

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 164/64

URTEIL

Verkündet am
17. Oktober 1966
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Röhren- und Schweisswerk Gebr. F. KG,
S. i.W., vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter, den Kaufmann Walter G.
dasselbst,

Beklagter, Widerklägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

1. den Diplom-Ingenieur Dr. Ing. Friedrich Ko.,
D. B. Allee,
2. die Firma Friedrich Ko. KG, D., Fr.-
str., vertreten durch ihre persönlich haftende
Gesellschafterin, die Firma Ko.-W. GmbH
in W., diese vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer Dr. Friedrich Ko.,

Kläger, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte : Rechtsanwälte Prof. Dr.
und Dr. -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1966
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann
und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel,
Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 19. März 1964 wird zurück-
gewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte bestellte am 8. Dezember 1956
bei dem Kläger - neben dem später auch die Komman-
ditgesellschaft Friedrich Ko[REDACTED] als Klägerin und
Widerbeklagte in den Rechtsstreit eingetreten ist -
eine Induktions-Rohrschweissanlage; der Auftrag
wurde mit Schreiben vom 6. März 1957 bestätigt.

Als Preis wurde der Betrag von 1.090.000 DM
vereinbart. Ferner hatte die Beklagte eine Lizenz-
gebühr von 150.000 DM als Produktionsabgabe in der
Weise zu zahlen, daß je Tonne des gefertigten Materials
ein näher festgelegter Betrag entrichtet wurde. Der
Kläger garantierte die "Lieferung einer einwandfreien
Qualität des Materials und der Werkstattarbeit" inner-

halb einer bestimmten Frist in der Weise, daß er zusagte, alle Teile, die in der Garantiefrist "durch fehlerhafte Konstruktion, durch Verwendung ungeeigneten Materials oder durch mangelhafte Werkstattausführung schadhaft" wurden, kostenlos zu ersetzen und auftretende Mängel zu beheben. Im übrigen zeichnete sich der Kläger von dem Ersatz "unmittelbaren und mittelbaren" Schadens frei und legte dem Geschäft die "Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Maschinen" des Vereins deutscher Maschinenbau-Anstalten (VDMA) zugrunde.

Die Anlage wurde im Februar 1958 geliefert und montiert. Sie wurde alsdann in Betrieb genommen und von der Beklagten am 31. Juli 1958 förmlich übernommen. Bei der Abnahme wurde vereinbart, daß die Garantiefrist am 15. Juli 1958 beginnen und die Gesamtdauer der Garantie acht Monate bei Tagbetrieb und vier Monate bei Tag- und Nachtbetrieb betragen sollte.

Die Beklagte zahlte das Entgelt von 1.090.000 DM, ferner an Lizenzgebühren für das erste Betriebsjahr 63.413,50 DM und für die Zeit danach 15.640 DM.

Die Kläger haben beantragt, die Beklagte zu verurteilen, der klagenden Kommanditgesellschaft

- 1) 11.586,50 DM nebst Zinsen zu zahlen,
- 2) Auskunft zu erteilen, wieviel Tonnen Material sie seit dem 1. Oktober 1959 auf der Rohrschweissanlage hergestellt hat,
- 3) je Tonne 10 DM (für Sechs-Zoll-Rohre 5 DM), höchstens 59.360 DM zu zahlen.



Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und Widerklage erhoben, deren Antrag sie mehrmals geändert hat.

Sie hat vorgetragen, die Rohrschweissanlage sei eine Neu- und Fehlkonstruktion. Ein ordentliches Schweissen sei mit ihr nicht möglich. Namentlich seien Fehler in den Schweissnähten aufgetreten. Die Rohre seien bei Wasserdruckproben geplatzt. Eine Nachbesserung der Anlage sei nicht möglich. Der Kläger habe die Anlage auch nicht, wie von ihm zugesagt, vor der Lieferung voll in seinem Werk in Bremen erprobt.

Die Kläger haben Abweisung der Widerklage und die Feststellung beantragt, daß der Beklagten auch über die mit der Widerklage geltend gemachten Forderungen hinaus keine Ansprüche zuständen.

Sie haben vorgetragen, die Anlage habe keine erheblichen Fehler gehabt, sondern vom Februar 1958 bis Ende 1959 Rohre produziert, die nicht beanstandet worden seien. Die Fehlschweissungen beruhten auf Bedienungsfehlern und der Art der Betriebsführung der Beklagten. Die Erklärung des Klägers über die Erprobung habe sich nur auf den von ihm hergestellten mechanischen Teil, mit dem das Metall zu Schlitzrohren verformt werde, bezogen. Der elektrische, zur Schweissung bestimmte Teil sei von seinem belgischen Hersteller unmittelbar an die Beklagte geliefert worden und habe gar nicht im Werk in Bremen erprobt werden können.

Die Kläger machten weiter geltend, nach den Lieferungsbedingungen seien Schadenersatzansprüche aus-

geschlossen; etwaige Ansprüche der Beklagten seien zudem verjährt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte zur Zahlung von 11.586,50 DM nebst Zinsen und zur Auskunftserteilung verurteilt, ferner die Widerklage abgewiesen und die von den Klägern begehrte Feststellung getroffen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten, die im 2. Rechtszug den Widerklageanspruch auf 3.211.729,14 DM nebst Zinsen beziffert hat, zurückgewiesen.

Diesen Anspruch sowie den Antrag auf Klageabweisung verfolgt die Beklagte mit ihrer Revision weiter. Die Kläger bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Ansprüche, welche die Beklagte aus Mängeln der Rohrschweissanlage herleite, seien nach Abschnitt VII Nr. 2 der Lieferungsbedingungen des VDMA verjährt.

Abschnitt VII der Lieferungsbedingungen, der sich mit der Haftung für Mängel befaßt, schließt aber in Nr. 9 Schadenersatzansprüche wegen Mangelhaftigkeit überhaupt aus, wie noch dargelegt wird. Schon deswegen sind die auf Mängel der Anlage gestützten Schadenersatzansprüche (§ 635 BGB), mit denen die Beklagte aufrechnet, die sie mit der Widerklage verfolgt und deren sie sich darüber hinaus noch berühmt, nicht begründet. Sie hat

auch, wie ebenfalls noch ausgeführt wird, nicht aus anderen Gesichtspunkten als dem der Mängelhaftung Ansprüche auf Schadenersatz.

Bei dieser Sachlage kommt es auf die Ausführungen nicht an, die das Berufungsgericht und die Revision über Dauer, Lauf und Hemmung der Verjährung sowie über den der Verjährungseinrede entgegengehaltenen Einwand der unzulässigen Rechtsausübung machen.

Allerdings würden sowohl die Freizeichnung von Schadenersatz- und sonstigen Gewährleistungsansprüchen als auch die Berufung auf die Verjährung versagen, wenn der Kläger einen Mangel arglistig verschwiegen hätte (§§ 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2, 637, 638 Abs. 1 Satz 1, 195 BGB), wie es die Revision ihm vorwirft.

Gleiches würde gelten müssen, wenn er die Beklagte über Eigenschaften der Anlage oder sonstige für den Entschluß zur Abnahme bedeutsame Umstände arglistig getäuscht hätte. Auch insoweit hält die Revision ein arglistiges Verhalten des Klägers für gegeben.

1.) Das Berufungsgericht führt hierzu aus, es sei nicht erwiesen, daß dem Kläger Arglist zur Last falle. Die Art der von dem Sachverständigen Prof. Dr. ing. habil. Matting festgestellten Fehler lasse nicht den Schluß zu, daß der Kläger sie zur Zeit der Abnahme gekannt oder vermutet habe. Der Hauptfehler liege nach dem Gutachten Mattings in einer mangelhaften Ausrichtung, die auf ungenaue Montage zurückzuführen sei. Das sei früher nie beanstandet und erst von Matting festgestellt worden. Insoweit wolle auch die Beklagte dem Kläger keine Arglist vorwerfen; nach ihrer ausdrücklichen Erklärung

glaube sie ihm, daß er die "Fluchtungsfehler" bei der Abnahme nicht gekannt oder vermutet habe.

Unbegründet sei auch der Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe sie über die Erprobung der Anlage getäuscht. Zwar habe er in seinem Werk in Bremen nur das Verfahren der Schwingverformung, nicht auch das Zusammenspiel mit dem schweisstechnischen Teil erprobt. Das habe die Beklagte aber gewußt, da der Schweissteil von einer belgischen Firma hergestellt und unmittelbar an die Beklagte geliefert worden sei. Jedenfalls habe bei dieser Sachlage der Kläger der Meinung sein dürfen, daß die Beklagte über den Umfang der Erprobung im Bilde sei. Ferner sei kein ursächlicher Zusammenhang zwischen den Erklärungen des Klägers über die Erprobung und der Abnahme zu erkennen. Denn die Anlage sei dadurch hinreichend erprobt worden, daß sie vor der Abnahme bereits mehrere Monate im Betrieb der Beklagten benutzt worden sei. Jedenfalls sei der Kläger von einer genügenden Erprobung überzeugt gewesen.

2.) Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe sind nicht begründet.

a) Irrig ist die Ansicht der Revision, der Kläger müsse beweisen, daß er nicht arglistig gehandelt habe. Das kann weder aus dem Satz hergeleitet werden, daß beim Werkvertrag der Unternehmer, gegen den ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung erhoben wird, seine Schuldlosigkeit an einer in seinem Gefahrenbereich liegenden Schadensursache zu beweisen hat, noch aus dem Satz, daß ein Unternehmer die für sein Fach erforderlichen Sachkenntnisse haben muß.

b) Die Patentauslegeschriften ergeben, wie das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Gutachter Matting ausführt, nichts für eine Arglist des Klägers.

Die Revision kann diese Ausführungen nicht entkräften. Sie stützt sich hauptsächlich auf die Auslegeschrift 1.092.424 und will daraus entnehmen, daß nach der Meinung des Klägers mehrere Verformungsgerüste notwendig seien. Aus der Schrift ergibt sich aber nur, daß der Kläger mehrere Gerüste für erforderlich hielt, um Rohre "von großem Durchmesser, beispielsweise einem solchen von 1 m und darüber", herzustellen. Für Rohre "mit kleinerem Durchmesser, z.B. bis zu etwa 200 oder 300 mm", sollte nach dem Inhalt der Schrift ein Gerüst mit einem Arbeitsbackenpaar ausreichen. Die der Beklagten gelieferte Anlage sollte nach der Auftragsbestätigung vom 6. März 1957 der Herstellung von Rohren mit einem Durchmesser von 108 bis zu 267 mm dienen. Zwar sollte die Anlage auch so bemessen sein, daß Rohre bis zu höchstens 323 mm Durchmesser erzeugt werden könnten; für die Rohre im Bereich von 267 bis 323 mm Durchmesser wurden jedoch weder Qualität noch eine bestimmte Schweissgeschwindigkeit garantiert. Die Anlage war demnach zur Fertigung von Rohren mit kleinerem Durchmesser bestimmt, für die auch in der Auslegeschrift 1.092.424 mehrere Verformungsgerüste nicht als notwendig erachtet wurden.

c) Der im Jahre 1960 erschienene Aufsatz von Nierlich ergibt nichts dafür, daß der Kläger bei der Abnahme am 31. Juli 1958 die Untauglichkeit der Anlage gekannt habe. Bei der Beurteilung, ob ein Mangel arglistig verschwiegen worden ist, ist auf den Zeitpunkt der Abnahme abzustellen (Soergel, BGB, 9. Aufl. § 638 Rdz. 4). Im übrigen kann aus diesem Aufsatz, auch wenn Nierlich

einige Informationen vom Kläger bezogen hat, über dessen Kenntnis von Mängeln der der Beklagten gelieferten Anlage überhaupt nichts hergeleitet werden, auch nicht für die Zeit nach der Abnahme.

d) Die Revision rügt, daß der Ingenieur H [REDACTED] des Klägers nicht gemäß dem Antrag im Schriftsatz vom 19. Februar 1962 (Bl. 376 d. A.) vernommen worden ist. Dort ist behauptet, H [REDACTED] habe "schon damals" gewußt oder vermutet, daß der Fehler in der Schwingmaschinenkonstruktion stecke. Das bezieht sich nach den vorausgehenden Sätzen auf einen Zeitpunkt nach der Abnahme. Es ist auch nicht dargelegt, daß H [REDACTED] der Vertreter des Klägers und diesem deshalb H [REDACTED] Wissen zuzurechnen war.

e) Die Revision weist darauf hin, daß - auch nach der Ansicht des Berufungsgerichts (S. 23 BU) - schon die Vorenthaltung von Zweifeln arglistig sein könne. Davon ausgehend, rügt sie, das Berufungsgericht habe nicht, wie im Schriftsatz vom 22. Februar 1962 beantragt, einen Sachverständigen darüber gehört, daß für einen Fachmann bis zur praktischen Erprobung der Schweissung Zweifel bestanden haben müßten, ob die neuartige Verformung durch Schwingbacken zu einer einwandfreien Schweissung führen werde.

Die Rüge ist unbegründet. Der Beweisantritt ist überholt, da nachher Matting als Sachverständiger auch darüber gehört worden ist, ob anzunehmen ist, der Kläger als Fachmann habe die Mängel gekannt oder vermutet.

f) Über die Behauptung im Schriftsatz vom 22. Februar 1962, der Kläger sei jedesmal, wenn er die Beklagte aufgesucht habe, sogleich zu der Anlage geeilt

und habe "besorgt und angespannt den unruhigen Lauf des Rohrstrangs befühlt", brauchte das Berufungsgericht keinen Beweis zu erheben. Aus ihr konnte nichts für Kenntnis oder Zweifel des Klägers gefolgert werden, für den Zeitpunkt der Abnahme um so weniger, als die Zeit der Besuche nicht angegeben ist.

g) Der Sachverständige Matting hatte darauf hingewiesen, daß der Kläger am 9. April 1958, also vor der Abnahme, ein zweites Paar Schwingbacken lieferte, daß dieses maßlich von dem ersten Paar abwich, sorgfältiger profiliert war und als Weiterentwicklung anzusehen sein dürfte. Der Gutachter hatte aus diesem Vorgang geschlossen, der Kläger müsse schon damals das Entstehen welliger Bandkanten befürchtet haben.

Das Oberlandesgericht ist dem nicht gefolgt und brauchte das auch nicht zu tun. Ohne Rechtsfehler führt es aus, aus der Tatsache, daß der Lieferer dem Kunden eine verbesserte Ausführung zukommen lasse, sei nicht zu folgern, daß die frühere Ausführung den Anforderungen nicht entsprochen habe und dies dem Lieferer bei der Abnahme bekannt gewesen sei.

h) Das Vorbringen der Beklagten über die Erfahrungen der Demag mit der Schwingbackenverformung wird vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler beschieden. Die Schlüsse, die die Beklagte aus diesen Vorgängen zog, brauchte sich das Berufungsgericht bei seiner tatrichterlichen Würdigung nicht zu eigen zu machen.

i) Ob der Kläger die Mängel hätte kennen müssen, ist ohne Bedeutung für die Frage, ob er sie arglistig verschwiegen hat. Hierfür reicht Fahrlässigkeit nicht

aus (BGH V ZR 158/51 vom 21. November 1952 = LM Nr. 1 zu § 463 BGB).

j) Soweit sich die Rügen der Revision auf die mangelhafte Ausrichtung der Anlage beziehen, sind sie unbeachtlich, da die Beklagte vor dem Berufungsgericht erklärt hat, sie glaube dem Kläger, daß er diesen Mangel bei der Abnahme nicht gekannt oder vermutet habe (BU S. 25 Abs. 2 a.E.).

k) Was das Berufungsgericht zu dem Vorwurf sagt, der Kläger habe arglistig eine vollständige Erprobung vorgetäuscht, wird durch die sich darauf beziehenden Revisionsrügen nicht erschüttert. Sie geben teils das Vorbringen in den Tatsacheninstanzen nicht richtig wieder; teils nehmen sie auf Beweisantritte Bezug, die im zweiten Rechtszug nicht wiederholt worden sind; teils versuchen sie, in unzulässiger Weise die eigene Tatsachenwürdigung des Beklagten an Stelle der vom Berufungsgericht vorgenommenen zu setzen. Nicht auszuräumen ist die Feststellung, die Beklagte habe gewußt, daß der schweisstechnische Teil der Anlage - der ihr unmittelbar aus Belgien angeliefert wurde - im Werk des Klägers in Bremen nicht erprobt worden sei. Auf jeden Fall ist aber die Erwägung des Berufungsgerichts nicht zu entkräften, der Kläger habe glauben dürfen, daß die Beklagte den Umfang der Erprobung kenne. Auf die weitere Hilferwägung, zwischen den Erklärungen des Klägers über die Erprobung und der Abnahme durch die Beklagte bestehe kein ursächlicher Zusammenhang, und die dagegen gerichteten Angriffe der Revision braucht der Senat deshalb nicht einzugehen.

II.

Das Berufungsgericht hat demnach arglistiges Verschweigen von Mängeln oder arglistiges Vorspiegeln von Eigenschaften oder anderen bedeutsamen Umständen ohne Rechtsirrtum verneint. Daher kommen die Bestimmungen zum Zuge, die über die Mängelhaftung im Vertrag der Parteien und den ergänzend geltenden Lieferungsbedingungen des VDMA enthalten sind. Sie weichen im Wortlaut etwas voneinander ab, stimmen aber im Inhalt überein und räumen beide dem Besteller ein Recht auf Neulieferung oder Ausbesserung aller Teile ein, die innerhalb bestimmter Frist durch fehlerhafte Konstruktion, Verwendung ungeeigneten Materials oder mangelhafte Werkstattausführung schadhaft werden. Anschließend an diese Regelung heißt es im Vertrag: "Weitergehende Ansprüche auf Ersatz unmittelbaren oder mittelbaren Schadens sind ausgeschlossen". Auch in dem sich mit der "Haftung für Mängel der Lieferung" befassenden Abschnitt VII der Bedingungen des VDMA heißt es unter Nr. 9: "Weitere Ansprüche des Bestellers, insbesondere ein Anspruch auf Ersatz von Schäden, die nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden sind, bestehen nicht". Abschnitt VIII Nr. 4 dieser Bedingungen gibt dem Besteller ein Rücktrittsrecht, wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Behebung eines von ihm zu vertretenden Mangels durch sein Verschulden fruchtlos verstreichen läßt. Abschnitt VIII Nr. 5 schließt sodann "alle anderen weitergehenden Ansprüche, insbesondere auf Ersatz von Schäden irgend welcher Art, und zwar auch von solchem Schaden, der nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden ist", aus.

Hiernach besteht ein Schadenersatzanspruch wegen Mangelhaftigkeit (§ 635 BGB) nicht. Die Revision meint, der Ausschluß der Schadenersatzansprüche gelte hier nicht, weil eine Behebung des Mangels nicht möglich sei. Das ist nicht richtig. Bei einer solchen Unmöglichkeit ist dem Besteller das Rücktrittsrecht zuzubilligen, ohne daß er vorher unter Fristsetzung Nachbesserung fordern müßte. Mehr als das Rücktrittsrecht ist ihm aber nach den Lieferungsbedingungen des VDMA auch bei Unmöglichkeit der Nachbesserung nicht eingeräumt, insbesondere kein Schadenersatzanspruch. Das hat der Senat schon im Urteil VII ZR 100/61 vom 24. Januar 1963 = LM Nr. 16 zu Allg. Geschäftsbedingungen entschieden, das ebenfalls einen den Lieferungsbedingungen des VDMA unterworfenen Vertrag betrifft. Wie in diesem und früheren dort angeführten Urteilen gesagt ist, führt zwar im allgemeinen, wenn der Besteller vertraglich nur ein Nachbesserungsrecht hat, Unmöglichkeit der Nachbesserung zu Schadenersatzansprüchen. Sonst wäre er völlig schutzlos. Nach den Bedingungen des VDMA ist ihm aber nicht nur der Anspruch auf Mängelbeseitigung, sondern auch ein Rücktrittsrecht eingeräumt, wenn der Lieferer trotz Nachfrist schuldhaft den Mangel nicht behebt. Dem ist der Fall gleichzusetzen und im genannten Urteil vom 24. Januar 1963 auch schon gleichgesetzt worden, daß die Behebung unmöglich ist.

Die Vorschriften des Abschnitts VII über Haftung für Mängel gelten entgegen der Meinung der Revision auch für zugesicherte Eigenschaften. Das ergibt sich unzweifelhaft aus dem Anfang des Abschnitts und ist auch im Urteil vom 24. Januar 1963 schon her-

vorgehoben worden. Schadenersatz kann die Beklagte deshalb auch nicht mit der Begründung verlangen, der Kläger habe bestimmte Eigenschaften zugesichert und die Anlage habe diese Eigenschaften nicht. Damit könnte die Beklagte angesichts der Lieferungsbedingungen nur durchdringen, wenn der Kläger arglistig das Vorhandensein der Eigenschaften vorgespiegelt hätte. Dafür bestehen, wie sich aus I ergibt, keine Anhaltspunkte.

III.

Auch der Versuch der Beklagten, Schadenersatzansprüche auf andere rechtliche Gesichtspunkte als den § 635 BGB zu stützen, hat keinen Erfolg.

1.) Ein selbständiges Garantieverprechen wird vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint.

2.) Einen etwa bestehenden Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß hält das Berufungsgericht für verjährt. Er ist durch die Lieferungsbedingungen ausgeschlossen. In Wirklichkeit macht die Beklagte unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch wegen Mangelhaftigkeit geltend; denn das Verschulden bei Vertragsschluß soll darin liegen, daß der Kläger es fahrlässig versäumt habe, sie auf die Möglichkeit hinzuweisen, daß die Anlage nicht den Erwartungen entspreche. Gibt es aber für Mängel, selbst für zugesicherte Eigenschaften, keinen Anspruch auf Schadenersatz, so besteht er auch nicht für ungenügende Aufklärung über die Eigenschaften der hergestellten und gelieferten Sache (vgl. auch BGH VIII ZR 1/59 vom 5. Januar 1960 = NJW 1960, 720, ferner BGHZ 35, 130, 134).

3.) Die Beklagte macht unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichtshofs VIII ZR 48/57 vom 25. März 1958 = LM Nr. 5 zu § 459 Abs. 1 BGB geltend, der Kläger hafte wegen Verletzung einer Beratungspflicht. In diesem Urteil ist ausgeführt, daß die Erteilung von Rat durch einen Verkäufer über die Verwendungsmöglichkeit der Kaufsache Gegenstand einer selbständigen vertraglichen Verpflichtung oder einer Nebenv Verpflichtung aus dem Kaufvertrag sein könne und daß der Verkäufer bei einer Verletzung dieser Verpflichtung unbeschadet der Gewährleistungsansprüche nach allgemeinem Vertragsrecht hafte.

Ob eine Beratungspflicht dieser Art besteht, ist eine Frage der Auslegung des Vertrags im Einzelfall. Die Auslegung steht dem Tatrichter zu. Er hat hier eine Pflicht zu besonderer Beratung verneint. Die Revision greift das ohne Erfolg an. Zwar mag die Erwägung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe sich durch andere Fachleute beraten lassen können und sei deshalb auf den Rat des Klägers nicht angewiesen gewesen, nicht stichhaltig sein. Gleichwohl bleibt gegen die Feststellung des Berufungsgerichts nichts einzuwenden, daß der Kläger nur die mit der Lieferung der neuartigen Anlage notwendig zusammenhängende Aufklärung, nicht aber daneben besondere Ratschläge zu geben hatte. Die Revision kann nicht darlegen, worin der dem Kläger angeblich obliegende besondere Rat bestehen oder worauf er sich beziehen sollte. Der unter A II 1 b der schriftlichen Begründung angeführte Prozeßstoff, den das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang übergangen haben soll, betrifft die angeblichen Zusicherungen des Klägers. Ansprüche daraus auf Schadenersatz sind wie ausgeführt durch die Lieferungsbedingungen ausgeschlossen.

4.) Schadenersatzansprüche sind durch Abschnitt VII Nr. 9 der Lieferungsbedingungen des VDMA auch insoweit ausgeschlossen, als sie von der Beklagten aus einer durch mangelhafte Lieferung begangenen positiven Vertragsverletzung hergeleitet werden. Zwar gilt der in diesen Bedingungen (sowohl in Abschnitt VII Nr. 9 wie in Abschnitt VIII Nr. 5) geregelte Ausschluß von Schadenersatzansprüchen nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs VIII ZR 61/59 vom 17. Mai 1960 = WM 1960, 902 nicht für jeden Fall positiver Vertragsverletzung; in dem Urteil ist entschieden, daß die Ansprüche aus einer positiven Vertragsverletzung, die in einer unberechtigten Lossagung vom Vertrag besteht, von dem Haftungsausschluß nicht betroffen werden. Der jetzt zu entscheidende Fall liegt aber ganz anders. Alle Schäden, deren Ersatz die Beklagte beansprucht, werden, wie die Ausführungen auf Bl. 55 ff des Schriftsatzes vom 25. Oktober 1961 und auf S. 3 des Schriftsatzes vom 28. Oktober 1963 ergeben, auf die Mängel der gelieferten Anlage zurückgeführt. Die Schäden fallen teils unter § 635 BGB; auf diese Vorschrift beruft sich auch die Beklagte in erster Linie (Bl. 58 des Schriftsatzes vom 25. Oktober 1961). Teils allerdings, nämlich insoweit, als es sich um außerhalb des Werks als weitere Folge des Mangels entstandene Nachteile handelt, sind die Ansprüche nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 35, 130) nicht aus § 635 BGB, sondern aus positiver Vertragsverletzung herzuleiten. Auch diese "Mängelfolgeschäden" werden aber von dem Ausschluß in Abschnitt VII Nr. 9 der Bedingungen des VDMA erfaßt. Gerade auf sie zielen die dort gebrauchten Worte: "Schäden, die nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden sind", wenn dieser Wortlaut auch nicht ausschließlich für positive

Vertragsverletzungen, sondern auch im Rahmen des § 635 BGB, nach dem auch Ersatz für entgangenen Gewinn verlangt werden kann (BGHZ 35, 130, 133), Bedeutung hat. Davon, daß die Lieferungsbedingungen des VDMA auch Ansprüche auf Ersatz von Mängelfolgeschäden aus positiver Vertragsverletzung ausschließen, ist der erkennende Senat auch in dem schon erwähnten Urteil vom 24. Januar 1963 ausgegangen. Er hat dort darauf hingewiesen, daß neben den Ansprüchen auf entgangenen Gewinn auch "Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung für mittelbare Schäden" ein unübersehbares Ausmaß annehmen könnten und deshalb das Bestreben, die Haftung für solche Schäden auszuschließen, grundsätzlich nicht zu mißbilligen sei.

Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung sind deshalb zu verneinen. Das gilt auch, soweit die positive Vertragsverletzung von der Beklagten mit mangelnder Erprobung der Anlage begründet wird; auch insoweit handelt es sich um Schäden aus der Mangelhaftigkeit der Anlage. Dasselbe gilt von dem Vorwurf, der Kläger habe die Beklagte nach der Abnahme nicht über die Mängel aufgeklärt. Fahrlässiges Unterlassen solcher Aufklärung begründet keinen besonderen, neben den Gewährleistungsansprüchen stehenden Anspruch aus positiver Vertragsverletzung (BGHZ 35, 130, 134). Vorsätzliche Unterlassung ist dem Kläger nach den Feststellungen im Berufungsurteil nicht nachzuweisen. Danach hat der Kläger auch nach der Abnahme die Mängel nicht gekannt. Aus den Ausführungen oben unter I 2 ergibt sich, wenn dort verschiedentlich auch auf den Zeitpunkt der Abnahme hingewiesen ist, zugleich doch, daß der von der Revision angeführte Prozeßstoff über-

haupt nicht geeignet ist, die Kenntnis des Klägers von dem Mangel zu beweisen, auch nicht für die Zeit nach der Abnahme.

IV.

Nach allem bestehen Schadenersatzansprüche der Beklagten nicht. Ob sie andere Rechte, den in den Lieferungsbedingungen vorgesehenen Mängelbeseitigungsanspruch und gegebenenfalls das Rücktrittsrecht hätte geltend machen und ob dem die Verjährungseinrede hätte entgegengehalten werden können, kann auf sich beruhen. Sie hat im Rechtsstreit, nachdem sie zeitweise sich auf Wandelung berufen hatte, schließlich erklärt, sie erhebe nur noch Ansprüche auf Schadenersatz (S. 13 BU, Bl. 55 des Schriftsatzes vom 25. Oktober 1961). Sie hat dabei angegeben, sie wolle die Anlage behalten. Demgemäß befindet sich unter den Posten der Widerklagesumme auch kein Anspruch auf Rückzahlung des Preises von 1.090.000 DM.

Weil Schadenersatzansprüche der Beklagten nicht zustehen, ist die Widerklage unbegründet. Da die Beklagte sich gegenüber der Klage auch nur mit den angeblichen Schadenersatzansprüchen verteidigt hat, ist ihre Revision in vollem Umfange zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann	Heimann-Trosien	Rietschel
Meyer		Vogt