



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

X ZR 242/99

Verkündet am:  
9. Juli 2002  
Wermes  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Scharen, Keukenschrijver und die Richterin Mühlens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 28. Juli 1999 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus Werklieferungsvertrag auf Ersatz von Aufwendungen in Anspruch, die ihr durch Nachbesserungsarbeiten im

Wege der Ersatzvornahme entstanden sind. Die Beklagte macht widerklagend vertragliche Zahlungsansprüche geltend.

Die Klägerin benötigte für eine Außenfassade eines Bankhauses Glasscheiben. Mit Schreiben vom 3. Juli 1995 beauftragte sie die Beklagte mit der Herstellung und Lieferung von 110 geraden und 61 gebogenen Glasscheiben, wobei Einscheibensicherheitsglas mit pyrolitischer Beschichtung Verwendung finden sollte. Die Parteien trafen hinsichtlich der Toleranzen der gebogenen Glaselemente keine näheren Absprachen. Die Beklagte beauftragte ein Dritunternehmen mit der Herstellung der gebogenen Glasscheiben. Dieses teilte am 4. August 1995 mit, daß beim Biegen der Glasscheiben an den geraden Außenkanten Geradheitsabweichungen von bis zu 5,5 mm aufträten. In mehreren Schreiben wies die Klägerin die Beklagte unter anderem darauf hin, daß eine Toleranz von 5,5 mm auf der geraden Seite der Glasscheiben für sie nicht akzeptabel sei. Mit Schreiben vom 15. August 1995 erklärte die Beklagte, Geradheitsabweichungen von 5,5 mm lägen im Bereich der üblichen Toleranzen; eine größere Genauigkeit sei nicht zu erreichen. Weiter kündigte sie unter dem 29. August 1995 an, die Glaselemente nach den anerkannten Regeln der Technik mit den marktüblichen Toleranzen zu produzieren. Die Klägerin widersprach dem mit Schreiben vom 31. August 1995 und forderte erneut die Einhaltung von Dickentoleranzen von +/- 0,5 mm. Zugleich wies sie darauf hin, daß der Einbau von Fassadenelementen mit Dickentoleranzen von 5,5 mm schwierig sei, und behielt sich insoweit Gewährleistungsansprüche ausdrücklich vor. Mit Schreiben vom 7. September 1995 teilte die Klägerin mit, eine Verwendung der gebogenen Glaselemente sei aus den im Schreiben vom 25. August 1995 verdeutlichten Gründen nicht möglich; sie bestand auf einer Neulieferung der Scheiben in der mit Schreiben vom 31. August 1995 näher beschriebenen Qualität. Die Beklagte erwiderte mit Schreiben vom

12. September 1995, ein Mangel liege nicht vor. Mit Schreiben vom 22. September 1995 rügte die Klägerin weitere Mängel (Eindruckstellen, Vorspannung). Im März 1996 beauftragte die Klägerin ein anderes Unternehmen mit der Herstellung der gebogenen Glaselemente.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung der Ersatzvornahmekosten in Höhe von 145.555,41 DM. Die Beklagte hat widerklagend Forderungen aus verschiedenen Glaslieferungen an die Klägerin in Höhe von zuletzt 37.647,65 DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Das Landgericht hat mit Teilurteil vom 13. November 1997 die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte 12.729,63 DM nebst Zinsen zu zahlen. In Höhe eines Teilbetrages von 566,47 DM hat es die Widerklage abgewiesen. Durch Schlußurteil vom 30. April 1998 hat das Landgericht die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, einen weiteren Betrag von 24.336,49 DM nebst Zinsen zu zahlen; die weitergehende Widerklage hat es abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin das Schlußurteil abgeändert und die Klägerin zur Zahlung von 23.671,80 DM verurteilt. Das weitergehende Rechtsmittel der Klägerin gegen das Schlußurteil und ihre Berufung gegen das Teilurteil hat es zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist, Verurteilung der Beklagten und Abweisung der Widerklage. Die Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg; sie führt in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, zwischen den Parteien sei ein Werklieferungsvertrag zustande gekommen. Es liege zwar ein offener Einigungsmangel der Vertragsparteien vor. Dieser habe sich aber auf das Zustandekommen des Vertrages nicht ausgewirkt; denn die Parteien hätten sich trotz der noch offenen Punkte erkennbar vertraglich binden wollen. Dies greift die Revision nicht an. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

2. a) Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Nachbesserungskosten aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. verneint. Unter Hinweis auf das erhobene Sachverständigengutachten ist es zu dem Ergebnis gelangt, die von der Beklagten gelieferten Scheiben seien allerdings mangelhaft. Dazu hat es ausgeführt, ohne vertragliche Vereinbarung der Parteien komme es entscheidend darauf an, mit welcher Toleranz die Glaslieferung der Beklagten noch innerhalb des vertraglich Geschuldeten liege. Das richte sich nach dem Stand der Technik zur Zeit des Vertragsschlusses. Die von der Beklagten bewirkte Vertragsleistung weiche von den allgemein üblichen Toleranzwerten ab. Die generelle vertikale Verwerfung liege im Kantenbereich geringfügig über dem Toleranzwert, die horizontalen Verwerfungen bzw. Formabweichungen lägen hingegen deutlich über dem akzeptablen Bereich. Ein Anspruch auf Beseitigung dieses Mangels und etwaiger sonstiger Fehler der gelieferten Glas-

scheiben scheitere aber daran, daß die Klägerin die Beklagte nicht wirksam in Verzug gesetzt habe. Die Mahnung der Klägerin sei wegen erheblicher Zuviel-forderung unwirksam gewesen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen entsprächen Abweichungen von der geplanten Soll-Biegeform von etwa +/- 2-3 mm bezüglich der Länge und etwa +/- 2,4 bis 4,9 mm bezüglich der Geradheitstoleranzen der üblichen Herstellernorm. Die Klägerin habe nicht Neuherstellung der Elemente und ein Toleranzmaß von maximal +/- 0,5 mm fordern dürfen; dieses Maß habe außerhalb des technischen Standards gelegen.

b) Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat bei der Auslegung des Vertrages rechtliche Kriterien für die Bestimmung der geschuldeten Leistung außer acht gelassen und einen unzutreffenden Maßstab zugrunde gelegt.

aa) Die Leistung des Auftragnehmers ist nur vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarung schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk (BGH, Urt. v. 16.7.1998 - VII ZR 350/96, NJW 1998, 3707, 3708 m.w.N.). Haben die Parteien die Beschaffenheit des Werks nicht ausdrücklich vereinbart, ist ein für den vertraglich vorausgesetzten, d.h. den vom Besteller beabsichtigten und dem Unternehmer bekannten Gebrauch, hilfsweise ein für den gewöhnlichen, d.h. den nach Art des Werkes üblichen Gebrauch funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk geschuldet (Palandt/Sprau, BGB, 61. Aufl., § 633 Rdn. 2 a; vgl. auch BGHZ 139, 16, 18; BGH, Urt. v. 28.10.1999 - VII ZR 115/97, NJW-RR 2000, 309, 310). Der Unternehmer kann dabei eine vom Besteller geforderte vertragsgemäße Beschaffenheit auch schlüssig akzeptieren (vgl. Soergel/Teichmann, BGB, 12. Aufl., vor § 633

Rdn. 21). Eine Werkleistung kann sonach auch dann fehlerhaft sein, wenn bei der Errichtung des Werkes die für diese Zeit allgemein anerkannten Regeln der Technik beachtet wurden (BGHZ 139, 16, 18). Diese können bei der Beurteilung der Mangelfreiheit eines Werkes allenfalls dann Bedeutung gewinnen, wenn nach dem konkret abgeschlossenen Vertrag ein bestimmter Gebrauch des Werkes nicht vorausgesetzt wurde (vgl. Soergel/Teichmann, aaO, vor § 633 Rdn. 24).

bb) Danach ist das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts auf der Grundlage seiner Feststellungen fehlerhaft.

Das Berufungsgericht durfte nicht schon deswegen, weil es eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien zu den Toleranzen, die bei der Herstellung der gebogenen Glaselemente einzuhalten waren, nicht feststellen konnte, das vertraglich Geschuldete nach dem Stand der Technik bzw. dem allgemein Üblichen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmen. Der Vortrag der Klägerin, von dem in der Revisionsinstanz auszugehen ist, spricht dafür, daß nach dem von den Parteien geschlossenen Vertrag die Glaselemente so beschaffen sein mußten, daß sie problemlos in die Rahmen an der Fassade des Bankgebäudes eingefügt werden konnten, daß sie diese Beschaffenheit nicht besaßen und daher mangelhaft waren. Die Klägerin hat behauptet, die von der Beklagten gelieferten Fassadenelemente seien nicht ordnungsgemäß hergestellt und zum Einbau in das von der Klägerin betreute Bauvorhaben nicht geeignet gewesen. Sie hätten sich nicht in die Metallrahmen einsetzen lassen, weil die vertikalen Seitenkanten nicht gerade verlaufen seien, sondern eine Toleranz von 5 bis 6 mm aufgewiesen hätten. Der Beklagten sei der Einsatzbereich der Scheiben sowie die geplante Ausführung von Anfang an bekannt gewesen. Vor Ort und vor Auftragserteilung sei an dem

Bauvorhaben der S. Bank eine Musterfassade erstellt worden, in welche die Beklagte die erforderlichen Scheiben eingebaut habe. Der Beklagten seien vor Auftragserteilung sämtliche notwendigen Einzelheiten für die beabsichtigte Baumaßnahme bekannt gewesen. Das Berufungsgericht hat hierzu abweichende Feststellungen nicht getroffen.

Nach diesem damit zugrunde zu legenden Vorbringen war in dem Vertrag der Parteien zumindest stillschweigend vorausgesetzt, daß die Glasscheiben, insbesondere die Ausformung ihrer geraden Kanten, so beschaffen sein mußten, daß sie in die von der Klägerin herzustellende Rahmenkonstruktion, die der Beklagten genau bekannt war, eingefügt werden konnten. Da diese Beschaffenheit nach dem für die Revisionsinstanz maßgeblichen Vortrag der Klägerin nicht erreicht wurde, waren die gelieferten Scheiben ohne Rücksicht auf die zum Zeitpunkt des Vertragschlusses üblichen Toleranzen mangelhaft. Daß es technisch möglich war, die Glasscheiben so zu biegen, daß sie trotz (geringerer) Verwerfungen in die Rahmenkonstruktion eingebaut werden konnten, hat die Klägerin dargelegt. Sie hat vorgetragen, die von dem Drittunternehmen ersatzweise gelieferten gebogenen Scheiben seien ordnungsgemäß und mangelfrei gewesen; sie hätten, anders als die von der Beklagten gelieferten Scheiben, einen gleichbleibenden Radius und gerade Kanten gehabt und keine Eindruckstellen oder Welligkeit aufgewiesen.

cc) Da somit die Auslegung der Vereinbarung der Parteien fehlerhaft ist, besitzt der Senat keine hinreichende Grundlage für die Beurteilung der Frage, ob die Klägerin von der Beklagten Ersatz der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen verlangen kann oder ob - wie das Berufungsgericht meint - ein Verzug der Beklagten wegen Zuvielforderung der Klägerin aus-



scheidet. Bereits aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil insoweit keinen Bestand haben.

c) Die Revision rügt auch mit Erfolg, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Beklagte bereits vor Zugang der klägerischen Schreiben in Verzug geraten sei, weil sie ernsthaft und endgültig die Erfüllung des Vertrages verweigert habe, so daß auch ohne Mahnung Verzug eingetreten sei und es auf die Frage der Zuvielforderung nicht ankomme.

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerät der Schuldner auch dann in Verzug, wenn er sich ernsthaft und endgültig weigert, seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen. Auf dieser Grundlage ist die Aufforderung, innerhalb bestimmter Fristen Mängel zu beseitigen, entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmlichkeit wäre. Das gilt vor allem, wenn der Auftragnehmer seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet oder wenn er die Beseitigung des Mangels in anderer Weise ernsthaft verweigert (BGH, Urt. v. 15.3.1990 - VII ZR 311/88, NJW-RR 1990, 786, 787; BGH, Urt. v. 10.4.1991 - VIII ZR 131/90, NJW 1991, 1882, 1883). Dabei spielt es keine Rolle, aus welchen Gründen die Mängelbeseitigung verweigert wird. Auch im nachhaltigen Bestreiten eines Mangels, selbst noch im Prozeß, kann eine Ablehnung des Nachbesserungsverlangens gesehen werden (Sen.Urt. v. 28.3.1995 - X ZR 71/93, NJW-RR 1995, 939, 940).

bb) Nach dem Vortrag der Klägerin, der mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts im Revisionsverfahren als zutreffend zu unterstellen ist, hat die Subunternehmerin der Beklagten mit Telefax vom 4. August 1995 mitgeteilt, daß an den geraden Außenkanten der Scheiben Geradheitsabweichungen von bis zu 5,5 mm aufträten. Die Beklagte hat die Klägerin hier-

über mit Telefax vom 7. August 1995 informiert. Die Klägerin hat mit Schreiben vom 25. August 1995 eine Toleranz von 5,5 mm in der Planität der geraden Seiten der gebogenen Scheiben abgelehnt und auf der für den Einsatzzweck benötigten Qualität der Scheiben bestanden. Mit Schreiben vom 29. August 1995 hat die Beklagte bezugnehmend auf das klägerische Schreiben vom 25. August 1995 erwidert, die Scheiben würden mit den marktüblichen Toleranzen produziert, sie werde ihrer Subunternehmerin die Freigabe für das Verbiegen der Scheiben erteilen und diese sodann ausliefern, ohne konkret auf die Beanstandung der Klägerin einzugehen. Im Kontext mit dem Schreiben vom 15. August 1995 könnte dieser Hinweis auf die üblichen Toleranzen dahin verstanden werden, die Beklagte halte auch weiterhin an ihrer Auffassung fest, daß die Scheiben trotz der Geradheitstoleranzen von 5,5 mm von ihr als vertragsgemäß angesehen würden und sie keinen Anlaß sehe, Maßnahmen zur Verbesserung der Qualität der Scheiben zu ergreifen. Damit könnte die Beklagte es im Sinne der oben dargelegten Grundsätze nachhaltig abgelehnt haben, eine Nachbesserung vorzunehmen. Mit dem Schreiben vom 12. September 1995 hat die Beklagte weiter eine Reklamation abgelehnt. Sie hat zum Ausdruck gebracht, daß sie nicht verpflichtet sei, Mängel zu beheben. Auch diese Erklärung könnte im Zusammenhang mit dem den früheren Schreiben als endgültige Erfüllungsverweigerung der Beklagten aufzufassen sein, so daß die Beklagte auch ohne Mahnung in Verzug gekommen wäre.

Feststellungen hierzu, die eine abschließende Beurteilung der Frage zuließen, ob das Bestreiten eines Mangels hinsichtlich der Toleranzen durch die Beklagte als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung aufzufassen ist, hat das Berufungsgericht nicht getroffen, so daß dem Senat eine abschließende Entscheidung verwehrt ist.

II. Die Revision der Klägerin erweist sich auch hinsichtlich der Widerklage als begründet.

1. Das Berufungsgericht hat die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung von 23.671,80 DM verurteilt. Dabei ist es davon ausgegangen, daß aufgrund der Parteiabrede sämtliche streitigen Forderungen und Gegenforderungen der Parteien abzurechnen waren. Diesen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts greift die Revision nicht an.

2. a) Das Berufungsgericht hat sodann die noch offenen Restbeträge aus acht Rechnungen der Beklagten geprüft und einen offenen Betrag von insgesamt 23.671,80 DM errechnet. Das Verteidigungsvorbringen der Klägerin gegen die Forderungen der Beklagten hat es als Aufrechnungsforderungen der Klägerin oder als Behauptung einer inkorrekten Rechnungsstellung gewertet und den Einwand der Klägerin mangels Darlegung und Nachweises als nicht begründet angesehen.

Dies beanstandet die Revision mit Erfolg. Das Berufungsgericht hat die von ihm als Abrechnungsverhältnis bezeichnete Beziehung der Parteien nicht qualifiziert und offen gelassen, ob das Verteidigungsvorbringen der Klägerin als Aufrechnung mit Bereicherungsansprüchen wegen Überzahlungen oder als Bestreiten der von der Beklagten behaupteten Ansprüche aufzufassen ist.

Die Klägerin, von deren Vorbringen mangels Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist, hat vorgetragen, die von ihr vorgelegte Aufstellung für den Zeitraum vom 27. Januar 1993 bis zum 18. Juli 1996 umfasse sämtliche Forderungen und Rechnungen der Beklagten an sie und deren buchhalterische Erfassung und Tilgung. Hieraus ergebe sich ein Saldo zu ihren

Gunsten in Höhe von 1.526,29 DM. Das Berufungsgericht hätte deshalb im einzelnen prüfen müssen, wie das Vorbringen der Klägerin gegenüber den acht noch offenen Rechnungen, die Gegenstand der Widerklage bilden, und ihre Vorgehensweise bei ihrer Abrechnung zu beurteilen ist, ob und in welcher Höhe die Klägerin die einzelnen von der Beklagten behaupteten Forderungen dem Grunde und der Höhe nach bestreitet und wer auf dieser Grundlage die Darlegungs- und Beweislast der streitigen Forderungen und Abzüge trägt. Da das Berufungsgericht dies nicht getan hat, führt dies hinsichtlich der Widerklage zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

III. Daher ist das angefochtene Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist. Insoweit ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu befinden hat. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung gegebenenfalls nach weiterem Vortrag der Parteien zu prüfen haben, ob das Bestreiten eines Mangels durch die Beklagte als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung aufzufassen sein könnte. Sollte dies der Fall sein, wäre die Beklagte auch ohne Mahnung in Verzug gekommen, so daß die Klägerin einen Anspruch auf Ersatz der Nachbesserungskosten hätte. Hinsichtlich der Widerklage wird das Berufungsgericht zunächst das Abrechnungsverhältnis der Parteien zu klären haben. Sollte sich erweisen, daß die Parteien eine Gesamtabrechnung der jeweils eingegangenen Zahlungen unter Berücksichtigung der Gutschriften und Belastungen vereinbart haben, wird das Berufungsgericht sodann unter Beachtung der Darlegungs- und Beweislast erneut zur Widerklage zu entscheiden haben.

Melullis

Jestaedt

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens