

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 82/71

URTEIL

Verkündet am

5. Juli 1972

Scheibl,

Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma K i e s w e r k e K [REDACTED] & C o . K G ,
vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin,
die A [REDACTED] Sand-Kiesbaggerei GmbH, diese vertreten durch
ihren Geschäftsführer, Manfred K [REDACTED] in E [REDACTED]-B [REDACTED], A [REDACTED]
[REDACTED]straße ●,

Beklagten, Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma S [REDACTED] K G , vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter Ingenieur Walter S [REDACTED]
[REDACTED] in B [REDACTED], H [REDACTED]straße ●,

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 12. März 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Schwimmbagger her. Die Beklagte betreibt eine Kiesbaggerei. Die Beklagte kaufte von der Klägerin mit Vertrag vom 8./9. August 1968 einen Vier-Seil-Zweischalen-Unterwassergreifer zum Kaufpreis von 18 481,50 DM. Mit der Klage verlangt die Klägerin den unstreitigen Restkaufpreis von 18 242,60 DM. Die Beklagte rechnet mit einer Schadensersatzforderung von insgesamt 63 851,23 DM aus dem Kauf einer Schwimmgreiferanlage auf.

Mit dieser Schadensersatzforderung hat es folgende Bewandtnis: Im Jahre 1968 hat die Beklagte von der Klägerin eine Schwimmgreiferanlage nebst Förderbändern gekauft. Dem Kaufvertrage liegt ein Schriftwechsel der Parteien zugrunde. Zunächst machte die Klägerin der Beklagten unter dem 22. März 1968 ein Angebot über eine Schwimmgreiferanlage. In dem Angebot sind über die Leistung der Anlage verschiedene Angaben gemacht; u.a. heißt es unter Type:

"Fördermenge/Stunde: 138 cbm/std.
(bei baggerfähigem Material und einer mittleren Fördertiefe von 10 m)."

Auf der Rückseite des Angebotsschreibens sind die Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin abgedruckt. Darin heißt es unter Nr. 6:

"Bei Mängelrügen kann der Käufer Nachbesserung nach Maßgabe unserer Gewährleistung verlangen. Alle anderen Ansprüche, insbesondere solche auf Schadensersatz, Wandlung des Vertrages oder Minderung des Kaufpreises, sind ausgeschlossen.

Wir übernehmen hinsichtlich der von uns gefertigten Teile für die Dauer eines halben Jahres Gewähr für gute Leistung und kräftige Bauart. Die Gewährleistung erstreckt sich nur auf den kostenlosen Ersatz aller Teile, welche in dem halben Jahr trotz richtiger Behandlung infolge schlechten Materials oder unsachgemäßer Ausführung unbrauchbar werden.
. . . "

Die Beklagte erteilte mit Schreiben vom 26./27.März 1968 der Klägerin den Auftrag zur Lieferung der Anlage. Die Klägerin bestätigte mit Schreiben vom



2

2. April 1968 "den uns zu unseren bekannten Bedingungen freundlichst erteilten Auftrag". Es kam jedoch zwischen den Parteien zu weiteren Verhandlungen. Nach einem Besuch des Gesellschafters der Klägerin S [REDACTED] am 17. April 1968 übersandte die Beklagte der Klägerin unter dem 25. April 1968 ein Schreiben, in dem sie der Klägerin den Auftrag zur Lieferung der Schwimmgreiferanlage und Förderbänder zum Gesamtpreise von 227 896 DM erteilte. Im Schreiben heißt es auszugsweise:

"Fördermenge/Stunde: 138 cbm/std.
(bei baggerfähigem Material und einer mittleren Fördertiefe von 10 m). ...

Der Schwimmgreifer ist mit einem Entwässerungs-Schöpfgrad, entsprechend der vorgenannten Förderungsleistung, ausgerüstet.

Im übrigen ist die Anlage kompl. und im einzelnen ausgerüstet wie es in Ihrem Angebot Nr. 80 015 vom 22.3.1968 näher beschrieben ist. ...

Für die von Ihnen angegebenen Stundenleistungen der Schwimmgreiferanlage sowie der Transportbänder übernehmen Sie die volle Garantie soweit es sich um normales Kies- und Sandmaterial handelt.

Wir haben Sie darauf aufmerksam gemacht, daß wir nur auf Grund der von Ihnen gemachten günstigen Leistungsangaben die Anlage bei Ihnen gekauft haben.

Sollten die vereinbarten Stundenleistungen der bei Ihnen gekauften Geräte nicht erreicht werden, werden wir Sie für den uns hieraus entstehenden Schaden in Anspruch nehmen. ...

Vereinbarter Gerichtsstand ist für beide Teile Essen.

Für die Durchführung des Auftrages kommen nur die Bedingungen gemäß dieses Schreibens infrage.

Anderslautende Bedingungen haben nur Gültigkeit, wenn diese von uns schriftlich bestätigt worden sind."

Die Klägerin erwiderte mit Schreiben vom 4. Mai 1968. Es lautet auszugsweise:

" . . .

e) Der Auftrag ist zustande gekommen unter Berücksichtigung unserer üblichen Verkaufsbedingungen, von denen wir nur insofern abweichen, sofern die Punkte a - d etwas anderes sagen. Weitere Abweichungen sind unzulässig. Insbesondere gilt Braunschweig weiterhin als vereinbarter Gerichtsstand und wir sind nicht bereit, diese von Ihnen nachträglich gewünschten Änderungen zu akzeptieren. ..."

Nach einem Ferngespräch erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 7. Mai 1968:

"Wir bedauern es sehr, daß unser letztes Schreiben nicht in jeder Hinsicht Ihre Zustimmung gefunden hat, freuen uns aber doch, daß es dann am Telefon in wesentlichen Punkten zu einer Einigung gekommen ist.

Es tut uns außerordentlich leid, Ihnen mitteilen zu müssen, daß wir in Bezug Gerichtsstand von unseren Verkaufsbedingungen nicht abweichen können, da dieses nur durch einen Gesellschafterbeschuß herbeigeführt werden kann. Wir möchten Sie aus diesem Grund bitten, es beim Gerichtsstand Braunschweig zu belassen."

h

Diesem Schreiben folgen dann eine Reihe technischer Angaben. Das Schreiben der Klägerin vom 7. Mai 1968 kreuzte sich mit einem Schreiben der Beklagten vom 8. Mai 1968, in dem es heißt:

"Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 4. ds.Mts., sowie auf Ihr heutiges Telefongespräch mit unserem Herrn Herbert K[REDACTED].

Da in diesem Gespräch keine restlose Einigung erzielt worden ist, sehen wir uns genötigt zu Ihrem og. Schreiben wie folgt Stellung zu nehmen:

. . . .

4. Ihre Zusicherung, daß Ihr Gerät eine stündl. Förderleistung von ca. 140 cbm bringt, war für uns der ausschlaggebende Grund für den Kauf. Ihre Bedenken hinsichtlich der Baggerfähigkeit unseres Materials sind unbegründet, das ersehen Sie schon daraus, daß wir bis heute nur mit Saugbaggern gearbeitet haben.

Ob der Greifer 100 %ig gefüllt werden kann oder nicht, liegt einzig und allein an der Art seiner Konstruktion - wofür Sie verantwortlich sind - in keinem Falle jedoch an der Beschaffenheit des Materials.

5. Ihre Auftrags- und Lieferungsbedingungen werden von uns anerkannt, soweit Sie unserem Auftrag vom 25.4.1968, sowie diesem Schreiben nicht entgegenstehen.

Als Gerichtsstand muß Essen vereinbart bleiben.

In diesem Zusammenhang müssen wir Ihnen insoweit widersprechen, als wir nicht nachträglich neue Bedingungen vereinbaren wollen, sondern daß sich Ihre Auftragsbestätigung mit unserem Auftrags-

schreiben gekreuzt hat und wir bei unseren mündlichen Verhandlungen immer darauf hingewiesen haben, daß Grundlage für unsere Bestellung unser schriftlicher Auftrag sein würde. Obwohl wir von Ihnen persönlich und von Ihrer Firma den besten Eindruck gewonnen haben, müssen wir aus Gründen der kaufm. Vorsicht auf diesem Punkt bestehen. Wir hoffen zuversichtlich, daß Sie hieran den Auftrag nicht scheitern lassen.

Wir nehmen an, daß die strittigen Fragen nunmehr geklärt sind. . . . "

Das Schreiben der Beklagten vom 8. Mai 1968 beantwortete die Klägerin mit Schreiben vom 22. Mai 1968. Es geht zuerst auf technische Fragen ein und führt dann zu Punkt 5 des Schreibens der Beklagten aus:

"Den nachträglich von Ihnen gewünschten Gerichtsstand Essen können wir nicht pauschal anerkennen. Zwar ist davon die Rede gewesen, daß Sie uns die schriftliche Bestellung noch hereinreichen wollen, Sie hätten uns aber fairerweise dann bei der mündlichen Bestellung auf abweichende Wünsche Ihrerseits zu unseren Verkaufsbedingungen hinweisen müssen. Da dies nicht geschehen ist, müssen wir insofern widersprechen."

Die Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 29. Mai 1968. In ihm geht sie auf die Frage des Liefertermins ein und fügt hinzu:

"Da unsere Vorbereitungen nunmehr so weit gediehen sind, daß wir nicht mehr zurückkönnen, sind wir mit dem Gerichtsstand Braunschweig einverstanden."

Wir machen Sie jedoch auch schon jetzt darauf aufmerksam, daß, sollte es zu zukünftigen Aufträgen kommen, wir diesen Punkt auf jeden Fall in unserem Sinne geregelt wissen wollen."

Am 29. Juli 1968 lieferte die Klägerin die Schwimmgreiferanlage aus. Im Übergabeprotokoll vom selben Tage heißt es:

"Die geforderte Förderleistung wurde nicht erreicht.

Begründung: Die derzeitige Kieswerksanlage kann die volle Förderleistung noch nicht aufnehmen."

Es werden dann eine Reihe Beanstandungen der Beklagten vermerkt. Mit Schreiben vom 31. Juli, 13. August und 21. August 1968 beanstandete die Beklagte die Leistung der Schwimmgreiferanlage, insbesondere der Entwässerung des geförderten Materials. Die Klägerin nahm in der Zeit vom 7. bis 15. September 1968 an der Schwimmgreiferanlage Arbeiten vor. Im Anschluß daran zahlte die Beklagte durch Scheck vom 26. September 1968 den Restkaufpreis von 60 000 DM, den sie bis dahin zurückbehalten hatte. Am 28. November 1968 beantragte die Beklagte bei dem Amtsgericht Moers ein Verfahren zur Sicherung des Beweises, daß die mangelnde Entwässerung des Kiesmaterials darauf beruhe, daß das an der Anlage zur Entwässerung des geförderten Materials angebrachte Schöpfrad nicht geeignet sei, eine ausreichende Entwässerung vorzunehmen, und daß durch die mangelnde Entwässerung des geförderten Materials die zugesicherte Förderleistung der Schwimmgreiferanlage von ca. 140 cbm stündlich

nicht erreicht werden könne. Die Beklagte ließ alsdann zusätzliche Geräte, so ein Schwimmband mit Schwimmsieb, für angeblich 63 851,23 DM einbauen.

Mit dem hieraus hergeleiteten Schadensersatzanspruch von 63 851,23 DM rechnet die Beklagte gegen die Klageforderung auf und macht mit der Widerklage den überschießenden Betrag von 45 608,63 DM geltend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Klägerin unter Abweisung der weitergehenden Widerklage verurteilt, an die Beklagte 21 757,40 DM nebst Zinsen zu zahlen. Es nimmt an, die Schwimmgreiferanlage sei nicht geeignet gewesen, die zugesagte Förderleistung zu erbringen. Zur Beseitigung des Schadens, dessen Beseitigung die Klägerin abgelehnt habe, seien Aufwendungen in Höhe von 40 000 DM ausreichend gewesen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin unter Zurückweisung der Anschlußberufung der Beklagten die Beklagte antragsgemäß verurteilt und ihre Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag und den Antrag der Widerklage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht entscheidet nicht, welche Mängel die von der Klägerin gelieferte Schwimmgreiferanlage etwa aufgewiesen hat und ob die Beklagte zur Beseitigung von Mängeln den von ihr als Schadensersatz begehrten Betrag aufgewendet hat. Es ist der Auffassung, die Klägerin habe sich in der Nr. 6 ihrer Verkaufsbedingungen wirksam von jeder Schadensersatzverpflichtung freigezeichnet. Es ist weiter der Auffassung, die der Klägerin allein obliegende Nachbesserungspflicht sei auch nicht entfallen, weil die Klägerin etwa eine Nachbesserung abgelehnt oder ihre Verpflichtung schuldhaft verletzt habe.

Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen sind begründet.

1. Wie die Revision mit Recht geltend macht, kann dem Berufungsgericht schon in der Annahme, daß Nr. 6 der Verkaufsbedingungen der Klägerin Vertragsbestandteil geworden sei, nicht gefolgt werden.

Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß, nachdem der Gesellschafter Stichweh der Klägerin und die Beklagte am 17. April 1968 noch mündlich über den Liefervertrag verhandelt hatten, erst das Schreiben der Beklagten vom 25. April 1968 ein Angebot zum Abschluß des vorgesehenen Vertrages enthielt. Das läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Parteien haben auch nach der "Auftragsbe-

stätigung" der Klägerin vom 2. April 1968 weiter verhandelt. Diese Bestätigung hatte also noch nicht zu einer endgültigen Einigung geführt. Das Angebot der Beklagten vom 25. April 1968 hat die Klägerin, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nur unter Einschränkungen angenommen. Während die Beklagte die volle Garantie der Klägerin für die von ihr angegebenen Stundenleistungen der Schwimmgreiferanlage verlangte und sich Ansprüche vorbehielt, wenn die vereinbarten Stundenleistungen nicht erreicht würden, erklärte die Klägerin im Schreiben vom 4. Mai 1968, der Auftrag sei unter Berücksichtigung ihrer üblichen Verkaufsbedingungen zustande gekommen, von denen sie nur abweiche, sofern die Punkte a bis d etwas anderes besagten. Unter Punkt d bestätigte die Klägerin zwar die ausgehandelten Stundenleistungen. Wenn das Berufungsgericht darin noch nicht ein Einverständnis mit der von der Beklagten verlangten Garantie und eine Zusage einer Schadensersatzverpflichtung, falls die Leistungen nicht erreicht würden, sieht, so bestehen dagegen keine Bedenken. Das Schreiben der Klägerin vom 4. Mai 1968 gilt somit nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des Antrages der Klägerin verbunden mit einem neuen Vertragsangebot.

Das Berufungsgericht ist sodann der Auffassung, die Beklagte habe sich mit den im Schreiben der Klägerin vom 4. Mai 1968 enthaltenen Verkaufsbedingungen, insbesondere mit der ausnahmslosen Geltung der Verkaufsbedingungen der Klägerin, einverstanden erklärt. Zwar habe die Beklagte erklärt, die Bedingungen der Klägerin würden anerkannt, soweit sie dem

Auftrag vom 25. April 1968 und dem Schreiben vom 8. Mai 1968 nicht entgegenständen. Dadurch sei aber, so meint das Berufungsgericht, an der Geltung der Freizeichnungsklausel nichts geändert worden. Das Verlangen der Beklagten im Schreiben vom 25. April 1968 auf Schadensersatz, wenn die Geräte die vereinbarten Stundenleistungen nicht erreichten, habe nicht den Auftrag vom 25. April 1968 betroffen.

Diese Begründung des Berufungsgerichts ist, wie die Revision mit Recht sagt, unverständlich. Das Garantieverlangen der Beklagten im Schreiben vom 25. April 1968 betraf eindeutig die angegebenen Stundenleistungen der Schwimmgreiferanlage und der Transportbänder. Nur auf die Schwimmgreiferanlage bezog sich das Auftragsschreiben vom 25. April. In ihm war ausdrücklich eine Fördermenge von 138 cbm je Stunde bei baggerfähigem Material vorgesehen. Gerade auf die Förderleistung ging auch das Schreiben der Beklagten vom 8. Mai 1968 ein. Es hebt hervor, die Zusicherung der Klägerin, daß das Gerät eine stündliche Förderleistung von etwa 140 cbm bringe, sei für die Beklagte der ausschlaggebende Grund für den Kauf. Die Beklagte bestand demnach unverkennbar auf ihrem Standpunkt, die Klägerin solle die Garantie für eine stündliche Förderleistung von etwa 140 cbm geben und zum Schadensersatz bei einer dem nicht entsprechenden Förderleistung verpflichtet sein. Die Auslegung des Berufungsgerichts, die Vorbehalte der Beklagten hinsichtlich der Garantie und des Schadensersatzes hätten nicht

den Auftrag vom 25. April 1968 über die Lieferung der Schwimmgreiferanlage betroffen, ist deshalb unmöglich. Davon, daß die Beklagte sich mit einer Freizeichnung der Klägerin auch von Schadensersatzansprüchen einverstanden erklärt habe, die darauf beruhen, daß die zugesagte Förderleistung nicht erreicht werde, kann keine Rede sein. Die Beklagte hat mithin das im Schreiben der Klägerin vom 4. Mai 1968 liegende neue Vertragsangebot abgelehnt und hat auf ihren Vertragsbedingungen des Schreibens vom 25. April 1968 bestanden. Der in Aussicht genommene Liefervertrag war bis dahin also nicht zustande gekommen. Das Antwortschreiben der Klägerin vom 22. Mai 1968 schränkte nunmehr die Meinungsverschiedenheiten auf drei "unklare" Punkte ein: Auf den später unstreitig gewordenen Liefertermin, hinsichtlich der Förderleistung auf die Frage, welches Fördermaterial als baggerfähig anzusehen sei, und auf den Gerichtsstand. Was das baggerfähige Material betrifft, meinte die Klägerin, sei der Sache vorher nicht allzuviel Bedeutung beizumessen, man solle es auf den Versuch ankommen lassen. Die Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 29. Mai 1968, daß sie in der Frage des Liefertermins keine Konzession machen könne, erklärte sich aber mit dem Gerichtsstand Braunschweig einverstanden. Damit war der Vertrag endgültig zustande gekommen.

Der unstreitige Inhalt des Schriftwechsels läßt allein die Auslegung zu, daß die Nr. 6 der Verkaufsbedingungen der Klägerin mindestens insoweit nicht Vertragsbestandteil geworden sind, als es sich

um die Zusage der Klägerin handelt, für eine stündliche Fördermenge von 138 cbm bei baggerfähigem Material eintreten zu wollen. Gegen dieses Verlangen der Beklagten hat die Klägerin sich im Schreiben vom 22. Mai 1968 nicht mehr gewehrt. Es ist daher unrichtig, wenn das Berufungsgericht daraus etwas herleiten will, daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 29. Mai 1968 lediglich in der Frage des Liefertermins zu Konzessionen nicht bereit war. Wenn die Klägerin, obwohl die Beklagte im Schreiben vom 8. Mai 1968 auf ihren Vertragsbedingungen aus dem Schreiben vom 25. April 1968 bestanden hatte, sich weder gegen das Verlangen nach einer Garantie noch nach Schadensersatz wendete, sondern lediglich Bedenken hinsichtlich der Baggerfähigkeit des Fördermaterials erhob, so ist das Verhalten dahin auszulegen, daß die Klägerin das Verlangen der Beklagten hingenommen hat. Zum mindesten durfte die Beklagte bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten der Klägerin diesen Schluß ziehen. Wollte die Klägerin unter den in dieser Hinsicht von der Beklagten zur unbedingten Voraussetzung gemachten Vertragsbedingungen den Liefervertrag nicht schließen, so hätte sie dem Ausdruck geben müssen. Die Beklagte brauchte auf ihr Verlangen nicht mehr zurückzukommen.

Das Berufungsgericht hat seine Auffassung, die Freizeichnungsklausel in Nr. 6 der Verkaufsbedingungen sei nicht abgeändert worden, schließlich darauf gestützt, daß die Beklagte sich im Berufungsrechtszuge trotz des Vortrages der Klägerin gegen die Annahme des Landgerichts, die Freizeichnungsklausel

habe weiter gegolten, nicht verwahrt habe. Auch diese Begründung kann nicht überzeugen. Da das Landgericht angenommen hatte, der Beklagten stehe ein Schadensersatzanspruch zu, weil die Klägerin eine Nachbesserung des Mangels abgelehnt habe, war im Berufungsrechtszuge der Streit allerdings im wesentlichen darum gegangen, ob der Anspruch der Beklagten unter diesem Blickpunkt begründet sei. Die Beklagte hatte vor dem Landgericht aber auch ausdrücklich vorgetragen, für den Liefervertrag gälten die Verkaufsbedingungen der Klägerin nicht. Dafür, daß die Beklagte im zweiten Rechtszuge die Freizeichnung der Klägerin von Schadensersatzansprüchen hat zugestehen wollen, liegen keine Anhaltspunkte vor. Die Beklagte hat in der Berufungsbeantwortung vom 22. Mai 1970 vielmehr ausdrücklich geltend gemacht, die Klägerin habe eine Leistung von 138 cbm je Stunde garantiert, und hat im übrigen das gesamte Vorbringen des ersten Rechtszuges wiederholt. Da das Berufungsgericht ihr einen Schadensersatzanspruch zugebilligt hatte, konnte sie sich die rechtliche Beurteilung des Landgerichts zu eigen machen, ohne die eigene aufzugeben. Das prozessuale Verhalten der Beklagten muß dahin verstanden werden, daß sie ihren Schadensersatzanspruch auf alle möglichen, bisher erörterten Klagegründe stütze.

2. Das Berufungsgericht prüft von seinem Standpunkt aus, daß die Gewährleistungspflicht der Klägerin auf eine Nachbesserung beschränkt gewesen sei, auch, ob die Beklagte etwa nachträglich auf einen Schadensersatzanspruch habe zurückgreifen können.

Ein solches Recht spricht das Berufungsgericht der Beklagten ab. Es unterstellt zwar, daß die Schwimmgreiferanlage noch Mängel aufgewiesen habe, nachdem die Klägerin an ihr Nachbesserungsarbeiten vorgenommen hatte. Bei der nach Beendigung der Nachbesserungsarbeiten von der Beklagten am 18. September 1968 vorgenommenen Überprüfung, so führt es aus, habe sich die Beklagte aber bereit gefunden, die Anlage so, wie sie damals war, als vertragsgemäße Leistung anzusehen. Dementsprechend habe sie am 26. September 1968 die noch ausstehende Restzahlung von 60 000 DM geleistet. Das sei mit ein Anzeichen dafür, daß sie mit der Anlage zufrieden gewesen sei. Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe am 18. September 1968 und auch anschließend weitere Nachbesserung zugesagt, treffe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zu. Bis zur Einleitung des Beweissicherungsverfahrens habe die Beklagte über einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten durch ihr Verhalten die Ordnungsmäßigkeit der Anlage anerkannt. Die Folgen dieses Verhaltens habe sie nicht wieder beseitigen und sich von ihnen dadurch lösen können, daß sie mit der Einleitung des Beweissicherungsverfahrens eine - wenn vielleicht auch zutreffende - andere Auffassung über den Zustand der Anlage erkennen ließ.

Das Berufungsgericht scheint danach der Auffassung zu sein, die Beklagte habe am 18. September 1968 die Anlage als Erfüllung angenommen. Auch wenn das zuträfe, wären der Beklagten indessen Gewährleistungsansprüche nicht genommen. Die Annahme als Erfüllung hat nach § 363 BGB nur zur Folge, daß den Gläubiger

die Beweislast trifft, wenn er die Leistung nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie unvollständig gewesen sei. Unter einer unvollständigen Leistung ist auch eine mangelhafte Leistung oder die Leistung einer Sache, der eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, zu verstehen. In der Umkehrung der Beweislast erschöpft sich aber die rechtliche Bedeutung des § 363 BGB. Die angenommene Leistung gilt nicht als vertragsgemäß genehmigt. Lediglich nach Kaufrecht stehen dem Käufer nach § 464 BGB Gewährleistungsansprüche nicht zu, wenn er die Kaufsache ohne Vorbehalt angenommen hat, obwohl er den Mangel kennt. Daß der Beklagten bei der Überprüfung der Anlage am 18. September 1968 und bei der Kaufpreiszahlung die angeblich weiter bestehenden Mängel bekannt gewesen seien, nimmt das Berufungsgericht nicht an. Es geht im Gegenteil ausdrücklich davon aus, daß die Beklagte nachträglich über den vertragsgemäßen Zustand der Anlage eine - vielleicht zutreffendere - andere Auffassung gewonnen und zum Ausdruck gebracht habe. Daraus, daß die Beklagte möglicherweise die Schwimmgreiferanlage als Erfüllung angenommen hat, kann die Klägerin also nichts herleiten.

3. a) Auch wenn die Allgemeinen Verkaufsbedingungen der Klägerin, mindestens was die Gewährleistungsansprüche betrifft, nicht Vertragsbestandteil geworden sind, so ist nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin dennoch das Recht hatte, statt einer Entschädigung der Beklagten in Geld einen Mangel der Schwimmgreiferanlage, der die Förderleistung beein-

trächtig, selbst zu beseitigen. Der Verkäufer darf die Kaufsache auch nach der Übergabe ausnahmsweise nachbessern, wenn der Käufer mit einer Ablehnung der Nachbesserung gegen Treu und Glauben verstoßen würde (BGH Urteil vom 17. September 1971 - V ZR 143/68 = BGHWarn 1971 Nr. 202 = WM 1971, 1382; BGB RGRK 11. Aufl. § 459 Anm. 11; Soergel/Siebert, 10. Aufl. § 462 Anm. 6). Dafür, daß die Beklagte nicht grundsätzlich eine Nachbesserung verweigern durfte, spricht auch der Umstand, daß sie unstreitig in der Zeit vom 7. bis 15. September 1968 Nachbesserungsarbeiten der Klägerin zugelassen hat.

Einer abschließenden Entscheidung bedarf es nicht, weil auf jeden Fall eine Befugnis der Klägerin, anstelle einer Schadensersatzleistung in Geld die mangelhafte Sache nachzubessern, entfallen wäre.

b) Rechtsprechung und Schrifttum sind der Auffassung, daß ein Gläubiger, dessen Gewährleistungsansprüche wie etwa beim Besteller nach § 633 Abs. 2 BGB auf einen Nachbesserungsanspruch beschränkt sind, oder ein Käufer, dem kraft besonderer Vereinbarung nur ein Nachbesserungsrecht zusteht, dann, wenn der Nachbesserungsversuch mißlungen ist, sich nicht auf weitere Versuche einzulassen braucht, sondern auf einen Schadensersatzanspruch zurückgreifen kann. Der Fehlschlag ist dem Verantwortungsbereich des Verkäufers zuzurechnen; er würde rechtsmißbräuchlich handeln, wenn er weiter auf seinem Nachbesserungsrecht bestände (BGHZ 22, 90, 99; 37, 94, 98; BGB RGRK 11. Aufl. § 459 Anm. 11 und 29; Ballerstedt bei Soergel/

Siebert, BGB 10. Aufl. § 462 Anm. 7; vgl. auch für das Recht des Werkvertrages BGH Urteil vom 18. Juni 1959 - VII ZR 181/58 = LM BGB § 635 Nr. 4 = BGH Warn 1959/1960 Nr. 149; Ballerstedt aaO § 634 Nr. 6). Dieser Grundsatz muß um so mehr gelten, wenn, wie im vorliegenden Fall, dem Verkäufer nur deshalb ein Nachbesserungsrecht zusteht, weil der Käufer, ohne dazu verpflichtet zu sein, sich mit einer Nachbesserung einverstanden erklärt hat und möglicherweise sein Verlangen auf sofortigen Schadensersatz gegen Treu und Glauben verstoßen hätte.

Für den Revisionsrechtszug ist zu unterstellen, daß trotz der vom 7. bis 15. September 1968 durchgeführten Nachbesserungsarbeiten die Schwimmgreiferanlage nicht die zugesagten Leistungen erbracht hat. Die von der Beklagten gewünschte Förderleistung war nur durch Änderungen an der Schwimmgreiferanlage zu erzielen, die einen erheblichen Kostenaufwand erforderten. Derartige Nachbesserungsleistungen zu erbringen, war die Klägerin aber ersichtlich nicht bereit. Sie hat mit Schriftsatz vom 14. März 1969 ausdrücklich erklärt, die Anlage sei vertragsgemäß geliefert worden, es könne keine Rede davon sein, daß eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt habe, eine Nachbesserung des Gerätes sei nicht erforderlich. Es war im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht Sache der Beklagten, sich, nachdem die Nachbesserungsarbeiten nicht zum Erfolg geführt hatten, nochmals mit dem Verlangen auf Nachbesserung an die Klägerin zu wenden. Im Schreiben vom 21. August 1968, in dem die Beklagte sich damit einverstanden

zeigte, daß die Klägerin Nachbesserungen ausführe, hatte sie ausdrücklich erklärt, wenn eine ausreichende Entwässerung nicht gewährleistet sei, sehe sie sich gezwungen, selbst Maßnahmen zu ergreifen, um dieses Problem zu lösen. Wollte die Klägerin für den Fall, daß ihre Nachbesserungsversuche mißlungen waren, weiter versuchen, die Mängel zu beseitigen, so hätte sie sich darum kümmern müssen, ob die Mängel behoben waren, und gegebenenfalls eine nochmalige Nachbesserung anbieten müssen. Das hat sie unstreitig nicht getan.

Im übrigen wollte die Beklagte ersichtlich die Anlage sofort benutzen und brauchte sich aus diesem Grunde nicht der Gefahr, daß weitere Fehlschläge bei erneuten Nachbesserungsversuchen einträten, auszusetzen. In dem dem Vertragsschluß vorausgegangenen Schriftwechsel war es gerade wesentlich darum gegangen, daß der Lieferzeitpunkt unbedingt eingehalten werde. Nach dem weiteren Hinweis der Beklagten in dem erwähnten Schreiben vom 21. August 1968 konnte die Klägerin demnach nicht damit rechnen, daß bei einem Mißlingen der Nachbesserung die Beklagte sich auf weitere Nachbesserungsversuche einlassen werde.

Unter diesen gesamten Umständen stellt es keine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn die Beklagte, nachdem die Nachbesserungsversuche, wie zu unterstellen ist, mißlungen waren, Schadensersatz wegen Fehls einer zugesicherten Eigenschaft verlangt.

III. Es kommt demnach darauf an, ob die Schwimmgreiferanlage die behaupteten Mängel aufweist, insbesondere ob die zugesagte Förderleistung deshalb nicht erreicht worden ist, weil die Anlage Konstruktionsmängel hatte, oder nur, wie die Klägerin behauptet, weil die Beklagte die Anlage unter im Vertrage nicht vorgesehenen Bodenverhältnissen eingesetzt hatte. Diese Feststellungen muß das Berufungsgericht treffen. Gegebenenfalls wird es auch die Höhe des der Beklagten angeblich entstandenen Schadens zu prüfen haben.

Die Sache muß deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung

2

Über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen,
weil die Kostenverteilung vom Ausgang des Rechts-
streits abhängt. Es erscheint angemessen, von der
Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu
machen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

BR Dr. Hiddemann ist
beurlaubt und ortsab-
wesend. Er kann des-
halb nicht unterschrei-
ben.

Dr. Haidinger

Hoffmann