

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 633 Abs. 1

Die Erstellung eines Spezialaufbaus für Hobbyzwecke (Pferde-transport, Wohnwagen) auf einem LKW-Fahrgestell ist fehlerhaft, wenn im Rahmen des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs keine straßenverkehrsrechtlich zulässige angemessene Zuladungsmöglichkeit besteht. Das gilt auch dann, wenn dies auf Sonderwünsche des Bestellers zurückzuführen ist, der Besteller jedoch nicht deutlich auf die reduzierte Zuladungsmöglichkeit hingewiesen wird.

BGH, Urt. v. 2. Juli 1996 - X ZR 2/95 - OLG Saarbrücken
LG Saarbrücken

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 2/95

Verkündet am:
2. Juli 1996
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1996 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 23. November 1994 verkündete Urteil des 1. Zivilsenats des Saarländischen Oberlandesgerichts in Saarbrücken 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 betreibt ein Fachunternehmen für die Herstellung und den Vertrieb von Lkw-Aufbauten. Im Herbst 1991 verhandelten die Klägerin und die Beklagte über einen Pferdetransporter-Aufbau mit Wohnabteil, der auf ein von der Klägerin zu beschaffendes Fahrgestell der Marke I. , 7,49 t, aufmontiert werden sollte, das die Klägerin sowohl zum Pferdetransport als auch zur Beförderung von Messeständen einzusetzen gedachte. Mit Schreiben vom 25. Oktober 1991 bot die Beklagte der Klägerin einen Pferdetransporter-Aufbau "Typ Classic" aus Aluminium in Klemmbauweise an. Am 30. Oktober 1991 richtete die Klägerin mittels Fax die "dringende Frage zu verbleibender Nutzlast" an die Beklagte, wobei sie mitteilte, daß laut I. das Fahrzeug bei 7,49 t eine verbleibende Nutzlast für den Aufbau von 3,9 t habe, und fragte, ob der Aufbau wirklich 2,4 t wiege. Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 2. November 1991, daß das Eigengewicht des am 25. Oktober 1991 angebotenen Aufbaus 2.400 kg betrage, bei Ausbau von Wassertank (Befüllung), Vollverkleidung und Doppelflügeltür sich aber Mindergewichte von 100 kg, 180 kg bzw. 100 kg ergäben, so daß sich das neue Eigengewicht auf "ca. 2.000 kg" belaufe; eine weitere Reduzierung des Eigengewichts von je 150 kg sei durch das Herausnehmen von fünf Trennwänden bzw. der geteilten Heckrampe möglich.

Anfang 1992 führten die Parteien erneut Vertragsverhandlungen. Unter dem 11. Februar 1992 übersandte die Beklagte der Klägerin eine Auftragsbestätigung über einen Transporter-Aufbau Typ Classic "aus geschäumtem Material mit GfK-Au-

ßen- und Innenseite". Am 25. Mai 1992 bat die Klägerin die Beklagte außerdem um den Einbau der "Vollverkleidung". Im Juli und August 1992 verhandelten die Parteien ferner über den Innenausbau des Wohnabteils. Mit Schreiben vom 24. August 1992 bestätigte die Beklagte den Auftrag der Klägerin zum Ausbau der Wohnkabine.

Nachdem die Beklagte auf dem von der Klägerin erworbenen Fahrgestell den Aufbau hergestellt und montiert sowie im September 1992 an die Klägerin ausgeliefert hatte, ergab sich bei einer Verwiegung ein Eigengewicht des Aufbaus von 2.830 kg. Die Klägerin beanstandete daraufhin, daß wegen dieses Eigengewichts eine nur unzureichende Nutzlast verbleibe, erklärte, nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 21., 23. und 29. September 1992 ihren Beanstandungen entgegengetreten war, mit anwaltlichem Schreiben vom 29. September 1992 die Wandelung des Vertrages und forderte die Beklagte unter Fristsetzung vergeblich zur Rückzahlung der schon im September 1992 gezahlten Vergütung in Höhe von 111.425,88 DM auf.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte habe ihr die Einhaltung der Gewichtsangaben laut Schreiben vom 2. November 1991 vertraglich zugesichert, diese Zusicherung aber nicht eingehalten. Zudem sei das Werk der Beklagten mit Fehlern behaftet, weil das Fahrzeug für keinen der vorgesehenen Zwecke funktionsfähig sei. Der Beklagten sei schließlich eine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen, weil sie auf die im Verlaufe der Durchführung des Auftrages eingetretenen Gewichtssteigerungen habe hinweisen müssen. Die Beklagte ist dem mit der Behauptung entgegengetreten, weder fehle es an

einer zugesicherten Eigenschaft noch liege ein Mangel vor. Zu einer Erhöhung des Eigengewichts des Aufbaus sei es allein durch die Verwendung des GfK-Materials sowie durch die Zusatzwünsche der Klägerin gekommen. Zudem entspreche es in der Branche der Pferdetransporter-Herstellung nahezu der Üblichkeit und werde toleriert, daß die Fahrzeuggewichte selbst fast die Grenze des zulässigen Gesamtgewichts des Fahrzeuges erreichten. Hierüber sei der Inhaber der Klägerin bei den Vertragsverhandlungen informiert worden.

Das von der Klägerin angerufene Landgericht hat einen Sachverständigen hinzugezogen, der eine maximale Zuladung von 785 kg ermittelt und außerdem festgestellt hat, daß das Fahrzeug bei einer Leerfahrt ohne die Zusatzausrüstung für den Pferdetransport einen Beifahrer, der schwerer als 55 kg sei, nicht aufnehmen dürfe.

Das Landgericht hat die auf Rückzahlung der Vergütung (Zug um Zug gegen Demontage und Rückgabe des Transporteraufbaus) sowie auf Feststellung von Annahmeverzug und Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichtete Klage abgewiesen. Im Rahmen des Berufungsrechtszuges hat die Klägerin auch einen bereits am 13. September 1993 bei dem Landgericht eingegangenen und der Beklagten am 17. September 1993 zugestellten, dann jedoch erstinstanzlich nicht weiterverfolgten Hilfsantrag gestellt, mit welchem sie die Beseitigung von insgesamt 15 Mängeln an dem Fahrzeug begehrt. Gegenüber diesem hilfsweise erhobenen Anspruch hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

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

1. Das Berufungsgericht läßt dahinstehen, ob die Gewichtsangaben der Beklagten im Schreiben vom 2. November 1991 die Erklärung einer Zusicherung von Eigenschaften im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB beinhalten. Denn eine solche Zusicherung sei nicht Gegenstand des später gemäß Auftragsbestätigung vom 11. Februar 1992 zustande gekommenen Vertrages geworden, weil dieser eine qualitativ veränderte Ausgestaltung des bestellten Fahrzeugaufbaus zum Inhalt hat.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision greifen nicht durch. Das Berufungsurteil hebt zutreffend hervor, daß sich der tatsächlich vereinbarte Vertragsgegenstand von der ursprünglich angebotenen Ausführung insbesondere dadurch unterscheidet, daß der Aufbau nicht mehr aus Aluminium in Klemmbauweise, sondern aus 30 mm geschäumtem Material mit GfK-Außen- und -Innenseite erstellt werden sollte. Eine Fortgeltung der Zusicherung des Gewichts auch für das gegenständlich abgeänderte spätere Angebot ist nicht ohne weiteres naheliegend und kann nur in tatrichterlicher Auslegung der im Einzelfall abgegebenen Vertragserklärungen der Parteien beurteilt werden. Die insoweit vom Berufungsgericht vorgenommene tatrichterliche Beurteilung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Im Revisionsverfahren ist insoweit lediglich zu prüfen, ob der Tatrichter gegen gesetzlich oder allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze, die Denkgesetze

oder allgemein anerkannte Erfahrungssätze verstoßen hat oder verfahrensfehlerhaft vorgegangen ist, indem er etwa wesentliches Auslegungsmaterial unberücksichtigt gelassen hat (Sen.Urt. v. 25.02.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968). Ein solcher Rechtsfehler läßt sich jedoch nicht feststellen.

2. Mit Erfolg macht die Revision aber geltend, das von der Beklagten hergestellte Werk sei mit Fehlern im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB behaftet.

Das Berufungsgericht hat weder dem Umstand, daß das Fahrzeug nicht zum Transport von zumindest zwei Friesenpferden zu einem von der Klägerin ohne Widerspruch angesetzten Durchschnittsgewicht von je 500 kg geeignet ist, wenn das zulässige Gesamthöchstgewicht eingehalten werden soll, noch dem Umstand, daß nach dem Ergebnis des in erster Instanz eingeholten Sachverständigengutachtens, gegen das Einwände der Parteien nicht ersichtlich sind, bei leerem Laderaum eine Zuladung von höchstens 55 kg auf der Vorderachse möglich ist, als Werkmangel gewertet, der zur Wandelung berechtigt.

a) In dem letztgenannten Umstand hat das Berufungsgericht deswegen keinen Fehler gesehen, weil das Fahrzeug in der tatsächlich ausgeführten Form straßenverkehrsrechtlich zulässig nutzbar sei, und letztlich allein die Klägerin als Nutzerin des Fahrzeuges durch die im jeweiligen Einzelfall von ihr selbst vorgenommene Beladung bzw. durch Mitführung von auf die Hinterachse einwirkender Lasten über das Maß der zulässigen Zuladung auf der Vorderachse bestimme. Denn nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens trete bei der

Beladung der hinteren sowie der mittigen Ladefläche eine Entlastung der Vorderachse ein mit der Folge, daß auf der Vorderachse wesentlich höhere Zuladungen möglich seien.

Dieser Bewertung kann nicht beigetreten werden. Bei einem Fahrzeug der streitgegenständlichen Art ist vielmehr eine Achslastverteilung geradezu - wie sich die Revision ausdrückt - untragbar, die dazu führt, daß nicht einmal ein normalgewichtiger erwachsener Beifahrer nach den einschlägigen straßenverkehrsrechtlichen Bestimmungen in dem im übrigen leeren Kraftfahrzeug mitgenommen werden darf.

Die Frage, ob ein Werk mit Fehlern behaftet ist, bestimmt sich danach, ob der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist (§ 633 Abs. 1 BGB). Da das von der Beklagten mit dem Aufbau versehene Fahrzeug - worüber die Parteien auch nicht streiten - nicht nur als Pferdetransporter, sondern - wenn die zur Bildung von fünf Pferdeboxen benötigten herausnehmbaren Trennwände entfernt sind - ganz allgemein zum Transport von Lasten geeignet ist, gehören zum gewöhnlichen Gebrauch dieses Fahrzeuges auch Leerfahrten, wie sie zum Abholen von Gütern oder nach dem vollständigen Entladen von transportierten Gütern anfallen. Aus wirtschaftlichen Gründen (Kraftstoffverbrauch) ist es für solche Leerfahrten eine Selbstverständlichkeit, daß Gewichte auf der Ladefläche vermieden werden. Dagegen kann auch die Mitnahme eines Beifahrers nötig sein; denn das streitgegenständliche Fahrzeug erlaubt auch den Transport einzelner Güter, die so schwer sind, daß sie von dem Fahrer allein nicht oder nur mit Mühen zu laden oder zu entladen sind. Mithin

ist die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch nur gegeben, wenn die Achslastverteilung so beschaffen ist, daß ein normalgewichtiger Beifahrer ohne im Einzelfall vorzunehmende, die Vorderachse entlastende Belastung der Hinterachse mitgenommen werden kann und darf. Daß die Benutzung des Fahrzeuges mit zwei erwachsenen Personen ohne auf die Hinterachse einwirkende Last nicht zulässig ist, stellt mithin einen Fehler im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB dar.

b) Hinsichtlich des ersten von ihm verneinten Fehlers (Geeignetheit zum Transport von jedenfalls zwei Friesenpferden) hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Daß das von der Beklagten hergestellte Werk nach dem vertraglich vorausgesetzten Zweck zum gleichzeitigen Transport von jedenfalls zwei Friesenpferden habe geeignet sein sollen, habe die Klägerin zwar behauptet; derartiges ergebe sich aber weder aus der im Rechtsstreit vorgelegten Korrespondenz der Parteien, noch sei dargelegt, daß die Beklagte sonstwie im Zuge der Vertragsverhandlungen über Anzahl, Rasse und Gewicht zu transportierender Pferde informiert worden sei. Da der gleichzeitige Transport von fünf Pferden angesichts der objektiven Fahrzeugdaten völlig ausgeschlossen gewesen sei, habe die Beklagte durchaus einen anderen von ihrer Vertragspartnerin angestrebten Verwendungszweck, nämlich den der bloßen Verwahrung bzw. Unterbringung mehrerer Pferde beispielsweise während eines Turniers auf Privatgelände in Betracht ziehen dürfen. Selbst wenn man zugunsten der Klägerin die Gewichtsangaben im Schreiben vom 2. November 1991 zugrunde lege, seien auch die sich aufgrund der tatsächlichen Bestellung und als Folge der Zusatzwünsche der

Klägerin ergebenden Gewichte zu berücksichtigen. Unter Beachtung, daß die Klägerin bei ihren Gewichtsangaben die in der Auftragsbestätigung vom 24. August 1992 genannten Ausbauschränke nicht berücksichtigt habe, die schätzungsweise ein zusätzliches Gewicht von mindestens 70 kg ausmachten, ergebe sich ein Eigengewicht des Fahrzeugaufbaus von 2.695 kg, so daß unter Berücksichtigung eines durchschnittlichen Fahrergewichts von 75 kg von einer vertraglich geschuldeten Nutzlast von 960 kg auszugehen sei. Damit bestehe zu der tatsächlichen Nutzlast von 795 kg zwar eine Differenz von 165 kg. Diesem Unterschied komme aber hinsichtlich der hier allein zu prüfenden Eignung des klägerischen Fahrzeuges als Pferdetransporter keine relevante Gebrauchsbeeinträchtigung zu, weil nach den Angaben der Klägerin zum Gewicht der zu transportierenden Pferde die vertraglich geschuldete Nutzlast von vornherein nicht ausgereicht haben würde, um mindestens zwei Pferde zu befördern.

Mit der Revision wird insoweit die von dem Berufungsgericht angestellte Berechnung gerügt, unabhängig davon aber auch, daß sich bei einer geschuldeten Nutzlast von 960 kg wegen der beim Transport von nur zwei Pferden gegebenen Möglichkeit, drei nicht benötigte Trennwände zu je 30 kg herauszunehmen, eine Zuladung von 1.050 kg errechne, so daß bei fehlerfreier Ausführung der Bestellung nicht nur ein Pferd zu 500 kg, sondern zwei Pferde transportiert werden könnten.

Auch diesem Angriff der Revision kann im Ergebnis der Erfolg nicht versagt sein, wobei die Richtigkeit der Gewichts Berechnung durch das Berufungsgericht dahinstehen kann.

Die ausdrücklich auf straßenverkehrsrechtlich relevante Gewichte eingehende, sogar als dringend bezeichnete Anfrage der Klägerin vom 30. Oktober 1991 war bei verständiger Würdigung nur erklärlich, wenn es der Klägerin nicht nur um die bloße Verwahrung bzw. Unterbringung mehrerer Pferde außerhalb des Geltungsbereichs der straßenverkehrsrechtlichen Bestimmungen ging, die Klägerin vielmehr einen Aufbau zu erhalten wünschte, der ihr Zuladungsmöglichkeit gestattete, die den straßenverkehrsrechtlichen Bestimmungen entspricht. Da Äußerungen eines gegenteiligen Willens der Klägerin nicht ersichtlich oder dargetan sind, mußte die Beklagte davon ausgehen, daß die Klägerin diese Eignung auch im Februar 1992 voraussetzte, als es zu der Bestellung des Aufbaus kam. Angesichts des Umstandes, daß der Aufbau insgesamt fünf Pferdeboxen aufweisen sollte, durfte die Beklagte dann aber nicht annehmen, daß auch ein Aufbau mit einem Gewicht, das den Transport nur eines Pferdes zulässig macht, noch als vertragsgemäße Leistung gelten könne. Geschuldete Leistung des am 11. Februar 1992 zur Herstellung bestätigten Werks war vielmehr, den beigeestellten Fahrzeugrahmen mit einem Aufbau der genannten Ausstattung zu versehen, der den Transport mehrerer Pferde gestattet. Da die Klägerin in die Lage versetzt werden wollte und sollte, mehrere Pferde zu transportieren, konnte für die Beklagte zudem nicht zweifelhaft sein, daß das Gewicht eines ausgewachsenen Pferdes maßgeblich sein sollte, wie es gerade die Klägerin zu transportieren wünschte. Aus der zum ursprünglichen Angebot der Beklagten geführten Korrespondenz war lediglich zu entnehmen, daß sich die Klägerin mit einem aus einem Aufbaugewicht von 2.400 kg resultierenden Zuladungsgewicht begnügen wollte, was zugleich bedeutete, daß die Klägerin keinen Wert auf ei-

nen gleichzeitigen Transport von fünf ausgewachsenen Friesenpferden legte. Eine Zuladung von zwei Pferden dieser Rasse wäre aber möglich gewesen. Eine gegenteilige Feststellung hat auch das Berufungsgericht nicht getroffen. Nach der Berechnung des angefochtenen Urteils (BU 15) hätte vielmehr selbst unter Berücksichtigung der späteren Ausstattungswünsche der Klägerin noch eine zulässige Nutzlast von 960 kg verbleiben müssen, die sich entsprechend dem zutreffenden Hinweis der Revision auf über 1.000 kg hätte erhöhen lassen, weil beim Transport von lediglich zwei Pferden vorhandene Trennwände entbehrlich sind und hätten herausgenommen werden können. Die zulässige Nutzlast wäre auf diese Weise bei Beladung mit zwei ausgewachsenen Friesenpferden nicht (oder allenfalls ganz geringfügig) überschritten worden. Wegen der insoweit wesentlich geringeren tatsächlichen Zuladungsmöglichkeit ist das von der Beklagten hergestellte Werk auch mit einem Fehler behaftet, der die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt. Denn nach den auch von der Beklagten nicht in Zweifel gezogenen Ermittlungen des gerichtlichen Sachverständigen beträgt die tatsächliche Nutzlast deutlich unter 1.000 kg, so daß ausgeschlossen ist, mit dem Fahrzeug zwei ausgewachsene Friesenpferde eines Durchschnittsgewichts von je 500 kg zu befördern.

c) Mangels tatrichterlicher Feststellungen zu der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob die Beklagte bei den Vertragsgesprächen die Klägerin darauf hingewiesen hat, durch gewünschte Ausstattungen würden straßenverkehrsrechtlich relevante Gewichtsgrenzen überschritten, kann die Fehlerhaftigkeit des hergestellten Werks derzeit nicht deshalb verneint werden, weil die Parteien in Anbetracht der Ausfüh-

rung in GfK den Vertrag von vornherein mit anderer Ausstattung, als sie dem Schreiben vom 2. November 1991 zugrunde lag, abgeschlossen und auch noch nachträglich andere Ausstattungen vereinbart haben. Denn diese Tatsachen änderten nichts an den Bedürfnissen der Klägerin, welche diese zum geschäftlichen Kontakt zu der Beklagten veranlaßt haben. Wenn die von der Klägerin gewünschten Änderungen/Erweiterungen der Leistungspflicht eine fehlerfreie Herstellung des Vertragsgegenstandes nicht erlaubten, wäre es deshalb Sache der Beklagten gewesen, vor Abgabe der Auftragsbestätigung vom 11. Februar 1992 bzw. vor Übernahme weiterer Aufträge die Klägerin aufzuklären, daß das dann schließlich bestellte Werk für den vorgesehenen Zweck nicht tauglich sei und den Bedürfnissen der Klägerin nicht entsprechen werde. Eine solche Aufklärungspflicht, den Besteller auf das mit der Verwendung des hergestellten Werks verbundene Risiko hinzuweisen, ergab sich auch ohne ausdrückliche Abrede aus Treu und Glauben (Sen.Urt. v. 25.11.1986 - X ZR 38/85, S. 10/11), weil davon auszugehen ist, daß die Klägerin sich auf die Beklagte als fachkundiges Unternehmen verlassen hat. Dies ist anzunehmen, weil nichts dafür ersichtlich oder dargetan ist, daß die Klägerin selbst über die Sachkunde verfügte zu wissen, welche zusätzlichen Gewichte ihre Änderungs-/Erweiterungswünsche bedeuteten und daß sie möglicherweise den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch des Fahrzeuges gefährdeten (vgl. Sen.Urt. v. 14.01.1986 - X ZR 54/84, WM 1986, 461, 462), oder gar daß die Beklagte sichere Kenntnis davon hatte, die Klägerin habe die zu den Änderungen/Erweiterungen führenden Anweisungen erst aufgrund sorgfältiger Prüfung für die Tauglichkeit des Pferdetransporters erteilt (vgl. Münch-Komm./Soergel, BGB, 2. Aufl., § 633 Rdn. 67). Obwohl die

Klägerin selbst, wie ihre zu den Gerichtsakten gereichten Schreiben zeigen, maßgeblich an der Bestimmung der Ausführung des Fahrzeuges mitgewirkt hat, durfte die Beklagte deshalb die Vorgaben der Klägerin nicht unbesehen ausführen (Sen.Urt. v. 02.11.1995 - X ZR 81/93, S. 9, 10, 12-14) und durfte die Klägerin darauf vertrauen, das letztlich bestellte Werk ohne Tauglichkeitsbeschränkung zu erhalten, es sei denn, die Beklagte hätte in hinreichend deutlicher Form auf die Folgen der von der Klägerin gewünschten Ausstattung des Aufbaus hingewiesen. Das von der Beklagten insoweit Vorgebrachte wird deshalb - jedenfalls nach entsprechender Präzisierung durch die Beklagte - von dem Berufungsgericht noch aufzuklären sein.

d) Angesichts der Beschränkungen, denen die Klägerin tatsächlich unterworfen ist, ist die Tauglichkeit des von der Beklagten hergestellten Werks auch nicht nur unerheblich gemindert. Wenn das Berufungsgericht mit seinem Hinweis auf die Möglichkeiten, welche die Klägerin zum Ausgleich der ungünstigen Achslastverteilung hat, einen Ausschluß des Gewährleistungsrechts gemäß § 634 Abs. 3 BGB erwogen haben sollte, könnte ihm deshalb nicht gefolgt werden. Schon die Mitführung von auf die Hinterachse einwirkenden Lasten, nur um die Vorderachse zu entlasten, kann nicht als zumutbar erachtet werden. Besondere Ausgleichsgewichte einsetzen zu müssen, mag in besonderen Situationen, wie etwa bei widrigen Witterungs- oder Straßenverhältnissen, hinnehmbar sein, nicht aber, um einen normalen Gebrauch erst zu ermöglichen. Ebensowenig kann es als eine nur unerhebliche Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit angesehen werden, wenn trotz an

sich vorgesehener Einstellmöglichkeit für insgesamt fünf Pferde letztlich nur ein einziges ausgewachsenes Friesenpferd transportiert werden darf.

3. Aus den unter 2. erörterten Gründen kann das angefochtene Urteil auch keinen Bestand haben, was die Abweisung des auf Feststellung des Annahmeverzuges gerichteten Klageantrages anbelangt.

4. Dem auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichteten Begehren der Klägerin kann derzeit der Erfolg schließlich ebenfalls nicht versagt sein.

Da das Schadensersatzbegehren der Klägerin aus der geltend gemachten Mangelhaftigkeit des Werks abgeleitet und nach § 635 BGB zu beurteilen ist, ist die Klägerin nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift allerdings gehindert, neben dem Wandelungsbegehren gemäß Klageantrag zu 1 auch Schadensersatz zu verlangen. Dies nötigt freilich nicht zur Abweisung des Schadensersatzfeststellungsantrages zu 3.. Denn § 635 BGB ergibt zugleich, daß der Besteller wie der Käufer im Falle des § 463 BGB ein Wahlrecht hat, Wandelung oder Schadensersatz zu verlangen, das erst mit der Vollziehung der Wandelung durch Einverständnis des Unternehmers oder mit Rechtskraft eines Urteils erlischt, das auf Wandelung oder Schadensersatz erkennt (BGH, Urt. v. 11.07.1990 - VIII ZR 219/89, NJW 1990, 2680, 2681 m.w.N.). Weder zu einem Einverständnis der Beklagten mit der von der Klägerin erklärten Wandelung noch zu einer rechtsgestaltenden Entscheidung eines Gerichts ist es jedoch bisher gekommen, weshalb das Wahlrecht der Klägerin noch besteht.

Dieses Wahlrecht schließt ein, sich nicht (mehr) auf ein Wandelungsrecht, sondern auf den sogenannten großen Schadensersatzanspruch (BGHZ 29, 148) zu berufen, als dessen Teil die Klägerin sowohl Rückzahlung des gezahlten Werklohns als auch Befreiung von dem mißlungenen Werk verlangen kann (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 03.11.1977 - 24 U 131/77, NJW 1978, 1060 f.). Das, was die Klägerin ausweislich ihrer Klageanträge zu 1 und 2 erstrebt, kann sie also auch mit dem Schadensersatzbegehren erreichen, wenn die festzustellenden Fehler des Werks auf einem Umstand beruhen, den die Beklagte als Unternehmer zu vertreten hat (§ 635 BGB). Das Gebot, eine interessengerechte Entscheidung herbeizuführen, verlangt deshalb, der Klägerin zu ermöglichen, ihr Begehren nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen zu bestimmen und statt Wandelung (großen) Schadensersatz zu verlangen.

5. Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung wiederum zur Abweisung der in erster Linie geltend gemachten Ansprüche kommen, wären auch die hilfsweise geltend gemachten Mängelansprüche unter Berücksichtigung der in der Revisionsbegründung der Klägerin dargelegten Argumente erneut zu bescheiden.

6. Da der Ausgang des Rechtsstreits noch offen ist, ist dem Berufungsgericht die Entscheidung über die Kosten der Revision zu überlassen.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Broß

Scharen