

Verkündet am 9. Mai 1957
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 B [REDACTED], Dipl.-Ing. K. [REDACTED] & Co, KG, M [REDACTED],
P [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

- 1) die Firma Carl S [REDACTED] OHG, Malzfabrik, H [REDACTED],
- 2) den Malzfabrikanten Carl S [REDACTED], ebenda,
- 3) die Frau Frieda S [REDACTED], geb. Z [REDACTED], H [REDACTED],
- 4) die Frau Maria S [REDACTED], geb. M [REDACTED], ebendort,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED]
[REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 1957 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Dr. Winkelmann

für Recht erkannt:

Die Klägerin ist der Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 19. Januar 1956 verlustig, soweit sie das Rechtsmittel in Höhe von 7 670 DM nebst Zinsen hiervon zurückgenommen hat.

Im übrigen wird die Revision der Klägerin gegen dieses Urteil zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1), deren Gesellschafter der Beklagte zu 2) und der Erblasser der Beklagten zu 2) - 4) waren, bestellte bei der Klägerin im Juni 1952 verschiedene Anlagen zum Ausbau und zur Verbesserung ihres Mälzereibetriebes. Die Klägerin bestätigte das Abkommen durch Schreiben vom 17. Juni 1952; darin wies sie u.a. darauf hin, dass dem Vertragsverhältnis ihre allgemeinen Lieferungsbedingungen zugrunde liegen sollten, die sie der Beklagten zu 1) bereits mit dem Kostenanschlag vom 6. Juni 1952 übersandt hatte. Der Gesamtpreis sollte 120 492 DM betragen; hierin waren die Nebenkosten, wie Auslagen für Bauzeichnungen und -arbeiten, Baumaterialien sowie Montagearbeiten nicht enthalten. Die Anlage sollte etwa am 1. Oktober 1952 fertig sein.

Die Klägerin liess die Einzelteile bei ihren Lieferanten herstellen und durch eigene Monteure in dem Fabrikgebäude der Beklagten zu 1) einbauen. Die Arbeiten verzögerten sich, so dass der Betrieb erst am 31. Dezember 1952 aufgenommen werden konnte.

Die Anlage, bei der es sich um eine Neukonstruktion handelte, wies erhebliche Mängel auf, die von der Beklagten mehrfach, erstmalig mit Schreiben vom 12. Januar 1953, gerügt wurden. Die Parteien verhandelten über die Abstellung der Schäden, deren Vorhandensein die Klägerin zum Teil nicht bestritt, kamen aber im wesentlichen zu keiner Einigung.

Die Klägerin hat ihre Gesamtforderung mit 146 030,27 DM berechnet. Hiervon hat sie Zahlungen und Gutschriften zugunsten der Beklagten in Höhe von insgesamt 79 351,51 DM abgezogen. Mit der Klage hat sie den Restbetrag von

66 672,72 DM nebst Zinsen geltend gemacht (vgl. das Urteil des Landgerichts, auf das das Oberlandesgericht S. 19 des angefochtenen Urteils Bezug genommen hat).

Die Beklagten haben um Abweisung der Klage gebeten. Sie haben die Ansicht vertreten, dass die Forderung noch nicht fällig sei, weil die Anlage weder fertiggestellt noch von ihnen abgenommen worden sei. Vorsorglich haben sie Mängeleinreden erhoben und mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet.

Die Klägerin hat sich demgegenüber darauf berufen, dass jede Gewährleistung sowie die Aufrechnung mit Gegenforderungen durch ihre allgemeinen Lieferungsbedingungen ausgeschlossen seien; sie sei nur zur Nachbesserung verpflichtet, die von der Beklagten zu 1) jedoch nicht zugelassen worden sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin, die im zweiten Rechtszuge nur noch einen Betrag von 64 081,67 DM geltend gemacht hat, zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin zunächst in vollem Umfang Revision eingelegt, das Rechtsmittel jedoch nach Ablauf der Begründungsfrist in Höhe von 7 670 DM zurückgenommen.

Die Beklagten bitten um Zurückweisung der Revision. Sie beantragen ferner, die Klägerin des Rechtsmittels für verlustig zu erklären, soweit sie es zurückgenommen hat, und ihr die Kosten hierfür aufzuerlegen.



Entscheidungsgründe:

Das Oberlandesgericht wertet das zwischen den Parteien geschlossene Abkommen als Werkvertrag. Es ist, entgegen der Auffassung des Landgerichts, der Ansicht, dass die Beklagte zu 1) die Anlage, wenn auch unter Vorbehalt der von ihr verlangten Nachbesserung und der Mängelreden, als Erfüllung angenommen habe. Die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche seien zwar, wie das Berufungsgericht weiter ausführt, durch die allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin, die Vertragsbestandteil geworden seien, ausgeschlossen. Dieser Ausschluss beziehe sich aber nicht auf eine schuldhaft Verletzung der Nachbesserungspflicht; deswegen könnten die Beklagten bei Zuwiderhandlungen der Klägerin gegen diese Verpflichtung die sich aus § 634 Abs 1 und 2 BGB ergebenden Rechte geltend machen. Die von der Klägerin gelieferte Anlage habe schwerwiegende Mängel aufgewiesen, auf Grund deren die Beklagten zur Minderung berechtigt seien; einer Fristsetzung habe es nicht bedurft, da die Voraussetzungen des § 634 Abs 2 BGB vorgelegen hätten.

Ausserdem hafte die Klägerin aus Verschulden bei Vertragsschluss für den vollen Schaden, weil sie den Tatsachen zuwider zugesichert habe, es handle sich um eine allgemein bekannte und an vielen Stellen bewährte Konstruktion.

Die sich danach ergebenden Ansprüche der Beklagten seien höher als die Klageforderung. Die Beklagten seien trotz des in den Lieferungsbedingungen vorgesehenen Aufrechnungsverbots zur Geltendmachung ihrer Forderungen befugt, weil es sich nicht um eine Aufrechnung im eigentlichen Sinne, sondern um eine Abrechnung handle.

Der Revision ist zuzugeben, dass gegen diese Erörterungen rechtliche Bedenken bestehen; das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gelangt, ist aber zutreffend.

I. Das Oberlandesgericht legt seiner Entscheidung die von der Klägerin in Ansatz gebrachte Gesamtforderung von 146 030,27 DM zu Grunde. Danach ist davon auszugehen, dass der Klägerin auch der im Revisionsrechtszuge noch verlangte Betrag von 56 411,76 DM an sich zustand.

Die Entscheidung hängt somit allein davon ab, ob die gerügten Mängel bestehen und ob die Beklagten berechtigt sind, der Klägerin die sich daraus ergebenden Einwendungen entgegenzusetzen.

1.) Das Oberlandesgericht stellt (S 39 - 42 d Urt) eine Anzahl wesentlicher Mängel fest. Die von der Beklagten zu 1) für deren Beseitigung aufgewendeten Kosten beziffert es (S 43 - 45 d Urt) unter 7 a, b, c, d, e, i, j und k auf insgesamt 60 629,09 DM. Ferner billigt es den Beklagten unter 7 f (S 44 - 46 d Urt) einen Schadensersatzanspruch von 19 440 DM für Ausfall an Lohnmälzungseinnahmen, unter 7 g (S 46 d Urt) von 1 125,80 DM für die Hinzuziehung eines Lehrbraumeisters und unter 7 h (S 46fd Urt) von 235,67 DM für die Gebühren eines Sachverständigen zu. Schliesslich setzt es von der Klageforderung einen Betrag von 933 DM ab (S 48 d Urt in Verbindung mit B1 152 dA), der durch unnötige Reisen oder mangelnde Eignung der von der Klägerin mit der Einrichtung beauftragten Personen entstanden sei.

2.) Diese Erwägungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Sie werden von der Revision auch nicht ausdrück-

lich angegriffen. Die Beschwerdeführerin bemängelt aber im anderen Zusammenhang zwei Posten der Schadensberechnung. Den Angriffen ist jedoch der Erfolg zu versagen.

a) Die von der Klägerin gelieferten Wender arbeiteten nicht ordnungsmässig. Wie das Oberlandesgericht (S 39 d Urt) feststellt, stimmten Tourenzahl und Steigung der Wenderschnecken nicht mit der Vorschubgeschwindigkeit zusammen. Das Keimgut wurde infolgedessen geschoben anstatt gewendet, die Keime wurden abgerissen und Stauungen sowie Beschädigungen der Wendervorrichtungen waren die Folge. Die Beklagten haben schliesslich vier neue Wender angeschafft. Die Kosten hierfür sowie für den Einbau haben 33 987,40 DM betragen (S 43 d Urt).

Die Klägerin macht geltend, dass es keiner so umfangreichen Änderungen bedurft hätte. Vielmehr hätte die Auswechslung der Schnecken genügt. Diese Arbeiten hätte sie ausführen wollen, sei von der Beklagten aber daran gehindert worden.

Die Rüge kann keinen Erfolg haben. Das Oberlandesgericht stellt im Anschluss an das Gutachten des Sachverständigen Dr. Gloetzl fest, dass die Mängel nur durch Anbringung von Wendern anderer Bauart beseitigt werden konnten (S 39 d Urt). An diese Würdigung ist der Senat nach § 561 Abs 2 ZPO gebunden.

b) Nach Ansicht des Oberlandesgerichts müssen sich die Beklagten auf ihren Schaden die Vorteile (Zinsen) anrechnen lassen, die sie dadurch gehabt haben, dass sie das an sich vorgesehene restliche Entgelt an die Klägerin nicht zu zahlen brauchten. Es hält diese Vorteile

aber für gering, weil die Beklagten für die Mängelbeseitigung entsprechende Ausgaben und auch weitere Ausfälle gehabt hätten. Mit Rücksicht hierauf komme zugunsten der Klägerin insoweit höchstens eine Gutschrift von 3 000 DM in Betracht.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass ihr über diese Zinsgewinne der Beklagten hinaus ein weiterer Betrag in Höhe des besonderen Nutzens gutgebracht werden müsste, den die Beklagten aus der Anlage gezogen hätten. Dieser Nutzen beruhe auch auf den "Abschreibungen", die von den Beklagten "erspart" seien.

Dieses Vorbringen kann schon deswegen nicht berücksichtigt werden, weil es sich auf neue Tatsachen gründet, die im ersten oder zweiten Rechtszuge nicht vorgetragen worden sind. Das Oberlandesgericht hatte nach den Sachumständen auch keinen Anlass, gemäss § 139 ZPO auf eine dahingehende Ergänzung der Klagebehauptung hinzuwirken. Die von der Klägerin in dieser Richtung erhobene Verfahrensrüge ist somit unbegründet.

II. Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Berücksichtigung der von dem Oberlandesgericht festgestellten Mängel sowie der den Beklagten zugebilligten Schadensersatzforderungen; zur Begründung verweist sie darauf, dass jegliche Gewährleistung durch die allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin ausgeschlossen sei.

Auch diese Rüge hat keinen Erfolg.

1.) Die Revision bezieht sich bei ihren Ausführungen regelmässig auf die vom Verein Deutscher Maschinenbauan-

stalten (VDMA) aufgestellten allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Maschinen, die die Beklagten mit Schriftsatz vom 16. März 1954 zu Vergleichszwecken eingebracht hatten. Sie übersieht, dass diese Bedingungen dem Vertragsverhältnis gar nicht zugrundeliegen. Massgebend sind vielmehr die von den Beklagten mit dem Kostenanschlag vom 6. Juni im Termin vom 14. November 1953 (Bl 68 dA) übergebenen "allgemeinen Lieferungs- und Vertragsbestimmungen" der Klägerin, die übrigens S 9 der Revisionsbegründung ebenfalls erwähnt werden; sie weichen in wesentlichen Punkten von den Bedingungen des VDMA ab und stellen den Auftraggeber nicht unbeträchtlich schlechter als diese.

Infolge dieses unrichtigen Ausgangspunktes liegen die Erörterungen der Revision zum grossen Teil neben der Sache.

2.) Der Senat kann die allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin nicht frei auslegen; er darf vielmehr nur nachprüfen, ob die Würdigung durch den Tatrichter rechtlich fehlerhaft ist.

Zwar mag es sich um sog. "typische" Bedingungen handeln, die als Vertragsinhalt für bereits geschlossene und künftige Verträge der Klägerin mit ihren Kunden in Betracht kamen (vgl BGHZ 1, 83). Es ist aber nicht zu erkennen, dass sie auch ausserhalb des Bezirks des Berufungsgerichts Anwendung finden sollten und gefunden haben; dagegen spricht schon der Umstand, dass in Nr 3 Abs 3 München als Erfüllungsort für Lieferung und Zahlung sowie als Gerichtsstand bezeichnet worden ist (vgl RGZ 153, 62). Die Klägerin hat auch nicht dargetan, dass

ihre Bedingungen etwa mit gleichem Wortlaut von Unternehmern in anderen Oberlandesgerichtsbezirken verwendet werden. Diesen Nachweis hätte sie erbringen müssen, um die freie Auslegung zu erreichen (BGH in LM § 549 ZPO Nr 15).

3.) Das Oberlandesgericht nimmt an, dass durch den in Nr 7 der allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin vorgesehenen Ausschluss der Gewährleistungsansprüche etwaige Schadensersatzforderungen des Bestellers wegen schuldhafter Verletzung der der Klägerin obliegenden Nachbesserungspflicht nicht berührt werden sollten (S 25 f d Urt). Diese Würdigung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl auch BGH MDR 1954, 345).

Dagegen sind die rechtlichen Schlüsse, die das Berufungsgericht hieraus zieht, nicht unbedenklich. Es ist nämlich der Ansicht, dass die Beklagte zu 1) bei Nichterfüllung der Nachbesserungspflicht durch die Klägerin auf die in § 634 Abs 1 BGB angegebenen Rechtsbehelfe, insbesondere die Minderung, zurückgreifen konnte. Hierbei stützt es sich unter Anführung verschiedener Belegstellen auf die Grundsätze, die von der Rechtsprechung und im Schrifttum für ähnliche Freizeichnungsbestimmungen aufgestellt worden sind (vgl neuerdings BGHZ 22, 90 [94 ff]). Dabei hat das Oberlandesgericht aber nicht beachtet, dass es sich dort regelmässig um Kaufverträge handelte, bei denen die Gewährleistungsansprüche nach der gesetzlichen Regelung im Vordergrund standen (§§ 462, 463 BGB). Eine Auslegung dahin, dass diese Ansprüche gegenüber einer im Gesetz nicht vorgesehenen, aber vertraglich zugesicherten Nachbesserungspflicht des Verkäufers nur zurücktreten und nicht schlechthin ausgeschlossen werden sollten, war daher ohne weiteres möglich (RGZ 87, 335).

Anders ist die Sachlage aber bei einem Werkvertrag zu beurteilen, dessen Bestimmungen das Oberlandesgericht an sich ohne Rechtsirrtum für anwendbar hält. Hier kann der Besteller schon nach dem Gesetz regelmässig zunächst nur die Nachbesserung verlangen (§ 633 Abs 2 Satz 1 BGB). Die Gewährleistungsansprüche der §§ 634 und 635 BGB kommen demgegenüber erst in Betracht, wenn der Lieferer dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Der Ausschluss der sich für den Besteller aus den §§ 634 und 635 BGB ergebenden Rechte kann somit beim Werkvertrag überhaupt nur für den Fall vorgesehen sein, dass der Auftragnehmer die Nachbesserung nicht ordnungsmässig durchführt. Eine Auslegung dahin, dass der Besteller alsdann doch auf die §§ 634 und 635 BGB zurückgreifen darf, würde also die Bestimmung, durch welche die Gewährleistung ausgeschlossen worden ist, inhalts- und geradezu sinnlos machen.

Die Frage, ob eine solche Auslegung unter besonderen Voraussetzungen trotzdem zulässig ist, braucht hier aber nicht abschliessend entschieden zu werden. Die Beklagten haben nämlich weder Wandlung noch Minderung im Sinne der §§ 634 Abs 1 und 4, 472 BGB verlangt. Sie beanspruchen vielmehr den Ersatz der Beträge, die sie für die ordnungsmässige Herrichtung der Anlage aufwenden mussten, sowie Schadensersatz.

a) Die gesetzliche Regelung hinsichtlich der genannten Aufwendungen findet sich in § 633 Abs 3 BGB. Dort ist bestimmt, dass der Besteller die Mängel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann, wenn der Unternehmer mit der Abstellung im Verzuge ist. Dieses sich aus der Verletzung der der Klägerin obliegenden Nachbesserungspflicht ergebende Recht der Beklagten ist durch die allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klä-

gerin nicht ausgeschlossen worden, wie das Oberlandesgericht E 25 f d Urt mit bindender Wirkung für den Senat feststellt. Das Berufungsgericht hat den Beklagten insoweit Forderungen in Höhe von 60 629,09 DM zuerkannt.

Allerdings haben die Beklagten auch Teile ausgetauscht und Neuanschaffungen in nicht unbeträchtlichem Ausmasse vorgenommen. Es kann zweifelhaft sein, inwieweit es sich hierbei noch um eine "Beseitigung des Mangels" i.S. des § 633 Abs 2 und 3 BGB gehandelt hat. Eines Eingehens hierauf bedarf es aber nicht, weil die Beklagten die insoweit aufgewendeten Beträge jedenfalls unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes in Rechnung stellen können.

b) Das Berufungsgericht billigt den Beklagten einen solchen Anspruch allerdings nur unter dem Gesichtspunkt eines Verschuldens beim Vertragsschluss zu (§ 33 - 35 d Urt). Es stellt fest, dass die von der Klägerin gegebene Zusicherung, es handle sich um eine bewährte und allgemein bekannte Konstruktion, falsch war und dass die Klägerin hierbei mindestens grob leichtfertig gehandelt hat. Deswegen habe die Klägerin "die Beklagte zu 1) in den Zustand zu versetzen, der bestanden hätte, wenn eine dem Schreiben vom 6. Juni 1952 entsprechende Anlage geliefert worden wäre (§ 249 BGB)".

Gegen diese Ausführungen bestehen, worauf die Revision zutreffend hinweist, rechtliche Bedenken. Wegen Verschuldens bei Vertragsschluss kann nur das Vertrauensinteresse verlangt werden (BGH LM § 463 BGB Nr 1). Das Oberlandesgericht hat den Beklagten aus diesem Rechtsgrunde aber vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung

zuerkannt. Das war nicht zulässig.

Auch hier ist aber das Ergebnis richtig, zu dem das Berufungsgericht gelangt ist. Zwar wird sich der in den Lieferungsbedingungen vorgesehene Ausschluss der Gewährleistungsansprüche ebenfalls auf die sich aus § 635 BGB ergebenden Rechte des Bestellers erstrecken; es hat insoweit das oben Gesagte zu gelten. Den Beklagten ist es aber unbenommen, vollen Ersatz des Schadens zu verlangen, der sich aus der Verletzung der der Klägerin obliegenden Nachbesserungspflicht ergibt.

4.) Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung der zu 3 a) und b) behandelten Forderungen sind nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts gegeben.

a) das Berufungsgericht ist der Ansicht, dass sich die Beklagten auf eine weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin nicht mehr einzulassen brauchten. Es begründet dies mit folgenden Erwägungen:

Der Umbau und die Einrichtung der Anlage hätten ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Besteller und Unternehmer vorausgesetzt. Das folge schon daraus, dass die ganze Existenz der Beklagten von der ordnungsmässigen Durchführung der Arbeiten abgehängt habe. Hinzukomme, dass es eines Erfahrungsaustauschs und des besonderen Zusammenwirkens zwischen Besteller und Unternehmer bedurft habe, um die Einrichtung den örtlichen Gegebenheiten anzupassen. Dieses Vertrauen sei durch das Verhalten der Klägerin, das sie zu vertreten habe, grundlegend erschüttert worden. Die Klägerin habe sich wohl zur

Nachbesserung bereit erklärt. Sie habe sich aber von Beginn an als unzuverlässig erwiesen. Die Beklagten hätten die Errichtung einer bewährten, sicher arbeitenden Anlage verlangt und die Klägerin habe deren Herstellung zugesagt; tatsächlich habe sie aber eine nicht erprobte und unzureichende Neukonstruktion geliefert, die im Lauf der Zeit an allen Teilen Mängel aufgewiesen habe. Die wenn auch nicht als sicher versprochene Lieferfrist habe sie sehr erheblich überschritten. Ihr eigener Werkmeister habe sich sogar abfällig über die Anlage geäußert. Schliesslich sei auch das Verhalten der Klägerin bei den Besprechungen über die Nachbesserung zu beanstanden; die Klägerin habe am 20. Januar 1953 zunächst angeboten, die Unterstützungen für die Hordenbleche in je zwei Tagen für jedes Blech vorzunehmen und in derselben Zeit vier Versuchsschnecken einzubauen; später habe sie aber anstelle der in Betracht kommenden acht Arbeitstage nicht weniger als 52 verlangt, so dass der Betrieb also für etwa zwei Monate hätte stillgelegt werden müssen. Zum Ersatz des hierdurch entstehenden Einnahmeausfalls sei die Klägerin aber nicht bereit gewesen. Hinzukomme, dass es durchaus ungewiss gewesen sei, ob die von der Klägerin angebotene Nachbesserung überhaupt zum Erfolg geführt hätte, wie sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Gloetzel ergebe.

b) Diese Feststellungen rechtfertigen nicht nur die Annahme, dass es keiner Fristsetzung nach § 634 Abs 2 BGB bedurfte, wie das Oberlandesgericht von seinem Standpunkte aus darlegt; vielmehr ergibt sich daraus auch, dass die Beklagten sowohl Ersatz ihrer Aufwendungen nach § 633 Abs 3 BGB, wie auch Schadensersatz gemäss § 286 BGB und wegen schuldhafter Verletzung der Nachbesserungspflicht verlangen können.

Der Besteller darf die sich aus § 633 Abs 3 BGB ergebenden Rechte nur geltend machen, wenn sich der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge befindet. Es bedarf also gemäss § 284 BGB der Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit; ausserdem muss der Schuldner das Unterbleiben der Leistung zu vertreten haben (§ 285 BGB). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

Die Beklagte zu 1) hat die Klägerin seit dem 12. Januar 1953 mehrfach zur Nachbesserung aufgefordert. Die Klägerin hat diese Verpflichtung nur ganz unzureichend erfüllt. Sie hat sich zwar bereit erklärt, die Arbeiten weiterzuführen; dazu ist es aber nicht gekommen, weil die Beklagte zu 1) durch Schreiben vom 27. März und 14. April 1953 (Nr 13 und 14 nach Bl 73 der Akten) mit Recht eine weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin ablehnte. Die Gründe, die die Beklagte zu dieser Ablehnung veranlassten, hatte die Klägerin zu vertreten, wie sich aus den erwähnten Feststellungen des Oberlandesgerichts ergibt. Sie hat es somit auch zu vertreten, dass die Nachbesserung durch sie unterblieben ist, und hat sich daher mit ihrer dahingehenden Verpflichtung im Verzuge befunden.

Aus dem Gesagten folgt ferner, dass die Klägerin nicht nur nach § 286 BGB ersatzpflichtig ist; sie hat vielmehr darüber hinaus den Beklagten jeden weiteren Schaden zu ersetzen, der ihnen durch das Ausbleiben der Mängelbeseitigung entstanden ist (Schadensersatz wegen sog. positiver Vertragsverletzung). Hierzu gehören der Ausfall an Lohnmälzungseinnahmen (S 44 d Urt unter 7 f), die Aufwendungen für den Lehrbraumeister und den Sachverständigen, soweit sie das Oberlandesgericht als ersatzfähig anerkannt hat (S 46 d Urt unter 7 g und h), sowie

schliesslich die Kosten für die von der Beklagten zu 1) vorgenommenen Neuanschaffungen, falls man sie nicht schon unter die erstattungsfähigen Aufwendungen nach § 633 Abs. 3 BGB rechnet.

5.) Die Revision greift allerdings die Grundlagen der von dem Oberlandesgericht hierzu getroffenen Feststellungen an. Sie kann jedoch damit keinen Erfolg haben.

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Oberlandesgericht hätte den Maschinenmeister R. über die Behauptung der Klägerin vernehmen müssen, dass die Beklagten bewusst eine nicht erprobte Anlage bestellt und das damit verbundene Risiko in Kauf genommen hätten.

Die Rüge ist unbegründet. Aus dem von der Klägerin angeführten Schriftsatz vom 4. Januar 1954 ergibt sich nicht mit hinreichender Sicherheit, dass R. auch zu diesem Thema als Zeuge benannt werden sollte. Abgesehen hiervon ist jene Behauptung, worauf das Oberlandesgericht zutreffend hinweist, mit dem Schreiben der Klägerin vom 6. Juni 1952 schlechthin unvereinbar; darin hat diese nämlich ausdrücklich hervorgehoben, dass es sich "um eine allgemein bekannte Wenderkonstruktion handle, die sich an vielen Stellen bestens bewährt habe". Die Klägerin hatte ersichtlich auch keinen Wert mehr auf die Anhörung des Rölls gelegt, denn sie ist auf diesen Beweisantritt im zweiten Rechtszuge nicht zurückgekommen, obwohl der Zeuge Reifetshammer insoweit nichts Wesentliches bekundet hatte.

Die Unterlassung der Vernehmung des R. verstösst danach nicht gegen § 286 ZPO.

b) Die Beschwerdeführerin ist ferner der Ansicht, das Oberlandesgericht habe auf ihre im Schriftsatz vom 26. Februar 1954 aufgestellte Behauptung eingehen müssen, dass die Beklagte zu 1) die Erprobung der Anlage kurz vor Weihnachten 1952 verhindert habe; sie erblickt darin ebenfalls einen Verstoß gegen § 286 ZPO.

Auch dieser Angriff geht fehl. Die Klägerin hatte für die fragliche Behauptung, die von den Beklagten bestritten wurde, keinen Beweis angetreten. Unter diesen Umständen hatte das Berufungsgericht keine Veranlassung, sich in dem Urteil ausdrücklich hiermit zu befassen.

c) Auf die Frage, ob die von der Klägerin für die Nachbesserung verlangten Fristen angemessen waren, kommt es nicht an. Das Vertrauensverhältnis war nach den oben wiedergegebenen Feststellungen des Berufungsgerichts endgültig erloschen, so dass eine Nachbesserung nicht mehr in Frage kam.

d) Die Behauptung der Revision, die Beklagten hätten den sofortigen Einbau der Anlage verlangt, obwohl sie von der Klägerin auf die nicht ordnungsmässige Ausführung der Maurerarbeiten hingewiesen worden seien, findet in den Feststellungen des Oberlandesgerichts keine Grundlage und ist daher unbeachtlich.

e) Das Gleiche gilt für die Behauptung, dass die Abstellung der wesentlichen Mängel an den Wänden und Schnecken unschwer hätte vorgenommen werden können. Das Oberlandesgericht stellt S 39 f d Urt das Gegenteil fest. Es brauchte schon deswegen nicht im einzelnen auf die Darlegungen des Sachverständigen Dr. Schuster einzugehen,

weil dieser die Anlage im Gegensatz zu Dr. Gloetzl nicht mehr in ihrem ursprünglichen Zustand gesehen hatte

f) Schliesslich beruft sich die Revision auch zu Unrecht auf die Bestimmung in den allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin (Nr 3 Abs 2), nach der diese nicht zur Nachbesserung verpflichtet sein sollte, solange sich die Beklagte zu 1) mit den ihr obliegenden Leistungen im Verzuge befand.

aa) Es mag sein, dass die Beklagte zu 1) an sich verpflichtet war, die Montagerechnungen sowie die Kosten der Bauzeichnungen zu begleichen. Ihr stand aber, als die Klägerin die Bezahlung dieser Beträge mit Schreiben vom 21. März 1953 (Nr 12 nach Bl 73 dA) verlangte, wegen der Vertragsverletzungen durch die Klägerin in jedem Falle ein Zurückbehaltungsrecht zu. Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass dieses Zurückbehaltungsrecht durch Nr 3 Abs 2 ihrer Lieferungsbedingungen ausgeschlossen sei; denn sie muss sich insoweit die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten lassen, wie noch bei der Erörterung des an sich ebenfalls ausgeschlossenen Aufrechnungsrechts der Beklagten darzulegen ist.

Abgesehen hiervon hat die Klägerin von dieser Forderung auf Grund der von der Beklagten zu 1) erhobenen Beanstandungen einen erheblichen Teil zurückstellen müssen (Schreiben vom 13. April 1953 - Nr 15 nach Bl 73 dA); auch das Oberlandesgericht hat die Zahlungsweigerung der Beklagten zu 1) insoweit zum Teil als berechtigt anerkannt (S 48 d Urt), ohne dass die Revision hiergegen durchschlagende Angriffe erhoben hat.

bb) Auf das Gutachten des Sachverständigen Dr. Schuster brauchte das Oberlandesgericht nicht näher einzugehen, wie bereits dargelegt worden ist.

cc) Die Beklagte zu 1) brauchte sich entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung nicht bedingungslos mit der von der Klägerin zwecks Nachbesserung verlangten Stilllegung des Betriebes einverstanden zu erklären. Es war Sache der Klägerin, die die mit schwerwiegenden Mängeln behaftete Anlage geliefert hatte, der Beklagten angemessene Vorschläge zu unterbreiten und weitgehend Rücksicht auf deren Interessen zu nehmen; das gilt umso mehr, als die Klägerin es ablehnte, für den während dieser Zeit entstandenen Verdienstausschlag einzustehen.

Die Feststellungen des Oberlandesgerichts ergeben nicht, dass die Beklagte zu 1) Forderungen hinsichtlich der Nachbesserungsfristen gestellt hat, die unter Berücksichtigung dieser Umstände unangemessen gewesen wären.

III. Nach Nr 3 Abs 2 der dem Vertragsverhältnis zugrundeliegenden Lieferungsbedingungen sollte der Besteller mit etwaigen Gegenansprüchen nicht aufrechnen dürfen. Das Oberlandesgericht hat gegen die Rechtswirksamkeit dieser Bestimmung an sich keine Bedenken. Es meint aber unter Verweisung auf die Entscheidung RGZ 152, 111, dass jenes Verbot die Berücksichtigung der den Beklagten zustehenden Schadensersatzansprüche nicht hindere, weil es sich nicht um eine Aufrechnung im eigentlichen Sinne, sondern um eine Abrechnung handle

1.) Diese Auffassung würde nach der angegebenen Entscheidung des Reichsgerichts zutreffen, wenn das Oberlandesgericht den Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfül-

lung nach § 635 BGB zugebilligt hätte. Das hat es aber nicht getan; vielmehr leitet es die Ersatzpflicht der Klägerin insoweit nur aus Verschulden bei Vertragsschluss her. Für die sich hieraus ergebenden Ansprüche gelten diese Abrechnungsgrundsätze aber nicht; vielmehr handelt es sich dabei um selbständige Forderungen, die dem Unternehmer gegebenenfalls im Wege der Aufrechnung entgegengehalten werden müssen.

Nun ist allerdings, wie bereits dargelegt worden ist, der Hinweis des Oberlandesgerichts auf die sich aus Verschulden bei Vertragsschluss ergebenden Forderungen der Beklagten verfehlt. Die den Beklagten wegen der Verletzung der Nachbesserungspflicht durch die Klägerin zustehenden Ansprüche (aus § 633 Abs 3 BGB und positiver Vertragsverletzung) stellen aber ebenfalls keine Abrechnungsposten dar, sondern können nur im Wege der Aufrechnung berücksichtigt werden.

Das Berufungsgericht hat nicht entschieden, ob das Aufrechnungsverbot nach seinem Inhalt auch solche Ansprüche erfassen sollte. Zweifel könnten sich insoweit schon daraus ergeben, dass die fragliche Bestimmung nicht unter den Vorschriften steht, die sich mit der Nachbesserungspflicht der Klägerin befassen; daraus könnte geschlossen werden, dass sich das Verbot nur auf solche Gegenansprüche beziehen sollte, die in keinem Zusammenhang mit der Vertragserfüllung standen.

Einer endgültigen Stellungnahme hierzu wie zu der Frage, ob das Revisionsgericht die insoweit erforderliche Auslegung selbst vornehmen kann, bedarf es aber nicht; denn die Berufung auf den etwa vertraglich vereinbarten

Ausschluss der Aufrechnung verstösst hier in jedem Fall gegen Treu und Glauben.

Die Berufung des die vereinbarte Vergütung geltend machenden Unternehmers auf den vertraglichen Ausschluss der Aufrechnung begegnet von vornherein gewissen Bedenken, wenn es sich bei den Gegenforderungen des Bestellers um Ansprüche handelt, die aus einer schuldhaften Verletzung desselben Vertrags durch den Unternehmer erwachsen sind; der Bundesgerichtshof hat in dem Urteil I ZR 101/54 vom 17. Februar 1956 (LM § 387 Nr 20) den Standpunkt vertreten, dass dem Unternehmer in einem solchen Fall regelmässig die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegensteht (weniger weitgehend RG JW 1934, 2762). Einer grundsätzlichen Stellungnahme bedarf es insoweit jedoch nicht; denn vorliegend kommen noch andere gegen die Klägerin sprechende Gründe hinzu, die jedenfalls in ihrer Gesamtheit den Hinweis auf das Aufrechnungsverbot als Verstoß gegen Treu und Glauben kennzeichnen.

Die Klägerin hat durch ihre allgemeinen Lieferungsbedingungen die dem Besteller an sich zustehenden gesetzlichen Rechte nicht nur in diesem Punkt, sondern auch im übrigen weitgehend eingeschränkt. Demgegenüber wollte sie sich an die wenigen für sie selbst noch verbliebenen Pflichten nur dann gebunden halten, wenn der Unternehmer seinerseits alle ihm obliegenden Leistungen genau und pünktlich erfüllte (Nr 3 Abs 2 der allgemeinen Lieferungsbedingungen). Eine solche, die Grenze des Zulässigen mindestens streifende Begünstigung des Unternehmers setzte in jedem Falle voraus, dass er seinen eigenen Vertragspflichten mit besonderer Sorgfalt nachkam. Das Gegenteil war hier der Fall. Die Klägerin hatte nicht nur ihre Zu-

sagen nicht gehalten, sondern auch ein Werk geliefert, das mit besonders schwerwiegenden Mängeln behaftet war. Die berechtigten Forderungen der Beklagten überschritten danach nicht unerheblich die Hälfte des ganzen Werklohnes. Es ist mit Treu und Glauben nicht vereinbar, wenn die Klägerin unter diesen Umständen zwar von den Beklagten pünktliche Zahlung verlangt, ihnen andererseits aber trotz der eigenen umfangreichen Vertragsverletzung die Aufrechnung mit begründeten - zum Teil sogar unstreitigen - Gegenansprüchen versagen will. Sie muss sich daher die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten lassen.

2.) Die Aufrechnung ist danach zulässig und die Klageforderung, wie das Oberlandesgericht zutreffend annimmt, hierdurch erloschen.

Die Revision ist somit, da das Urteil auch sonst keinen die Klägerin beschwerenden Rechtsfehler erkennen lässt, zurückzuweisen.

In Höhe von 7 670 DM hat die Klägerin das Rechtsmittel zurückgenommen. Insoweit ist sie auf den von den Beklagten gestellten Antrag der Revision für verlustig zu erklären (§§ 566, 515 Abs 3 ZPO). Es bestehen keine Bedenken, hierüber ebenfalls im Urteil zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus den §§ 97, 566, 515 ZPO.

Glanzmann Scheffler Rietschel
Heimann-Trosien Dr. Winkelmann .