

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 95/94

Verkündet am:
17. Juni 1997
Schanz
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma M. B. B. GmbH & Co. KG, vertreten durch
die Firma M. B. GmbH, diese vertreten durch ihre Ge-
schäftsführer Johann B., Richard K., Herbert W.
Dieter K. und Martin S. S. H. S.

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
Dr. -

gegen

Firma S. N. GmbH, vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Paul N., U. D., K.

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juni 1997 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Melullis und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 11. Mai 1994 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein Bauunternehmen. Die Beklagte betreibt ein Stahlbauunternehmen, in dem sie unter anderem Binderschaltungen herstellt.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen der Lieferung mangelhafter Binderschaltungen. Der Streit der Parteien geht darum, ob die nach Ansicht der Klägerin von der Beklagten zugesicherten Maßtoleranzen eingehalten wurden.

Mit Schreiben vom 16. April 1987 (Anlage K 5), dem Verhandlungen und Besprechungen der Parteien vorausgegangen waren, die zum Teil in Verhandlungsniederschriften dokumentiert sind, bestellte die Klägerin bei der Beklagten Binderschaltungen. In dem Bestellschreiben wird die Schalung wie folgt beschrieben:

Komplette Binderschaltungen bestehend aus:

- a) 1 Stück Doppelschalung mit herausnehmbarem Mittelkern und elektromotorisch verfahrbaren Seitenwänden

Länge der Schalung 51 m

Nutzbare Höhe 1,60 m

Teilung der Schalung nach Plan Nr. II a der Firma Bögl.

- b) 1 Stück Einzelschalung mit elektromotorisch verfahrbaren Seitenwänden



Länge der Schalung 51 m
Nutzbare Höhe 1,60 m
Teilung der Schalung nach Plan Nr. II a der Firma
Bögl.

Entsprechend unserer Anfrage und den geführten Gesprächen werden folgende Anforderungen an diese Schalung gestellt:

...

- Fertigteil-Toleranzen über die Gesamtabmessungen des Fertigteils:

Länge +/- 3,00 mm
Höhe +/- 2,00 mm
Breite +/- 2,00 mm

- Die Steuerung der fahrbaren Seitenwände erfolgt über einen Schaltschrank und eine umsteckbare Steuerkelle.
- Die einzelnen Funktionen sind besprochen.
- Die fahrbaren Seitenwände müssen als ganzes (51 m) und in geteiltem Zustand einzeln verfahrbar sein.

...

614.448,-- DM Gesamtpreis für vorgenannten Lieferumfang.

In der von beiden Parteien unterschriebenen Bestellung vom 16. April 1987 (Anlage K 5) wird unter anderem auf folgende Auftragsgrundlagen Bezug genommen:

1. Beschreibung der Binderschaltung vom 20. Februar 1987 durch die Beklagte (Anlage K 1);
2. Plan Nr. I a und II a der Klägerin;
3. Pläne 01-1420-0 und 01-1421-1 der Beklagten als Systemzeichnungen.
4. Besprechungen vom 18. März 1987 (Anlage K 7) und 30. März 1987 mit Verhandlungsniederschrift (Anlage K 4).
5. Das Angebotsschreiben der Beklagten vom 24. März 1987 (Anlage K 2) und das Schreiben der Beklagten vom 13. April 1987 (Anlage K 3).

Aus den vorliegenden schriftlichen Unterlagen ergibt sich zu den Toleranzen:

a) Das Angebotsschreiben der Beklagten vom 24. März 1987 (Anlage K 2) enthält zu den Toleranzen lediglich die Angabe: "nach DIN".

b) In dem der Auftragserteilung vom 16. April 1987 (Anlage K 5) vorausgegangenen Schreiben der Beklagten vom 13. April 1987 (Anlage K 3) heißt es:

"Toleranzen: nach DIN wie mit Herrn Treder besprochen:

lg = ca. $\pm 3,0$ mm

h = $\pm 2,0$ mm

b = $\pm 2,0$ mm"

c) Die übrigen in der Bestellung vom 16. April 1987 in Bezug genommenen Unterlagen enthalten zu den Maßtoleranzen keine Angaben.

d) In der von beiden Parteien unterschriebenen "Bestellung" vom 16. April 1987 (Anlage K 5) heißt es zu den Toleranzen:

"Fertigteil-Toleranzen über die Gesamtabmessungen des Fertigteils:

Länge $\pm 3,0$ mm

Höhe $\pm 2,0$ mm

Breite $\pm 2,0$ mm."

Nach der Montage der Schalungen in den Monaten Januar und Februar 1988 stellten sich an den am 3. März 1988 mit den Schalungen gefertigten Betonfertigteilen Maßabweichungen im Untergurt von + 15 mm und im Obergurt von + 30 mm heraus. Auf Rüge der Klägerin führte die Beklagte im September 1988 Nachbesserungsarbeiten durch. Auch danach bestanden an den Fertigteilen mit einer Höhe von 1,60 m weiterhin Maßabweichungen von etwa 5 bis 6 mm, was die Klägerin als nicht vertragsgerecht ansieht. Sie leitete deshalb ein Beweissicherungsverfahren ein und forderte die Beklagte nach dessen

Beendigung mit Schreiben vom 6. Dezember 1990 zur Mängelbeseitigung bis zum 30. März 1991 auf (Anlage K 9). In ihrem anwaltlichen Antwortschreiben vom 25. Januar 1991 (Anlage K 31) berief sich die Beklagte darauf, sie schulde lediglich "Toleranzen nach DIN" und unterbreitete Nachbesserungsvorschläge, die ein "Betonieren ohne obere und ohne untere Ver-spannung mit 1,60 m Fertigteilhöhe" und "Einhaltung der normgemäßen Toleranzen" zum Ziel hatten (Anlage K 32).

Diese Nachbesserungsvorschläge lehnte die Klägerin mit Schreiben vom 10. Juni 1991 (Anlage K 33) und 21. Oktober 1991 (Anlage K 35) ab. Die im Auftragsschreiben vom 16. April 1987 (Anlage K 5) vertraglich festgelegten Fertigteil-Toleranzen könnten durch die Nachbesserungsvorschläge nicht erreicht werden, Fertigteil-Toleranzen von + 8 mm nach DIN 18203 seien nicht vereinbart.

Die Klägerin hat von der Beklagten Zug um Zug gegen Rückgabe der Binderschalungen die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 435.448,-- DM sowie Schadensersatz in Höhe von 131.628,27 DM verlangt. Außerdem hat sie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihr den wegen der Mangelhaftigkeit der gelieferten Binderschalungen entstehenden weiteren Schaden zu ersetzen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Sie hat vorgetragen, es sei keine vertragliche Vereinbarung über Maßtoleranzen der Fertigteile von 2 bis 3 mm zustandegekom-

men und im übrigen seien solche Toleranzen mit vertretbarem Aufwand auch nicht möglich und ohne meßbaren Einfluß auf die Betonqualität.

Das Landgericht hat Beweis erhoben und die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hat keine Beweise erhoben.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, da eine abschließende Entscheidung ohne weitere Sachaufklärung nicht möglich ist.

Das Berufungsgericht leitet die Entscheidungsgründe damit ein, der Klägerin stehe der geltendgemachte Schadensersatzanspruch nicht zu, und zwar unabhängig davon, ob - wie die Klägerin im Berufungsrechtszug vorgetragen habe - sich die Zusicherung der Toleranzen im Bestellschreiben vom 16. April 1987 auf die Maßabweichungen durch Verformung der gelieferten Binderschalungen beim Produktionsprozeß oder auf die produzierten Fertigteile bezogen habe.

Sodann führt das Berufungsgericht in einer ersten Hauptbegründung aus, es sei nicht ersichtlich, daß die Zusicherung sich auf die Maßgenauigkeit der gelieferten Binderschaltungen beim Produktionsprozeß beziehen sollte, eine derartige Vereinbarung könne den schriftlichen Unterlagen nicht entnommen werden (Hauptbegründung a).

Im Rahmen einer Hilfsbegründung unterstellt das Berufungsgericht sodann, daß die vereinbarten Toleranzen sich auf die zulässige elastische Verformung der Binderschaltung beim Produktionsprozeß beziehen sollten und leitet aus dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. Linder ab, daß die gelieferte Binderschaltung die von der Klägerin insoweit als vereinbart angesehene Toleranz aufweise (Hilfsbegründung a).

Seinen weiteren Erwägungen legt das Berufungsgericht zugrunde, daß sich die Maßgenauigkeit auf die mit der Binderschaltung hergestellten Betonfertigteile nach Abschluß des Produktionsvorgangs bezieht. Es verneint einen Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Nichterfüllung und stützt seine Auffassung auch insoweit auf eine Haupt- und eine Hilfsbegründung.

In einer zweiten Hauptbegründung folgt das Berufungsgericht der Auffassung des Landgerichts, die vereinbarte Maßgenauigkeit sei keine zugesicherte Eigenschaft im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB (Hauptbegründung b).

In seiner Hilfsbegründung unterstellt das Berufungsgericht, daß die Maßgenauigkeit der herzustellenden Beton-Fertigteile zugesichert war. Ein Schadensersatzanspruch stehe der Klägerin gleichwohl nicht zu, weil eine Berufung auf die Nichteinhaltung der zugesicherten Maßtoleranzen rechtsmißbräuchlich sei (Hilfsbegründung b).

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß das Berufungsgericht es unterlassen hat, den konkreten Vertragsinhalt festzustellen. Das wird nachzuholen sein.

a) Im Rahmen der ersten Hauptbegründung führt das Berufungsgericht aus, die Vereinbarung von Toleranzen erscheine erstmals im Angebot der Beklagten vom 24. März 1987 (Anlage K 2), das auf eine Besprechung vom 18. März 1987 (Anlage K 7) Bezug nehme. Im Angebot der Beklagten heiße es lediglich: "Toleranzen nach DIN". Auch im Schreiben vom 13. April 1987 (Anlage K 3) sei nicht dargestellt, worauf sich die erwähnten Toleranzen beziehen sollten. In der Bestellung vom 16. April 1987 (Anlage K 5) sei festgelegt, daß die Maßabweichungen die "Fertigteil-Toleranzen über die Gesamtabmessungen des Fertigteils" betreffen. Es werde damit ausdrücklich auf Maßabweichungen des Fertigteils, also des mit der Schalung herzustellenden Produkts, nicht aber auf Verformungen der Binderschalung abgestellt. Die Vertragsauslegung der Klägerin, daß Verformungen der Schalung beim Produktionsprozeß gemeint gewesen seien, ergebe sich auch nicht aus dem Zweck des Vertrages und der Eigenschaft der zu erbringenden Leistung. Soweit die Klägerin geltend mache, daß es auf eine geringstmögliche Toleranz der Schalungselemente angekommen sei, um so eine zusätzliche Verspannung mit Obergurten und

einen hohen zusätzlichen Arbeitsaufwand zu vermeiden, sei ein solcher Zusammenhang nicht gegeben, weil sich die Toleranzen in der Bestellung nach Wortlaut und Sinn lediglich auf Maßabweichungen des Fertigprodukts bezögen. Wegen des klaren Wortlauts habe der Senat es nicht für erforderlich gehalten, den angebotenen Zeugen dazu zu hören, ob durch eine technisch stabilere Binderschalung eine zusätzliche Verspannung mit Obergurten und ein dadurch bedingter zusätzlicher Arbeitsaufwand durch Einhaltung der vertraglich vereinbarten Toleranzen habe erspart werden sollen.

Es kann unentschieden bleiben, ob die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision durchgreifen, weil das Urteil aus noch darzulegenden anderen Gründen ohnehin aufgehoben werden muß. Bei der erforderlichen neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht den Vertragsinhalt festzustellen haben. Dabei hat es Gelegenheit, sich sowohl mit dem Berufungsvortrag der Klägerin zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarung als auch mit seinen Erwägungen auf BU 22-25 zu der Frage auseinanderzusetzen, ob das Vereinbarte auch "zugesichert" war. Für die Bestimmung des Vertragsinhalts könnte von Bedeutung sein, daß die Maßtoleranzen des Betonfertigteils nicht allein von der Werkleistung der Beklagten beeinflusst werden.

b) In seiner zweiten Hauptbegründung (Hauptbegründung b) führt das Berufungsgericht aus, die in dem Bestellschreiben vom 16. April 1987 (Anlage K 5) vereinbarten Toleranzen beträfen zwar die Brauchbarkeit und Tauglichkeit der von der Beklagten zu liefernden Binderschalung. Von der Beklagten sei aber diese Eigenschaft der Schalung nicht zugesichert

worden, denn aus den vorgelegten schriftlichen Unterlagen werde nicht erkennbar, daß die Klägerin besonderen Wert auf die Einhaltung der Maßtoleranzen gelegt und die Beklagte erklärt habe, das Werk werde diese Eigenschaften aufweisen. Aus den schriftlichen Unterlagen ergebe sich nicht zwingend, daß die im Bestellschreiben vom 16. April 1987 vereinbarten Fertigteil-Toleranzen "im Sinne einer Zusicherung zu verstehen" seien; aus dem Vertragswerk werde insbesondere nicht deutlich, daß ein Zusammenhang zwischen den Fertigteil-Toleranzen und der Erforderlichkeit von Verspannungen bestehe.

Im übrigen habe der Sachverständige Dr. Linder ausgeführt, Maßtoleranzen von 2 bis 3 mm seien technisch nicht möglich und auch nicht sinnvoll. Bei der Herstellung von Fertigteilen mit einer Höhe von 1,60 m seien mit vertretbarem kommerziellem Aufwand nur Toleranzen von 4 bis 6 mm erreichbar, nicht aber - wie vereinbart - von 2 bis 3 mm. Dies gelte für die streitgegenständliche Binderschalung auch dann, wenn sie "mit kommerziell vertretbarem Aufwand nachgebessert worden sei", wie das die Beklagte angeboten habe. Aus alledem schließt das Berufungsgericht, daß eine Maßtoleranz des Beton-Fertigteils von nicht mehr als 3 mm nicht "vereinbart gewesen sein kann und nicht gewollt war, weil derartige Maßtoleranzen nicht sinnvoll sind" (BU 25).

Die Revision rügt, die Klägerin habe durch Vernehmung des Zeugen H. unter Beweis gestellt, daß sie der Beklagten deutlich und eindeutig erkennbar erklärt habe, daß sie bei der Binderschalung auf die Einhaltung der Maßtoleranzen ganz besonderen Wert lege (GA Bd. 2 Bl. 219). Im übrigen habe die Klägerin weiterhin unter Beweis gestellt, daß es da-

rum gegangen sei, durch eine stabile Binderschaltung unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Toleranzen den Mehraufwand durch die Anbringung zusätzlicher Verspannungen mit Obergurten zu vermeiden (GA Bd. 2 Bl. 221, Zeugen- und Sachverständigenbeweis).

Die Rüge ist begründet.

Zusicherung im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB ist das vom Auftragnehmer gegebene und vom Auftraggeber angenommene Versprechen, das Werk mit einer bestimmten Eigenschaft auszustatten. Anders als im Kaufrecht ist es nicht erforderlich, daß der Auftraggeber zum Ausdruck bringt, er werde für alle Folgen einstehen, wenn die Eigenschaft nicht erreicht werde (BGH Urt. v. 17. Mai 1994 - X ZR 39/93 WM 1994, 1854, 1856 1. Sp.; BGHZ 96, 111, 115). Betrachtet man den durch die vorliegenden schriftlichen Unterlagen teilweise dokumentierten Verlauf der vorvertraglichen Verhandlungen und sodann die ausdrückliche Regelung in dem von beiden Parteien unterschriebenen Bestellschreiben vom 16. April 1987 (Anlage K 5), spricht viel dafür, eine zugesicherte Eigenschaft in dem vorbezeichneten Sinn anzunehmen. Das Angebotsschreiben der Beklagten vom 24. März 1987 (Anlage K 2) enthält zu den Toleranzen nur die allgemeine Angabe: Nach DIN. Dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 13. April 1987 (Anlage K 3) ist zu entnehmen, daß die Frage der Toleranzen vor der Auftragserteilung in einer Besprechung der Parteien erörtert worden und in dieser Besprechung eine genaue Festlegung der zulässigen Maßabweichungen erfolgt ist. Das deutet darauf hin, daß die Maßtoleranzen von der Klägerin als wesentlich angesehen wurden und die Beklagte dies erkannt

hat. Die besprochenen Toleranzen sind sodann in die von beiden Parteien unterzeichnete Auftragserteilung vom 16. April 1987 (Anlage K 5) aufgenommen worden. Der wiedergegebene Ablauf legt es nahe, daß die Klägerin auf die Einhaltung der Maßtoleranzen besonderen Wert legte und die Beklagte darauf eingegangen ist, die Binderschulung mit dieser Eigenschaft auszustatten und demzufolge die "Bestellung" der Klägerin vom 16. April 1987 unterzeichnet hat.

Im übrigen hätte das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus den angebotenen Beweis erheben müssen, weil nach gefestigter Rechtsprechung ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien dem Vertragswortlaut und jeder anderen Interpretation vorgeht (BGH Urt. v. 30. April 1992 - VII ZR 78/91 NJW 1992, 2489 r. Sp. m.N.; BGHZ 71, 75, 77 f.). Selbst wenn aus den schriftlichen Unterlagen nicht oder nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden kann, daß die Beklagte die Einhaltung bestimmter Maßtoleranzen zugesichert hat, wie das Berufungsgericht annimmt, hätte es sich durch Vernehmung des Zeugen Hierl Klarheit darüber verschaffen müssen.

c) Das Berufungsgericht geht mit dem Sachverständigen Dr. Linder davon aus, daß das Nachbesserungsangebot der Beklagten nicht geeignet war, die in der Bestellung vom 16. April 1987 genannten Maßtoleranzen von 2 bis 3 mm zu erreichen (BU 25). Dabei ist darauf hinzuweisen, daß es in erster Linie um die Breitentoleranz geht, die nach der von beiden Parteien unterschriebenen "Bestellung" vom 16. April 1987 +/- 2,0 mm betragen soll. Wenn diese Toleranz zugesich-

chert war, was revisionsrechtlich zu unterstellen ist, durfte die Klägerin das Nachbesserungsangebot der Beklagten ablehnen.

Ergänzend weist der Senat darauf hin, daß das Vorliegen einer Zusicherung nicht mit der Aussage des gerichtlichen Sachverständigen Dr. Linder verneint werden kann, Maßtoleranzen von 2 bis 3 mm seien technisch nicht möglich. Denn derjenige, der eine Eigenschaft eines Werks zusichert, haftet auch dann nach den §§ 633 f. BGB, wenn es technisch nicht möglich ist, dem Vertragsgegenstand die zugesicherte Eigenschaft zu verleihen (BGH, Urt. v. 10. Oktober 1985 - VII ZR 303/84 WM 1986, 43, 44 l. Sp. m.N.). Im übrigen rügt die Revision insoweit zu Recht, daß das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus den angebotenen Beweis (GA Bd. 2, 220) hätte erheben müssen, im Werk Gera der Klägerin sei eine bauartgleiche Binderschalung im Einsatz, welche die im Streitfall vereinbarten Maßtoleranzen einhalte. Die Revision rügt auch zu Recht, daß das Berufungsgericht den gerichtlichen Sachverständigen Dr. Linder von Amts wegen zu dieser unter Beweis gestellten Einwendung der Klägerin gegen das Ergebnis seiner Begutachtung hätte hören müssen (vgl. BGH, Urt. v. 6. März 1986 - III ZR 245/84 NJW 1986, 1928, 1930 r. Sp. unter Ziff. III, 1), denn es ist nicht ausgeschlossen, daß dieser aufgrund einer Überprüfung der erhobenen Einwendung zu einer anderen Auffassung gelangt wäre.

Es besteht ferner Anlaß zu folgendem weiterem Hinweis. Wenn der gerichtliche Sachverständige Dr. Linder Maßtoleranzen des Beton-Fertigteils von 2 bis 3 mm für technisch nicht möglich und nicht sinnvoll ansieht und darüber hinaus in

seinem Gutachten ausführt, daß auf die Maßabweichungen des Beton-Fertigteils außer der Verformung der Binderschalung zahlreiche von der Leistung der Beklagten nicht beeinflusste Faktoren von Einfluß seien, so könnte dies Anlaß bieten, bei der dem Tatrichter vorbehaltenen Vertragsauslegung in Erwägung zu ziehen, ob sich die in der Bestellung vom 16. April 1987 vereinbarten Maßabweichungen trotz der dafür sprechenden Formulierung im Bestellschreiben vom 16. April 1987 (Anlage K 5) nicht auf die absoluten Abweichungen der Beton-Fertigteile beziehen sollten, sondern auf die Verformungstoleranzen der von der Beklagten gelieferten Binderschalung im Produktionsprozeß, wie die Klägerin im Berufungsrechtszug vorgetragen hat.

d) In seiner Hilfsbegründung (Hilfsbegründung b) vertritt das Berufungsgericht die Auffassung, es stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn die Klägerin die Einhaltung der - wie das Berufungsgericht an dieser Stelle unterstellt - im Bestellschreiben vom 16. April 1987 zugesicherten Toleranzen von 2 bis 3 mm verlange, weil die Einhaltung dieser Maßgenauigkeit nach den Angaben des gerichtlichen Sachverständigen für die Klägerin keinen technischen Vorteil mit sich bringe. Es gehe nicht an, mit einem die jetzigen Nachbesserungskosten um mehrere 100 % übersteigenden Aufwand eine Minimierung der durch die angebotene Nachbesserung real erreichbaren Toleranzen anzustreben, zumal der Erfolg auch dieser aufwendigen Sanierung zweifelhaft bleiben müßte.

Auch diese Ausführungen tragen das angefochtene Urteil nicht.

Es stellt grundsätzlich keinen Rechtsmißbrauch dar, wenn der Besteller eines Werks darauf besteht, daß es der Unternehmer mit der von ihm zugesicherten Eigenschaft ausstattet. Derjenige, der eine Eigenschaft eines Werks zusichert, haftet - wie bereits ausgeführt ist - auch dann nach den §§ 633 f. BGB, wenn es technisch nicht möglich ist, dem Vertragsgegenstand die zugesicherte Eigenschaft zu verleihen (vgl. BGHZ 96, 111, 115; BGHZ 54, 236, 238); nach herrschender Meinung findet nämlich § 306 BGB keine Anwendung, wenn der Schuldner eine besondere Garantie für die Möglichkeit der Leistung übernommen hat (vgl. BGHZ 93, 142, 145 m.N.), was bei einer vom Unternehmer zugesicherten Werkeigenschaft der Fall ist. Ein Rechtsmißbrauch kann erst recht nicht darin gesehen werden, daß es dem Unternehmer nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist, das Werk mit der von ihm zugesicherten Eigenschaft auszustatten.

II. Da eine abschließende Entscheidung ohne weitere Sachaufklärung nicht möglich ist, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das

Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht und die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts verwiesen.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Melullis

Keukenschrijver