

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Wirtin Elisabeth K [REDACTED]-I [REDACTED] verw. S [REDACTED] geb.

H [REDACTED], R [REDACTED]-B [REDACTED], J [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagter, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Helmut W [REDACTED], D [REDACTED] K [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 23. Juni 1961 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Inhaberin eines Gaststättenbetriebs. Am 8. September 1959 bestellte sie bei der Klägerin die Anfertigung und Lieferung einer Schankanlage zum Preis von 11.403 DM. Die Anlage wurde mit einigen Wochen Verzögerung geliefert, weshalb die Klägerin einen Preisnachlaß von 200 DM bewilligte. Wenige Tage nach der Lieferung der Schankanlage zahlte die Beklagte 2.000 DM durch Scheck. Weitere Zahlungen hat sie nicht geleistet.

Die Klägerin macht mit der Klage ihre Restforderung geltend, die sie wie folgt beziffert:

Vereinbarter Preis		11.403,-- DM
Nachlaß	200,--	
Abzug für nicht geliefertes Kühlaggregat	750,--	
Scheckzahlung	<u>2.000,--</u>	
		<u>2.950,-- DM</u>
		8.453,-- DM
Rechnung vom 18.9.1959 für gelieferte Waren (unbestritten)		<u>538,64 DM</u>
		8.991,64 DM.

Sie hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 8.991,64 DM nebst 12 % Zinsen hieraus seit dem 5. Oktober 1959 zu verurteilen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat eingewandt, die Schankanlage habe nicht ihrer Bestellung entsprochen. Die Biersäule befinde sich auf der Seite und das Spülbecken rechts davon, während nach der Bestellung die Biersäule in der Mitte der Theke und das Spülbecken links davon hätten angebracht werden sollen. Dadurch seien Schwierigkeiten beim Bedienen entstanden. Sie habe deshalb die Abnahme der gelieferten Anlage verweigert. Sie habe dann die

Anlage nur deshalb in Benutzung genommen, weil sie sonst ihren Betrieb nicht hätte rechtzeitig eröffnen können. Die Scheckzahlung sei auf dringende Bitte der Klägerin nur unter der Bedingung erfolgt, daß die Klägerin die Anlage der Bestellung entsprechend abändere und weitere 500 DM nachlasse. Das sei aber nicht geschehen. Die 2.000 DM seien in erster Linie zur Begleichung der Warenlieferung gemäß der Rechnung vom 18. September 1959 gezahlt worden.

Die Klägerin hat das bestritten.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Ihre Berufung wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Klägerin die Schankanlage vertragsmäßig geliefert und die Beklagte sie abgenommen hat, ferner, ob die Klägerin ihr Nachbesserung und einen Nachlaß von weiteren 500 DM zugesagt hat, da etwaige Ansprüche der Beklagten jedenfalls verwirkt seien. Die Beklagte sei ihrer Verpflichtung zu einer unverzüglichen Verfolgung ihrer etwaigen Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche nicht nachgekommen; sie habe seit der Scheckzahlung die Klägerin nicht mehr zur Nachbesserung aufgefordert und die Schankanlage inzwischen über 1 1/2 Jahre in Betrieb gehabt. Damit habe sie der Klägerin den berechtigten Eindruck vermittelt, daß sie sich im Lauf der Zeit an die Biertheke so, wie sie geliefert worden sei, gewöhnt habe und deshalb auf eine Abänderung keinen Wert mehr lege.



2) Die Revision der Beklagten ist begründet.

Das Berufungsgericht verkennt die Voraussetzungen der Verwirkung. Der Beklagten steht - die von ihr behauptete Fehlerhaftigkeit der Lieferung unterstellt - ein Leistungsverweigerungsrecht zu, bis die Klägerin die Beanstandungen behoben hat (§ 320 BGB; vgl. BGHZ 26, 337). Die Auffassung des Berufungsgerichts, sie habe dieses Recht schon dadurch verwirkt, daß sie über 1 1/2 Jahre lang die Klägerin nicht mehr gemahnt und zur Neulieferung oder Abänderung aufgefordert habe, kann nicht geteilt werden. Das Berufungsgericht übersieht, daß die Beklagte nach ihrer Behauptung bei der Scheckzahlung eine solche Forderung gestellt und erklärt hat, sie werde bis zur Behebung der Mängel keine weiteren Zahlungen mehr leisten, und daß sie seither auch nichts mehr gezahlt hat. Durch dieses Verhalten hat sie mit hinreichender Deutlichkeit zu verstehen gegeben, daß sie nicht gewillt sei, vor Abstellung der von ihr erhobenen Beanstandungen noch weitere Zahlungen zu leisten. Die Klägerin konnte bei dieser Sachlage auch nicht, wie das Berufungsgericht meint, den "berechtigten Eindruck" haben, die Beklagte habe sich mit der von ihr beanstandeten Leistung abgefunden und wolle keine Ansprüche mehr erheben. Die Beklagte brauchte daher auch, um sich ihre angeblichen Ansprüche und damit ihr Leistungsverweigerungsrecht zu erhalten, die Klägerin nach der Scheckzahlung nicht neu an ihre Pflichten zu erinnern; es stand ihr vielmehr frei, ihrerseits abzuwarten, bis die Klägerin mit ihren Ansprüchen an sie herantritt. Bei dieser Sachlage konnte das passive Verhalten der Beklagten von der Klägerin nicht als ein Verzicht auf etwaige Erfüllungs- oder Nachbesserungsansprüche aufgefaßt werden. Die Klägerin hat überdies auch nicht vorgetragen, inwiefern sie sich auf einen derartigen Verzicht eingerichtet habe (vgl. RGRK Anm. 197 zu § 242 BGB m. Nachw.).

Das Berufungsgericht hätte infolgedessen feststellen müssen, ob der Beklagten die von ihr behaupteten Ansprüche und damit ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen. Das ist nicht geschehen.

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben.

3) Es kann auch nicht in Höhe der an sich unbestrittenen Forderung der Klägerin von 538,64 DM aufrechterhalten werden. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Teilzahlung der Beklagten in Höhe von 2.000 DM nicht in Anrechnung auf diese Forderung, sondern ausschließlich zur Bezahlung der Schankanlage erfolgt wäre; wie das die Klägerin vorträgt. Da die Beklagte das Gegenteil behauptet und das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ist das Urteil in vollem Umfang aufzuheben.

4) Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann Dr. Winkelmann Rietschel Erbel Finke