

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

250

2229 022

BGB §§ 242 Ba, 346, 347, 351, 433

Hat der Käufer nach berechtigter Ausübung eines ihm vertraglich eingeräumten Rechts, wegen Mängeln der Kaufsache von dem Vertrage zurückzutreten, diese ganz oder teilweise längere Zeit weiterbenutzt, so ist es ihm allein deswegen noch nicht grundsätzlich versagt, sich darauf zu berufen, daß seine Verpflichtung zur Zahlung des restlichen Kaufpreises durch den Rücktritt vom Vertrage entfallen ist. Dies kann selbst dann der Fall sein, wenn der Kaufgegenstand durch die weitere Benutzung wesentlich verschlechtert worden ist.

BGH, Urt. v. 29. September 1960 - VIII ZR 135/59 - OLG Hamm

Verkündet am 29. September 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma G. [REDACTED]-Getriebe KG in La [REDACTED], D [REDACTED]straße 1, ver-
treten durch ihren persönlich haftenden allein vertretungs-
berechtigten Gesellschafter Fabrikant Anton V [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma E. L. [REDACTED]-Werkzeugmaschinenfabrik in Lü [REDACTED] i. V. d.,
Alleininhaberin Frau Emilie L. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 20. September 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel
und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Hamm vom 25. Mai 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin erzeugt Drehbänke in verschiedener Ausführung. Die Beklagte stellte Zahnräder und Getriebe her. Sie hatte im Jahre 1952 auf der Industriemesse in Hannover eine von der Klägerin entwickelte Drehbank besichtigt, deren technische Neuerung insbesondere in einer elektronischen Steuerung bestand. Die Beklagte hatte Bedenken, ob die Maschine ihren Anforderungen genügen würde und erkundigte sich bei der Firma We [REDACTED] in B [REDACTED], die in den Jahren 1950 und 1951 mehrere nicht elektronisch gesteuerte Drehbänke von der Klägerin bezogen hatte, über die Erfahrungen mit den Drehbänken. Da die Auskunft der Firma We [REDACTED] die Beklagte nicht befriedigte, bat sie mit Schreiben vom 27. September 1952 die Klägerin um rückhaltlose Aufklärung darüber, ob es sich bei den seinerzeit bei der Firma We [REDACTED] aufgetretenen Schwierigkeiten um sogenannte Kinderkrankheiten gehandelt habe, die jetzt mit Sicherheit überwunden seien, oder ob solche Schwierigkeiten auch heute noch möglich seien. Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 29. September 1952, in dem sie u.a. mitteilte, die Firma We [REDACTED] habe nach den früheren Bestellungen nunmehr am 3. Juli 1952 wiederum zwei Drehbänke der Type LSD/GR "Elektronik" bestellt, die in dieser Woche zum Versand kommen würden. Nunmehr erteilte die Beklagte mit Schreiben vom 1. und 4. Oktober 1952 der Klägerin den Auftrag auf Lieferung einer L [REDACTED]-Super-Drehbank Elektronik Type LSD/GR mit hydraulischer Kopiereinrichtung. Dem Angebot der Klägerin lagen allgemeine Bedingungen für Lieferung von Werkzeugmaschinen zugrunde, die im wesentlichen den Bedingungen des ehemaligen Vereins deutscher Werkzeugmaschinenfabriken e.V. (VDW) entsprechen. In Abweichung von diesen allgemeinen Lieferungsbedingungen gab jedoch die Klägerin eine einjährige Garantie für Mängel der Lieferung. Nach § 7 Nr.5 der Bedingungen ist der Lieferer zur Beseitigung von Mängeln nicht verpflichtet, solange der Besteller seine Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllt. § 8 der Bedingungen lautet:

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



"Der Besteller hat ein Rücktrittsrecht, wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Beseitigung eines von ihm zu vertretenden Mangels fruchtlos hat verstreichen lassen, oder wenn die Ausbesserung oder die Beschaffung eines geeigneten Ersatzstückes unmöglich ist, oder wenn die Beseitigung eines dem Lieferer nachgewiesenen Mangels von ihm verweigert wird; alle anderen Ansprüche des Bestellers sind ausgeschlossen, insbesondere alle Ansprüche auf Schadensersatz."

Mit Schreiben vom 13. Oktober 1952 hat die Beklagte unter Hinweis auf erhaltene Auskünfte, die sie nicht ganz befriedigt hätten, die Klägerin erneut um Aufklärung, falls irgendwelche Fragen hinsichtlich der technischen Funktion der Drehbank nicht zufriedenstellend geklärt sein sollten. Darauf antwortete die Klägerin unter dem 16. Oktober 1952, die Beklagte brauche keine Kinderkrankheiten zu befürchten, da, wie es in dem Schreiben wörtlich heißt, "unsere Drehbänke sich auch nach jahrelangem, hochbeanspruchten Betrieb bewährt haben". Der Preis für die bestellte Maschine betrug laut Rechnung der Klägerin vom 28. Oktober 1952 insgesamt 27 206 DM. Hierauf leistete die Beklagte bereits vor Lieferung der Maschine gemäß besonderer Vereinbarung eine Anzahlung von 16 000 DM, während der Rest 30 Tage dato Faktura bezahlt werden sollte. Die Maschine wurde der Beklagten am 4. November 1952 geliefert. Nach ihrer Inbetriebnahme traten Störungen auf. Die Beklagte beanstandete bereits Ende November 1952, daß die Drehbank nicht einwandfrei arbeite, rügte ferner u.a. mit Schreiben vom 6. Januar 1953, daß die Konstruktion leider doch Kinderkrankheiten aufweise, und gab mit Schreiben vom 7. Januar 1953 der Klägerin bekannt, welche Mängel im einzelnen sich bei der Drehbank gezeigt hätten. Nach Erledigung einiger Beanstandungen verlangte die Beklagte mit Schreiben vom 9. Februar 1953 die Beseitigung der noch bestehenden näher bezeichneten Mängel bis zum 20. Februar 1953. Schließlich erklärte sie mit Schreiben des von ihr beauftragten Rechtsanwalts vom 22. Oktober 1953 unter Bezugnahme auf ein Gutachten des

Oberingenieurs Otto D. [REDACTED] vom 21. Oktober 1953 den Rücktritt von dem Vertrag und durch Schreiben vom 27. Oktober 1953 die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung.

Die Beklagte hatte der Klägerin bereits mit Schreiben vom 25. September und 3. Oktober 1953 angekündigt, daß sie die Maschine plombieren und nicht weiterbenutzen werde. Nachdem die eingeleiteten Vergleichsverhandlungen im Frühjahr 1954 gescheitert waren, nahm indes die Beklagte die Drehbank wieder in Betrieb, wobei sie nach ihrer Darstellung jedoch alsbald die Kopieranlage und bald darauf auch die Elektronik ausbaute und anstelle der Elektronik einen regelbaren Drehstromschleifringläufermotor mit Schaltgeräten einbaute. Inzwischen hatte sie sich außerdem zum Ersatz der von der Klägerin gelieferten und nicht vollzeiteinsatzfähigen Drehbank eine andere Maschine angeschafft. Die beanstandete Drehbank will sie nach der Wiederinbetriebnahme nur von Fall zu Fall und lediglich für leichte Dreharbeiten in Einzelanfertigung bei Bedarf stundenweise benutzt haben.

Die Klägerin hat mit der im Dezember 1955 erhobenen Klage Bezahlung des restlichen Kaufpreises sowie weiterer Rechnungsbeträge, und zwar insgesamt 12 545,70 DM nebst Zinsen gefordert.

Die Beklagte hat sich auf die Anfechtung des Vertrages und den erklärten Rücktritt berufen und geltend gemacht, die Klägerin sei gar nicht in der Lage gewesen, die Beanstandungen zu beheben, da die Mängel der Maschine auf Fehler der Bauart und Konstruktion zurückzuführen seien. Deshalb habe auch die ihr von der Klägerin besonders zugesicherte Leistung der Maschine nicht erreicht werden können. Das Schreiben der Klägerin vom 29. September 1952 sei in der Art seiner Abfassung auf Täuschung abgestellt. Sie habe damit offensichtlich den Eindruck erwecken wollen, daß an die Firma We [REDACTED] auch früher schon elektronenge-

steuerte Drehbänke geliefert und weitere zwei Elektronenbänke nachbestellt worden seien. In Wahrheit seien zu jener Zeit nur die üblichen normalen Fabrikationsdrehbänke alten Typs geliefert worden. Es sei der Beklagten aber gerade daran gelegen gewesen, etwas über die von der Firma We [REDACTED] gesammelten Erfahrungen mit der Elektronik-Drehbank zu erfahren. Hätte die Klägerin wahrheitsgemäß erklärt, daß bei der Firma We [REDACTED] eine Elektronik-Bank noch nicht aufgestellt worden sei und die Klägerin mit konkreten Erfahrungen nicht dienen könne, so würde die Beklagte keine Super-Drehbank "Elektronik" bestellt haben. Das Schreiben der Klägerin vom 16. Oktober 1952 bilde einen wesentlichen Bestandteil ihrer Zusicherungen und habe ebenfalls zur Täuschung der Beklagten beigetragen. Es habe sich herausgestellt, daß die Drehbank in Wirklichkeit nicht eine bewährte Neuerung gewesen sei.

Die Klägerin hat erwidert, ihr habe eine Täuschung der Beklagten ferngelegen. Die aufgetretenen Mängel seien entweder beseitigt worden oder auf Bedienungsfehler zurückzuführen. Mit der Beseitigung von Mängeln habe sie schon deshalb nicht in Verzug geraten können, weil die Beklagte den Restkaufpreis nicht vereinbarungsgemäß bezahlt habe. Die Beklagte könne sich aber auch deshalb nicht auf den erklärten Rücktritt berufen, weil sie die Maschine später weiterbenutzt habe.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 11 718,65 DM nebst Zinsen verurteilt und die Mehrforderung abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie hat in erster Reihe die Abweisung der Klage im Umfange ihrer Verurteilung erstrebt und hilfsweise beantragt, sie zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Lieferung und Einbau einer einwandfrei arbeitenden Elektronik- und einer Kopieranlage in die am 4. November 1952 von der Klägerin gelieferte Drehbank zu verurteilen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte die im Berufungsverfahren gestellten Anträge weiter, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht hat in erster Reihe geprüft, ob die durch Schreiben des Rechtsanwalts der Beklagten vom 27. Oktober 1953 erklärte Anfechtung des Kaufvertrages begründet ist. Es verneint in Übereinstimmung mit dem Landgericht, daß die Beklagte zur Bestellung der mit Elektronik und Kopiereinrichtung ausgestatteten Drehbank durch eine arglistige Täuschung der Klägerin bestimmt worden sei. Seine Beurteilung des Schreibens vom 29. September 1952 wird von der Revision nicht angegriffen. Sie bemängelt zwar allgemein, daß das Berufungsgericht zu den schwerwiegenden, in der Berufungsbegründung im einzelnen vorgetragenen Mängeln der gelieferten Drehbank keine Stellung genommen habe. In dieser Ausführung ist aber kein schlüssiger Angriff gegen die Würdigung des Schreibens der Klägerin vom 29. September 1952 zu erblicken.

2. Die Revision wendet sich ferner gegen Ausführungen im Berufungsurteil, die das Schreiben der Klägerin vom 16. Oktober 1952 betreffen. Das Berufungsgericht stellt zwar fest, daß dieses Schreiben für den Entschluß der Beklagten, den Liefervertrag abzuschließen, nicht mehr entscheidend gewesen ist, meint jedoch, daß es eine bindende Ergänzung des Vertrages darstelle und für den Entschluß der Beklagten, die Anzahlung zu leisten, maßgeblich gewesen sei. Es führt in diesem Zusammenhang aus: Die Erklärung der Klägerin in dem Schreiben vom 16. Oktober 1952, daß die Beklagte bei der zu liefernden Drehbank keine Kin-

derkrankheiten zu befürchten habe, da sich ihre Drehbänke auch noch nach jahrelangem hochbeanspruchten Betrieb bewährt hätten, enthalte keine konkreten Zusicherungen von Eigenschaften, sondern lediglich bloße persönliche Werturteile der Klägerin. Die Bedeutung der Äußerung hänge völlig davon ab, was man unter Kinderkrankheiten und Bewährung verstehe. Das könne bei jedem Beurteiler anders sein. Im vorliegenden Falle fehle es an jedem Anhalt dafür, daß diese Erklärungen der Klägerin ausnahmsweise nicht nur als allgemeine Güteangabe, sondern in einem ganz bestimmten tatsächlichen Sinn als echte Tatsachenbehauptungen gemeint gewesen seien und von der Beklagten nur so hätten verstanden werden können. Der Inhalt der Anfrage der Beklagten vom 27. September 1952 bezüglich der an die Firma We■■■■ gelieferten Drehbänke gebe zu einer anderen Beurteilung schon deshalb keinen Anlaß, weil es sich dabei um Drehbänke anderer Art, nämlich des Typs LSD/EV ohne Elektronik, gehandelt habe. Daraus, daß die Beklagte, wie der Klägerin bekannt gewesen sei, nur eine ausgereifte, voll einsatzfähige Drehbank habe erwerben wollen, habe sich gleichfalls keine genaue tatsächliche Festlegung der von der Klägerin gebrauchten Begriffe "keine Kinderkrankheiten zu befürchten" und "auch nach jahrelangem hochbeanspruchten Betrieb bewährt" ergeben; denn auch, was man unter ausgereift und voll einsatzfähig zu verstehen habe, könne bei einer Drehbank der in Rede stehenden Art nicht in tatsächlicher Hinsicht objektiv genau festgelegt werden, sondern sei Sache des jeweiligen Beurteilers je nach den Anforderungen, die er gerade in diesem Punkte stelle. Diese Anforderungen könnten bei einem so komplizierten Produkt der Technik wie der gelieferten Drehbank im Hinblick auf die ständige "Weiterentwicklung des technischen Fortschritts" und wegen der Verschiedenheit der Maßstäbe der Benutzer einer solchen Maschine ganz verschieden sein. Daher habe sich auch aus der Forderung der Beklagten nach einer ausgereiften, voll einsatzfähigen Maschine nicht ergeben, daß die vorerwähnten Erklärungen der Klägerin mehr als bloße Werturteile gewesen seien.

Die Revision meint, das Schreiben der Klägerin vom 16. Oktober 1952 enthalte auch die tatsächliche Mitteilung, daß die Drehbänke der Klägerin sich noch nach jahrelangem hochbeanspruchten Betrieb bewährt hätten, also keine Beanstandungen erfolgt seien. Dabei handle es sich nicht um Werturteile, sondern um tatsächliche Behauptungen.

Mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben. Denn das Schreiben hat, wie das Berufungsgericht feststellt, die Beklagte nicht bestimmt, die Maschine zu bestellen und den Kaufvertrag abzuschließen. Selbst wenn man aber mit dem Berufungsgericht annimmt, die Angaben in diesem Schreiben seien Vertragsbestandteil geworden und der Vertrag sei daher mit diesem Inhalt zustande gekommen, so könnte möglicherweise zwar eine in dem Schreiben liegende Täuschung noch die Anfechtung des Vertrages im ganzen begründen. Darauf kommt es jedoch deshalb nicht an, weil es an einer schlüssigen Darlegung dafür fehlt, daß sich die tatsächliche Behauptung, die Drehbänke hätten sich in jahrelanger Benutzung bewährt, auch auf Drehbänke mit elektronischer Steuerung beziehen sollte. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß es sich damals bei dieser Ausstattung der von der Klägerin hergestellten Drehbänke um eine technische Neuerung gehandelt hat. Unter diesen Umständen kann der Hinweis auf die Bewährung der Drehbänke trotz jahrelanger Beanspruchung nur auf Drehbänke der Klägerin ohne diese Neuerung bezogen werden. Hinzukommt, daß nach der eigenen Darstellung der Beklagten es sich bei der Ausstattung der Drehbänke der Klägerin mit einer elektronischen Steuerung um eine leicht auswechselbare Einrichtung handeln soll und daß die Beklagte die gelieferte Drehbank nach Ausbau der Elektronik als einfache Drehbank hat weiterbenutzen können. Deshalb ist im Ergebnis aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in dem Schreiben vom 16. Oktober 1952 keine arglistige Täuschung der Beklagten gefunden und auch in diesem Zusammenhang eine Prüfung der tatsächlichen Mängel der gelieferten Drehbank nicht für erforderlich gehalten hat.

3. Das Berufungsgericht hat ferner unterstellt, daß die Behauptung der Beklagten richtig sei, die Klägerin habe ihr zugesichert, mit der Drehbank könnten vermöge ihrer elektronischen Steuerung und ihrer Kopiereinrichtung 1000 Wellen pro Monat gedreht werden, und ferner, daß die Drehbank der Beklagten diese Leistung nicht erreicht habe. Es meint jedoch, es lasse sich nicht feststellen, daß die Klägerin durch diese Erklärung die Beklagte über Eigenschaften der gelieferten Drehbank arglistig getäuscht habe, selbst wenn sie die Mängel, welche die Beklagte behauptete, haben sollte. Denn es sei nicht erwiesen, daß die Klägerin insoweit bewußt und damit vorsätzlich, also arglistig, etwas Falsches erklärt habe. Es sei davon auszugehen, daß sie damit gerechnet habe, die Drehbank werde diese Leistung erreichen, und daß sie also höchstens fahrlässig zuviel versprochen habe. Eine bewußt falsche Zusage dieser Art wäre für die Klägerin völlig sinnlos gewesen. Die etwaige Unrichtigkeit der Zusage wäre spätestens alsbald nach der Lieferung und Ingebrauchnahme der Drehbank offenbar geworden und hätte schon nach § 8 der Allgemeinen Lieferbedingungen ein Recht auf Rücktritt vom Vertrag gegeben. Im übrigen habe die Klägerin der Beklagten bereits mit Schreiben vom 16. Oktober 1952, also nur 12 Tage nach der Bestellung, angeboten, sich die Drehbank bei ihr vorführen zu lassen, auch habe sie der Beklagten schon vor Vertragsabschluß außer der Firma Werner die Firmen H. Ni [REDACTED] Söhne und Fritz F [REDACTED] als Referenzen angegeben, bei denen sich die Beklagte nach der Güte ihrer Drehbänke habe erkundigen sollen. Das habe die Gefahr mit sich gebracht, daß die Unrichtigkeit der erwähnten Zusicherung schon vor Abschluß des Vertrages oder vor Lieferung entdeckt werden würde. Außerdem führt das Berufungsgericht noch weitere Umstände an, die gegen eine Arglist auf Seiten der Klägerin sprechen sollen.

Die Revision meint, die Beweisführung des Berufungsgerichts sei nicht zwingend. Die Klägerin könne gehofft

haben, die genannten Referenzfirmen würden sie nicht belasten oder die Beklagte werde nicht an sie herantreten. Mit dieser Erwägung kann die Revision nicht gehört werden. Denn es kommt nicht darauf an, ob das Oberlandesgericht in diesem Zusammenhang zwingende Erwägungen angestellt hat. Es genügt, daß es möglich ist, aus den angeführten Umständen zu schließen, daß eine Arglist der Klägerin nicht vorliege. Das Berufungsgericht hat mit seinen Erwägungen auch keine Denkgesetze verletzt, wie die Revision meint, es hat vielmehr im Rahmen seines richterlichen Ermessens gehandelt, wenn es auch erwogen hat, die Klägerin hätte damit rechnen müssen, eine Unrichtigkeit ihrer Erklärung werde sich alsbald herausstellen. Mögen im vorliegenden Falle besonders hohe Anforderungen an die Wahrheitspflicht des Verkäufers zu stellen sein, so fehlt es doch an einem Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt, wie die Revision meint, verkannt hat.

Die Revision der Beklagten kann daher, soweit sie sich auf die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung stützt, nicht durchdringen.

II. Das Berufungsgericht unterstellt bei der Prüfung des Rücktrittsrechts der Beklagten aus § 8 der Lieferungsbedingungen, daß die Beklagte das Recht erlangt hatte, von dem Vertrag zurückzutreten. Es läßt offen, ob sie auf das Rücktrittsrecht verzichtet und durch die Weiterbenutzung der Drehbank eine wesentliche Verschlechterung der Kaufsache verschuldet hat. Auch wenn all das nicht der Fall sein sollte, so führt das Berufungsgericht aus, müsse jedenfalls eine Verwirkung der Rücktrittsrechte der Beklagten angenommen werden, da ihr infolge ihres Verhaltens nach Treu und Glauben die Berufung auf diese Rechte zu versagen sei. Dazu stellt das Berufungsgericht fest, die Beklagte habe zwar, nachdem die Klägerin trotz Aufforderung zur Mängelbeseitigung durch das Schreiben der Beklagten vom 9. Februar 1953 die behaupteten Mängel nicht

beseitigt hatte, im Herbst 1953 die gelieferte Maschine stillgelegt und plombiert, wie sie dies der Klägerin bereits durch Schreiben vom 25. September und 3. Oktober 1953 angekündigt gehabt habe. Nachdem die anschließenden Vergleichsverhandlungen der Parteien im April 1954 gescheitert^{gewesen} seien und die Klägerin nichts mehr habe von sich hören lassen, habe die Beklagte jedoch, ohne die Klägerin davon zu unterrichten, die Drehbank alsbald wieder in Benutzung genommen. Sie habe die Drehbank zunächst mit Elektronik und später ohne diese laufend bis in die jüngste Zeit benutzt. Durch dieses Verhalten habe sie sich in so starkem Maße in Widerspruch zu ihrer früheren Rücktrittserklärung gesetzt, daß sie die Klägerin nicht mehr an den Rechtsfolgen des Rücktritts festhalten könne und sich überhaupt nicht mehr auf ein Rücktrittsrecht wegen der behaupteten Mängel berufen dürfe. Dabei geht das Berufungsgericht davon aus, der Anspruch des Käufers aus der Rücktrittserklärung sei mit dem Weitergebrauch einer fehlerhaften Sache ebensowenig vereinbar wie der Anspruch des Käufers im Falle des Wandlungsbegehrens.

Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt ist zu dem Berufungsurteil folgendes zu bemerken:

Der Rücktritt ist nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat (§ 351 BGB) oder wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat (§ 352 BGB). Ein Verschulden nach der Rücktrittserklärung ist für § 351 BGB unerheblich (RGZ 71, 276, 277; vgl. RGZ 74, 79, 83). Die Vorschrift des § 351 findet gemäß § 467 auch auf die Wandlung entsprechende Anwendung. Das besagt, daß ein Verschulden im Sinne des § 351 BGB nach Vollziehung der Wandlung ebenfalls unerheblich ist. Demgemäß ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß der Weitergebrauch einer fehlerhaften Sache

grundsätzlich mit dem Begehren auf Wandlung nicht vereinbar ist. Tritt hierdurch vor Vollziehung der Wandlung eine wesentliche Verschlechterung der Sache ein, so kann sich der Wandlungsverpflichtete schon gemäß § 467 i.V. mit § 351 BGB auf den Wegfall seiner Verpflichtung berufen, es sei denn, daß dem Berechtigten Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen, die der Annahme entgegenstehen, der Käufer habe die Verschlechterung der Sache im Sinne des § 351 BGB verschuldet. Aber auch abgesehen von dem Fall einer schuldhaften Verschlechterung der mangelhaften Kaufsache kann in dem Weitergebrauch durch den Käufer - vor Vollziehung der Wandlung - der Ausdruck des Willens gesehen werden, den Gegenstand zu behalten, wenn das Verhalten des Käufers objektiv nach Treu und Glauben im Verkehr so zu würdigen ist. Wenn jedoch besondere Umstände die Annahme einer Aufgabe des Rechts auf Wandlung ausschließen, so kann dessen ungeachtet eine Verwirkung dieses Rechts angenommen werden, wenn dem Käufer nach Treu und Glauben die Berufung auf den Anspruch auf Wandlung zu versagen ist (Urteil des erkennenden Senats vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 158/57 - LM BGB § 467 Nr.2 = MDR 1958,766 = NJW 1958,1773). Wenn das Berufungsgericht auf die Rechtsprechung verweist, die sich mit der Verwirkung des Anspruches im Falle des Wandlungsbegehrens befaßt, so ist zu beachten, daß es sich in den angeführten Fällen um den Anspruch auf Wandlung, nicht aber um die Rechtslage gehandelt hat, die entsteht, wenn die Wandlung vollzogen ist. Im vorliegenden Fall steht nicht ein Weitergebrauch der Maschine vor Rücktrittserklärung in Frage, sondern es handelt sich darum, ob die aus der Rücktrittserklärung entstandenen Rechte dem Rücktrittsberechtigten dadurch verloren gehen können, daß er die Kaufsache wieder in Benutzung genommen hat. Das Berufungsgericht hat dies angenommen und begründet seine Rechtsauffassung damit, daß der Käufer in einem solchen Falle sein Rücktrittsrecht verwirkt habe.

Bei Untersuchung dieser Frage ist zunächst hervorzuheben, daß sich die Verwirkung eines Rechts im Rahmen des

§ 242 BGB als Unterfall der wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung darstellt (RG HRR 1939 Nr.882 = DR 1939,1002). Mit der Verwirkung soll die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten gegenüber dem Verpflichteten ausgeschlossen werden (BGHZ 25,47, 51,52). Eine Verwirkung von Rechten aus einer wirksamen Rücktrittserklärung könnte also angenommen werden, wenn die Folgen der Rücktrittserklärung illoyal verspätet geltend gemacht werden, z.B. wenn der Verpflichtete angesichts der Umstände nicht mehr mit der Geltendmachung dieser Rechte zu rechnen brauchte (vgl. auch Siebert, Treu und Glauben, Erläuterungen zu § 242 Nr.174). Maßgebend ist insoweit, ob bei objektiver Beurteilung der Verpflichtete aus dem Verhalten des Berechtigten hat entnehmen dürfen, daß dieser das Recht nicht mehr geltend machen wolle, ob er sich also darauf hat einrichten können, daß er mit der Rechtsausübung durch den Berechtigten nicht mehr zu rechnen brauche (BGH aaO S.52; RGZ 155,149,152). Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt hat das Reichsgericht auch mehrfach ausgesprochen, daß sowohl das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 325, 326 BGB als auch im allgemeinen ein vertraglicher Rücktritt nach Treu und Glauben jedenfalls im kaufmännischen Geschäftsleben für den Regelfall in angemessener Frist ausgeübt werden muß. Der Berechtigte dürfe den Gegner nicht allzu lange im Ungewissen lassen. Unter diesem Gesichtspunkt könne, wenn der Berechtigte in illoyaler Weise lange mit der Rücktrittserklärung warte, auf einen Verzicht auf das vertragliche Rücktrittsrecht geschlossen werden (RGZ 107,106,109; vgl. auch RGZ 91,108; 88,143,146). Auch wenn objektive Umstände gegen einen Verzichtswillen des Berechtigten sprechen (vgl. BGHZ 25,47,52), kann dessen ungeachtet eine Verwirkung des Rücktrittsrechts eintreten, da insoweit eine nach Treu und Glauben ausgerichtete Bewertung maßgebend ist.

Wenn das Berufungsgericht eine Verwirkung der Rechte der Beklagten aus berechtigtem Rücktritt annimmt, so hat

es dabei allerdings ersichtlich keine Verwirkung im Sinne der vorstehenden Ausführungen gemeint, sondern, wie sich aus seinen Darlegungen in diesem Zusammenhang ergibt, eine unzulässige Rechtsausübung angenommen, weil sich die Beklagte zu ihrer früheren Rücktrittserklärung in Widerspruch gesetzt habe. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt muß jedoch nach Ausübung des Rücktrittsrechts davon ausgegangen werden, daß die gerechtfertigte Ausübung des Rechts das durch den Kaufvertrag begründete gegenseitige Schuldverhältnis beseitigt oder mindestens dahin umgestaltet hat, daß die Parteien nunmehr verpflichtet sind, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (RGZ 71,276,277). Soweit noch keine Leistungen erbracht waren, also hinsichtlich der Klageforderung, wirkt der Rücktritt, wenn er berechtigt war, unmittelbar als Beendigungsgrund (Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153 (1954) S.97, 106 FuBn.47). Der einmal erklärte Rücktritt wird nicht einmal dadurch hinfällig, daß der Rücktrittsberechtigte später durch sein Verhalten in die Lage kommt, das Empfangene nicht zurückgeben zu können, sondern es kommen in einem solchen Falle nach §§ 347, 989 BGB die Vorschriften zur Anwendung, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten (vgl. Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht 15.Bearb. (1958) § 39 II 1 c). § 347 BGB findet dann keine Anwendung, wenn der Rücktritt bereits nach §§ 351 bis 353 ausgeschlossen ist. Daraus ergibt sich, daß die Erwägungen, die im Rahmen des § 242 BGB zum Ausschluß des Rechts auf Ausübung des Rücktritts oder des Rechts auf Wandlung führen, nicht ohne weiteres auf die Zeit nach einer gerechtfertigten Rücktrittserklärung angewendet werden können. Die Berufung der Beklagten darauf, daß durch den Rücktritt die restliche Kaufpreisforderung entfallen sei, könnte indes dann eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn die Beklagte sich in ihrem ganzen Verhalten mit der Rücktrittserklärung in solchen Widerspruch gesetzt hätte, daß der Klägerin nicht zuzumuten ist,

sich an dem hier als berechtigt unterstellten Rücktritt der Beklagten festhalten zu lassen. In diesem Zusammenhang müssen die Auswirkungen des Verhaltens der Beklagten auf die Interessen der Klägerin und auch deren eigenes Verhalten gewürdigt werden. Dieser Aufgabe hat sich das Berufungsgericht nicht ausreichend unterzogen.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Beklagte die Drehbank während der Wiederbenutzungszeit nur von Fall zu Fall stundenweise für leichte Dreharbeiten gebraucht hat und ob durch den weiteren Gebrauch eine wesentliche Abnutzung herbeigeführt worden ist. Es läßt auch offen, ob die Weiterbenutzung etwa eine Feststellung der Mängel erschwert hat, auf deren Nichtbeseitigung die Beklagte ihre Rücktrittserklärung stützen zu können glaubt. Für die Frage, ob die Interessen der Klägerin durch den Weitergebrauch der Drehbank wirklich verletzt worden sind, ist von wesentlicher Bedeutung, welche Mängel die Drehbank in ihrer Verbindung mit Elektronik und Kopiereinrichtung hatte und ob die Mängel überhaupt behebbar waren. Das Berufungsgericht hätte deshalb in diesem Zusammenhang eine Prüfung der von der Beklagten behaupteten Mängel vornehmen müssen. Die von dem Berufungsgericht für entscheidend erachteten Umstände, daß die Beklagte die Drehbank wieder in Benutzung genommen^{hat}, ohne die Klägerin hiervon zu benachrichtigen, und auch nach Unterrichtung der Klägerin im Laufe des Rechtsstreits die Drehbank als einfache Drehbank weiterbenutzt hat, reichen nicht aus, der Beklagten die Berufung auf die Rechtsfolgen zu versagen, die sich aus einem berechtigten Rücktritt von dem Kaufvertrage ergeben.

III. Da die Abweisung der Klage durch die Begründung des angefochtenen Urteils nicht getragen wird, war gemäß § 563 ZPO zu prüfen, ob sich die Entscheidung des Berufungsgerichts aus anderen Gründen als richtig darstellt. Das wäre dann der Fall, wenn das der Beklagten in § 8 der allgemeinen Lieferungsbedingungen eingeräumte Rücktritts-

recht schon deshalb ausgeschlossen wäre, weil die Beklagte den restlichen Kaufpreis nicht vereinbarungsgemäß innerhalb 30 Tagen seit Erteilung der Rechnung entrichtet hat. Ein solcher Ausschluß des Rücktrittsrechts wegen Nichtzahlung des restlichen Kaufpreises läßt sich indes in diesem Verfahrensabschnitt noch nicht bejahen.

Zwar ist nach § 7 Nr.5 der Lieferbedingungen der Lieferer zur Beseitigung von Mängeln nicht verpflichtet, solange der Besteller seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt. Das besagt, daß der Lieferer mit der Beseitigung von Mängeln unter der gegebenen Voraussetzung nicht in Verzug kommt. Dann kann ihm auch keine Nachfrist mit der Wirkung gesetzt werden, daß durch fruchtloses Verstreichen der Frist das vertragliche Rücktrittsrecht entsteht. In § 8 der Lieferbedingungen ist das Rücktrittsrecht aber nicht nur gegeben, wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Beseitigung eines von ihm zu vertretenden Mangels fruchtlos hat verstreichen lassen, sondern es besteht auch dann, wenn die Ausbesserung oder die Beschaffung eines geeigneten Ersatzstückes unmöglich ist. Diese Klausel kann nur dahin verstanden werden, daß es in solchen Fällen nicht auf einen Verzug des Lieferers ankommt. Sinngemäß kann die Klausel des § 7 Nr.5 nur Mängel betreffen, deren Beseitigung dem Lieferer möglich ist. Da nun aber die Beklagte behauptet hat, die gelieferte Drehbank sei auch in der Konstruktion und Bauart fehlerhaft und eine Beseitigung dieser Mängel nicht möglich, so kann schon deshalb vor Prüfung dieser Behauptung ein Rücktrittsrecht aus § 8 nicht verneint werden.

Abgesehen davon müßte geprüft werden, inwieweit die allgemeinen einschränkenden Bestimmungen der allgemeinen Lieferbedingungen durch die besondere Garantie verdrängt werden, welche die Klägerin der Beklagten gegeben hat, um ihre Bedenken gegen die Leistungsfähigkeit der Drehbank zu beseitigen. Da bei dieser Prüfung die besonderen Umstände des Falles im Zusammenhang mit der gegebenen Garan-

tie zu berücksichtigen sind, muß die Beantwortung dieser Frage dem Tatrichter vorbehalten bleiben.

Das gilt ebenso für die weitere Frage, ob die Klägerin, wie die Beklagte in der Berufungsbegründung vom 13. Januar 1959 geltend gemacht hat, sich auf die den Verzug ausschließende Bestimmung des § 7 Nr.5 der allgemeinen Lieferbedingungen nach Treu und Glauben deshalb nicht berufen darf, weil die gelieferte Maschine außergewöhnlich schlecht und unbrauchbar gewesen sei. Eine abschließende Prüfung dieses Einwandes der Beklagten gegen die Anwendbarkeit der Klausel des § 7 Nr.5 bedarf ebenfalls der Feststellung, welche Mängel die gelieferte Maschine gehabt hat, und ist daher Aufgabe des Tatrichters.

IV. Die Revision macht ferner geltend, die gelieferte Maschine bestehe aus selbständig zu verwendenden Teilen, denn die eigentliche Drehbank, die Elektronik-Anlage und die Kopieranlage seien voneinander ganz unabhängig. Diese beiden Anlagen seien nämlich nicht in die Drehbank eingebaut, sondern lediglich mit ihr verbunden gewesen. Das Berufungsgericht hätte daher von seinem Standpunkt aus auf Grund des § 469 BGB prüfen müssen, so meint die Revision, ob die Benutzung der Drehbank nach Treu und Glauben den Rücktritt auch hinsichtlich der Elektronik und der Kopieranlage ausschließe. Die Drehbank (ohne Elektronik und Kopieranlage) sei mit den geleisteten 16.000 DM überzahlt, so daß der Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Klagesumme auch unter diesem Gesichtspunkt unbegründet sei.

Der Hinweis der Revision auf § 469 BGB erscheint schon deshalb verfehlt, weil diese Vorschrift keine Anwendung auf den Fall findet, daß nur eine einzelne Sache verkauft ist und einer oder einige ihrer Bestandteile mangelhaft sind. Die umstrittene Drehbank mit Elektronik

und Kopieranlage ist, wie die Darstellung der Parteien mit Sicherheit ergibt, als einheitliches Ganzes verkauft worden; es kam für das Funktionieren der Maschine gerade auf das Zusammenwirken der genannten zu einem einzigen Körper verbundenen Teile an. In einem solchen Falle handelt es sich nicht um den Verkauf mehrerer Sachen im Sinne des § 469 BGB. Deshalb ist kein Rechtsfehler darin zu sehen, daß das Berufungsgericht sich nicht auch mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob das dem Besteller in den Vertragsbedingungen eingeräumte Rücktrittsrecht hier auf die Elektronik und die Kopieranlage beschränkt werden könnte. Wenn die Beklagte insoweit jedoch in tatsächlicher Beziehung weitere Einzelheiten vortragen zu können glaubt, so wird sie hierzu in dem Verfahren vor dem Berufungsgericht Gelegenheit haben.

V. Ist somit auf Grund der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auszuschließen, daß die Beklagte von dem Kaufvertrag wirksam zurückgetreten ist und daß sie aus diesem Grunde den restlichen Kaufpreis nicht mehr schuldet, so stellt sich noch nicht die von dem Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus mit Recht - behandelte Frage, ob der Beklagten Schadensersatzansprüche zugebilligt werden können, welche sie vorsorglich der Klageforderung aufrechnungsweise entgegengestellt hat. Dazu ist jedoch folgendes zu bemerken:

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 9. Mai 1959 S.3 vorgetragen, sie habe einen Schaden von 6000 DM monatlich dadurch erlitten, daß die Maschine nicht als Elektronik-Drehbank habe eingesetzt werden können. Bei drei Monaten ergäbe das bereits eine Summe von 18 000 DM; mit diesem Schadensersatzanspruch werde vorsorglich gegen die Klageforderung aufgerechnet. Das Berufungsgericht meint, die Aufrechnung greife schon deshalb nicht durch, weil in § 8 der Lieferbedingungen Schadensersatzansprüche ausgeschlossen seien und weil § 4 der Lieferbedingungen die Aufrech-

rechnung etwaiger Gegenansprüche der Beklagten ausschließen. Die Revision hat unter Hinweis auf das Urteil des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 18. Juni 1959 - VII ZR 181/58 - LM BGB § 635 Nr.4 = MDR 1959,751 um Nachprüfung gebeten, ob die Berufung der Klägerin auf § 8 der Lieferbedingungen der Beklagten als unzulässige Rechtsausübung anzusehen ist.

Die Beklagte stützt den Schadensersatzanspruch darauf, daß die Klägerin ihr ausdrücklich zugesichert habe, mit der Drehbank, könnten vermöge ihrer elektronischen Steuerung und der Kopiereinrichtung 1000 Wellen pro Monat gedreht werden, und wohl auch auf Verzug der Klägerin mit einer ihr etwa möglichen Beseitigung der beanstandeten und gerügten Fehler. Die Behauptung der Beklagten über die Zusicherung einer bestimmten Leistungsfähigkeit der Maschine, in der eine Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache liegen kann, ist von dem Berufungsgericht unterstellt worden. Fehlte der Drehbank die behauptete Leistungskraft, so könnte ein gesetzlicher Schadensersatzanspruch nach § 480 Abs.2 oder nach § 463 Satz 1 BGB wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufsache in Betracht kommen. Ein solcher Anspruch soll aber gerade durch die allgemeinen Lieferbedingungen ausgeschlossen werden, indem § 8 der Bedingungen die Rechte des Käufers auf das dort besonders geregelte vertragliche Rücktrittsrecht beschränkt. Diese Haftungsbegrenzung ist nicht schlechthin unzulässig (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 5. Mai 1959 - VIII ZR 80/58 - S.7). Es bestehen auch keine Bedenken, davon auszugehen, daß die Freizeichnung sich auf die gesetzliche Haftung bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften und auch auf etwa in Betracht kommende Ansprüche wegen Verzuges mit der Nachbesserungspflicht beziehen soll. Da es aber auf Schadensersatzansprüche erst ankommen kann, wenn die Beklagte mit dem erklärten Rücktritt von dem Kaufvertrag nicht durchdringt, so kann dem Berufungsgericht die Prüfung überlassen bleiben, ob irgendwelche besonderen Umstän-

de vorliegen, die es ausschließen, daß sich die Klägerin auf die Haftungsbeschränkung des § 8 auch hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen und jedenfalls auch auf die Klausel des § 4 Nr.5 der Lieferbedingungen in diesem Zusammenhang berufen kann, wonach die Zurückhaltung der Zahlungen oder die Aufrechnung wegen etwaiger Gegenansprüche des Bestellers ausgeschlossen sind.

VI. Zur Begründung des Hilfsantrags hat die Beklagte ausgeführt, sie könne auch dann, wenn sie zwar von dem Vertrage berechtigt zurückgetreten sei, sich aber wegen vorgenommener Veränderungen an der Maschine oder wegen des Weitergebrauchs der Drehbank auf ihr aus dem Rücktritt erwachsenden Rechte nicht berufen dürfen sollte, jedenfalls verlangen, daß die Klägerin ihr eine einwandfrei arbeitende Elektronik und eine Kopieranlage liefere und in die Drehbank einbaue. Die Klägerin müsse, so hat die Beklagte ausgeführt, diese Anlagen so überarbeiten, daß sie gebrauchsfähig seien, oder aber, falls die Konstruktionsfehler, wie es die Auffassung der Beklagten sei, nicht zu beheben seien, neue Anlagen dieser Art liefern und einbauen. Gemäß § 7 der Vertragsbedingungen sei die Klägerin zur Nachbesserung verpflichtet. Es sei arglistig, wenn sie sich demgegenüber auf § 7 Nr.5 der Lieferbedingungen berufe.

Das Berufungsgericht hat, von seinem Standpunkt mit Recht, auch zu dem Hilfsantrag Stellung genommen und ausgeführt, aus denselben Erwägungen, die der Beklagten ein Recht zum Rücktritt wegen der behaupteten Mängel der gelieferten Maschine versagten (gemeint ist die Berufung auf die Folgen der als berechtigt unterstellten Rücktrittserklärung), müsse ihr auch das Recht abgesprochen werden, heute noch gemäß § 8 (gemeint ist offensichtlich § 7) der Lieferbedingungen der Klägerin eine Nachbesserung oder Nachlieferung zu verlangen.

Die Frage, ob die Beklagte noch das in § 7 der Bedingungen geregelte Nachbesserungsrecht geltend machen kann, stellt sich ebenfalls erst dann, wenn die Wirkung des erklärten Rücktritts auf die Klageforderung abschließend geprüft worden ist. Wenn das Berufungsgericht allgemein auf seine Erwägungen verweist, aus denen es der Beklagten eine Berufung auf das Rücktrittsrecht wegen der behaupteten Mängel der Lieferung versagt hat, so kann ihm in diesem Punkt nicht ohne weiteres beigetreten werden, da diese Erwägungen, wie oben ausgeführt worden ist, jedenfalls hinsichtlich der angenommenen unzulässigen Rechtsausübung einer Überprüfung bedürfen. Abgesehen davon hätte es aber auch einer näheren Begründung bedurft, warum der Weitergebrauch der Maschine ein Nachbesserungsrecht ausschließen soll. Die Beklagte macht mit dem Hilfsantrag ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Es könnte daher darauf ankommen, ob die Klägerin sich gegenüber diesem Einwand der Beklagten auf § 4 Nr.5 der Lieferbedingungen berufen kann, wonach die Zurückhaltung der Zahlungen wegen etwaiger Gegenansprüche des Bestellers ausgeschlossen ist. Eine abschließende Prüfung dieser Frage muß dem Berufungsgericht vorbehalten bleiben, da auch hierfür die besonderen Umstände des zu beurteilenden Sachverhalts, insbesondere der Inhalt der gegebenen Garantie und die noch festzustellenden Mängel der gelieferten Maschine, von Bedeutung sein können.

VII. Zusammenfassend ergibt sich daher, daß das Berufungsurteil aufgehoben werden muß, weil die Sache einer weiteren Behandlung durch den Tatrichter bedarf. Zu diesem

Zweck ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisions-
verfahrens übertragen wird.

Dr.Gelhaar Artl Dr.Spieler Dr.Dorschel Dr.Mezger