

VII ZR 309/56

Verkündet am 27. Februar 1958
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 Gebrüder W [REDACTED], S [REDACTED], H [REDACTED]
Strasse [REDACTED], vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter Dipl.-Ing. Herbert G [REDACTED], S [REDACTED]
[REDACTED], H [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma M [REDACTED]-Export GmbH in D [REDACTED], M [REDACTED]
[REDACTED], M [REDACTED] vertreten durch ihre Geschäfts-
führer

1) Wilhelm H [REDACTED], D [REDACTED], G [REDACTED] Str. [REDACTED],
2) Dr. Friedrich B [REDACTED], D [REDACTED], T [REDACTED] Str. [REDACTED],

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

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 27. Februar 1958 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart
vom 13. Juni 1956 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein Tochterunternehmen der M. AG in D. und wickelt deren Exportgeschäfte ab. Im Jahre 1949 erhielt sie von der Illerbank in Ankara den Auftrag, eine Dampfkleinkraftzentrale für die Stadt Afyon (Türkei) zu erstellen. Die dazu gehörenden Dampfmaschinen bestellte die Klägerin bei der Firma Me. AG in M. Mit der Lieferung und Montage zweier Dampfkessel nebst Feuerungsanlage beauftragte sie die Beklagte entsprechend deren Angebot zum Gesamtpreis von 107 482 DM. Die Analyse der zur Verfeuerung vorgesehenen türkischen Tavsanlı (Tuncbilek)-Braunkohle hatte die Klägerin der Beklagten mitgeteilt. Im Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 30. März 1950 war auf die beigefügten "Gemeinsamen allgemeinen Lieferungsbedingungen" (ALB) für den Verband der Hersteller von Grosswasserraumkesseln u.a. Bezug genommen.

Nachdem die Beklagte die Dampfkessel montiert hatte, wurde die gesamte Anlage am 25. Februar 1952 in Gegenwart der türkischen Abnahmekommission und der Beauftragten beider Parteien in Betrieb gesetzt. Dabei ergab sich statt der vertraglich vorgesehenen Überhitzung des Dampfes auf 330° C eine solche von 455° C. Diese konnte nicht vermindert werden, obwohl die in Betrieb befindliche Gruppe nur zwischen 100 und 200 kW belastet war. Eine Untersuchung der verfeuerten Kohlensorte durch den Technischen Überwachungsverein in Köln ergab die gleiche Analyse wie sie die Klägerin der Beklagten mitgeteilt hatte.

In der Folgezeit änderte die Beklagte die Feuerung. Am 3. April 1952 gab sie der Klägerin bekannt, sie wolle ihr die nun ordnungsmässige Kesselanlage übergeben. Zu diesem Zwecke schickte die Beklagte den Oberingenieur St. und die Klägerin den Dipl.-Ingenieur Zedlitz von der Firma

- 3 -

Me[REDACTED]AG nach Afyon.

Bei der erneuten Ingangsetzung der Anlage am 10. April 1952 erwies sich - nach einer Aktennotiz des Dipl.Ing. Z[REDACTED] - , dass die Montage gut und ohne sichtbare Fehler ausgeführt war. Nach Verkleinerung der Überhitzer beider Kessel um je eine Schlange war die Dampfentwicklung zunächst ausreichend, und die Überhizertemperatur überschritt nicht 350° C. Nach jeweils 2 bis 3 Betriebsstunden hatte sich der Rost jedoch regelmässig mit grossen Schlackenflächen vollgesetzt, so dass die Dampfentwicklung schnell zurückging. Oberingenieur St[REDACTED] führte die Verschlackung des Rostes darauf zurück, dass die Kohle keinen Braunkohlencharakter habe, sondern eine schieferhaltige Jungsteinkohle mit Lignitcharakter sei. Nach seiner Behauptung wäre die Inbetriebnahme mit echter Braunkohle erfolgreich verlaufen.

Am 19. Mai 1952 kam es zwischen den Parteien in Frankfurt/Main zu einer Besprechung über Änderungen der Anlage. Dabei übernahm die Beklagte die für ihren Montagemeister vom 26. Februar bis 18. April 1952 aufgewandten Kosten. Die durch die anderen Monteure entstandenen Kosten sollten die übrigen an den Lieferungen für die Kraftzentrale Afyon beteiligten Firmen tragen. Die Beklagte verpflichtete sich zu Umbauarbeiten im Feuerraum. Die Klägerin übernahm die dadurch entstehenden Materialkosten, die die Beklagte mit 5 500 DM berechnete, ferner die Kosten des Einbaues, des Transports und der Montage sowie den Zoll. In ihrem Bestätigungsbrief vom 20. Mai 1952 schrieb die Beklagte, sie übernehme bei Einbau der Feuerraumrückwand die Gewähr, dass die Kohle, wie sie ihr heute bekannt sei, einwandfrei verbrannt werden könne. In dem dieses Schreiben der Beklagten



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

26

bestätigenden Brief der Klägerin vom 11. Juni 1952 heisst es:

"Ihre Firma übernimmt bei Einbau der Feuerraum-Rückwand gemäss Ihrer Zeichnung ... die Gewähr, dass die Tuncbilek-Kohle (türkische Lignite), wie sie Ihnen heute bekannt ist, einwandfrei verbrannt werden kann, d.h. entsprechend der von Ihnen übernommenen Garantie laut Auftragsbestätigung vom 30. März 1950

- a) eine maximale Dauerleistung pro Dampfkessel von 3 t pro Stunde,
- b) einen dauernden Kesselbetriebsdruck von 16 atü,
- c) eine maximale Dampfüberhitzungstemperatur ... von 330° C,
- d) ein einwandfreies Funktionieren sämtlicher Zubehöerteile ..."

(aufweisen wird).

Nachdem die Beklagte von Oktober bis November 1952 die am 19. Mai 1952 besprochenen Änderungen durchgeführt hatte, wurde die Anlage vom 24. November bis 10. Dezember 1957 erneut in Gang gesetzt. Dabei wurde abermals die vorgesehene Leistung der Anlage "wegen des Schlackenproblems" nur kurzfristig erzielt.

Am 3. Januar 1953 schrieb die Klägerin der Beklagten:

"Die von Ihnen in der Besprechung am 19. Mai 1952 in Frankfurt/Main vorgeschlagene Änderung an der gelioforten Dampfkesselanlage, unter deren Voraussetzung Sie erneut erklärten, die vertraglich von Ihnen zugesicherte Garantieleistung zu erfüllen, wurde durchgeführt. Sie haben in den kürzlich zum wiederholten Male vorgenommenen Inbetriebnahmeversuchen den Leistungsnachweis für die Kessel trotzdem nicht erbringen können. .

Da wir eine Äusserung zu dieser Sachlage von Ihnen bisher nicht erhalten haben, teilen wir Ihnen mit, dass wir uns unsere Entscheidung auf Grund unserer vertraglichen Rechte Ihnen gegenüber vorbehalten."

Die Parteien verhandelten dann in einer erneuten Besprechung am 14. Januar 1953 in M.-Gladbach über die nunmehr zu ergreifenden Massnahmen, insbesondere über die technischen Lösungsmöglichkeiten. Dabei wurde die Lieferung einer neuen Anlage als "weisse Lösung", ein nochmaliger Nachbesserungsversuch an der vorhandenen Anlage als "graue Lösung" bezeichnet. Über das Ergebnis dieser Besprechung streiten die Parteien.

Die Klägerin behauptet, sie habe es übernommen, durch ihren Prokuristen B. den türkischen Abnehmer zu veranlassen, den angedrohten Rücktritt noch nicht zu vollziehen, sondern sich mit einer erneuten Nachbesserung im Sinne der grauen Lösung einverstanden zu erklären. Nur für den Fall, dass der türkische Abnehmer der grauen Lösung zustimme, habe die Beklagte - unbeschadet ihrer Verpflichtung, sofort mit der Ausarbeitung der weissen Lösung zu beginnen - einen erneuten Änderungsversuch an den vorhandenen Kesselanlagen im Sinne der grauen Lösung vornehmen sollen. Dieser Versuch hätte spätestens am 31. Mai 1953 abgeschlossen sein müssen. Bei Ablehnung der grauen Lösung und Annahme der weissen Lösung durch den türkischen Abnehmer habe die Beklagte die sofort in Angriff zu nehmende weisse Lösung bis Ende August 1953 fertigstellen müssen. Sowohl bei Annahme der grauen als auch bei Annahme der weissen Lösung durch den türkischen Abnehmer hätten sich die künftigen vertraglichen Beziehungen der Parteien ausschliesslich nach der Vereinbarung vom 14. Januar 1953 richten sollen.

Die Beklagte bestreitet, dass es zu der von der Klägerin behaupteten Vereinbarung vom 14. Januar 1953 gekommen sei. Nach ihrer Darstellung wurden damals im wesent-

lichen technische Pläne erörtert. Sie, die Beklagte, habe auf ihrem Nachbesserungsrecht bestanden und betont, dass die Stellungnahme des türkischen Vertragspartners der Klägerin für sie unmassgeblich sei. Demgemäss habe sie die weisse Lösung (Neulieferung) nur für den Fall zugesagt, dass die graue Lösung wider Erwarten nicht bis zum 31. Mai 1953 zum Erfolg führe.

Der türkische Auftraggeber der Klägerin lehnte einen weiteren Nachbesserungsversuch an der Kesselanlage ab. Die Klägerin teilte dies der Beklagten mit und forderte sie auf, sofort die weisse Lösung durchzuführen. In ihrem Schreiben vom 31. Januar 1953 bestand die Beklagte darauf, die weisse Lösung erst nach einem Misslingen der grauen Lösung durchführen zu müssen. Weiterer Schriftwechsel der Parteien führte zu keiner Einigung. Schliesslich liess die Klägerin die Dampfkesselanlage abmontieren und durch eine anderweit gekaufte ersetzen.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung Ersatz ihres Schadens. Sie hat ihre Klage auf die nach ihrer Behauptung am 14. Januar 1953 in M. [REDACTED] zustandekomme Vereinbarung gestützt, wonach sich die Beklagte für den Fall, dass der türkische Abnehmer die graue Lösung ablehne, verpflichtet habe, eine neue Dampfkesselanlage zu liefern. Ihren Schaden hat sie zunächst auf 665 373,91 DM beziffert. Darin enthalten waren 425 000 DM als Preis für die von ihr anderweit gekaufte Kesselanlage, die an die Beklagte bereits gezahlten 109 696,64 DM sowie Aufwendungen für die Abänderungsversuche, für Geschenke und Schmiergelder sowie Bankspesen und Zinsen. Hinsichtlich ihres weiteren noch nicht feststehenden Schadens hatte sie auf Feststellung geklagt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren ist die Klägerin in vollem Umfang zur Leistungsklage übergegangen. Die einzelnen von ihr in Rechnung gestellten Schadensposten hat sie teilweise anders begründet; insbesondere hat sie nicht mehr die Rückzahlung des von ihr an die Beklagte gezahlten Kaufpreises von 109 696,64 DM gefordert, weil dieser Betrag bereits durch den Deckungskauf berücksichtigt sei. Sie hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 893 444,18 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Oberlandesgericht hat den Klagsanspruch dem Grunde nach mit der Massgabe für gerechtfertigt erklärt, dass die Klägerin Ersatz der Schäden verlangen kann, die ihr entstanden sind infolge der Weigerung der Beklagten, nach Misslingen der Ende 1952 durchgeführten Probeversuche eine neue, den getroffenen Vereinbarungen entsprechende Anlage zu erstellen.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Die Klägerin hat ihre Schadensersatzansprüche vor dem Landgericht ausschliesslich damit begründet, dass die Beklagte sich geweigert habe, nach Ablehnung der grauen Lösung durch den türkischen Vertragspartner der Klägerin der am 14. Januar 1953 in K.-Gladbach getroffenen Vereinbarung gemäss eine neue Dampfkesselanlage zu liefern. Das

26

Landgericht hat den Beweis, dass die von der Klägerin behauptete Vereinbarung vom 14. Januar 1953 zustande gekommen sei, nicht für geführt erachtet und deshalb nach wie vor den Inhalt des ursprünglichen Vertrages vom 30. März 1950 einschliesslich der diesem Vertrag zugrunde gelegten allgemeinen Lieferungsbedingungen (ALB) der Beklagten als für die Rechtsbeziehungen der Parteien massgebend angesehen.

2.) Auch das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, dass die von der Klägerin im Berufungsverfahren wiederum dem Klaganspruch zugrunde gelegte Vereinbarung vom 14. Januar 1953 zustande gekommen sei. Es bejaht jedoch eine Schadensersatzpflicht der Beklagten, weil diese nach dem Scheitern der im April 1952 versuchten Inbetriebnahme der Anlage in der Frankfurter Besprechung vom 19. Mai 1952 die Gewähr übernommen habe, dass die Kohle, wie sie ihr damals bekannt war, einwandfrei verbrannt werden könne. Das Berufungsgericht sieht in der Vereinbarung vom 19. Mai 1952 einen Vergleich (§ 779 BGB). Um einen Ausweg aus der misslichen Lage zu finden und eine rasche Fertigstellung der gesamten Anlage im beiderseitigen Zusammenwirken zu erreichen, hätten beide Parteien davon abgesehen, ihren in dem vorangegangenen Schriftwechsel vertretenen gegensätzlichen Standpunkt durchzusetzen. Die Klägerin habe sich dazu bereit gefunden, die Kosten des von der Beklagten durchzuführenden Umbaues der Feuerräume zu tragen. Die Beklagte habe die Gewähr übernommen, dass die Kohle nunmehr einwandfrei verbrannt werden könne. Dadurch sei sie weitergehende Verpflichtungen eingegangen, als sie sich aus dem ursprünglichen Vertrag infolge ihrer Gewährleistungspflicht einschränkenden ALB ergeben hätten. Nachdem die Nachbesserungsversuche an der noch nicht abgenommenen An-

lage erfolglos geblieben seien, sei die Beklagte verpflichtet gewesen, eine neue Anlage zu erstellen. Dies habe sie verweigert und sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht, ohne sich demgegenüber auf ihre ALB berufen zu können.

II.

Die Revision rügt, die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte sich in der Frankfurter Besprechung vom 19. Mai 1952 unter Verzicht auf ihre Rechte aus den ALB verpflichtet habe, für die Folgen eines Misslingens weiterer Eingangsetzungsversuche unbeschränkt einzustehen, sei unter Verstoss gegen Verfahrensvorschriften getroffen.

1.) Ob das Berufungsgericht, wie die Revision meint, dabei gegen den den Zivilprozess beherrschenden Verhandlungsgrundsatz (§ 128 ZPO) verstossen hat, kann dahingestellt bleiben. Zweifel in dieser Hinsicht sind allerdings nicht von der Hand zu weisen. Die Klägerin hat, wie vor dem Landgericht, so auch vor dem Berufungsgericht ihren Klaganspruch immer wieder auf die von ihr behauptete M.-Gladbacher Vereinbarung vom 14. Januar 1953 gestützt. Sie hat zwar in ihrer Berufungsbegründung vom 15. November 1954 (S. 17) eine "Sachdarstellung der historischen Entwicklung" gegeben und in dieser auf den Seiten 17, 21-23, 25 und 27 die Frankfurter Besprechung vom 19. Mai 1952 erwähnt, auch unter Bezugnahme auf das Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 20. Mai 1952 von einer erneuten Gewährleistungsübernahme durch die Beklagte gesprochen. Eine Lichtpause des Bestätigungsschreibens der Beklagten vom 20. Mai 1952 und eine Abschrift ihres eigenen Bestätigungsschreibens

vom 11. Juni 1952 hat sie als Anlagen 11 und 12 mit ihrem Schriftsatz vom 12. April 1955 auf die gerichtliche Aufforderung vom 3. Januar 1955, den gesamten Schriftwechsel vorzulegen, zusammen mit weiteren Schriftstücken zu den Akten gereicht. Die Beklagte ihrerseits ist auf die Besprechung vom 19. Mai 1952 in ihrem Schriftsatz vom 30. März 1955 (S. 42) eingegangen. Die Klägerin hat aber der Frankfurter Vereinbarung niemals den Sinn beigelegt, die Beklagte habe entgegen dem ursprünglichen Vertrag und ihren ALB eine selbständige, unbeschränkte Gewähr dafür übernommen, dass die türkische Kohle nunmehr einwandfrei in der Feuerungsanlage verbrannt werden könne.

2.) Mit Recht erblickt jedenfalls die Revision in der Feststellung des Berufungsgerichts, der ursprüngliche Vertrag sei durch die Vereinbarung vom 19. Mai 1952 in dem vorerwähnten Sinne abgeändert worden, einen Verstoß gegen § 139 ZPO.

Die Klägerin hat, wie bereits erwähnt, auch im Berufungsverfahren ihren Klaganspruch aus der von ihr behaupteten [REDACTED]er Vereinbarung vom 14. Januar 1953 herzuleiten versucht. Diese Ansicht hat sie in ihren umfangreichen Schriftsätzen immer wieder begründet. Die ebenfalls von ihr erwähnte Besprechung vom 19. Mai 1952 ist darin völlig zurückgetreten. Die Klägerin hat zwar in den oben angeführten Stellen ihrer Berufungsbegründungsschrift bezüglich der Besprechung vom 19. Mai 1952 von einer "erneuten Gewährleistungsübernahme" (S. 17), von einer "ausdrücklichen Gewährleistungsübernahme für die Nachbesserung" (S. 21) sowie davon gesprochen, sie habe einer "letzten Nachbesserung im Rahmen der nunmehr ausdrücklich übernommenen Gewährleistung" zugestimmt, sofern diese un-

verzüglich erfolge (S. 21). Sie hat aber im Berufungsverfahren in keinem ihrer Schriftsätze die Behauptung aufgestellt, der ursprüngliche Vertrag sei dahin abgeändert worden, dass die Beklagte sich unter Verzicht auf ihre Vorbehalte in den ALB eine über den bisherigen Vertragsinhalt hinausgehende Gewährleistung übernommen habe. Auch der Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt nicht, dass die Klägerin eine dahingehende Behauptung aufgestellt hat.

Das Berufungsgericht ist zu seiner Annahme, die Beklagte habe auf den Schutz aus ihren ALB verzichtet, im wesentlichen deshalb gelangt, weil die Beklagte in ihrem an die Klägerin gerichteten Bestätigungsschreiben vom 20. Mai 1952 die einzelnen Besprechungspunkte vom Tage zuvor erwähnt, dabei die von ihr - auf Kosten der Klägerin - für 3 500 DM vorzunehmenden Änderungen im einzelnen aufgeführt und in dem mit "Umbau der Feuerräume" überschriebenen Absatz zuletzt ausgeführt hat:

"Die Firma Gebrüder W. [REDACTED] übernimmt bei Einbau der Feuerraumrückwand die Gewähr, dass die Kohle, wie sie uns heute bekannt ist, einwandfrei verbrannt werden kann."

Dieser Satz befindet sich lediglich in dem zusammen mit dem übrigen Schriftwechsel auf Verlangen des Berufungsgerichts von der Klägerin zu den Akten gereichten Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 20. Mai 1952. Die Klägerin hat in ihren Schriftsätzen, wie schon erwähnt, nur beiläufig auf ihn verwiesen, ohne selbst zu behaupten, die Beklagte habe damit auf den Schutz aus ihren ALB verzichtet. Dagegen hat die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 30. März 1955 (S. 42) - ebenfalls nur beiläufig - ausgeführt, die von ihr am 19. Mai 1952 gegebene Garantie sei

nichts anderes gewesen als eine Wiederholung ihrer Garantieusage im ursprünglichen Vertrag, und die Klägerin habe das in ihrem Bestätigungsschreiben vom 11. Juni 1952 selbst zugegeben. Dem ist die Klägerin in ihren weiteren Schriftsätzen nicht entgegengetreten. In ihrem Schriftsatz vom 16. April 1952 (S. 1) hat die Beklagte, den Streitstoff zusammenfassend, betont, die Klägerin stütze ihre Ansprüche auf die M. [REDACTED] er Besprechung vom 14. Januar 1953 und die angebliche Tatsache, dass darin die Lieferungsvereinbarungen auf eine neue vertragliche Grundlage gestellt worden seien. Sie hat darauf hingewiesen, dass sie, die Beklagte, in der Besprechung vom 14. Januar 1953 jede Diskussion über die Ausschaltung oder Abänderung der vereinbarten Lieferbedingungen etwa durch Eintritt in die von der Klägerin mit dem türkischen Besteller abgeschlossenen Verträge entschieden abgelehnt habe (S. 2). Sie hat darin auch die rechtliche Lage dargestellt, wie sie nach ihrer Auffassung am 14. Januar 1953 bestanden habe, und auf die Geltung ihrer ALB verwiesen sowie hervorgehoben, dass nach deren Ziffer IX selbst im Falle des Rücktritts des Bestellers alle Ansprüche auf Ersatz von Schäden ausgeschlossen seien (S. 11), sie vielmehr das Recht zur Nachbesserung gehabt habe (S. 17). Dieser Darlegung hat die Klägerin nicht widersprochen. Wenn bei dieser Entwicklung des Sach- und Streitstandes durch die Parteien das Berufungsgericht die von der Klägerin behauptete, nach wie vor zur Grundlage der Klage gemachte Vereinbarung vom 14. Januar 1953 nicht für bewiesen hielt, es aber von einer in der Frankfurter Besprechung am 19. Mai 1952 zustande gekommenen, den ursprünglichen Vertrag in einem entscheidenden Punkt abändernden Vereinbarung ausgehen wollte, so war der Vorsitzende gemäss § 139 ZPO verpflichtet, die Parteien auf die Ansicht des Gerichts hinzuwei-

sen und mit ihnen das Sach- und Streitverhältnis insoweit nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite hin zu erörtern. Hierzu bestand vor allem Anlass im Hinblick auf die erhebliche Tragweite eines Verzichts der Beklagten auf den sich aus ihren ALB ergebenden Schutz gegen die Inanspruchnahme auf Schadensersatz. Mit Recht rügt deshalb die Revision, dass die Beklagte durch eine nicht vorauszusehende Entscheidung des Berufungsgerichts überrascht worden sei. Sie trägt vor, die Beklagte hätte im Falle eines Hinweises des Vorsitzenden auf die Ansicht des Gerichts alle Teilnehmer der Frankfurter Besprechung als Zeugen dafür benannt, dass keiner der Beteiligten auch nur daran gedacht habe, ihr eine unbeschränkte Haftung für den Erfolg der in Aussicht genommenen Änderungen an der Anlage aufzubürden. Dieses Vorbringen ist schlüssig. Waren sich die Beteiligten darüber einig, dass das Ergebnis dieser Besprechung den von der Klägerin behaupteten Sinn nicht haben sollte, so kommt es für die Auslegung der Vereinbarung nicht so sehr auf den Wortlaut der anschliessend gewechselten Schreiben, sondern darauf an, was die Beteiligten unter den gegebenen Umständen übereinstimmend gewollt haben.

III.

Auch die Hilfsbegründung, die das Berufungsgericht seiner Entscheidung gegeben hat, hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1.) Das Berufungsgericht hat seine Ansicht, die Parteien hätten am 19. Mai 1952 einen Vergleich geschlossen, u.a. damit begründet, dass die Beklagte darin eine weitergehende Verpflichtung übernommen habe, als sie sich aus dem

ursprünglichen Vertrag im Hinblick auf ihre die Gewährleistung einschränkenden ALB ergeben hätte (S. 36). Demgegenüber hat es in der Hilfsbegründung ausgeführt, der Schadensersatzanspruch der Klägerin sei auch schon nach dem ursprünglichen Vertrag vom 30. März 1950 wegen Erfüllungsverweigerung der Beklagten zu bejahen und werde durch die ALB der Beklagten nicht ausgeschlossen. Auszugehen sei von der feststehenden Tatsache, dass das "Schlackenproblem" von der Beklagten zu vertreten sei. Bei dieser Sachlage wäre die Beklagte nach Misslingen von drei Probeversuchen auch auf Grund des Vertrages vom März 1950 und ihrer ALB nicht mehr zur Nachbesserung, genauer zu erneuten Erfüllungsversuchen durch Änderung der erstellten Anlage, berechtigt gewesen. Weder dem Gesetz noch den ALB (Ziff. VIII, 5) könne die Befugnis des Unternehmers entnommen werden, beliebig oft derartige Änderungen vorzunehmen. Inwieweit solche Erfüllungsversuche dem Besteller zuzumuten seien, richte sich nach Treu und Glauben. Dass die so zu ziehende Grenze nach dem Misslingen der Probeversuche im Dezember 1952 erreicht gewesen sei, bedürfe keiner weiteren Darlegung. Die sich hieraus ergebenden Folgen könne die Beklagte auch nicht auf Grund ihrer ALB abwenden. In diesen sei die Haftung des Unternehmers bei Leistungsstörungen wie Verzug, Mangelhaftigkeit der Leistung und Unmöglichkeit erwähnt, es seien auch jeweils die gegenüber der gesetzlichen Regelung beschränkten Ansprüche des Bestellers nach Voraussetzung und Inhalt festgelegt worden. Der Fall der positiven Vertragsverletzung sei in den ALB nicht aufgeführt. Die in Abschnitt IX, der von dem Recht des Bestellers auf Rücktritt oder Minderung handelt, unter Ziffer 6 enthaltene Klausel

"Alle anderen Ansprüche des Bestellers sind ausgeschlossen, insbesondere alle weitergehenden Ansprü-

che auf Wandlung oder Minderung sowie auf Ersatz von Schäden irgendwelcher Art, und zwar auch von solchem Schaden, der nicht an dem Gegenstand selbst entstanden ist"

besage nicht, dass jeder sich nicht aus den ALB selbst ergebende Anspruch des Bestellers ausgeschlossen sei. Die Klausel lasse sich zwanglos auch dahin verstehen, dass sich der Ausschluss jeder sonstigen Haftung nur auf die in den ALB kasuistisch aufgezählten Leistungsstörungen beziehe, dass aber Ansprüche des Bestellers aus einem in den ALB nicht aufgeführten Sachverhalt wie der Vertragsverletzung durch Leistungsverweigerung nicht ausgeschlossen seien. Diese Unklarheit gehe zu Lasten der Beklagten, die sich auf ihre ALB berufe. Somit wäre die Beklagte selbst dann, wenn sie nicht am 9. Mai 1952 die Gewähr für die einwandfreie Verbrennung der Kohle übernommen hätte, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der infolge der Weigerung, eine neue taugliche Anlage zu erstellen, entstanden sei.

2.) Aus den ALB der Beklagten geht hervor, dass sie für eine Reihe von Industrieverbänden gelten, die Dampfkessel, Gasbehälter, Feuerungsanlagen, Rohrleitungen u.a. herstellen. Ihr Wirkungskreis geht demnach über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus. Als typische Vertragsbedingungen stehen sie deshalb der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht offen (BGH in LM, Nr. 15 zu ZPO § 549).

3.) Das Berufungsgericht hat auf die "alle anderen Ansprüche des Bestellers"ausschliessende Bestimmung in IX, 6 der ALB abgestellt und ihr entnommen, dass darin der Fall der Vertragsverletzung durch Leistungsverweigerung nicht ausdrücklich geregelt sei. Gegen diese Auslegung der ALB wendet sich die Revision mit Recht.

16

Richtig ist zwar, dass Zweifel bei der Auslegung von Formularverträgen gegen die Vertragspartei zu entscheiden sind, die das Vertragsformular gewählt hat und sich klarer hätte ausdrücken können (BGHZ 5, 111). Ferner ist es in der Rechtsprechung seit langem anerkannt, dass Freizeichnungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen eng auszulegen sind und nicht auf Fälle angewandt werden dürfen, die nicht durch ihren Wortlaut gedeckt sind (z.B. RGZ 142, 353; RG JW 1938, 1594; BGH LM Nr. 1 zu Allg.Bed.f.d. Vkr. v. Kfz). Deshalb kann der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung, den die Beklagte aus ihren ALB herleitet, nur bei eindeutigen Wortlaut angenommen werden. Es ist auch nicht zu verkennen, dass die ALB der Beklagten an einer gewissen Unübersichtlichkeit leiden, die sich offenbar aus dem Bestreben der genannten Industrieverbände ergibt, möglichst viele denkbare Fälle zu erfassen und zu regeln. Dennoch sind sie insofern eindeutig, als bei Verzug des Lieferers dem Besteller entweder unter Ausschluss anderweitiger Entschädigungsansprüche wegen verspäteter Lieferung (IV, 4) nur ein der Höhe nach genau begrenzter Entschädigungsanspruch (IV, 3) zustehen oder er unter den in IX geregelten Voraussetzungen zum Rücktritt berechtigt sein soll. Sie besagen ferner eindeutig, dass der Besteller, wenn dem Lieferer die übernommene Leistung vor dem Übergang der Gefahr unmöglich wird, ohne Anspruch auf Schadensersatz vom Vertrag zurücktreten kann (IX, 1). Lässt der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Behebung eines von ihm zu vertretenden Mangels durch sein Verschulden fruchtlos verstreichen, so hat der Besteller ebenfalls ein Rücktrittsrecht (IX, 4), aber nur dieses, denn alle anderen Ansprüche des Bestellers, insbesondere auf Wandlung oder Minderung sowie auf Ersatz von Schäden irgendwelcher Art, auch von Schäden, die

nicht am Gegenstand selbst entstehen, sind ausgeschlossen (IX, 6). Schliesslich ist in VIII, 9 gesagt, dass die Bestimmungen über Lieferfrist und Haftung entsprechend gelten, wenn Nachbesserungsarbeiten oder Ersatzstücke mangelhaft sind.

4.) Die Klägerin hatte die von der Beklagten gelieferten Dampfkessel, soviel ersichtlich, noch nicht abgenommen. Die Beklagte hat, nachdem sich bei der zweiten probeweisen Inbetriebnahme der Anlage am 10. April 1952 herausgestellt hatte, dass die Schlackenbildung das Funktionieren der Anlage verhinderte, den ebenfalls vergeblichen Nachbesserungsversuch vom November/Dezember 1952 unternommen. Gereichte ihr das Misslingen zum Verschulden, so war damit der in IX, 4 ALB geregelte Tatbestand gegeben; denn die Beklagte hatte dann als Lieferer eine ihr gestellte Nachfrist für die Behebung eines von ihr zu vertretenden Mangels schuldhaft verstreichen lassen. Für diesen Fall sehen die ALB der Beklagten, wie bereits ausgeführt, für die Klägerin als Bestellerin nur das auch von dieser in ihrem Schreiben vom 24. Januar 1953 erwähnte Recht vor, vom Vertrag zurückzutreten. Ein Anspruch auf Neuherstellung des Werkes und ein hieraus abgeleiteter Schadensersatzanspruch, wie ihn die Klägerin mit der Klage geltend macht, stehen ihr nach den ALB nicht zu.

Sollte aber, wie die Revision meint, das Misslingen der Nachbesserung nicht auf einem Verschulden der Beklagten beruhen, so steht der Klägerin erst recht kein Anspruch auf Neuherstellung oder Schadensersatz zu. Das Vorbringen der Revision zu diesem Punkte bedarf deshalb keiner Erörterung; die Beklagte hat Gelegenheit, diese Ausführungen in der Tatsacheninstanz zu wiederholen.

5.) Die Frage, ob der Inhalt Allgemeiner Lieferungsbedingungen, namentlich darin enthaltener Freizeichnungsklauseln, gemessen an den Bestimmungen der §§ 138 und 242 BGB zulässig ist, kann nicht einheitlich beantwortet werden. Zwar darf bei der Auslegung solcher Geschäftsbedingungen im Hinblick auf deren Allgemeinverbindlichkeit nicht auf die besonderen Belange der gerade im Einzelfalle beteiligten Vertragspartner abgestellt werden. Ihrer inhaltlichen Ausgestaltung können aber unterschiedliche Grenzen gezogen sein, je nach dem, ob sie Rechtsbeziehungen zwischen auf gleicher wirtschaftlicher Stufe stehenden Vertragspartnern regeln sollen oder etwa solche zwischen der Industrie und dem Verbraucher. Dem verschieden starken sozialen oder wirtschaftlichen Schutzbedürfnis der in Frage kommenden Geschäftspartner darf insofern ebenso Rechnung getragen werden, wie dem zu liefernden Gegenstand (BGHZ 22, 90 und Fischer in BB 1957, 486). Danach ist auch die Frage zu beantworten, ob allgemeinen Geschäftsbedingungen oder einzelnen ihrer Bestimmungen auf Grund des § 138 oder des § 242 BGB die rechtliche Anerkennung grundsätzlich zu versagen ist. Bei Beachtung dieser Gesichtspunkte findet der Senat keinen hinreichenden Anlass, den Ausschluss von Ansprüchen auf Neuherstellung und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sowie die Beschränkung der Rechte des Bestellers auf das Rücktrittsrecht in den ALB der Beklagten als unzulässig zu erachten.

6.) Erweisen sich somit die ALB der Beklagten in dem hier in Betracht kommenden Umfang als wirksam, so ist damit doch nicht das Recht der Klägerin ausgeschlossen, der Berufung der Beklagten auf den sich aus ihren ALB ergebenden Ausschluss von Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ent-

gegen zu halten. Dass die Besonderheiten des hier zur Entscheidung stehenden Einzelfalles diesen Einwand rechtfertigen, müsste die Klägerin dartun. Ihr bisheriges Vorbringen reicht hierzu nicht aus.

7.) Ob die Klägerin wegen der vergeblichen Nachbesserungsversuche der Beklagten vom Vertrag zurücktreten durfte, ist gegenwärtig nicht zu entscheiden, denn die Klägerin hat keinen sich aus einem Rücktritt ergebenden Anspruch eingeklagt.

IV.

Da das angefochtene Urteil auf dem unter II behandelten Verfahrensverstoss beruht und auch die Hilfsbegründung es nicht trägt, war es aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann	Rietschel	Heimann-Trosien
Dr. Winkelmann	Erbel	