

Nachschlagewerk: nein
Amtliche Sammlung: nein

2359 058

BGB §§ 133, 157, 459, 476

Zur Auslegung der Nr. VII und VIII der Lieferungsbedingungen
des allgemeinen Maschinenbaues (ABIM), betreffend "Haftung für
Mängel der Lieferung" und "Recht des Bestellers auf Rücktritt".

BGH Urt. v. 17. Dezember 1959 - VIII ZR 167/58 - OLG Düsseldorf

VIII ZR 167/58

V e r k ü n d e t

am 17. Dezember 1959

Klett, Justizobersekretär
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 Sch[REDACTED] F[REDACTED]-Gesellschaft mit
beschränkter Haftung, vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Erich H[REDACTED] in R[REDACTED] / B[REDACTED], K[REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur Bruno Rö[REDACTED] in D[REDACTED]-O[REDACTED],
S[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1959 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom
30. Oktober 1958 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

18

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger, der als Ingenieur Konstruktionszeichnungen für Elektrowaschmaschinen fertigt und diese dann im Betriebe der Firma F.A. M., Kommanditgesellschaft, in D. O. herstellen läßt, bot der Beklagten am 21. Februar 1955 eine Etikettiermaschine an. In dem Schreiben wurde die Maschine als vollautomatische Flaschenausstattungsanlage Modell "Doppelkettenstandard" zum Aufkleben eines Bauch- und Schulteretiketts, sowie einer ringsherum reichenden Halsschleife und eines Reihenetiketts auf 0,7 Liter Flaschen laut vorliegenden Mustern beschrieben. Am Schluß des Schreibens hieß es:

"Im übrigen gelten die Lieferungsbedingungen des allgemeinen Maschinenbaues" (im folgenden abgekürzt ABLM).

Den mündlich erteilten Lieferungsauftrag der Beklagten bestätigte der Kläger mit seinem Schreiben vom 14. März 1955. Danach sollten Ausführungen und Umfang der Lieferung nach Maßgabe des Angebots vom 21. Februar 1955 erfolgen. Als Lieferzeit waren 6 bis 7 Monate genannt. Von dem Kaufpreis sollten ein Drittel bei Auftragserteilung, ein Drittel bei Lieferanzeige und der Rest 60 Tage nach dem Datum der Rechnung gezahlt werden. Als Leistung der Anlage wurde angegeben:

"ca. 2 bis 2200 Flaschen in der Stunde."

Der Schluß des Schreibens hatte folgenden Wortlaut:

"Mit der Zusicherung und Garantie, daß ich Ihnen entsprechend meiner, dem Angebot beigefügten Beschreibung eine einwandfrei arbeitende Maschine liefere, danke ich Ihnen "

Die ABLM, auf die im Angebotsschreiben vom 21. Februar 1955 verwiesen wurde, enthalten u.a. folgende Bestimmungen:



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



"III, 4: Die Zurückhaltung von Zahlungen oder die Aufrechnung wegen etwaiger vom Lieferer bestrittener Gegenansprüche des Bestellers sind nicht statthaft.

VII, Haftung für Mängel der Lieferung:

Für Mängel der Lieferung, zu denen auch das Fehlen ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften gehört, haftet der Lieferer unter Ausschluß weiterer Ansprüche wie folgt:

1. alle diejenigen Teile sind unentgeltlich nach billigem Ermessen unterliegender Wahl des Lieferers auszubessern oder neu zu liefern, die innerhalb von 6 Monaten (bei Mehrschichtenbetrieb innerhalb von 3 Monaten) seit Inbetriebnahme nachweisbar infolge eines vor dem Gefahrübergang liegenden Umstandes - insbesondere wegen fehlerhafter Bauart, schlechter Baustoffe oder mangelhafter Ausführung - unbrauchbar oder in ihrer Brauchbarkeit erheblich beeinträchtigt werden. Die Feststellung solcher Mängel ist dem Lieferer unverzüglich schriftlich zu melden. Ersetzte Teile werden Eigentum des Lieferers.
- 2 bis 6:
7. Der Lieferer kann die Beseitigung von Mängeln verweigern, solange der Besteller seine Verpflichtungen nicht erfüllt.
8.
9. Weitere Ansprüche des Bestellers, insbesondere ein Anspruch auf Ersatz von Schäden, die nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden sind, bestehen nicht.

VIII, Recht des Bestellers auf Rücktritt:

- 1 bis 3:
4. Der Besteller hat ferner ein Rücktrittsrecht, wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Behebung oder Besserung eines von ihm zu vertretenden Mangels im Sinne der Lieferbedingungen durch sein Verschulden fruchtlos verstreichen läßt. Die angemessene Nachfrist beginnt nicht eher, als bis der Mangel und die Vertretungspflicht des Lieferers anerkannt oder nachgewiesen sind.
5. Ausgeschlossen sind alle anderen weitergehenden Ansprüche des Bestellers, insbesondere auf Wendung, Kündigung oder Minderung sowie auf Ersatz von Schäden irgendwelcher Art, und zwar auch von solchem Schaden, der nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden ist.

Geliefert wurde die Maschine im Oktober 1955. Die Beklagte hat jedoch nur einen Teil des Kaufpreises bezahlt. Den restlichen Teil nebst Zinsen verlangt der Kläger mit der Klage. Die Beklagte begehrt widerklagend die Rückzahlung des bereits gezahlten Kaufpreisteiles nebst Zinsen.

Sie hat den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und hierzu vorgetragen, die Maschine sei ein nicht genügend erprobtes Versuchsmodell, das mit Konstruktionsfehlern behaftet sei und weder vollautomatisch arbeite noch der Zusage entsprechend 2000 bis 2200 Flaschen in der Stunde etikettiere. Hilfsweise hat sie im Hinblick auf die vorgetragenen Umstände die Wandlung erklärt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt sie ihren Antrag auf Klageabweisung und Verurteilung der Klägerin entsprechend dem Antrage der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Die von der Beklagten in erster Reihe erklärte Anfechtung hat das Berufungsgericht nicht für durchgreifend erachtet. Diese Annahme des Berufungsgerichts, die auch von der Revision nicht angegriffen wird, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

II.

Wegen der in den ABLM enthaltenen Einschränkung der Gewährleistungsansprüche hat das Berufungsgericht auch Ansprüche auf Schadensersatz und ein Recht auf Wandlung verneint. Ein Recht zum Rücktritt gemäß Nr. VIII, 4 der ABLM hält es deshalb nicht für gegeben, weil die Beklagte wegen Verweigerung der restlichen Zahlung gemäß Nr. VII, 7 nicht einmal den dem Besteller in Nr. VII, 1 eingeräumten Nachbesserungsanspruch habe geltend machen können.

1. Gegen die von der Revision nicht beanstandete Annahme des Berufungsgerichts, die ABLM seien Vertragsinhalt geworden, bestehen keine rechtlichen Bedenken. Der Werklieferungsvertrag ist spätestens dadurch zustande gekommen, daß die Beklagte die Auftragsbestätigung des Klägers vom 14. März 1955 widerspruchslos entgegengenommen hat. Damit hat sie auch gebilligt, daß die ABLM als vereinbart gelten sollten, die schon dem Angebot des Klägers vom 21. Februar 1955 zugrunde lagen, auf das dieser in seinem Bestätigungsschreiben vom 14. März 1955 verwiesen hat. Darauf, ob die Bedingungen dem Schreiben des Klägers zur Kenntnisnahme der Beklagten beigelegt waren, kommt es, wie das Berufungsgericht zutreffend erwogen hat, nicht an (BGHZ 7, 187, 190).

2. Die Revision vertritt jedoch die Ansicht, die in den ABLM enthaltene Einschränkung der Gewährleistungsansprüche sei durch den übrigen Vertragsinhalt ausgeschlossen worden. Sie rügt, das Berufungsgericht habe außer acht gelassen, daß der Kläger in seinem Angebotsschreiben eine Garantieverklärung abgegeben habe. Mit dieser Rüge kann sie jedoch keinen Erfolg haben.

Der Revision ist zwar darin zu folgen, daß eine konkrete Vereinbarung des Individualvertrages einer widersprechenden Bestimmung der allgemeinen Lieferbedingungen vorzugehen hat

(vgl. Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen 1935 S. 231). Ein solcher Widerspruch liegt jedoch entgegen ihrer Ansicht nicht vor. Mag sich auch sonst regelmäßig die Frage stellen, ob ein Lieferant, welcher eine bestimmte Eigenschaft des Liefergegenstandes zugesichert hat, über die eingeschränkte Mängelhaftung hinaus auch im Rahmen der gesetzlichen Gewährleistung dafür einstehen muß, so ist doch im vorliegenden Fall diese Frage deshalb nicht zu entscheiden, weil die ABLM die Haftung des Lieferers auch dann auf die in den Bedingungen festgelegten Verpflichtungen beschränken, wenn sich das Fehlen einer ausdrücklich zugesicherten Eigenschaft herausstellt (Nr. VII, Eingang). Bei dieser Sachlage braucht daher nicht geprüft zu werden, ob die ganz allgemein gehaltene Zusicherung des Klägers, eine einwandfrei arbeitende Maschine liefern zu wollen, überhaupt als eine Zusicherung im Sinne der §§ 459 Abs. 2, 463 BGB anzusehen ist. Auch wenn man den Umstand, auf den sich die Revision stützen will, berücksichtigt, daß nämlich der Kläger in seinem Bestätigungsschreiben die Wendung gebraucht hat: "Mit der Zusicherung und Garantie, daß ich einwandfrei liefere", kann sich die Beurteilung nicht ändern. Das Berufungsgericht hat zwar diesen Satz nicht ausgelegt und keine Ausführungen darüber gemacht, wie das Wort Garantie in diesem Zusammenhang zu verstehen sei. Es spricht jedoch nichts dafür, der Kläger habe für einen Erfolg einstehen wollen, der über die bloße Vertragserfüllung hinausging, also ein selbständiges Garantieverprechen abgegeben (RGZ 146, 120, 123, 124). Deshalb hatte das Berufungsgericht keine Veranlassung, hier eine andere Auslegung in Erwägung zu ziehen.

3. Als Verstoß gegen § 286 ZPO rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den im Schriftsatz vom 18. Januar 1957 benannten sachverständigen Zeugen Dr. E. [REDACTED] sowie die Zeugen Dr. R. [REDACTED] und Richard Mül. [REDACTED] nicht vernommen hat. Durch diese Zeugen habe, so macht die Revision geltend, bewiesen werden sollen, daß der Kläger entgegen seiner Zusicherung, eine erprobte Maschine herzustellen, ein Versuchs- und Erstmodell

geliefert habe, das weder eine vollautomatische Anlage noch eine durchkonstruierte Maschine gewesen sei. Darüber hinaus sei Dr. E. [REDACTED] als Sachverständiger dafür benannt gewesen, der Kläger habe als Ingenieur genau gewußt, daß die Maschine die zugesicherten Eigenschaften nicht besessen und daß deshalb der "typische Fall der arglistigen Täuschung" vorgelegen habe. Der Revision ist zuzugeben, daß die Einschränkung der Gewährleistungsansprüche gemäß § 476 BGB unwirksam gewesen wäre, hätte die Beklagte nachgewiesen, der Kläger habe Mängel der Maschine arglistig verschwiegen oder von vornherein Eigenschaften der Maschine vorgetäuscht, von denen er wußte, daß sie die Maschine nach ihrer Beschaffenheit nicht besitzen werde. Das Berufungsgericht hat zwar den Gesichtspunkt des § 476 BGB nicht geprüft, hat aber im Rahmen seiner Untersuchung, ob die von der Beklagten erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung begründet sei, zur Frage der Arglist Stellung genommen. Es hat dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen M. [REDACTED] - W. [REDACTED] entnommen, die Maschine stelle keine Fehlkonstruktion dar, sie sei für den vorgesehenen Zweck an sich brauchbar und geeignet, die zugesicherte Leistung zu erbringen. Zwar weise sie in ihrem jetzigen Zustande einige Mängel auf, die jedoch behoben werden könnten. Aus der Art der Mängel sei nicht zu schließen, daß sich der Kläger bei Kaufabschluß bewußt gewesen sei, eine mangelhafte Maschine zu liefern. Ebenso wie der Sachverständige habe der Kläger überzeugt sein können, daß die Maschine, gegebenenfalls nach Durchführung kleiner Änderungen, die vorgesehene Leistung erbringen werde. Hieraus hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum geschlossen, daß eine Arglist nicht ausreichend dargetan sei. Ob das Berufungsgericht das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen durch die Einholung eines weiteren von der Beklagten gewünschten Sachverständigengutachtens des Dipl.-Ing. Dr. E. [REDACTED] ergänzen lassen wollte, lag in seinem tatrichterlichen Ermessen, von dem es umsoweniger einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat, als der gerichtliche Sachverständige ein bereits

vorliegendes Privatgutachten von Dr. E. bei seinen Ausführungen berücksichtigt hat. Es ist auch kein Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht den Zeugenbeweis nicht erhoben hat. Zutreffend hat es ausgeführt, daß die weiteren von der Beklagten angebotenen Beweise nicht geeignet seien, das Ergebnis des Sachverständigengutachtens zu widerlegen. Die Revision übersieht, daß es nicht darauf ankommen kann, ob die Maschine, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts einige Mängel anhaften, im Betriebe der Beklagten immer vollautomatisch gearbeitet hat, sondern vielmehr darauf, daß es sich nicht um eine Fehlkonstruktion handelt und daß die Maschine durch Abstellung der Mängel in die vertraglich ausbedungene Beschaffenheit versetzt werden kann. Diese Frage hat aber der Sachverständige, dem sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, bejaht. Die Revision berücksichtigt auch nicht, daß das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß festgestellt hat, die Art der Mängel lasse nicht darauf schließen, daß sich der Kläger bei Kaufabschluß bewußt gewesen sei, eine mangelhafte Maschine zu liefern, und daß deshalb eine Arglist des Klägers nicht ausreichend dargetan sei. Es ist aber nicht ersichtlich, wie diese Erwägungen durch die dem Übergangenen Beweisangebot zugrunde liegenden Umstände hätten beeinflußt werden können.

Nicht gefolgt werden kann der Revision in ihrer Ansicht, der Sachverständige M. - W. habe die Feststellung getroffen, die Maschine weise derartige konstruktive und Funktionsmängel auf, daß sie nicht einmal durch Nachbesserung, sondern nur durch eine gleichzeitige Generalüberholung beseitigt werden könnten. Ein solches Ergebnis hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß dem Gutachten nicht entnommen. Der Sachverständige hat eine gleichzeitige Generalüberholung nur deshalb für erforderlich gehalten, weil die Maschine infolge des jahrelangen Einsatzes im Betriebe der Beklagten, während dessen niemals eine Überholung stattgefunden habe, so erhebliche Verschleißerscheinungen zeige, daß die Nachbesserung ohne gleichzeitige Generalüberholung sinnlos sei. Mit Recht hat

das Berufungsgericht aus dieser Feststellung des Sachverständigen keine Rückschlüsse auf Art und Umfang der Mängel gezogen und sich auch ohne Rechtsverstoß nicht veranlaßt gesehen, hieraus ein arglistiges Verhalten des Klägers zu entnehmen.

Nach alledem steht daher § 476 BGB einer Anwendung der Bestimmungen in Nr. VII und VIII der ABLM über die Einschränkung der "Haftung des Lieferers für Mängel der Lieferung" nicht entgegen. Im übrigen hat die Revision die Wirksamkeit der Bestimmungen nicht angezweifelt. Schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte den Grundsatz entwickelt, daß eine Beschränkung der Gewährleistung jedenfalls dann zulässig ist, wenn dem Käufer oder Besteller, wie das vorliegend der Fall ist, ein Recht auf Nachbesserung eingeräumt wird (RGZ 142, 353, 355). Dem hat sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen (BGHZ 22, 90, 96; Urteil des erkennenden Senats vom 26. November 1957 - VIII ZR 314/56 = NJW 1958, 419). Von diesen Grundsätzen abzugehen, sieht der Senat keine Veranlassung.

4. Die Revision rügt ferner, die Einschränkung der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche könne deshalb nicht Platz greifen, weil die Maschine so tiefgreifende Mängel aufweise, daß eine Verweisung der Beklagten auf den Nachbesserungsanspruch unzumutbar sei. Sie berücksichtigt indes nicht, daß diese Voraussetzungen nach den bereits erörterten Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht gegeben sind. Dafür, daß sich Nr. VII und VIII der ABLM nur auf geringfügige Mängel beziehen, die mit Leichtigkeit zu beheben oder durch sofortige Auswechslung einzelner Teile beseitigt werden können, bietet die von dem erkennenden Senat frei nachprüfbare, weil typische Klausel entgegen der Ansicht der Revision keinen Anhalt. Denn es wird in Nr. VII, 1 ausdrücklich festgelegt, daß sich die Nachbesserung auch auf Mängel bezieht, die "insbesondere wegen fehlerhafter Bauart, schlechter Baustoffe und mangelhafter Ausführung" eine Einschränkung der Brauch-

barkeit oder eine Unbrauchbarkeit von Teilen der Maschine nach sich ziehen. Andere Fehler als die hier aufgeführten weist jedoch die Maschine nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auf, nach denen jedenfalls eine Fehlkonstruktion, die einer Nachbesserung unzumutbare Schwierigkeiten entgegenzusetzen würde, nicht gegeben ist. Auf die vom Sachverständigen festgestellte besondere Lage, die sich aus der langen Benutzung der Maschine ergeben hat und die eine gleichzeitige Generalüberholung notwendig macht, kann sich aber die Revision nicht berufen. Denn letztere ist, wie ebenfalls bereits erörtert, durch den dauernden Einsatz der Maschine und durch die infolge der Unterlassung von Ausbesserungen besonders schwerwiegenden Verschleißerscheinungen verursacht. Unter diesen Umständen ist daher der Ausgangspunkt der Revision, einer Nachbesserung der Maschine ständen so erhebliche Schwierigkeiten entgegen, daß die Verweisung der Beklagten auf ihre Nachbesserungsansprüche eine unzumutbare Belastung darstellen würde, nicht richtig.

Bei dieser Sachlage kann auch dahingestellt bleiben, ob sich der Kläger wegen des mit der Klage geltend gemachten Zahlungsanspruchs nicht schon auf Nr. III, 4 der ABLM berufen könnte, wonach die Zurückhaltung von Zahlungen allgemein unzulässig ist. Der erkennende Senat hat in seiner oben angeführten Entscheidung vom 26. November 1957 hinsichtlich einer dem Sinne nach gleichen Klausel zum Ausdruck gebracht, daß sie selbst dann durchgreifen muß, wenn sich der Besteller darauf beruft, daß eine Nachbesserung überhaupt nicht durchführbar oder zumindest ohne Erfolg geblieben sei, hat allerdings offen gelassen, ob dieser Grundsatz auch dann angewendet werden könne, wenn die Einwendungen der damaligen Beklagten zur Entscheidung reif gewesen wären.

5. Die Gewährleistungsansprüche sind auch nicht, wie die Revision weiterhin geltend gemacht hat, aufgelebt, weil

sich der Kläger geweigert habe, die Nachbesserung vorzunehmen. Es mag dahinstehen, welche Voraussetzungen im allgemeinen vorliegen müssen, um annehmen zu können, eine Weigerung des Herstellers, die erforderlichen Nachbesserungen vorzunehmen, habe zu einem Aufleben der Gewährleistungsansprüche geführt, da der Kläger hier nach dem Vertrage zur Weigerung berechtigt war. Die Revision beruft sich für ihre Ansicht auf einen Schriftwechsel der Parteien nach der am 20. September 1956 erfolgten Klageerhebung. Im Schreiben vom 3. Januar 1957 hatte nämlich die Beklagte den Monteur des Klägers angefordert, der das Antriebsrad reparieren sollte. Sie hatte unter Ablehnung der Übernahme von Kosten eine Frist von 48 Stunden gesetzt und für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs angedroht, zur Selbsthilfe zu greifen. Im Antwortschreiben vom 5. Januar 1957 machte der Kläger die Entsendung des Monteurs von der vorherigen Zahlung des Restkaufpreises abhängig und wies darauf hin, er habe bereits am 1. Oktober 1956 mitgeteilt, daß er zur Mängelbeseitigung nicht verpflichtet sei, solange der Restkaufpreis nicht gezahlt und damit die Beklagte ihren eigenen Verpflichtungen nachgekommen sei. Da der Kläger in diesem Zusammenhang jedenfalls zur Begründung seiner Weigerung von einer Vertragsbestimmung (Nr. III 4) Gebrauch gemacht hat, die ihm die Verweigerung der Nachbesserung bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises erlaubt, kann aus seinem Verhalten entgegen der Ansicht der Revision eine Vertragsverletzung nicht entnommen werden. Daß das Berufungsgericht etwa Umstände übersehen hätte, die das Verhalten des Klägers in einem anderen Lichte erscheinen lassen könnten, hat die Revision nicht dargetan. Deshalb geht auch ihr Hinweis ins Leere, die Vertragsverletzung des Klägers gebe der Beklagten das Recht, gemäß § 326 BGB vom Vertrage zurückzutreten.

III.

Das Berufungsgericht konnte daher mit Recht davon ausgehen, daß Art und Umfang der Gewährleistung sich nach den in den ABIM enthaltenen Bestimmungen regelt, welche die Beklagte auf ein Recht zur Nachbesserung verweisen. Nach den dort aufgestellten Grundsätzen beurteilt sich auch der von der Revision aufgeworfene und nach ihrer Darstellung vom Berufungsgericht übersehene weitere Gesichtspunkt, der Beklagten sei ein längeres Zuwarten auf die Nachbesserung nicht zuzumuten gewesen, weil die bisherigen von dem Monteur des Klägers durchgeführten Versuche nicht zum Ziele geführt hätten.

Im einzelnen macht die Revision geltend, der Kläger habe sich den Nachbesserungswünschen der Beklagten gegenüber zunächst überhaupt nicht auf die Lieferungsbedingungen berufen, sondern in einem Schreiben vom 21. November 1955 betriebliche Schwierigkeiten vorgeschützt, dann aber doch mit der Behebung der Mängel seinen Monteur beauftragt, dessen Bemühungen indes nicht zum Erfolge geführt hätten.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß in solchen Fällen, in denen die Parteien eines Kauf- oder Werklieferungsvertrages die gesetzliche Mängelhaftung zugunsten einer Nachbesserungsverpflichtung des Verkäufers oder Lieferanten eingeschränkt haben, die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche nicht nur aufleben, wenn eine Behebung der Mängel wegen völliger Unbrauchbarkeit der Sache unmöglich ist, sondern auch schon dann, wenn Nachbesserungsversuche längere Zeit zu keinem Erfolg geführt haben, so daß ein weiteres Zuwarten dem Besteller oder Käufer nicht mehr zumutbar erscheint (RGZ 87, 335, 338; 96, 266; 142, 353, 356; WarnRspr 1922 Nr. 10; LZ 1931, 1379).

Alle den genannten Entscheidungen zugrunde liegenden Fälle liegen jedoch insofern anders, als die Nachbesserungspflicht nicht von der vorherigen vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht war, wie es vorliegend von den Parteien vereinbart ist. Allerdings hat der Kläger die Einwendung der Vorleistungspflicht der Beklagten erst während des Rechtsstreits in dem angeführten Schreiben vom 5. Januar 1957 erhoben. Bis dahin war seit der Lieferung der Maschine mehr als ein Jahr verflossen. Es hätte sich also schon gezeigt haben können, daß ein längeres Zuwarten auf einen Erfolg der Nachbesserung unzumutbar sei. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob die Tatsache, daß sich der Kläger zunächst auf die Behebung der Mängel eingelassen hat, zu einer Anwendung des obigen Grundsatzes führen müßte. Im Ergebnis ist es jedenfalls kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht diesem Gesichtspunkt keine Bedeutung beigemessen und ihn auch nicht ausdrücklich erörtert hat. Entscheidend ist, daß die Frage, ob dem Besteller, der längere Zeit vergeblich auf den Erfolg von Nachbesserungsversuchen gewartet hat, ein längeres Zuwarten zugemutet werden kann, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsübung zu beurteilen ist. Diese Würdigung kann nicht losgelöst von dem eigenen Verhalten des Bestellers, hier also der Beklagten, erfolgen, bei der die Maschine seit Jahren in dauerndem Einsatz steht, womit die Beklagte praktisch erreicht hat, sich trotz der jahrelangen Vorenthaltung eines erheblichen Teiles der geschuldeten Vergütung die Gebrauchsvorteile zunutze zu machen. Daß etwa der Kläger den Restkaufpreis im Hinblick auf die Mängel der Maschine nicht gefordert hätte, vermag die Revision nicht darzutun, ein solches Verhalten widerspräche auch jeder Lebenserfahrung. Im übrigen enthalten weder die Ausführungen der Revision

Hinweise auf ein Vorbringen der Beklagten, daß der Kläger selbst in der Zeit des Einsatzes der Maschine eine durchgreifende Nachbesserung erfolglos vorgenommen hätte, noch ist den Feststellungen des Berufungsgerichts ein derartiger Sachverhalt zu entnehmen. Es ist daher davon auszugehen, daß der Kläger angesichts der hartnäckigen Zahlungsverweigerung der Beklagten sich damit begnügt hat, seinen Monteur zu entsenden, um den jeweiligen Beanstandungen der Beklagten, so gut es ging, abzuhelpen. Aus diesem Entgegenkommen des Klägers kann aber nicht geschlossen werden, daß die Verweisung der Beklagten auf ihren Anspruch, nach Zahlung der Restvergütung die noch ausstehende durchgreifende Nachbesserung der Maschine im Sinne des Sachverständigengutachtens zu fordern, für sie unzumutbar sei. Nachdem das Berufungsgericht aufgrund des Sachverständigengutachtens festgestellt hat, daß die Beseitigung der Mängel möglich ist, braucht der Kläger, um sich weiterhin auf sein Nachbesserungsrecht berufen zu können, entgegen der Ansicht der Revision auch nicht erst den Nachweis zu führen, daß er überhaupt in der Lage sei, die Nachbesserungsarbeiten durchzuführen.

IV.

Nach alledem kann die Beklagte die restliche Vergütung für die gelieferte Maschine nicht verweigern. Solange die Voraussetzungen der Nr. VIII, 4 ABLM nicht vorliegen, steht ihr das dort normierte Rücktrittsrecht nicht zur Seite, so daß sich auch die Widerklage als unbegründet erweist. Da somit die Haupterwägungen des Berufungsgerichts durchgreifen, bedarf es keines Eingehens auf seine Hilferwägung,

daß wegen der jahrelangen Benützung der Maschine das
Recht auf Wandlung verwirkt sei.

Die Revision ist daher mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner