

Verkündet

am 24. November 1951.

Hirth, Justizangestellter,
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 M. [REDACTED] Conrad L. [REDACTED] & Co. GmbH in
A. [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer,
Baumeister Hermann K. [REDACTED] in D. [REDACTED]
[REDACTED], K. [REDACTED]-Ring [REDACTED]

Klägerin, Widerbeklagten
und Revisionsklägerin,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

die Firma R. [REDACTED] & L. [REDACTED], Leichtbauplattenfabrik
in L. [REDACTED], O. [REDACTED] str. [REDACTED]
Inhaber: Kaufleute Erich R. [REDACTED] in L. [REDACTED] und
Heinrich L. [REDACTED] in E. [REDACTED]

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsbeklagte,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 10. November 1951 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr.
Drost, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Kuhn für Recht
erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 9.
Oktober 1950 aufgehoben und das Urteil der 1. Zivil-
kammer des Landgerichts in Detmold vom 4. Oktober 1949
wie folgt abgeändert:

- 1.) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 10,4 to hochwertigen Zement und 24,7 to Holz-
wolle Nr 5 Zug um Zug gegen Zahlung von 1.189 DM
herauszugeben.
- 2.) Im übrigen werden Klage und Widerklage abgewiesen.
- 3.) Von den Kosten der I. Instanz trägt die Klägerin
9/20, die Beklagte 11/20. Von den Kosten der Be-
rufungsinstanz trägt die Klägerin 2/5, die Beklag-
te 3/5. Von den Kosten der Revisionsinstanz trägt
die Klägerin 3/5, die Beklagte 2/5.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die eine Grosshandlung für Baustoffe betrieb und die Beklagte, die Leichtbauplatten aus Zement und Holzwolle herstellt, vereinbarten im Januar 1948, dass die Klägerin der Beklagten Zement und Holzwolle liefern sollte und dass die Beklagte der Klägerin für die zunächst vorgesehene monatliche Menge von 30 to Zement und 20 to Holzwolle 4.000 qm Leichtbauplatten gegen eine Vergütung von 1,-- RM pro Platte auszuliefern hatte. Die Klägerin übernahm es ferner, die der Beklagten vom Wirtschaftsamt auferlegten Pflichtlieferungen von Platten zu erfüllen. Auf Grund dieser Vereinbarung erhielt die Klägerin vom Wirtschaftsamt für die Beklagte ausgestellte Bezugscheine über 145 to Zement und auf Grund von Sonderabreden einen weiteren Bezugschein über 80 to Zement. Sie lieferte an die Beklagte 100,05 to Zement und ferner 66,205 to Holz- wolle. Die Beklagte lieferte an die Klägerin insgesamt 5830 qm Platten. Die Parteien werfen sich gegenseitig vor, dass sie ihre Lieferpflichten verspätet oder teilweise gar nicht erfüllt hätten. Die Klägerin ist deshalb vom Vertrag zurückgetreten und hat die Beklagte auf Rückgabe der nicht verarbeiteten Materialien, nämlich von 55,27 to Zement und 36,85 to Holzwolle sowie auf Rückgabe von 6.000 Ventilrücken, die sie der Beklagten unter deren Belastung mit 30 to Zement geliefert hat, hilfsweise auf Zahlung von 2.280 DM verklagt. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und Widerklage auf Zahlung von 5.586,86 DM erhoben. Sie behauptet, dass sie das Vertragsverhältnis wegen Lieferungsverzuges der Klägerin schon Ende März 1948

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

gekündigt habe. Sie meint, dass sie der Klägerin keinen Zement mehr schulde, sondern dass sie auf ihre von der Klägerin verwerteten Bezugscheine von dieser noch 40 to Zement zu erhalten habe. Hierfür verlangt sie Schadensersatz in Höhe von 1.962 DM. Weiter begehrt sie Ersatz des Schadens, der ihr in Höhe von 2.880 DM dadurch entstanden sei, dass die Klägerin die zwischen den Parteien getroffene Sondernvereinbarung über die Lieferung von 40 obm Bauholz gegen die Überlassung einer Bezugsgenehmigung über 40 to Zement nicht eingehalten habe. Ferner macht sie einen Schadensersatzanspruch von 1.000 DM geltend, den sie darauf stützt, dass ihr infolge der Nichtausführung einer Pflichtlieferung durch die Klägerin der Kunde D. verloren gegangen sei. Schliesslich begehrt sie die vereinbarte Vergütung für die gelieferten Platten sowie die Erstattung von Frachtauslagen. Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 29,56 to Zement und 19,25 to Holzwolle Zug um Zug gegen Zahlung von 4.806,70 DM zu liefern. Im übrigen hat es die Klage und Widerklage abgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Klägerin hat vor dem Oberlandesgericht beantragt, die Beklagte zur Lieferung von 86,30 to Zement und 37,05 to Holzwolle, hilfsweise zur Zahlung von 11.595,35 DM zu verurteilen. Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz beantragt, die Klägerin auf die Widerklage hin zu verurteilen, an die Beklagte 5.790 DM zu zahlen, ferner 40 to Zement herauszugeben; hilfsweise weitere 2.180 DM zu zahlen, hilfsweise die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 1.470 DM und 4 % Zinsen seit dem 1. Juli 1948 zu zahlen,

sowie 80 to Zement herauszugeben, hilfsweise weitere 2.180 DM zu zahlen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 24,205 to Holzwole Zug um Zug gegen Lieferung von 39,95 to Zement und Zahlung von 3.151 DM zu liefern. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Verurteilung der Beklagten zur Lieferung von 56,30 to hochwertigem Zement und 37,05 to Holzwole Nr 5 sowie die Abweisung der Widerklage begehrt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht wertet den von den Parteien abgeschlossenen Vertrag nicht als reinen Werkvertrag; weil die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, der Klägerin alle Platten zu liefern, die sie aus dem von dieser gelieferten Rohmaterial herstellte, sondern nur die vertraglich festgelegte Menge zu liefern gehabt habe und den Rest der hergestellten Platten selbst habe behalten können. Der Vertrag sei vielmehr dahin auszulegen, dass die Klägerin verpflichtet gewesen sei, auf die ihr von der Beklagten überlassenen Bezugscheine allen beziehbaren Zement zu besorgen und an die Beklagte zu liefern. Insoweit stelle die Vereinbarung der Parteien einen Kommissionsvertrag dar, der ebenso, wie die von der Klägerin übernommenen Plattenpflichtlieferungen Geschäftsbesorgungen zum Gegenstand gehabt habe. Anders sei es mit der Verpflichtung zur Lieferung der Holzwole, die die Klägerin aus eigenen Mitteln habe erfüllen müssen. Diese Verpflichtung trage einen kaufähnlichen Charakter. Die rechtliche Folge davon sei, dass nach Auflösung des Vertrages unabhängig da-

von, aus welchen Gründe sie erfolgt sei, die Klägerin den nichtverbrauchten Zement und die Beklagte die nichtverbrauchte Holzwohle herauszugeben hätten. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1.) Die Auffassung der Revision, dass es sich bei der Abrede der Parteien um einen reinen Werkvertrag gehandelt habe, ist allerdings unzutreffend. Wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, hätte dann vereinbart werden müssen, dass alle Platten, die aus dem von der Klägerin gelieferten Rohmaterial hergestellt wurden, an diese zu liefern seien, was unstreitig nicht geschehen ist. Da die Beklagte unstreitig von 7,5 to Zement 1.350 Platten herstellen konnte, aber dafür nur 1.000 Platten an die Klägerin zu liefern hatte, blieben ihr 350 Platten zur eigenen Verwendung. Dies ist immerhin eine so beträchtliche Menge, dass dabei nicht, wie die Revision meint, nur von einem geringfügigen Überschuss gesprochen werden kann. Schon die Vereinbarung der Überlassung dieser überschüssigen Produktion an die Beklagte kann nicht in den Rahmen eines reinen Werkvertrages eingeordnet werden. Vor allem aber scheidet die Annahme eines reinen Werkvertrages daran, dass die Parteien nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts mit der Abrede der Lieferung der Rohmaterialien durch die Klägerin nicht lediglich deren Mitwirkung bei der Herstellung der Platten im Sinne von § 642 BGB wiedergeben, sondern einen schuldrechtlichen Anspruch der Beklagten auf Lieferung dieses Rohmaterials begründen wollten und damit eine schuldrechtliche Verpflichtung der Klägerin festleg-

ten, die über den Rahmen der dem Besteller bei einem Werkvertrag obliegenden Pflichten hinausgeht (vgl. Enneccerus-Lehmann 13. Bearbeitung S 613; RGZ 53, 221). Die Revision rügt allerdings, das Berufungsgericht habe bei dieser Auslegung des Vertrages nicht die Notwendigkeit und Üblichkeit berücksichtigt, einen Teil der Bezugscheine für die Kompensation von Holzwole zu verwenden. Dem kann aber nicht gefolgt werden.

Die von der Klägerin behauptete Vereinbarung, dass ihr ein Teil der Zementbezugscheine gegen die Verpflichtung zur Lieferung von Holzwole überlassen worden sei, hätte rechtswirksam gar nicht getroffen werden können, weil sie sowohl gegen das Kompensationsverbot des § 1a KWVO, als auch gegen die Bewirtschaftungsbestimmungen, die nur eine Belieferung an die in den Bezugscheinen als Bezugsberechtigte bezeichnete Beklagte zuließen, verstossen hätten. Nach den Aussagen der Zeugen Bl. und Bl. ist eine solche Vereinbarung auch nicht durch die Bewirtschaftungsstellen genehmigt worden. Hinzukommt, dass für die Klägerin auch gar nicht die wirtschaftliche Notwendigkeit bestand, einen Teil der Zementbezugscheine der Beklagten für die Kompensation von Holzwole zu verwenden. Sie konnte sich die erforderliche Holzwole vielmehr nach Einholung der notwendigen Genehmigungen der Bewirtschaftungsstellen auch mit Hilfe der ihr von der Beklagten gelieferten, nicht für die Pflichtlieferungen benötigten Bauplatten beschaffen, wobei zu berücksichtigen ist, dass diese einen sehr viel höheren Sachwert hatten, als die entsprechenden Mengen von Zement. Auf der anderen Seite

konnte auch nur die vertragliche Festlegung einer schuldrechtlichen Verpflichtung der Klägerin zur Lieferung der Rohmaterialien, insbesondere auch zur vollständigen Belieferung der Zementbezugschneide der wirtschaftlichen Interessenlage der Beklagten gerecht werden, die bei dem damaligen Mangel an Sachwerten weit mehr, als an der Herstellung von Platten, für die Klägerin daran interessiert sein musste, dass sie aus dem gelieferten Rohmaterial auch Platten zur eigenen Verwendung herstellen konnte. Schließlich könnte in den Rahmen eines reinen Werkvertrages auch nicht die unstreitig getroffene Vereinbarung über die von der Klägerin zu erfüllenden Pflichtlieferungen eingeordnet werden.

2.) Scheidet hiernach die Möglichkeit aus, die Vereinbarung der Parteien als reinen Werkvertrag zu werten, so ist doch auch die Auffassung des Berufungsgerichts rechtlich nicht haltbar, dass die Abrede zur Lieferung von Zement und zur Ausführung der Pflichtlieferungen von Platten den Charakter eines Kommissionsvertrages gehabt habe. Die Annahme eines Kommissionsvertrages scheitert schon daran, dass die Klägerin diese Lieferungen nicht für Rechnung der Beklagten, sondern für eigene Rechnung auszuführen hatte. Das Berufungsgericht erkennt aber vor allem, dass es sich bei der Vereinbarung der Parteien um einen gemischten Vertrag handelt, der aus den Elementen verschiedener Vertragstypen zu einem einheitlichen Vertrag zusammengesetzt ist, wobei die für beide Teile begründeten Vertragspflichten in der Weise in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen, dass die Leistungen des ei-

nen Teils als Entgelt für die Leistungen des anderen versprochen sind. Bei der rechtlichen Würdigung dieses Vertrages muss berücksichtigt werden, dass die wirtschaftlichen Interessen der Parteien bei den damaligen Währungs- und Marktverhältnissen in erster Linie auf einen Austausch der Sachwertleistungen gingen. Die Klägerin übernahm auf der einen Seite die Verpflichtung, die Beklagte mit Zement und Holzvolle unter Verwendung der für die Beklagte ausgestellten Zementbezugscheine zu beliefern. Insoweit enthält der Vertrag eine Lieferungsvereinbarung, also die Elemente eines Kaufvertrages. Die von der Klägerin gleichzeitig übernommene vertragliche Nebenleistungspflicht, die für die Beklagte ausgestellten Zementbezugscheine für diese vom Wirtschaftsamt abzuholen, enthält die Merkmale eines Geschäftsbesorgungsvertrages. Soweit sich die Klägerin verpflichtete, die der Beklagten auferlegten Pflichtlieferungen von Platten auszuführen, enthält die Abrede rechtlich einen Lieferungsvertrag zugunsten der Dritten, an die die Pflichtlieferungen erfolgen sollten. Die auf der anderen Seite von der Beklagten übernommene Verpflichtung, als Entgelt für die Leistungen der Klägerin Bauplatten aus den von dieser zu Eigentum gelieferten Rohmaterialien in der vereinbarten Menge herzustellen und an die Klägerin zu liefern, stellt sich rechtlich als Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen dar. Da die Beklagte erst mit Hilfe der ihr von der Klägerin gelieferten Rohmaterialien in der Lage war, die Platten herzustellen, war die Klägerin insoweit vorleistungspflichtig. Diese Vorleistungspflicht war aber nicht schlechthin und unbeschränkt gegeben. Die zeitliche Reihenfolge, in der die gegenseitigen Hauptleistungen, nämlich die Lieferungen

des Rohmaterials und der Platten, ausgetauscht werden sollten, ergibt sich vielmehr aus der Abrede, dass monatlich 30 to Zement und 20 to Holzvolle gegen 4.000 qm Leichtbauplatten geliefert werden sollten. Damit waren nicht nur die Zeiträume der gegenseitigen Leistungen dieses sukzessiv Lieferungsvertrages, sondern die einzelnen Teilleistungen auch mengenmässig in ihrem Verhältnis zueinander festgelegt mit der Folge, dass sich zeitliche Verschiebungen in der einen oder anderen Leistung auch auf die entsprechende Gegenleistung auswirkten. War also die Klägerin mit der Lieferung der Rohmaterialien in Rückstand, so wurde eine Verpflichtung der Beklagten zur Lieferung von Platten erst wieder fällig, wenn die Klägerin nach dem vertragsmässigen Verbrauch der früher gelieferten Rohmaterialien wieder ihrer Verpflichtung zur Vorleistung von 30 to Zement und 20 to Holzvolle nachgekommen war. Ebenso wurde umgekehrt bei einem Lieferungsrückstand der Beklagten die Verpflichtung der Klägerin zu weiteren Rohmaterial-Lieferungen erst wieder fällig, wenn die Lieferungsrückstände der Beklagten weniger als 4.000 qm Platten betrugen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klägerin bereits die für die Beklagte ausgestellten Bezugscheine für eine grössere Menge Zement erhalten hatte. Denn hieraus konnte für sie nicht die Verpflichtung erwachsen, entgegen dem Vertrag ohne Rücksicht auf die von der Beklagten geschuldeten Gegenlieferungen sofort in dem vollen Umfang der Bezugsberechtigungen mit den ganzen Zementlieferungen in Vorleistung zu treten und damit auf den vertraglich festgelegten periodischen Ausgleich von Leistung und Gegenleistung zu ihrem

Nachteil zu verzichten.

Die Vereinbarung über den Austausch der beiderseitigen Leistungen versties nicht gegen die damaligen Bewirtschaftungsbestimmungen, weil der bezugsbeschränkte Zement tatsächlich der bezugsberechtigten Beklagten zukommen sollte und weil auch die Erfüllung der an den Bezug des Zements geknüpften Auflage zur Pflichtlieferung von Platten vertraglich ausdrücklich vorgesehen war. Ebensowenig enthielt die Abrede einen Verstoss gegen das Kompensationsverbot des § 1a KWVO, weil der vertraglich festgelegte Austausch der Leistungen nur dem volkswirtschaftlich notwendigen Güterumsatz zwischen der Klägerin als Zulieferer und Baustoffgrosshändler einerseits und der Beklagten als Bauplattenhersteller andererseits entsprach und die Güter damit keinen anderen als den Kreisen zugeführt wurden, für deren Bedarf sie von den Wirtschaftslenkungsstellen bestimmt waren (vgl. Schneider, Warenverkehrsrecht S 87, 89).

5.) Ebensowenig wie die vom Berufungsgericht vorgenommene rechtliche Würdigung des Vertrages ist auch die von ihm gezogene rechtliche Folgerung haltbar, dass nach Auflösung des Vertrages ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grunde sie erfolgt sei, die Klägerin den nichtverbrauchten Zement und die Beklagte die nichtverbrauchte Holzwohle herauszugeben hätten. Fand der Vertrag dadurch sein Ende, dass die Parteien sich darüber einig wurden, ihn für die Zukunft nicht mehr fortsetzen zu wollen, so blieben die bis dahin entstandenen Vertragspflichten unberührt weiter bestehen. Die Beklagte könnte dann nicht nur den noch rückständigen Zement, sondern in gleicher Weise auch die noch rückstän-

dige Holzwohle von der Klägerin ausgeliefert verlangen, ohne zu einer Rückgabe der noch nicht verarbeiteten Holzwohle verpflichtet zu sein. In gleicher Weise bliebe dann aber auch die Verpflichtung der Beklagten zur Lieferung der entsprechenden Mengo Bauplatten bestehen. Ist dagegen der von der Klägerin in der Klageschrift gemäss § 326 BGB erklärte Rücktritt von dem noch nicht von beiden Seiten erfüllten Teil des Vertrages gerechtfertigt, so werden damit insoweit die Wirkungen des Vertrages aufgehoben, als wäre dieser nicht geschlossen. Dies hätte zur Folge, dass die Parteien dann, wie bei einer Kündigung, von ihren noch nicht erfüllten Leistungspflichten wieder frei würden und sich gegenseitig die empfangenen Leistungen nach den §§ 327, 346 BGB insoweit zurückgeben müssten, als der Vertrag noch nicht beiderseits erfüllt ist. Da der mit der Klage geltend gemachte Anspruch hierauf abzielt, hängt die Entscheidung des Rechtsstreits insoweit davon ab, ob der von der Klägerin erklärte Rücktritt gerechtfertigt ist.

a) Die Rechtswirksamkeit des von der Klägerin wegen Verzuges der Beklagten erklärten Rücktritts setzt zunächst voraus, dass es sich bei dem Vertrag der Parteien um einen gegenseitigen handelt, dass also die beiderseitigen Leistungen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen, derart, dass die Leistung des einen den Gegenwert für die Leistung des anderen bildet. Diese Voraussetzung ist hier aus den bereits dargelegten Gründen gegeben.

b) Nach § 326 BGB ist weiter erforderlich, dass die Beklagte bei der Erklärung des Rücktritts, also zur Zeit

der Klagerhebung, mit ihrer Verpflichtung zur Lieferung der Bauplatten in Verzug war. Dies setzt nach § 284 BGB zunächst voraus, dass zur Zeit des Rücktritts der Anspruch der Klägerin auf Lieferung von Platten fällig, die Beklagte also mit Plattenlieferungen rückständig war. Dies war nach ihrem eigenen Vorbringen der Fall.

Nach § 284 BGB tritt weiter der Verzug erst auf eine Mahnung des Gläubigers hin ein. Eine solche Mahnung ist u.a. auch in dem Schreiben der Klägerin vom 20. Mai 1948 erfolgt. Die Beklagte war hiernach mit den Plattenlieferungen in Verzug.

c) Trotz dieses Verzuges konnte allerdings die Klägerin hieraus keine Rechte nach § 326 BGB herleiten, wenn sie zur Zeit des Rücktritts ihrer Vorleistungspflicht nicht nachgekommen und mit ihren eigenen Rohstofflieferungen in Verzug gewesen wäre. Denn nach ständiger Rechtsprechung kann der Gläubiger, der selbst vertragsuntreu ist, solange dieser Zustand währt, kein Recht aus der Vertragsuntreue seines Schuldners herleiten (RGZ 149, 401 [404]; 152, 119 [123]; RG JW 26, 2919). Da sich aus den bereits dargelegten Gründen die Verpflichtung der Klägerin zur periodischen Vorleistung der Rohmaterialien jeweils auf 30 to Zement und 20 to Holzvolle für 4.000 Platten beschränkte, wäre sie zur Zeit des Rücktritts nur dann in Verzug gewesen, wenn die Lieferungsrückstände der Beklagten weniger als 4.000 Platten betragen hätten. Es kommt also darauf an, mit welcher Plattenzahl die Beklagte zur Zeit der Rücktrittserklärung in Lieferungsrückstand war. Bei der Berechnung dieser Rückstände genügt es, in Übereinstimmung mit der Ab-

rechnung der Parteien nur das vertraglich festgesetzte zahlenmässige Verhältnis der Zementmenge zu der daraus herzustellenden Plattenzahl zugrunde zu legen, weil es der Beklagten in erster Linie um die Belieferung von Zement ging, während sie mit Holzwolle nach ihrer eigenen Darstellung genügend versorgt war.

Für die unstreitig von der Klägerin erhaltenen 100,05 to Zement hatte die Beklagte nach dem Vertrag 13.340 Platten herzustellen und an die Klägerin zu liefern. Tatsächlich hat sie ihr aber unstreitig nur 5.830 Platten geliefert, so dass sich hiernach ein Rückstand von 7.510 Platten ergab.

Dieser Rückstand vermindert sich jedoch um die Plattenpflichtlieferungen, die die Beklagte anstelle der vertraglich hierzu verpflichteten Klägerin vornahm. Die Revision hält allerdings eine solche auch vom Berufungsgericht vorgeschriebene Anrechnung der Pflichtlieferungen nicht für zulässig. Sie meint, dass sich die vom Bezirkswirtschaftsamt bei der Zuteilung von Zement auferlegten Lieferpflichten jeweils nur auf die Platten bezogen hätten, die aus diesem zugeteilten Zement hergestellt worden seien. Die von der Beklagten ausgeführten Pflichtlieferungen seien hingegen aus vorvertraglichen, der Beklagten unmittelbar zugegangenen Zementzuteilungen erwachsen. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Klägerin hat in erster Instanz in ihrem Schriftsatz vom 24. Januar 1949 selbst vorgetragen, dass auf einen Bezugschein von 15 to Zement eine von ihr zu leistende Pflichtlieferung von 1.000 Platten gekommen sei. Wie aus den vorliegenden Lieferungsanweisungen hervorgeht, wurde bei ihrer Ausstellung vom Bezirkswirt-

schaftsamt nicht angegeben, aus welchen Zementzuteilungen sie erwachsen waren, so dass sie auch nicht auf bestimmte Zuteilungen zurückgeführt werden konnten. Bei der laufenden Plattenproduktion wäre es technisch auch gar nicht möglich gewesen, konkret die Bauplatten zu bestimmen, die gerade aus der betreffenden Zuteilung hergestellt waren und aus denen die jeweiligen Pflichtlieferungen geleistet werden sollten. Das Berufungsgericht führt mit Recht aus, dass es unter diesen Umständen der kaufmännischen Gepflogenheit entspreche, die Pflichtlieferungen bei Anforderung mit dem dann jeweils vorhandenen Material auszuführen.

Dies war offensichtlich auch der Sinn der Abrede der Parteien, wie sich schon daraus ergibt, dass das Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 5. Januar 1948, in dem die Vereinbarung über die Pflichtlieferungen wiedergegeben wird, die von der Klägerin jetzt geltend gemachte Einschränkung nicht enthält, sondern schlechthin von der Verpflichtung der Klägerin zur Ausführung der vom Bezirkswirtschaftsamt für die Zementzuweisungen erteilten Lieferungsanweisungen spricht. Der Auffassung der Revision steht insbesondere auch die tatsächliche Handhabung der Pflichtlieferungen durch die Klägerin selbst entgegen. Nach ihrem eigenen Vortrag in ihrer Berufungsbegründung betrafen auch die beiden von ihr tatsächlich ausgeführten Pflichtlieferungen an Gelsenberg und Dehlhoff Lieferungsanweisungen, die bereits vor Abschluss des Vertrages erteilt waren. Ihre Verpflichtung zur Belieferung des Kunden D. wie auch des Bezirksbauleitungsamts Detmold hatte sie in dem vorgelegten Schrift-

wechsel und in ihrem Schreiben vom 8. Januar 1948 sogar ausdrücklich bestätigt. Da sie der übernommenen Verpflichtung zur Ausführung der Pflichtlieferungen nicht in dem vereinbarten Umfang nachkam, wie insbesondere der Fall D zeigt, war die Beklagte nach § 679 BGB berechtigt, die im öffentlichen Interesse liegenden Lieferungen unter Anrechnung auf die der Klägerin zustehenden Plattenmenge an deren Stelle selbst auszuführen. Da die Klägerin nach der getroffenen Vereinbarung für 15 to Zement 1.000 Pflichtplatten zu liefern hatte, entfielen auf die von ihr an die Beklagte gelieferten 100,05 to Zement 6.670 Pflichtplatten. Hiervon hat sie nach dem unwidersprochenen Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen 3.430 Pflichtplatten selbst ausgeliefert (nicht, wie die Revision jetzt neu behauptet, 4.030 Platten), so dass auf die 100,05 to Zement noch ein Rest von 3.240 Pflichtplatten offen stand. Die Beklagte war hiernach berechtigt, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von ihr anstelle der Klägerin tatsächlich vorgenommenen Pflichtlieferungen von 2.570 Platten auszuführen. Die Klägerin muss sich also diese Menge auf die ihr zustehende Plattenzahl anrechnen lassen. Dadurch erhöht sich die Zahl der Platten, mit denen die Klägerin zu belasten ist, von den 5.830 Platten, die sie erhalten hat, um die 2.570 Pflichtplatten auf 8.400 Platten. Demgemäss war die Beklagte noch mit folgenden Plattenlieferungen im Rückstand:

Sie hatte für die 100,05 to Zement zu liefern:

ihr sind gutzubringen

ihr Lieferungsrückstand beträgt demnach:

13.340 Platten

8.400 "

4.940 Platten.

Da hiernach der Lieferungsrückstand der Beklagten mehr als 4.000 Platten betrug, war die Klägerin bis zur Abdeckung dieser überschüssenden Menge nicht verpflichtet, Rohmaterialien für die Herstellung weiterer Platten zu liefern. Demgemäss können auch aus der Tatsache, dass sie kein weiteres Rohmaterial geliefert hatte, keine Einwendungen gegen die Geltendmachung ihrer Rechte aus § 326 BGB hergeleitet werden. Die Behauptung der Beklagten, daß die Klägerin früher mit ihren Rohstofflieferungen und mit der Pflichtplattenlieferung an D. in Verzug gewesen sei, ist unerheblich, weil die Klägerin diese Lieferungsverpflichtungen inzwischen bis zur Erklärung des Rücktritts nachträglich erfüllt hatte (vgl. RGZ 149, 401 404). Den von der Beklagten aus dem früheren Rohmaterialallieferungsverzug der Klägerin hergeleiteten Schadensersatzanspruch hat das Berufungsgericht bereits rechtskräftig abgelehnt.

d) Der Bestimmung einer Nachfrist gemäss § 326 Abs 1 Satz 1 bedurfte es für den Rücktritt nach § 326 Abs 2 deshalb nicht, weil die weitere Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges der Beklagten für die Klägerin kein Interesse mehr hatte. Der in dem Vertrag vereinbarte Austausch der beiderseitigen Leistungen hatte ganz offensichtlich die vor der Währungsreform bestehende ungewöhnliche wirtschaftliche Lage zur Grundlage, die durch den damaligen Mangel an Sachgütern jeder Art gekennzeichnet war. Mit der infolge der Währungsreform eingetretenen grundlegenden Änderung dieser Verhältnisse war das Interesse der Klägerin an der weiteren Belieferung der rückständigen

gen Platten weggefallen, so dass sie auch ohne Bestimmung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten konnte, zumal auch die Beklagte unzweideutig zu erkennen gegeben hatte, dass sie ihrerseits den Vertrag ebenfalls nicht mehr fortsetzen wollte.

4.) Der hiernach von der Klägerin rechtswirksam erklärte Rücktritt von dem noch nicht beiderseits erfüllten Vertrag hat zur Folge, dass insoweit die Wirkungen des Vertrages mit rückwirkender Kraft aufgehoben werden. Das bedeutet einmal, dass beide Parteien von der Verpflichtung zur Erfüllung ihrer noch nicht erbrachten Vertragsleistungen frei werden. Ferner haben sie nach den §§ 327, 346 BGB die bereits empfangenen Leistungen, für die noch keine Gegenlieferungen erfolgt sind, einander zurückzugewähren. Diese Rechtsfolgen wirken sich auf die Vertragsleistungen der Parteien folgendermassen aus:

a) Die Beklagte muss zunächst die Holzwohle, die ihr von der Klägerin geliefert, von ihr aber noch nicht für vertragsmässige Plattenlieferungen verbraucht worden ist, an die Klägerin zurückgeben. Wie bereits ausgeführt wurde, hätte sie für das empfangene Rohmaterial noch 4.940 Platten liefern müssen, so dass sie die Holzwohle für diese Plattenmenge als noch nicht vertragsmässig verbraucht an die Klägerin zurückgeben muss. Auf Grund des vereinbarten Verhältnisses von 20 to Holzwohle für 4.000 Platten hat sie hiernach 24,7 to Holzwohle zurückzugeben; weitere Holzwohlelieferungen kann sie von der Klägerin nicht verlangen.

b) Die gleichen Rechtsfolgen treten an sich auch hinsichtlich der Zementlieferungen ein. Auch insoweit wird

die Klägerin auf Grund ihres Rücktritts von ihrer Verpflichtung zur weiteren Erfüllung der noch nicht erbrachten Zementlieferungen frei und berechtigt, von der Beklagten den Teil des bereits gelieferten Zements, der nicht vertragsmässig verbraucht ist, zurückzuverlangen. Das bedeutet, daß die Beklagte auf Grund des vereinbarten Verhältnisses von 50 to Zement für 4.000 Platten für die rückständigen 4.940 Platten 37,05 to Zement an die Klägerin zurückzugeben hat.

Auf der anderen Seite löste jedoch der von der Klägerin erklärte Rücktritt vom Vertrag auch einen Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf Rückgabe der Bezugscheine aus, die sie der Klägerin auf Grund des Vertrages zum Zwecke der Beschaffung des Zements zur Verfügung gestellt hatte, soweit nicht der darauf gelieferte Zement bereits vertragsmässig verbraucht ist. Die Erfüllung dieser Schuld war allerdings der Klägerin insoweit unmöglich geworden, als sie die Bezugscheine eingelöst und hierauf Zement bezogen hatte. Insoweit muss sie dann aber nach § 281 BGB das, was sie als Ersatz für die Bezugscheine erhalten hat, herausgeben. Als solcher Ersatz kann allerdings nicht die volle Menge des bezogenen Zements angesehen werden. Wenn auch nicht zu verkennen ist, dass die Klägerin erst auf Grund der für die Beklagte ausgestellten Bezugscheine in die Lage versetzt worden war, sich den Zement zu verschaffen, so genügten die Bezugscheine allein hierfür doch nicht. Erforderlich war vielmehr weiter, dass die Klägerin mit ihren eigenen Mitteln den Ankauf des Zements finanzierte, vor allem aber, dass sie ihre eigenen kaufmännischen Organisationsfähigkeiten und Geschäftsverbindungen als Bau-

stoffgrosshandlung einsetzte, um auf die Bezugscheine auch tatsächlich Zement zu erhalten. Es ist gerichtsbekannt, dass zu jener Zeit auch auf dem Baustoffmarkt Bezugscheine allein noch keine Gewähr für die Belieferung mit Ware boten. Diese Gründe hatten offensichtlich auch die Beklagte bewogen, der Klägerin die Beschaffung der benötigten Rohmaterialien zu übertragen. Demgemäss können nach Lage des konkreten Falles unter Berücksichtigung aller Umstände die auf die Bezugscheine bezogenen Zementmengen nur zur Hälfte als Ersatz der Bezugscheine im Sinne von § 281 BGB angesehen werden, so dass die Klägerin auch nur insoweit zu ihrer Herausgabe verpflichtet ist. Der Senat hat diese Bewertung von sich aus vorgenommen und es nicht für erforderlich gehalten, insoweit die Sache gemäss § 565 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil nach Lage der Sache zu der Bewertung keine weiteren Tatsachenfeststellungen mehr erforderlich sind (vgl. Rosenberg Zivilprozessrecht 5. Aufl. S 660) und hiernach auch das Berufungsgericht zu keiner anderen Bewertung kommen könnte. Unter diesen Umständen wäre eine Zurückverweisung bei der Eigenart des vorliegenden Rechtsstreits auch prozessökonomisch nicht zu rechtfertigen.

Die sich hiernach für den Kläger ergebende Verpflichtung, die Hälfte des auf die Bezugscheine der Beklagten bezogenen und nicht verbrauchten Zements an die Beklagte herauszugeben, entspricht auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise einem Gebot der Gerechtigkeit. Die Klägerin war nur mit Hilfe der allein der Beklagten zustehenden Bezugscheine in der Lage, sich den Zement zu verschaffen, und die Bezugscheine stellten deshalb einen ganz beträchtlichen ma-

33

teriellen Wert dar. Insbesondere ermöglichten sie es demjenigen, der Anspruch auf den Zement hatte, sich diese erheblichen Sachwerte über die Währungsreform hinweg zu erhalten. Es wäre deshalb auch wirtschaftlich gesehen durchaus ungerechtfertigt, wenn dem Kläger zugestanden würde, dass er auf Grund seines Rücktritts den gesamten nicht verbrauchten Zement, den er auf Grund der Bezugschein der Klägerin mit RM beschafft hat, behalten bzw von der Beklagten zurückverlangen könnte und damit in vollem Umfang allein in den Genuss der Erhaltung dieser erheblichen Sachwerte käme.

An der Rechtslage, wonach die Klägerin den auf die Bezugschein bezogenen, nicht verbrauchten Zement in der angegebenen Höhe als Ersatz für die Bezugschein an die Beklagte herauszugeben hat, ändert auch der Umstand nichts, dass die Bewirtschaftungsbestimmungen inzwischen aufgehoben sind und damit die Bezugschein als solche wertlos geworden sind. In dem Zeitpunkt, in dem sie von der Klägerin beim Bezug von Zement eingelöst worden sind, hatten sie jedenfalls noch einen beträchtlichen Wert und in Höhe dieses Wertes steht deshalb auch der als Ersatz an ihre Stelle getretene Zement nach § 281 BGB der Beklagten zu.

Anders ist es nur bei dem Bezugschein über 13,7 to Zement, den die Klägerin nicht mehr eingelöst hat. Insoweit entfällt allerdings die Möglichkeit einer Anwendung des § 281 BGB. Die Beklagte kann diese Menge auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes beanspruchen. Da die Klägerin aus den dargelegten Gründen angesichts des

Leistungsverzuges der Beklagten nicht verpflichtet war, diese bis zur Abdeckung des Plattenrückstandes weiter mit Zement zu beliefern, machte sie sich der Beklagten gegenüber auch nicht schadensersatzpflichtig, wenn sie sich nicht den gesamten, auf die Bezugschein zu beziehenden Zement sofort besorgte.

Bei der Anwendung dieser Grundsätze sind die Zementlieferungen der Parteien wie folgt abzurechnen:

Auf Grund des hier zur Erörterung stehenden Austauschvertrages der Parteien hatte die Klägerin von der Beklagten Bezugschein über insgesamt 145 to Zement erhalten. Der im März 1948 erteilte weitere Bezugschein über 80 to Zement hat hier ausser Betracht zu bleiben, weil er der Klägerin nicht auf Grund des bisher behandelten Austauschvertrages, sondern im Zusammenhang mit noch zu erörternden Sonderabreden der Parteien überlassen worden ist. Von den Bezugscheinen über 145 to Zement gehen zunächst die 13,7 to ab, die die Klägerin nicht bezogen hat. Weiter sind die Zementmengen abzuziehen, die die Beklagte vertragsmässig verbraucht hat und die deshalb unter den schon beiderseits erfüllten Teil des Vertrages fallen, also von den Rücktrittsfolgen nicht mehr erfasst werden. Wie bereits ausgeführt wurde, sind von den 100,05 to Zement, die die Beklagte von der Klägerin geliefert erhalten hatte, 39,05 to Zement nicht vertragsmässig verarbeitet worden, so dass sich also als vertragsmässig verbraucht eine Menge von 63 to Zement ergibt, die ebenfalls von den 145 to abzusetzen ist. Schliesslich sind hiervon auch die 15 to Zement abzuziehen, auf die die Beklagte wegen der Belieferung mit Holz-

wolle selbst keinen Anspruch erhebt. Die durch die Bezugsscheine ausgewiesene Menge von 145 to Zement vermindert sich also um insgesamt 91,7 to auf 53,3 to. Gemäss den dargelegten Grundsätzen ist hieraus der Beklagten nach § 281 BGB ein Anspruch auf Überlassung der Hälfte dieser Menge, also auf 26,65 to Zement erwachsen. Hiernach vermindert sich die Menge von 37,05 to, die sie aus den dargelegten Gründen an sich als nicht vertragsgemässig verbraucht an die Klägerin zurückzugeben hat, um 26,65 to auf 10,4 to Zement. Für einen Anspruch der Beklagten auf Lieferung weiteren Zements ist bei dieser Sach- und Rechtslage kein Raum mehr. Den in der Berufungsinstanz geltend gemachten Anspruch auf Herausgabe von weiteren 30 to Zement für die an die Beklagte gelieferten 6.000 Ventilstücke hat die Klägerin in der Revisionsverhandlung ausdrücklich fallen lassen.

Demgemäss war unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Widerklage der Beklagten auf Herausgabe von Zement abzuweisen und auf die Klage die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 10,4 to hochwertigen Zement und 24,7 to Holzwolle Nr 5 herauszugeben.

II. Das Berufungsgericht hat der Beklagten auf ihre Widerklage hin folgende Zahlungsansprüche zuerkannt:

1.) Entgelt für die an die Klägerin gelieferten Platten (nach Abzug der der Klägerin zustehenden Gewinnvergütung für die von der Beklagten anstelle der Klägerin ausgeführten Pflichtplattenlieferungen) 135,80 DM

2.) Trachtvergütung 53,20 "

3.) Schadensersatz für 40 to Zement, die auf den für das nichtgelieferte Bauholz hergegebenen Bezugsschein entfielen, 2.180,-- "

4.) Schadensersatz wegen Verzuges der Klägerin bei der Pflichtplattenlieferung an den Kunden D [REDACTED]

1.000,-- "

insgesamt also: 3.369,-- DM

Übertrag: 3.369,-- DM

abzüglich der Aufwendungen der Klägerin für die Beschaffung des Zements, zu dessen Lieferung sie das Berufungsgericht verurteilt hat, in Höhe von

218,-- "

Hiernach hat das Berufungsgericht einen von der Klägerin an die Beklagte zu zahlenden Restbetrag von errechnet.

3.151,-- DM

Die Ansprüche zu 1) und 2) sind als solche unter den Parteien nicht streitig. Die Klägerin verweist aber insoweit auf die von der Beklagten bereits vor dem Landgericht erklärte Aufrechnung mit der Forderung der Klägerin auf Zahlung des Kaufpreises von 228,-- DM für die von ihr gelieferten Ventilsäcke. Sie hat demgemäß auch ihren Revisionsantrag in der Revisionsverhandlung entsprechend erweitert. Gegen diese Erweiterung bestehen rechtlich keine Bedenken, weil sie sich im Rahmen der rechtzeitig geltend gemachten Revisionsgründe hält (vgl. Rosenberg 654). Für eine Aufrechnung ist aber kein Raum, weil der zur Aufrechnung gestellte Kaufpreisanspruch nicht gerechtfertigt ist. Die im Zusammenhang mit der Überlassung des bereits erwähnten Bezugscheins über 80 to Zement getroffene Abrede der Parteien ging hinsichtlich der Ventilsäcke nach dem Schreiben der Beklagten vom 7. Mai 1948 dahin, dass die Beklagte von der Klägerin die 6.000 Ventilsäcke erhielt und dafür mit 30 to Zement belastet wurde. Rechtlich bedeutet dies, dass die Beklagte der Klägerin als Gegenleistung für die gelieferten Säcke die Bezugsberechtigung über 30 to Zement zur eigenen Verwendung der Klägerin überliess und damit auf ihren Anspruch auf Belieferung mit diesem Zement

verzichtete. Diese Vereinbarung verstieß sowohl gegen § 1 der VerbrRStVO, der es verbot, die Verfügung über eine Bezugsberechtigung einem anderen zu überlassen, als auch gegen das Kompensationsverbot des § 1a KWVO, weil sich die Parteien hierbei in Ausübung ihres Gewerbes durch den Tausch von Mangelwaren gegenseitig bevorzugten und den Zement anderen, als den Kreisen zuführten, für deren Bedarf er von den Wirtschaftslenkungsstellen bestimmt war. Die Abrede ist damit nach § 134 BGB in vollem Umfang nichtig, so dass die Klägerin aus ihr auch keine Ansprüche herleiten kann, also weder die 30 to Zement noch auch den Kaufpreis für die Ventilsäcke verlangen kann. Die Frage, ob sie etwa die 6.000 Ventilsäcke selbst unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung der Beklagten zurückfordern kann oder ob dem etwa § 817 BGB entgegensteht, bedarf keiner Entscheidung, weil die Klägerin einen solchen Anspruch nicht mehr geltend macht.

Hiermit hängt auch der der Beklagten vom Berufungsgericht zugebilligte Schadensersatzanspruch von 2.180 DM zusammen. Er geht auf die ebenfalls anlässlich der Hergabe des genannten Bezugscheins über 80 to Zement getroffene Abrede der Parteien zurück, dass die Klägerin gegen die Überlassung von Bezugsberechtigungen in Höhe von 40 to Zement 40 obm Bauholz liefern sollte. Das Berufungsgericht sieht hierin mit Recht ein nichtiges Kompensationsgeschäft, wobei sich allerdings die Nichtigkeit nicht aus dem vom Berufungsgericht angeführten Bewirtschaftungsnotgesetz und seiner Durchführungsverordnung, sondern aus dem damals noch geltenden § 1a KWVO (vgl OGH 3, 55) und aus § 1 der

VerbrRStrVO ergibt. Die Rechtslage ist hier dieselbe wie bei der bereits behandelten Vereinbarung über den Austausch von Ventilhäcken gegen eine Bezugsberechtigung für Zement. Aus der Nichtigkeit der Vereinbarung kann aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die rechtliche Folgerung gezogen werden, dass die Klägerin nunmehr verpflichtet sei, die 40 to zu liefern und im Falle des Unvermögens Schadensersatz in Geld in Höhe von 2.180 DM zu leisten. Die Nichtigkeit der Abrede hat vielmehr auch hier zur Folge, dass auf sie keine Ansprüche mehr gestützt werden können. Die Klägerin kann aus diesem Tatbestand auch keine Bereicherungsansprüche herleiten; denn da sie mit der Überlassung der nur für sie bestimmten Bezugscheine an die Klägerin zum Zwecke einer verbotenen Kompensation auch ihrerseits gegen die genannten gesetzlichen Verbote und gegen die guten Sitten verstossen hat, stehen ihr nach § 817 Satz 2 BGB keine Bereicherungsansprüche aus einem solchen Geschäft zu.

Die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung eines Schadensersatzes von 1.000 DM begründet das Berufungsgericht damit, dass die Klägerin der Beklagten gegenüber die Ausführung der Pflichtplattenlieferung an den Kunden D. übernommen, aber verzögert habe, obwohl sie die dafür erforderlichen Platten von der Beklagten erhalten habe, und daß der Beklagten infolge des dadurch verursachten Verlustes dieses Kunden ein Schaden von 1.000 DM entstanden sei. Hiergegen wendet die Revision ein, dass durch die von der Klägerin selbst und auch von der Beklagten an ihrer Stelle ausgeführten Pflichtlieferungen das Pflichtlieferungssoll der Klägerin bereits erfüllt gewesen sei, so dass sie

nicht gehalten gewesen sei, darüber hinaus auch noch den Kunden D. zu beliefern. Ausserdem sei die Beklagte selbst in der Lage gewesen, an D. zu liefern und dadurch den entstandenen Schaden zu verhüten. Diese Einwendungen sind jedoch schon deshalb uncrheblich, weil sich die Klägerin unstreitig der Beklagten gegenüber vertraglich verpflichtet hatte, die Pflichtplattenlieferung an D. auszuführen. Sie muss deshalb für die Erfüllung dieser Verpflichtung auch eintreten, ohne Rücksicht darauf, ob für sie ein Anlass bestanden hatte, diese Lieferung zuzusagen und ob die Beklagte in der Lage gewesen wäre, ihrerseits die Lieferung auszuführen. Ausserdem ist es auch gar nicht richtig, dass durch die Belieferung des D. das Pflichtlieferungsoll der Klägerin überschritten worden wäre. Wie sich aus der von D. überreichten Schriftwechsel ergibt, hatte er den Lieferungsaufrag bereits am 29. Dezember 1947 erteilt, und die Klägerin hatte sich schon mit Schreiben vom 29. Januar 1948 zur Auslieferung bereit erklärt. Dass damals bereits ihr Pflichtlieferungsoll erfüllt gewesen sei, behauptet sie selbst nicht. Wenn die Beklagte dann später Anfang Mai und Juni 1948, nachdem die Klägerin durch die fortgesetzten Mahnungen des D. bereits längst in Verzug gesetzt war und nachdem auch der Verzugsschaden schon längst eingetreten war, anstelle der Klägerin Pflichtlieferungen an andere Kunden vornahm, so wird hierdurch die sich aus § 286 BGB ergebende Verpflichtung der Klägerin zum Ersatz des schon vorher entstandenen Verzugsschadens nicht berührt. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Festsetzung des Schadens auf 1.000,-- DM ist nach

§ 287 ZPO rechtlich bedenkenfrei und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

Der von der Beklagten mit der Widerklage geltend gemachte Zahlungsanspruch ist hiernach in folgender Höhe gerechtfertigt:

- | | |
|--|--------------|
| 1.) Entgelt für die an die Klägerin
gelieferten Platten | 135,80 DM |
| 2.) Frachtvergütung | 53,20 " |
| 3.) Verzugsschaden im Falle D [REDACTED] | 1.000,-- " |
| insgesamt also in Höhe von: | 1.189,-- DM. |

Der vom Berufungsgericht gemachte Abzug von 218,-- DM für die Aufwendungen der Klägerin bei der Beschaffung des Zements, zu dessen Lieferung sie vom Berufungsgericht verurteilt worden ist, entfällt, weil auch die Verurteilung zu dieser Lieferung aus den schon dargelegten Gründen nicht aufrechterhalten werden kann.

Auf Grund des von beiden Parteien nach § 273 BGB geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts sind die von ihnen zu erbringenden Leistungen nach § 274 BGB Zug um Zug zu erfüllen.

III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 ZPO. Bei ihr war zu berücksichtigen, dass die Parteien in den

3 Rechtszügen Ansprüche in unterschiedlicher Höhe geltend gemacht hatten.

Dr. Canter

Dr. Drost

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Kuhn