

Verkündet
am 2. Juli 1959
Woitscheck, 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 Albert T[REDACTED], Export-Import, F[REDACTED] (M[REDACTED]),
Se[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Sch[REDACTED] & Co. GmbH., Mi[REDACTED] H[REDACTED] in
Mi[REDACTED] (N[REDACTED]),

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1959
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der
Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkenmann, Erbel
und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 3. Zi-
vilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main)
vom 7. Februar 1958 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund Vertrages vom 18. Juni 1952 lieferte die Beklagte der Klägerin eine Anlage zur Fertigung von Spannbetonbalken zum Preise von 87.249,55 DM. Die Klägerin hat davon 84.500,-- DM gezahlt. Bestandteil des Vertrages sind die vom Vorstand des Vereins deutscher Maschinenbau-Anstalten anerkannten "Allgemeinen Bedingungen für Lieferung von Baumaschinen und -geräten". Darin heißt es zur Frage der Gewährleistung unter anderem:

"H. 2. Alle diejenigen Teile sind unentgeltlich auszubessern oder ab Werk neu zu liefern, die innerhalb sechs Monaten vom Tag der Erfüllung ab gerechnet, nachweisbar infolge eines vor dem Gefahrübergang liegenden Umstandes, insbesondere wegen fehlerhafter Bauart, schlechter Baustoffe oder mangelhafter Ausführung, unbrauchbar werden oder deren Brauchbarkeit erheblich beeinträchtigt wurde.

....

4. Erkennt der Lieferer rechtzeitig erhobene Mängelrügen nicht an, so verjährt das Recht des Bestellers, Ansprüche aus Mängeln geltend zu machen, in allen Fällen vom Zeitpunkt der rechtzeitigen Rüge an in sechs Monaten, frühestens jedoch mit Ablauf der Haftfrist.

....

J. 4. Alle anderen Ansprüche des Bestellers sind ausgeschlossen, insbesondere alle weitergehenden Ansprüche auf Wandlung oder Minderung, sowie auf Ersatz von Schäden irgendwelcher Art, und zwar auch von solchem Schaden, der nicht an dem Gegenstand selbst entstanden ist".

Anfang März 1953 montierte die Beklagte die (im Herbst 1952 der Klägerin in Teilen angelieferte) Anlage bei der Klägerin. Am 7. März 1953 nahm die Klägerin die Produktion mit der Anlage auf, und zwar zunächst auf zwei, ab April 1953 auf vier Doppelbahnen der (für 6 Doppelbahnen konstruierten) Maschine.

Die Schalungsteile für die beiden letzten Doppelbahnen blieben auf Veranlassung der Klägerin bis Ende 1953 bei der Firma S [REDACTED] (einer Unterlieferantin der Beklagten) liegen.

Am 12. März 1953 vereinbarten die Parteien, daß die Beklagte inzwischen aufgetretene Mängel nachbessern sollte. In der Folge änderte die Beklagte insbesondere mehrfach die Bolzenhalterung der Anlage. Am 29. Juni 1953 schrieb die Klägerin, sie sei mit der von der Beklagten inzwischen entwickelten "Niederhaltungsvorrichtung" einverstanden, und mahnte die Lieferung der abgeänderten Bolzen an. Die Beklagte arbeitete dann nach und nach alle Bolzen um und sandte die letzten am 16. Dezember 1953 an die Klägerin zurück.

Inzwischen rügte die Klägerin mit Schreiben vom 3. und 14. September 1953, daß die Nasen der abgeänderten Bolzen und die Krallen der Zugfedern häufig brächen und die Schalungsstücke sich verbögen. Sie drohte an, die Anlage zur Verfügung zu stellen, wenn es der Beklagten nicht in Kürze gelinge, ein technisch einwandfreies Funktionieren zu erreichen.

Darauf antwortete die Beklagte unter dem 22. September 1953: Die Anlage sei keine Fehlkonstruktion; das Verbiegen der Bolzen beruhe auf Bedienungsfehlern; dafür sei sie nicht verantwortlich; sie pflege zwar ihre Kunden bei Bedienungsschwierigkeiten zu unterstützen, könne das aber nicht, wenn der Kunde durch Drohungen usw. das gute Verhältnis zu ihr trübe; sie hoffe daher, daß in Zukunft "das Verhältnis auf einer für beide Parteien annehmbaren Basis gestaltet" werde.



Am 1. Oktober 1953 lieferte die Beklagte eine Reihe von Ersatzschalungsteilen, welche die Klägerin im Juli 1953 bestellt hatte.

Am 5. Dezember 1953 schrieb die Klägerin der Beklagten: Die Nachbesserungsversuche seien erfolglos geblieben, die Anlage sei eine Fehlkonstruktion, sie werde sie außer Betrieb setzen und müsse Rücknahme, Rückzahlung des Kaufpreises sowie Schadensersatz fordern.

Die Beklagte mahnte unter dem 15. Dezember 1953 die Zahlung des Restkaufpreises von 4.750,72 DM an. Die Klägerin verweigerte das mit Schreiben vom 28. Dezember 1953 und teilte zugleich mit, sie habe das Werk stillgelegt, da ein Weiterarbeiten "einem wirtschaftlichen Selbstmord gleichkäme".

Mit Schreiben vom 8. Januar 1954 beantwortete die Beklagte den Brief der Klägerin vom 5. Dezember 1953. Sie lehnte alle Ansprüche der Klägerin unter Hinweis auf die Lieferungsbedingungen ab, erklärte sich aber zu einer mündlichen Aussprache bereit. Demgegenüber beharrte die Klägerin mit Schreiben ihres Anwalts vom 9. Januar 1954 auf ihrem Standpunkt. Zu der geplanten Aussprache der Parteien kam es nicht mehr. In der Folgezeit führten beide Parteien den Schriftwechsel durch Anwälte. Der Anwalt der Beklagten nahm bis Anfang Juni 1954 zum Schreiben des Anwalts der Klägerin vom 9. Januar 1954 nicht sachlich Stellung.

Darauf reichte die Klägerin am 4. Juni 1954 die vorliegende Klage ein, die am 10. Juni 1954 zugestellt wurde.

Die Klägerin hält die Anlage für eine nicht nachbesserungsfähige Fehlkonstruktion. Sie hat einige Teile anderweitig

verwendet. Sie begehrt (im Wege der Teilwandlung) in erster Linie Rückzahlung des von ihr bereits gezahlten Preises, soweit er auf die übrigen (nicht verwendeten) Teile entfällt, und zwar Zug um Zug gegen Herausgabe dieser Teile. Hilfsweise verlangt sie Minderung oder Schadensersatz. Sie hat demgemäß vor dem Landgericht den Antrag gestellt,

die Beklagte zur Zahlung von 62.218,50 DM nebst 5 % Zinsen ab 1.4.1953 zu verurteilen, und zwar Zug um Zug gegen Rücknahme der von der Klägerin nicht verwendeten (im einzelnen bezeichneten) Teile der Anlage,

hilfsweise: die Beklagte zur Zahlung von 40.000,-- DM nebst 5 % Zinsen ab 1.7.1953 (Minderung) zu verurteilen,

hilfsweise: die Beklagte zur Zahlung von 50.000,-- DM nebst 5 % Zinsen seit 1.7.1953 (Schadensersatz) zu verurteilen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und widerklagend Zahlung des Restkaufpreises von 4.750,72 DM nebst 8 % Zinsen seit 1.1.1953 gefordert. Sie trägt vor, die Anlage sei einwandfrei gefertigt, die aufgetretenen Mängel beruhten ausschließlich auf fehlerhafter Bedienung durch die Leute der Klägerin. Sie beruft sich auf die Haftungsbeschränkungen ihrer Lieferungsbedingungen und erhebt die Einrede der Verjährung.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt. Sie hält den Klageanspruch nicht für verjährt, und meint, die Beklagte handle arglistig, wenn sie sich auf Verjährung berufe.

Das Landgericht hat - nach Einholung von zwei Sachverständigengutachten - dem Hauptantrag der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Es hält die Anlage für eine nicht nachbesserungsfähige Fehlkonstruktion. Es meint, der

Klageanspruch sei nicht verjährt, die Beklagte dürfe sich nach Treu und Glauben auf eine etwaige Verjährung nicht berufen.

Auf die Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil hat das Oberlandesgericht Klage und Widerklage abgewiesen. Es hält die Gewährleistungsansprüche der Klägerin für verjährt, meint, die Beklagte dürfe sich darauf auch berufen, ist aber der Auffassung, daß die Klägerin - trotz der Verjährung - gegenüber der Werklohnforderung der Beklagten einredeweise die Mängel des Werks geltend machen könne.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils in vollem Umfange. Für den Fall, daß die in erster Linie begehrte Teilwandlung unzulässig sei, hat sie (entsprechend ihrem schon in 2. Instanz mit ihrer hilfsweisen Anschlußberufung geltend gemachten Antrag) den Hilfsantrag gestellt,

auf die Anschlußberufung die Beklagte zu verurteilen, 75.675,50 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1.4.1953 an die Klägerin zu zahlen; Zug um Zug gegen Rücknahme sämtlicher (im einzelnen bezeichneter) Teile der Anlage.

Die Beklagte hat gebeten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1) Es handelt sich um einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache (§ 651 BGB). Demgemäß berechnet das Berufungsgericht die Verjährungsfrist nach § 638 BGB. Es ist der Auffassung, die Klägerin habe die Anlage mit deren Inbetriebnahme am 7. März 1953 abgenommen. Das greift die Revision an.

a) Es kommt auf diese Rüge aber nicht an. Denn die Verjährung ist nach Ziffer H 4 der dem Vertrag zu Grunde liegenden "Allgemeinen Bedingungen für Lieferung von Baumaschinen und -geräten" zu berechnen. Das Berufungsgericht hält das nicht für richtig, weil der (nach seiner Auffassung hier gegebene) Fall einer "Fehlkonstruktion" in den Geschäftsbedingungen überhaupt nicht geregelt sei, so daß hierfür die gesetzlichen Vorschriften anzuwenden seien. Diese Auffassung trifft jedoch nicht zu.

Der Geltungsbereich der genannten, von einem Verband anerkannten Bedingungen ist nicht auf den Bezirk des Berufungsgerichtes beschränkt; das Revisionsgericht hat sie deshalb frei auszulegen (BGH LM Nr. 23 zu § 549 ZPO). Nach Ziffer J 4 der Geschäftsbedingungen sind alle "anderen" Ansprüche des Bestellers aus Gewährleistung (außer denen, welche die Geschäftsbedingungen ihm zugestehen) ausgeschlossen. Damit sind sämtliche Gewährleistungsfälle in den Bedingungen erschöpfend geregelt. Das bedeutet nicht, daß der Besteller im Falle einer "Fehlkonstruktion" schutzlos wäre. In Ziffer J 2 der Bedingungen ist ihm ein Rücktrittsrecht für den Fall eingeräumt, daß der Unternehmer eine ihm vom Besteller gesetzte angemessene Nachfrist zur Mängelbehebung fruchtlos verstreichen läßt. In entsprechender Anwendung dieser Bestimmung hat der Besteller (auch ohne Fristsetzung) ein Rücktrittsrecht, wenn eine Nachbesserung überhaupt unmöglich ist ("Fehlkonstruktion"). Dieses Rücktrittsrecht unterliegt aber (als ein Recht, das sich auf Mängel des Werkes gründet) ebenfalls der Verjährung gemäß Ziffer H 4 der Bedingungen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß es wider Treu und Glauben verstoßen (eine unzulässige Rechtsausübung darstellen) würde, wenn sich die Beklagte auf diese Verjährungsbestimmung ihrer Lieferungsbedingungen beruft.

b) Danach verjährt das Recht des Bestellers, Ansprüche aus (vom Unternehmer nicht anerkannten) Mängeln geltend zu machen, vom Zeitpunkt der rechtzeitigen Rüge an in sechs Monaten, frühestens jedoch mit Ablauf der Haftfrist. Die Haftfrist beträgt sechs Monate vom Tag der Erfüllung ab (Ziffer H 2), wobei die Lieferung mit der Versandbereitschaft und deren Mitteilung an den Besteller als erfüllt gilt (Ziffer F 1 der Bedingungen). Hier sind die Teile der Anlage bereits im Herbst 1952 der Klägerin angeliefert worden. Die sechsmonatige Haftfrist war daher am 25. September 1953 (dem Tag, von dem ab das Berufungsgericht die Verjährungsfrist berechnet) bereits abgelaufen. Das würde im übrigen selbst dann gelten, wenn man als "Erfüllung" hier erst den Zeitpunkt der Montage ansehen wollte; denn diese war Anfang März 1953 beendet.

Die Beklagte hat die Mängelrüge der Klägerin vom 14. September 1953 nicht anerkannt. Ob die Verjährungsfrist mit der ersten oder der letzten Mängelrüge zu laufen begann, kann dahinstehen; denn auch die letzte Rüge (vom 14. September 1953) liegt vor dem 25. September 1953.

2) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Verjährung sei bis zum 25. September 1953 (dem Zugang des Schreibens der Beklagten vom 22. September 1953 bei der Klägerin), aber auch nur bis zu diesem Tage, gemäß § 639 Abs. 2 BGB gehemmt gewesen, weil die Beklagte bis dahin, ^{die} (von der Klägerin erstmalig alsbald nach dem 7. März 1953 gerügten) Mängel zu beseitigen versucht, durch das genannte Schreiben aber weitere Mängelbeseitigung abgelehnt habe.

a) Diese Auffassung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Anwendung des § 639 Abs. 2 BGB ist durch die Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen. In Ziffer J 4 sind nur

"Ansprüche" ausgeschlossen; darunter fällt die in § 639 Abs. 2 BGB angeordnete Verjährungshemmung nicht. In Ziffer H 4 ist nur die Berechnung der Verjährungsfrist vom Gesetz abweichend geregelt; die Anwendbarkeit sonstiger gesetzlicher Bestimmungen über die Verjährung wird davon nicht berührt.

b) Die Revision meint, das Schreiben vom 22. September 1953 enthalte keine eindeutige Ablehnung der Beklagten, künftig weiter nachzubessern, die Verjährung sei daher noch über den 25. September 1953 hinaus gehemmt gewesen.

Die Rüge geht fehl. Das Berufungsgericht hat das Schreiben vom 22. September 1953 - eine Individualerklärung - in rechtlich bedenkenfreier Weise und daher für die Revision unangreifbar dahin ausgelegt, daß die Beklagte weitere Nachbesserung abgelehnt habe. Diese Auslegung des Berufungsgerichts bindet das Revisionsgericht. Die Revision versucht, ihre eigene Auslegung an die Stelle der vom Berufungsgericht getroffenen zu setzen. Das ist nach dem Gesetz nicht möglich.

c) Zu Unrecht meint die Revision, die Verjährung sei deswegen über den 25. September 1953 hinaus gehemmt gewesen, weil die Beklagte noch nach diesem Zeitpunkt die von der Klägerin früher bestellten Ersatzschalungsteile geliefert und die im Juli 1953 vereinbarte Umarbeitung der Bolzen zu Ende geführt hat.

Die Mängelrügen der Klägerin vom 3. und 14. September 1953 bezogen sich bereits auf Schalungsteile und Bolzen der gleichen Art, wie die Beklagte sie nachträglich noch geliefert hat. Es stand also für die Klägerin schon am 25. September 1953 fest, daß eine künftige Lieferung von gleichartigen Schalungsteilen und Bolzen, wie sie sie bereits mit

Schreiben vom 3. und 14. September 1953 gerügt hatte, weder geeignet noch bestimmt war, die zuletzt gerügten Mängel zu beseitigen. Die Klägerin konnte daher nicht mit einem Erfolg derartiger "Nachbesserungshandlungen" rechnen. Der in § 639 Abs. 2 BGB vorausgesetzte "Schwebezustand" bestand trotz der noch ausstehenden Lieferung dieser Schalungsteile und Bolzen seit dem 25. September 1953 nicht mehr.

3) Die Revision greift die Auffassung des Berufungsgerichts an, die Klägerin könne der Verjährungseinrede der Beklagten nicht die Gegeneinrede der Arglist entgegensetzen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu lassen aber einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Ein Schuldner kann sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auf Verjährung nicht berufen, wenn er - sei es auch unabsichtlich - durch sein Verhalten dem Gläubiger verständigen Anlaß gegeben hat, von einer Unterbrechung der Verjährung abzusehen. Grund dafür kann sein, daß der Gläubiger damit rechnen durfte, der Schuldner werde ihn ohne Anrufung des Gerichts befriedigen, er werde eine vergleichsweise Regelung herbeiführen, oder er werde die Verjährungseinrede im Prozeß nicht erheben (BGH LM § 242 BGB C b Nr. 2; Nr. 1; Nr. 3; BGHZ 9, 1, 5; RGZ 144, 378, 381; 156, 301).

Das Verhalten der Beklagten in der Zeit nach dem 25. September 1953 hat - nach den bedenkenfreien Feststellungen des Berufungsgerichts - eine solche Annahme der Klägerin nicht herbeigeführt.

a) Nachbesserungshandlungen hat die Beklagte seit dem 25. September 1953 nicht mehr vorgenommen. Daß in der Nachlieferung der Schalungsteile und Bolzen keine Nachbesserung

der zuletzt gerügten Mängel liegt, ist bereits oben dargelegt.

b) Auch der weitere Schriftwechsel gibt keinen Anlaß für eine solche Annahme der Klägerin. Insbesondere aus dem Schreiben der Beklagten vom 8. Januar 1954 hat die Klägerin derartiges nicht entnommen, wie das Schreiben ihres Anwalts vom 26. Mai 1954 zeigt. Die Verhandlungen über eine Besprechung der Parteien im Januar 1954 waren spätestens in dem Augenblick gescheitert, als die Klägerin ihren Anwalt einschaltete und die Beklagte darauf - ohne auf die in Aussicht genommene Besprechung zurückzukommen - der Klägerin mit Schreiben vom 18. Januar 1954 mitteilte, sie habe die Sache ihrem Anwalt übergeben. Der Umstand, daß der Anwalt der Beklagten dann seine sachliche Stellungnahme hinauszögerte, hat die Klägerin ebenfalls nicht zu der Annahme veranlaßt, die Beklagte werde die Sache außergerichtlich regeln oder sich wenigstens im Prozeß nicht auf Verjährung berufen. Das zeigt eindeutig das Schreiben ihres Anwalts vom 26. Mai 1954. Daß die Klägerin erst im Juni 1954 Klage erhoben hat, hat seinen Grund darin, daß ihr Anwalt der Auffassung war, die Verjährungsfrist laufe erst am 9. Juli 1954 ab.

4) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe prüfen müssen, ob die Maschine als "Fehlkonstruktion" nicht etwas völlig Anderes als die vertragsgemäße Leistung (ein "aliud") darstelle, so daß die Klägerin die Rechte aus § 326 BGB wegen Lieferungsverzugs der Beklagten geltend machen könne.

Die Rüge geht fehl. Eine "Fehlkonstruktion" ist kein "aliud", sondern ein "mangelhaftes Werk", wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 7. November 1957 (VII ZR 26/57) ausgesprochen hat.

5) Nach alledem greift die Einrede der Verjährung durch. Die Revision war daher - mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO - zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Erbel

Dr. Vogt