

Werkvertrag über Individualsoftware und Vereinbarung über Nachbesserung

BGH, Urteil vom 2. November 1995 (X ZR 93/93) – "Oracle 1986" (ungekürzter Entscheidungsdruk)

Leitsatz der Redaktion

Vereinbaren die Parteien eines Programmierungsvertrages in einer Konfliktlage, daß der Auftragnehmer "in einem neuen Anlauf" die Software in verbesserter Form auf ein neues System portieren soll, so ist beim Scheitern der Erwartungen diese Zusatzvereinbarung nicht dahingehend zu verstehen, daß der Auftraggeber auf seine Rechte aus dem zugrundeliegenden Werkvertrag verzichtet hat. Im Falle der endgültigen Verweigerung, die Pflichten aus der Zusatzvereinbarung zu erfüllen, steht vielmehr dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch wegen der mangelhaften Leistungen aus dem ursprünglichen Werkvertrag zu.

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. Mai 1993 aufgehoben, soweit es die 22.310,20 DM übersteigende Klage betrifft.

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

Von Rechts wegen.

Tatbestand

Schadensersatzbegehren der Klägerin

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Schadensersatz für verschiedene, ihrer Darstellung nach nutzlose Aufwendungen für die Anschaffung von Computer-Hard- und Software.

Anforderungskatalog und Programmierauftrag

Nachdem der Beklagte gegen eine Vergütung von 5.000,- DM für die Klägerin einen Anforderungskatalog und eine darauf aufbauende Marktanalyse erstellt hatte, entschied sich die Klägerin – unter einer im Umfang und Inhalt zwischen den Parteien umstrittenen Mitwirkung des Beklagten – für den Erwerb eines Computersystems bei der Firma P. Diese hatte zugesagt, die von ihr angebotene Hardware entspreche den dargestellten Anforderungen und erbringe insbesondere die erforderliche Arbeitsgeschwindigkeit. Im weiteren Verlauf betraute sie den Beklagten mit der Erstellung der benötigten Software mit Ausnahme der Finanzbuchhaltung. Die Programme sollte der Beklagte auf der Grundlage des Datenbanksystems Oracle erstellen, das die Klägerin mit Lizenzvertrag vom 30. Mai 1986 beschaffte. Während der anschließenden Erstellung der Programme, bei denen wiederholt Probleme auftraten, zahlte die Klägerin in verschiedenen Raten die insgesamt vereinbarte Vergütung von 14.000,- DM zuzüglich MWSt. Die letzte Teilrate wurde am 31. Juli 1987 beglichen.

*Ergebnis aus Sicht der Klägerin:
Nicht hinnehmbare
Geschwindigkeit*

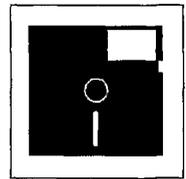
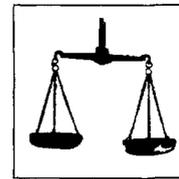
Nach der probeweisen Installation der fertiggestellten Programmteile beanstandete die Klägerin insbesondere, daß das gesamte System langsam arbeitete und eine Endgeschwindigkeit entwickelte, die aus ihrer Sicht nicht hingenommen werden könne. Hierfür sowie für weiter gerügte Fehler hat die Klägerin den Beklagten verantwortlich gemacht. Dieser hat die Probleme auf eine unzureichende Dimensionierung der Anlage, die nicht die versprochene Arbeitsgeschwindigkeit leiste, sowie auf Fehler in der Datenbank Oracle zurückgeführt.

Software zurück – Hardware nicht

In der Folge konnte die Klägerin den Lizenzvertrag über die Datenbank rückgängig machen und die Lizenzgebühren zurückerhalten. Entsprechende Verhandlungen mit dem Lieferanten der Hardware führten zu keinem Erfolg.

Neues System – neue (portierte) Software

Nach verschiedenen Gesprächen vereinbarten die Parteien am 19. Oktober 1987, daß der Beklagte ein neues, den Bedürfnissen der Klägerin entsprechendes Computersystem aussuchen sollte, auf das unter anderem auch die von ihm entwickelte Software portiert werden konnte. Dieses System sollte bis zum 29. Februar 1988 ausgewählt und getestet sein. Bis zu diesem Zeitpunkt sollten auch weitere Funktionen in der Software ergänzt bzw. ersetzt und



installiert werden können. Ferner sollte der Beklagte die bereits entwickelte Software laufend weiterbetreuen und hierfür eine monatliche Vergütung von 950,- DM erhalten.

Abgesehen von dieser Betreuung hat der Beklagte die unter dem 19. Oktober 1987 vereinbarten Leistungen nicht erbracht. Insoweit ist er durch Urteil des Landgerichts München I vom 18. Oktober 1988 (7 O 12325/88) unter Abweisung der weitergehenden, einen Teil der Zinsansprüche betreffenden Klage zur Zahlung von Schadenersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von insgesamt 43.084,02 DM nebst Zinsen verurteilt worden. Gegenstand der Klage dieses Verfahrens waren Ausgaben, die die Klägerin im Zusammenhang mit den Absprachen vom 19. Oktober 1987 gemacht hatte. Dieses Urteil ist rechtskräftig.

Am 31. Dezember 1988 hat die Klägerin die EDV-Anlage P. für 5.000,- DM zuzüglich MwSt verkauft.

In der Folge hat sie den Beklagten wegen der darüber hinausgehenden Kosten für die Anschaffung von Hard- und Software und der Zahlungen an den Beklagten sowie der weiteren Ausgaben aufgrund der ursprünglichen Vereinbarung ebenfalls auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen, wobei sie sich in erster Linie auf die Nichterfüllung der Absprachen vom Oktober 1987 stützte, die auch diese Ausgaben als nutzlosen Aufwand erscheinen ließen.

Das Landgericht hat die auf 135.005,84 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung blieb ohne Erfolg. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin Zahlung in Höhe von 112.694,64 DM nebst Zinsen. In Höhe von 22.310,20 DM, d.h. hinsichtlich der Vergütung des Beklagten für die zunächst erstattete Analyse (5.000,- DM), die Betreuung der Software nach Maßgabe der Absprachen vom 19. Oktober 1987 (5.700,- DM), die Ausgaben für den Verkauf des Betriebssystems Unix (1.680,- DM) sowie der auf den Ersatzbetrag verlangten Mehrwertsteuer nimmt sie die Klageabweisung hin.

Der Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

*LG München:
Rechtskräftige Verurteilung des
Beklagten*

Verkauf der EDV-Anlage

*Weitere Forderungen gegen den
Beklagten*

Prozessgeschichte

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

*Aufhebung und
Zurückverweisung
Auffassung des OLG München*

1. 1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Klägerin Ansprüche auf Ersatz wegen der Aufwendungen, die sie vor dem 19. Oktober 1987 getätigt hat, nicht zu. An diesem Tage hätten die Parteien eine neue und selbständige Vereinbarung getroffen, deren Verletzung als Anspruchsgrundlage für zuvor erbrachte Aufwendungen schon mangels Kausalität zwischen der geltend gemachten schadenstiftenden Handlung und dem Schaden ausscheidet. Ebenso bestünden Ansprüche wegen Verletzung der früheren Vereinbarung nicht, da die Klägerin jedenfalls mit dem Abschluß des Vertrages vom 19. Oktober 1987 auf diese Ansprüche verzichtet habe.

Erfolgreicher Revisionsangriff

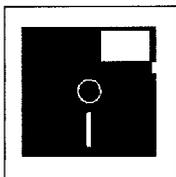
2. Diese Beurteilung greift die Revision mit Erfolg an.

Zwar ist die revisionsrechtliche Kontrolle der dieser Auffassung zugrundeliegenden Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Absprachen durch den Tatrichter beschränkt (BGHZ 65, 107, 110; BGH, Urt. v. 16.10.1991 – VIII ZR 140/90, WM 1991, 495, 496). Die Überprüfung erstreckt sich jedoch jedenfalls darauf, ob anerkannte Auslegungsgrundsätze, gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind (vgl. Sen. Urt. v. 25.2.1992 – X ZR 88/90, MDR 1992, 804 = NJW 1992, 1967; BGH, Urt. v. 4.4.1968 – VII ZR 152/65, MDR 1968, 576; Urt. v. 16.10.1991 – VIII ZR 140/90, WM 1992, 32 st. Rspr.). Zu diesen gehört auch der Grundsatz, daß die Auslegung der Interessenlage beider Parteien gerecht werden muß (BGHZ 21, 319, 328; BGH, Urt. v. 3.12.1980 – VIII ZR 300/79, NJW 1981, 1549, 1550; Urt. v. 10.12.1992 – VII ZR 241/91, BauR 1993, 223, 224; Urt. v. 8.6.1994 – VIII ZR 103/93, NJW 1994, 2228, 2229; vgl. auch Sen. Urt. v. 17.9.1991 – X ZR 109/89).

*Auslegung von
Parteevereinbarungen und
Revisionskontrolle*

Dem genügt – insbesondere unter Berücksichtigung der hohen Anforderungen, die an die Annahme eines konkludent erklärten Verzichts zu stellen sind (vgl. dazu BGH, Urt. v. 22.6.1995 – VII ZR 118/94, MDR 1995, 1010) – das durch das Berufungsgericht gefundene Verständnis nicht. Insoweit bedarf es der Feststellung eines unzweideutigen Verhaltens, das der Erklärungsgegner als Aufgabe des Rechts verstehen kann (BGH, Urt. v. 16.11.1993 – XI ZR 70/93, NJW 1994, 379). Hierfür bietet der durch das Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt keine hinreichende Grundlage. Eine angemessene Berücksichtigung der Interessenlage beider Parteien führt vielmehr zu einer Auslegung, bei der die Klägerin jedenfalls

*Kritik an der Auslegung des
OLG München*



Vereinbarung als "neuer Anlauf" ...

... und grundlose Erfüllungsverweigerung.

Also: Kein Verzicht für diesen Fall.

Weitere Auslegungskritik aus der Interessenlage

Möglicher Anspruch nach den §§ 326, 636, 634, 635 BGB

Fehler im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB

für den hier vorliegenden Fall, in dem der Beklagte seinen Verpflichtungen aus den nach Meinung des Berufungsgerichts zum Verzicht führenden Absprachen nicht nachgekommen ist, möglicherweise bestehende Rechte nicht endgültig aufgegeben hat.

Mit dieser Vereinbarung wollten die Parteien einen neuen Anlauf nehmen, um die angestrebte Umstellung des Betriebs der Klägerin auf eine elektronische Datenverarbeitung doch noch zu erreichen. Das legt es allerdings nahe, daß nach dem Willen der Parteien mit einem erfolgreichen Abschluß dieser Arbeiten insgesamt ein Schlußstrich gezogen werden sollte, zumal deren Bewertung in einem solchen Fall vor kaum zu lösenden Schwierigkeiten gestanden hätte, da der Beklagte zumindest Teile der bereits erstellten Programme auf den neuen Rechner portieren sollte. Nach Abschluß dieser Arbeiten wäre eine Aufgliederung der vorliegenden Teile in solche, die noch als vertragsgemäß gelten konnten, und solche, die Ersatzpflichten auslösten, allenfalls bedingt möglich gewesen. Insoweit hätte es daher, sollten solche Ansprüche in jedem Fall erhalten bleiben, konkreter Absprachen unter den Parteien bedurft. Ob diese Überlegungen die Annahme eines Verzichts der Klägerin auf bereits begründete Ersatzansprüche für den Fall der beiderseitigen Vertragserfüllung tragen können, bedarf jedoch keiner abschließenden Erörterung. Ein derartiger Sachverhalt liegt hier nicht vor.

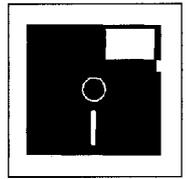
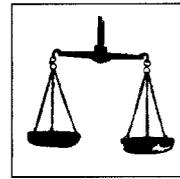
Die Klägerin hat – unter Bezugnahme auf das in dem Vorprozeß ergangene rechtskräftige Urteil gegen den Beklagten – geltend gemacht, dieser habe die Erfüllung der Absprachen vom 19. Oktober 1987 grundlos verweigert. Das Berufungsgericht hat diesen Sachverhalt ohne eigene Prüfung unterstellt. Damit ist er auch im Revisionsverfahren zugrunde zu legen.

Umstände, die die Klägerin zu einer Aufgabe ihrer Rechte auch für diesen Fall veranlassen konnten, in dem der Beklagte – aus ihrer Sicht erneut – seinen vertraglichen Verpflichtungen rechtswidrig und schuldhaft nicht nachkam, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Hierfür ist auch sonst nichts ersichtlich. Ihren Interessen lief ein solcher Verzicht, durch den sich ihre Position rechtlich und wirtschaftlich verschlechterte, zuwider. Sie verlor damit nicht nur Ansprüche, ohne eine Gegenleistung zu erhalten, sondern auch die Möglichkeit, wirtschaftlichen Druck auf den Beklagten auszuüben, um diesen zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten. Der durch das Berufungsgericht festgestellte Vertragsinhalt hätte zudem zur Folge, daß die Klägerin auch die bereits gezahlte Vergütung nicht zurückverlangen, im Ergebnis also in jedem Fall die von ihr als unbrauchbar angesehenen Arbeiten des Beklagten sogar dann vergüten müßte, wenn dieser sich im weiteren Verlauf nicht vertragstreu verhielt.

Mit diesem Gegenstand enthält die Vereinbarung eine mit der festgestellten Interessenlage nicht zu vereinbarende einseitige Begünstigung des Beklagten. Darauf einzugehen bestand aus der Sicht der Klägerin nach dem festgestellten Sachverhalt kein Anlaß. Zwar mußte ihr daran gelegen sein, die bisherigen Investitionen zu retten. Das mochte auch nahelegen, den Beklagten mit den weiteren Arbeiten zu betrauen, der ihren Betrieb und dessen Anforderungen bereits kennengelernt hatte und bei dem sich eine erneute Einführung in ihre Bedürfnisse daher erübrigte. Dem Berufungsurteil ist jedoch nichts dafür zu entnehmen, daß der Beklagte zu einer weiteren Mitarbeit nur bei einem vollständigen und uneingeschränkten Verzicht der Klägerin auf bereits erworbene Ersatzansprüche bereit war. Hierfür bietet der festgestellte Sachverhalt auch sonst keinen Anhaltspunkt, zumal sich der Beklagte bei einem solchen Verlangen dem Verdacht ausgesetzt hätte, es sei ihm nicht um das Anliegen der Klägerin, sondern allein darum gegangen, sich einer solchen Haftung zu entziehen. Dementsprechend bot die Bereitschaft der Klägerin zu weiterer Zusammenarbeit auch aus dessen Sicht keine Grundlage für die Annahme, die Klägerin sei zu einer uneingeschränkten Aufgabe ihrer Rechte bereit. Daß diese für den Fall, daß er seinerseits vertragsuntreu wurde, deren Rechten zuwiderlief und daher von ihr nicht gewollt sein konnte, mußte sich vielmehr auch ihm schon aufgrund einfacher Überlegungen aufdrängen. Ein so weitgehender Verzicht der Klägerin auf ihre Rechte scheidet daher aus.

II. Das die Klage abweisende Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht auszuschließen, daß der Klägerin ein Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Schäden nach den §§ 326, 636, 634, 635 BGB zusteht.

1. Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, daß die aufgrund der ursprünglichen Absprachen erbrachten Leistungen des Beklagten mangelhaft waren. Die Klägerin hatte vorgetragen, daß die von ihm erstellte Software an zahlreichen Fehlern gelitten habe, die



ein Arbeiten mit ihr unmöglich gemacht hätten; insbesondere sei sie zu langsam gewesen. Zu dieser Darstellung, die jedenfalls hinsichtlich der Arbeitsgeschwindigkeit und der einzelnen näher erläuterten Mängel hinreichend substantiiert ist, hat das Berufungsgericht Feststellungen nicht getroffen, so daß sie im Revisionsverfahren zugrunde zu legen ist. Aufgrund dieser Einschränkungen war die Software für den Betrieb der Klägerin, für den sie nach den Vereinbarungen mit dem Beklagten bestimmt war, weitgehend unbrauchbar und litt mithin an einem Fehler im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB.

2. Infolge dieser Mängel seiner Leistung hat der Beklagte die nach dem Vertrag geschuldeten Programme nicht zu den vereinbarten Herstellungsterminen abgeliefert und ist damit jedenfalls nach den von der Klägerin behaupteten dringenden Aufforderungen, die sich rechtlich als Mahnung im Sinne des § 284 Abs. 2 BGB darstellen, in Verzug geraten mit der Folge, daß er nach den §§ 286, 326 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein kann. Der Anwendung dieser Vorschriften stehen, wie auch durch § 636 Abs. 1 Satz 2 BGB bestätigt wird, die Sondervorschriften des Werkvertragsrechts nicht entgegen. Diese verdrängen das allgemeine Recht der Leistungsstörungen nach den §§ 323 ff. BGB nur für die Mängelgewährleistung. Auf diese sind die Rechte des Bestellers jedenfalls vor dem Gefahrübergang nicht beschränkt, der zumindest vor Übergabe und Abnahme nicht eintritt. Daß der Unternehmer bereits ein mangelhaftes Werk erstellt und geliefert hat, schließt daher bis zu diesem Zeitpunkt die allgemeinen Rechte nicht aus (*allg. Meinung, vgl. statt aller Palandt/Thomas, BGB, 54. Aufl., Vorbemerkung vor § 633 BGB, Rdn. 18 ff.*).

Hier hat der Beklagte zwar eine Abnahme sowohl einzelner Programmteile als auch seiner gesamten Arbeit behauptet. Die Klägerin ist dieser Darstellung jedoch entgegengetreten. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen, so daß die Behauptung des Beklagten nicht zu Lasten der Revision berücksichtigt werden kann. Die Klägerin hat geltend gemacht, bei Ablieferung der Programme sei deren Eignung und Funktionsfähigkeit nicht sofort zu beurteilen gewesen. Mit der Benutzung hätten sich jeweils zahlreiche Fehler herausgestellt, auf die sie den Beklagten sofort hingewiesen habe. Bei dieser Darstellung fehlt der Annahme einer Billigung der Leistung durch die Klägerin jede Grundlage. Da auch der Beklagte die vor der Erprobung fehlenden Möglichkeiten der Klägerin zur Beurteilung erkennen mußte, konnte er aus der Entgegennahme seiner Lieferungen auf eine solche Billigung nicht schließen. Die von der Klägerin für die anschließenden Zeiträume behaupteten Rügen schlossen eine solche Billigung aus.

Für eine Abnahme von Teilleistungen oder der gesamten Programmierarbeit des Beklagten finden sich auch in den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts keine hinreichenden Anhaltspunkte. Daß die Klägerin diese mit den Absprachen vom 19. Oktober 1987 hat billigen wollen, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Ein Anlaß, die bisher aus ihrer Sicht fehlerhaften Leistungen des Beklagten nunmehr als vertragsgemäß anzuerkennen, bestand auch aus dessen Sicht für die Klägerin nicht. Ziel dieser Vereinbarung war vielmehr gerade, die bisher nach Meinung der Klägerin ungenügenden Programme für ihren Bedarf zu überarbeiten.

3. Nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt hat der Beklagte die Mängel und damit die Verzögerung zu vertreten. Da er die Programme erstellen sollte, ist der mangelnde Erfolg zunächst seiner Sphäre zuzurechnen, so daß er sich nach dem Rechtsgedanken des § 282 BGB entlasten müßte. Insoweit hat er geltend gemacht, die langsame Arbeit des Programms und die bei seiner Anwendung aufgetretenen Fehler seien auf Fehler in der Datenbank und den unzureichenden Rechner zurückzuführen. Dem ist die Klägerin entgegengetreten, die neben der Behauptung, daß auch die Auswahl des Gerätes durch den Beklagten zu verantworten sei, vor allem geltend gemacht hatte, der Fehler des Programms und seine langsame Arbeit seien in erster Linie darauf zurückzuführen, daß der Beklagte sich nicht der mit der Datenbank verbundenen Programmiersprache bedient hatte, sondern die Software in der hier weniger geeigneten und von ihm nicht hinreichend beherrschten Hochsprache "C" entwickelt habe. Das genügt, um das Vorbringen des Beklagten als bestritten erscheinen zu lassen, so daß das Berufungsgericht seinen Beweisritten hätte nachgehen müssen. Das ist nicht geschehen, so daß weiterhin von der gegen den Beklagten sprechenden Vermutung auszugehen ist.

4. Aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen sind auch die weiteren Voraussetzungen der Ersatzpflicht als erfüllt anzusehen. Zwar fehlt es nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts an einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Nach dem festge-

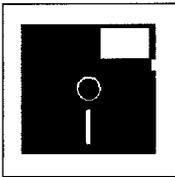
*Verzug mit der (möglichen)
Folge der §§ 286, 326 BGB*

Abnahme umstritten ...

*... und auch hinsichtlich
Teilleistungen nicht ersichtlich.*

*Mangelnder Programmiererfolg
gehört zunächst in die "Sphäre"
des Programmierers.*

*Entbehrlich:
Fristsetzung mit
Ablehnungsandrohung*



stellten Sachverhalt war diese jedoch entbehrlich. Dabei kann dahinstehen, ob sich das bereits aus einer Unmöglichkeit der Nachbesserung ergibt. Nach dem Inhalt der Akte waren die Klägerin und der Beklagte darüber einig, daß auf der Grundlage der vorhandenen Hard- und Software dem Vertragszweck entsprechende Programme nicht erstellt werden können. Daraus könnte auf eine Unmöglichkeit der Nachbesserung zu schließen sein, nach der es einer Fristsetzung schon deshalb nicht bedarf, weil ein vertragsgemäßer Zustand nicht herzustellen ist. Das kann hier jedoch dahinstehen, da die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung jedenfalls mit der endgültigen Erfüllungsverweigerung durch den Beklagten entbehrlich geworden ist. Als dieser sich weigerte, die Leistungen aufgrund der Absprachen vom 19. Oktober 1987 zu erbringen, hat er zugleich zum Ausdruck gebracht, daß er auch jede weitere Nachbesserung hinsichtlich der ursprünglich geschuldeten Leistungen ablehnte, die der Sache nach durch den Gegenstand der Absprachen vom 19. Oktober 1987 erreicht werden sollte. Daß diese Weigerung grundlos war, hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die Entscheidung in dem Vorprozeß unterstellt. Damit stellt sich das Verhalten des Beklagten als Erfüllungsverweigerung dar, die nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich macht (vgl. BGH, Urt. v. 19.10.1988 – VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451; Sen. Urt. v. 14.5.1991 – X ZR 2/90, NJW-RR 1991, 1269). Daß zu diesem Zeitpunkt bereits Verzug eingetreten war, ist nicht erforderlich (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 54. Aufl., § 326 BGB Rdn. 20); die Wirkungen treten vielmehr auch dann ein, wenn sich der Schuldner ernstlich und endgültig weigert, die Leistung zu erbringen.

Verjährung nicht ersichtlich

5. Daß diese Ersatzansprüche verjährt sind, ist nicht zu erkennen. Zum einen betrifft § 638 BGB nur die Mängelgewährleistungsansprüche nach den §§ 633 ff. BGB, die hier nicht in Frage stehen. Zum anderen beginnt die Verjährung nach dieser Vorschrift nach § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB erst mit der Abnahme, die hier nicht festgestellt ist. Insoweit ist der Klägerin auch nicht verwehrt, deren Fehlen geltend zu machen. Daß sie durch die Weigerung, die Abnahme zu erklären, ihrerseits vertragswidrig handelt oder gegen Treu und Glauben verstößt, ist nicht ersichtlich. Dem Besteller ist es unbenommen, eine mangelhafte Leistung als solche zu bezeichnen und abzulehnen, zumal die Abnahme mit dem Beginn der Verjährung und einer Umkehr der Beweislast für ihn nachteilige Folgen hat, deren Übernahme bei einer Schlechterfüllung von ihm nicht erwartet werden kann.

*Keine Feststellungen zur Höhe
der Schäden:
Zurückverweisung
unumgänglich*

6. Abgesehen von den Positionen, hinsichtlich derer die Revision die Abweisung der Klage hinnimmt, hat das Berufungsgericht Feststellungen zur Höhe der von der Klägerin geltend gemachten Schäden nicht getroffen. Diese nachzuholen ist dem Revisionsgericht verwehrt. Auch das schließt eine endgültige Entscheidung in der Revisionsinstanz aus.

*Weiterer Prüfauftrag an das
OLG*

III. Die erneute Verhandlung und Entscheidung der Sache wird dem Berufungsgericht Gelegenheit geben, auch seine von der Revision angegriffene, als Gegenstand einer dem Tatrichter vorbehaltenen Würdigung der revisionsgerichtlichen Kontrolle aber entzogene Auffassung zu überprüfen, daß zwischen den Parteien am 19. Oktober 1987 ein neuer und gegenüber den ursprünglichen Vereinbarungen selbständiger Vertrag geschlossen wurde.