

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
Veröffentlichung: ja

BGB §§ 651, 633, 634, 635, 242 Cđ; Allg. Geschäftsbedingungen

Hat beim Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache der Lieferer in seinen Allgemeinen Lieferungsbedingungen, unter Ausschluß aller sonstigen Gewährleistungsansprüche des Bestellers, diesen auf ein Nachbesserungsrecht beschränkt und außerdem bei Verletzung der Nachbesserungspflicht Schadensersatzansprüche des Bestellers ausgeschlossen und ihm für solchen Fall lediglich ein Rücktrittsrecht eingeräumt, so verstößt der Lieferer gegen Treu und Glauben, wenn er sich gegenüber dem Nachbesserungsverlangen des Bestellers auf eine weitere Klausel der Allgemeinen Lieferungsbedingungen beruft, wonach er nicht nachzubessern braucht, solange der Besteller seine Vertrags-, insbesondere Zahlungspflichten nicht erfüllt hat. Das gilt auch, solange im Prozeß nicht geklärt ist, ob die vom Besteller behaupteten Mängel bestehen und der von ihm deswegen erklärte Rücktritt begründet ist.

BGH, Urt. v. 18. September 1967 - VII ZR 52/65 - OLG Düsseldorf
IG Wuppertal

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 52/65

URTEIL

Verkündet am

18. September 1967
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der I [REDACTED] H [REDACTED] N.V.
"I [REDACTED]", B [REDACTED] (Holland), R [REDACTED] weg [REDACTED],
vertreten durch ihren Direktor, Ingenieur Johannes Jan
Frederik Willem I [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma A [REDACTED] Maschinenfabrik GmbH., W [REDACTED]
[REDACTED], L [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch die Ge-
schäftsführerin Frau Elfriede M [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 13. Januar 1965 wird zurückgewiesen, soweit die Beklagte zur Zahlung von 14.189 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Beklagte hat die Hälfte der Kosten der Revision zu tragen; die Entscheidung über die andere Hälfte wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch zwei Schreiben vom 28. Juni 1961 erteilte die Beklagte der Klägerin gemäß deren Angeboten Aufträge zur Anfertigung und Lieferung eines Gurtbandförderers sowie der mechanischen Teile eines Stahlzollenbandes. Alle bestellten Sachen sollten Bestandteil einer Verladeeinrichtung werden, welche die Beklagte für eine holländische



Firma zu fertigen und liefern übernommen hatte und mit welcher große Steinbrocken zur Herstellung von Hafentrollen aus Eisenbahnwaggons in Schiffe umgeladen werden sollten.

Die Klägerin bestätigte die Aufträge mit Schreiben vom 4. und 13. Juli 1961 zu ihren "Allgemeinen Bedingungen für Lieferung von Hebezeugen, Fördermittel und ähnlichen Maschinen und Ersatzteilen" (ALB). Darin ist die Haftung für Mängel der Lieferung unter Ausschuß weiterer Ansprüche auf ein Nachbesserungsrecht des Bestellers beschränkt (Abschnitt F 1). Weiter heißt es in den Bedingungen:

B 3. "Die Zurückhaltung von Zahlungen wegen irgendwelcher vom Lieferer nicht anerkannter Gegenansprüche des Bestellers ist nicht statthaft, ebensowenig die Aufrechnung mit solchen."

F 2. "Voraussetzung der Haftung (für Mängel) ist die Erfüllung der dem Besteller obliegenden Vertragsverpflichtungen, insbesondere der vereinbarten Zahlungsbedingungen."

G 2. "Der Besteller kann ferner zurücktreten, wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Behebung oder Besserung eines von ihm zu vertretenden, anerkannten oder nachgewiesenen Mangels im Sinne der Lieferungsbedingungen fruchtlos hat verstreichen lassen."

G 5. "Weitere Ansprüche des Bestellers sind ausgeschlossen."

Im Oktober und November 1961 lieferte die Klägerin die von der Beklagten bestellten Sachen. Mit zwei Schreiben vom 15. Dezember 1961 erhob die Beklagte Mängelrügen. Die Klägerin besserte darauf die zu schwachen Tragerollen kostenlos nach.

Mit der Klage hat sie von der Beklagten Zahlung restlicher Vergütung von 29.442,40 DM nebst Zinsen gefordert.

Die Beklagte hat sich darauf berufen, die Klägerin habe mangelhaft geliefert. Die Beklagte hat deshalb wegen des Gurtbandförderers die Wandelung erklärt und wegen der Teile des Stahlzellenbandes Minderung verlangt. Sie hat ferner mit Gegenforderungen aufgerechnet, die sie in Höhe von rund 11.500 hfl daraus hergeleitet hat, daß sie Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln gehabt habe.

Die Klägerin hat bestritten, daß nach der von ihr durchgeführten Nachbesserung noch Mängel vorhanden seien. Sie hat sich auf die Gewährleistungsbeschränkungen ihrer Lieferungsbedingungen bezogen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. In der Berufungsinstanz haben die Parteien den Rechtsstreit in Höhe von 1.880,92 DM in der Hauptsache für erledigt erklärt und insoweit nur noch gegensätzliche Kostenanträge gestellt.

Das Oberlandesgericht hat, soweit der Rechtsstreit nicht in der Hauptsache erledigt ist, die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Es hat alle Kosten des Berufungsverfahrens, auch soweit sie den erledigten Teil betreffen, der Beklagten auferlegt.

Gegen dieses Urteil, jedoch nicht, soweit über die Kosten des erledigten Teils entschieden ist, richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Ziele der Klagabweisung. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht unterstellt, daß eine Behebung der Mängel unmöglich oder von der Klägerin verweigert oder ungebührlich verzögert worden sei, damit also auch, daß Mängel vorhanden seien. Von diesen wahlweise unterstellten verschiedenen Möglichkeiten muß auch in der Revisionsinstanz ausgegangen werden.

1.) Das Berufungsgericht meint, die nach den ALB ausgeschlossenen und durch ein Nachbesserungsrecht ersetzten Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz wären in den von ihm unterstellten Fällen "wiederaufgelebt". Es stützt sich für seine Meinung auf das Urteil des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs NJW 1958, 419.

Dabei übersieht es, daß jenes Urteil einen Kauf betraf, während es sich hier nach dem vom Berufungsgericht festgestellten, auch unstreitigen Sachverhalt um zwei Werklieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen handelt (§ 651 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB), für welche die Rechtslage teilweise anders ist als beim Kauf.

Nach Werkvertragsrecht gibt es in den vom Berufungsgericht unterstellten Fällen kein Wiederaufleben der "ursprünglichen" Gewährleistungsansprüche. Denn beim Werkvertrag kann der Besteller schon nach dem Gesetz regelmäßig zunächst nur die Nachbesserung verlangen (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB), während die Gewährleistungsansprüche der §§ 634 und 635 BGB, also Wandlung, Minderung und Schadensersatz, erst in Betracht kommen, wenn der Lieferer der Pflicht zur Nachbesserung 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 Unternehmer die Nachbesserung nicht ordnungsmäßig durchführt. Eine Auslegung dahin, daß der Besteller alsdann doch auf die Rechte aus den §§ 634 und 635 BGB zurückgreifen dürfte, würde also die Bestimmung, welche die Gewährleistung beim Werkvertrag unter Ausschluß weitergehender Ansprüche auf ein Nachbesserungsrecht begrenzt, inhalts- und geradezu sinnlos machen. In solchen Fällen bestehen jedoch, falls nichts anderes vereinbart ist, Schadensersatzansprüche des Bestellers wegen schuldhafter Verletzung der Nachbesserungspflicht; er ist also nicht schutzlos. (Vgl. die Entscheidungen des Senats VII ZR 277/56 vom 9. Mai 1957 und VII ZR 181/58 vom 18. Juni 1959 = LM Nr. 4 zu § 635 BGB).

Hier sind allerdings, was das Berufungsgericht ebenfalls übersehen hat, durch G 2 und G 5 ALB Schadensersatzansprüche des Bestellers wegen Verletzung der Nachbesserungspflicht ebenfalls ausgeschlossen und durch ein Rücktrittsrecht des Bestellers ersetzt worden. Eine solche Bestimmung in Allgemeinen Lieferungsbedingungen ist im allgemeinen zulässig (vgl. die Urteile des Senats NJW 1963, 1148; VII ZR 135/63 vom 6. Juli 1964 und VII ZR 164/64 vom 17. Oktober 1966). Besondere Umstände, welche Anlaß geben könnten, im vorliegenden Fall die Berufung der Klägerin auf diese Klausel als gegen Treu und Glauben verstoßend anzusehen, sind nicht ersichtlich.

2.) Die Beklagte hat gegenüber der Forderung auf Bezahlung der Gurtförderanlage die Einrede der Wandlung erhoben (§§ 639, 478 BGB). Darin kann eine Rücktrittser-

klärung gemäß G 2 ALB liegen. Das hat das Berufungsgericht bisher nicht geprüft.

Es meint, die Beklagte könne sich nach B 3 und F 2 ALB gegenüber dem Zahlungsanspruch der Klägerin nicht auf etwaige Gewährleistungsansprüche berufen, sondern müsse zunächst einmal zahlen. B 3 verweise sie wegen ihrer Gegenansprüche auf die Erhebung einer Widerklage oder einer neuen Klage. Nach F 2 habe sie keine Ansprüche wegen Mängeln, solange sie ihre Verpflichtungen zur Kaufpreiszahlung nicht voll erfüllt habe.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum:

a) Ist, was das Berufungsgericht als möglich unterstellt, eine Nachbesserung hier überhaupt nicht durchführbar (Fehlkonstruktion), so kann die Beklagte zurücktreten, Denn sie kann bei Unmöglichkeit der Nachbesserung nicht schlechter gestellt sein, als sie es bei Verzug der Klägerin mit ihrer Nachbesserungspflicht sein würde. Im letzteren Falle aber hat der Besteller nach G 2 ALB ein Rücktrittsrecht, wenn der Lieferer eine ihm gesetzte angemessene Nachfrist zur Mängelbeseitigung fruchtlos hat verstreichen lassen.

Die Klauseln B 3 und F 2 ALB, auf welche sich die Klägerin beruft, schließen das Rücktrittsrecht des Bestellers im Falle einer nicht nachbesserungsfähigen Fehlkonstruktion nicht aus. B 3 handelt von Zurückbehaltungsrechten des Bestellers und von seiner Aufrechnung. Der Rücktritt des Bestellers ist keines von beiden. Mit ihm entzieht der Besteller dem Zahlungsanspruch des Lieferers die vertragliche Grundlage. Er macht also mit der Rück-

trittserklärung weder ein Zurückbehaltungsrecht geltend, noch rechnet er auf. F 2 handelt nur von der Nachbesserungspflicht des Unternehmers, setzt also die Nachbesserungsfähigkeit des Werks voraus. Im Abschnitt G der ALB, welcher vom Rücktritt handelt, findet sich keine Bestimmung, wonach der Rücktritt des Bestellers ausgeschlossen wäre, solange streitig und ungeklärt ist, ob eine Fehlkonstruktion vorliegt oder nicht.

b) Anders ist die Rechtslage, wenn, was nach dem Berufungsurteil hier ebenfalls möglich ist, die Nachbesserung zwar durchführbar ist, aber vom Unternehmer verweigert wird, weil er bestreitet, daß das Werk Mängel hat, und weil er sich auf die in B 3 und F 2 ALB bestimmte Vorleistungspflicht des Bestellers beruft. In einem solchen Falle reicht die oben zu a) gegebene Begründung nicht aus, um zur Aufhebung des Berufungsurteils zu gelangen. Denn nach G 2 ALB ist Voraussetzung für das Rücktrittsrecht des Bestellers ein Verzug des Unternehmers mit seiner Nachbesserungspflicht. Ein solcher Verzug läge aber nicht vor, wenn der Unternehmer, wie F 2 ALB das vorsieht, berechtigt wäre, die Nachbesserung zu verweigern, solange der Besteller seine Zahlungspflichten nicht erfüllt und vorgeleistet hat.

aa) Der Berufung der Klägerin auf F 2 ALB ist jedoch nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Wirksamkeit zu versagen; sie stellt eine unzulässige Rechtsausübung dar (dazu vgl. BGHZ 22, 90, 96 ff). Die Klägerin hat in ihren ALB ihre Gewährleistung für Mängel sehr stark eingeengt. Sie hat den Besteller, unter Ausschluß aller weiteren Rechte auf ein Nachbesserungsrecht begrenzten Umfangs beschränkt. Sie hat darüber hinaus im Falle der Verletzung ihrer Nachbesserungspflicht auch die dem Be-

steller an sich deswegen zustehenden Schadensersatzansprüche ausgeschlossen und dem Besteller statt dessen nur das weit schwächere Rücktrittsrecht gemäß G 2 ALB eingeräumt. Angesichts einer so starken Beschneidung der Rechte des Bestellers wegen Mängeln der Sache erscheint es bei verständiger Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nicht mehr mit Treu und Glauben vereinbar, dem Unternehmer darüber hinaus auch noch die Berufung auf die weitere Bestimmung F 2 seiner ALB zu gestatten, durch welche der Besteller schlachthin vorleistungspflichtig gemacht werden soll, auch wenn er sich auf Mangelhaftigkeit des Werks beruft.

bb; Der Senat verkennt nicht, daß es Fälle gibt, in denen ein zahlungsschwacher oder -säumiger Schuldner Mängel nur vorschützt, um sich seiner Zahlungspflicht zu entziehen oder sie hinauszuzögern, und daß daraus dem Unternehmer erhebliche Risiken erwachsen können. Daß ein solcher Fall hier vorläge, ist nicht ersichtlich. Andererseits kann es aber auch für den Besteller mit Gefahren verbunden sein, wenn er den Preis für das gelieferte Werk zahlen muß, bevor geklärt ist, ob das Werk Fehler hat und ob der Unternehmer sie beseitigen wird. Angesichts dieser beiderseitigen Interessenlage ist nach der Überzeugung des Senats in Fällen, in denen der Unternehmer die Gewährleistungsrechte des Bestellers schon so weitgehend beschnitten hat, wie das hier der Fall ist, eine zusätzliche Belastung des Bestellers durch die Auferlegung einer unbeschränkten Vorleistungspflicht nicht statthaft. In diesem Punkte ist dann vielmehr den berechtigten Interessen des Bestellers der Vorrang zu geben.

cc; Damit hält der Senat an seiner Auffassung fest, die er bereits in seinen Urteilen VII ZR 277/56 vom 9. Mai

1957 (S. 19 ff) und VII ZR 181/58 vom 18. Juni 1959 (S. 15 ff) - insoweit in IM Nr. 4 zu § 635 BGB nicht abgedruckt - zu inhaltlich ähnlichen Klauseln Allgemeiner Lieferungsbedingungen, wie sie hier in B 3 und F 2 ALB niedergelegt sind, vertreten hat. Auch in jenen Entscheidungen hat er der Berufung des Unternehmers auf eine in den Allgemeinen Bedingungen angeordnete Vorleistungspflicht des Bestellers nach Treu und Glauben die Wirksamkeit versagt. Sinngemäß ist dort ausgeführt: Wenn und solange der Lieferer mit seiner Nachbesserungspflicht in Verzug ist, darf der Besteller seine Gegenleistung zurückhalten. Der Unternehmer kann sich demgegenüber nicht darauf berufen, daß er das Recht habe, die Nachbesserung zu verweigern, solange der Besteller nicht zahle; denn das würde eine unzulässige Rechtsausübung sein. Es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn der Lieferer angesichts der weitgehenden Sicherung seiner Rechte durch seine Lieferungsbedingungen trotz Verletzung seiner eigenen Nachbesserungspflicht von dem Besteller die Bezahlung einer fehlerhaften Lieferung fordern könnte.

dd) In der gleichen Richtung weist das Urteil des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs IM Nr. 20 zu § 387 BGB. Dort ist ausgeführt, dem in den Allgemeinen Bankgeschäftsbedingungen enthaltenen Aufrechnungsverbot stehe im gegebenen Fall der Einwand mißbräuchlicher Rechtsausübung entgegen, da die von dem Bankkunden zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aus demselben einheitlichen, gegenseitige Pflichten erzeugenden Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Kunden herrühre, wie dessen Bankschuld. Unter diesen Umständen würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn es einem Vertragsteil verwehrt sein sollte, etwaige Schadensersatzansprüche zur Aufrechnung zu stellen, die auf einer schuldhaften Verletzung der aus

diesem einheitlichen Vertragsverhältnis entspringenden Pflichten des anderen Vertragsteils beruhen.

Diese Ausführungen treffen auch auf den hier zu entscheidenden Fall zu.

ee) Das Urteil des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs NJW 1958, 419, auf welches sich das Berufungsurteil stützt, steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Einmal handelte es sich dort um einen Kauf und nicht um einen Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen. Vor allem waren dort die ursprünglichen Gewährleistungsansprüche "wiederaufgelebt", die Rechte des Käufers also bei weitem nicht so stark eingeengt, wie das nach dem oben Gesagten hier der Fall ist.

ff) Nach alledem gilt im vorliegenden Fall folgender Rechtssatz: Hat beim Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache der Lieferer in seinen Allgemeinen Lieferungsbedingungen, unter Ausschluß aller sonstiger Gewährleistungsansprüche des Bestellers, diesen auf ein Nachbesserungsrecht beschränkt und außerdem bei Verletzung der Nachbesserungspflicht Schadensersatzansprüche des Bestellers ausgeschlossen und ihm für einen solchen Fall lediglich ein Rücktrittsrecht eingeräumt, so verstößt der Lieferer gegen Treu und Glauben, wenn er sich gegenüber dem Nachbesserungsverlangen des Bestellers auf eine weitere Klausel der Allgemeinen Lieferungsbedingungen beruft, wonach er nicht nachzubessern braucht, solange der Besteller seine Vertrags-, insbesondere Zahlungspflichten, nicht erfüllt hat.

gg) Das muß auch gelten, solange im Prozeß nicht geklärt ist, ob die vom Besteller behaupteten Mängel bestehen und der von ihm deswegen erklärte Rücktritt begründet ist. Das Berufungsgericht durfte also diese Fragen nicht offen lassen mit der Begründung, die Beklagte sei nach B 3 und F 2 auf jeden Fall vorleistungspflichtig, sondern es hätte, bevor es die Beklagte verurteilte, über die Mängel den angebotenen Beweis erheben müssen. Das Berufungsurteil kann daher insoweit keinen Bestand haben, und die Sache muß zur weiteren Aufklärung in diesem Punkt an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

3.) Die Revision hat dagegen keinen Erfolg, soweit es sich um den Anspruch auf Bezahlung der mechanischen Teile des Stahlzellenbandes handelt.

Diesem Anspruch gegenüber hat die Beklagte die Einrede der Minderung erhoben (§§ 639, 478 BGB). Sie will jetzt nur noch mindern um die Beträge, die sie in Höhe von 540 hfl für die Ersatzbeschaffung von 10 Laufrollen aufgewendet hat, welche infolge Abbrechens der Spurkränze schadhaft geworden sind. Dabei ist streitig, welche Partei für das Abbrechen der Spurkränze verantwortlich ist, ob das Abbrechen auf Mängeln der gelieferten Sachen beruht oder auf Bedienungsfehlern.

a) Ein Rücktritt kann in dem Minderungsverlangen nicht gesehen werden; denn die Beklagte will die Teile des Stahlzellenbandes ja gerade nicht zurückgeben, sondern behalten. Da sie somit von dem ihr nach G 2 ALB allein eingeräumten Rücktrittsrecht keinen Gebrauch gemacht hat und da weitergehende Ansprüche, auch der Minderungsanspruch, ausgeschlossen sind, muß die Beklagte

den in der Zahlung der 540 hfl liegenden Nachteil in Kauf nehmen und kann diesen nicht auf die Klägerin abwälzen. Nach den ALB war sie vor die Wahl gestellt, die Teile zurückzugeben (Rücktritt) oder sie zu behalten, ohne mindern zu können. Sie hat die letztere Möglichkeit gewählt und muß dann auch den damit verbundenen Nachteil tragen.

b) Daß die Beklagte im vorliegenden Falle aus zwingenden Gründen gehalten gewesen wäre, vom Rücktritt abzusehen, etwa um einen hohen drohenden Schaden von sich abzuwenden, und daher praktisch keine Entscheidungsfreiheit gehabt hätte, ist nicht dargetan. Umstände, unter denen auch der Berufung der Klägerin auf G 2 ALB der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegengesetzt werden könnte, sind somit nicht ersichtlich.

4.) Die Beklagte kann dem Klageanspruch nicht entgegenhalten, daß sie unter Aufwendung von 8.216,73 hfl vergebliche Versuche unternommen habe, Mängel an der Gurtförderanlage selbst zu beseitigen.

Auch ein Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten des Bestellers ist durch die ALB ausgeschlossen. Nach den gegebenen Umständen ist nicht ersichtlich, daß die Berufung darauf etwa als Verstoß gegen Treu und Glauben anzusehen wäre.

Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten kann sie den Betrag auch nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Ersatzes von Verwendungen beim Rücktritt fordern (vgl. dazu §§ 347, 994 Abs. 2, 683, 670 BGB). Kosten fehlgeschlagener Nachbesserungsversuche können keine notwendigen Verwendungen sein.

5.) Die Forderung der Klägerin aus der Rechnung vom 18. Januar 1962 in Höhe von 1.165,05 DM hatte die Beklagte mit der Begründung bestritten, es handele sich um Teile, welche die Klägerin im Rahmen ihrer Nachbesserungspflicht kostenlos zu liefern gehabt habe. Die ursprünglichen Teile seien unbrauchbar geworden, weil die Klägerin sie nicht für die vereinbarte Tragkraft von 1.000 kg "ausgelegt" habe.

Wie das Berufungsgericht ausführt, hatte die Klägerin in ihrem Brief an die Beklagte vom 27. Dezember 1961 den kostenlosen Ersatz dieser Teile mit der Begründung abgelehnt, die Beschädigungen beruhten auf unsachgemäßer Behandlung der Anlage. Sie hatte am 2. Januar 1962 die Ersatzteile geliefert, die Beklagte hatte sie angenommen und die Klägerin hatte sie der Beklagten am 18. Januar 1962 in Rechnung gestellt.

Das Berufungsgericht entnimmt diesem Sachverhalt in tatrichterlicher Würdigung, es wäre mit Rücksicht auf die bestehenden vertraglichen Beziehungen der Parteien zu erwarten gewesen, daß die Beklagte der Klägerin gegenüber eine Ablehnung zum Ausdruck gebracht hätte, die Beklagte müsse daher ihr Schweigen gegen sich gelten lassen und könne nicht mehr damit gehört werden, es handele sich um kostenlosen Ersatz.

a) Zu diesen Ausführungen des Berufungsgerichts schweigt die Revisionsbegründung. Die Revision ist trotzdem insoweit nicht unzulässig. Denn die Ausführungen der Revisionsbegründung über die Zulässigkeit der Aufrechnung mit Gegenforderungen (vgl. oben Ziff. 3 und 4) beziehen sich auch auf die Forderung aus der Rechnung vom 18. Januar 1962; es fehlt also insoweit nicht an einer Revisionsbegründung (§ 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO).

b) Es kann dahinstehen, ob die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Bedeutung eines Schweigens der Beklagten einer rechtlichen Nachprüfung standhalten würden. Im Ergebnis ist die Auffassung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen deswegen nicht zu beanstanden, weil die Beklagte nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt hier mehr getan hat, als nur zu schweigen. Sie hat nämlich die ihr am 2. Januar 1962 von der Klägerin gelieferten Ersatzteile widerspruchslos angenommen, obwohl sie damals wußte, daß die Klägerin diese Teile nur gegen Bezahlung liefern wollte. Diesem Verhalten der Beklagten durfte das Berufungsgericht ihre Einverständniserklärung durch schlüssiges Verhalten zu einer entgeltlichen Lieferung entnehmen.

c) Die Beklagte hat nicht behauptet, daß die am 2. Januar 1962 gelieferten Ersatzteile fehlerhaft wären.

d) Trotzdem kann das Urteil auch in diesem Punkt keinen Bestand haben. Möglicherweise war nämlich die Gurtförderanlage, für welche diese Ersatzteile bestimmt waren, fehlerhaft. Dann war die Klägerin hierfür nachbesserungspflichtig. Die Beklagte ist dann in den vom Berufungsgericht unterstellten Fällen gemäß G 2 ALB mit Recht zurückgetreten. Bei solcher Sachlage würde es möglicherweise Treu und Glauben widersprechen, wenn die Klägerin die Beklagte an einem Einverständnis zu entgeltlicher Lieferung der Ersatzteile festhalten wollte. Denn die Beklagte könnte dem entgegenhalten, daß die Klägerin dieses (der Beklagten) Einverständnis mit der unrichtigen Behauptung erwirkt habe, die Anlage sei nicht mangelhaft, die aufgetretenen Schäden beruhten

auf Bedienungsfehlern. Diese Frage wird das Berufungsgericht noch zu prüfen haben.

6.) Nach alledem kann das angefochtene Urteil nur insoweit Bestand haben, als mit der Klage die Bezahlung der mechanischen Teile für das Stahlzellenband gefordert wird. Das ist ausweislich der Klagschrift in Verbindung mit der Rechnung der Klägerin vom 10. November 1961 in Höhe von 14.189 DM nebst Zinsen der Fall.

Die Revision meint, die Klageforderung sei insoweit noch nicht fällig, da gemäß der Auftragsbestätigung vom 13. Juli 1961 der Rest erst "nach Probelauf", worunter die Revision einen einwandfreien Probelauf versteht, zu zahlen sei.

Die Revision übersieht, daß die Beklagte in den Tatsacheninstanzen bezüglich des Stahlzellenbandes nur Ansprüche auf Minderung in Höhe eigener Aufwendungen zur Nachbesserung geltend gemacht hat, die ihr nach dem oben Gesagten nicht zustehen.

Eine Nachbesserung durch die Klägerin, wofür allein ein Probelauf von Bedeutung sein könnte, kommt somit nicht mehr in Betracht. Dann kann die Beklagte gegenüber dem Zahlungsanspruch der Klägerin aber auch nicht mehr einwenden, ein "einwandfreier Probelauf" sei noch nicht erfolgt.

7.) Alle weiteren Rechnungen der Klägerin beziehen sich zumindest möglicherweise auf die Gurtförderanlage. Insoweit bedarf es nach dem oben Gesagten noch weiterer Aufklärung durch das Berufungsgericht.

8.) Die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts hat die Revision nicht angegriffen, soweit es sich um die Kosten des in der Hauptsache erledigten Teils handelt. Das Berufungsgericht wird dem gegebenenfalls durch Auferlegung einer Kostenquote zu Lasten der Beklagten Rechnung zu tragen haben; um das zu ermöglichen, ist seine Kostenentscheidung insgesamt aufgehoben worden.

Über die Kosten der Revision kann bereits entschieden werden, soweit die Revision nicht begründet ist. Im übrigen wird die Entscheidung über die Revisionskosten dem Berufungsgericht übertragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Vogt