

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2087 069

VII ZR 40/63

URTEIL

Verkündet am
18. Februar 1965
Jodas,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma C. Aug. Sch[REDACTED] Söhne, Kommanditgesellschaft,
H[REDACTED], He[REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter
H. J[REDACTED] und Edgar F[REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W[REDACTED] Maschinenfabrik Hi[REDACTED] & Sohn,
Kommanditgesellschaft, G[REDACTED] bei H[REDACTED],
vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin
Firma Hi[REDACTED] GmbH, ebenda, diese vertreten durch ihren
Geschäftsführer Henry Wi[REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streithelferin der Klägerin:

Firma St[REDACTED]-Rollkupplung, Kommanditgesellschaft, Hei[REDACTED],
Pf[REDACTED]-Ku[REDACTED], vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter Landrat a.D. Julius P[REDACTED] in
R[REDACTED], Kl[REDACTED] Weg [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Februar 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 23. November 1962 wird zurückgewiesen; jedoch wird der Urteilsspruch dahin eingeschränkt, daß die Beklagte zur Zahlung verurteilt wird nur "Zug um Zug gegen Herausgabe der Portal-Platten-Bohrmaschine durch die Klägerin an die Beklagte".

Die Beklagte hat die Kosten der Revisionsinstanz einschließlich der Kosten der Streithelferin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1958 baute und lieferte die Klägerin für die Beklagte auf deren Bestellung eine neu entwickelte Portal-Platten-Bohrmaschine zum Preise von 98.648 DM. Die Bohrköpfe der Maschine waren Erzeugnisse der Streithelferin.

Die Beklagte zahlte am 5. Februar 1958 31.000 DM an, nachdem sie zur Sicherung ihres etwaigen Anspruchs auf Rück-

- 3 -

zahlung einen eigenen Wechsel der Klägerin über den gleichen Betrag erhalten hatte.

Am 23. Juni 1958 lieferte die Klägerin die Maschine ins Werk der Beklagten. In der Folge führte sie auf Beanstandung der Beklagten verschiedene Änderungen durch. Insbesondere ließ sie Anfang August 1958 die "St[REDACTED]-Spannfutter" der Bohrköpfe durch "Mo[REDACTED]-Spindeln" ersetzen.

Am 9. August 1958 übernahm die Beklagte die Anlage mit gewissen Einschränkungen. Am 11. August 1958 begann vereinbarungsgemäß die Garantiezeit zu laufen.

Am 9. September 1958 schrieb die Beklagte der Klägerin, in der Zwischenzeit habe sie so schwerwiegende Mängel festgestellt, daß sie ernsthafte Zweifel habe, ob die Klägerin überhaupt in der Lage sei, den Vertrag zu erfüllen; sie ziehe daher ihre "eingeschränkte Übernahme" zurück. Zugleich setzte sie der Klägerin Frist bis zum 1. Oktober 1958 für die vertragsgemäße Übergabe und kündigte an, sie werde auch bei befriedigender Vorführung an diesem Tage keine Abnahme der Maschine aussprechen, sondern eine mindestens 3-monatige Probezeit fordern. Bei fruchtlosen Fristablauf werde sie die Maschine zur Verfügung stellen und ihre Anzahlung zurückverlangen.

Am 20. September 1958 verstärkte die Klägerin die (von der Beklagten als zu schwach beanstandete) Klemmung und führte weitere Bohrversuche durch.



Am 6. Oktober 1958 stellte die Beklagte, unter Rüge verschiedener Mängel, der Klägerin die Maschine zur Verfügung und forderte von ihr deren Demontage und Abholung sowie Rückzahlung der 31.000 DM. In der Folge lehnte sie weitere Nachbesserungen der Klägerin und der Streithelferin ab und verbot deren Leuten den Zutritt zur Maschine.

Die Klägerin hat Klage erhoben auf Zahlung des restlichen Werklohns von 67.648 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat Widerklage erhoben auf Rückzahlung der angezahlten 31.000 DM nebst Zinsen sowie von 15,50 DM und 103,33 DM Wechselunkosten. Sie behauptet, die Maschine sei unbrauchbar. Nachbesserungsversuche seien mißlungen.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt. Sie bestreitet von ihr zu vertretende Mängel und beruft sich auf ihre Lieferungs- und Verkaufsbedingungen (LVB). Die Beklagte habe sie an einer etwa noch erforderlichen Nachbesserung gehindert, wozu sie nach wie vor bereit sei.

Das Landgericht hat zu Gunsten der Beklagten entschieden.

Nach Einlegung der Berufung hat die Klägerin im September 1960 - ohne Präjudiz für die Rechtslage und unter Vorbehalt aller Ansprüche - die Maschine auf Wunsch der Beklagten bei dieser abgeholt und in ihrem eigenen Werk gelagert.

Sie hat der Firma St[REDACTED]-Rollkupplung-KG den Streit verkündet. Diese ist dem Rechtsstreit beigetreten und hat sich den Anträgen der Klägerin angeschlossen.

Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und nach den Anträgen der Klägerin und der Streithelferin erkannt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag und ihre Widerklage weiter. Die Klägerin und die Streithelferin beantragen, die Revision zurückzuweisen, die Klägerin jedoch mit der Maßgabe, daß sie Verurteilung der Beklagten nur Zug um Zug gegen Herausgabe der Maschine fordert

Entscheidungsgründe:

- 1.) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache (§ 651 BGB). Davon gehen auch beide Parteien aus.
- 2.) Das Berufungsgericht stellt unter Würdigung der überreichten Schriftstücke fest, die Beklagte habe die gelieferte Maschine "am 9. August mit Wirkung vom 11. August 1958" im Sinne des § 640 BGB abgenommen.

Diese tatrichterliche Feststellung enthält keinen Rechtsfehler und bindet das Revisionsgericht. Insbesondere war das Berufungsgericht nicht wegen der "Einschränkungen" genötigt, eine Abnahme zu verneinen, wie die Revision irrig meint; denn die Abnahme bedeutet nicht die Billigung des Werks in allen Punkten, sondern nur in der Hauptsache (vgl. RGZ 107, 339, 343; 110, 404, 406; sowie die Urteile des Senats VII ZR 26/57 vom 7. November 1957 und VII ZR 22/59 vom 7. März 1960). Sie ist daher durchaus vereinbar mit dem gleichzeitigen Vorbehalt irgendwelcher Mängelansprüche, wie er in den Einschränkungen des Schreibens der Beklagten vom 14. August 1958 erfolgt ist.

Die von der Revision in diesem Zusammenhang weiter erhobenen Rügen sind nicht begründet:

a) Es kommt nicht darauf an, ob die Beklagte nach dem Inhalt des Bestätigungsschreibens der Klägerin vom 10. Januar 1958 Ende Juli 1958 berechtigt war, vom Vertrage zurückzutreten. Denn sie ist damals nicht zurückgetreten, sondern hat im Gegenteil die Maschine am 9. August 1958 abgenommen. Nach diesem Zeitpunkt ist gemäß der rechtsfehlerfreien Auslegung, die das Berufungsgericht dem Schreiben vom 10. Januar 1958 gibt, das dort vereinbarte Rücktrittsrecht der Beklagten nicht mehr zulässig.

Aus der im Brief der Beklagten vom 14. August 1958 enthaltenen Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 30. Juli 1958 brauchte das Berufungsgericht nicht zu folgern, sie wolle sich dieses Rücktrittsrecht auch über die Abnahme hinaus weiter vorbehalten. Es kann daher unerörtert bleiben, ob ein solcher Vorbehalt überhaupt eine rechtliche Wirkung hätte haben können.

b) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe die einmal erfolgte Abnahme später nicht wirksam "zurückziehen" können. Dem ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen.

In Betracht käme nur eine Anfechtung der Abnahme nach § 119 Abs. 2 BGB wegen Irrtums der Beklagten über Mängel des Werks, vorausgesetzt, daß man - abweichend vom Berufungsgericht - in der Abnahme überhaupt eine Willenserklärung oder eine einer Willenserklärung ähnliche Rechtshandlung erblicken könnte. Eine solche Anfechtung wäre aber jedenfalls deswegen nicht zulässig, weil sie unvereinbar wäre

mit dem System der Gewährleistungsansprüche beim Werkvertrag, wie sie das Gesetz in den §§ 633 ff BGB geregelt hat. Diese Sonderregelung schließt die Anwendung des § 119 BGB in solchen Fällen aus (Staudinger BGB 11. Aufl. § 633, 4 mit weiteren Nachweisen).

c) Das Berufungsgericht läßt dahinstehen, ob der Betriebsleiter I. der Beklagten von der Klägerin einen Geldbetrag erboten und erhalten habe und was gegebenenfalls der Anlaß hierfür gewesen sei.

Die Revision hält das für einen Verfahrensverstoß. Sie meint, die Klägerin dürfe sich nach § 242 BGB nicht auf eine etwaige Abnahme der Maschine durch die Beklagte berufen, weil sie Ende Juli 1958 an I. 850 DM Schmiergeld gezahlt habe und diese Beeinflussung I. für das Verhalten der Beklagten am 9. August 1958 ursächlich gewesen sei.

Die Rüge ist nicht begründet. Allerdings war am Schluß der Berufungsinstantz unstreitig, daß I. von der Klägerin am 31. Juli 1958 850 DM erhalten hat. Die Beklagte hat jedoch in den Tatsacheninstanzen bis zuletzt nicht behauptet, daß das ihr Verhalten am 9. August 1958, in welchem das Berufungsgericht eine Abnahme der Maschine gesehen hat, beeinflusst habe. In der Revisionsinstanz kann sie mit einer solchen neuen Behauptung nicht mehr gehört werden.

Fehlt es aber schon an einer entsprechenden Behauptung der Beklagten, so kommt es nicht mehr darauf an, ob die genannte Zahlung ein Schmiergeld war, ob sie I. zu Gunsten der Klägerin beeinflusst hat und ob die Klägerin gegebenenfalls die Beweislast dafür hätte, daß diese Zahlung für die Abnahme der

Maschine nicht ursächlich geworden wäre. Auch wenn die Beweislast hierfür, wie die Revision meint, bei der Klägerin liegt, hätte doch die Beklagte wenigstens behaupten müssen, daß die Zahlung der Klägerin an I. das Verhalten der Beklagten am 9. August 1958 beeinflußt habe.

Im übrigen weist die Klägerin in ihrer Revisionsbeantwortung mit Recht darauf hin, daß Lalla, wie sich aus den vorgelegten Schriftstücken und der Beweisaufnahme ergebe, stets gegen die Klägerin Stellung genommen habe.

3.) Die LVB der Klägerin, welche - wie das Berufungsgericht feststellt - insoweit Vertragsbestandteil geworden sind, gewähren dem Besteller ein Rücktrittsrecht, wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Behebung oder Besserung eines von ihm zu vertretenden Mangels im Sinne der Lieferungsbedingungen durch sein Verschulden fruchtlos verstreichen läßt, wobei die angemessene Nachfrist nicht eher beginnt, als dieser Mangel und die Vertretungspflicht des Lieferers anerkannt oder nachgewiesen sind. Der Lieferer kann die Beseitigung von Mängeln verweigern, solange der Besteller seine Verpflichtungen nicht erfüllt. Alle weitergehenden Ansprüche des Bestellers, insbesondere auf Wandlung, Kündigung oder Minderung, sowie auf Ersatz von Schäden irgendwelcher Art, auch von solchen, die nicht am Liefergegenstand entstanden sind, sind ausgeschlossen. (VII vor Nr. 1, Nr. 7, Nr. 9; VIII Nr. 4, Nr. 5 LVB).

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß diese Bestimmungen der LVB nicht gegen die guten Sitten verstießen und auch mit Treu und Glauben vereinbar seien. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen, wird auch von der Revision nicht mehr angegriffen.

Das Berufungsgericht stellt weiter fest, die Beklagte habe am 6. Oktober 1958 den Rücktritt gemäß VIII Nr. 4 LVB erklärt. Es verneint aber ein Rücktrittsrecht der Beklagten gemäß dieser Klausel wegen der behaupteten Mängel:

4) Auswechslung der Stieber-Spannfutter gegen Mo-
Spindeln:

Die Klägerin hatte die Maschine zunächst mit Mo-Spindeln angeboten. Die Beklagte hatte sie dann aber mit St-Spannfuttern bestellt, weil sie sich davon Vorteile versprach, nämlich erstens einen einfacheren und schnelleren Bohrerwechsel über dem Werkstück ohne Ausfahren des Portals bis zu einer Werkstückstärke und Bohrtiefe von 205 mm, und zweitens eine größere Bohrgenauigkeit mit einer seitlichen Toleranz von nur $\pm 0,1$ mm zwischen Bohrerein- und -austritt. Im Juli 1958 stellte sich heraus, daß beim Bohren die Bohrer schäfte, weil sie nicht ganz sauber und fettfrei waren, in den zylindrischen St-Spannfuttern rutschten, sich dadurch Grate bildeten und sie danach nur schwer aus den Spannfuttern zu lösen waren, so daß der Beklagten der Bohrerwechsel zu umständlich und zeitraubend erschien. In ihrem Einverständnis ließ daher die Klägerin Anfang August 1958 die St-Spannfutter von der Streithelferin durch Mo-Spindeln ersetzen. Wie die Beklagte damals wußte, hatte diese Änderung zur Folge, daß ein Bohrerwechsel ohne Ausfahren des Portals jetzt nur noch bei Werkstücken bis zu 185 mm Stärke durchführbar war, weil nämlich Mo-Spindeln länger sind als St-Spannfutter, und daß mit den Mo-Spindeln nur eine geringere Bohrgenauigkeit erzielt werden konnte als $\pm 0,1$ mm Toleranz.

aa) Angesichts dieses vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellten Sachverhalts kann die Beklagte wegen der seit der geschilderten Änderung bestehenden geringeren Leistungsfähigkeit der Maschine in den beiden obengenannten Punkten nicht vom Vertrage zurücktreten. Denn die geringere Leistungsfähigkeit beruht auf ihrem eigenen Änderungswunsch.

bb) Sie hat eine von der Klägerin angebotene erneute Änderung dahin, die Mo- -Spindeln wieder durch St- -Spannfutter zu ersetzen, abgelehnt.

cc) Auch Minderung kann die Beklagte wegen der durch die Änderung bedingten Minderleistung der Maschine nicht verlangen, selbst wenn man ihr darin folgen wollte, daß zu diesem Punkt der vertragliche Ausschluß des Minderungsrechts nicht gilt. Das Berufungsgericht stellt nämlich im Anschluß an das Gutachten Pa- - fest, St- -Spannfutter seien für die Maschine der Beklagten durchaus geeignet gewesen und die bei ihnen im Zusammenhang mit dem Bohrerwechsel aufgetretenen Schwierigkeiten hätten sich unschwer durch Sauberhalten der Bohrerschäfte und der Futter vermeiden lassen, wenn die Beklagte ihre Arbeiter an der Maschine entsprechend angeleitet hätte. Die bei St- -Spannfuttern gegenüber Mo- -Spindeln etwas längere Auswechselzeit der Bohrer sei im Verhältnis zur Länge des Bohrvorgangs insgesamt unerheblich.

Die Beklagte kann also nicht geltend machen, daß die mit St- -Spannfuttern ausgerüstete Maschine mangelhaft gewesen wäre und daß der von ihr gewünschte Umbau auf Mo- -Spindeln, der erst die obengenannte Minderleistung zur Folge hatte, zur Behebung von Mängeln der St- -Spannfutter erforderlich gewesen wäre.

b) Portalgeschwindigkeit:

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Portalgeschwindigkeit von 8 m/min. zu hoch und ein von der Klägerin zu vertretender Fehler war, weil dadurch angeblich ein genaues Einstellen des Bohrkopfs nicht möglich war.

Es verneint ein Rücktrittsrecht der Beklagten gemäß VIII Nr. 4 LVB auch für den Fall, daß man das unterstellt. Denn die Klägerin habe sofort, nachdem die Parteien im August 1958 die Herabsetzung der Portalgeschwindigkeit auf 1 m/min vereinbart hätten, bei der Demag das dafür erforderliche neue Getriebe bestellt. Dieses sei aber erst im September 1958 geliefert worden und habe von der Klägerin nicht mehr eingebaut werden können, weil die Beklagte ihr nach dem 6. Oktober 1958 den Zutritt zur Maschine verwehrte.

Die Revision verweist demgegenüber auf § 284 Abs. 2 BGB. Das geht fehl. Von einem Fixgeschäft kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Außerdem war die Beklagte nach VII Nr. 4 LVB verpflichtet, der Klägerin zu allen notwendig erscheinenden Ausbesserungen und Ersatzlieferungen die erforderliche Zeit und Gelegenheit zu geben.

Auch der Hinweis der Revision auf § 278 BGB geht fehl. Die D [REDACTED] als Zulieferer der Klägerin war nicht deren Erfüllungsgehilfe. Abgesehen davon hat die Beklagte auch über ein Verschulden der D [REDACTED] nichts vorgetragen.

Das Berufungsgericht kommt daher ohne Rechtsverstoß zu dem Ergebnis, ein Rücktrittsrecht der Beklagten wegen der hohen Portalgeschwindigkeit scheitere jedenfalls daran, daß

die Klägerin die von der Beklagten gesetzte Nachfrist zu dieser Nachbesserung nicht schuldhaft habe verstreichen lassen (VIII Nr. 4 LVB).

c) Abbrechen der Reibahlen. Nachlaufen der Bohreinheit. Unbrauchbarkeit der Bohrerführungsplatte:

Das Berufungsgericht verneint hierwegen ein Rücktrittsrecht der Beklagten, weil sie diese Mängel in ihrem Schreiben vom 9. September 1958 nicht aufgeführt, somit ihretwegen keine Nachfrist zur Nachbesserung gesetzt, auch am und nach dem 20. September 1958 insoweit keine Beanstandungen mehr erhoben habe.

Die Revision meint, die Beklagte habe auf diese Mängel am 9. September 1958 und später nicht mehr ausdrücklich hinzuweisen brauchen, weil sie der Klägerin damals ohnehin bekannt gewesen seien.

Dabei übersieht die Revision, daß die Parteien am 20. September 1958 eine neue Lage geschaffen haben. Wie das Berufungsgericht feststellt, vereinbarten sie an diesem Tage, nachdem die Klägerin die Klemmung an der Maschine verstärkt hatte, die Beklagte solle nun zunächst mit der Maschine einen Dauerversuch von einer Woche "fahren" und die sich dabei etwa zeigenden Mängel der Klägerin alsbald melden. Das konnte nur den Sinn haben, daß sie der Klägerin erneut Gelegenheit geben sollte, etwaige Mängel zu beheben, was bei sofortiger Meldung möglicherweise noch innerhalb der am 9. September 1958 gesetzten Nachfrist bis zum 1. Oktober 1958 hätte geschehen können. Bei dieser Sachlage konnte die Klägerin darauf vertrauen, daß die Beklagte auch bereits früher aufgetretene Mängel, wenn sie sich bei dem Dauerversuch nach dem 20. Sep-

tember 1958 wieder zeigten, erneut melden würde. Die Klägerin durfte somit nach dem 20. September 1958 zunächst etwaige Beanstandungen der Beklagten abwarten, ehe sie weitere Nachbesserungen unternahm. Unstreitig hat die Beklagte, entgegen der am 20. September 1958 getroffenen Abrede, in der Zeit danach bis zu ihrer Rücktrittserklärung am 6. Oktober 1958 keine Mängel mehr gerügt. Dann kann sie sich aber nicht darauf berufen, daß die Klägerin die ihr am 9. September 1958 bis zum 1. Oktober 1958 gesetzte Frist zur Nachbesserung fruchtlos habe verstreichen lassen. Denn die Beklagte selbst hat durch das Unterlassen weiterer Rügen die Untätigkeit der Klägerin veranlaßt.

d) Lagerspiel der Bohrkopfspindeln. Erhitzung der Magnete. Auslaufen von Öl:

Das Berufungsgericht hat nicht feststellen können, daß das Lagerspiel und die Erhitzung der Magnete Mängel der Maschine seien. Es hält nicht für bewiesen, daß nach der Nachbesserung durch die Klägerin noch Öl ausgelaufen sei.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen, werden auch von der Revision nicht angegriffen.

e) Lautes Geräusch beim Linkslauf der Maschine:

Dieser Mangel sollte nach der Feststellung des Berufungsgerichts vereinbarungsgemäß durch Auswechseln eines Räderpaares beseitigt werden. Dazu ist es nicht mehr gekommen, weil die Beklagte der Klägerin nach dem 6. Oktober 1958 den Zutritt zur Maschine verwehrte und jede Änderung an ihr verbot.

Eine schuldhafte Verzögerung der Nachbesserung über eine gesetzte Nachfrist hinaus, was VIII Nr. 4 LVB als Rücktrittsvoraussetzung fordert, ist der Klägerin demnach auch insoweit nicht nachzuweisen, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen hat.

f) Versagen der Elektroautomatik:

Dieser vom Sachverständigen Patscher festgestellte Mangel war dem Berufungsurteil zufolge am 1. oder 6. Oktober 1958 noch nicht vorhanden. Er ist erst danach, vermutlich infolge des langen Stehens der Maschine im Werk der Beklagten, aufgetreten. Als Grund für deren Rücktritt scheidet er daher aus.

Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht der Auffassung, die Beklagte könne diesen Rücktrittsgrund auch nicht "nach-schieben"; denn sie hätte der Klägerin nach VIII Nr. 4 LVB zunächst Gelegenheit zur Nachbesserung dieses Mangels geben müssen.

4.) Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen Verletzung der Nachbesserungspflicht der Klägerin (vgl. dazu die Urteile des Senats IM Nr. 4 zu § 635 EGB und VII ZR 135/63 vom 6. Juli 1964). Im vorliegenden Fall könne nämlich von einer "mißlungenen" Nachbesserung nicht gesprochen werden. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Aus demselben Grunde kommt auch ein Rücktrittsrecht der Beklagten wegen mißlungener Nachbesserung nicht in Betracht.

Da es sich um die Neukonstruktion einer komplizierten Maschine handelte, bei der unvermeidlich sog. "Kinderkrankheiten" aufzutreten pflegen, mußte die Beklagte der Klägerin ausreichend Zeit für Nachbesserungen lassen. Nach den Feststellungen des

Berufungsgerichts hat sie zu früh die Geduld verloren.

5.) Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte die Beklagte zur Zahlung des restlichen Werklohns nur Zug um Zug gegen Nachbesserung der Maschine verurteilen dürfen. Das trifft nicht zu.

Nach III Nr. 4 LVB ist die Aufrechnung und die Zurückhaltung von Zahlungen wegen etwaiger vom Lieferer bestrittener Gegenansprüche des Bestellers nicht statthaft. Das bezieht sich auch auf Nachbesserungsansprüche des Bestellers, jedenfalls dann, wenn sie - wie hier - bei Erlaß des Berufungsurteils noch nicht entscheidungsreif waren (vgl. BGH NJW 1958, 419; LM Nr. 10 zu "Allg. Geschäftsbedingungen").

Unstreitig war hier lediglich, daß die Klägerin der Beklagten auf deren Wunsch zugesagt hatte, die Portalgeschwindigkeit herabzusetzen. Die Beklagte kann ihre Zahlung aber auch nicht von dieser Änderung der Maschine abhängig machen. Denn sie hat es unstreitig nach dem 6. Oktober 1958 endgültig abgelehnt, diese Änderung von der Klägerin durchführen zu lassen. Unter diesen Umständen kann sie hieraus kein Zurückbehaltungsrecht mehr herleiten.

6.) Da die Klägerin Zahlung nur noch Zug um Zug gegen Herausgabe der Maschine fordert, ist die vom Berufungsgericht ausgesprochene Verurteilung entsprechend einzuschränken.

7.) Der auf § 717 Abs. 3 ZPO gestützte Antrag der Beklagten ist gegenstandslos, da sie zur Zahlung verurteilt und ihre Widerklage abgewiesen bleibt.

8.) Sie ist, abgesehen von der untergeordneten Frage der Zug-um-Zug-Leistung, mit ihrer Revision unterlegen. Das rechtfertigt es, ihr die gesamten Kosten der Revisionsinstanz, einschließlich der Kosten der Streithelferin, aufzuerlegen (§§ 97, 92 Abs. 2, 101 Abs. 1 ZPO), umso mehr als die Klägerin sich nie geweigert hat, der Beklagten die Maschine Zug um Zug gegen Zahlung ihres restlichen Werklohnes herauszugeben.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke