglichkeit des Werks nur unerheblich mindere, so werden die Klage keinen Erfolg haben können und der Beklagten die mit der Widerklage geltend gemachte Hauptsumme zuzusprechen sein. Die Wandelung ist dann nämlich berechtigt (§ 634 Abs. 1 u. 2 BGB), obwohl ihr eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht vorausgegangen ist. Die Revision rügt zwar die vom Berufungsgericht für richtig gehaltene Anwendung des § 634 Abs. 2 BGB, weil die Klägerin gewisse Fehler zugestanden habe und bei sachdienlicher Mitwirkung der Bediensteten der Beklagten die Vervollständigung ihres Gutachtens vorgenommen haben würde. Eine strikte Verweigerung der Klägerin liege nicht vor. Diese Rüge hat in der Hauptsache jedoch keinen Erfolg.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Weigerung im Sinne des § 634 Abs. 2 BGB vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen werkvertraglichen Pflichten nicht nachkommen, und es deshalb ausgeschlossen erscheint, daß er sich von einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung umstimmen ließe (Sen.Urt. v. 28.03.1995 - X ZR 71/93, NJW-RR 1995, 939, 940 m.w.N.).

Diese strengen Anforderungen an eine Ausnahme von der in § 634 Abs. 1 Satz 1 getroffenen Regel waren zunächst

nicht erfüllt. Die Klägerin war nämlich bereit, die Begutachtung gegebenenfalls zu überarbeiten, wie der Umstand zeigt, daß sie auf die ihr am 27. August 1992 zugegangene kritische Stellungnahme der Beklagten vom 18. August 1992 am 14./16. September 1992 eine neue Gutachtensfassung vorlegte. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich und im angefochtenen Urteil auch nicht dargelegt, wieso die Beklagte Anlaß zu der Auffassung gehabt haben könnte, die Klägerin werde auf ihre Mängelliste vom 28. September 1992 hin sich anders verhalten und eine weitere Nachbearbeitung des Stellenbewertungsgutachtens ablehnen. Mit der Übermittlung der Mängelliste hätte deshalb der Klägerin eine angemessene Frist zur Nachbesserung bestimmt werden können mit dem Hinweis, daß die Beklagte nach deren Ablauf die Beseitigung der aufgezeigten Mängel ablehne.

Die Situation änderte sich erst, als die Klägerin mit ihrer Klage unter Leugnen des Vorhandenseins eines Mangels ihres Stellenbewertungsgutachtens den vollen Restlohn beanspruchte. Dieses Leugnen eines Fehlers zieht die Klägerin mit der Revision zu Unrecht in Zweifel. Ihre Zugeständnisse betrafen nur Probleme der Ermittlung von Daten; das Vorhandensein eines Mangels ihres Gutachtens wurde hieraus jedoch nicht abgeleitet; ein Mangel wurde und wird verneint, weil für die entstandenen Ungenauigkeiten die Beklagte verantwortlich sei. Das Beschreiten des Klageweges durch die Klägerin konnte unter diesen Umständen nur als nachhaltiges Bestreiten eines Mangels im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB und als Ablehnung einer Nachbesserung verstanden werden, weshalb der Beklagten seit Zugang der Klageschrift eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht mehr zuzumuten war.

Ihr Fehlen steht damit weder der Abweisung der Klage noch der Zuerkennung der mittels Widerklage geforderten Hauptsumme entgegen.

9. Etwas anderes gilt allerdings hinsichtlich der im Wege der Widerklage geltend gemachten Zinsforderung, soweit sie die Zeit vom 1. November 1992 bis 13. Januar 1993 (Klagezustellung 14. Januar 1993) betrifft. In dieser Zeit waren die gesetzlichen Voraussetzungen eines Wandelungsrechts nicht erfüllt, weshalb dieser Anspruch abzuweisen sein wird.

10. Sollte das Berufungsgericht auf Rückabwicklung des Werkvertrages wegen Mangelhaftigkeit der Werkleistung erkennen, wird bei der Verurteilung der Klägerin entgegen der Meinung der Revision auch nicht § 346 Satz 2 BGB zu berücksichtigen sein, wonach im Falle des Rücktritts für geleistete Dienste der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten ist.

§ 346 Satz 2 BGB trägt dem Umstand Rechnung, daß dann, wenn die Hauptleistungspflicht in der Erbringung von Diensten (oder der Überlassung der Benutzung einer Sache) besteht, dem Gläubiger eine Rückgewähr, die § 346 Satz 1 BGB anordnet, angesichts der Natur der Schuld von vornherein nicht möglich ist. Bei der Wandelung eines Werkvertrages ist eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift deshalb nur in Erwägung zu ziehen, wenn der Vertrag eine Werkleistung zum Gegenstand hat, die ebenfalls ihrer Natur nach nicht zurückgewährt werden kann (vgl. RGRK/Ballhaus, BGB,

12. Aufl., Rdn. 21 zu § 346 BGB; MünchKomm./Janßen, BGB, 3. Aufl., Rdn. 21 zu § 346 BGB). Ein solcher Sachverhalt ist hier nicht zu beurteilen. Das von der Klägerin geschuldete Werk bestand in einem schriftlichen Gutachten und damit in einer durch ein Schriftstück verkörperten Bewertung. Ein solcher körperlicher Gegenstand kann zurückgegeben werden. Tatsächlich ist die Klägerin auch im Besitz der endgültigen Fassung ihres Gutachtens, die sie selbst als das maßgebliche Werk ansieht. Eine Anwendung des § 346 Satz 2 BGB scheidet damit aus.

11. Sollte das Berufungsgericht bei seiner erneuten Befassung mit der Sache dagegen zu dem Ergebnis gelangen, das Stellenbewertungsgutachten der Klägerin sei fehlerfrei bzw. der feststellbare Mangel mindere dessen Wert oder Tauglichkeit nur unerheblich (§ 634 Abs. 3 BGB), wird das Berufungsgericht auf der anderen Seite unter Würdigung des insoweit auch von der Revision geltend gemachten Vorbringens die Höhe der Vergütungsforderung der Klägerin zu prüfen und dabei insbesondere den geschlossenen Vertrag dahin auszulegen haben, welche tatsächlich erbrachten Leistungen durch die vereinbarte Vergütung abgegolten sind und für welche zusätzlichen Leistungen die übliche Vergütung beansprucht werden kann.

12. Da das jeweilige Obsiegen und Unterliegen der Parteien derzeit nicht feststeht, ist dem Berufungsgericht auch die den Revisionsrechtszug betreffende Kostenentscheidung zu übertragen.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Broß

Scharen