

2146 693

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

Allg. Lieferbedingungen für den Export von Maschinen und Anlagen, veranlaßt und empfohlen von der Europäischen Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen Art. 8 Nr. 4 und 5, Art. 9 Nr. 1; BGB § 476

Art. 8 Nr. 5 der Allgemeinen Lieferbedingungen, wonach der Verkäufer die Erfüllung seiner eigenen Verpflichtungen bis zur Bewirkung der rückständigen Zahlungen des Käufers aufschieben kann, findet keine Anwendung, wenn die Verpflichtung des Verkäufers darin besteht, einen Mangel der Kaufsache zu beheben, der auf einem Fehler der Konstruktion, des Materials oder der Ausführung beruht.

BGH, Urt. v. 22. Oktober 1969 - VIII ZR 196/67 -

OLG Frankfurt (Main)
LG Darmstadt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 196/67

URTEIL

Verkündet am
22. Oktober 1969
Klett,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma F [REDACTED] & Co. GmbH, vertreten durch
ihre Geschäftsführer Herbert F [REDACTED] und Karl
Heinz B [REDACTED] in D [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED] 1/4,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma O. K [REDACTED] AG in W [REDACTED]/A [REDACTED] (Schweiz),
Al [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den Präsidenten
des Verwaltungsrates Otto K [REDACTED] in W [REDACTED]/A [REDACTED]/
Schweiz, Bü [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) - 13. Zivilsenat in Darmstadt - vom 1. Juni 1967 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

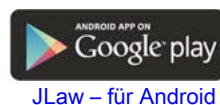
Tatbestand:

Die Klägerin betreibt in D■■■■■■ eine Maschinenfabrik, konstruiert auch Maschinen und läßt diese von Dritten herstellen. Die Beklagte, die ihren Sitz in W■■■■/A■■■■ (Schweiz) hat, stellt bedruckte und unbedruckte Transparent-Verpackungen her. Um die Jahreswende 1958/1959 nahmen die Parteien Verhandlungen wegen der Lieferung einer Wachskaschiermaschine auf. Der Arbeitsgang einer solchen Maschine ist folgender: Die zu bearbeitende Folie besteht aus Cellophan, rotem Cellophan und Wachs. Mit der Maschine sollen diese drei Bestandteile zur Fertigung der Verpackungsfolie vereinigt werden. Das rote Cellophan läuft über mehrere sich drehende Rollen durch ein Wachsbad, wird mit

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



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



einer Wachsschicht versehen und dann mit dem sich von einer anderen Rolle gleichzeitig abwickelnden Cellophan vereinigt. Nach mehreren Verhandlungen bot die Klägerin der Beklagten eine Wachskaschiermaschine mit Schreiben vom 18. April 1959 unter Hinweis auf die beigelegten Allgemeinen Lieferbedingungen entsprechend einer beigelegten Zeichnung an. Unter dem 7. April 1960 machte die Klägerin unter erneuter Bezugnahme auf ihre Geschäftsbedingungen ein Zusatzangebot auf Lieferung weiterer Maschinenteile. Bei diesen der Beklagten zugegangenen Geschäftsbedingungen handelt es sich um die "Allgemeinen Lieferbedingungen für den Export von Maschinen und Anlagen, veranlaßt und empfohlen von der Europäischen Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen" und um eine "Anlage der Deutschen Eisen verarbeitenden Industrie zu den Allgemeinen Lieferbedingungen für den Export von Anlagen und Maschinen". Die hier in Frage kommenden Bestimmungen der Lieferbedingungen lauten wie folgt:

"..."

8. Zahlung

8. 1. Die Zahlungen sind entsprechend den vereinbarten Zahlungsbedingungen zu leisten.

...

8. 4. Der Verkäufer kann eine Zahlung, die von der Erfüllung einer eigenen Verpflichtung abhängt, vor Erfüllung seiner Verpflichtung nicht fordern, es sei denn, daß die Nichterfüllung auf einer Handlung oder Unterlassung des Käufers beruht.

8. 5. Ist der Käufer mit seinen Zahlungen im Rückstand, so kann der Verkäufer die Erfüllung seiner eigenen Verpflichtungen bis zur Bewirkung der rückständigen Zahlungen aufschieben, es sei denn, daß der Zahlungsrückstand auf einer Handlung oder Unterlassung des Verkäufers beruht.

...

9. Garantie

9. 1. Der Verkäufer ist verpflichtet, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeden die Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigenden Mangel zu beheben, der auf einem Fehler der Konstruktion, des Materials oder der Ausführung beruht.

...

9. 9. Der Verkäufer muß auf diese Mitteilung hin (gemeint ist die Mängelanzeige) den Mangel so schnell wie möglich und ... auf seine Kosten beheben. ...

...

- 9.13. Weigert sich der Verkäufer, seiner Verpflichtung nachzukommen oder handelt er trotz Mahnung nicht mit der nötigen Eile, so kann der Käufer die notwendigen Reparaturen auf Kosten und Gefahr des Verkäufers vornehmen lassen; ...

...

- 9.16. Vom Zeitpunkt des Gefahrübergangs an ... übernimmt der Verkäufer keine weitergehende Haftung als in diesem Artikel bestimmt ist, auch nicht für Mängel, deren Ursache vor dem Gefahrübergang liegt. Es gilt als ausdrücklich vereinbart, daß der Verkäufer dem Käufer keinen

Schadensersatz zu leisten hat für Verletzungen von Personen, für Schäden an Gütern, die nicht Vertragsgegenstand sind, oder für Gewinnentgang, sofern sich nicht aus den Umständen des Einzelfalls ergibt, daß dem Verkäufer grobes Verschulden zur Last fällt.

...

11. Begrenzung des Schadensersatzes

11. 1. Ist eine Partei zum Schadensersatz verpflichtet, so ist dieser nur in Höhe des Schadens zu leisten, der für die schuldige Partei bei Vertragsschluß voraussehbar war.

...

13. 2. Der Vertrag unterliegt dem Recht des Verkäufers, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren.

..."

Die Anlage lautet auszugsweise:

"...

7. Zu Art. 8

Der Verkäufer ist berechtigt, seine Leistung zu verweigern, wenn er aufgrund eines nach Vertragsschluß eingetretenen Umstands befürchten muß, die Gegenleistung des Käufers nicht vollständig und rechtzeitig zu erhalten (Art. 8 Nr. 5).

...

8. Zu Art. 9

...

Alle Mängelansprüche des Käufers erlöschen nach Ablauf von 6 Monaten nach Geltendmachung des Mangels, wenn dieser nicht vom Verkäufer anerkannt

ist oder der Käufer nicht zuvor ein gerichtliches Verfahren anhängig gemacht hat.

9. Zu Art. 13

...

Für die Anwendung der Lieferbedingungen steht dem Kaufvertrag der Werklieferungsvertrag gleich."

Nach weiteren Verhandlungen bestellte die Beklagte am 4. August 1960 die angebotene Wachskaschiermaschine mit zusätzlichen Maschinenteilen. Im Schreiben vom 4. August 1960 erklärte sie u.a.:

"Unser Wachs-Lieferant, die Firma F[REDACTED]-J[REDACTED] ..., die in der Wachskaschierung sehr gute Erfahrung hat, ist bereit, Ihnen in sämtlichen vorkommenden Fragen betreffend Wachsauftragung erschöpfend Auskunft zu geben. ...

Wir bitten Sie, sich mit obenerwähnter Firma in dieser Angelegenheit persönlich in Verbindung zu setzen.

Wir bestellten die Maschine unter der Bedingung, daß wir diese vor der definitiven Lieferung in Ihrem Betriebe ausprobieren können. ..."

Auf eine Rückfrage machte die Firma F[REDACTED]-J[REDACTED] nach Einsichtnahme in die Konstruktionszeichnungen mit Schreiben vom 22. August 1960 eine Reihe von Vorschlägen. Nach Empfang dieses Schreibens der Firma F[REDACTED]-J[REDACTED] bestätigte die Klägerin der Beklagten die Bestellung der Maschine am 27. August 1960 und übersandte dabei die Konstruktionszeichnung, die die An-

derungsvorschläge der Firma H[REDACTED]-J[REDACTED] enthielt. Dabei ergab sich ein Gesamtpreis von 18 663,-- DM. Die Parteien vereinbarten in der Folgezeit, daß die Beklagte 1/3 des Preises bei Bestellung, ein weiteres Drittel bei Mitteilung der Versandbereitschaft und das letzte Drittel innerhalb 30 Tagen nach Eintreffen der Maschine bei der Beklagten zu zahlen habe. Später bestellte die Beklagte zu der Maschine auch einen Motor zum Preise von 2 330 DM. Die Herstellung der Maschine verzögerte sich bis zum Herbst 1961.

Am 12. Oktober 1961 fand in Gegenwart eines Vertreters der Beklagten in Düren ein Probelauf der Maschine statt. Ein einwandfreies Arbeitsergebnis wurde hierbei nicht erzielt. Die Beklagte machte jedoch keinen ausdrücklichen Vorbehalt. Nach der Anlieferung der Maschine bei der Beklagten am 24. Oktober 1961 machte die Beklagte am 8. November 1961 die ersten Kaschierversuche und stellte dabei fest, wie sie der Klägerin am selben Tage mitteilte, daß eine saubere Wiederauflage der Cellophanbahnen nicht möglich war. Die Beklagte führte das auf das Fehlen einer Friktionsaufwicklung zurück. Die Klägerin zog das Arbeitsergebnis in ihrem Antwortschreiben in Zweifel und wies darauf hin, daß die zweite Zahlung seit geraumer Zeit fällig sei. Daraufhin erwiderte die Beklagte unter dem 13. November 1961, sie könne nicht eine Maschine bezahlen, die nicht einwandfrei funktioniere; sie werde aber versuchen, sie durch kleine Änderungen in Gang zu bringen und sodann den gesamten Betrag erlegen. Bei

16

einem Besuch des Geschäftsführers der Klägerin am 6. Dezember 1961 kamen die Parteien zu dem Ergebnis, daß die Mängel durch Anbringung einer Friktionsaufwicklung beseitigt werden könnten. Die Beklagte bestellte daraufhin am 19. Januar 1962 zu den Bedingungen der Klägerin eine solche Maschine zum Preise von 3 500 DM. Nach Lieferung der Friktionsaufwicklung teilte die Beklagte der Klägerin am 2. Juli 1962 mit, daß nach eingehenden Versuchen die Wachschaschierung nicht habe verbessert werden können und die Maschine in diesem Zustand nicht geeignet sei, ein einwandfreies Arbeitsergebnis zu erzielen. Sie lehnte gleichzeitig die unter Fristsetzung geforderte Restzahlung des Kaufpreises ab.

Die Beklagte hat auf den Gesamtpreis einschließlich Verpackungskosten von 26 688,32 DM insgesamt 19 689,35 DM gezahlt. Mit der Klage verlangt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des Restbetrages von 6 989,97 DM nebst Zinsen. Die Beklagte verlangt mit der Widerklage Rückzahlung des von ihr geleisteten Betrages von 19 689,35 DM nebst Zinsen.

Der im ersten Rechtszug bestellte Sachverständige hat in seinem Gutachten erklärt, bei der Bearbeitung von wetterfestem (lackiertem) Cellophan könnten mit der von der Klägerin gelieferten Maschine brauchbare Verpackungsfolien nicht hergestellt werden. Die mit

der Maschine bearbeiteten Cellophanbahnen wiesen stets Streifen, Riefen, ungenügende Transparenz und zu geringe Haftfähigkeit der Bahnen untereinander auf. Diese Mängel seien auf einen Konstruktionsfehler der Maschine und nicht auf mangelhafte Handhabung zurückzuführen. Durch den Einbau eines Schabers anstelle von Cuetschwalzen werde die Lackbeschichtung des Cellophan angegriffen und das führe zu den genannten Fabrikationsfehlern. Diesem Sachverhalt hat nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Klägerin im Berufungsverfahren nicht mehr entscheidend widersprochen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 19 689,35 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Klägerin die Urteilssumme nur Zug um Zug gegen Herausgabe der der Beklagten gelieferten Wachskaschiermaschine und der gelieferten Friktionsaufrollung zu zahlen hat.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten nach dem Klageantrage und die Abweisung der Widerklage. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht unangefochten davon aus, daß alle Bestellungen der Beklagten einen einheitlichen Werklieferungsvertrag bilden und daß insbesondere die nachträgliche Bestellung der Friktionsaufrollung der Ergänzung der ursprünglichen Lieferungsvereinbarung diene. Erst mit der Lieferung dieser Aufrollung war, so führt das Berufungsgericht aus, nach den Vorstellungen der Parteien der Liefergegenstand vervollständigt und damit das sich aus mehreren Einzelvereinbarungen zusammensetzende Vertragswerk abgeschlossen. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die von der Klägerin gelieferte Maschinenanlage mit Fehlern behaftet ist, die den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch unmöglich machen. Es führt aus, zwar sei nach den Allgemeinen Lieferungsbedingungen der Wandlungsanspruch in zulässiger Weise abbedungen, den Besteller sei aber das Recht auf Nachbesserung erhalten geblieben. Die Klägerin habe jedoch mit einem Schreiben vom 15. August 1962 eine Nachbesserung endgültig verweigert. Unerheblich sei, ob sie sich im Verlaufe des Rechtsstreits nach Erstattung des Gutachtens doch noch bereit erklärt habe, bei der Beseitigung von Mängeln mitzuwirken, denn zu diesem Zeitpunkt habe die Nachbesserung für die Beklagte kein Interesse mehr gehabt, weil die Maschine seit geraumer Zeit nicht benutzt werden konnte und die Beklagte sich hierauf eingestellt habe. Deshalb könne die Beklagte Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung der Nachbesserungspflicht verlangen. Der Schadensersatz bestehe darin, daß sie die Zahlung des noch offestehenden Restentgelts verweigern und die Rückzahlung der bereits geleisteten Beträge beanspruchen könne.

II. Die Revision kann keinen Erfolg haben.

1. Die Revision hält eine Entscheidung für unzulässig, die im wirtschaftlichen Ergebnis darauf hinausläuft, trotz Ausschlusses des Wandlungsanspruches dem Besteller zu gestatten, den Vertrag rückgängig zu machen. Dem ist nicht zu folgen.

Das Landgericht, dem das Berufungsgericht beitrifft, stützt sich auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 18. Juni 1959 (VII ZR 181/58 - LM BGB § 635 Nr. 4 = MDR 1959, 750), mit dem das Urteil BGHZ 48, 264, 266 übereinstimmt. Danach können trotz Ausschlusses aller Gewährleistungsansprüche bei unmöglicher oder verweigerter Nachbesserung eines Werkes u.a. Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung bestehen. Nach der Nr. 9 Abs. 2 der Anlage zu Art. 13 der Allgemeinen Lieferbedingungen steht für die Anwendung der Lieferbedingungen dem Kaufvertrag der Werklieferungsvertrag gleich. Sollten danach Vorschriften des Kaufvertragsrechtes Anwendung finden, wäre das Ergebnis nicht anders. Der Bundesgerichtshof hat wiederholt angenommen, daß der Käufer trotz einer Wandelungsausschlußklausel dann wandeln könne, wenn der Verkäufer unberechtigt die kostenlose Beseitigung eines Mangels verweigert oder die versuchte Nachbesserung fehlschlägt (BGHZ 22, 90, 99; 37, 94, 98; Urteil des erkennenden Senats vom 11. Mai 1966 - VIII ZR 85/64 - Betrieb 1966, 977).

Bei fehlgeschlagener Nachbesserung eines Werkes kann der Schadensersatzanspruch auch dahin gehen, daß der Unternehmer den Besteller von den Beeinträchtigungen des nutzlos gewordenen Vertrages befreit, den Besteller

also nicht auf Zahlung des Werklohns in Anspruch nimmt und den gezahlten Werklohn rückerstattet. Daß der Ersatz des negativen Interesses im vorliegenden Fall ausgeschlossen sei, kann der Revision nicht zugegeben werden. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß hier die Höhe des positiven Interesses geringer sei als die des negativen oder daß, wie die Revision meint, der Schadensersatzanspruch deshalb nicht in einer Rückgängigmachung der Wirkungen des Vertrages bestehen könne, weil nach Art. 11 Nr. 1 die zum Schadensersatz verpflichtete Partei Ersatz nur in Höhe des Schadens zu leisten hat, der für sie bei Vertragsschluß voraussehbar war. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Verkäufer bei Vertragsschluß nicht damit sollte rechnen müssen, daß er, wenn sein Werk mit Mängeln behaftet ist und er die Mängel entweder nicht beseitigt oder in einer dem Käufer zumutbaren Weise nicht beseitigen kann, seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig gehen könne.

2. Die Revision macht weiter geltend, entgegen der Meinung des Berufungsgerichts habe die Klägerin dafür, daß die Maschinenanlage die von der Beklagten gerügten Fehler aufweise, nicht einzustehen.

a) Das Berufungsgericht habe, so trägt die Revision vor, den Vortrag der Klägerin nicht berücksichtigt, sie habe nicht erkennen können, daß die Beklagte wetterfestes (lackiertes) Cellophan verwenden wolle. Mit dieser Rüge aus § 286 ZPO setzt die Revision sich in Widerspruch zu der Würdigung des Berufungsgerichts, daß nach dem im Schreiben vom 31. Dezember 1958 gebrauchten Worte "imperméable" und nach den vor der Bestellung stattgefundenen Besprechungen der vertraglich vorausgesetzte

Gebrauch der Maschine in der Bearbeitung von lackiertem Cellophan bestand.

b) Die Revision will ferner zu Gunsten der Klägerin gewertet wissen, daß die Firma F[REDACTED]-J[REDACTED] den Einbau eines Schabers nicht bemängelt habe. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte diese Firma als Erfüllungsgehilfin der Beklagten ansehen müssen. Diese Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht würdigt den Vertrag der Parteien dahin, daß die Konstruktion einer zur Kaschierung geeigneten Maschine allein Sache der Klägerin sein sollte. Es führt aus, die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, sie sei Maschinenbauerin und nicht Sachverständige in der Kaschierung oder Bearbeitung von Cellophan. Denn eine sachgemäße Lösung der Konstruktionsprobleme sei ohne die erforderliche Kenntnis des von der Maschine zu bearbeitenden Materials nicht möglich. Die Frage, ob das Schreiben der Firma F[REDACTED]-J[REDACTED] vom 22. August 1960 der Beklagten anzulasten ist, hat das Berufungsgericht des weiteren im Zusammenhang mit der Bestimmung des Art. 9 Nr. 14 der Allgemeinen Lieferbedingungen geprüft, wonach die Garantiepflcht des Verkäufers sich nicht auf Mängel erstreckt, die auf einer vom Käufer vorgeschriebenen Konstruktion beruhen. Das Berufungsgericht meint, ein solcher Haftungsausschluß sei nicht dadurch begründet, daß auf Bitten der Beklagten die Firma F[REDACTED]-J[REDACTED] gehört werden sollte. Deren Meinung sei in sehr vorsichtiger Form abgefaßt worden, sie habe erkennbar auf den Erfahrungen der Techniker dieser Firma beruht und nur Hinweise enthalten, die die Klägerin als Herstellerin der Maschine prüfen und auf ihre Eignetheit für das von ihr geplante Modell zu untersuchen hatte. Die Klägerin hätte, so meint das Berufungsgericht

auf Bedenken, die ihr aufgrund ihrer Erfahrungen im Bau von Wachskaschiermaschinen gegen den Einbau eines Schabers anstelle von Walzen hätten kommen müssen, die Beklagte aufmerksam machen und deren Entscheidung abwarten sollen. Das Berufungsgericht würdigt demnach ersichtlich den Sachverhalt dahin, daß die Firma F [REDACTED]-J [REDACTED] nicht etwa Erfüllungsgehilfin der Beklagten bei den Vertragsverhandlungen oder wenigstens ihre Beraterin gewesen sei, die für die Beklagte deren Wünsche über die Konstruktion der Maschine gegenüber der Klägerin erklärt habe. Darin liegt kein Rechtsfehler. Im Schreiben vom 4. August 1960 teilt die Beklagte der Klägerin lediglich mit, daß die Firma F [REDACTED]-J [REDACTED] bereit sei, der Klägerin Auskunft zu geben, und bittet die Klägerin, sich mit der Firma persönlich in Verbindung zu setzen. Daraus und aus dem Schreiben der Firma F [REDACTED]-J [REDACTED] konnte das Berufungsgericht folgern, die Beklagte habe der Klägerin nur die Anregung gegeben, sich in Fragen der Wachskaschierung von der Firma F [REDACTED]-J [REDACTED] beraten zu lassen, die Klägerin sei aber verpflichtet geblieben, das Konstruktionsproblem in eigener Verantwortung zu lösen.

c) Die Revision meint, mindestens habe die Beklagte durch Abnahme der Maschine auf Nachbesserung verzichtet, jedenfalls seien die Ansprüche der Beklagten verjährt.

Das ist unrichtig. Nach Art. 9 Nr. 8 der Lieferbedingungen kann sich der Käufer auf den Anspruch, daß der Verkäufer einen Mangel beseitige, nur berufen, wenn er dem Verkäufer unverzüglich schriftlich die erkannten Mängel anzeigt. Das Berufungsgericht führt hierzu aus,

die Beklagte habe bereits am 8. November 1961 festgestellt, daß eine saubere Aufwicklung des Cellophans ausgeschlossen war, und sie habe das der Klägerin mitgeteilt. Ähnliche Anzeigen habe sie in ihren Schreiben vom 13. und 21. November 1961, 8. Februar 1962 und 20. März 1962 gemacht. Nach Lieferung der Friktionsaufrollung am 16. Mai 1962 habe die Beklagte mit Schreiben vom 2. Juli 1962 wiederum Mängel mitgeteilt. Nach dieser unangreifbaren Würdigung des Berufungsgerichts sind die Mängel rechtzeitig gerügt. Ohne Rechtsirrtum meint das Berufungsgericht auch, die Gewährleistungsansprüche seien nicht erloschen. Es sieht aufgrund der eidlichen Aussage des Zeugen N[REDACTED] als erwiesen an, daß die Klägerin am 6. Dezember 1961 das Bestehen von Mängeln der Maschine anerkannt habe. Es meint, das werde durch die verschiedenen Besuche und Bemühungen der Klägerin um die Erzielung eines einwandfreien Arbeitsergebnisses bestätigt. Die gegen diese Feststellung gerichteten Verfahrensrügen der Revision sind unbegründet. Aus den Erklärungen, die nach der Bekundung des Zeugen N[REDACTED] der Geschäftsführer F[REDACTED] der Klägerin bei einem Besuch abgegeben hat, konnte das Berufungsgericht auf ein Anerkenntnis schließen.

Das Berufungsgericht meint weiter, mit Rücksicht auf dieses Anerkenntnis des Geschäftsführers F[REDACTED] sei es ohne rechtliche Bedeutung, ob die Beklagte anlässlich des Probelaufs in Düren die Maschine abgenommen habe oder ob und warum sie hierbei einen Vorbehalt nicht gemacht habe. Auch das ist mindestens im Ergebnis zu billigen. Welche Wirkungen ein Mängelerkenntnis des Unternehmers hat, wenn der Besteller zuvor das Werk abgenommen hat, kann dahingestellt bleiben, desgleichen, ob in einer Besichtigung ohne Besitzergreifung überhaupt eine An-

nahme liegt. Auch eine vorbehaltlose Abnahme nimmt dem Besteller nach § 640 Abs. 2 BGB nur dann den Anspruch auf Beseitigung des Mangels, wenn er den Mangel kennt. Eine solche Kenntnis hatte die Beklagte nicht. Zum Tatbestand der Kenntnis gehört das Wissen des Bestellers, durch welchen Fehler der Wert oder vertragsmäßige Tauglichkeit des Werks aufgehoben oder gemindert wird; denn nur dann kennt er den Fehler in der sich aus § 633 BGB ergebenden Bedeutung (RGZ 149, 401 f). Werden die Vorschriften des Kaufrechts zugrunde gelegt, ist die Rechtslage die gleiche (vgl. § 464 BGB). Im vorliegenden Fall ist - ähnlich wie in dem angeführten Urteil des Reichsgerichts - der eigentliche Fehler, hier der Einbau eines Schabers anstelle von Quetschwalzen, erst durch das Gutachten des Sachverständigen in den Prozeß eingeführt worden.

3. Auch soweit die Revision sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts wendet, der Beklagten stehe ein Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung zu, weil die Klägerin ihre Nachbesserungspflicht schuldhaft verletzt habe, sind die Angriffe im Ergebnis erfolglos.

a) Im Schreiben vom 15. August 1962 hat die Klägerin erklärt, aufgrund der Lieferungsbedingungen brauche sie Reklamationen nur dann nachzugehen, wenn kundenseits die Zahlungsbedingungen erfüllt seien. Sie bestehe auf Bezahlung eines angemessenen Teilbetrages. Das sei ihr gutes Recht und sie sei nicht gewillt, davon abzugehen. Endlich verweise sie nochmals darauf, daß die Maschine so geliefert worden sei, wie das die holländischen "Berater"

der Beklagten gewünscht und gutgeheißen hätten. Sie lohne es ab, sich mit diesen auseinander zu setzen. An sich sei es Sache dieser "Berater", die die Konstruktion der Maschine bestimmt hätten, der Beklagten die Maschine vorzuführen. Auch abgesehen von der unten zu erörternden Frage, ob die Klägerin berechtigt ist, die Nachbesserung von der vorherigen Zahlung des Kaufpreises abhängig zu machen, konnte das Berufungsgericht in diesem Schreiben den Ausdruck der Erklärung erblicken, die Klägerin verweigere die kostenlose Nachbesserung. Im übrigen wäre damals nach dem unstreitigen Sachverhalt ein Nachbesserungsversuch der Klägerin auch erfolglos geblieben. Die Ursache dafür, daß die Maschine nicht die vorausgesetzten Leistungen erbrachte, war der Klägerin nicht bekannt; denn diese Ursache wurde erst durch das Gutachten des Sachverständigen im Verlaufe des Rechtsstreits aufgedeckt. Daß die Klägerin bei einem Nachbesserungsversuch von sich aus den Konstruktionsmangel gefunden und den Fehler beseitigt hätte, hat sie selbst nicht behauptet. Für ihr Unvermögen, eine einwandfreie Maschine herzustellen, hat die Klägerin aber, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhange rechtsirrtumsfrei würdigt, einzustehen. Das Berufungsgericht legt den zwischen den Parteien geschlossenen Worklieferungsvertrag dahin aus, sie habe von sich aus das Problem der Konstruktion einer Wachskaschiermaschine für wetterfestes (lackiertes, "imperméables") Collophen sachgemäß lösen sollen. Das war nach dieser im Revisionsverfahren nicht mehr angreifbaren Auslegung des Individualvertrages der Gegenstand der Verpflichtung, also das versprochene herzustellende Werk.

Das Berufungsgericht hat mindestens im Ergebnis zutreffend auch angenommen, es sei unerheblich, ob die Klägerin sich im Verlaufe des Rechtsstreits nach Erstattung des Gutachtens noch bereit erklärt habe, bei der Beseitigung von Mängeln mitzuwirken. Die Revision verweist zu Unrecht auf den Schriftsatz der Klägerin vom 1. April 1965. Hier hat die Klägerin erklärt, sie sei bereit, gegen Erstattung ihrer Selbstkosten in die Maschine eine Walzenquetschung einzubauen. Weitere Voraussetzung sei natürlich, daß die Beklagte die Restforderung der Klägerin zahle und die Kosten des Rechtsstreits übernehme. Nachbesserung bedeutet aber Mangelbeseitigung auf Kosten des Unternehmers. Eine kostenlose Nachbesserung hat die Klägerin also gerade verweigert. Im Schriftsatz vom 3. April 1967 bezieht die Klägerin sich auf ihre im Schriftsatz vom 1. April 1965 erneut angebotenen Nachbesserungsbereitschaft und wiederholt diese Bereitschaft. Sie gibt aber keineswegs zu erkennen, daß sie nunmehr nicht mehr die Erstattung der aufzuwendenden Kosten verlange. Im übrigen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum als erwiesen angesehen, daß die Beklagte zu diesem Zeitpunkt, also im April 1967, an einer Nachbesserung kein Interesse mehr gehabt habe, weil die gelieferte Maschine seit geraumer Zeit nicht benutzt werden konnte und die Beklagte sich hierauf eingestellt habe. Die Verfahrensrüge der Revision gegen diese Feststellung kann nicht durchgreifen. Es bedeutet keinen Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht aus der Länge der seit der Lieferung verfloßenen Zeit (Oktober 1961 bis April 1967) und dem Umstande, daß die Beklagte ihren Fabrikationsbetrieb bis zum Jahre 1967 ohne die bei der Klägerin bestellte

Maschine fortgeführt, also einen anderweiten Fabrikationsgang gewählt hatte, schließt, die Beklagte habe sich darauf eingestellt, ihre Waren ohne Verwendung der streitigen Maschine herzustellen, und es sei ihr nunmehr nicht mehr zuzumuten gewesen, sich auf Nachbesserungsversuche der Klägerin einzulassen. Auch eine dem Besteller nicht mehr zuzumutende Nachbesserung ist wie eine dem Unternehmer "unmögliche" zu behandeln. Das hat der Bundesgerichtshof bereits im Urteil EGHZ 26, 337, 339 ausgesprochen, in dem angenommen wird, ein Schadensersatzanspruch aus §§ 634, 635 BGB könne u.a. geltend gemacht werden, wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt werde.

b) Die Klägerin glaubt, auch deshalb nicht zur Nachbesserung verpflichtet gewesen zu sein, weil die Beklagte nicht den gesamten Kaufpreis gezahlt habe. Sie legt die Bestimmung des Art. 8 Nr. 5 der Allgemeinen Lieferbedingungen dahin aus, sie sei erst nach Zahlung des Kaufpreises, dessen letztes Drittel nach dem Kaufvertrage drei Monate nach Lieferung der Maschine fällig sein sollte, zu einer Mängelbeseitigung verpflichtet gewesen. Das Berufungsgericht meint, ob diese Auffassung der Klägerin richtig sei, könne dahinstehen. Denn die Klägerin dürfe sich auf diese Bestimmung schon nach Treu und Glauben nicht berufen. Es handele sich nicht um geringfügige Mängel, sondern um Fehler, über die die Parteien seit Inbetriebnahme der Maschine verhandelt hätten und zu deren vermeintlicher Behebung die Beklagte schließlich auch noch die Friktionsaufrollung gekauft habe, obwohl sich hierdurch der Gesamtpreis der

Maschine fast auf das Doppelte des ersten Angebots erhöht hatte. Angesichts der mitgeteilten Arbeitsergebnisse habe die Klägerin auch davon ausgehen müssen, daß die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt die vorgesehene Produktion von Verpackungsfolien noch nicht habe aufnehmen können und schließlich erhebliche Zeit vergangen sei, in der sie nach den ursprünglichen Abreden schon mit einem Produktionsergebnis habe rechnen können. Auch die Höhe der Beträge, die die Beklagte gezahlt habe, ohne mit der Maschine arbeiten zu können, habe die Klägerin veranlassen müssen, von ihrer formalen Rechtsposition abzugehen. Das habe die Klägerin mindestens infolge Fahrlässigkeit nicht erkannt.

Die Angriffe der Revision gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts müssen scheitern. Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung setzt allerdings schuldhafte Verletzung der Nachbesserungspflicht voraus. Verschulden läge nicht vor, wenn der Unternehmer berechtigt wäre, die Nachbesserung zu verweigern, solange der Besteller seine Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllt hat. Indessen kann der Bestimmung des Art. 8 Nr. 5 der Lieferbedingungen nicht die Auslegung gegeben werden, die die Klägerin für richtig hält. Die Lieferbedingungen der Klägerin können vom Revisionsgericht ausgelegt werden, weil sie als allgemeine Geschäftsbedingungen, die von der Europäischen Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen veranlaßt und empfohlen sind, über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus Anwendung finden und ihre Auslegung verschiedenen Oberlandesgerichten obliegen kann. Der Art. 8 Nr. 5 der Lieferbedingungen ist, wovon schon

die Kammer für Handelssachen des Landgerichts ausgegangen ist, nicht dahin zu verstehen, daß bei Mängeln der Kaufsache oder des herzustellenden Werkes eine Nachbesserung erst verlangt werden kann, wenn der Käufer oder Besteller den Kaufpreis oder den Werklohn voll entrichtet hat.

Der Anspruch auf Mängelbeseitigung ist beim Werklieferungsvertrag ein echter Erfüllungsanspruch; er entspringt dem Anspruch des Bestellers auf "Herstellung des versprochenen Werks". Weist das Werk Mängel auf, so geht der Erfüllungsanspruch auf Beseitigung des Mangels. Bis diesem Anspruch Genüge getan, also der Mangel beseitigt ist, darf der Besteller nach § 320 BGB die Erfüllung, d. h. die Zahlung des Werklohns, verweigern (EGHZ 26, 337, 339 f.). Diese Rechtslage erleidet durch die Allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin keine Änderung. Nach Art. 9 Nr. 1 ist der Verkäufer verpflichtet, jeden die Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigenden Mangel zu beheben, der auf einen Fehler der Konstruktion oder der Ausführung beruht. Auch danach geht der Erfüllungsanspruch auf Beseitigung des Mangels. Da die Zahlung des Kaufpreises oder des Werklohns nach der Natur der gegenseitigen Verträge das Entgelt für die vertragsgemäße Gegenleistung ist, hängt die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises oder Werklohns mithin von der Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers oder Unternehmers zur Behebung des Mangels ab. Diese sich bei Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches aus § 320 BGB ergebende Rechtsfolge wird in Art. 8 Nr. 4 der Lieferbedingungen

entsprechend bestimmt: Danach kann der Verkäufer eine Zahlung, die von der Erfüllung einer eigenen Verpflichtung abhängt, vor Erfüllung seiner Verpflichtung nicht fordern, es sei denn, daß die Nichterfüllung auf einer Handlung oder Unterlassung des Käufers beruht. Kann aber der Verkäufer die Zahlung nicht fordern, so ist der Käufer auch nicht mit seiner Zahlung im Rückstand. Art. 8 Nr. 5, wonach der Verkäufer die Erfüllung seiner eigenen Verpflichtung aufschieben kann, wenn der Käufer mit seinen Zahlungen im Rückstand ist, findet also für den Fall, daß der Verkäufer ein mangelhaftes Werk geliefert hat, keine Anwendung. Dafür, daß der Anspruch auf Mängelbeseitigung von der vorherigen Zahlung des Kaufpreises oder Werklohns hat abhängig gemacht werden sollen, bieten die Bestimmungen des Art. 8 Nr. 4 und 5 keinen ausreichenden Anhaltspunkt. Klauseln, durch die eine Partei sich von einer gesetzlich bestimmten Haftung freizeichnet, können grundsätzlich keine ausdehnende Auslegung finden, sondern sind eng auszulegen (ständige Rechtsprechung! vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 27. November 1963 - VIII ZR 51/62 - LM BGB § 157 (Gf Nr. 6) = BGHWarn. 1963 Nr. 247). Zweifel gehen zu Lasten der Partei, die die Bedingungen aufgestellt hat. Hätte die Klägerin ihre Nachbesserungspflicht von der vorherigen Zahlung des Kaufpreises oder Werklohns abhängig machen wollen, so hätte sie das in einer dem Vertragsgegner deutlich erkennbaren Weise verlautbaren müssen, wie es etwa in anderen Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschehen ist, so etwa:

"Voraussetzung für die Mängelhaftung ist die Erfüllung der dem Besteller obliegenden Vertragsverpflichtungen, insbesondere der vereinbarten Zahlungsbedingungen" (BGH Urteil vom 26. November 1957 - VIII ZR 314/56 - LM BGB § 476 Nr. 4 = NJW 1958, 419; ebenso BCHZ 48, 264).

oder: "Der Lieferer kann die Beseitigung von Mängeln verweigern, solange der Besteller seine Verpflichtungen nicht erfüllt" (Urteil vom 17. Dezember 1959 - VIII ZR 167/58 - LM BGB § 157 (Ga Nr. 7) = NJW 1960, 667).

Selbst wenn aber der Auslegung des Berufungsgerichts, der Besteller oder Käufer könne vor Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtung eine Mängelbeseitigung nicht verlangen, zu folgen wäre, so müßte die Auffassung, es handele sich um mißbräuchliche Rechtsausübung, wenn die Klägerin die Nachbesserung von vorheriger Zahlung des Kaufpreises abhängig macht, im Ergebnis gebilligt werden. Nachdem der Sachverständige sein Gutachten erstattet hatte, stand fest, daß die Maschine für den nach der Würdigung des Berufungsgerichts vereinbarten Zweck nur gebrauchsfähig war, wenn eine Quetschwalze anstelle von Schabern eingebaut wurde. Ein Nachbesserungsanspruch der Beklagten war danach gegeben. Der erkennende Senat (Urteil vom 9. Februar 1960 - VIII ZR 53/59 - LM Allgemeine Geschäftsbedingungen Nr. 10 = NJW 1960, 859) hat angenommen, daß einer Klausel, durch die eine Zurückbehaltung des Kaufpreises wegen Mängeln der Kaufsache ausgeschlossen wird, nicht der

Sinn beigelegt werden kann, der Lieferer brauche sich auch dann eine Zurückhaltung der Zahlung nicht gefallen zu lassen, wenn er den schlüssig vorgetragenen Wandungsanspruch des Bestellers zwar nicht anerkennen will, dieser aber durch das Beweisergebnis nach der Überzeugung des Gerichts festgestellt ist. In diesem Fall, so wird im Urteil ausgeführt, steht gleichzeitig fest, daß die Weigerung des Lieferanten, den auf demselben Rechtsverhältnis beruhenden Gegenanspruch anzuerkennen, unberechtigt ist und damit keine Beachtung verdient. Wenn das Berufungsgericht überdies aus den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles (erheblicher Konstruktionsmangel, nutzloser zusätzlicher Erwerb einer Anlage zur Beseitigung des vermeintlichen Fehlers und Produktionsausfall bei der Beklagten) die Folgerung zieht, das Verlangen der Beklagten nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises verstoße gegen Treu und Glauben, so enthält das keinen Rechtsirrtum.

4. Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vorbringen der Klägerin auseinandergesetzt, die Beklagte treffe ein eigenes Verschulden, weil sie bei der Bestellung und dem Probelauf durch Schweigen oder unklare Erklärungen Mißverständnisse verursacht habe und die Klägerin durch die Firma F[REDACTED]-J[REDACTED] unzweckmäßige Weisungen erteilt habe.

Die Rügen sind unbegründet. Zwar hat das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin nicht ausdrücklich unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens behandelt, es hat sich aber mit ihm auseinandergesetzt und ist zu der Auffassung gelangt, der Klägerin sei nicht zuzurechnen, daß die Maschine einen Konstruktionsfehler aufgewiesen habe. Das Berufungsgericht hat, wie schon in anderen Zusammenhang ausgeführt ist, festgestellt, die Beklagte habe der Klägerin vor Vertragsschluß mündlich und schriftlich erklärt, sie benötige eine Maschine, die zum Kaschieren von lackiertem Cellophan geeignet sei. Dabei legt das Berufungsgericht im Anschluß an das Landgericht das von der Beklagten gebrauchte Wort *imperméable* im Sinne von "undurchdringlich, undurchlässig, wasserdicht, wetterfest" aus. Es nimmt in für das Revisionsverfahren bindender Weise an, in diesem Sinne habe auch die Klägerin das Wort verstehen müssen. Damit hat das Berufungsgericht ersichtlich den Vortrag der Klägerin, die Beklagte habe sich schuldhaft mißverständlich oder unklar ausgedrückt, als widerlegt angesehen. Desgleichen hat das Berufungsgericht, wie ebenfalls schon ausgeführt ist, in rechtsirrtumsfreier Weise dem Schreiben der Beklagten vom 4. August 1960 nicht entnommen, daß die Firma F[REDACTED]-J[REDACTED] als Beraterin und Erfüllungsgehilfin der Beklagten habe auftreten sollen; es hat vielmehr ersichtlich angenommen, die Beklagte habe der Klägerin nur anheimgestellt, sich in eigener Verantwortung des Rates der Firma F[REDACTED]-J[REDACTED] zu bedienen. Im übrigen legt das Berufungsgericht den Vertrag rechtsirrtumsfrei dahin aus, die Klägerin sei verpflichtet gewesen, eine einwandfrei arbeitende Maschine herzustellen, es habe keine Verpflichtung der Beklagten bestanden, sich darum zu bemühen, mit dem Ergebnis der von der Klägerin konstruierten Maschine befriedigende Arbeitsergebnisse zu erzielen.

11

5. Die Revision der Klägerin war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier