

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2343 095¹⁴

BGB § 635

Beschränkt der Unternehmer vertraglich seine Gewährleistung auf Nachbesserung, so kann der Besteller bei mißlungener Nachbesserung im Zweifel nicht auf den Schadensersatzanspruch des § 635 BGB zurückgreifen. Ihm sind aber Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung der Nachbesserungspflicht (Verzug, positive Vertragsverletzung) nicht abgeschnitten. Er kann auch Schadensersatz fordern, wenn das Werk durch Schuld des Unternehmers überhaupt nicht nachbesserungsfähig ist ("Fehlkonstruktion"). Im Einzelfall ist zu prüfen, ob der Berufung des Unternehmers auf die Haftungsbeschränkung der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegensteht.—

BGH, Urt. v. 18. Juni 1959 - VII ZR 181/58 - OLG Karlsruhe

VII ZR 181/58

Verkündet

am 18. Juni 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

- 1) der Firma Max R., Kommanditgesellschaft, Maschinen-
beifabrik, G., Postfach ,
- 2) des Fabrikanten Karl R., G.,
- 3) des Fabrikanten Willi R., G.,
- 4) der Witwe Amalie R. geb. Be., G.,
- zu 2 - 4: persönlich haftende Gesellschafter der
Beklagten zu 1) -

Beklagten, Berufungskläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma Libauma, Max H., Kommanditgesellschaft,
Betonwerk, B.-L., D.-straße ,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. Juni 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Scheffler, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und
Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
Oberlandesgerichts Karlsruhe - 5. Zivilsenat in Freiburg -
vom 24. Juli 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Im März 1955 bestellte die Klägerin bei der Beklagten zu 1) (im folgenden "Beklagte") zwei Maschinen zur Herstellung von Betonbalken zum Gesamtpreis von 30.000,-- DM. Den Vertrag über die eine der beiden Maschinen machten die Parteien später rückgängig, weil Schwierigkeiten bei ihrer Fertigung auftraten. Bei der anderen (hier strittigen) Maschine handelt es sich um einen Gleitfertiger zur gleichzeitigen Fertigung von 5 Beton-T-Trägern mit 80 m Nutzlänge nebst einer Trennsäge zum Ablängen der Betonteile. Die Beklagte wollte die Maschine ursprünglich Ende Mai/Anfang Juni 1955 liefern. Sie hielt aber weder diesen noch eine Reihe von ihr später genannter Liefertermine ein.

Schließlich lieferte sie die Maschine am 25. Januar 1956. Am 11./13. Februar 1956 rügte die Klägerin (noch vor der Inbetriebnahme) eine Reihe von Fehlern. Nach einem Anfang April 1956 durchgeführten Probelauf rügte sie am 4. April 1956 telegrafisch weitere Mängel. Die Beklagte entsandte darauf ihren Ingenieur S. nach B. zur Klägerin. Vom 9. bis 21. April 1956 und vom 25. April bis 3. Mai 1956 versuchte Simmoleit (zuletzt zusammen mit dem Monteur K. der Beklagten), die Mängel zu beseitigen, jedoch ohne Erfolg. Daraufhin lehnte die Klägerin mit Schreiben vom 3. und 5. Mai 1956 weitere Nachbesserungsversuche der Beklagten ab. Die Beklagte verlangte darauf mit Schreiben vom 1. Juni 1956 (wie schon vorher mit Schreiben vom 14. Februar 1956) Rücksendung der Maschine (zwecks kostenloser Nachbesserung) an ihr Werk in G.

Die Klägerin sandte die Maschine nicht zurück, sondern erhob Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Sie beziffert ihren Gesamtschaden auf 288 610,72 DM, wovon sie einen



Teilbetrag von 120.000,-- DM eingeklagt hat. Sie behauptet, die Maschine sei eine Fehlkonstruktion. Nachbesserung sei nicht möglich, die zahlreichen Nachbesserungsversuche S■■■■■■ hätten die Maschine schrottreif gemacht. Sie (Klägerin) brauche unter diesen Umständen weitere Nachbesserungsversuche der Beklagten nicht zu dulden.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie beruft sich auf Ziffer 8 ihrer Verkaufs- und Lieferungsbedingungen, die unstreitig Vertragsinhalt geworden sind und worin es heißt:

"... Beanstandungen wegen Mängeln der gelieferten Ware, zu denen auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften gehört, müssen spätestens 8 Tage nach Erhalt der Ware schriftlich erfolgen.

Für Mängel des Liefergegenstandes, die auf Werkstoff- oder Herstellungsfehlern beruhen, haftet das Werk unter Ausschluß weiterer Ansprüche, einschließlich etwaiger Zurückbehaltungsrechte nach seinem Ermessen auf Nachbesserung bzw. Nachlieferung neuer Teile. Die erforderlichen Reparaturen werden nach Ermessen des Werks beim Kunden oder im Werk selbst ausgeführt. ...

.....
Die Erfüllung vorstehender Gewährleistungspflichten kann das Werk solange verweigern, als der Kunde seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat."

Die Beklagte meint, die Mängelrüge der Klägerin sei verspätet. Die Maschine sei nicht fehlerhaft, weil sie dem Normalstand der Technik im Zeitpunkt der Lieferung entspreche. Sie (Beklagte) habe einen etwaigen Schaden der Klägerin nicht verschuldet, habe auch keine Garantie übernommen. Daß die Maschine bei der Klägerin nicht ordnungsmäßig gearbeitet habe, liege nur daran, daß die Klägerin die Bügelbewehrung der Balken falsch gewählt, die Maschine mit Beton überfüllt und eine falsche Betonmischung verwendet habe. Sie (Beklagte) habe S■■■■■■ lediglich aus Kulanz nach B■■■■■■ geschickt, ohne damit anzuerkennen, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein. Die

Klägerin habe die - an sich mögliche - Nachbesserung dadurch vereitelt, daß sie die Maschine (entgegen dem Verlangen der Beklagten) nicht nach G [REDACTED] ins Werk der Beklagten geschickt habe. Dadurch habe die Klägerin den Schaden mindestens mitverschuldet. Die Beklagte bestreitet auch die Höhe des Schadens.

Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

I. 1) Das Berufungsgericht stützt den Schadensersatzanspruch der Klägerin auf § 635 BGB. Es legt dar, die von der Beklagten gelieferte Maschine sei mangelhaft, die Beklagte habe die Mängel zu vertreten, die Klägerin habe rechtzeitig gerügt. Zur Frage der Haftungsbeschränkung der Beklagten auf bloße Nachbesserung "unter Ausschluß weiterer Ansprüche" (gemäß Ziffer 8 ihrer Lieferungsbedingungen) führt es dann folgendes aus:

Eine derartige Haftungsbeschränkung sei nur insoweit wirksam, als eine Nachbesserung auch wirklich zur Beseitigung der Mängel führe. Hier seien aber die Bemühungen der Beklagten um Nachbesserung fehlgeschlagen. Das Abwarten weiterer Nachbesserungsversuche sei der Klägerin nicht zuzumuten gewesen. Sie habe nach dem negativen Ergebnis der bisherigen Nachbesserungsversuche die Überzeugung gewinnen müssen, daß auch eine weitere Nachbesserung zu keinem Erfolg führen werde, zumal die Beklagte vorher ihre Lieferfristen wiederholt nicht eingehalten habe.

Angesichts der verzögerten Lieferung habe die Klägerin damit rechnen dürfen, eine einwandfrei funktionierende und gründlich durchkonstruierte Anlage zu erhalten. Nachdem sie dem Beauftragten der Beklagten (S [REDACTED]) zweimal Gelegenheit gegeben habe, (in B [REDACTED]) die Mängel zu beseitigen und ihm dabei alle nur erdenkliche Unterstützung habe zukommen lassen, habe von ihr nach Treu und Glauben billigerweise nicht verlangt werden können, weitere Nachbesserungsversuche zu dulden.

Sie sei daher auch nicht verpflichtet gewesen, die Maschine nach G [REDACTED] zu senden. Es könne deshalb auch nicht auf die Behauptung der Beklagten ankommen, die Maschine wäre in Gaggenau in kurzer Zeit "vollgänglich gemacht" worden und der (zur Maschine gehörende) Verdichter-Nachläufer habe binnen 2 Wochen gefertigt und ausprobiert werden können.

Diese Ausführungen greift die Revision mit Recht an. Das Berufungsgericht stützt sich auf die Entscheidung BGHZ 22, 90, wo für einen Kaufvertrag bei Mißerfolg der zunächst vereinbarten Nachbesserung das "Wiederaufleben" der normalen Gewährleistungsansprüche ausgesprochen ist. Das Berufungsgericht übersieht dabei, daß die Rechtslage beim Werklieferungsvertrag über eine nichtvertretbare Sache (um den es sich hier handelt) nicht die gleiche ist wie beim Kauf. Beim Kauf gibt es keine gesetzliche Nachbesserungspflicht des Verkäufers. Nach dem Gesetz kann der Käufer vielmehr alsbald Wendlung oder Minderung, gegebenenfalls Schadensersatz verlangen (§§ 462, 463 BGB). Eine Auslegung dahin, daß diese Ansprüche gegenüber einer im Gesetz nicht vorgesehenen, aber vertraglich vereinbarten Nachbesserungspflicht des Verkäufers nur zurücktreten und nicht schlechthin ausgeschlossen sein sollen, ist daher naheliegend (RGZ 87, 335).

Beim Werkvertrag, dessen Gewährleistungsvorschriften hier nach § 651 BGB anwendbar sind, kann dagegen der Besteller ohnehin zunächst nur Nachbesserung verlangen (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB). Wandlung, Minderung, Schadensersatz (§§ 634, 635 BGB) kommen schon nach dem Gesetz erst in Betracht, wenn die Nachbesserung nicht möglich ist, vom Unternehmer verweigert oder innerhalb ihm gesetzter Frist nicht durchgeführt wird, oder wenn ein besonderes Interesse des Bestellers an sofortiger Geltendmachung dieser Gewährleistungsansprüche besteht. Einer Klausel in allgemeinen Vertragsbedingungen des Werkunternehmers, wonach der Besteller "unter Ausschluß weitergehender Ansprüche" auf den Nachbesserungsanspruch beschränkt wird, kommt daher eine praktische (haftungsbeschränkende) Bedeutung nur dann zu, wenn man sie dahin auslegt, daß sie auch bei fehlgeschlagener Nachbesserung Ansprüche des Bestellers aus den §§ 634, 635 BGB ausschließen soll. Denn die Auffassung, daß (trotz dieser Klausel in den Lieferungsbedingungen) der Besteller bei Fehlschlag der Nachbesserung uneingeschränkt die Ansprüche aus den §§ 634, 635 BGB geltend machen dürfe, nimmt dieser Klausel die praktische Bedeutung, macht sie inhaltsleer und geradezu sinnlos, weil es dann trotz der Klausel bei der ohnehin vom Gesetz getroffenen Regelung bleibt, daß der Besteller zunächst nur Nachbesserung fordern und erst bei Fehlschlag oder Nichterfüllung der Nachbesserung die weiteren Gewährleistungsansprüche erheben kann (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 9. Mai 1957 - VII ZR 277/56 -).

Allerdings kann es unter besonderen Umständen geboten sein, dem Unternehmer die Berufung auf eine derartige Klausel seiner Lieferungsbedingungen zu versagen, weil das im Einzelfall eine unzulässige Rechtsausübung darstellen würde (vgl. die oben eingeführte Entscheidung vom 9. Mai 1957 sowie die Entscheidung des erkennenden Senats vom 27. Februar 1958 - VII ZR 309/56 -; ferner Fischer BB 1957, 481, 486). Das wird

aber nur dann der Fall sein, wenn dem Besteller andere ausreichende Ansprüche nicht zur Verfügung stehen und die Klausel der Lieferungsbedingungen ihn (mangels Nachbesserung) praktisch rechtlos machen würde. Als dem Besteller (trotz des vertraglichen Ausschlusses der Rechte aus den §§ 634, 635 BGB) bei Mißlingen einer Nachbesserung möglicherweise zustehende (vom Berufungsgericht aber nicht geprüfte) Ansprüche kommen Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung der Nachbesserungspflicht durch den Unternehmer in Betracht, welche sowohl auf Ersatz des Verzögerungsschadens gemäß § 286 BGB als auch auf weiteren Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung gehen können (vgl. das oben angeführte Urteil vom 9. Mai 1957 sowie BGH MDR 1954, 345).

2) Voraussetzung für einen derartigen Schadensersatzanspruch der Klägerin würde sein, daß die Beklagte die - an sich mögliche - Nachbesserung in einer der Klägerin zumutbaren Frist nicht durchgeführt hätte, obwohl die Klägerin ihr dazu die Möglichkeit gegeben hätte, oder daß die Maschine durch Schuld der Beklagten überhaupt nicht nachbesserungsfähig (eine "Fehlkonstruktion") wäre. Die vom Berufungsgericht hierzu bisher getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, um eine Schadensersatzpflicht der Beklagten zu bejahen.

Das Berufungsgericht hält die Behauptung der Beklagten für unerheblich, die Maschine wäre in Gagganau (im Werk der Beklagten) in kurzer Zeit "vollgänglich gemacht" worden, d.h. eine Nachbesserung im Werk der Beklagten (wie von dieser angeboten) würde in kurzer Zeit zum Erfolg geführt haben. Es hat diese Behauptung der Beklagten damit als wahr unterstellt und dementsprechend ihre Beweisantritte dazu - zulässigerweise - unberücksichtigt gelassen. Infolge dieser Un-

terstellung des Berufungsgerichts ist aber auch für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß die Behauptungen der Beklagten hierzu richtig sind.

Im einzelnen hatte die Beklagte in diesem Zusammenhang folgendes behauptet und unter Beweis gestellt: S. [REDACTED] habe gleich in den ersten Tagen seiner Anwesenheit in B. [REDACTED] dem persönlich haftenden Gesellschafter Höhne der Klägerin erklärt, die Maschine müsse nach Gaggenau ins Werk der Beklagten zurück, H. [REDACTED] habe das aber abgelehnt; nur deswegen sei es dann zu der Vereinbarung zwischen dem Mitinhaber R. [REDACTED] der Beklagten und H. [REDACTED] gekommen, daß die Nachbesserung bei einer von H. [REDACTED] zu bestimmenden B. [REDACTED] Firma (der Firma Kö. [REDACTED]) erfolgen solle, was die Klägerin ebenfalls nicht eingehalten habe (Schriftsatz vom 11. September 1956 S. 4-5). Auch gegenüber dem Ingenieur Ra. [REDACTED] der Klägerin habe S. [REDACTED] Rücksendung der Maschine nach Gaggenau verlangt (Schriftsatz vom 15. März 1957 S. 4). In Berlin hätten S. [REDACTED] und K. [REDACTED] keine wesentlichen Reparaturen vornehmen können, weil ihnen dort nicht die erforderlichen Werkzeuge und Maschinen zur Verfügung gestanden hätten (Schriftsatz vom 22. November 1956 S. 7-8). Hätte die Klägerin, wie von der Beklagten mehrfach verlangt, die Maschine zur Nachbesserung ins Werk G. [REDACTED] zurückgesandt, würde sie in kurzer Zeit vollgänglich geworden sein und die Klägerin hätte seit vielen Monaten produzieren können (Schriftsatz vom 15. März 1957 S. 8). Allenfalls am Rüttler der Maschine hätten kleine, sehr rasch behebbare Mängel vorhanden sein können (Schriftsatz vom 22. November 1956 S. 6). Zu diesen letzten Punkten hat die Beklagte sich insbesondere auf das Gutachten eines Sachverständigen berufen.

Geht man davon aus, daß alle diese Behauptungen der Beklagten richtig sind, was wegen der entsprechenden Unterstellung

des Berufungsgerichts und der Nichterhebung der von der Beklagten hierzu angebotenen Beweise erforderlich ist, so läßt sich der vom Berufungsgericht gezogene Schluß nicht halten, die Klägerin habe nach Treu und Glauben einen weiteren Nachbesserungsversuch der Beklagten in deren eigenem Werk nicht abzuwarten brauchen. Nach den Lieferungsbedingungen der Beklagten stand es im Ermessen der Beklagten, ob sie die Nachbesserung beim Kunden oder in ihrem Lieferwerk durchführen wollte. Schon im Februar 1956 (nach der ersten Rüge der Klägerin) hatte die Beklagte Rücksendung der Maschine ans Werk verlangt. Daß sie zunächst Mängelbeseitigung in B. versucht hatte und daß dieser Versuch fehlgeschlagen war, berechtigte die Klägerin noch nicht zu dem Schluß, daß auch eine Nachbesserung im Werk der Beklagten erfolglos verlaufen würde. Es war naheliegend, daß die Beklagte in ihrem Werk über eine erheblich größere und bessere technische Ausrüstung zur Nachbesserung verfügte, als sie S. und Kr. zur Nachbesserung nach B. mitgegeben werden konnte, und daß auch die bei der Nachbesserung eingeschaltete B. Firma Kö. möglicherweise nicht über die dafür erforderliche Erfahrung und Spezialausrüstung verfügte.

Der Umstand, daß die Beklagte die Maschine erst nach mehrmaliger Verzögerung geliefert hatte, zeigte - auch in Verbindung mit dem Umstand, daß der Auftrag wegen der zweiten ähnlichen Maschine infolge Fertigungsschwierigkeiten gestrichen worden war -, daß die Maschine in der Konstruktion beträchtliche Schwierigkeiten bot, wie auch der Schriftwechsel ergibt. Die Beklagte hatte (unter Beweistritt) behauptet, es habe sich bei der Maschine um eine völlige Neukonstruktion gehandelt, die bis dahin noch nie auf dem Markt gewesen sei (Schriftsätze vom 22. November 1956 S. 2 und vom 15. März 1957 S. 2). Da das Berufungsgericht die Beweise nicht erhoben hat, ist vom Revisionsgericht die Richtigkeit dieser

Behauptungen zu unterstellen. Unter diesen Umständen rechtfertigte die Lieferungsverzögerung noch nicht den vom Berufungsgericht gezogenen Schluß, die Klägerin habe sich darauf verlassen können, daß die verspätet gelieferte Maschine gerade deswegen keine Nachbesserung mehr erfordern werde.

Auch die Höhe des behaupteten Schadens hätte der Klägerin Anlaß geben sollen, eine Nachbesserung der Beklagten im eigenen Werk nicht von vornherein abzulehnen. Der Schaden, den die Klägerin von der Beklagten ersetzt verlangt, übersteige nach ihrer Behauptung den Preis der Maschine bei weitem. Diese kostete (einschließlich Trennsäge) 17.835,-- DM. Die Klägerin verlangt Schadensersatz in Höhe von insgesamt 288.610,72 DM. Das Schadensersatzrisiko der Beklagten war also sehr groß. Unter diesen Umständen mußte die Klägerin der Beklagten nach Treu und Glauben jede Möglichkeit zur Längsbeseitigung einräumen, die nicht offenbar aussichtslos war. Für sie (Klägerin) selbst entstand überdies aus einer Rücksendung der Maschine nach G. [REDACTED] kein Nachteil. Denn fertigen konnte sie mit der Maschine ohnehin nicht, die Rücksendung hätte also bei ihr einen zusätzlichen Produktionsausfall nicht verursacht.

Angesichts der (vorstehend geschilderten) besonderen Umstände des Falles durfte die Klägerin sich Anfang Mai 1956 noch nicht auf den Standpunkt stellen, ihr Vertrauen zur Beklagten sei zerstört, sie brauche daher weitere Nachbesserung nicht zu dulden.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe sich auf einen Nachbesserungsversuch im Werk der Beklagten nach Treu und Glauben nicht mehr einzulassen brauchen, beruht auf einer nicht erschöpfenden Würdigung des Ge-

samtsachverhalts. Das Berufungsgericht übersieht, daß die Nachbesserung hier noch nicht beendet war. Ein Besteller braucht sich allerdings, wenn nach vollzogener Nachbesserung der gleiche Mangel erneut auftritt, auf wiederholte Nachbesserung nicht einzulassen, wie sich aus dem Zweck des Nachbesserungsanspruchs ergibt. Das hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 10. Januar 1957 (VII ZR 272/56) ausgesprochen. Im vorliegenden Fall konnte die Nachbesserung der Beklagten noch nicht als abgeschlossen angesehen werden. Ihre weitere Durchführung (im eigenen Werk der Beklagten) hat die Klägerin dadurch verhindert, daß sie die Maschine nicht nach G zurückgeschickt hat, was ihr - trotz der fehlgeschlagenen Versuche in E - zuzumuten war.

Nur dann ist es unerheblich, daß die Klägerin die Nachbesserung in G nicht abgewartet hat, wenn die Beklagte nicht beweisen kann, daß ein Nachbesserungsversuch in G binnen angemessener Frist zum Erfolg geführt hätte. Das aber ist ungeklärt. Nach dem oben Gesagten ist für die Revisionsinstanz sogar zu unterstellen, daß die Nachbesserung in G genau alsbald erfolgreich gewesen wäre.

Es kommt also entscheidend darauf an, ob der Beklagten der von ihr angebotene Beweis gelingt, sie hätte die Maschine im eigenen Werk in G binnen kurzer Frist erfolgreich nachgebessert. Das muß das Berufungsgericht aufklären. Sollte die Beklagte den Beweis dafür erbringen, so wäre die Klage nicht begründet.

II. Die weiteren Angriffe der Revision sind nicht gerechtfertigt. Der Erörterung bedürfen nur die folgenden.

1) Das Berufungsgericht hält die Mängelrüge der Klägerin für rechtzeitig. Es hat dazu folgendes ausgeführt: Die Be-

klagte könne sich nach Treu und Glauben nicht auf die Nichteinhaltung der achttägigen Rügefrist gemäß Ziffer 8 ihrer Lieferungsbedingungen berufen, da sie sich auf die Rüge eingelassen und Nachbesserung versucht habe. Sie könne das umso weniger, als sie selbst früher die vereinbarten Lieferfristen wiederholt nicht eingehalten habe. Es könne nach ihrem Gesamtverhalten und ihren Erklärungen im Schriftwechsel nicht angenommen werden, daß sie ihren Ingenieur S. [REDACTED] lediglich aus Kulanz nach B. [REDACTED] gesandt habe. Überdies seien die Lieferungsbedingungen der Beklagten auf gängige Serienwaren zugeschnitten, während es sich hier um eine Spezialanfertigung gehandelt habe, bei der die Klägerin die Möglichkeit einer Erprobung hätte haben müssen, die wegen der Frostperiode im Winter 1955/56 nach der Lieferung der Maschine (am 25. Januar 1956) nicht sofort gegeben gewesen sei. Die Beklagte habe die Klägerin - auf deren erste Rüge hin - mit Schreiben vom 14. Februar 1956 selbst darauf hingewiesen, daß die Klägerin vor Durchführung eines Probelaufs kein Urteil über die Maschine abgeben könne. Aus alledem folgert das Berufungsgericht, daß im vorliegenden Fall an Stelle der achttägigen Frist gemäß Ziffer 8 der Lieferungsbedingungen der Beklagten eine "angemessene" Frist gelte.

Die Revision greift diese Ausführungen zu Unrecht an. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß der Lieferant auf Einhaltung der in seinen Lieferungsbedingungen festgelegten Rügefrist durch den Empfänger der Ware verzichten kann. Das kann auch stillschweigend geschehen, z.B. indem er sich auf Nachbesserung der Ware einläßt. Allerdings wird ein Verzicht noch nicht ohne weiteres darin zu sehen sein, daß er mit dem Kunden Verhandlungen über die behauptete Mangelhaftigkeit der Ware führt, und auch nicht darin, daß er sich im Prozeß nicht alsbald auf die Verspätung der Mängelrüge beruft (BGB IM § 377 HGB Nr. 1). Hier hat die Beklagte aber in um-

fassender Weise einen Monat lang Nachbesserung versucht und darüber hinaus weitere Nachbesserung im eigenen Werk angeboten. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin daraus die Überzeugung gewinnen konnte und mußte, die Beklagte wolle sich auf die Rügefrist ihrer Lieferungsbedingungen nicht berufen. Diese Feststellung läßt einen Rechtsverstoß nicht erkennen.

Auf den von der Beklagten angebotenen, vom Berufungsgericht aber nicht erhobenen Beweis dafür, daß die Beklagte ihren Ingenieur S. [REDACTED] "nur aus Kulanz" nach B. [REDACTED] entsandt hätte, kam es nicht an. Welche inneren Erwägungen die Beklagte zur Entsendung S. [REDACTED] veranlaßt haben mögen, ist unerheblich; entscheidend ist, welche Schlüsse die Klägerin aus dem Verhalten der Beklagten ziehen durfte und mußte; denn nur daraus ergibt sich, welchen objektiven Erklärungswert das Verhalten der Beklagten gegenüber der Klägerin hatte. Hierzu aber hat das Berufungsgericht unangreifbar festgestellt, daß die Klägerin dem Verhalten einen Verzicht der Beklagten auf die Rügefrist ihrer Lieferungsbedingungen entnehmen durfte und entnommen hat.

Abgesehen von einem Verzicht der Beklagten auf die Rügefrist würde der Berufung der Beklagten auf diese Frist auch der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist entscheidend, daß es sich bei der gelieferten Maschine um eine Heukonstruktion und Spezialanfertigung handelte, deren Entwicklung bereits Schwierigkeiten gemacht und zu wiederholten Verschiebungen des Lieferzeitpunktes geführt hatte. Eine gründliche Erprobung einer solchen Maschine durch den Besteller war unbedingt geboten, konnte aber (angesichts des damaligen Frostwetters) nicht innerhalb von 8 Tagen nach Lieferung durchgeführt werden. Unter diesen Umständen würde eine Berufung der Beklagten auf die Rügefrist ihrer Lieferungsbedingungen dazu führen, der Klä-

gerin jede Rügemöglichkeit abzuschneiden, zumal die Beklagte selbst die erste Rüge der Klägerin (Februar 1956) mit der Begründung zurückgewiesen hatte, eine Rüge ohne vorherige Erprobung der Maschine könne sie nicht anerkennen. Bei dieser Sachlage würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn die Beklagte sich auf die Rügefrist ihrer Lieferungsbedingungen berufen könnte.

Es kann daher auf sich beruhen, ob die - von der Revision angegriffene - Auffassung des Berufungsgerichts haltbar ist, die Parteien hätten die Rügefristklausel der Lieferungsbedingungen schon bei Vertragsschluß abbedungen und durch die Vereinbarung einer angemessenen Rügefrist ersetzt.

2) Die Rüge der Klägerin ist daher rechtzeitig, wenn die Klägerin sie unverzüglich vorgebracht hat (entsprechend § 377 HGB). Das ist der Fall. Zu Unrecht bemängelt die Revision, die Klägerin habe nicht dargetan, daß bis zum 4. April 1956 (dem Tage der zweiten Rüge der Klägerin) Frost geherrscht habe. Darauf kommt es nicht an. Der Klägerin mußte nach dem Ende der Frostperiode eine ausreichende Zeitspanne zur Erprobung der Maschine bleiben. Daß sie diese überschritten und die Erprobung unnötig verzögert hätte, obwohl sie selbst an schnellem Einsatz der Maschine stark interessiert war, dafür fehlt jeder Anhaltspunkt.

Die Revision bemängelt weiter, daß das Berufungsgericht nicht die von der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 15. März 1957 genannten Akten 13 Cs 212/56 des Arbeitsgerichts Berlin beigezogen hat, und trägt vor, aus diesen Akten würde sich ergeben haben, daß die Klägerin, wie sie im dortigen Verfahren eingestanden habe, die Maschine bis Anfang April 1956 trotz beheizter Halle nicht ausprobiert habe. Die Revision will jetzt daraus schließen, die Klägerin habe eine frühere Erprobung der Maschine unterlassen, obwohl sie möglich gewesen

wäre. Früher hatte die Beklagte aber nur behauptet, die Klägerin habe in dem Arbeitsgerichtsprozeß vorgetragen, sie habe die Maschine bis Anfang April 1956 nicht ausprobiert,

"da die Witterungsverhältnisse dies trotz beheizter Halle nicht zuließen."

Das deckt sich mit dem Sachvortrag der Klägerin, daß angesichts der starken Kälte und der sehr großen Ausmaße ihrer Halle deren Beheizungsmöglichkeit nicht ausgereicht habe; um in der Halle Temperaturen über 0 ° zu erzielen, daß aber eine Erprobung der Maschine bei Temperaturen unter 0° nicht möglich gewesen sei.

3) Die Revision macht weiter geltend, die Beklagte habe gemäß Ziffer 8 ihrer Lieferungsbedingungen die Nachbesserung verweigern dürfen, weil die Klägerin mit der Bezahlung der Maschine in Verzug gewesen sei; schon deswegen entfalle ein Schadensersatzanspruch der Klägerin; wer - wie die Klägerin - selbst vertragsuntreu sei, könne sich auf § 242 BGB nicht berufen.

Die Rüge ist nicht begründet. Wenn und solange die Beklagte mit ihrer Nachbesserungspflicht im Verzuge war, konnte die Klägerin ihre Gegenleistung zurückhalten. Die Beklagte konnte sich demgegenüber nicht darauf berufen, daß Ziffer 8 Abs. 4 ihrer Lieferungsbedingungen ihr das Recht gebe, die Nachbesserung zu verweigern, solange die Klägerin nicht zahle. Das würde im vorliegenden Fall eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wie der Senat dies - unter Heranziehung der besonderen Umstände des damaligen Falles - auch im Urteil vom 9. Mai 1957 (VII ZR 277/56) angenommen hat. Es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn die Beklagte hier - angesichts der weitgehenden Sicherung ihrer Rechte durch ihre Lieferungs-

54

bedingungen - trotz Verzugs mit ihrer eigenen Nachbesserungspflicht von der Klägerin den Werklohn für ihre fehlerhafte Lieferung fordern könnte. Aus ähnlichen Gründen hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung LM § 387 BGB Nr. 20 einer Bank die Berufung auf den in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Aufrechnungsausschluß versagt, weil die Bank ihrerseits ihre Pflichten gegenüber dem Kunden aus dem gleichen Bankvertrag verletzt hatte.

4) Das Berufungsgericht stellt ohne Rechtsirrtum fest, daß die Maschine, so wie die Beklagte sie geliefert hatte, aber auch noch nach den Nachbesserungsversuchen von April bis Anfang Mai 1956 fehlerhaft war, weil mit ihr die Betonbalken nicht herzustellen waren, zu deren Fertigung sie nach dem Vertragszweck bestimmt war. Daß es sich um eine technische Neukonstruktion gehandelt hat, entband die Beklagte nicht von der Verpflichtung, eine für den Vertragszweck brauchbare Maschine zu liefern; denn sie hatte sich vorbehaltlos dazu verpflichtet und damit die Gewähr übernommen, daß die von ihr zu liefernde Maschine technisch konstruierbar war. Die Beklagte behauptet auch selbst nicht, daß das nicht möglich gewesen wäre. Denn wenn sie vorträgt, ihr sei eine Nachbesserung im eigenen Werk unschwer möglich gewesen, so liegt darin das Eingeständnis, daß es ihr technisch möglich war, Besseres herzustellen, als sie geliefert hat.

Unstreitig sind mit der Maschine der Beklagten bis Ende Mai 1956 keine fehlerfreien Betonträger hergestellt worden. Das bedurfte also keines Eweises. Die Beklagte hatte nur behauptet, die Klägerin habe im Juni 1956 einen fehlerfreien Träger gefertigt. Das geschah aber unstreitig nicht mit der Maschine der Beklagten, sondern mit einer Maschine, in welcher Teile der Maschine der Beklagten mit anderen, von der Klägerin neu entwickelten Teilen vereinigt waren. Das von der Beklagten behauptete gute Fertigungsergebnis von Juni 1956 beweist also

nichts für die Fehlerlosigkeit ihrer Maschine.

Unter diesen Umständen kommt es nicht auf die Revisionsrüge an, das Berufungsgericht habe sich bei der Feststellung der einzelnen Mängel der Maschine in unzulässiger Weise auf das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten Dr. Gr. [REDACTED] gestützt, die Aussagen des Zeugen Ra. [REDACTED] aber nicht genügend gewürdigt.

5) In der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht wird die Beklagte Gelegenheit haben, näher dazu Stellung zu nehmen, ob auch die von der Klägerin gewählte Art der Bügelbewehrung der Betonbalken bei deren Fehlerhaftigkeit eine Rolle gespielt hat. Deswegen braucht hier darauf nicht eingegangen zu werden. Das gleiche gilt für die Frage eines etwaigen mitwirkenden Verschuldens der Klägerin.

III. Aus den zu I erörterten Gründen war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu überlassen war.

Glanzmann

Scheffler

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Dr. Vogt