

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 207/72

URTEIL

Verkündet am

20. September 1973

H o r n ,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Hans L [REDACTED] GmbH, Maschinenfabrik,
vertreten durch den Geschäftsführer Hans L [REDACTED],
N [REDACTED], F [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma Josef S [REDACTED] GmbH, Ziegelwerk,
vertreten durch den Geschäftsführer Diplomkaufmann
Erich S [REDACTED], R [REDACTED] [REDACTED], G [REDACTED] weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. September 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Erbel, Dr. Girisch, Meise und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 26. Juni 1972 wird zum Teil als unzulässig verworfen, im übrigen als unbegründet zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte errichtete auf Grund Vertrages mit der Klägerin vom 6. Mai 1960 für deren Ziegelei einen Tunnelofen, zum Festpreis von 322.729 DM. In dem Vertrag heißt es u.a.:

- "1. Der Tunnelofen muß eine Jahresleistung von 12 Millionen Stück NF (Normalformat) aufweisen. In dem Tunnelofen müssen Ziegelsteine,

- 3 -

Drainrohre und Kabelhauben gleichzeitig gebrannt werden können.

2. Die Lieferfirma wird darauf hingewiesen, daß den Bestellern nur kühl- u. vorwärm-empfindliches Material zur Verfügung steht, welches besonders empfindlich ist. Aus diesem Grunde entnimmt die Lieferfirma selbst für Probezwecke Proben der Trocknerei. Die Lieferfirma wird dabei darauf hingewiesen, daß Abweichungen in der Qualität des Materials gegeben sind und daß das Rohgut nicht einheitlicher Natur ist. Es wird deshalb von einem Mittelwert des Rohgutes ausgegangen.
3. Die Lieferfirma wird dieser Eigenart des Materials bei der Erstellung des Ofens Rechnung tragen und verpflichtet sich, die Ofenanlage so zu errichten, daß ein einwandfreies Brennen des Rohgutes möglich ist, unter gleichzeitiger Beibehaltung der zugesicherten Jahresleistung.
4. Für die Errichtung des Tunnelofens gelten die Bestimmungen der VOB.
-
10. Eine Toleranz von -10 % für die Jahresleistung wird von Seiten der Besteller nicht anerkannt, vielmehr muß die Lieferfirma die Jahresleistung von 12 Millionen NF garantieren.
-
13. Die Lieferfirma sichert ausdrücklich eine einwandfreie Brennleistung des Tunnelofens im Hinblick auf das kühlempfindliche Material zu.....
14. Die Lieferfirma erklärt ausdrücklich, daß sie für Schäden und Minderleistungen, die sich innerhalb des 1. Halbjahres nach Übernahme der Ofenanlage durch die Besteller ergeben, eintritt und voll und ganz haftet.
15. Ausdrücklich wird erklärt, daß die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, die dem Angebot vom 4.5.60 beigelegt haben, nur insoweit als vereinbart gelten, als sie mit obigen Bestimmungen nicht im Widerspruch stehen.

....."



Der Ofen wurde Anfang November 1960 fertiggestellt und am 12. November 1960 angefeuert. Unter dem 25. November 1960 erstattete der Ziegelbrenner der Beklagten seinen "Einfahrbericht".

In der Folgezeit beanstandete die Klägerin den das übliche Maß übersteigenden Bruch der gebrannten Erzeugnisse. Die Beklagte versuchte, die gerügten Mängel zu beheben. Im März 1961 stellte sie ihre Versuche ein und bestritt, daß der Ofen nicht vertragsgemäß arbeite.

Die Klägerin hat im Mai 1961 Klage erhoben und zuletzt für bis zum 15. Januar 1967 entstandene Aufwendungen zur Mängelbeseitigung 39.153,38 DM, sowie als Schadensersatz für die Zeit vom 15. Mai 1961 bis 28. Februar 1967 wegen Produktionsausfalls 15.459,60 DM und wegen Mangelhaftigkeit der Erzeugnisse 466.684,11 DM - jeweils nebst Zinsen - verlangt. Ferner hat sie beantragt, festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr die weiter, d.h. ab 16. Januar 1967 entstehenden Aufwendungen zur Mängelbeseitigung und die durch Produktionsausfall sowie durch Mangelhaftigkeit der Erzeugnisse in Zukunft, d.h. ab 1. März 1967 entstehenden Schäden zu ersetzen. Schließlich hat sie die Lieferung einer einwandfrei arbeitenden Steinumlenkung, Zug um Zug gegen Rückgabe der von der Beklagten gelieferten Steinumlenkung, verlangt.

Sie meint, die Beklagte habe die Garantie dafür übernommen, daß in dem Ofen 12 Millionen NF-Steine im Jahr einwandfrei gebrannt werden könnten. Diese Leistung sei mit dem Ofen nicht zu erreichen. Die Ziegel seien kühlrissig, dadurch bruchempfindlich und nicht so fest wie Hartbrandsteine.

Die Beklagte bestreitet die Ansprüche und behauptet u.a., etwa entstandene Risse seien auf Fehler in der Produktion vor dem Brennen oder auf falsche Bedienung des Ofens zurückzuführen.

Das Landgericht hat die Zahlungsansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und der Klage im übrigen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, jedoch den Anspruch auf Lieferung einer einwandfreien Steinumlenkung zusätzlich von einer Zug um Zug-Zahlung von 1.000 DM abhängig gemacht. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

I. Die Steinumlenkung

Gegen die Verurteilung der Beklagten zur Lieferung einer neuen Steinumlenkung hat die Revision nichts vorgebracht. Daher ist die Revision insoweit mangels Revisionsbegründung als unzulässig zu verwerfen (§ 554 a Abs. 1 Satz 2 ZPO).

II. Mangelhafte Leistung des Tunnelofens

Das Berufungsgericht erachtet die Ansprüche der Klägerin aus Übernahme einer Garantie für gerechtfertigt, und zwar die Zahlungsansprüche dem Grunde nach.

In dem Vertrag vom 6. Mai 1960 sei nicht etwa nur allgemein von Haftung, Gewährleistung u.ä. die Rede. Vielmehr sei der Wille der Beklagten zur Übernahme einer Garantie über die werkvertraglichen Verpflichtungen hinaus in Nr. 1, 2, 3, 10 und 13 des Vertrages eindeutig erkennbar. Danach habe die Beklagte unbeschränkt einen bestimmten Erfolg garantiert, nämlich, daß der Tunnelofen aus dem vorhandenen vorwärm- und kühlempfindlichen Material eine Jahresleistung von 12 Millionen NF, einwandfrei gebrannt, erbringe. Sie müsse daher für jeden Mangel eintreten, der innerhalb des ersten Halbjahres nach Übernahme der Ofenanlage auftrete (vgl. Nr. 14 des Vertrages).

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Die vertragsmäßige Übernahme einer Garantie kann verschiedene Bedeutung haben, wie der Senat wiederholt ausgeführt hat (vgl. u.a. Urteile vom 5. März 1970 - VII ZR 80/68 - = BauR 1970, 107, und vom 8. Februar 1973 - VII ZR 208/70 - = BauR 1973, 191):

a) Die Garantie kann der gewöhnlichen Zusicherung einer Eigenschaft der Werkleistung im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB und § 13 Nr. 1 VOB (B) gleichkommen.

b) Sie kann aber auch bedeuten, daß das Werk die zugesicherten Eigenschaften u n b e d i n g t habe, so daß der Unternehmer, wenn sie fehlen, dies auch ohne

Verschulden "zu vertreten hat" (vgl. § 635 BGB) und auf Schadensersatz haftet.

c) Sie kann schließlich die Übernahme der Gewähr für einen über die Vertragsmäßigkeit hinausgehenden, noch von anderen Faktoren abhängigen wirtschaftlichen Erfolg darstellen. Nur dann handelt es sich um einen selbständigen Garantievertrag.

2. Mit der festgestellten "Garantie für die Ofenleistung" hat die Beklagte, wie die Revision zutreffend ausführt, allerdings keine Gewähr für einen über die Vertragsmäßigkeit des Werkes hinausgehenden, von anderen Faktoren abhängigen wirtschaftlichen Erfolg übernommen. Es liegt also hier kein selbständiger Garantievertrag vor. Das nimmt aber auch das Berufungsgericht nicht an. Vielmehr geht es, was die Revision verkennt, in Wirklichkeit von einer sich nur auf die Vertragsmäßigkeit des Tunnelofens beziehenden "Garantie" aus, wie seine Feststellungen zur Mangelhaftigkeit des Ofens zeigen. Bei Annahme eines selbständigen Garantievertrages wäre die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung überflüssig gewesen, daß die unzureichende Ziegelproduktion auf Mängeln des Ofens und nicht auf Fehlern bei der Gewinnung, Aufbereitung und Trocknung des Rohgutes oder auf fehlerhafter Ofenbedienung seitens der Klägerin beruht.

3. Ob hier eine unselbständige Garantie vorliegt, wie das Berufungsgericht meint, oder, wie die Revision annimmt, nur eine "gewöhnliche Zusicherung von Eigenschaften des Werks", kann auf sich beruhen. Denn auch im letztgenannten Falle sind die der Klägerin zuer-

kannten Ansprüche begründet, und zwar als Gewährleistungsansprüche gemäß § 13 Nr. 5 und 7 VOB (B).

a) Das Berufungsgericht sieht als erwiesen an, daß der Tunnelofen in seinem ursprünglichen Zustand die zugesicherte Leistungsfähigkeit nicht gehabt habe und auch durch die zwischenzeitlichen - von der Klägerin veranlaßten - Verbesserungen keine wirklich einwandfreien Brennergebnisse ermögliche. Bei günstigstem Besatz von 2.070 NF/Wagen und einer Brenndauer von 48 Stunden ergebe sich eine Jahresleistung von nur 10.954.440 NF, noch dazu ohne einwandfreies Brennergebnis. Der Besatz könne nicht auf 2.200 NF/Wagen erhöht werden, wie es das Leistungsblatt der Klägerin vorsehe, wenn ein Garbrand sicher erreicht werden solle. Die Abkühlgeschwindigkeit in dem Ofen sei für das vorhandene Rohgut mit einem Quarzanteil von etwa 50 % zu hoch, die Kühlzone des Ofens zu kurz. Dies habe in erheblichem Umfang Kühlrisse in den Ziegeln ("Schepprigkeit") zur Folge.

Damit folgt das Berufungsgericht unter eingehender Würdigung der erhobenen Beweise den Darlegungen des Sachverständigen Jeschar.

Die dagegen erhobenen Verfahrensrügen der Revision haben keinen Erfolg.

aa) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei begründet, warum es von der Richtigkeit des Gutachtens Jeschar überzeugt ist. Auf das Gutachten Pels-Leusden brauchte es nicht im einzelnen einzugehen. Dieses Gutachten stimmt im wesentlichen mit dem Jeschars überein, worauf das Berufungsgericht auch hingewiesen hat.

bb) Die übrigen Verfahrensrügen hat der Senat ebenfalls geprüft und für unbegründet erachtet (Art. 1 Nr. 4 EntlG).

b) Eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) war entbehrlich; denn die Beklagte hat ihre Versuche, die von der Klägerin gerügten Mängel des Ofens zu beheben, im März 1961 endgültig eingestellt mit der Behauptung, der Ofen sei mangelfrei. Darin liegt eine ernstliche und endgültige Weigerung der Mängelbeseitigung (vgl. u.a. Senatsurteil NJW 1971, 798).

c) Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt liegen auch die weiteren Voraussetzungen von § 13 Nr. 7 Abs. 1 und 2 VOB (B) vor. Das Fehlen der vertraglich zugesicherten Eigenschaften ist ein wesentlicher Mangel des Ofens, der dessen Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt. Dafür, daß die Beklagte diesen Mangel nicht zu vertreten hätte, hat sie nichts vorgebracht.

d) Die Ansprüche der Klägerin sind auch nicht nach Nr. 14 des Vertrages in Verbindung mit Nr. VI und X der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten ausgeschlossen. Nr. 14 des Vertrages enthält, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausführt, nur insofern eine zeitliche Beschränkung, als die Beklagte nur für solche Mängel des Ofens, die innerhalb des ersten Halbjahres nach Übernahme des

Ofens auftreten, haftet, für die Folgen dieser Mängel dann aber ohne zeitliche Beschränkung. Unstreitig war der Tunnelofen im November 1960 fertiggestellt, wurde damals eingefahren und seitdem betrieben. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hatte er von Anfang an nicht die zugesicherte Leistungsfähigkeit, wie sich alsbald herausstellte.

Die Revision meint, die Halbjahresfrist der Nr. 14 des Vertrages habe durch Verzögerung der "Abnahme" oder "Inbetriebnahme" des Tunnelofens nach Nr. VI und X der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen bereits vor November 1960 begonnen. Das geht fehl, steht übrigens auch in Widerspruch zum unstreitigen Sachverhalt.

Nach alledem ist die Revision zum Teil (s. oben Ziffer I) als unzulässig zu verwerfen, im übrigen als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vogt

Erbel

Girisch

Meise

Doerry