

BUNDESGERICHTSHOF

34

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 54/89

URTEIL

Verkündet am:
6. November 1990
Meyer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der S [REDACTED] AG, gesetzlich vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder Bernd K [REDACTED] und Klaus F [REDACTED],
I [REDACTED]straße [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Otto R [REDACTED] I [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer Dipl.-Ing. Gerd R [REDACTED], W [REDACTED]-
straße [REDACTED], O [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1990 durch die Richter Brodeßer, Rogge, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Jestaedt und Dr. Broß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 24. Februar 1989 verkündete Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils verurteilt und ihre Widerklage abgewiesen worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Mangelhaftigkeit einer für die Verpackung von Marzipan umgerüsteten gebrauchten SIG-Butterausform- und Verpackungsmaschine und über ein daraus sich ergebendes Wandelungsrecht der Beklagten.

Die Beklagte benötigte im Jahre 1986 für die zu ihrem Konzern gehörende Firma S [REDACTED] in H [REDACTED] kurzfristig

- 3 -

eine Verpackungsmaschine, mit der ein Großauftrag über die Lieferung von ca. 200 t Rohmarzipan in 200 g-Packungen abgewickelt werden konnte.

Durch schriftlichen Vertrag vom 6./9. Juni 1986 mit ergänzendem Fernschreiben verpflichtete sich die Klägerin, eine gebrauchte Butterausform- und Verpackungsmaschine für das Verpacken von Marzipanpäckchen zu 200 g umzubauen und zum Preise von 73.000,-- DM zuzüglich MWSt an die Beklagte zu liefern. Im einzelnen ist in dem Vertrag u.a. bestimmt: (Bei Nr. 1) "Der Drehteller ist mit Tioxal beschichtet, der Kolben ist aus Teflon, und der Einfülltroch und die beiden Förderschnecken sind mit Tioxal beschichtet. Die Maschine muß zum Abpacken von Marzipan geeignet sein." (Bei Nr. 3:) "Der Auftragnehmer garantiert eine effektive Leistung von 60 Packungen Marzipan/Minute." Nach Nr. 5/6 des Vertrages sollte die Maschine Mitte Juli 1986 bei der auf seiten der Klägerin eingeschalteten Firma G. im Beisein eines Vertreters der Beklagten eingefahren und anschließend an die Beklagte auf deren Kosten verladen werden. Die Zahlung sollte nach Nr. 7 des Vertrages zu 50 % bei Versand der Maschine erfolgen und zu weiteren 50 % "nach Abnahme der Maschine beim Auftraggeber und nach Erreichen der vom Auftragnehmer garantierten Leistung".

Am 3. Juli 1986 wurde bei der Firma G. in Gegenwart des für die Beklagte mitwirkenden Zeugen A. von der Firma S. ein Probelauf durchgeführt. Dabei lief die Maschine 30 Minuten lang mit einer Taktzahl von 60 Packungen/Minute. In dem hierzu erstellten und beiderseits unter-



schriebenen Protokoll wurde jedoch ausdrücklich festgehalten, Herr A. [REDACTED] befürchte, "daß bei dem Produkt im Drehtisch und Kolben Verhärtungen von Zucker auftreten, die besonders nach Maschinenstillstand zu mehrmaligem Reinigen der Maschine führen könnten oder zu Störungen". Als konkrete Mängel wurden im Protokoll angegeben, daß bei der Dichtplatte am Drehtisch ein dünner Film von Marzipan austrat, daß am Schneidedraht geringfügig Marzipan hängenblieb und daß durch den hohen Zuckergehalt von Marzipan eventuell Störungen an den Kolben auftreten könnten. Gleichwohl wurde die Maschine zum Versand nach H. [REDACTED] freigegeben und die Beklagte hat die erste Hälfte des vereinbarten Preises gezahlt.

In H. [REDACTED] wurde die Maschine von dem auf seiten der Klägerin eingeschalteten Monteur Z. [REDACTED] aufgebaut und in Betrieb genommen. Trotz verschiedener Verbesserungen ergab sich jedoch, daß die Maschine jeweils spätestens nach 60 bis 90 Minuten (nach Darstellung der Beklagten noch häufiger) vorübergehend abgestellt werden und die sich am Kolben absetzende Marzipanmasse entfernt werden mußte; andernfalls hätte die Gefahr einer Schädigung von Maschinenteilen bestanden.

Die Beklagte hat zwar mit der gelieferten Maschine den bei der Firma S. [REDACTED] anstehenden Großauftrag abwickeln lassen, andererseits jedoch wegen der erforderlichen häufigen Betriebsunterbrechungen die Zahlung des Restpreises verweigert. Sie hat mit Schreiben vom 15. August 1986 förmliche Mängelrüge erhoben, mit Schreiben vom 4. September 1986 die

Abnahme verweigert, mit Schreiben vom 9. Oktober 1986 unter Ablehnungsandrohung eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt und schließlich mit Schreiben vom 5. November 1986 die Wandelung erklärt.

Die Klägerin hat den Standpunkt vertreten, die Maschine entspreche den wesentlichen Anforderungen, da sie mit einer Taktzahl von 60 Päckchen/Minute arbeiten könne; auf die für Reinigungszwecke erforderlichen Betriebsunterbrechungen komme es nicht an. Sie verlangt mit der Klage die Restzahlung in der vereinbarten Höhe nebst Zinsen.

Die Beklagte vertritt den Standpunkt, die vereinbarte Taktzahl müsse nicht nur überhaupt, sondern auch dauerhaft zumindest für die Dauer einer Arbeitschicht erreicht werden. Sie hat Klageabweisung beantragt und ihrerseits Widerklage auf Rückgewähr der bereits geleisteten Zahlung zuzüglich Zinsen erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Klägerin im wesentlichen nach dem Antrag der Widerklage zur Rückzahlung verurteilt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht durch Urteil vom 24. Februar 1989 unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zur Zahlung von 41.610,-- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 27. August 1986 verurteilt, die Widerklage sowie die weitergehende Klage (wegen der Zinsforderung) abgewiesen und der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der diese die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt. Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils im angefochtenen Umfang.

I.

1. Nach den zutreffenden einleitenden Ausführungen des Berufungsurteils ist der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag als Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 Abs. 1 Satz 2, Halbs. 2 BGB zu beurteilen, der weitgehend den Bestimmungen des Werkvertragsrechts unterliegt. Hiervon ausgehend wäre die mit der Klage geltend gemachte Forderung auf Zahlung der restlichen Vertragssumme unbegründet und die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung auf Rückerstattung des bereits gezahlten Entgelts - gegebenenfalls nach Abzug eines Nutzungsentgelts gemäß §§ 346, 467, 634 Abs. 4 BGB - zumindest dem Grunde nach gerechtfertigt, wenn die Beklagte die von ihr erklärte Wandelung verlangen konnte, weil die Verpackungsmaschine nicht die zugesicherte Leistung erbrachte (§§ 633, 634 BGB i.V.m. mit §§ 467, 346 ff. BGB).

Ob mit der gelieferten Maschine die zugesicherte Leistung erreicht werden konnte, ist für die Entscheidung des Rechtsstreits von ausschlaggebender Bedeutung, zwischen den Parteien jedoch streitig und vom Berufungsgericht nicht abschließend geklärt.

Aus den tatrichterlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils ergibt sich immerhin, daß eine Leistung von

60 Stück/Minute nicht ohne Unterbrechung etwa für die Dauer einer Arbeitsschicht erreicht werden konnte, und daß sich bei Umrechnung von Arbeits- und (für Reinigungszwecke erforderlichen) Stillstandszeiten nur eine durchschnittliche Verpackungsleistung von höchstens 45 Stück/Minute ergab. Das bleibt erheblich hinter der vertraglich garantierten Leistung zurück, wenn man die diesbezügliche Vertragsklausel so versteht, daß die "effektive Leistung von 60 Packungen Marzipan/Minute" ohne wesentliche Unterbrechungen oder doch zumindest als Durchschnittswert im Dauerbetrieb während einer ganzen Arbeitsschicht erreicht werden sollte. Das wird zwar so von der Beklagten behauptet und auch durch den Wortlaut des Vertrages nahegelegt, ist aber letztlich eine Frage tatrichterlicher Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der bei den Vertragsverhandlungen abgegebenen mündlichen Erklärungen der Parteien und der branchenüblichen Umstände. Eine abschließende Auslegung hat das Berufungsgericht insoweit bewußt unterlassen und lediglich unterstellt, daß die tatsächliche Maschinenleistung nicht der vertraglichen Garantie entsprach und der Beklagten deshalb an sich ein Wandelungsrecht zugestanden habe. Davon ist auch für die Revisionsinstanz auszugehen.

2. Entgegen der von der Klägerin in der Revisionsinstanz vertretenen Ansicht war eine Klärung der zugesicherten Leistungsstärke nicht schon deswegen entbehrlich, weil die Beklagte die Maschine im Sinne des § 640 Abs. 2 BGB vorbehaltlos abgenommen hätte. Ein diese Schlußfolgerung rechtfertigender Sachverhalt ist weder im angefochtenen Urteil festgestellt noch ohne weiteres aus dem unstreitigen Parteivortrag zu entnehmen.

3. Nach der im angefochtenen Urteil vertretenen und von der Revision im Ergebnis zu Recht angegriffenen Meinung des Berufungsgerichts soll die Beklagte ein etwaiges Wandelungsrecht jedenfalls verloren haben. Das Berufungsurteil führt insoweit aus, die Beklagte habe durch ihr Verhalten deutlich gemacht, daß es ihr nicht um die Wandelung wegen Nichterreichung der vereinbarten Leistung gehe. Nach dem in § 640 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgedanken, der eine Ausprägung des Verbots des "venire contra factum proprium" oder der grundsätzlich unwirksamen "protestatio facto contraria" sei, könne die Beklagte als Auftraggeberin nicht einerseits die Maschine umbauen lassen, mit ihr einen größeren Auftrag abwickeln und andererseits nach dessen Erledigung die Anlage zurückgeben wollen, ohne eine Vergütung für die Benutzung derselben anzubieten. Als Grundlage für seine zusammenfassende Würdigung führt das Berufungsgericht folgende Einzelumstände an:

a) Schon bei dem Probelauf in W [REDACTED] (bei der Firma G [REDACTED]) habe sich die von dem für die Beklagte beteiligten fachkundigen und erfahrenen Zeugen A [REDACTED] gehegte Befürchtung bestätigt, daß es zum Austritt von Zucker kommen müsse, was eine Produktionsunterbrechung und Reinigung der Anlage erforderlich mache. Es sei offensichtlich gewesen, daß die im Probelauf für 30 Minuten erreichte Taktzahl von 60 Päckchen/Minute nicht über eine ganze Schicht werde durchgehalten werden können.

b) Nach Montage der Maschine in H [REDACTED] habe die Beklagte den (auf der Seite der Klägerin eingesetzten) Monteur

Z [REDACTED] ohne Hinzuziehung der Klägerin veranlaßt, mit erheblichem Kostenaufwand weitere Umrüstungsarbeiten durchzuführen, die das Entstehen eines Zuckerfilms und ein Festbacken der beweglichen Teile der Maschine zumindest habe erheblich hinauszögern sollen. Damit habe sie bereits deutlich gemacht, daß sie jedenfalls von einem Wandelungsrecht keinen Gebrauch machen wolle.

c) Das Nachbesserungsverlangen der Beklagten im Schreiben vom 15. August 1986 sei nicht ernst gemeint gewesen, da den maßgeblichen Herren der Beklagten klar gewesen sei, daß eine ununterbrochene Arbeitsleistung von 60 Packungen/Minute für die Dauer einer ganzen Arbeitsschicht auch mit weiterer Umrüstung nicht erreichbar gewesen sei; dies sei dem Schriftwechsel und der Aussage des Zeugen A [REDACTED] zu entnehmen.

d) Die Beklagte habe die Maschine in Kenntnis der auftretenden Schwierigkeiten eingesetzt und damit den anstehenden Großauftrag vollständig abgewickelt und so eine von dem Zeugen Z [REDACTED] wiedergegebene Äußerung ihrer Herren bestätigt, wonach man mit der tatsächlich erreichten Maschinenleistung "leben könne".

e) Die Beklagte habe noch nicht einmal eine Vergütung für die Benutzung der Maschine angeboten. Entgegen den Geboten von Treu und Glauben habe die Beklagte auch nicht deutlich gemacht, daß sie die Maschine nur in Erfüllung der ihr obliegenden Schadensminderungspflicht vorübergehend habe benutzen und dann zurückgeben wollen, wobei sie sich zusätz-

lich noch auf das vereinbarte Recht zum Rücktritt gegen Abstandszahlung habe berufen können.

4. Dem Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt seiner Überlegungen darin zuzustimmen, daß es einer Partei nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben im Einzelfall verwehrt sein kann, von einem an sich gegebenen Wandelungsrecht Gebrauch zu machen. Die hierzu im vorliegenden Fall angestellten Überlegungen sind jedoch nicht frei von Rechtsfehlern und rechtfertigen die vom Berufungsgericht gezogene Rechtsfolge nicht.

a) Die Freigabe des Versands nach H[REDACTED] aufgrund eines Probelaufs in W[REDACTED] war weder für sich genommen noch in Verbindung mit den anderen vom Berufungsgericht genannten Umständen geeignet, die Klägerin in der Geltendmachung ihrer Mängelansprüche zu beschränken.

Wie das Berufungsurteil ausdrücklich feststellt, konnte die garantierte Leistung für die 30-minütige Dauer des Probelaufs aufrechterhalten werden. Ein Langzeittest wurde nicht vorgenommen. Für die langfristige Leistung konnte daher auch keine Sicherheit gewonnen werden. Die festgestellten bedenklichen Anzeichen und seine Befürchtungen hinsichtlich wiederholter Unterbrechungen im Dauerbetrieb hat der Zeuge A[REDACTED] ausdrücklich im Protokoll des Probelaufs festhalten lassen, wie auch im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegeben ist. Über die endgültige Leistungsfähigkeit konnte auf Grund des Probelaufs schon deshalb keine abschließende Erkenntnis gewonnen werden, weil weitere Verbesserungen möglich waren und auch durchgeführt

wurden. So weist das angefochtene Urteil in anderem Zusammenhang selbst darauf hin, daß der vertraglich vorgesehene Teflonkolben in W[REDACTED] noch nicht eingebaut war, sondern erst in H[REDACTED] montiert wurde, und daß man in H[REDACTED] eine weitere Verbesserung durch Einsatz einer Teflonbeschichtung im Drehtisch veranlaßt hat.

Wie die Revision mit Recht rügt findet es auch in der protokollierten Aussage des Zeugen A[REDACTED] keine hinreichende Stütze, wenn das Berufungsurteil feststellt, schon bei dem Probelauf in W[REDACTED] sei offensichtlich gewesen, daß eine Taktzahl von 60 Päckchen/Minute nicht über eine ganze Schicht werde durchgehalten werden können. Der Zeuge A[REDACTED] hat ausweislich des Vernehmungsprotokolls nur von entsprechenden Bedenken und Befürchtungen gesprochen, nicht aber von einer eindeutig geklärten Sachlage. Selbst wenn man aber von der genannten Feststellung des Berufungsgerichts ausgehen wollte, würde das noch nicht bedeuten, daß die Beklagte nach dem Ergebnis des Probelaufs nicht davon ausgehen durfte und davon ausgegangen ist, daß eine Leistung erreichbar sein könne, die vielleicht nicht ganz den ursprünglichen Erwartungen entsprach, aber doch wesentlich über dem lag, was letztlich erreicht wurde.

Aus dem Verhalten der Beklagten nach dem Probelauf kann daher nicht abgeleitet werden, die Beklagte habe gar keinen Wert mehr darauf gelegt, eine Maschine mit im wesentlichen vertragsgemäßer Leistung zu erhalten.

b) Der Beklagten kann es auch nicht zum Nachteil gereichen, daß sie nach der Aufstellung der Maschine in H[REDACTED] weitere mit erheblichem Kostenaufwand verbundene Arbeiten veranlaßte. Nach den Gesetzen der Logik kann aus solchem Verhalten nur geschlossen werden, daß die Beklagte zu diesem Zeitpunkt keine Wandelung verlangen wollte, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts jedoch nicht, daß sie auf ein Wandelungsrecht ungeachtet der weiteren Entwicklung verzichteten wollte. Die Beklagte hätte zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht ohne weiteres die Wandelung erklären können. Die Revision weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, daß eine Wandelung gemäß § 634 BGB grundsätzlich erst dann verlangt werden kann, wenn eine Nachbesserung nicht zu erreichen ist. Die Beklagte mußte sich daher zunächst um eine mögliche Nachbesserung bemühen. Diesem Ziel dienten ersichtlich die von der Beklagten veranlaßten zusätzlichen Arbeiten, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt.

Entgegen der offenbar vom Berufungsgericht vertretenen Meinung ist es insoweit auch nicht ohne weiteres zu beanstanden, daß die Beklagte ihre Anregungen und Wünsche zur Verbesserung der Leistungsfähigkeit der Maschine nicht der Klägerin sondern dem vor Ort arbeitenden Monteur Z[REDACTED] mitgeteilt hat. Das Berufungsgericht läßt insoweit - wie die Revision mit Recht rügt - außer Betracht, daß es gerade der Zeuge Z[REDACTED] war, der nach seiner eigenen Aussage maßgeblich mit der Ausführung der nach dem Vertrag der Klägerin obliegenden Umrüstungs- und Montagearbeiten betraut war. Die Beklagte durfte es mangels gegenteiliger Anhaltspunkte als ein internes Problem der Gegenseite ansehen und

es dem Zeugen Z[REDACTED] überlassen, wie weit dieser bei weiteren Arbeiten die Zustimmung der Klägerin einholen mußte.

Das Verhalten der Beklagten wäre allerdings dann bedenklich, wenn sie die Klägerin zu erheblichen zusätzlichen Aufwendungen veranlaßt und dabei sicher gewußt hätte, daß auch dies nicht zu einem von ihr zu akzeptierenden Leistungsergebnis führen werde; in dieser Hinsicht enthält das angefochtene Urteil jedoch keine Feststellungen, die über das hinausgehen, was bereits vorstehend zu a) erörtert wurde. Der bisherige Vortrag der Klägerin bietet dafür auch keine ausreichende Grundlage.

c) Die Feststellung des Berufungsurteils, das Schreiben vom 15. August 1986 sei kein ernst gemeintes Nachbesserungsverlangen gewesen, rügt die Revision mit Recht als verfahrensfehlerhaft. Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, auf welche "gewechselten Schreiben" es sich insoweit stützen will. Aus der protokollierten Aussage des Zeugen A[REDACTED] läßt sich entgegen der Darstellung des angefochtenen Urteils nicht entnehmen, daß eine Umrüstung zur Erzielung einer Verpackungsleistung von 60 Stück/Minute ohne Unterbrechung für die Dauer einer Schicht nach Ansicht der "maßgeblichen Herren auf der Beklagtenseite" unmöglich war. Der Zeuge hatte sogar, was die Revision zutreffend als übergangen rügt, ausdrücklich darauf hingewiesen, daß man erwogen habe, eine weitere Leistungssteigerung (Vermeidung von Stillstandszeiten) durch Einbau eines ganz neuen Drehtisches zu erreichen, davon aber aus Zeit- und Kostengründen Abstand genommen habe.

Auch wenn die Beklagte von der Unmöglichkeit der Nachbesserung überzeugt gewesen sein sollte, brauchte sie den Mangel nicht hinzunehmen und durfte den Weg einer Fristsetzung nach § 634 Abs. 1 BGB wählen, um sich den Nachweis der Unmöglichkeit einer Nachbesserung (§ 634 Abs. 2 BGB) zu ersparen.

d) Es kann ferner nicht als treuwidrig angesehen werden, daß die Beklagte die Wandelung erklärt hat, obwohl sie die beanstandete Maschine zunächst zur Ausführung eines größeren Auftrages benutzt hat. Die Benutzung einer Sache steht der späteren Ausübung des Wandelungsrechts nicht ohne weiteres entgegen, wie sich schon aus der gesetzlichen Regelung der §§ 346, 467, 634 Abs. 4 BGB ergibt. Zudem befand sich die Beklagte in einer Zwangslage, da sie den fristgebundenen Auftrag der Firma A. [REDACTED] ausführen mußte, wie auch im angefochtenen Urteil erwähnt wird. Wenn die Beklagte sich der in Streit stehenden Maschine bedient hat, um einen dringenden Auftrag recht und schlecht auszuführen, so rechtfertigte das aus der Sicht der Klägerin nicht den Schluß, daß die Beklagte die Maschine erkennbar auch weiterhin behalten und benutzen wolle. Entsprechendes gilt für die aus der Aussage des Zeugen Z. [REDACTED] entnommene und im Berufungsurteil wiedergegebene Bemerkung von Vertretern der Firma S. [REDACTED], mit der am 13. August 1986 erreichten Leistung der Maschine "könne man leben". Dabei hat das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen Z. [REDACTED] schon verkürzt und damit irreführend wiedergegeben. Ausweislich des Protokolls soll nur gesagt worden sein, "im Moment" könne man mit dem gegebenen Zustand leben. Zudem hat die Beklagte unmit-

telbar danach mit dem auch im Berufungsurteil erwähnten Schreiben vom 15. August 1986 ausdrücklich die unzureichende Leistung der Maschine gerügt und Nachbesserung verlangt. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, was die Klägerin zu der Annahme hätte veranlassen dürfen, die Beklagte werde eine erhebliche Abweichung von der ausdrücklich garantierten und damit als besonders wesentlich herausgestellten Leistungsfähigkeit hinnehmen und auf ihre gesetzlichen Rechte ganz oder teilweise verzichten. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die Klägerin im Vertrauen auf eine solche Haltung der Beklagten irgendwelche wesentlichen Dispositionen getroffen hätte.

e) Eine Verpflichtung zur Vergütung der durch Benutzung der Maschine erzielten Nutzungsvorteile ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetz (§§ 347, 987 BGB) und brauchte von der Beklagten nicht besonders angeboten zu werden.

Das Berufungsgericht zieht nicht in Zweifel, daß die Beklagte schon wegen des anstehenden fristgebundenen Großauftrags und zur Vermeidung weiterer Schäden (Verdienstausschlag und gegebenenfalls Schadenersatzpflicht gegenüber der Kundin des Großauftrags) genötigt war, die in Streit stehende Maschine trotz ihrer Mängel einzusetzen. Zu einem ausdrücklichen entsprechenden Hinweis an die Klägerin hätte die Beklagte nur dann Veranlassung gehabt, wenn der Klägerin die bestehende Zwangslage unbekannt gewesen wäre. Das ist jedoch vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden und nach dem Akteninhalt auch nicht anzunehmen. Da ein Wandlungsrecht grundsätzlich erst nach erfolgloser Fristsetzung

zur Mangelbeseitigung gegeben ist (§ 634 Abs. 1, 2 BGB), konnte von der Beklagten auch keine vorherige Ankündigung der Wandelung erwartet werden.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hatte die Beklagte schließlich auch keine Veranlassung, auf die vereinbarte Möglichkeit eines Rücktritts gegen Abstandszahlung hinzuweisen. Mit dieser Möglichkeit war der Beklagten nur ein zusätzliches Recht eingeräumt; ihre gesetzlichen Ansprüche bei mangelhafter Leistung blieben davon unberührt.

II.

Da das angefochtene Urteil mit der bisherigen Begründung keinen Bestand hat, und eine abschließende Sachentscheidung ohne tatrichterliche Klärung des behaupteten Mangels nicht möglich ist, ist die Sache im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 ZPO).

Brodeßer

Rogge

Maltzahn

Jestaedt

Broß