

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 39/93

Verkündet am:
17. Mai 1994
Meyer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Willi W. GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäfts-
führer Jochen W., T.straße , R.,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr.
und Dr. -

gegen

Emil E. GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäfts-
führer Horst E., K.straße , H.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1994 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 8. März 1993 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Köln - 5. Kammer für Handelssachen - vom 7. März 1990 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

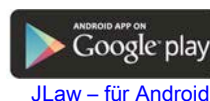
Als Bestandteile für Zurrstangen bestellte die Beklagte bei der Klägerin 4.874 Stück gesenkgeschmiedete Riegelstangen aus einem im einzelnen vorgeschriebenen Werkstoff mit näher bestimmter Vergütung. Bei einem Stückpreis von 18,50 DM umfaßte der Auftrag unter Einbeziehung der von der Beklagten zu bezahlenden Werkzeugkosten und der Mehrwertsteuer insgesamt 112.482,66 DM.

Nach der von der Beklagten am 11. Januar 1989 abgeänderten Zeichnung der Klägerin vom 9. Januar 1989 sollte u.a. der Durchmesser der Riegelstangen am Schaft 24 mm - 0,2/+ 0,8 mm betragen.

Nach Bemängelung der ersten Lieferung trafen die Parteien eine Vereinbarung, daß die bis dahin abgeschmiedete Menge von ca. 500 Stück übernommen werde. Die Beklagte rügte auch in der Folge Maßabweichungen auf die vereinbarten Durchmessertoleranzen. Die Klägerin bestritt Maßabweichungen. Die Beklagte verweigerte schließlich die Abnahme, soweit die Klägerin mehr als 478 Stück geliefert bzw. zur Abholung bereitgestellt habe. Die Klägerin hat unzulässige Abweichungen von den Toleranzen bestritten und vorgetragen, soweit eine Abweichung gegeben sei, sei die Tauglichkeit der Riegelstangen zum Gebrauch nicht gemindert. Die Beklagte habe auch keine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt.



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



Mit der Klage verlangt die Klägerin Zahlung der offenen Rechnungen im Gesamtbetrag von 112.482,66 DM sowie die Feststellung, daß die Beklagte im Verzug der Annahme hinsichtlich noch nicht ausgelieferter 1.518 Riegelstangen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, soweit die Klägerin mehr als die Bezahlung der vereinbarungsgemäß abgenommenen 478 Riegelstangen mit einem Gegenwert von 11.050,02 DM zuzüglich Zinsen verlangt hat. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt, der Werklohnanspruch der Klägerin gemäß §§ 651 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz, 631 Abs. 1 BGB sei auch ohne Abnahme fällig, weil die Beklagte sich endgültig und grundlos weigere, die abnahmereif angebotene Leistung der Klägerin abzunehmen. Die Riegelstangen seien nicht mangelhaft, wie sich aus dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen ergebe. Zwar sei der Durchmesser der Riegelstangenschäfte bis zu 0,8 mm geringer als der verlangte Mindestdurchmesser. Das begründe aber keinen Mangel. Eine Erklärung der Klägerin über eine gesteigerte Einstandspflicht als Voraussetzung für die Annahme einer Eigenschaftszusicherung lasse sich der Leistungsbeschreibung nicht entnehmen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme liege auch keine Beeinträchtigung der Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch durch die Abweichung von dem vertraglich vereinbarten Min-

destdurchmesser der Riegelschäfte vor. Nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen seien die Riegelstangen einer Zugbelastung von 50 t entlang der Längsachse gewachsen. Senkrecht zu dieser Zugbelastung auftretende Kräfte könnten nur geringfügig sein und würden aufgefangen. Die vertraglich vereinbarte Verstärkung der Riegelstangen würde nur eine unwesentliche Erhöhung der Zugfestigkeit zur Folge haben.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, das seiner Entscheidung einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache zugrunde legt (§§ 91, 651 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BGB). Das wird von der Revision nicht angegriffen und ist ohne Rechtsfehler. Die Klägerin hat sich vertraglich verpflichtet, aus dem von ihr zu beschaffenden Werkstoff 42 CrMo 4 V nach den Angaben der Beklagten Riegelstangen herzustellen, die wegen ihrer Eigenart nur für die Beklagte brauchbar sind und nicht gegen andere ausgetauscht werden können, also unvertretbar (BGH, Urt. v. 29.09.1966 - VII ZR 160/64, NJW 1966, 2307) sind.

2. Auch hat die Beklagte mit Schreiben vom 30. März 1989 die Abnahme der Werkleistung über 478 Stück hinaus bestimmt und endgültig verweigert. In dem Schreiben führt die Beklagte aus, daß es für sie keinen Grund zu weiteren Gesprächen mehr gebe, nachdem die Klägerin eine gesetzte Frist zur Neulieferung habe verstreichen lassen. Mit Ausnahme der ersten bearbeiteten 478 Stück stehe die gesamte Restlieferung der

Klägerin zur Verfügung. Die Beklagte lehnte eine Übernahme der noch ausstehenden (1.518) Teile ab. Zugleich teilte sie der Klägerin mit, daß sie bereits selbst eine Ersatzlieferung habe drehen lassen und der Klägerin zu gegebener Zeit die hierdurch entstandenen Mehrkosten in Rechnung stellen werde.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war die Beklagte zu dieser Verweigerung der Abnahme berechtigt. Die Werklohnforderung der Klägerin ist daher nicht fällig, soweit sie mehr als 478 Stück Riegelstangen umfaßt; hinsichtlich 478 Stück Riegelstangen haben die Parteien eine Teilabnahme vereinbart.

a) Die Revision rügt zwar vergeblich, die Klägerin habe andere als die von der Beklagten bestellten Riegelstangen hergestellt und geliefert. Das bedarf jedoch keiner weiteren Vertiefung, da die gelieferten Riegelstangen jedenfalls mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB waren.

b) Die Revision rügt mit Erfolg, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Klägerin eine Eigenschaft zugesichert habe, die den gelieferten Riegelstangen gefehlt habe.

Das Berufungsgericht hat als Ergebnis der Beweisaufnahme festgestellt, der Durchmesser der Schäfte der Riegelstangen bleibe bis zu 0,8 mm hinter dem von der Beklagten geforderten Minstdurchmesser von 23,8 mm zurück. Aus diesem Grund weiche die vereinbarte Beschaffenheit von der tatsächlichen Beschaffenheit der Werkleistung ab. Eine solche Abweichung allein führe jedoch nur dann zu einem Mangel im Sinne des

§ 633 Abs. 1 BGB, wenn eine zugesicherte Eigenschaft anzunehmen sei. Diese verneint das Berufungsgericht. Eine Eigenschaftszusicherung setze voraus, daß die Klägerin eine Erklärung über eine gesteigerte Einstandspflicht im Hinblick auf eine vereinbarte Beschaffenheit abgegeben habe. Eine solche lasse sich aus der von den Parteien vorgenommenen Leistungsbeschreibung allein nicht herleiten.

Die Revision rügt, die Rechtsprechung zur Eigenschaftszusicherung im Kaufvertragsrecht sei nicht uneingeschränkt auf das Werkvertragsrecht zu übertragen. Dazu seien die rechtlichen Gegebenheiten zu unterschiedlich. Bei der Herstellung eines Gewerks, das vorliegend durch die 1/10 mm genaue Angabe der Maße näher beschrieben sei, müsse in der Annahme des Auftrags auch die Zusicherung des Unternehmers gesehen werden, für die Einhaltung der angegebenen Maße als Eigenschaften seines Gewerks geradezustehen. Das Berufungsgericht verkenne, daß die Eigenschaftszusicherung in der Annahme des Auftrags zur Herstellung derart detailliert beschriebener Werkstücke liege.

Die Rüge der Revision hat Erfolg. Die angefochtene Entscheidung verkennt die Anforderungen, die an die Zusicherung einer Eigenschaft im Werkvertragsrecht (§ 633 Abs. 1 1. Altern. BGB) zu stellen sind.

aa) Die Angabe einer näher beschriebenen Maßtoleranz bei einem Schmiedestück dient der Beschreibung einer Eigenschaft des Leistungsgegenstandes. Eigenschaft ist jedes dem Werk auf gewisse Dauer anhaftende Merkmal, das für den Wert, den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch oder aus sonstigen

Gründen für den Besteller erheblich ist (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.1983 - VIII ZR 55/82, BGHZ 87, 302, 307 zum Gebraucht-wagenkauf). Diese Voraussetzungen sind bei Riegelstangen hinsichtlich des Schaftdurchmessers zu bejahen. Der Durchmesser des Schaftes bestimmt die Haltbarkeit und Festigkeit der Stangen unmittelbar. Davon, daß dieses Merkmal objektiv für den Besteller erheblich war, ist das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang selbst ausgegangen, wenn es in umfangreicher Beweisaufnahme die Zugfestigkeit der Riegelstangen überprüft hat.

bb) Ein Schaftdurchmesser von 24 mm - 0,2/+ 0,8 mm wurde zugesichert. Zwar stellt nicht jede Beschreibung einer Werkleistung in einem Werklieferungsvertrag ohne weiteres die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft dar. So hat die Rechtsprechung die nähere Beschreibung, wie eine Werkleistung ausgeführt werden soll, noch nicht als Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft gewertet (vgl. BGH, Urt. v. 26.02.1981 - VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448). Anders ist es aber, wenn der Besteller erkennbar großen Wert auf die Einhaltung der Leistungsbeschreibung legt, weil es ihm darauf ankommt, daß das Werk nach der Dimensionierung der Leistungsbeschreibung gestaltet wird und der Unternehmer die Einhaltung dieser Dimensionierung verspricht. Denn Zusicherung im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB ist (wie bei § 13 Nr. 1 VOB/B) das vertraglich vom Auftragnehmer gegebene, vom Auftraggeber angenommene Versprechen, das Werk mit einer bestimmten Eigenschaft auszustatten. Anders als im Kaufrecht ist es nicht erforderlich, daß der Unternehmer zum Ausdruck bringt, er werde für alle Folgen einstehen, wenn die Eigenschaft nicht erreicht werde (BGHZ 96, 111, 115).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend zu bejahen. Die Klägerin hat über die bloße Beschreibung der Leistung hinaus die Bewirkung eines Leistungserfolges dahin versprochen, daß die Schäfte der Riegelstangen keinen kleineren Durchmesser als 23,8 mm haben werden. Dieser vom Berufungsgericht festgestellte Vertragsinhalt geht über eine bloße Leistungsbeschreibung hinaus. Die Beklagte fügte in die Zeichnung der Klägerin, die zunächst lediglich den Hinweis "Toleranzen nach DIN 7526 F" enthielt, nicht nur einfache Maßangaben ein, sondern gab hierzu ausdrücklich noch Toleranzen an. Sie brachte damit den Wunsch nach einer erheblichen Maßgenauigkeit zum Ausdruck. Die Klägerin akzeptierte die Forderungen der Beklagten, indem sie die Fertigung aufnahm. Die Angabe einer Toleranz von 0,2 mm stellt - jedenfalls bei industrieller Fertigung von Schmiedeeisen - nach dem eigenen Vortrag der Klägerin eine besondere Anforderung dar und geht damit über die Angabe eines bloßen Leistungsbeschriebs hinaus. Wenn die Beklagte nicht gerade auf Mindest- und Höchstgrößen Wert gelegt hätte, hätte sie sich auf die Angabe einer Zugkraft von 50 t beschränken können, der die Riegel standhalten müßten. Die Angabe der Toleranz war gleichbedeutend mit dem Verlangen nach einem Mindestdurchmesser von 23,8 mm. Das zeigt, daß es der Beklagten für die Klägerin erkennbar entscheidend auf den Mindestdurchmesser ankam. Deshalb ist nicht zweifelhaft, daß sich die Parteien hier vertraglich über einen Mindestdurchmesser der Riegelschäfte von 23,8 mm als Eigenschaft der Riegelstangen geeinigt hatten. Dann aber war dieser Mindestdurchmesser entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts schon aufgrund des in

den Verhandlungen zum Ausdruck gekommenen besonderen Interesses der Beklagten zugesichert. Eine "gesteigerte Einstandspflicht" war darüber hinaus nicht erforderlich.

Nach allem fehlte dem Werk der Klägerin eine zugesicherte Eigenschaft und der Beklagten standen die Rechte aus §§ 633 ff. BGB zu. Die Beklagte verweigert eine Abnahme des Werks zu Recht und ist auch nicht in Annahmeverzug.

4. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Es stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

Der gerichtliche Sachverständige Dipl.-Ing. J. hat 1.570 Stück (967 + 603) Riegelstangen hinsichtlich ihres Durchmessers überprüft, statt der ihm mit Beweisbeschluß vom 28. Januar 1991 und 14. März 1991 auferlegten Überprüfung von 2.878 gelieferten und 1.578 bei der Klägerin verbliebenen Riegelstangen. Er hat eine repräsentative Anzahl von mehr als einem Drittel der Gesamtmenge ausgewählt und bei den ausgewählten Stangen eine Unterschreitung des Mindestmaßes in rund 80 % der Fälle festgestellt. Daß die Auswahl repräsentativ war, bezweifeln die Parteien nicht. Sie haben auch nicht vorgetragen, daß die nicht überprüften Stangen die festgestellten Unterschreitungen des Nennmaßes nicht aufweisen würden. Wenn aber ca. 80 % der gelieferten Ware eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, durfte die Klägerin die Abnahme der gesamten Lieferung verweigern, ohne rechtsmißbräuchlich zu handeln.

5. Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, da der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Über den rechtskräftig zugesprochenen Betrag von 11.050,02 DM nebst Zinsen für 478 Stück abgenommene Riegelstangen hinaus ist die Beklagte zu keiner weiteren Zahlung mehr verpflichtet.

6. Auf die Revision ist nach allem die Berufung der Klägerin zurückzuweisen mit der Kostenfolge aus §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Melullis

Greiner