

~~Nur das Nachschlagewerk !~~

Nicht für die Amtliche Sammlung !

2321-013

Gesetz: BGB §§ 467, 351, 242 (Ba)

Rechtssatz: Der Gebrauch der fehlerhaften Sache (hier: eines Raupenladegeräts) nach Erklärung der Wandlung braucht trotz erheblicher Abnutzung der Sache die Wandlungsverpflichtung dann nicht aufzuheben, wenn die Weiterbenutzung in Anbetracht des hohen Werts der Gebrauchsvorteile auch im Interesse des Verkäufers liegt.

Aktenzeichen: VIII ZR 158/57

OLG München

Urt. des BGH v. 11. Juli 1958

Verkündet
laut Protokoll
am 11. Juli 1958
Klett, Justizsekretär
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 Michael S [REDACTED] KG in K [REDACTED],
K [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden
Gesellschafter Kaufmann Michael Sch [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Heinrich F [REDACTED] KG, Bau- und Erdbewegungs-
maschinen, in A [REDACTED], V [REDACTED] Straße [REDACTED] vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Hans Werner B [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Spieler, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Ur-
teil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München mit dem Sitz in Augsburg vom 4. Juni 1957
aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über
die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Im März 1955 verkaufte die Klägerin unter Zugrundelegen ihrer allgemeinen Lieferbedingungen ein von der Firma H. AG hergestelltes Frontladegerät, bestehend aus einer H. -Diesel-Raupe mit einem von dieser Firma aufgebauten Schaufelladegerät der Firma Gebrüder F. KG und einem Austausch-Querschild zum Gesamtpreis von 44.255 DM an die Beklagte. Diese leistete die vereinbarte Anzahlung von 10.000 DM. Der Rest, für den die Beklagte eigene Wechselakzepte aushändigen sollte, war in Monatsraten zu zahlen. Der am 4. November 1955 fällige Wechsel über einen Restbetrag von 22.837 DM, der entsprechend der Ratenvereinbarung durch Prolongationswechsel hätte ersetzt werden sollen, ist Gegenstand dieses Rechtsstreits.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Wechselvorbehaltsurteil vom 13. Januar 1956 verurteilt, an die Klägerin den Wechselbetrag nebst 5 % Zinsen seit dem 14. Januar 1956 Zug um Zug gegen Aushändigung des quittierten Wechsels zu zahlen, während es die Klage wegen weiterer und höherer Zinsen für die Zeit seit 4. November 1955 abgewiesen hat.

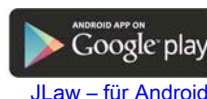
Im Nachverfahren hat die Klägerin beantragt, das Urteil mit der Maßgabe für vorbehaltlos zu erklären, daß die Beklagte neben der Urteilssumme hierauf 2 % Zinsen über Landeszentralbank-Diskont vom 4. November 1955 bis 4. März 1956 und 9 % Zinsen seit 5. März 1956 zu zahlen hat.

Die Beklagte hat ihre Einwendungen auf folgenden Sachverhalt gestützt.

Die Lieferungsbedingungen der Klägerin, die Vertragsbestandteil geworden sind, enthalten folgende Zahlungsbedingung:



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



"Gegen die Ansprüche des Verkäufers kann der Käufer nur dann aufrechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, wenn die Gegenforderung des Käufers unbestritten ist oder ein rechtskräftiger Titel vorliegt."

Unter Abschnitt "VI Gewährleistung" regeln sie die Gewährleistung des Verkäufers. Diese besteht zunächst im Rahmen der Gewährleistung des Lieferwerks, die für Fehler in Werkstoff und Werkarbeit auf Reparatur des Kaufgegenstandes oder Ersatz der eingesandten Teile geht. Die Nummern VI 4 und 5 der Bedingungen lauten:

- "4. Ein Anspruch auf Wandlung und Minderung besteht nicht, es sei denn, daß das Lieferwerk nicht in der Lage ist, den Mangel zu beheben.
5. Ersatz eines mittelbaren oder unmittelbaren Schadens wird nicht gewährt."

Das Frontladegerät wurde der Beklagten am 4. Mai 1955 ausgeliefert und von ihr alsbald in Betrieb genommen. Schon nach kurzer Zeit traten an Teilen der Raupenkettenschäden auf, so daß Kettenglieder, Führungsrollen, Leitrollen und andere Teile ersetzt werden mußten. Die Beklagte unterrichtete mit Schreiben vom 11. und 18. Juni 1955 die Klägerin über die Mängel und verlangte eine sofortige Überprüfung des Raupengeräts. Am 20. Juni 1955 wurde es von einem Meister der Firma H. [REDACTED] und einem Monteur der D. [REDACTED] Generalvertretung dieser Firma bei der Beklagten überprüft. Dabei wurden Teile repariert; außerdem stellten die beiden Zeugen Sch. [REDACTED] und G. [REDACTED] fest, daß die Raupe kopflastig war, d.h. bei Arbeitstätigkeit mit gefüllter Schaufel zu stark nach vorn gedrückt wurde, so daß die ganze Last auf den vorderen Rädern, den Leitrollen und vorderen Rollen lag. In seinem Monteurbericht erklärte G. [REDACTED], die Raupe sei hinten trotz Seilwinde zu leicht. Auch ein Montageinspektor der Firma Gebrüder

F. KG, der Zeuge B., besichtigte die Maschine u.ä. im Juni 1955. Durch den Zeugen Sch. wurde an ihr eine Vorrichtung angebracht, um ein zusätzliches Ballastgewicht aufzulegen und die Kopflastigkeit zu beseitigen.

Mit Schreiben vom 12. August 1955 an die Klägerin beanstandete die Beklagte erneut den übermäßigen Verschleiß an Raupengliedern, Bolzen, Führungsraum und Leiträdern und erklärte, sie könne die Raupe nicht behalten. Mit Schreiben vom 14. September, 3. Oktober und 13. Oktober 1955 wiederholte die Beklagte ihr Verlangen nach Wandlung des Kaufs.

In ihrem Antwortschreiben vom 18. Oktober 1955 wies die Klägerin darauf hin, ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung bestehe so lange nicht, als das Lieferwerk in der Lage sei, den Mangel zu beheben, und berief sich darauf, das Werk habe der Beklagten mit Schreiben vom 8. Oktober 1955 Vorschläge zur Verbesserung unterbreitet.

Die Beklagte hielt jedoch im Schreiben vom 3. November 1955 an ihrem Wandlungsbegehren unter Hinweis darauf fest, die Firma H. habe nichts weiter von sich hören lassen, und lehnte es ab, den Klagewechsel einzulösen.

In der Folgezeit benutzte die Beklagte den Raupenschlepper weiter. Im Frühjahr 1956 ließ sie einige Verstärkungen an der Raupe durch die Firma H. vornehmen. Sie hat jedoch in der seit November 1955 anhängigen Wechselklage an dem Anspruch auf Wandlung des Kaufvertrages einredeweise festgehalten. Außerdem hat die Beklagte vorsorglich mit Ansprüchen auf Erstattung von

Aufwendungen für Ersatzteile in Höhe von 8.872,43 DM sowie mit einer weiteren Forderung von 4.262,20 DM aufgerechnet, die sie mit Unkosten für Anfertigung und Anbringung eines Betonkörpers, Schaden durch Ausfall der Raupe, Kosten der Abholung von Ersatzteilen in K. und D. sowie mit weiteren Spesen begründet hat. Sie hat geltend gemacht, die Vorderlastigkeit des Gerätes beruhe auf einem Konstruktionsfehler. Hierauf seien auch die immer wieder auftretenden Schäden und die dadurch entstandenen Kosten für Reparaturen und Ersatzteile zurückzuführen. Der Versuch einer Beseitigung des Mangels durch besondere Belastung des Geräts am hinteren Teile sei daran gescheitert, daß hierdurch die Manövrierfähigkeit des Geräts zu stark beeinträchtigt werde. Sie habe es ungeachtet dessen weiter benutzen müssen, um größere Schäden zu vermeiden; für ein Ersatzgerät hätte sie hohe Mietsätze aufwenden müssen. Die Beklagte hat das Gerät der Klägerin mit Schriftsatz vom 16. November 1956 ohne Vorbehalt nochmals zur Verfügung gestellt.

Das Landgericht hat das Urteil vom 13. Januar 1956 mit der Maßgabe für vorbehaltlos erklärt, daß die Beklagte 6 % Zinsen seit 14. Januar 1956 zu zahlen habe, und die Klage hinsichtlich des weiteren Zinsanspruchs abgewiesen.

Im zweiten Rechtszuge hat die Beklagte ihr Vorbringen dahin ergänzt, ihr sei bei den Kaufverhandlungen in A. von der Klägerin erklärt worden, der im allgemeinen als Gegengewicht zur Ausbalancierung des kombinierten Geräts verwendete Eisenklotz könne ohne eine nachteilige Wirkung für die gewichtsmäßigen Eigenschaften des Gerätes durch eine Seilwinde ersetzt werden. Sie, die Beklagte, habe sich daraufhin gegen Zahlung eines

Mehrpreises hierfür entschlossen, weil der Eisenklotz die wirtschaftliche Nutzung des Gerätes in ihrem Betriebe in Frage gestellt haben würde. Die Klägerin habe ihr den auch nach Anbringung einer Seilwinde weiterhin bestehenden Mangel der Kopflastigkeit des Gerätes arglistig verschwiegen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte auch im Umfange ihrer Verurteilung die Abweisung der Klage, während die Klägerin Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, ein etwaiges Recht der Beklagten zur Wandlung des Kaufvertrages wäre deshalb erloschen, weil sie den Gebrauch des Ladegeräts fortgesetzt habe. Deshalb erübrige sich eine Prüfung, ob der Wandlungsanspruch begründet gewesen sei. Es könne infolgedessen auch ungeprüft bleiben, ob das Gerät kopflastig sei und ob es sich hierbei um einen Mangel handle, der nicht behoben werden könne und für den die Klägerin nach den Lieferbedingungen hätte einstehen müssen. Unerheblich sei, ob die Beklagte beweisen könnte, daß sie von der Klägerin beim Kaufabschluß über diesen Mangel und dessen Behebbarkeit durch eine Seilwinde arglistig getäuscht worden sei. Mündliche Nebenabreden und Zusicherungen seien im übrigen nach den Lieferbedingungen der Klägerin nur wirksam, wenn sie schriftlich bestätigt worden seien. Aufrechnen könne die Beklagte nur dann, wenn ihre Gegenforderung unbestritten sei oder ein rechtskräftiger Titel vorliege.

II. Nach Ansicht der Revision ist die Begründung des Berufungsurteils von Rechtsirrtum beeinflusst. Das Berufungsgericht habe, so meint die Revision, auch nicht ausreichend geprüft, ob die Weiterbenutzung des Ladegeräts in der Sandgrube durch die besonderen Umstände des Falles gerechtfertigt sei.

Insoweit ist bei Prüfung des Berufungsurteils davon auszugehen, daß der Weitergebrauch einer fehlerhaften Sache grundsätzlich mit dem Wandlungsbegehren des Käufers nicht vereinbar ist (vgl. RGZ 145,79; BGH Urt. v. 5. April 1955 - I ZR 122/53 - MDR 1955,464). Tritt hierdurch eine wesentliche Verschlechterung der Sache ein, so kann sich der Wandlungsverpflichtete gemäß § 467 in Verbindung 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 im Sinne des § 351 BGB "verschuldet". Auch abgesehen von dem Fall einer schuldhaften Verschlechterung der mangelhaften Sache durch Weitergebrauch kann in ihm der Ausdruck des Willens gesehen werden, den Gegenstand zu behalten, wobei es grundsätzlich nicht auf das Vorhandensein eines Verzichtswillens des Käufers ankommt, sondern darauf, wie sein Handeln objektiv nach Treu und Glauben im Verkehr zu würdigen ist (RG WarnRspr 1931,19 = HRR 1931,208). Wenn besondere Umstände die Annahme einer Aufgabe des Wandlungsrechts durch Verzicht ausschließen, so kann in dem Verhalten des Käufers dessenungeachtet eine Verwirkung des Rechts auf Wandlung gefunden werden, wenn ihm nach Treu und Glauben die Berufung auf diesen Anspruch zu versagen ist (vgl. OLG München BB 1955,916 bei Weiterbenutzung eines Motorrades).

Ob der Wandlungsverpflichtete auch dann, wenn ihm wegen Verschweigens des die Wandlung veranlassenden

Sachmangels ein arglistiges Verhalten zur Last fällt, berechtigt ist, sich auf den Wegfall seiner Verpflichtung gemäß §§ 467, 351 BGB zu berufen, ist nicht unzweifelhaft. Der Wortlaut dieser Bestimmungen steht dem allerdings nicht entgegen, wie das Reichsgericht in JW 1910, 997 ausgeführt hat. Nach dieser Entscheidung kann sich jedenfalls der Käufer, der bei Herbeiführung der Verschlechterung der Sache seinerseits arglistig gehandelt hat, nicht darauf berufen, ihm sei der Sachmangel arglistig verschwiegen worden. Ein solches Verhalten der Beklagten ist indes nicht behauptet. Es bedarf aber auch hier keiner grundsätzlichen Entscheidung, ob bei einer Arglist des Verkäufers hinsichtlich des Kaufabschlusses und der Verwendbarkeit der Kaufsache unter besonderen Umständen der Weitergebrauch der Sache der Wandlung nicht entgegensteht. Das Berufungsgericht hat zwar ausgeführt, das Recht auf Wandlung wäre auch dann erloschen, wenn die Beklagte beweisen würde, sie sei von der Klägerin beim Kaufabschluß über den Mangel der Kopflastigkeit des Geräts und dessen Behebbarkeit durch eine Seilwinde arglistig getäuscht worden. Auf dieser Erwägung kann aber, selbst wenn sie rechtsirrtümlich wäre, das Berufungsurteil deshalb nicht beruhen, weil die Beklagte ein arglistiges Verhalten der Klägerin nicht schlüssig dargelegt hat. Hierzu hätte es einer näheren Ausführung bedurft, aus welchen Gründen zu entnehmen sei, daß der Klägerin Arglist zur Last falle. Aus der Empfehlung der Klägerin bei den Kaufverhandlungen allein, auf die die Beklagte zur Begründung der Arglist verwiesen hat, ergibt sich eine solche noch nicht.

Auf die Rechtsansicht des Berufungsgerichts über die mangelnde Bedeutung der Arglist kommt es in diesem Verfahrensabschnitt aber auch aus dem Grunde nicht an, weil das Berufungsurteil schon aus anderen Erwägungen keinen Bestand haben kann. Das Berufungsgericht hat nämlich

nicht ausreichend begründet, daß die durch Weiterbenutzung herbeigeführte Verschlechterung des Geräts im Sinne des § 551 BGB verschuldet sei. Für das Fehlen eines solchen Verschuldens ist zwar die Beklagte beweispflichtig. Das Berufungsgericht hätte sich jedoch mit dieser Frage auf Grund des Vorbringens beider Parteien näher auseinanderzusetzen müssen. Es hat ausgeführt, das Gerät sei als Raupen- und Ladegerät für schwere Lasten einem ganz besonders hohen Verschleiß unterworfen und durch fortwährenden Einsatz in seinem Zustande bedeutend verschlechtert worden. Daraus allein durfte es aber unter den hier vorliegenden Umständen noch nicht folgern, daß die Interessen der Klägerin durch die Weiterbenutzung erheblich verletzt worden seien.

Hatte das Gerät, wie unterstellt werden muß, einen wesentlichen und nicht behebbaren Mangel, so könnte sein Verkaufswert schon hierdurch sehr erheblich beeinträchtigt gewesen sein. Indes durfte die Beklagte sich zunächst noch auf Versuche zur Beseitigung der aufgetretenen Schäden einlassen, zumal die Klägerin die Beklagte selbst auf die Verbesserungsvorschläge des Lieferwerks verwiesen hatte. Bis Ende Oktober 1955 ist daher die weitere Benützung des Geräts auch noch dann mit dem Wandlungsbegehren vereinbar, wenn es hierdurch verschlechtert worden ist. Bis zur Klärung dieser Frage in einer angemessenen Frist lag daher die Weiterbenutzung auch im Interesse der Klägerin. In dem Verhalten der Klägerin ist insoweit das Einverständnis mit der Weiterbenutzung zu sehen (vgl. auch BGHZ 6, 227, 230). Ob in diesem Zusammenhang noch der Verstärkung von Vorrichtungen, die das Lieferwerk erst im Frühjahr 1956 vorgenommen hat, Bedeutung beigemessen werden kann, wird noch zu prüfen sein. Selbst wenn die Klägerin ab November 1955 die Beklagte nicht mehr auf Verbesserungsvorschläge des Lieferwerks verwiesen hat, so kann es für die Frage, ob der Beklagten das Recht auf Wandlung

des Kaufvertrages trotz Weitergebrauchs des Ladegeräts noch zusehens, von Bedeutung sein, daß es nach Behauptung der Klägerin trotz des angeblichen Mangels von der Beklagten mit großem Nutzen weiterverwendet worden ist. Trifft dies zu, so wären diese Nutzungen, zu denen gemäß § 100 BGB auch Gebrauchsvorteile gehören, im Falle der Wandlung gemäß § 467 in Verbindung mit § 347 BGB zugunsten der Klägerin auszugleichen. Sie könnten so sehr ins Gewicht fallen, daß die Weiterbenutzung des Geräts auch im wohlverstandenen Interesse der Klägerin gelegen haben könnte, zumal dann, wenn es durch den Weitergebrauch keinen sonstigen Gefahren ausgesetzt war, wie sie z.B. sonst bei Kraftfahrzeugen im Verkehr bestehen. Ohne Abwägung dieser Interessenlage kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die Beklagte, wie das Berufungsgericht meint, durch den Weitergebrauch wesentliche Interessen der Klägerin verletzt oder ob es auch diesen entsprochen hat, wenn die Beklagte kein Ersatzgerät beschafft, sondern es trotz ihres Verlangens auf Wandlung noch weiter benutzt hat. Bei Prüfung dieser Frage muß auch berücksichtigt werden, ob das Gerät auch dann, wenn es bei der Beklagten nicht benutzt worden, sondern weiter in ihrem Besitz geblieben wäre, durch Überalterung einen weiteren Wertverlust erlitten haben würde. Aus diesen Gründen muß im Rahmen der §§ 467, 351 BGB geprüft werden, worin der Mangel bestand, wie sehr er den Verkaufswert beeinflußt hat und wie die Interessen der Klägerin an dem Stillliegen des Geräts unter Berücksichtigung der ihr im Falle der Wandlung zustehenden Ausgleichsansprüche wirklich zu beurteilen sind.

Unter den besonderen hier vorliegenden Umständen kann nicht gesagt werden, der lange Gebrauch durch die Beklagte sei als Bekundung ihres Willens, das geltend gemachte Wandlungsrecht aufzugeben, zu werten. Auch ein langer Gebrauch einer Sache braucht diese Wirkungen

noch nicht zu haben (vgl. RG JW 1904, 290 Nr. 11 und OLG Dresden SeuffArch 60, 119, wo allerdings angenommen worden ist, die Zweieinhalbjährige Weiterbenutzung einer Anlage in einer Brauerei habe die Anlage nicht wesentlich verschlechtert). Ob in dem Verhalten des Käufers, der die Kaufsache nach Verlangen der Wandlung weiterbenutzt, ein Verzicht zum Ausdruck kommt, ist zwar nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen und zwar danach, wie dieses Verhalten nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zu verstehen ist. Dabei sind jedoch die besonderen Umstände des Einzelfalles in Betracht zu ziehen. Der Annahme eines Verzichts durch schlüssiges Verhalten steht hier entgegen, daß die Beklagte am Wandlungsbegehren immer festgehalten hat und daß sie das Gerät auch noch im Rechtsstreit der Klägerin ausdrücklich und vorbehaltlos zur Verfügung gestellt hat (RG JW 1909, 685; RG JW 1904, 290).

Die für die entsprechende Anwendung des § 351 BGB noch ungeklärten Fragen stehen auch der Annahme entgegen, die Wandlungseinrede der Beklagten sei nach Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) als verwirkt anzusehen. Unter diesem Gesichtspunkt wird zu berücksichtigen sein, daß die Beklagte vor der Wahl stand, das beanstandete Gerät auch im Interesse der Klägerin weiterzubnutzen oder mit hohen Kosten ein Ersatzgerät zu mieten oder zu kaufen und hierdurch hohe Kaufverpflichtungen einzugehen, mit denen sie sich im Falle des Unterliegens in diesem Rechtsstreit neben der eingeklagten Summe belastet haben würde. Die Beklagte durfte zwar nicht das Risiko ihrer Wandlungseinrede auf die Klägerin verlagern, aber auch diese dürfte nicht darauf spekulieren, daß der jedenfalls lange Zeit ohne ihren Widerspruch fortgesetzte weitere Gebrauch sie von der Wandlungsverpflichtung befreien könnte. In diesem Zusammenhang könnte es von Bedeutung sein, wenn die Klägerin auf Grund

der Feststellungen über die Vórderlastigkeit des Lade-
geräts im Juni 1955 nicht darüber im Zweifel gewesen
wäre, daß dieser Mangel nicht mehr in einer Weise zu
beheben sei, wie es erforderlich sei, um noch einen ver-
tragsgemäßen Zustand der Maschine herbeizuführen. Es
kann dahingestellt bleiben, ob die Lieferbedingungen
der Klägerin den Ersatz des Schadens ausschließen, der
der Beklagten durch den Mangel entstanden ist. Denn auch
in diesem Falle kann die Weiterbenutzung des Geräts
durch die besonderen Umstände des Falles als entschul-
digt angesehen werden. Das Urteil des Bundesgerichts-
hofs vom 7. Juni 1951 - III ZR 181/50 - NJW 1951, 797,
mit der das Berufungsgericht im Rahmen seiner Erwägun-
gen zu § 254 Abs. 2 BGB die Ansicht begründet hat, die
Beklagte hätte auf jeden Fall solche Maßnahmen ergrei-
fen müssen, die ein umsichtiger Geschäftsmann zur rechten
Schadensminderung ergreifen würde, trifft nicht den
vorliegenden Fall, der nur nach den hier zu beurteilen-
den besonderen Umständen entschieden werden kann. Wenn
das Berufungsgericht dem noch die Erwägung hinzugefügt
hat, es gehe nicht an, einen Schaden mit der unentweg-
ten Fortsetzung eines anderen Vorgangs mindern zu wol-
len, durch den notwendig immer neu erheblicher Schaden
verursacht werde, so hat es hierbei unterlassen, in Be-
tracht zu ziehen, welche Vorteile die Weiterbenutzung
des Ladegeräts im Falle der berechtigten Wandlungs-
einrede auch für die Klägerin bewirkt haben kann.

Soweit das Berufungsgericht auch noch erwogen hat,
mündliche Nebenabreden und Zusicherungen seien nach den
Lieferungsbedingungen der Klägerin nur wirksam, wenn sie
schriftlich bestätigt worden seien, was bezüglich der
Beseitigung der Kopflastigkeit durch eine Seilwinde
aber nicht geschehen sei, so ist der Revision darin
beizupflichten, daß die Beklagte sich ungeachtet die-

ser Lieferungsbedingung auch auf einen Sachmangel berufen kann, wenn er in der Kopflastigkeit des Geräts bestehen sollte. Durch die erwähnte Klausel wird auch nicht schlechthin ausgeschlossen, Zusicherungen zu berücksichtigen, wenn sie bei den Kaufverhandlungen zur Erläuterung der Beschaffenheit und Verwendbarkeit des angebotenen Geräts gegeben worden sind.

Somit kann dem Berufungsurteil nicht darin gefolgt werden, daß der Anspruch auf Wandlung als erloschen anzusehen sei.

III. Das Berufungsurteil stellt sich im Ergebnis auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

Bei Prüfung dieser Frage ist auf die Zahlungsbedingung in den Lieferungsbedingungen zu verweisen, wonach neben der Aufrechnung auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen ist. Es ist zwar möglich, die Befugnis des Käufers zu wandeln oder zu mindern dahin einzuschränken, daß er mit diesen Rechtsbehelfen nicht dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises entgentreten darf, sondern verpflichtet ist, sie entweder in einem besonderen Prozeß oder im Wege der Widerklage geltend zu machen (vgl. für den Fall der Minderung die Entscheidung des erkennenden Senats vom 26. November 1957 - VIII ZR 314/56 - NJW 1958: 419). Ob eine solche Einschränkung in der soeben erörterten Klausel zu sehen ist, muß der Prüfung durch den Tatrichter vorbehalten bleiben, denn sie ist jedenfalls dem Wortlaut nicht zweifelsfrei zu entnehmen; es ist vielmehr möglich, die Klausel dahin zu verstehen, daß hiermit nur die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts im gesetzlich technischen Sinne ausgeschlossen sein soll und daß sie nicht auch auf die Rechtsbehelfe der Wandlung und Minderung zu beziehen ist, die dem Käufer nach den Gewährleistungsbestimmungen der Lieferbedingungen oder sonst nach den Grundsätzen der Rechtsprechung (BGHZ 22,90,96) für den Fall zustehen, daß eine mögliche Nachbesserung ungebührlich lange verzögert worden oder daß diese unmöglich ist.

IV. Mit einer weiteren Rüge hat die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe eine Prüfung der Kaufvereinbarung in der Richtung unterlassen, ob sie wegen eines zu weitgehenden Haftungsausschlusses in den Lieferungsbedingungen im ganzen unwirksam sei. Die Lieferungsbedingungen, so meint die Revision, sähen nämlich auch einen Ausschluß der Haftung der Verkäuferin bei arglistiger Täuschung vor. Ein so weitgehender Ausschluß der Haftung sei mit den guten Sitten nicht vereinbar. Deshalb sei er insoweit nichtig. Infolgedessen hätte gemäß § 139 BGB geprüft werden müssen, ob das Geschäft im ganzen unwirksam sei. Diesen Bedenken kann nicht zugestimmt werden. Denn die Bedingungen können dahin ausgelegt und verstanden werden, daß die Wandlung oder Minderung nur insoweit habe ausgeschlossen werden sollen, als das gesetzlich zulässig ist. Wenn die Bedingungen insoweit keine ausdrückliche Einschränkung unter Hinweis auf §§ 276, 476 BGB enthalten, so ist daraus noch nicht zu folgern, die Klägerin habe sich über diese Schranken des Gesetzes hinwegsetzen wollen. Der Angriff der Revision muß auch daran scheitern, daß die Beklagte in den Tatsacheninstanzen keine besonderen Umstände vorgetragen hat, die eine Auslegung der Bedingungen im Sinne der Revisionsrüge rechtfertigen könnten.

V. Zusammenfassend ergibt sich, daß das Berufungsgericht deshalb aufgehoben werden muß, weil das Berufungsgericht nicht ausreichend geprüft hat, ob die Interessen der Klägerin durch die Weiterbenutzung des Ladegeräts so wesentlich verletzt worden sind, daß der Beklagten schon aus diesem Grunde die Berufung auf die Wandlung versagt werden muß.

Deshalb war die Sache gemäß § 565 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision
hängt von der Endentscheidung des Prozesses ab und ist
daher dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Großmann Artl Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner